



**Stellungnahme zu den Entwürfen
eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte
vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte
und digitaler Dienstleistungen und
eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit
digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags**

Inhalt

I. Vorbemerkung.....	1
II. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen	2
III. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags.....	13

I. Vorbemerkung

Ich halte die Umsetzung der Richtlinien (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen¹ (im Folgenden: Digitale-Inhalte-RL) und 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/EG² (im Folgenden: Warenkauf-RL) im Wesentlichen für gelungen. Insbesondere ist es zu begrüßen, dass die Digitale-Inhalte-RL im Allgemeinen Teil des Schuldrechts umgesetzt wird und darauf jeweils im Besonderen Teil des Schuldrechts verwiesen wird. Das ist den erwogenen Alternativen – der Umsetzung nur im Besonderen Teil bei den

¹ ABI. EU 2019, L 136, S. 1 ff.

² ABI. EU 2019, L 136, S. 28 ff.

bekanntem Vertragsarten, der Umsetzung im Besonderen Teil als eine oder mehrere neue Vertragsarten und der Umsetzung in einem separaten Gesetz³ – klar vorzuziehen. Die Gesetzentwürfe orientieren sich sehr stark am Text der Richtlinien. Sie teilen deshalb alle Ungenauigkeiten und Schwächen der Richtlinien. Doch das ist wohl bei Richtlinien, die den Anspruch der Vollharmonisierung erheben⁴, unvermeidlich, wenn man nicht Gefahr laufen will, die Richtlinien unzureichend umzusetzen.

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

1. Beschränkung auf Verbraucherverträge

Der Gesetzentwurf ist – entsprechend dem Anwendungsbereich der Richtlinie – auf Verbraucherverträge beschränkt. Ich rege an, Teile der Richtlinie ohne Rücksicht darauf umzusetzen, ob die Parteien Verbraucher oder Unternehmer sind, und nur die spezifisch Verbraucherschützenden Vorschriften auf Verbraucherverträge zu beschränken. Die Richtlinie gestattet ausdrücklich eine derartige Umsetzung.⁵ Durch sie würde ein Gleichlauf mit dem Kaufrecht erreicht, wo die Verbrauchsgüterkauf-RL und künftig die Warenkauf-RL auch nicht nur für Verbraucherverträge umgesetzt wurden, sondern prinzipiell für alle Kaufverträge mit wenigen Sondervorschriften für Verbraucherverträge.

Die meisten Vorschriften des Gesetzentwurfs halten auch für andere als Verbraucherverträge angemessene Lösungen bereit. Bleibt der Anwendungsbereich dieser Vorschriften auf Verbraucherverträge beschränkt, gibt es nach wie vor keine entsprechenden Regelungen für Verträge zwischen Unternehmern und – praktisch weniger bedeutsam – zwischen Verbrauchern. Bezüglich des Mangelbegriffs und der Rechte bei Mängeln mag sich diese Lücke durch Anwendung der allgemeinen Normen, die für die besonderen Vertragstypen gelten, schließen lassen. In Bezug auf Aktualisierungen, die weitere Nutzung von Daten nach einer Vertragsbeendigung und Änderungen an digitalen Produkten gibt es aber keine solchen allgemeinen Normen. Eine analoge Anwendung der §§ 327 ff. BGB-E würde ausscheiden, da der Gesetzgeber diese Normen ausdrücklich auf Verbraucherverträge beschränkt hat. Um einen solchen regelungslosen Zustand zu vermeiden, sollten die meisten Normen des Entwurfs ungeachtet der Unternehmer- und Verbraucher-eigenschaft der Parteien zur Anwendung kommen.

Einen spezifisch Verbraucherschützenden Zweck haben allerdings:

- die Anforderungen, die an die Vereinbarung einer schlechteren als der üblichen Beschaffenheit zu stellen sind (§ 327h BGB-E, vgl. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB-E),
- die Beweislastumkehr (§§ 327b Abs. 6, 327k BGB-E, vgl. § 477 BGB),

³ Siehe BT-Drucks. 19/27653, S. 24 f.

⁴ Art. 4 Digitale-Inhalte-RL, siehe jedoch Erwägungsgrund 12 S. 3 Digitale-Inhalte-RL; Art. 4 Warenkauf-RL, siehe jedoch Art. 3 Abs. 7 Warenkauf-RL.

⁵ Siehe Erwägungsgrund 16 Digitale-Inhalte-RL.

- der vollständige Ausschluss einer Zahlungspflicht für den Zeitraum, in dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht vertragsgemäß waren (§ 327o Abs. 2 und 3 BGB-E, vgl. § 475 Abs. 3 S. 1 BGB),
- die Vorschriften über die Art der Erstattung eines gezahlten Preises (§§ 327n Abs. 4, 327o Abs. 4 BGB-E),
- die Unzulässigkeit abweichender Vereinbarungen (§ 327s BGB-E, vgl. § 476 BGB),
- die Beweislastumkehr und die Unzulässigkeit abweichender Vereinbarungen im Rahmen des Rückgriffs (§ 327u Abs. 3 und 4 BGB-E, vgl. § 478 BGB).

Diese Normen sollten nur auf Verbraucherverträge anwendbar sein.

Die Aktualisierungspflicht des § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB-E ist zulasten eines Verbrauchers, der sich zur Bereitstellung digitaler Produkte verpflichtet hat, nicht angemessen. Insofern sollte eine Ausnahme vorgesehen werden.

2. § 312 BGB-E und § 327 Abs. 3 BGB-E

In § 312 Abs. 1a BGB-E und § 327 Abs. 3 BGB-E wird der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB und der §§ 327 ff. BGB-E auf Verträge erstreckt, „bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet“. Diese Formulierung erfasst auch Verträge, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer – eventuell lange nach Vertragsschluss – personenbezogene Daten bereitstellt, ohne dass dies im Vertrag vorgesehen ist. Das ist meiner Ansicht nach verfehlt. Dafür, ob ein Vertrag in den Anwendungsbereich bestimmter Regelungen fällt, muss der Vertragsinhalt maßgeblich sein und nicht, was im Lauf der Vertragsabwicklung faktisch geschieht. Nur so lässt sich schon im Augenblick des Vertragsschlusses ermitteln, welchen Normen der Vertrag unterliegt. So sieht etwa § 312a Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246 EG-BGB Informationspflichten vor, die der Unternehmer vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erfüllen muss. Dazu muss er wissen, ob ein Vertrag diesen Normen unterliegt oder nicht. Es kann daher nur darauf ankommen, ob der Vertrag eine Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher vorsieht. Zwar entspricht die Formulierung derjenigen in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL („personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt“). Diese Formulierung verwendet die Richtlinie aber durchgehend, um sowohl nationalen Rechten Rechnung zu tragen, die zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft trennen, als auch nationalen Rechten, die das nicht tun (vgl. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Digitale-Inhalte-RL: „digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt“, „einen Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt“). Es kann daraus nicht geschlossen werden, dass auch die rein faktische Bereitstellung personenbezogener Daten genügt. Es sollten daher die Fälle bloß faktischer Bereitstellung personenbezogener Daten ausgeklammert werden.

Andererseits genügt die Formulierung „sich zur Bereitstellung personenbezogener Daten verpflichtet“ nicht den Anforderungen der Richtlinie. Denn danach wären Verträge nicht erfasst, in denen sich der Verbraucher nicht dazu verpflichtet, personenbezogene Daten bereitzustellen, aber im Fall ihrer Bereitstellung der Unternehmer verpflichtet wird, ein digitales Produkt bereitzustellen (konditionelle Verknüpfung). Es empfiehlt sich daher eine Formulierung nach dem Muster von § 327 Abs. 1 BGB-E: „Verträge, welche die Bereit-

stellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher an den Unternehmer zum Gegenstand haben“.

3. § 312 Abs. 1 BGB-E und § 327 Abs. 1 S. 2 BGB-E

Es wird nur in § 327 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnet, dass Preis auch die digitale Darstellung eines Werts ist. Das legt den Gegenschluss nahe, dass es in § 312 Abs. 1 BGB-E nicht so ist, dass also §§ 312 ff. BGB nicht gelten, wenn ein Vertrag die „Zahlung“ mit elektronischen Gutscheinen oder E-Coupons vorsieht. Ein Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Es sollte deshalb in § 312 Abs. 1 BGB-E eine Parallelregelung zu § 327 Abs. 1 S. 2 BGB-E aufgenommen werden.

4. § 312 Abs. 1a S. 2 BGB-E

a) Die Ausnahmegvorschrift des § 312 Abs. 1a S. 2 BGB-E stellt darauf ab, ob der Unternehmer die personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen. Hierbei stellt sich das gleiche Problem wie bei der Bereitstellung personenbezogener Daten (siehe unter 2.): Die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB und der §§ 327 ff. BGB-E hängt davon ab, was im Lauf der Vertragsabwicklung faktisch geschieht, so dass bei Vertragsschluss nicht feststeht, ob der Vertrag den entsprechenden Normen unterliegt oder nicht. Das ist verfehlt. Ausschlaggebend muss vielmehr sein, was der Unternehmer nach dem Vertragsinhalt mit den personenbezogenen Daten tun darf. Darf er sie nur verarbeiten, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, dann kann der Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB und der §§ 327 ff. BGB-E fallen, selbst wenn der Unternehmer sie später – vertragswidrig – doch für andere Zwecke einsetzt. Er verletzt dann den Vertrag und verstößt möglicherweise gegen die DS-GVO, aber unterliegt nicht – rückwirkend? – den Pflichten aus §§ 312 ff. BGB, §§ 327 ff. BGB-E.

Zwar entspricht die Formulierung in § 312a Abs. 1a S. 2 BGB-E insofern derjenigen in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL. Meiner Ansicht nach kann jedoch nicht angenommen werden, dass die Richtlinie ihren Anwendungsbereich so definiert, dass im Augenblick des Vertragsschlusses nicht feststeht, ob ein Vertrag unter die Richtlinie fällt oder nicht. Das wäre mit dem Ziel, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen (siehe Erwägungsgrund 3 Digitale-Inhalte-RL) schwerlich vereinbar. Auch die Richtlinie dürfte daher so auszulegen sein, dass es nicht auf das tatsächliche Geschehen, sondern auf den Vertragsinhalt ankommt.

b) Die Doppelung in § 312 Abs. 1 S. 2 BGB-E („wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um ..., und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet“) ist – obwohl sie aus der Digitale-Inhalte-RL stammt – überflüssig. Der letzte Satzteil sollte daher gestrichen werden.

5. § 327 Abs. 6 Nr. 1 BGB-E

Die Regelung entspricht Art. 3 Abs. 5 Buchst. a Digitale-Inhalte-RL. Sie ist allerdings schon dort verfehlt, denn wenn die Richtlinie bzw. §§ 327 ff. BGB-E nur auf Verträge anwendbar sind, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen zum

Gegenstand haben, ist offensichtlich, dass sie auf Verträge über andere Dienstleistungen nicht zur Anwendung kommen. Die Bedeutung der Regelung liegt vielmehr darin, dass sie die Definition von digitalen Dienstleistungen in Art. 2 Nr. 2 Digitale-Inhalte-RL bzw. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB-E verdeutlicht: Die Tatsache, dass der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln, macht eine Dienstleistung noch nicht zu einer digitalen Dienstleistung. Das sollte in § 327 Abs. 2 BGB-E klargestellt und die Bereichsausnahme des § 327 Abs. 6 Nr. 1 BGB-E gestrichen werden.

6. § 327 Abs. 6 Nr. 3 BGB-E

Es ist zu begrüßen, dass § 327 Abs. 6 Nr. 3 BGB-E nur Behandlungsverträge nach § 630a BGB ausklammert und in überschießender Richtlinienumsetzung alle digitalen Medizinprodukte, auch soweit sie ärztlich verschrieben sind, den Regelungen über digitale Produkte unterwirft. Eine Differenzierung danach, ob ein Medizinprodukt ärztlich verschrieben wird oder nicht, wäre nicht sachgerecht.

7. § 327 Abs. 6 Nr. 4 BGB-E

Es ist zu erwägen, die Richtlinie überschießend umzusetzen und die Ausnahme für Glücksspieldienstleistungen zu streichen. Ein sachlicher Grund für die Ausnahme wird vom Entwurf nicht angegeben. Durch eine Streichung würde insbesondere die schwierige Abgrenzung zwischen Glücksspielen, die eine gewisse Geschicklichkeit voraussetzen, und Spielen, die vorwiegend auf Geschicklichkeit beruhen (vgl. Art. 3 Abs. 5 Buchst. d Digitale-Inhalte-RL), entbehrllich.

8. § 327 Abs. 6 Nr. 5 BGB-E

Es ist zu erwägen, die Richtlinie überschießend umzusetzen und die Ausnahme für Finanzdienstleistungen zu streichen. Die Ausnahme setzt Art. 3 Abs. 5 Buchst. e Digitale-Inhalte-RL um, der in Erwägungsgrund 30 damit begründet wird, dass in diesem Bereich zahlreiche unionsrechtliche Verbraucherschutzbestimmungen bestünden. Diese Verbraucherschutzbestimmungen gewährleisten allerdings keinen Schutz gegen Mängel digitaler Finanzdienstleistungen⁶, so dass die Anwendung der §§ 327 ff. BGB-E sinnvoll ist.

9. § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB-E

Die Norm stellt darauf ab, was der Unternehmer mit den bereitgestellten Daten des Verbrauchers tatsächlich tut. Das ist verfehlt. Entscheidend muss sein, ob er die Daten nach dem Vertragsinhalt ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität der vom Unternehmer angebotenen Software verarbeiten *darf*. Vgl. oben unter 4a.

10. § 327a BGB-E

Die Struktur der Norm ist nicht hinreichend klar.

⁶ Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, Art. 3 Directive (EU) 2019/770 Rz. 104.

Die Vorschrift sieht offensichtlich einen Vertrag über eine Sache, die digitale Produkte enthält oder mit ihnen verbunden ist (Abs. 2 und 3), nicht als Paketvertrag i.S.v. Abs. 1 an; sonst müsste sich insbesondere die Ausnahme des Abs. 3 auch auf Abs. 1 erstrecken. Das entspricht nicht der Digitale-Inhalte-RL, die keine Regelung nach Art von § 327a Abs. 2 BGB-E beinhaltet, sondern im Rahmen der Regelung über Paketverträge klarstellt, dass sie unbeschadet der Regelung über Waren mit digitalen Elementen gilt (Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 Digitale-Inhalte-RL). Ein Vertrag über Waren mit digitalen Elementen ist also an und für sich als Paketvertrag i. S. der Richtlinie anzusehen.

Abs. 2 sollte gestrichen und in Abs. 3 stattdessen auf Abs. 1 verwiesen werden. Abs. 2 soll klarstellen, dass §§ 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.⁷ Doch eine solche Klarstellung ist überflüssig. Handelt es sich um einen Vertrag zwischen denselben Vertragspartnern, ist Abs. 1 einschlägig. Handelt es sich um zwei Verträge zwischen denselben oder unterschiedlichen Vertragspartnern, versteht es sich von selbst, dass §§ 327 ff. BGB-E für denjenigen Vertrag gelten, der sich auf das digitale Produkt bezieht, und für den anderen Vertrag nicht.

11. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB-E

Die Formulierung „die Bereitstellung anderer Sachen“ sollte in „die Bereitstellung von Sachen“ geändert werden, da digitale Produkte keine Sachen sind.

12. § 327a Abs. 3 BGB-E

a) Der Ausdruck „Sachen“ muss durch „bewegliche Sachen“ ersetzt werden. Die Richtlinie spricht von Waren, die in Art. 2 Nr. 3 Digitale-Inhalte-RL als „bewegliche körperliche Gegenstände“ definiert werden. Es werden also nur bewegliche Sachen mit digitalen Elementen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. § 327a Abs. 3 BGB-E nimmt dagegen auch unbewegliche Sachen mit digitalen Elementen aus dem Anwendungsbereich der § 327 ff. BGB-E aus.⁸ Das ist richtlinienwidrig.

Die Verwendung des Begriffs „Waren“ wäre dagegen zwar richtlinienkonform, würde aber nicht der Struktur des deutschen Rechts entsprechen. Dieser Begriff erfasst nach der Legaldefinition in § 241a Abs. 1 BGB – im Gegensatz zum Unionsrecht – solche beweglichen Sachen nicht, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden. Der Ausschluss von Kaufverträgen über „Waren mit digitalen Elementen“ würde also dazu führen, dass Verträge über bewegliche Sachen mit digitalen Elementen, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen geschlossen werden, bezüglich des digitalen Produkts unter §§ 327 ff. BGB-E fallen würden. Das wäre europarechtlich möglich, da solche Verträge nach Art. 3 Abs. 4 Buchst. b Warenkauf-RL nicht unter die Warenkauf-RL fallen.

⁷ BT-Drucks. 19/27653, S. 44.

⁸ Nach BT-Drucks. 19/27653, S. 44 war es gerade das Ziel der Verwendung von „Sache“ statt „Ware“, Verträge über unbewegliche Sachen *einzu beziehen*.

Allerdings nimmt das deutsche Kaufrecht und insbesondere die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf derartige Verträge nicht generell aus dem Kaufrecht aus, sondern schließt nur in § 806 ZPO die Gewährleistung aus. Dem entspricht es, solche Verträge insgesamt dem Kaufrecht und nicht teilweise den §§ 327 ff. BGB-E zu unterstellen.

b) In S. 2 sollte die Formulierung lauten: „... dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst.“

13. § 327b Abs. 3 und 4 BGB-E

Die Formulierung „dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung“ sollte entsprechend der Richtlinie geändert werden in „dem Verbraucher oder einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung“. Das „mittels“ suggeriert, dass die vom Verbraucher bestimmte Einrichtung nur ein Mittel ist, um das digitale Produkt dem Verbraucher selbst zugänglich zu machen, und dass die Verpflichtung zur Bereitstellung erst erfüllt ist, wenn er mittels der Einrichtung Zugang hat. Zugangsprobleme des Verbrauchers zur von ihm bestimmten Einrichtung würden also nach § 327b BGB-E – im Gegensatz zur Richtlinie – einer Erfüllung der Bereitstellungspflicht entgegenstehen.

14. § 327c Abs. 7 BGB-E

§ 327c Abs. 7 BGB-E sollte ebenso wie § 327a Abs. 2 BGB-E (siehe oben unter 10.) gestrichen werden. Die Norm, die in der Richtlinie kein Vorbild hat, ist neben § 327c Abs. 6 S. 1 BGB-E überflüssig. Der Standard des fehlenden Verbraucherinteresses, den Abs. 6 S. 1 aufstellt, ist sachgerechter als der Standard, dass sich die Sache nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet, in Abs. 7. Dieser wird im Entwurf nicht weiter begründet. Insbesondere ist unklar, warum nur auf die gewöhnliche Verwendung (§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB-E) und nicht auch auf eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. b BGB-E) abgestellt wird.

15. § 327e Abs. 2 BGB-E

Die Struktur von Abs. 2 S. 1 sollte derjenigen von Abs. 3 S. 1 angeglichen werden. Gegenwärtig ist insbesondere unklar, in welchem Verhältnis die beiden Buchstaben in Nr. 1 stehen. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. a und b sollte in zwei getrennte Nummern aufgelöst und diese Nummern vertauscht werden.

Außerdem sollte der Ausdruck „die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ durch „die im Vertrag vereinbarte Verwendung“ ersetzt werden. Die Formulierung lehnt sich an diejenige in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB an. Diese wurde gewählt, weil offengelassen werden sollte, ob es sich um eine vertragliche Vereinbarung handelt oder ob es um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags geht.⁹ Art. 7 Buchst. b Digitale-Inhalte-RL verlangt aber nun eine Zustimmung des Unternehmers zu dem ihm vom Verbraucher zur Kenntnis gebrachten Zweck. Es besteht daher kein Grund mehr, nicht eine Vereinbarung des Zwecks zu verlangen.¹⁰

⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

¹⁰ Siehe zur Parallelregelung in der Warenkauf-RL unter III.1.

Formulierungsvorschlag:

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

1. es sich für die im Vertrag vereinbarte Verwendung eignet,
2. es die vereinbarte Beschaffenheit hat, die unter anderem durch die vereinbarten Anforderungen an seine Menge, seine Funktionalität, seine Kompatibilität und seine Interoperabilität geprägt wird,
3. es wie im Vertrag vereinbart mit Zubehör, Anleitungen und Kundendienst bereitgestellt wird und
4. die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen bereitgestellt werden.“

16. § 327f BGB-E

a) Der Entwurf enthält – ebenso wie die Richtlinie – keine Regelung über die Vertragsmäßigkeit von Aktualisierungen und die Folgen einer Vertragswidrigkeit. Zweifel kann insbesondere die Anwendung der Beweislastumkehr des § 327k BGB-E in Bezug auf Aktualisierungen aufwerfen.¹¹ Es empfiehlt sich, das Problem zu regeln, beispielsweise durch Verweisungen auf die für digitale Produkte geltenden Regelungen.

b) Dem Vorschlag des Bundesrates, die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen auf den – nicht durch einen Vertrag mit dem Verbraucher verbundenen – Hersteller zu erweitern¹², stimme ich nicht zu. Es ist ein Grundprinzip des deutschen Rechts, dass nur der jeweilige Vertragspartner für die korrekte Vertragserfüllung einzustehen hat. Das gilt auch dann, wenn er auf die Ware selbst keinen Einfluss nehmen kann, wie beim Verkauf originalverpackter Waren. Es gibt keinen Grund, hiervon in Bezug auf Aktualisierungen abzuweichen.

17. § 327g BGB-E

Es muss heißen: „... wenn der Verbraucher es gemäß den subjektiven *und* objektiven Anforderungen ... nutzen kann“ (vgl. Art. 10 Digitale-Inhalte-RL).

18. § 327h BGB-E

Der Verweis auf § 327g BGB-E muss gestrichen werden. Nach Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL beziehen sich die besonderen Voraussetzungen für eine Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nur auf Art. 8 Abs. 1 und 2 Digitale-Inhalte-RL, nicht aber auf Art. 10 Digitale-Inhalte-RL.

19. § 327j BGB-E

Im Fall einer dauerhaften Bereitstellung führt es zu einer extrem langen Verjährung, wenn die Verjährungsfrist gemäß § 327j Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB-E erst mit dem Ende des Bereitstellungszeitraums beginnt.¹³ Bei einem Vertrag über die Mitgliedschaft in einem sozialen Netzwerk, der auf fünf Jahre befristet ist, würde etwa für von Anfang an vorhandene Pro-

¹¹ Siehe *Zöchling-Jud*, GPR 2019, S. 115 (126) und in: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 197 (205) zur Warenkauf-RL.

¹² BT-Drucks. 19/27653, S. 98.

¹³ Siehe auch die Bedenken des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27653, S. 100 f.

duktmängel Verjährung erst nach sieben Jahren eintreten. Das ist schwerlich gerechtfertigt.

Art. 11 Abs. 3 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL schreibt insofern nur vor, dass die Verjährungsfrist lang genug sein muss, um es dem Verbraucher zu ermöglichen, Rechtsbehelfe wegen einer während des Bereitstellungszeitraums eintretenden Vertragswidrigkeit geltend zu machen. Dem entspricht am besten ein subjektiver Beginn der Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB, verbunden mit einer objektiven Höchstfrist nach § 199 Abs. 2 bis 4 BGB. Es sollte deshalb für den Beginn der Verjährung im Fall einer dauerhaften Bereitstellung auf § 199 BGB verwiesen werden.

Das gleiche Problem stellt sich bezüglich Ansprüchen wegen einer Verletzung der Aktualisierungspflicht (§ 327j Abs. 2 S. 2 BGB-E). Auch insofern bietet sich eine Lösung über § 199 BGB an.

20. § 312k BGB-E

a) In § 327k Abs. 1 und 2 BGB-E muss der Verweis auf § 327g BGB-E gestrichen werden. Denn die Beweislastumkehr des Art. 12 Abs. 2 und 3 Digitale-Inhalte-RL gilt – wie sich aus dem Verweis auf Art. 11 Digitale-Inhalte-RL ergibt – nur in Bezug auf Vertragswidrigkeiten i. S. der Art. 7, 8 und 9 Digitale-Inhalte-RL, nicht dagegen in Bezug auf Rechtsmängel (Art. 10 Digitale-Inhalte-RL). Das ist auch sachlich angemessen, da die Beweislastumkehr auf dem „besonderen und äußerst komplexen Charakter digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“ und dem Umstand beruht, „dass der Unternehmer über bessere Fachkenntnisse verfügt und Zugang zu Know-how, technischen Informationen und Unterstützung durch Hochtechnologie hat“ (Erwägungsgrund 59 Abs. 1 S. 1 Digitale-Inhalte-RL). Bei Rechtsmängeln sind diese Erwägungen nicht einschlägig.

b) Das Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 2 wird nicht hinreichend klar. Es sollte in Abs. 1 deutlich gemacht werden, dass er nur für eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen gilt, aber nicht für eine dauerhafte Bereitstellung.¹⁴

c) In Abs. 3 Nr. 1 bleibt unklar, was „zur maßgeblichen Zeit“ bedeutet. Auch die Richtlinie lässt den relevanten Zeitpunkt offen. Nach der Erläuterung zu § 327k Abs. 3 Nr. 1 BGB-E¹⁵ ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Bereitstellung gemeint, bei dauerhaften Bereitstellungen die bisherige Dauer der Bereitstellung gemäß § 327k Abs. 2 BGB-E. Das ist nicht sachgerecht. Maßgeblich muss vielmehr der Zeitpunkt sein, zu dem sich der von den Anforderungen des § 327e BGB-E abweichende Zustand zeigt. Denn nur wenn zu diesem Zeitpunkt die digitale Umgebung des Verbrauchers kompatibel mit den technischen Anforderungen des Produkts ist, ist der abweichende Zustand ein Indiz für die vorherige Mangelhaftigkeit.

21. § 312l Abs. 2 BGB-E

a) Der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs wegen Unverhältnismäßigkeit ist als Einwendung ausgestaltet. Das widerspricht dem geltenden Recht, das dem Unternehmer im Falle der Unverhältnismäßigkeit jeweils lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht ge-

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 19/27653, S. 62.

¹⁵ BT-Drucks. 19/27653, S. 62.

währt (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB, § 439 Abs. 4 BGB, § 635 Abs. 3 BGB), um ihm die Möglichkeit zu geben, den Anspruch trotz der Unverhältnismäßigkeit zu erfüllen. § 327I Abs. 2 BGB-E sollte daher als Einrede ausgestaltet werden.

b) Der Verweis auf § 275 Abs. 1 BGB kann gestrichen werden, da § 275 Abs. 1 BGB als allgemeine Regelung auch für den Nacherfüllungsanspruch aus § 327I BGB-E gilt. Stattdessen empfiehlt es sich, in § 327I Abs. 2 BGB-E klarzustellen, dass § 275 Abs. 2 und 3 BGB nicht gelten.

22. § 327m Abs. 3 BGB-E

Die Regelungen über den Schadensersatz müssen gründlich überarbeitet werden.

a) Die Norm enthält eine Rechtsgrundverweisung („wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen“) auf §§ 280 Abs. 1, 283 S. 1 BGB und auf § 311a Abs. 2 S. 1 BGB. Diese setzen jeweils voraus, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht. Ein Anspruch aus Schadensersatz statt der Leistung besteht damit nur im Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung, nicht dagegen in den anderen Fällen, in denen nach § 327m Abs. 1 BGB-E ein Recht zur Beendigung des Vertrags besteht. Es muss daher unbedingt auch auf § 281 Abs. 1 S. 1 BGB verwiesen werden, kombiniert mit einer Regelung nach Art von § 440 BGB, die die Fristsetzung entbehrlich macht. Weiterhin ist eine Regelung nach Art von § 281 Abs. 4 BGB nötig.

b) Da der Schadensersatz statt der Leistung an die Berechtigung zur Beendigung des Vertrags gebunden ist, kann der Verbraucher in den Fällen des § 327m Abs. 2 S. 1 BGB-E keinen Schadensersatz statt der Leistung verlangen. In diesen Fällen ist es aber nur gerechtfertigt, den Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung auszuschließen. Ein Anspruch auf „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung muss dem Verbraucher zustehen.

c) Es ist unklar, ob durch die Regelung Ansprüche auf einfachen Schadensersatz, auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung und auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 282 BGB ausgeschlossen werden.

d) Wenn der Verbraucher sich im Hinblick auf alle Bestandteile eines Paketvertrags vom Vertrag löst (§ 327m Abs. 4 S. 1 BGB-E), ist unklar, ob er auch im Hinblick auf die Teile, die nicht das digitale Produkt betreffen, Schadensersatz verlangen kann.

23. § 327m Abs. 5 BGB-E

Die Regelung sollte aus denselben Gründen wie § 327c Abs. 7 BGB-E gestrichen werden (vgl. oben unter 14.).

24. § 327o Abs. 2 bis 4 BGB-E

Die Regelung ist nicht verständlich. Sie vermengt die Frage, ob der Verbraucher schon gezahlt hat (Erstattung) oder nicht (Anspruch erlischt), mit der Frage, wann der Mangel eintritt und was der Verbraucher deshalb schuldet.

Nach § 327o Abs. 2 S. 1 BGB-E hat der Unternehmer dem Verbraucher im Fall der Vertragsbeendigung alle Zahlungen des Verbrauchers zu erstatten. Das gilt offensichtlich auch für Verträge über eine dauerhafte Bereitstellung, für die Abs. 3 nur eine Ausnahme

gegenüber Abs. 2 S. 2 vorsieht. Bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung hat der Unternehmer nach Art. 16 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL jedoch nur den Anteil des gezahlten Preises zurückzuerstatten, der dem Zeitraum entspricht, in dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen mangelhaft waren.

Formulierungsvorschlag:

„(2) Im Fall der Vertragsbeendigung erlischt der Anspruch des Unternehmers auf die Zahlung des vertraglich vereinbarten Preises. Bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts erlischt der Anspruch des Unternehmers jedoch erst ab demjenigen Zeitpunkt, ab dem der zur Beendigung des Vertrags berechtigende Mangel vorlag.

(3) [streichen]

(4) Soweit der nicht geschuldete Preis gezahlt ist, hat ihn der Unternehmer zu erstatten. Auf die Erstattung ist § 327n Abs. 4 S. 2 bis 5 entsprechend anzuwenden.“

25. § 327q Abs. 2 BGB-E

Es sollte das Kündigungsrecht des Unternehmers als Regelfall angesehen werden, da das vertragliche Äquivalenzverhältnis im Fall des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung oder des Widerspruchs gegen eine weitere Verarbeitung der personenbezogenen Daten auf jeden Fall beeinträchtigt wird. Daher: „... außer wenn ihm ... die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist zugemutet werden kann.“

26. § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB-E

Die Norm bringt nicht zum Ausdruck, dass die Richtlinie verlangt, der triftige Grund müsse im Vertrag angegeben sein (Art. 19 Abs. 1 Buchst. a, Erwägungsgrund 75 S. 1 Digitale-Inhalte-RL). Sie sollte daher geändert werden in: „der Vertrag diese Möglichkeit vorsieht und einen triftigen Grund dafür enthält“.

27. § 312r Abs. 2 S. 1 BGB-E

Es muss eine Ausnahme für den Fall aufgenommen werden, dass die Beeinträchtigung der Zugriffsmöglichkeit oder der Nutzbarkeit nur unerheblich ist. Nach Art. 19 Abs. 1 Buchst. d Digitale-Inhalte-RL unterliegt der Unternehmer nur „in den in Abs. 2 genannten Fällen“ einer erweiterten Informationsobliegenheit. Art. 19 Abs. 2 Digitale-Inhalte-RL gilt aber nicht in Fällen einer bloß geringfügigen Beeinträchtigung. Daher muss die Ausnahme des § 327r Abs. 3 S. 4 BGB-E auf § 312 Abs. 2 BGB-E erstreckt werden.

28. § 327r Abs. 4 S. 1 BGB-E

Es muss heißen: „... wenn dem Verbraucher die Zugriffsmöglichkeit *und* die Nutzbarkeit des unveränderten digitalen Produkts ohne zusätzliche Kosten erhalten bleiben“ (vgl. Art. 19 Abs. 4 Digitale-Inhalte-RL).

29. § 327t BGB-E

Die Vorschrift ist schwer verständlich und hat keinerlei eigenständigen sachlichen Gehalt. Insbesondere ist unklar, worauf sich „ergänzend“ bezieht. Sie sollte ersatzlos gestrichen werden.

30. § 327u Abs. 1 S. 1 BGB-E

Der Verweis auf den „Anspruch des Verbrauchers nach § 327c Abs. 1 S. 1 BGB-E“ ist verfehlt, da § 327c Abs. 1 S. 1 BGB-E keinen Anspruch gewährt, sondern ein Recht zur Vertragsbeendigung. Es ist unklar, was gemeint ist: Die Kosten, die dem Unternehmer entstehen, um das digitale Produkt dem Verbraucher bereitzustellen, obwohl er es nicht von seinem Vertriebspartner erhalten hat, also die Kosten eines Deckungsgeschäfts? Oder die Kosten, die dem Unternehmer infolge einer Beendigung des Vertrags durch den Verbraucher entstehen?

31. § 327u Abs. 2 BGB-E

a) Die Regelungstechnik weicht von derjenigen des § 445b BGB ab, der den Lauf der Verjährung ab Ablieferung der Sache an den Unternehmer und eine Ablaufhemmung für zwei Monate nach dem Zeitpunkt vorsieht, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verkäufers erfüllt hat. Ein Grund hierfür ist nicht ersichtlich.

b) Wie in § 327u Abs. 1 BGB-E ist unklar, worauf sich der Verweis auf die „Ansprüche des Verbrauchers nach § 327c Abs. 1 S. 1 BGB-E“ bezieht.

32. § 327u Abs. 3 BGB-E

Da nicht auf § 327k Abs. 3 und 4 BGB-E verwiesen wird, kommt dem Unternehmer die Beweislastumkehr offensichtlich auch dann zugute, wenn er ihr wegen § 327k Abs. 3 BGB-E im Verhältnis zum Verbraucher nicht unterworfen ist. Das ist nicht angemessen. § 327u Abs. 3 BGB-E sollte daher auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Beweislastumkehr im Verhältnis zum Verbraucher zur Anwendung kommt.

33. § 453 BGB-E und § 475a Abs. 1 BGB-E

Der unterschiedliche Standort für die sehr ähnlichen Regelungen sollte überdacht werden. Es scheint vorzugswürdig, beide in einem neuen § 453a zusammenzufassen.

34. § 475a Abs. 2 BGB-E

Ein Kaufvertrag 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, ist kaum vorstellbar. Denn wenn die Sache eine bestimmte Funktion nach dem Vertragsinhalt aufweisen muss, die durch das digitale Produkt ermöglicht wird, dann kann sie eine ihrer Funktionen nicht ohne das digitale Produkt erfüllen und fällt damit nicht unter § 475a Abs. 2 BGB-E. Die Norm erfasst damit insbesondere solche Sachen *nicht*, die nur zur Erfüllung von Zusatz-Funktionen ein digitales Produkt enthalten oder mit ihm verbunden sind, wie z. B. ein mit einem elektronischen Navigationssystem ausgestattetes Kraftfahrzeug. Nur wenn das digitale Produkt eine Funktion ermöglicht, die vertraglich nicht geschuldet wird, kommt § 475a Abs. 2 BGB-E zur Anwendung. Dann aber wird das digitale Produkt als „Zugabe“ gegeben, und die Digitale-

Inhalte-RL ist nicht anwendbar. Es ist auch schwerlich angemessen, den Unternehmer in diesem Fall der strengen Haftung der §§ 327 ff. BGB-E zu unterwerfen. Die Norm sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

35. § 516a BGB-E

Die Bereitstellung eines digitalen Produkts im Gegenzug für die Bereitstellung personenbezogener Daten wird im Allgemeinen keine Schenkung sein, insbesondere wenn man – wie oben unter 2. ausgeführt – die rein faktische Bereitstellung personenbezogener Daten für § 327 Abs. 3 BGB-E nicht genügen lässt. § 516a BGB-E kommt daher allenfalls in extremen Ausnahmefällen zur Anwendung. Es sollte die Streichung der Norm erwogen werden, um das Missverständnis zu vermeiden, derartige Verträge seien meist oder in der Regel als Schenkung anzusehen.

III. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

1. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB-E

Der Ausdruck „die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ sollte durch „die im Vertrag vereinbarte Verwendung“ ersetzt werden. Die Formulierung lehnt sich an diejenige in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB an. Diese wurde gewählt, weil offengelassen werden sollte, ob es sich um eine vertragliche Vereinbarung handelt oder ob es um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags geht.¹⁶ Art. 6 Buchst. b Warenkauf-RL verlangt aber nun eine Zustimmung des Verkäufers zu dem ihm vom Verbraucher zur Kenntnis gebrachten Zweck. Es besteht daher kein Grund mehr, nicht eine Vereinbarung des Zwecks zu verlangen.¹⁷

2. § 434 Abs. 2 S. 2 BGB-E

Nach § 434 Abs. 2 S. 2 BGB-E gehören zu der Beschaffenheit auch die Funktionalität, die Kompatibilität und die Interoperabilität. Diese Begriffe werden in § 327e Abs. 2 S. 2 bis 4 BGB-E legaldefiniert als bestimmte Fähigkeiten eines digitalen Produkts. Da § 434 BGB-E aber nur bei Verbrauchsgüterkäufen auf digitale Produkte – als Teil von Waren mit digitalen Elementen – angewendet wird, sollte auch nur bei den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf auf die Funktionalität, die Kompatibilität und die Interoperabilität verwiesen werden. Etwas anderes gälte nur, wenn – wie unter 6. vorgeschlagen – die Regelungen über Sachen mit digitalen Elementen in das allgemeine Kaufrecht verschoben würden.

3. § 434 Abs. 3 S. 2 BGB-E

Bezüglich des Verweises auf die Funktionalität und Kompatibilität gelten die Ausführungen zu § 434 Abs. 2 S. 2 BGB-E entsprechend.

¹⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

¹⁷ Siehe zur Parallelregelung in der Digitale-Inhalte-RL unter II.15.

4. § 475 Abs. 5 BGB-E

Die Stellung der Norm bei den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf legt nahe, dass es sich bei anderen Kaufverträgen anders verhält, dass also dort der Verkäufer nicht innerhalb angemessener Frist und auch mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher nacherfüllen darf. Die Entwurfsbegründung führt zwar aus, dass das nicht der Fall ist¹⁸, aber die Norm gibt zumindest zu Missverständnissen Anlass. Sie sollte daher entweder ins allgemeine Kaufrecht verschoben oder gestrichen werden, da sie ohnehin nur Selbstverständlichkeiten zum Ausdruck bringt.

5. § 475 Abs. 6 S. 1 BGB-E

Die Stellung der Norm bei den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf legt nahe, dass es sich bei anderen Kaufverträgen anders verhält, dass also dort der Käufer die Kaufsache auf seine eigenen Kosten dem Verkäufer zurückzugeben hat. Das entspricht nicht dem geltenden Recht, da die Pflicht zur Rückgabe der Kaufsache im Fall eines mangelbedingten Rücktritts nach herrschender Ansicht Holschuld ist¹⁹, und wäre auch wertungsmäßig nicht angemessen. Die Norm sollte daher in das allgemeine Kaufrecht oder sogar in die allgemeinen Vorschriften über den Rücktritt („Beruht der Rücktritt auf einer Pflichtverletzung des Rücktrittsgegners, fallen diesem die Kosten der Rückabwicklung zur Last.“) verschoben werden.

6. §§ 475b und 475c BGB-E

Der Entwurf beschränkt die Anwendbarkeit der Regelungen über den Kauf von Sachen mit digitalen Elementen auf Verbrauchsgüterkäufe. Ich rege an, zu überprüfen, ob eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf sämtliche Kaufverträge angebracht ist. Hierfür sprechen dieselben Erwägungen wie für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der §§ 327 ff. BGB-E²⁰.

Nach dem Entwurf wird der Verkauf von Waren mit digitalen Elementen nur geregelt, wenn er von einem Unternehmer an einen Verbraucher erfolgt. Sonst besteht insofern eine Regelungslücke, die jedoch wegen der Beschränkung der §§ 475b, 475c BGB-E auf Verbrauchsgüterkäufe nicht durch eine analoge Anwendung dieser Vorschriften gefüllt werden kann. Ein solcher regelungsloser Zustand kann vermieden werden, indem §§ 475b, 475c BGB-E ins allgemeine Kaufrecht verschoben werden. Die Normen verfolgen keinen spezifisch Verbraucherschützenden Zweck und halten daher für alle Kaufverträge angemessene Regelungen bereit, sofern abweichende vertragliche Vereinbarungen möglich sind.

Speziell Verbraucherschützend ist allerdings die Mindestfrist von zwei Jahren, während der die digitalen Elemente bei dauerhafter Bereitstellung den Anforderungen des § 475b BGB-E entsprechen müssen (§ 475c Abs. 2 und 3 BGB-E). Sie sollte nur für Verbrauchsgüterkäufe gelten.

¹⁸ BT-Drucks. 19/27424, S. 27.

¹⁹ Siehe *Schall*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.11.2020, § 346 Rz. 407 ff.

²⁰ Siehe S. 2.

Die Aktualisierungspflicht des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E ist nicht angemessen, wenn der Verkäufer Verbraucher ist. Es ist deshalb insofern eine Ausnahme vorzusehen.

7. § 475b Abs. 1 S. 2 und 3 BGB-E

a) Die Definition einer Sache mit digitalen Elementen aus S. 2 und die Vermutung aus S. 3 sind bereits in § 327a Abs. 3 BGB-E enthalten. Sie sollten hier gestrichen werden.

b) Jedenfalls sollte die Vermutung lauten: „... dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst.“

8. § 475c Abs. 1 S. 2 BGB-E

a) Es muss heißen: „... so ist § 475b Abs. 4 Nr. 2 entsprechend anzuwenden“, da § 475b Abs. 4 BGB-E nur einen Satz hat.

b) § 475c Abs. 1 S. 2 BGB-E ist sachlich verfehlt. Er gestattet den Parteien, zu bestimmen, wie lang der Bereitstellungszeitraum ist, und verweist nur subsidiär auf § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E. Der Bereitstellungszeitraum kann daher – entweder aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung oder nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E – kürzer als zwei Jahre sein. § 475c Abs. 2 und 3 BGB-E schreibt aber – im Einklang mit Art. 10 Abs. 2 S. 1 Warenkauf-RL – vor, dass die digitalen Elemente auf jeden Fall mindestens zwei Jahre ab der Ablieferung der Sache vertragsgemäß sein müssen. Die digitalen Elemente müssen also unter Umständen auch dann noch vertragsgemäß sein, wenn ihre Bereitstellung gar nicht mehr geschuldet wird. Das ergibt keinen Sinn. Da an § 475c Abs. 2 und 3 BGB-E wegen der Richtlinienvorgaben nicht zu rütteln ist, muss der Bereitstellungszeitraum folglich mindestens zwei Jahre betragen. § 475c Abs. 1 S. 2 BGB-E sollte daher wie folgt geändert werden: „Haben die Parteien keine längere Frist vereinbart, gilt ein Bereitstellungszeitraum von zwei Jahren als vereinbart.“

9. § 475c Abs. 3 BGB-E

Da die Pflicht, Aktualisierungen nach § 475b Abs. 3 und 4 BGB-E bereitzustellen, Teil der Anforderungen des § 475b Abs. 2 BGB-E ist, ist die Norm neben § 475c Abs. 2 BGB-E überflüssig und sollte gestrichen werden.

10. § 475d BGB-E

a) § 475d Abs. 1 BGB-E setzt Art. 13 Abs. 4 Warenkauf-RL um, der die Folgen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache regelt. Für einen Rücktritt wegen unterbliebener Lieferung gilt Art. 18 Abs. 2 Verbraucherrechte-RL, der abweichende Voraussetzungen aufstellt. § 475d Abs. 1 BGB-E ist daher auf Fälle mangelbedingten Rücktritts beschränkt. Das sollte – so wie in § 475d Abs. 2 BGB-E – durch die Worte „einen Rücktritt wegen eines Mangels der Sache“ klargestellt werden.

b) Das allgemeine Kaufrecht unterscheidet zwischen der unberechtigten Verweigerung der Nacherfüllung (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und der berechtigten Verweigerung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit (§ 440 S. 1 Var. 1 BGB). Nach § 475d Abs. 1 BGB-E sind diese Normen bei Verbrauchsgüterkäufen nicht anwendbar. An ihre Stelle tritt § 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB-E, der somit Fälle sowohl der berechtigten als auch der unbe-

rechtigten Verweigerung abdeckt.²¹ Um Missverständnisse zu vermeiden, empfiehlt es sich, den Fall der berechtigten Verweigerung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit gesondert in § 475d Abs. 1 BGB-E aufzunehmen. Das entspricht auch besser der Warenkauf-RL, die in Art. 13 Abs. 4 Buchst. a Warenkauf-RL den Fall der berechtigten Verweigerung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit gesondert anspricht.

c) Abs. 1 und Abs. 2 sollten gleiche Formulierungen verwenden, um Missverständnisse auszuschließen. Davon geht die Begründung des Entwurfs offensichtlich aus, in der noch von § 475d Abs. 1 S. 2 BGB-E die Rede ist, der im Normtext fehlt.²² Am deutlichsten ist die Formulierung in Abs. 2 S. 2. Sie sollte in Abs. 1 übernommen werden und dafür sollten dort die Worte „abweichend von § 323 Abs. 2 und § 440“ gestrichen werden.

11. § 475e Abs. 1 BGB-E

Nach § 475e Abs. 1 Nr. 1 BGB-E beginnt die Verjährung wegen eines Mangels der digitalen Elemente frühestens zwei Jahre nach Ablieferung der Sache, wenn ein Bereitstellungszeitraum vereinbart wurde. Die Ansprüche des Käufers verjähren daher frühestens vier Jahre nach Ablieferung der Sache. Eine so lange Verjährung wird von Art. 10 Abs. 2 und 5 Warenkauf-RL nicht vorgeschrieben. Der Verkäufer muss nur für jeden Mangel der digitalen Elemente haften, der innerhalb von zwei Jahren oder eines längeren Bereitstellungszeitraums nach Lieferung der Waren offenbar wird. Dies ist durch die Ablaufhemmung nach § 475e Abs. 3 BGB-E auch bei einer Verjährungsfrist von zwei Jahren, die mit Ablieferung der Sache beginnt, gewährleistet. Die Verjährung sollte deshalb mit Ablieferung der Sache beginnen, aber nicht vor Ende des Bereitstellungszeitraums enden.²³ Das Gleiche gilt hinsichtlich einer Verletzung der Aktualisierungspflicht (§ 475e Abs. 1 Nr. 2 BGB-E).

12. § 475e Abs. 2 BGB-E

Die Regelung ist überflüssig. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung frühestens mit dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Hierdurch wird gewährleistet, dass dem Verbraucher ausreichend Zeit für die Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte verbleibt. Eine Modifikation des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist daher nicht erforderlich. § 475e Abs. 2 BGB-E sollte gestrichen werden.

13. § 475e Abs. 4 BGB-E

Die Regelung ist nicht sachgerecht.

Erstens stellt sich das Problem der Verjährung, nachdem der Verkäufer Maßnahmen zur Nacherfüllung durchgeführt hat, nicht nur bei Verbrauchsgüterkäufen. Es ist daher verfehlt, eine Regelung nur für Verbrauchsgüterkäufe zu schaffen.

Zweitens passt § 475e Abs. 4 BGB-E nur für die Nachbesserung, nicht aber für die Ersatzlieferung. Bei der Ersatzlieferung geht es nicht nur um die Beseitigung des „geltend

²¹ BT-Drucks. 19/27424, S. 35, 36.

²² BT-Drucks. 19/27424, S. 37.

²³ Siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/28174, S. 7.

gemachten Mangels“, sondern die Ersatzsache muss in jeder Hinsicht mangelfrei sein. Was gilt, wenn sie einen anderen als den geltend gemachten Mangel aufweist, regelt die Norm nicht.

Drittens ist eine Frist von zwei Monaten viel zu kurz, um es dem Verbraucher zu ermöglichen, den Mangel festzustellen und verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten. Im Fall von § 475e Abs. 3 BGB-E sieht das Gesetz ebenfalls eine Frist von zwei Monaten vor, die jedoch zusätzlich zur normalen Verjährungsfrist gilt. Die normale Verjährungsfrist, die der Gesetzgeber im Falle der erstmaligen Lieferung der Sache als angemessen angesehen hat, sollte auch für den Fall der Nacherfüllung gelten.

Alternativvorschlag:

§ 438 Abs. 2 BGB wird um folgende Sätze ergänzt:

„Im Falle der Nachbesserung beginnt die Verjährung wegen des Mangels, der Gegenstand der Nachbesserung war, und wegen im Zuge der Nachbesserung neu entstandener Mängel mit der Ablieferung der nachgebesserten Sache. Im Falle der Ersatzlieferung beginnt die Verjährung mit der Ablieferung der ersatzweise gelieferten Sache.“

14. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB-E

Der Verweis auf § 475b Abs. 5 BGB-E muss gestrichen werden. § 475b Abs. 5 BGB-E setzt Art. 7 Abs. 4 Warenkauf-RL um. Insofern gilt die Möglichkeit des Art. 7 Abs. 5 Warenkauf-RL, durch ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung eine dem Verbraucher ungünstigere Regelung zu treffen, nicht.

15. § 476 Abs. 4 BGB-E

Der Verweis auf die in Abs. 2 bezeichneten Vorschriften ergibt keinen Sinn, weil Abs. 2 keine Vorschrift bezeichnet, von der nicht abgewichen werden darf. Gemeint ist, dass auch vertragliche Gestaltungen verboten sind, durch die die Regelungen in Abs. 2 umgangen werden.

16. § 477 Abs. 2 BGB-E

Statt „während der Dauer der Bereitstellung“ sollte formuliert werden: „während des Bereitstellungszeitraums“.

17. § 479 Abs. 3 BGB-E

Es muss auch auf § 475 Abs. 3 S. 1 BGB verwiesen werden, der für den Fall der Ersatzlieferung den Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz ausschließt. Denn in der Warenkauf-RL findet sich der Ausschluss des Nutzungersatzanspruchs in Art. 14 Abs. 4 Warenkauf-RL, auf den Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 Warenkauf-RL verweist.

Hamburg, den 3. Mai 2021

Professor Dr. Florian Faust, LL.M. (Univ. Michigan)