

Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?

Überblick und Anmerkungen zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie und der Richtlinie über digitale Inhalte im BGB

Von Stud. iur. **Jan Philipp Huth**, Stud. iur. **Franziska Kühn**, PD Dr. **Daniel Könen**, LL.M. (Köln), Frankfurt (Oder)/Köln*

- | |
|---|
| I. Einleitung |
| II. Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Warenkaufrichtlinie und der Richtlinie über digitale Inhalte |
| III. Überblick über die wesentlichen ausbildungsrelevanten Änderungen |
| 1. Parallele Änderungen durch die Warenkaufrichtlinie und die Richtlinie über digitale Inhalte |
| a) §§ 327e, 434, 475b BGB n.F. (Sach-/Produktmangel) |
| b) §§ 327h, 476 BGB n.F. (Abweichungen von den objektiven Anforderungen bei Verbraucherverträgen) |
| c) §§ 327i Abs. 1 S. 2, 475 Abs. 5, 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. (Fristsetzung bei Geltendmachung von Gewährleistungsrechten) |
| d) §§ 327k, 477 BGB n.F. (Beweislastumkehr und Ausnahmen) |
| 2. Änderungen durch die Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte |
| a) Systematik und Begriffsbestimmungen |
| b) § 327b BGB n.F.: Bereitstellung digitaler Produkte |
| c) § 327c BGB n.F.: Rechte bei unterbliebener Bereitstellung |
| d) §§ 327f, 327r BGB n.F.: Aktualisierungen und Änderungen |
| e) § 327m BGB: Vertragsbeendigung und Schadensersatz |
| f) § 327n BGB: Minderung |
| g) § 327q BGB n.F.: Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers |
| 3. Änderungen durch die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie |
| a) § 439 BGB n.F.: Nacherfüllung |
| b) § 475 BGB n.F.: Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung |
| IV. Abschließende Stellungnahme |

I. Einleitung

Das Schuldrecht des BGB ist bereits heute zu einem nicht unbedeutenden Teil durch europarechtliche Vorgaben ge-

* *Jan Philipp Huth* ist Stud. Hilfskraft am Lehrstuhl für Völkerrecht, Ostrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. *Carmen Thiele*) an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). *Franziska Kühn* studiert Rechtswissenschaften an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). *Dr. Daniel Könen*, LL.M. (Köln) ist Privatdozent am Institut für Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln.

prägt.¹ Der Ursprung dieser Entwicklung kann in den – in der beabsichtigten Form nicht umgesetzten – Überlegungen zu einem Europäischen Privatrecht, die 2009 in den „Draft Common Frame of Reference“ mündeten, sowie anschließend einem enger gefassten Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht² gesehen werden.³ Die Warenkaufrichtlinie⁴ (im Folgenden: WKRL) sowie die Digitale-Inhalte-Richtlinie⁵ (im Folgenden: DIDRL) sind die jüngsten Entwicklungen in diesem Prozess und wurden für Deutschland jeweils mit Gesetz vom 25.6.2021 umgesetzt.⁶ Die Richtlinien sollen einen Ausgleich zwischen einem hohen Verbraucherschutzniveau, dem im Recht der Europäischen Union eine herausgehobene Stellung zukommt,⁷ und den notwendigen Anpassungen an die fortschreitende Digitalisierung und Vernetzung herstellen.⁸

¹ Zur Europäisierung des Privatrechts instruktiv *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, Einl. Rn. 30 ff.; *Prütting*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2020, Einl. Rn. 28 ff.; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 16. Aufl. 2021, S. 5 ff.

² Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM/2011/0635, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/de/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635> (10.11.2021).

³ Kritisch zum Entwicklungsprozess *Bach*, NJW 2019, 1705 (1711).

⁴ RL 2019/771/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der VO 2017/2394/EU und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG, ABl. EU 1999 Nr. L 136/28 v. 22.5.2019, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0771> (10.11.2021).

⁵ RL 2019/770/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU 2019 Nr. L 136/1 v. 22.5.2019, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/?uri=CELEX:32019L0770> (10.11.2021).

⁶ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2123 ff. (Nr. 37 v. 30.6.2021); Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2133 ff. (Nr. 37 v. 30.6.2021).

⁷ Zum Verbraucherschutz im AEUV vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), EUV/AEUV, 2017, AEUV Art. 12 Rn. 1 ff.

⁸ Erwägungsgrund (i.F.: EwG.) 1 und 2 DIDRL; EwG. 1 und 2 WKRL; *Staudenmayer* setzt die Digitalisierung hinsichtlich

Im Gegensatz zur Verbrauchsgüterkauf-RL⁹, die noch eine Mindestharmonisierung vorsah,¹⁰ ergibt sich aus Art. 4 WKRL und Art. 4 DIDRL, dass diese vollharmonisierend¹¹ sind. Die nunmehr gesetzlich beschlossenen Änderungen werden zum 1.1.2022 in Kraft treten und nach Art. 229 §§ 57, 58 EGBGB auf Verträge anwendbar sein, die ab diesem Tag geschlossen werden.

Mit der Richtlinienumsetzung ist der in der Literatur überaus kontrovers geführte Streit, welche im Bürgerlichen Gesetzbuch bereits kodifizierten Vertragstypen auf die verschiedenen Formen digital geprägter Schuldverhältnisse anzuwenden seien, im Wesentlichen hinfällig,¹² jedoch bringen die Neuregelungen zahlreiche bislang ungeklärte dogmatische Schwierigkeiten mit sich.

II. Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Warenkaufrichtlinie und der Richtlinie über digitale Inhalte

Bereits heute ist umstritten, wie die Abgrenzung der Anwendungsbereiche von WKRL und DIDRL im Einzelnen zu erfolgen hat. Unbestritten und auch aus dem Wortlaut der §§ 327, 327a, 475b BGB n.F. ersichtlich ist jedoch immerhin, dass Überschneidungen der Anwendungsbereiche nicht vorgesehen sind.¹³ Gemein ist beiden Richtlinien, dass sie sich auf die Regelung von B2C¹⁴-Verträgen beschränken. Im Gegensatz zur in den §§ 434 ff. BGB n.F. umgesetzten WKRL, die Kauf und Werklieferung beweglicher Sachen erfasst, ist die in den §§ 327 ff. BGB n.F. umgesetzte DIDRL jedoch nicht auf bestimmte Vertragstypen festgelegt, sondern setzt lediglich die Entgeltlichkeit des Vertrages voraus.¹⁵ Darüber hinaus ist der Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB n.F. gem. § 327 Abs. 3 Hs. 1 BGB n.F. auch dann eröffnet, wenn die Hauptleistungspflicht des Verbrauchers in der Bereitstellung personenbezogener Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 Datenschutz-Grundverordnung¹⁶ (im Folgenden: DS-GVO) liegt.

ihrer Auswirkungen gar mit der Erfindung der Dampfmaschine durch *James Watt* gleich, siehe *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663.

⁹ RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EU 1999 Nr. L 171/12 v. 7.7.1999, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31999L0044> (10.11.2021).

¹⁰ Art. 1 Abs. 1 RL 1999/44/EG.

¹¹ Zu den Begriffen der Mindest- und Vollharmonisierung *Terhechte*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), EUV/AEU, 2017, AEU, Art. 114 Rn. 15 ff.

¹² Für eine Übersicht siehe *Metzger*, JZ 2019, 577 (578) m.w.N.

¹³ Dazu auch *Tonner*, VuR 2019, 363 (367).

¹⁴ Business-to-Consumer.

¹⁵ Zur digitalen Darstellung eines Werts, die nach § 327 Abs. 1 BGB n.F. ebenfalls entgeltliche Gegenleistung eines Vertrages sein kann, zählen nach EwG. 23 DIDRL auch Kryptowährungen.

¹⁶ VO 2016/679/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der

Eine Ausnahme sieht § 327 Abs. 3 Hs. 2 BGB n.F. i.V.m. § 312 Abs. 1a BGB n.F. für den Fall vor, dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten lediglich der Erfüllung der Leistungspflicht oder sonstiger rechtlicher Verpflichtungen des Unternehmers dient.¹⁷

Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche kann durchaus praktische Bedeutung entfalten. Dies zeigt sich bereits daran, dass in den §§ 475b f. BGB n.F. eine Regelung zur Nutzung der durch den Verbraucher bereitgestellten oder erstellten Inhalte wie in § 327p BGB n.F. fehlt. Auch wird zwar die Aktualisierung der Ware mit digitalen Elementen objektive Anforderung nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F., Änderungen des digitalen Produktbestandteils wurden jedoch anders als in § 327r BGB n.F. nicht eigens geregelt.

Aus der Richtlinienumsetzung ergeben sich im Ergebnis drei verschiedene Vertragskategorien, die hinsichtlich ihres materiell-rechtlichen Umfangs und des auf sie anwendbaren Regelungsregimes voneinander zu unterscheiden sind. Zunächst regelt § 327a Abs. 1 BGB n.F. den Paketvertrag, der neben der Bereitstellung digitaler Produkte auch zur Bereitstellung anderer Sachen oder Dienstleistungen verpflichtet. Die §§ 327 ff. BGB n.F. sind auf seine digitalen Elemente anwendbar. Dies gilt auch für Verträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, § 327a Abs. 2 BGB n.F. Davon abzugrenzen sind jedoch Verträge über Waren mit digitalen Elementen nach § 327a Abs. 3 BGB n.F., die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne das ebenfalls vertragsgegenständliche digitale Produkt nicht erfüllen können. Sofern sich der Unternehmer in diesem Fall verpflichtet, die digitalen Elemente selbst oder durch einen Dritten bereitzustellen (was nach § 327a Abs. 3 S. 2 BGB n.F. im Zweifelsfall vermutet wird), gelten nicht die §§ 327 ff. BGB n.F., sondern § 475b BGB n.F.

Die genaue Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. In der Literatur werden bisweilen Smart-TVs mit vorinstallierten Anwendungen als Musterbeispiel für Waren mit digitalen Elementen benannt.¹⁸ Dies mag in den meisten Fällen zutreffend sein, allerdings ist der hierbei regelmäßig vorgenommene Verweis auf EwG. 21 DIDRL insofern weder notwendig noch völlig zutreffend, als dass der EwG. sich mit Smart-TVs lediglich im Zusammenhang mit der Vermutungswirkung nach § 327a Abs. 3 S. 2 BGB n.F. auseinandersetzt und es im Ergebnis stets auf eine Betrachtung des konkret in Rede stehenden Produktes und dem Grad seiner funktionellen Abhängigkeit von digitalen Elementen ankommt.

Interessante Abgrenzungsfragen dürften sich im Hinblick auf Navigationssysteme in Fahrzeugen ergeben. Je nach Ver-

Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl. EU 1995 Nr. L 119/1, abrufbar unter <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> (13.7.2021).

¹⁷ Dies dürfte Datenverarbeitungen auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. b, lit. c DS-GVO entsprechen.

¹⁸ *Kupfer/Weiß*, VuR 2020, 95; *Gsell*, ZUM 2018, 75 (76); *Kühner/Piltz*, CR 2021, 1 (3).

trags- und Produktgestaltung dürfte es sich heute noch um Paketverträge nach § 327a Abs. 1 BGB n.F. oder um Verträge i.S.d. § 327a Abs. 2 BGB n.F. handeln. In beiden Fällen wären auf die digitalen Elemente die §§ 327 ff. BGB n.F. anwendbar. Mit zunehmender Automatisierung ist es jedoch durchaus vorstellbar, dass Fahrzeuge ab einem gewissen Stand der technologischen Entwicklung ihre Funktionen nicht mehr ohne ein digitales Navigationssystem erfüllen können, sodass § 327a Abs. 3 BGB n.F. und damit Kaufrecht einschlägig wäre.

III. Überblick über die wesentlichen Änderungen im Zuge der Richtlinienumsetzung

1. Parallele Änderungen durch die Warenkaufrichtlinie und die Richtlinie über digitale Inhalte

a) §§ 327e, 434, 475b BGB n.F. (Sach-/Produktmangel)

Eine der augenfälligsten Änderungen ergibt sich aus der Neufassung des Mangelbegriffs sowohl beim Kaufvertrag (auch einer Ware mit digitalen Elementen) als auch bei Verträgen über digitale Produkte und Dienstleistungen. Während § 434 Abs. 1 BGB bisher von einem subjektiven Fehlerbegriff ausging, der lediglich sekundär auf objektive Kriterien zurückgriff,¹⁹ so wird in §§ 327e, 434, 475b BGB n.F. eine Gleichrangigkeit subjektiver und objektiver Anforderungen vollzogen. Diese Neufassung erfolgte in Umsetzung der Art. 5 ff. WKRL, Art. 6 ff. DIDRL, deren Wortlaut eine solche Gleichrangigkeit zwingend erforderlich macht.

Im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen ist zunächst auf das im Vergleich zur geltenden Rechtslage neu hinzutretende Merkmal der Haltbarkeit einzugehen. Nach § 434 Abs. 3 S. 2 BGB n.F., der über den Verweis in § 475b Abs. 4 Nr. 1 BGB n.F. auch für Waren mit digitalen Elementen gilt, unterfällt die Haltbarkeit der üblichen Beschaffenheit nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB n.F. und wird damit im Rahmen der objektiven Anforderungen geschuldet. Ausweislich EWG. 32 WKRL soll die Anforderung an das Produkt, erforderliche Funktionen und Leistung bei normaler Verwendung zu behalten, der Nachhaltigkeit dienen. Von besonderem Interesse wird sein, ob sich daraus eine gesetzliche Haltbarkeitsgarantie ergibt. Der Regierungsentwurf macht deutlich, dass dies durch den Gesetzgeber nicht beabsichtigt war,²⁰ in der Literatur wird unbeschadet dessen verschiedentlich eine solche Haltbarkeitsgarantie angenommen.²¹ Zwar ist der Einwand, das Merkmal der Haltbarkeit erlange durch die Ablehnung der Garantie insbesondere unter Nachhaltigkeitsaspekten eine nur untergeordnete Bedeutung,²² nicht von der Hand zu weisen. Doch ist § 434 BGB n.F. – und dies spricht entscheidend

gegen eine Haltbarkeitsgarantie – insofern unverändert, als dass für das Vorliegen der Anforderungen an die Kaufsache wie unter der derzeitigen Rechtslage der Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgeblich ist. Darüber hinaus verbleibt entgegen anderslautenden Stimmen²³ ein Anwendungsbereich für Fälle der geplanten Obsoleszenz, da eine solche wohl regelmäßig dazu führen würde, dass das Merkmal der Haltbarkeit bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht vorlag.

Anders als § 434 Abs. 3 BGB a.F., der die Lieferung einer „zu geringen Menge“ dem Sachmangel gleichstellt, ist die Menge bei §§ 327e Abs. 2 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 Nr. 2, 434 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB n.F. sowohl subjektive als auch objektive Anforderung. Hier wird diskutiert, ob damit die bisherige Differenzierung zwischen offener und verdeckter Mankolieferung²⁴ obsolet wird.²⁵ Dies begegnet jedoch ernstzunehmenden Bedenken, handelt es sich doch bei der offenen Mankolieferung systematisch um eine Teil- und nicht um eine Schlechtleistung.²⁶ Dies ist für den Verbraucher auch keineswegs nachteilig, da es insofern bei der Rechtsfolge des § 266 BGB bleibt und er die Teilleistung ablehnen kann.

Der Übersichtlichkeit halber sei angemerkt, dass die in § 434 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB n.F. verwendeten digital-spezifischen Begriffe der *Funktionalität*, *Kompatibilität* und *Interoperabilität* in § 327e Abs. 2 BGB n.F. legaldefiniert werden.

b) §§ 327h, 476 BGB n.F. (Abweichungen von den objektiven Anforderungen bei Verbraucherverträgen)

Unbeschadet dessen sind jedoch – und der Grundsatz der Privatautonomie²⁷ ließe dies wohl auch kaum anders zu – weiterhin vertragliche Abreden möglich, die ein Abweichen von objektiven Anforderungen ermöglichen. Diese unterliegen im B2B²⁸-Bereich auch keinen besonderen Hürden, anders dagegen zukünftig bei B2C-Verträgen. Um im Rahmen von Verbraucherverträgen von den objektiven Anforderungen abweichen zu dürfen, sind zukünftig die Voraussetzungen der §§ 327h, 476 Abs. 1 BGB n.F. zu beachten. Danach muss der Verbraucher von einer solchen Abweichung noch vor Abgabe seiner Vertragserklärung gesondert in Kenntnis gesetzt werden und dieser Abweichung auch ausdrücklich zustimmen. Aus einem Umkehrschluss aus § 327e Abs. 3 Nr. 6 BGB n.F.,

²³ Schrader, NZV 2021, 67.

²⁴ Vgl. grundlegend zur bisherigen Rechtslage Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.5.2021, § 434 Rn. 116.

²⁵ So jedenfalls ausdrücklich RegE RL 2019/770/EU, S. 62; im Regierungsentwurf zur Umsetzung der WKRL fehlt ein entsprechender Hinweis; dafür Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (206).

²⁶ Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (22); so auch zur bisherigen Rechtslage Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 47.

²⁷ Instruktiv zum Grundsatz der Privatautonomie Paulus/Zenker, JuS 2001, 1.

²⁸ Business-to-Business.

¹⁹ Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 434 Rn. 1; Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95 (97).

²⁰ RegE RL 2019/771/EU, S. 23; gegen die Annahme einer gesetzlichen Haltbarkeitsgarantie auch Staudenmayer, NJW 2019, 2889 (2890); Schrader, NVZ 2021, 67 (68).

²¹ Bach, NJW 2019, 1705 (1707); Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95 (97).

²² Eingehend hierzu Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (22 f.).

der nicht den Anforderungen des § 327h BGB n.F. unterliegt und lediglich verlangt, dass die Parteien „nichts anderes vereinbart haben“, ergibt sich, dass §§ 327h, 476 Abs. 1 BGB n.F. Hürden aufstellen, die spürbar über eine einfache vertragliche Abrede hinausgehen. Damit sollen etwa eine Abweichung über den Weg der Allgemeinen Geschäftsbedingungen²⁹ oder durch eine konkludente negative Beschaffensvereinbarung³⁰ etwa durch besondere Hervorhebung der subjektiv vereinbarten Merkmale nicht zulässig sein. Dazu kommt nach EWG. 49 DIDRL die Notwendigkeit eines „aktiven und eindeutigen Verhaltens“ auf Verbraucherseite, das für auf digitalem Wege abgegebenen Willenserklärungen etwa im Anklicken eines nicht vorangekreuzten Buttons³¹ oder ähnlichem liegen könnte. Ob damit bei mehreren Abweichungen mehrere ausdrückliche und gesonderte Vereinbarungen notwendig sind, wird letztendlich auch davon abhängen, inwieweit die Abweichungen miteinander verbunden sind. Als Grundsatz wäre es jedoch durchaus im Einklang mit dem Zweck der Norm, durch vor Vertragsschluss eingreifende Warnemente ein hohes Verbraucherschutzniveau herzustellen.

Die praktische Anwendung der §§ 327h, 476 Abs. 1 BGB n.F. dürfte für die betroffenen Unternehmen zu erheblichen Schwierigkeiten und möglicherweise einer gewissen Rechtsunsicherheit führen, jedenfalls solange sich in der Rechtsprechung noch kein genaues Bild hinsichtlich der Unternehmerpflichten im Zusammenhang mit diesen Vorschriften abzeichnet. Dies gilt bei Stückschulden im Vergleich zu Gattungsschulden noch in verstärkter Weise.³² Hier ist im Ergebnis fraglich, ob die Regelung in der praktischen Durchführung tatsächlich zu einer Verbesserung der Verbraucherstellung führen wird, denn es erscheint jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Unternehmen sich etwa in Form höherer Preise gegen mögliche und im Vergleich zur jetzigen Situation vergleichsweise unwägbare Schadensersatzrisiken absichern werden.³³

c) §§ 327l Abs. 1 S. 2, 475 Abs. 5, 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. (Fristsetzung bei Geltendmachung von Gewährleistungsrechten)

Für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung oder die Ausübung des Rücktrittsrechts ist es nach den §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich erforderlich, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt hat. Dies soll sich jedenfalls für Verbraucherverträge ändern: Nach den §§ 327l Abs. 1 S. 2, 475 Abs. 5, 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB

n.F. soll zukünftig bereits die Mitteilung des Mangels an den Unternehmer eine angemessene Frist in Gang setzen.

Aus EWG. 55 WKRL ergibt sich, dass die Angemessenheit der Frist objektiv unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu bestimmen ist, wobei den Mitgliedstaaten ausdrücklich ein Ausgestaltungsspielraum bleiben soll. Diese Regelung vereinfacht die Vorgehensweise für Verbraucher an einem entscheidenden Punkt und trägt so zur Rechtssicherheit bei. Jedoch dürfen die praktischen Auswirkungen auch nicht überschätzt werden, denn bereits zur derzeitigen Rechtslage ist nach Ansicht der Rechtsprechung keine Benennung eines ausdrücklichen Fristzeitraums mehr, sondern lediglich ein ausdrückliches, ernsthaftes Leistungsverlangen erforderlich,³⁴ aus dem allerdings eine zeitliche Begrenztheit der Möglichkeit zur Leistung oder Nacherfüllung hervorgehen muss.³⁵

Einzugehen ist zudem auf den Ausschlussgrund der „unverhältnismäßigen Kosten“ nach § 327l Abs. 2 BGB n.F., der strukturell an § 439 Abs. 4 S. 1 BGB angelehnt ist. Anders als § 439 BGB sieht § 327l BGB n.F. nur eine Art der Nacherfüllung, die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes, vor, sodass stets nur eine absolute Unverhältnismäßigkeit in Betracht kommt. Ab welchem Grad des Missverhältnisses eine absolute Unverhältnismäßigkeit vorliegt, ist i.R.v. § 439 BGB umstritten.³⁶ Der BGH nimmt sie an, wenn die Kosten der Nacherfüllung 150 % des Werts der mangelfreien Sache oder 200 % des mangelbedingten Minderwerts übersteigen.³⁷ Es ist jedoch stets eine Betrachtung des Einzelfalles unter Einbeziehung aller Umstände erforderlich.³⁸

d) §§ 327k, 477 BGB n.F. (Beweislastumkehr und Ausnahmen)

Die §§ 327k Abs. 1, 477 BGB n.F. stellen zugunsten des Verbrauchers die Vermutung auf, ein Mangel des Vertragsgegenstandes habe bereits bei Bereitstellung vorgelegen, sofern sich dieser innerhalb eines Jahres nach der Bereitstellung zeigt. Im Vergleich zu § 477 BGB in der derzeitigen Fassung wird lediglich der Zeitraum der Beweislastumkehr von sechs Monaten auf ein Jahr erhöht.

Das genaue Verständnis des § 477 BGB war früher umstritten. Insbesondere ging der BGH zunächst davon aus, der Verkäufer einer Sache könne sich damit entlasten, dass der konkrete Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorgelegen habe.³⁹ Seit dem Urteil des EuGH in der

²⁹ So auch Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (24); Schrader, NZV 2021, 67 (68); Spindler, MMR 2021, 451 (456).

³⁰ Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (24).

³¹ EWG. 49 DIDRL; dazu auch Staudenmayer, ZEuP 2019, 663 (679).

³² Kupfer/Weiß, ZVertriebsR 2021, 21 (24).

³³ Kritisch dazu auch Kumkar, ZfPW 2020, 306 (312); für eine Beibehaltung der Subsidiarität des objektiven Mangelbegriffs bereits früh Riehm/Abold, ZUM 2018, 82 (86).

³⁴ BGH, Urt. v. 18.3.2015 – VIII ZR 176/14, Rn. 11; Bach, NJW 2019, 1705 (1709).

³⁵ BGH, Versäumnisurt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, Rn. 10 f. (juris).

³⁶ Einzelnachweise auch zur Literatur Faust (Fn. 24), § 439 Rn. 65.1 f.

³⁷ BGH, EuGH-Vorl. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, Rn. 14 f. (juris); BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12 = BGHZ 200, 350 Rn. 41.

³⁸ Westermann (Fn. 26), § 439 Rn. 27.

³⁹ BGH, Urt. v. 2.6.2004 – VIII ZR 329/03 = BGHZ 159, 215 Rn. 11 f. (juris); BGH, Urt. v. 14.9.2005 – VIII ZR 363/04, Rn. 24 ff. (juris); BGH, Urt. v. 15.1.2014 – VIII ZR 70/13 = BGHZ 200, 1 Rn. 20 f.

Rechtssache *Faber*⁴⁰ ist § 477 BGB richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass dem Verbraucher die Vermutungswirkung bereits zugutekommt, sofern er innerhalb der Frist irgendeine Vertragswidrigkeit nachweist.⁴¹ Die Ratio der Entscheidung ist auf § 327k BGB n.F. entsprechend anwendbar.

§ 327k Abs. 3 BGB n.F. benennt Ausschlussstatbestände, bei denen die Vermutung der § 327k Abs. 1, Abs. 2 BGB n.F. keine Anwendung findet. § 327k Abs. 3 Nr. 1, 2 BGB n.F. stellt dabei auf die Kompatibilität (§ 327e Abs. 2 S. 3 BGB n.F.) der digitalen Umgebung (§ 327e Abs. 4 S. 3 BGB n.F.) sowie auf das Unterlassen etwaiger Mitwirkungshandlungen aufseiten des Verbrauchers ab. Auf den Entfall der Beweislastumkehr – und damit auf die übliche Beweislastverteilung – kann sich der Unternehmer jedoch nur dann berufen, wenn er die besonderen Anforderungen des § 327k Abs. 4 BGB n.F. beachtet hat. Im Ergebnis führt dies zu einer Aufklärungsobliegenheit hinsichtlich der Umstände, unter denen die Beweislastumkehr nicht gilt.

Als problematisch könnte sich in der praktischen Anwendung § 327k Abs. 3 Nr. 2 BGB n.F. erweisen. Hiernach gilt die Vermutung zugunsten des Verbrauchers bereits dann nicht, wenn der Verbraucher eine Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hat, für die der Unternehmer ein technisches Mittel einsetzen wollte, das für den Verbraucher den „geringsten Eingriff“ dargestellt hätte und der Unternehmer den Verbraucher nach § 327k Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F. über eine dementsprechende Mitwirkungsobliegenheit aufgeklärt hat.

Der Wortlaut kann sinnvollerweise zunächst nur dahingehend verstanden werden, dass es sich im Vergleich mit anderen geeigneten Mitteln um dasjenige handeln müsste, das im Vergleich zu ebenjenen den geringsten Eingriff aufseiten des Verbrauchers hervorrufen würde. Es handelt sich somit lediglich um eine relative Bestimmung der Eingriffstiefe, die jedoch – auch wenn dies aus dem Umsetzungsgesetz nicht unmittelbar hervorgeht – durch die EwG. 37–39 sowie Art. 3 Abs. 8 DIDRL insofern begrenzt wird, als dass die DIDRL die datenschutzrechtlichen Anforderungen durch die DSGVO unberührt lässt. Auch spricht die Regierungsbegründung davon, dass der Einsatz eines technischen Mittels insbesondere mit Blick auf datenschutzrechtliche Aspekte im Einzelfall „unzumutbar“ sein könnte⁴². Eine Klarstellung im Gesetzestext wäre hier jedoch im Sinne der Rechtsklarheit wünschenswert gewesen.⁴³

Aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ergibt sich noch nicht unmittelbar, ob es bei der Konkretisierung dieser Mittel auf die Möglichkeiten des konkret in Rede stehenden oder abstrakt auf die eines durchschnittlichen, im jeweiligen Geschäftsfeld tätigen Unternehmers ankommt. Für letzteres spricht jedoch unter Berücksichtigung des Verbraucherschüt-

zenden Charakters der Richtlinie, dass der im Hinblick auf den Schutz der Sphäre seiner Vertragspartner nachlässige Unternehmer andernfalls unangemessen privilegiert werden könnte.

2. Änderungen durch die Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte

a) Systematik und Begriffsbestimmungen

Die Umsetzung der DIDRL erfolgt ganz überwiegend durch einen nach § 326 BGB neu einzufügenden Titel.⁴⁴ Darüber hinaus sind an verschiedenen anderen Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuch Anpassungen notwendig. Der neue Titel 2a im Anschluss an § 326 BGB (§§ 327 bis 327u BGB n.F.) ist nochmals unterteilt in zwei Untertitel, die sich mit Verträgen über digitale Produkte zwischen Verbrauchern und Unternehmern (§§ 327–327s BGB n.F.) und solchen, bei denen beide Vertragsparteien Unternehmer sind (§§ 327t, 327u BGB n.F.), befassen.

Der Begriff des „digitalen Produkts“ umfasst gem. § 327 Abs. 1 BGB n.F. sowohl digitale Inhalte als auch digitale Dienstleistungen. Die Begriffe werden durch § 327 Abs. 2 BGB n.F. legaldefiniert. Hierbei dürfte es in vielen Fällen zu Überschneidungen kommen sowie zu Verträgen, die beide Erscheinungsformen zum Inhalt haben. Eine trennscharfe Differenzierung ist jedoch nur von untergeordneter praktischer Bedeutung, vielmehr wird hier der „entwicklungsoffene“⁴⁵ Charakter der Richtlinie und ihrer Umsetzung deutlich.⁴⁶

Der Begriff der Spezifikationen gem. § 327 Abs. 4 BGB n.F. ist in Zusammenschau mit EwG. 26 DIDRL auszulegen, der beispielhaft „maßgeschneiderte digitale Inhalte“ benennt. In diesem Bereich soll unter der bisherigen Rechtslage Werkvertragsrecht anwendbar sein.⁴⁷ Unter den Ausnahmetatbeständen des § 327 Abs. 6 BGB n.F. sind insbesondere die Abgrenzung zu solchen Verträgen, bei denen digitale Mittel lediglich der Übermittlung der eigentlich geschuldeten Leistung dienen (§ 327 Abs. 6 Nr. 1 BGB n.F.) sowie die Ausnahme quelloffener Software (§ 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB n.F.) hervorzuheben.

b) § 327b BGB n.F.: Bereitstellung digitaler Produkte

Die *Bereitstellung* des digitalen Produkts stellt die zentrale Leistungspflicht des Unternehmers im Rahmen eines Vertrages i.S.d. §§ 327 ff. BGB n.F. dar. Zwar differenziert § 327b Abs. 2, Abs. 3 BGB zwischen digitalen Inhalten und Dienstleistungen, doch muss der Vertragsgegenstand dem Verbraucher in beiden Fällen, unter Umständen mittels einer *durch den Verbraucher bestimmten Einrichtung*, zugänglich gemacht werden, sodass die praktischen Auswirkungen gering bleiben dürften.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 4.6.2015 – C-497/13 (*Faber*), Rn. 66 ff. = NJW 2015, 2237.

⁴¹ BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15 = BGHZ 212, 224 Rn. 35 (juris); BGH, Urt. v. 27.5.2020 – VIII ZR 315/18 = BGHZ 226, 1 Rn. 54 ff.

⁴² RegE RL 2019/770/EU, S. 75.

⁴³ Zu weiterführenden datenschutzrechtlichen Problemen m.w.N. *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663 (676).

⁴⁴ Zur zeitweise diskutierten Variante einer punktuellen Umsetzung *Metzger*, JZ 2019, 577 (586) m.w.N.

⁴⁵ RegE RL 2019/770/EU, S. 41, 43.

⁴⁶ Dazu *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (309).

⁴⁷ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 631 Rn. 142 m.w.N.

Als *Einrichtung* i.S.d. § 327b Abs. 3, Abs. 4 BGB n.F. nennt EWG. 41 DIDRL beispielhaft Cloud-Dienste und weist zugleich darauf hin, dass diese dann nicht als durch den Verbraucher *bestimmt* anzusehen sind, wenn sie unmittelbar mit dem Unternehmer verbunden sind oder wenn der Unternehmer die Auswahl auf eine bestimmte Einrichtung beschränkt hatte. Die Regierungsbegründung erwähnt dies nicht ausdrücklich, jedoch kann sich schon aus dem verbraucher-schützenden Grundansatz der DIDRL und damit auch aus Sinn und Zweck der Norm nur schwerlich etwas anderes ergeben. Schließlich greift auch ein Vergleich mit dem strukturell ähnlichen § 447 Abs. 1 BGB – digitale Einrichtung im Falle des § 327b Abs. 3, Abs. 4 BGB n.F., zur Ausführung der Versendung bestimmte Person in § 447 Abs. 1 BGB – nicht, denn anders als § 447 Abs. 1 BGB setzt § 327b Abs. 3, Abs. 4 BGB n.F. bereits nach seinem Wortlaut eine Bestimmung durch den Leistungsempfänger voraus.

c) § 327c BGB n.F.: Rechte bei unterbliebener Bereitstellung

Nach § 327c Abs. 1 BGB n.F. kann der Verbraucher den Vertrag beenden, sofern der Unternehmer das digitale Produkt auch nach Aufforderung durch den Verbraucher nicht unverzüglich bereitgestellt hat. Die Vorschrift orientiert sich an bereits bekannten Strukturen des Leistungsstörungenrechts, etwa im Hinblick auf die teilweise Entbehrlichkeit der Aufforderung nach § 327c Abs. 3 BGB n.F. in Parallelität zu § 323 Abs. 2, Abs. 4 BGB, und bezieht sich über eine Rechtsgrundverweisung⁴⁸ auf die §§ 280, 281 Abs. 1 S. 1, 284 BGB.

Der Regierungsbegründung lässt sich entnehmen, dass der Schadensersatzanspruch an keine weiteren als die Vorschriften geknüpft werden soll, auf die § 327c Abs. 2 BGB n.F. ausdrücklich verweist.⁴⁹ Im Zusammenhang mit kurzfristigen Unterbrechungen bei Verpflichtungen zur dauerhaften Bereitstellung ist das insofern von Bedeutung, als dass nach dem Wortlaut das Erheblichkeitserfordernis nach § 281 Abs. 1 S. 3 BGB nicht erfasst wäre.⁵⁰ Dies stünde jedoch im Widerspruch zu EWG. 51 DIDRL, der eine solche Erheblichkeit fordert. Denkbar wäre es, den Verweis auf § 281 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich als Ausklammerung der Teilleistungen nach § 281 Abs. 1 S. 2 BGB (Produktmangel i.S.d. §§ 327d ff. BGB n.F., vgl. Art. 7a, 8 Abs. 1 lit. b DIDRL) sowie den durch § 327c Abs. 2 BGB n.F. modifizierten § 281 Abs. 2 BGB zu verstehen. Sofern man dagegen eine Ausklammerung auch des § 281 Abs. 1 S. 3 BGB annimmt, bliebe lediglich die Möglichkeit, die Erheblichkeit als ungeschriebenes Merkmal aus der Zielsetzung der Richtlinie abzuleiten, die nach EWG. 1 DIDRL neben dem Verbraucherschutz auch der Förderung des grenzüberschreitenden Handels und der Entfaltung des damit verbundenen unternehmerischen Potentials dient. Bei Annahme einer Erheblichkeitsschwelle wäre diese freilich zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch auf die Vertragsbeendigung nach § 327c Abs. 1 BGB n.F. zu erstrecken. Eine Einordnung der kurzfristigen Unterbrechung als

Sachmangel i.S.d. § 327e BGB n.F. kann dagegen nicht überzeugen, da bei Unterbleiben der vertraglich geschuldeten Bereitstellung – auch temporär – das digitale Produkt aus Sicht des Verbrauchers für den Zeitraum der Unterbrechung schon gar nicht vorliegt und daher auch nicht sinnvoll an den Maßstäben des § 327e BGB n.F. gemessen werden kann.⁵¹

d) §§ 327f, 327r BGB n.F.: Aktualisierungen und Änderungen

Rasche technologische Weiterentwicklungen und damit auch ein hoher Anpassungsbedarf bei bereits bestehender digitaler Infrastruktur sind prägend für das Zeitalter der Digitalisierung. Dieser Umstand findet in den §§ 327f, 327r BGB n.F. seinen Niederschlag, die Aktualisierungen und Änderungen digitaler Produkte und Dienstleistungen für den Zeitraum nach Vertragsschluss regeln.⁵²

Als praktisch bedeutsam wird sich hier wohl die Frage nach der Abgrenzung zwischen beiden Vorschriften erweisen.⁵³ Diese ist auch insofern entscheidend, als dass es sich bei den Aktualisierungen um eine objektive Anforderung gem. § 327e Abs. 3 Nr. 5 BGB n.F. handelt, von der nur unter den hohen Voraussetzungen des § 327h BGB n.F. abgewichen werden kann, bei den Änderungen jedoch um ein Recht des Unternehmers, das dieser nur unter bestimmten Voraussetzungen ausüben darf. Ausweislich des Wortlautes des § 327r Abs. 1 BGB n.F. ist die Abgrenzung anhand der Frage vorzunehmen, ob die Veränderung des Produkts für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich ist – ist dies der Fall, so soll es sich um eine Aktualisierung nach § 327f BGB n.F. handeln; geht sie darüber hinaus, liegt eine Änderung i.S.d. § 327r BGB n.F. vor. Dass diese Abgrenzung jedoch nicht durchweg trennscharf ist, machen bereits die EWG. 74, 75 DIDRL deutlich, die Aktualisierungen als Unterfall der Änderungen betrachten. Auch die in EWG. 75 DIDRL als Beispiel für einen triftigen Änderungsgrund i.S.d. § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. benannte Anpassung an höhere Nutzerzahlen könnte, sofern sie die Nutzbarkeit des Produktes betreffen, bereits eine Aktualisierungspflicht nach § 327f BGB n.F. auslösen. Letztendlich ist hier die ratio legis der Norm entscheidend. Die hohen Anforderungen an den Unternehmer nach § 327r Abs. 1, 2 BGB n.F. im Vergleich zur vertraglich geschuldeten Aktualisierung sind unter Zugrundelegung des verbraucher-schützenden Charakters der Bestimmung nur dann systematisch kohärent, wenn durch die Änderung charakteristische Merkmale des Produkts verändert werden und ein schutzwürdiges Interesse des Verbrauchers an der Mitteilung der Änderung besteht. Eine solche Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 327r BGB n.F. ist insofern verbraucherfreundlich, als dass sie zugleich den Anwendungsbereich des § 327f BGB n.F. und damit den Kreis des durch den Verbraucher rechtlich erzwingbaren Handelns des Unternehmers erweitert. Die Bezeichnung von derartigen

⁵¹ Offengelassen in *Spindler*, MMR 2021, 451 (453).

⁵² Für die Normierung einer Aktualisierungspflicht über die durch § 327 Abs. 1 BGB n.F. erfassten B2C-Verträge hinaus auf B2B- und C2C-Verträge *Kupfer/Weiß*, ZVertriebsR 2021, 21 (23).

⁵³ Dazu auch *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (317).

⁴⁸ RegE RL 2019/770/EU, S. 57.

⁴⁹ RegE RL 2019/770/EU, S. 57.

⁵⁰ Zum Begriff der Erheblichkeit siehe die Anmerkungen zu § 327m BGB n.F.

Verträgen mit Aktualisierungspflichten als „verkappte Dauerschuldverhältnisse“⁵⁴ ist wenigstens irreführend, da aufgrund der Eigenschaft der Aktualisierungspflicht als objektive Anforderung bereits von vornherein wiederkehrende Leistungen oder ein dauerhaftes Tun⁵⁵ geschuldet werden, die nach einhelliger Auffassung charakteristisch für ein Dauerschuldverhältnis sind.⁵⁶

Die in der Literatur geäußerte Befürchtung, die Bestimmung des Zeitraums der Aktualisierungsverpflichtung anhand der durch die Umstände des Einzelfalls konkretisierten Verbrauchererwartungen nach § 327f Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB n.F. führe zu Rechtsunsicherheit,⁵⁷ ist durchaus begründet. Es handelt sich hierbei um einen ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff, der unter Zugrundelegung der in § 327f Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. benannten Kriterien ebenso wie durch EwG. 47 DIDRL, der auf die „vernünftigen Erwartungen“ der Verbraucher abstellt, allenfalls ansatzweise eingegrenzt werden kann. Im Zusammenhang mit § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, der ebenfalls auf die Erwartungen des durchschnittlichen Verbrauchers abstellt,⁵⁸ wurden diese dahingehend konkretisiert, dass sie sich unter Anwendung der verkehrüblichen Sorgfalt gebildet haben müssen.⁵⁹ Schließlich wird die Substituierbarkeit des digitalen Produkts als Abgrenzungskriterium vorgeschlagen.⁶⁰ Letztendlich bleibt es jedoch auch damit bei Einzelfallentscheidungen, die dogmatische Schärfung wird der Rechtsprechung überlassen. Eine Bindung der Aktualisierungspflicht an den Gewährleistungszeitraum⁶¹ erscheint jedoch ebenfalls nicht sachgerecht, da die Geltendmachung von Aktualisierungsansprüchen über den Gewährleistungszeitraum hinaus den Verbraucherschutz stärken und die Dauer der Aktualisierungspflicht von den jeweiligen Charakteristika des vertragsgegenständlichen digitalen Produkts abhängig machen soll.⁶² Entsprechend betrachtet EwG. 47 DIDRL die Gewährleistungsfrist als Mindestdauer für die Aktualisierungsverpflichtung.

⁵⁴ So Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (198).

⁵⁵ Sutschet, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 59, Stand: 1.5.2021, § 241 Rn. 27.

⁵⁶ Zustimmung zum Ganzen wohl auch Gsell, ZUM 2018, 75 (80); Spindler spricht im Zusammenhang mit vernetzten Produkten, die dem Unternehmer Kontrollmöglichkeiten einräumen, gar von einer „Erosion des Eigentums“, siehe Spindler, JZ 2016, 805 (815).

⁵⁷ Spindler, MMR 2021, 451 (455); Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (6).

⁵⁸ Saenger, in: Schulze (Hrsg.), Handkommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 434 Rn. 13.

⁵⁹ Faust (Fn. 24), § 434 Rn. 74; für die Heranziehung dieses Kriteriums auch Spindler, MMR 2021, 451 (454).

⁶⁰ Spindler, MMR 2021, 451 (454); zum Begriff der Substituierbarkeit siehe Thomas, in: Immenga/Mestmäcker (Begr.), Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 36 Rn. 66 f.

⁶¹ Kumkar, ZfPW 2020, 306 (317).

⁶² Zur Frage der – wohl abzulehnenden – Zulässigkeit von Zwangsaktualisierungen Spindler, MMR 2021, 451 (456); kritisch zur Angemessenheit der Regelung insgesamt Kumkar, ZfPW 2020, 306 (317).

Inwieweit sich diese begriffliche Unschärfe tatsächlich als praktisch bedeutsam erweisen wird, bleibt abzuwarten. Denn dem Unternehmer verbleibt die Möglichkeit, bei dauerhaften Bereitstellungen vertraglich einen festen Bereitstellungszeitraum zu bestimmen, der dann nach § 327f Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. dem Zeitraum der Aktualisierungsverpflichtung entsprechen würde.

Das offensichtliche Problem, dass ein Zwischenhändler als Vertragspartner des Verbrauchers selbst die Aktualisierung aufgrund Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB verweigern kann (die für den Händler nachteiligen Rechtsfolgen aus § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, S. 5 Hs. 1 BGB inbegriffen), wird sich wohl mit Vertragsgestaltungen lösen lassen, die es dem Händler erlauben, sich – schon im Eigeninteresse – des Herstellers als Erfüllungsgehilfen zu bedienen. Unbeschadet dessen verbleibt für den Verbraucher ein Restrisiko, da er im Zweifelsfall die vertraglichen Beziehungen zwischen Händler und Hersteller nicht überblicken kann.

e) § 327m BGB n.F.: Vertragsbeendigung und Schadensersatz

Im Zusammenhang mit § 327m BGB n.F. ist zunächst von Interesse, wie sich der Begriff der „Vertragswidrigkeit“ aus Art. 14 Abs. 4 DIDRL, die durch § 327m BGB n.F. umgesetzt wird, zum in § 327m BGB n.F. verwendeten „Mangel“ verhält. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Beendigungsgründe nach § 327m Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 BGB n.F. von Bedeutung. Im Hinblick auf Art. 14 Abs. 4 lit. c DIDRL – umgesetzt durch § 327m Abs. 1 Nr. 3 BGB n.F. – lässt sich aufgrund der Formulierung in der Richtlinie, die Vertragswidrigkeit trete „trotz“ des Versuchs der Mangelbeseitigung ein, vertreten, dass Vertragswidrigkeit und Mangelhaftigkeit des Produkts oder der Dienstleistung hier gleichzusetzen sind. Im Hinblick auf Art. 14 Abs. 4 lit. d DIDRL ist eine solche Konnexität jedoch nicht erkennbar, sodass hier „Vertragswidrigkeit“ nach dem Wortlaut jede Verletzung einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht darstellen könnte. Es erscheint jedoch in einer Zusammenschau von Systematik und Wortlaut schlüssiger, den Begriff der „Vertragswidrigkeit“ hier als spiegelbildliches Gegenstück zur durch die Art. 6 ff. DIDRL näher bestimmten „Vertragsmäßigkeit“ zu sehen, sodass im Ergebnis eine solche nur dann vorliegt, wenn eine der Anforderungen an sie nach Art. 6 ff. DIDRL nicht erfüllt ist.

§ 327m Abs. 2 BGB n.F. schließt eine Beendigung des Vertrages bei lediglich unerheblichem Mangel aus. Ein solcher Erheblichkeitsvorbehalt im Leistungsstörungenrecht findet sich heute bereits in § 281 Abs. 1 S. 3 BGB für den Schadensersatz statt der Leistung sowie in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB für den Rücktritt. Bei beiden Bestimmungen ist umstritten, ob die Unerheblichkeit eng zu verstehen und lediglich auf den Mangel als solchen zu beziehen ist,⁶³ oder eine umfassende Inte-

⁶³ Überblick über den Meinungsstand bei § 281 BGB siehe Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2021, § 281 Rn. 32 sowie bei Höpfner, NJW 2011, 3693 (3693 ff.); für § 323 BGB Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 248.

ressenabwägung stattzufinden hat.⁶⁴ Als Anhaltspunkt mag der durch den BGH für das Kaufrecht entwickelte Wert dienen, dass Mängelbeseitigungskosten, die 5 % des Kaufpreises überstiegen, erheblich seien.⁶⁵ Dies kann jedoch nur als Näherungswert dienen und steht zudem unter dem Vorbehalt, dass es sich bei den Verträgen i.S.d. §§ 327 ff. BGB n.F. regelmäßig um gemischttypische Verträge handeln wird.

§ 327m Abs. 4 BGB n.F. bestimmt, dass im Falle des § 327m Abs. 1 BGB n.F. bei Paketverträgen eine Loslösung vom gesamten Vertrag möglich ist, sofern der Verbraucher ohne das mangelhafte digitale Produkt an den übrigen Teilen des Paketvertrages kein Interesse hat. Diese ausdrückliche Regelung ist notwendig, da nach § 327a Abs. 1 S. 2 BGB n.F. die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB n.F. nur auf die das digitale Produkt betreffenden Bestandteile des Paketvertrages Anwendung finden. Die bereits durch den Regierungsentwurf vorgenommene Einordnung als Rechtsfolgenverweisung auf die jeweils auf den analogen Bestandteil des Paketvertrages anwendbaren Regelungen des Besonderen Schuldrechts⁶⁶ ist schlüssig, da nicht zuletzt § 327m Abs. 4 BGB n.F. (sowie der ähnlich gelagerte § 327c Abs. 6 BGB n.F.) eigene Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts festlegen.⁶⁷

f) § 327n BGB n.F.: Minderung

Alternativ zur Vertragsbeendigung ist der Verbraucher auch berechtigt, den Preis für das digitale Produkt zu mindern. Dies soll ausweislich EwG. 67 DIDRL auch für Verträge gelten, bei denen die Zahlung eines Preises und die Bereitstellung von Daten kombiniert werden. Bei der Berechnung des Minderungsbetrages ist zu beachten, dass § 327n Abs. 2 S. 1 BGB n.F. – anders als §§ 441 Abs. 3 S. 1, 638 Abs. 3 S. 1 BGB – nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern der Bereitstellung nach § 327b BGB n.F. abstellt. Es wären somit Fälle denkbar, in denen sich der Minderungsbetrag durch eine unterbliebene Bereitstellung vonseiten des Unternehmers reduziert. Praktisch wird dies jedoch eine untergeordnete Rolle spielen, da Vertragsschluss und Bereitstellung regelmäßig in unmittelbarer zeitlicher Beziehung zueinander stehen dürften.

Ein Minderungsrecht aufgrund unterbliebener Bereitstellung kommt jedoch nicht in Betracht. Zwar stehen Vertragsbeendigung und Minderung nach § 327n Abs. 1 S. 1 BGB n.F. in einem Alternativitätsverhältnis zueinander und § 327c Abs. 1 S. 1 BGB n.F. verleiht dem Verbraucher bei unterbliebener Bereitstellung ein Recht zur Vertragsbeendigung. Jedoch verweist § 327n Abs. 1 S. 1 BGB n.F. ausdrücklich auf die Beendigungsgründe des § 327m Abs. 1 BGB n.F., darüber hinaus fehlt der für die Berechnung des Minderungsbetrages erforderliche Wert des Produkts im mangelbehafteten Zustand.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = BGHZ 201, 290 Rn. 16 (juris).

⁶⁵ BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13 = BGHZ 201, 290 Rn. 12 (juris).

⁶⁶ RegE RL 2019/770/EU, S. 59, 80.

⁶⁷ Dahingehend auch *Rosenkranz*, ZUM 2021, 195 (200).

g) § 327q BGB n.F.: Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers

Hierzu sei lediglich angemerkt, dass sich die Bestimmung insbesondere auf den Widerruf nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO sowie auf das Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO bezieht.

3. Änderungen durch die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie

a) § 439 BGB n.F.: Nacherfüllung

Nach § 439 Abs. 5 BGB n.F. hat der Käufer dem Verkäufer die Sache zum Zweck der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Der Regierungsentwurf geht davon aus, dass es sich hierbei nicht um eine bloße Obliegenheit, sondern um eine durch den Verkäufer erzwingbare Rechtspflicht handelt.⁶⁸ Hier ist zunächst zwischen den verschiedenen Nacherfüllungsmöglichkeiten zu differenzieren. Für den Fall, dass der Käufer die Beseitigung des Mangels begehrt, ist die Nacherfüllung bereits nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, wenn der Käufer dem Verkäufer die nachzubessernde Sache zugleich vorenthält. Etwas anderes könnte lediglich für die Fälle gelten, in denen die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt wird. Hier ist jedoch auf den Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 S. 1 WKRL abzustellen, der auch in diesem Fall davon spricht, dass die Sache „zum Zweck“ der Nacherfüllung zur Verfügung gestellt wird. Damit dürfte es auch hier bei einer bloßen Obliegenheit bleiben, zumal die Pflicht zur Rückgewähr der mangelhaften bei Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 439 Abs. 5 BGB (§ 439 Abs. 6 BGB n.F.) unberührt bleibt.

b) § 475 BGB n.F.: Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nacherfüllung

Die wesentliche ausbildungsrelevante Änderung des § 475 BGB n.F. besteht in der Aufhebung des § 475 Abs. 4 BGB. Bislang war es dem Unternehmer verwehrt, bei Unmöglichkeit oder berechtigter Verweigerung einer Art der Nacherfüllung auch die andere Art der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten zu verweigern. Die Einführung dieser Regelung setzte die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Weber/Putz*⁶⁹ um. Hier besteht unter Ausklammerung der Neuregelung des Aufwendersersatzanspruchs nach § 439 Abs. 3 BGB mit Inkrafttreten der Neuregelungen zum Verbrauchsgüterkauf im Wesentlichen wieder die ursprüngliche Rechtslage.

IV. Abschließende Stellungnahme

Wie bereits die Verbrauchsgüterkauf-RL, so sind auch die WKRL und die DIDRL von dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus geprägt. Insbesondere die DIDRL, jedoch auch die WKRL, soweit sie Waren mit digitalen Elementen betrifft, sollen zudem eine angemessene Antwort auf die Herausforderungen der Digitalisierung und Vernetzung für die Vertragsgestaltung finden. Dass die Richtlinien das vorhandene Potential nur zum Teil ausschöpfen, ist bereits dar-

⁶⁸ RegE RL 2019/771/EU, S. 26.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – C-65/09, C-87/09, Rn. 76 ff. (juris) = NJW 2011, 2269.

aus ersichtlich, dass die zunehmende Mehrpoligkeit der digital geprägten Rechtsverhältnisse, deren Relevanz insbesondere im Zusammenhang mit den Aktualisierungspflichten deutlich wurde, keinen Niederschlag gefunden hat.⁷⁰ Ebenfalls unter dem Aspekt der Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt bleiben die Richtlinien auch insofern möglich, als dass sie sich einseitig auf die Bestimmung der Rechte des Verbrauchers und Pflichten des Unternehmers konzentrieren und damit unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Lösungen einen weiten Spielraum einräumen.⁷¹

Durch die – hinsichtlich ihrer Dauer je nach vertraglicher Gestaltung mit Rechtsunsicherheit behafteten – Aktualisierungspflichten sowie durch die mit der Abbedingung objektiver Kriterien verbundenen hohen Anforderungen könnte es für kleinere Unternehmen oder neue Marktakteure in Zukunft deutlich schwieriger werden, signifikante Marktanteile zu erlangen. Denn zum einen ist es denkbar, dass in Zukunft über einen bedeutenden Zeitraum bei Weiterentwicklung des Produkts mehrere „Aktualisierungsstränge“ aufrechterhalten werden müssen, was unter Umständen mit einem nicht unerheblichen Ressourceneinsatz verbunden sein kann. Zum anderen wäre selbst ein innovatives Produkt, das zu einem guten Teil über, jedoch in bestimmten Bereichen (noch) unter dem Marktstandard liegt, stets mit dem Makel versehen, nicht den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zu genügen, zumal dies dem Verbraucher auch in der besonderen Form des § 327h BGB n.F. vor Augen geführt werden muss. Die eigentlich mit dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus ergangenen Richtlinien könnten sich also im Ergebnis als spürbar innovationshemmend erweisen. Ein dadurch bedingtes geringeres Marktangebot stünde dem Ziel des Verbraucherschutzes jedenfalls teilweise entgegen.

Es wäre schließlich, wie sich auch aus EwG. 16 DIDRL ergibt, unbeschadet des vollharmonisierenden Ansatzes der WKRL und der DIDRL möglich gewesen, Regelungen zu Waren mit digitalen Elementen nicht lediglich im B2C-, sondern auch im B2B-Verhältnis zu treffen. Dies wäre auch insofern systematisch kohärent gewesen, als dass B2B-Verträge über Produkte oder Dienstleistungen, die in den Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB n.F. fallen, durch die §§ 327t ff. BGB n.F. geregelt werden. Auch eine klarstellende Regelung zu Dual-Use-Verträgen, bei denen der Vertrag sowohl zu privaten als auch zu gewerblichen Zwecken geschlossen wird,⁷² wäre nach EwG. 17 DIDRL möglich und im Sinne der Rechtssicherheit auch wünschenswert gewesen.⁷³

Insgesamt muss somit festgehalten werden, dass die Richtlinien und ihre Umsetzung wichtige und in hohem Maße ausbildungsrelevante Neuerungen für Verträge im digitalen Zeitalter mit sich bringen, jedoch an nicht unbedeutenden

Punkten Schwachstellen aufweisen, die zu schließen der Rechtsprechung oder zukünftigen gesetzlichen Regelungen überlassen bleibt.

Abschließend ist hervorzuheben, dass mit den §§ 327 ff. BGB n.F. erstmalig ein ausdifferenziertes Leistungsstörungenrecht für Dienstverträge in den Startlöchern steht. Dies zunächst zwar nur im Verhältnis B2C und nur für Dienstverträge mit digitalen Elementen. Unter Berücksichtigung der unionsrechtlich gebotenen funktionalen Betrachtung des Begriffs der Dienstleistung sowie der in vielen Fällen angezeigten richtlinienkonformen Auslegungen der Neuregelungen besteht das methodische Potential, den §§ 327 ff. BGB n.F. derart einen Leitbildcharakter zuzubilligen, wie er den §§ 308, 309 BGB bereits i.R.d. § 307 Abs. 1 BGB zuerkannt wird. Zu thematisieren sein wird insoweit ein hypothetischer überschießender Umsetzungswille des Gesetzgebers.

⁷⁰ Kritisch dazu auch *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (332); *Gsell*, ZUM 2018, 75 (80 f.); *Tonner*, VuR 2019, 363 (369).

⁷¹ Kritisch dazu auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (584).

⁷² Zur europarechtlichen Prägung von Dual-Use-Verträgen *Schulte-Nölke*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 38.

⁷³ Dazu weiterführend *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (309); *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415 (416).