

von Daniel Huber

## Besondere Regelungen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte ab Januar 2022

**Für sog. Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen (=digitale Produkte), die ab 1. Januar 2022 abgeschlossen bzw. erfüllt werden, gelten in Deutschland künftig besondere Regelungen. Zur Umsetzung der in der EU vollharmonisierenden Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (im Folgenden "Richtlinie") hat der Bundestag in diesem Sommer das "Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen" verabschiedet. Mit den Regelungen dieses Umsetzungsgesetzes wird für Verträge über die Bereitstellung digitaler Produkte ein umfassender, eigenständiger Regelungsbereich im BGB geschaffen, vor allem im Hinblick auf die vertraglichen Verpflichtungen des Unternehmers hinsichtlich der digitalen Produkte und das bei Mängeln anwendbare Gewährleistungsrecht. Im Fokus stehen Verbraucherverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Die IT-Recht Kanzlei gibt einen umfassenden Überblick über die neuen Regelungen.**

### Was wird sich ändern? - ein erster Überblick

Nach der Richtlinie sollen sämtliche Verträge reguliert werden, bei denen sich die Leistungspflicht eines Unternehmers auf digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bezieht, unabhängig von der Art eines Vertrags. Im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie ins deutsche Recht wirft dieser Ansatz jedoch Fragen auf. Das deutsche Zivilrecht kennt vielmehr eher Regelungen für bestimmte Arten von Verträgen bzw. Vertragsformen, wie etwa Kaufverträge oder Mietverträge, nicht aber vertragsformübergreifend anwendbare Regelungen für bestimmte Vertragsgegenstände bzw. Produktgruppen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich im Wesentlichen dennoch für eine - somit wesensfremde - Umsetzung im BGB in einem eigenen Abschnitt entschieden. Teilweise wurden daneben aber auch einzelne Regelungen im Mietvertrags- und Schenkungsrecht angepasst.

Folgende Neuerungen enthält das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie:

- Im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Verbraucherschützenden Vorschriften die Abkehr vom Merkmal der Entgeltlichkeit bei Verbraucherverträgen und die Hinwendung zu Verbraucherverträgen, bei denen sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises oder zur Bereitstellung von personenbezogenen Daten oder Verpflichtung zu deren Bereitstellung verpflichtet
- Regelungen zu Primärleistungspflichten bei Verbraucherverträgen über die Bereitstellung von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen (=digitalen Produkten)
- Eine gesetzliche Aktualisierungspflicht für digitale Produkte
- Umfassende gewährleistungsrechtliche Regelungen für digitale Produkte
- Anpassungen des Kaufvertrags-, Verbrauchsgüterkaufs-, Miet-, Schenkungs- und Werklieferungsvertragsrechts
- Anpassungen des Unterlassungsklagegesetzes

Die Regelungen der Richtlinie sind EU-weit vollharmonisierend. Dies bedeutet, dass sämtliche EU-Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht im Anwendungsbereich der Richtlinie weder strengere noch weniger strenge Regelungen vorsehen dürfen als die Richtlinie. Einzig im Hinblick auf Gewährleistungsfristen sowie die allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen, also etwa wie zwischen Vertragsparteien wirksam Verträge geschlossen werden können, können die nationalen Gesetzgeber abweichende Regelungen treffen.

## In welchen Fällen finden die neuen Regelungen Anwendung?

### Preiszahlung und Zahlung mit personenbezogenen Daten statt Entgeltlichkeit

Mit der Änderung von § 312 Abs. 1 BGB-NEU und § 312 Abs. 1a BGB-NEU verfolgt der Gesetzgeber vor allem das Ziel, das Verbraucherschutzrecht der §§ 312 ff. BGB möglichst weitgehend auch auf solche Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen der Verbraucher die Leistung des Unternehmers "mit seinen Daten" bezahlt.

Statt wie bislang nach § 312 Abs. 1 BGB eher pauschal auf Verbraucherverträge, "die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand [haben]", sollen die Verbraucherschützenden Vorschriften gemäß § 312 Abs. 1 BGB-NEU künftig zunächst auf solche Verbraucherverträge anwendbar sein, "bei denen sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet". Ergänzend gilt nach § 312 Abs. 1a S. 1 BGB-NEU auch die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf solche Verbraucherverträge, "bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet."

Denn auch in solchen Fällen erbringt der Verbraucher eine bedeutsame Gegenleistung und soll daher nach Ansicht des Gesetzgebers vom Verbraucherschutz profitieren. Dabei kommt es laut Gesetzesbegründung nicht darauf an, ob der Verbraucher dem Unternehmer die Daten aktiv überlässt oder der Unternehmer die ihm aus sonstigen Gründen bereits zur Verfügung stehenden Daten nutzt oder anderweitig verarbeitet. Auch spielt keine Rolle, ob die Datenverarbeitung rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgt - der Verbraucher soll nachvollziehbarerweise in beiden Fällen geschützt sein.

Ausdrücklich ist in § 312 Abs. 1a S. 2 BGB-NEU allerdings geregelt, dass die verbraucherschützenden Vorschriften wiederum keine Anwendung finden, "wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet." Verarbeitet ein Unternehmer daher beispielsweise die Adressdaten des Verbrauchers, um diesem die bestellte Ware zuzusenden, oder speichert der Unternehmer etwa die Abrechnungsdaten zu Buchhaltungs- und Steuerzwecken, so löst dies nicht die Anwendbarkeit der betreffenden Verbraucherschutzvorschriften aus. Anders sieht es hingegen aus, wenn der Unternehmer die Adress- oder Abrechnungsdaten auch zu sonstigen Zwecken verarbeitet, z.B. um bestimmte Werbung an die Verbraucher auszuspielen.

## Verbraucherverträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen

Die besonderen Regelungen der Richtlinie finden nach § 327 Abs. 1, Abs. 3 BGB-NEU auf solche Verbraucherverträge Anwendung, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (zusammen werden diese vom Gesetz als "digitale Produkte" bezeichnet) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben oder bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet (s. dazu bereits unter Ziff. 1). Preis meint dabei auch die digitale Darstellung eines Werts (§ 327 Abs. 1 S. 2 BGB-NEU), gemeint sind damit etwa elektronische Gutscheine oder Coupons. Keine Rolle für die Anwendbarkeit der besonderen neuen Regelungen spielt, ob die Verbraucherverträge aus rechtlicher Sicht als Kauf-, Miet- oder sonstige Arten von Verträgen einzuordnen sind, und - jedenfalls grundsätzlich - auch nicht, ob die digitalen Produkte auf körperlichen Datenträgern bereitgestellt werden (§ 327 Abs. 5 BGB-NEU).

Die neuen Regelungen finden unabhängig von dieser Einordnung Anwendung, wenn jedenfalls Vertragsgegenstand "digitale Inhalte" oder "digitale Dienstleistungen" im Sinne des Gesetzes sind. Dies gilt selbst dann, wenn die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nach Spezifikationen des Verbrauchers entwickelt werden (§ 327 Abs. 4 BGB-NEU), also individuell für den Verbraucher hergestellt werden.

Das Gesetz versteht unter "digitalen Inhalten" Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB-NEU). Laut Erwägungsgrund 19 der Richtlinie sollen digitale Inhalte u.a. Computerprogramme, Anwendungen, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele,

elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen umfassen.

"Digitale Dienstleistungen" definiert das Gesetz gemäß § 327 Abs. 2 S.2 BGB-Neu als Dienstleistungen, die dem Verbraucher

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

Laut Erwägungsgrund 19 der Richtlinie sollen solche digitalen Dienstleistungen u.a. Software-as-a-Service (SaaS), die gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten, andere Formen des Datei-Hosting, die Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden, umfassen.

## Ausnahmen: Keine Anwendung auf bestimmte Vertragsarten

Nach § 327 Abs. 6 BGB-NEU finden die besonderen neuen Regelungen der Richtlinie allerdings auf bestimmte Arte von Verträgen bzw. Konstellationen keine Anwendung:

- Verträge über andere Dienstleistungen als digitale Dienstleistungen, unabhängig davon, ob der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln,
- Verträge über Telekommunikationsdienste mit Ausnahme von nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten (dies umfasst wohl z.B. Messenger-Dienste wie WhatsApp)
- (medizinische) Behandlungsverträge,
- Verträge über Glücksspieldienstleistungen, die einen geldwerten Einsatz erfordern und unter Zuhilfenahme elektronischer oder anderer Kommunikationstechnologien auf individuellen Abruf eines Empfängers erbracht werden,
- Verträge über Finanzdienstleistungen,
- Verträge über die Bereitstellung von Software, für die der Verbraucher keinen Preis zahlt und die der Unternehmer im Rahmen einer freien und quelloffenen Lizenz anbietet, sofern die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität der vom Unternehmer angebotenen Software verarbeitet werden,
- Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn die digitalen Inhalte der Öffentlichkeit auf eine

andere Weise als durch Signalübermittlung als Teil einer Darbietung oder Veranstaltung zugänglich gemacht werden (hierunter könnte z.B. das Kino fallen),

- Verträge über die Bereitstellung von Informationen im Sinne des Informationsweiterverwendungsgesetzes.

Keine Anwendung finden die besonderen Regelungen der §§ 327 ff. BGB-NEU zudem auch auf Kaufverträge über Sachen mit digitalen Elementen, also Sachen, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass diese Sachen ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können. Für solche Sachen mit digitalen Elementen gibt es vielmehr ein eigenständiges Regelungsregime (s. dazu den Beitrag der IT-Recht Kanzlei unter <https://www.it-recht-kanzlei.de/neues-kaufrecht-2022.html>).

## Teilweise auch Anwendung auf Paketverträge und verbundene Verträge

Die besonderen neuen Regelungen der Richtlinie finden zudem auch auf Paketverträge Anwendung, also auf Verbraucherverträge, die in einem Vertrag zwischen denselben Vertragsparteien neben der Bereitstellung von digitalen Produkten auch die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben (§ 327a Abs. 1 S. 1 BGB-NEU). Dasselbe gilt auch für Verbraucherverträge, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind (§ 327a Abs. 2 S. 1 BGB-NEU).

In beiden Fällen bezieht sich die Anwendbarkeit der besonderen Regelungen allerdings nur auf diejenigen Bestandteile dieser Verträge, welche die digitalen Produkte betreffen. Auf die sonstigen Vertragsbestandteile finden diese Regelungen daher keine Anwendung, sondern es gilt vielmehr das allgemeine, sonstige auf diese Verträge bzw. Vertragsarten geltende Recht. Ein Beispiel für einen Paketvertrag wäre laut Gesetzesbegründung ein Vertrag über die Bereitstellung eines Videostreamingdienstes wie Netflix oder Amazon Prime, der gemeinsam mit einem Kaufvertrag über ein Elektronikprodukt, wie z.B. einem Tablet, abgeschlossen wird (s. Gesetzesbegründung, S. 50 f.).

## Welche Verpflichtungen bestehen bei Verträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen?

### Pflicht zur Bereitstellung

Das Umsetzungsgesetz enthält in § 327b BGB-NEU Regelungen, wann und wie der Unternehmer nach Abschluss eines Verbrauchervertrags über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen seine Leistung zu erbringen hat.

Wenn der Unternehmer und der Verbraucher keine andere Zeit für die Bereitstellung der digitalen Leistungen vereinbart haben, kann der Verbraucher die Leistung von Gesetzes wegen unverzüglich nach Vertragsschluss fordern und der Unternehmer sie sofort bewirken (§ 327b Abs. 2 BGB-NEU).

Für das Wie, also die Art und Weise der Bereitstellung von digitalen Produkten gilt:

- Ein digitaler Inhalt ist bereitgestellt, sobald der digitale Inhalt oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist (§ 327b Abs. 3 BGB-NEU). Ein digitaler Inhalt ist dem Verbraucher dabei "zur Verfügung gestellt", wenn dem Verbraucher eine eigenständige Zugriffsmöglichkeit verschafft wurde. "Zugänglich machen" bedeutet das Schaffen einer solchen Möglichkeit zur Nutzung eines Dienstes durch den Verbraucher unter fremder Kontrolle. Es ist hierfür nicht nötig, dass der Verbraucher diese Möglichkeit tatsächlich auch nutzt. Somit genügt für den Unternehmer zur Leistungserbringung, wenn er dem Verbraucher beispielsweise eine Möglichkeit zum Download der Inhalte bietet.
- Eine digitale Dienstleistung ist bereitgestellt, sobald die digitale Dienstleistung dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zugänglich gemacht worden ist (§ 327b Abs. 4 BGB-NEU).

Bei einer Verpflichtung des Unternehmers zu einer fortlaufenden bzw. dauerhaften Bereitstellung der digitalen Inhalte und Dienstleistungen, muss der Unternehmer die vorgenannten Kriterien während des gesamten Bereitstellungszeitraums erfüllen (§ 327b Abs. 5 BGB-NEU).

Die Beweislast dafür, dass die Bereitstellung der digitalen Produkte erfolgt ist, trifft im Verhältnis zum Verbraucher den Unternehmer (§ 327b Abs. 6 BGB-NEU)

## Welche Rechte hat der Verbraucher, wenn die Bereitstellung der digitalen Produkte nicht erfolgt?

Wenn der Unternehmer die digitalen Produkte trotz Fälligkeit nicht bereitstellt, so kann der Verbraucher den Vertrag beenden, falls der Unternehmer einer entsprechenden Aufforderung zur Bereitstellung nicht unverzüglich nachkommt (§ 327c Abs. 1 BGB-NEU).

Das Gesetz spricht bei den neuen Regelungen im Unterschied zu den bisherigen Regelungen des Kaufrechts im BGB von Beendigung statt von Rücktritt. In der Sache ist allerdings dasselbe gemeint.

Einer solchen ausdrücklichen Aufforderung bedarf es jedoch nach § 327c Abs. 3 BGB-NEU in den folgenden Fällen nicht:

- Der Unternehmer verweigert die Bereitstellung des digitalen Produkts,
- Nach den Umständen ist eindeutig zu erkennen, dass der Unternehmer das digitale Produkt nicht bereitstellen wird, oder
- Der Unternehmer bewirkt die Bereitstellung nicht bis zu einem bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist, obwohl zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher vereinbart war oder es sich für den Unternehmer aus eindeutig erkennbaren, den Vertragsabschluss begleitenden Umständen ergeben konnte, dass die termin- oder fristgerechte Bereitstellung für den Verbraucher wesentlich ist.

Bei Paketverträgen kann der Verbraucher nicht nur den Bestandteil des Paketvertrags beenden, der die Bereitstellung des digitalen Produkts umfasst, sondern sich von allen Bestandteilen des Paketvertrags lösen, wenn er an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das nicht bereitgestellte digitale Produkt kein Interesse hat (§ 327c Abs. 6 S. 1 BGB-NEU). Damit soll erreicht werden, dass der Verbraucher nicht an die für ihn ggf. unbrauchbaren übrigen Teile eines Paketvertrags gebunden bleibt, wenn der Vertrag über die Bereitstellung des digitalen Produkts vom Unternehmer nicht erfüllt wird. Dasselbe gilt auch für Verträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, wenn sich die betreffende Sache aufgrund des nicht bereitgestellten digitalen Produkts nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet (§ 327c Abs. 7 BGB-NEU).

Soweit der Unternehmer im Falle der unterbliebenen Bereitstellung des digitalen Produkts schuldhaft einen Schaden des Verbrauchers verursacht, können dem Verbraucher zudem Schadensersatzansprüche zustehen (§ 327c Abs. 2 BGB-NEU).

## Welche gesetzlichen Pflichten hat der Unternehmer im Hinblick auf die Aktualisierung von Software?

Eine zentrale, dem Gesetzgeber besonders wichtige Neuerung im Hinblick auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung von digitalen Produkten ist die Pflicht des Unternehmers, sicherzustellen, dass dem Verbraucher während eines gewissen Zeitraums Aktualisierungen - einschließlich Sicherheitsaktualisierungen - bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind, und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 327f Abs. 1 BGB-NEU).

Diese wesentliche neue Verpflichtung des Unternehmers besteht im Einzelnen genau genommen also aus zwei Pflichten:

- Erstens müssen dem Verbraucher Aktualisierungen, etwa in Form von Updates, zur Verfügung gestellt werden.
- Zweitens muss der Verbraucher auf diese Aktualisierungen auch durch hinreichende Hinweise informiert werden.

### Gesetzliche Pflicht zu Aktualisierungen

Diese neue gesetzliche Pflicht des Unternehmers, Aktualisierungen bereitzustellen, betrifft nicht nur Verträge über die dauerhafte Bereitstellung von digitalen Produkten über einen bestimmten Bereitstellungszeitraum, sondern gerade auch solche Verträge, bei denen der Unternehmer an sich nur zur einmaligen Bereitstellung des digitalen Produkts verpflichtet ist.

Dies bedeutet, dass es für den Unternehmer nicht damit getan ist, beispielsweise die an den Verbraucher verkaufte Software lediglich einmalig zum Download anzubieten. Vielmehr müssen im Laufe der Zeit etwa auch Sicherheitsupdates, die kritische Sicherheitslücken schließen, angeboten werden. Dies muss der Unternehmer nicht selbst tun, er kann hierfür beispielsweise auch Dienstleister oder sonstige Akteure einbinden. Ist der Verkäufer des digitalen Produkts nicht zugleich dessen Hersteller, wird häufig wohl der Hersteller für die Zurverfügungstellung der Aktualisierungen sorgen.

Aktualisierungen bezeichnen dabei vor allem Updates, die dem Erhalt der Vertragsmäßigkeit und der (IT-)Sicherheit des digitalen Produkts dienen, wie z.B. Sicherheitsupdates. Die gesetzliche Pflicht soll aber nicht die Bereitstellung von Upgrades, also Verbesserungen der digitalen Produkte umfassen, z.B. in Form von Funktionserweiterungen der Software eines Smart-TVs. Auch wenn Sicherheitsmängel oder



sicherheitsrelevante Softwarefehler bestehen, die sich nicht auf die Funktionsfähigkeit des digitalen Produkts auswirken, besteht die gesetzliche Aktualisierungspflicht zur Behebung des Sicherheitsmangels.

## Der maßgebliche Zeitraum, in dem Aktualisierungen bereitgestellt werden müssen

Über den maßgeblichen Zeitraum, in dem der Unternehmer die Bereitstellung von Aktualisierungen sicherzustellen hat, sieht das Umsetzungsgesetz konkretisierende Regelungen vor:

- Bei einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts ist der maßgebliche Zeitraum der (vereinbarte) Bereitstellungszeitraum (§ 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB-NEU).
- In allen anderen Fällen ist der maßgebliche Zeitraum derjenige, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann.

Zweifelsohne werfen diese Regelungen eine Reihe von Fragen auf und werden daher zu vielen Diskussionen und wohl auch Gerichtsentscheidungen führen.

So sind etwa die Kriterien unklar, nach denen sich bestimmt, wie lange der Zeitraum sein soll, in dem der Händler die Bereitstellungen der Aktualisierungen sicherzustellen hat. Offen ist auch, wie häufig, d.h. in welchen Abständen solche Aktualisierungen bereitgestellt werden müssen. Beides kann zudem bei unterschiedlichen Arten von digitalen Produkten verschieden sein.

Nach dem Gesetz soll sich dies nach den (gemeint sind die: vernünftigen) Erwartungen des Verbrauchers richten. Jedenfalls aber ist nach Ansicht des Gesetzgebers der maßgebliche Zeitraum nicht auf die jeweilige Gewährleistungsfrist beschränkt, sondern kann über diese hinausgehen (s. Gesetzesbegründung, S. 68). Als Beispiel für den Einfluss der Art und des Zwecks des digitalen Produkts auf den maßgeblichen Zeitraum könne nach Ansicht des Gesetzgebers auf den Unterschied zwischen einem Betriebssystem und einer Anwendungssoftware verwiesen werden. So sei ein Betriebssystem für ein mit dem Internet verbundenes Gerät wegen seiner zentralen Bedeutung länger mit Aktualisierungen zu versorgen als eine Anwendungssoftware, für deren Verwendung keine Verbindung mit dem Internet erforderlich ist (s. Gesetzesbegründung, S. 68).

Offen gelassen ist schließlich auch, wie und in welcher Form die gesetzlichen Aktualisierungen den Verbrauchern im Einzelnen bereitgestellt werden können bzw. müssen, beispielsweise per automatischem Remote-Update bei vernetzten Geräten des Internets der Dinge (Internet of Things), via E-Mail oder durch Zusendung von Datenträgern an die Lieferadresse des Verbrauchers.

## Pflicht zur Information des Verbrauchers

Das Gesetz regelt neben der Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung von Aktualisierungen auch dessen Pflicht zur Information des Verbrauchers hierüber (§ 327f Abs. 1 S. 1 a.E. BGB-NEU).

Zwar geht aus dem Gesetz hervor, dass der Unternehmer den Verbraucher jedenfalls über die Verfügbarkeit einer (neuen) Aktualisierung sowie die Folgen einer unterlassenen Installation der jeweiligen Aktualisierung informieren muss (§ 327f Abs. 2 Nr. 1 BGB-NEU). Allerdings lässt das Gesetz offen, zu welchem Zeitpunkt und wie schnell der Verbraucher über eine neue Aktualisierung zu informieren ist. Auch ist unklar, wie die Information erfolgen muss. Ob also ein ausdrücklicher Hinweis per E-Mail oder ein Hinweis auf der Website des Unternehmers, d.h. Händlers, oder vielleicht sogar bloß auf der Website des Herstellers, genügt, wird sich daher erst noch zeigen müssen.

In jedem Fall aber müssen die zur Erfüllung der Informationspflicht benötigten Datenverarbeitungen im Einklang mit der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) erfolgen.

## In welchen Fällen sind digitale Produkte mangelhaft?

Der Unternehmer ist bei Verbraucherverträgen über die Bereitstellung von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen verpflichtet, die vertragsgegenständlichen digitalen Produkte frei von Produkt- und Rechtsmängeln bereitzustellen (§ 327d BGB-NEU).

## Produktmängel

Frei von Produktmängeln ist ein digitales Produkt, wenn es zur maßgeblichen Zeit

- den subjektiven Anforderungen,
- den objektiven Anforderungen und
- den Anforderungen an die Integration entspricht (§ 327e Abs. 1 S. 1 BGB-NEU).

Dabei ist die maßgebliche Zeit der Zeitpunkt der Bereitstellung des digitalen Produkts bzw. ggf. der Bereitstellungszeitraum (§ 327e Abs. 1 S. 2, S. 3 BGB-NEU).

## Subjektive Anforderungen

Ein digitales Produkt entspricht dabei nach § 327e Abs. 2 BGB-NEU den subjektiven Anforderungen, wenn

- das digitale Produkt die vereinbarte Beschaffenheit hat, einschließlich der Anforderungen an die Menge, Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität,
- das digitale Produkt sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet,
- das digitale Produkt wie im Vertrag vereinbart mit Zubehör, Anleitungen und Kundendienst bereitgestellt wird und
- die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen (z.B. Updates) bereitgestellt werden.

Ist zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher beispielsweise vertraglich vereinbart, dass der Unternehmer dem Verbraucher zu bestimmten Zeitpunkten Updates zur Verfügung stellt, stellt es einen Produktmangel dar, wenn diese Updates nicht oder nicht zu den vereinbarten Zeitpunkten kommen.

## Objektive Anforderungen

Das digitale Produkt entspricht darüber hinaus nach § 327e Abs. 3 BGB-NEU den objektiven Anforderungen, wenn

- es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet,
- es eine Beschaffenheit, einschließlich der Menge, der Funktionalität, der Kompatibilität, der Zugänglichkeit, der Kontinuität und der Sicherheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art des digitalen Produkts erwarten kann,
- es der Beschaffenheit einer Testversion oder Voranzeige entspricht, die der Unternehmer dem Verbraucher vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat,
- es mit dem Zubehör und den Anleitungen bereitgestellt wird, deren Erhalt der Verbraucher erwarten kann,
- dem Verbraucher gesetzliche Aktualisierungen bereitgestellt werden und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird und
- sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben, es in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neuesten verfügbaren Version bereitgestellt wird.

## Anforderungen an die Integration

Das digitale Produkt entspricht überdies nach § 327e Abs. 4 BGB-NEU den Anforderungen an die Integration, wenn die Integration des digitalen Produkts - soweit sie durchzuführen ist -

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

Unter Integration ist dabei die Verbindung und die Einbindung des digitalen Produkts mit den oder in die Komponenten der jeweiligen digitalen Umgebung des Verbrauchers zu verstehen, damit das digitale Produkt gemäß den gesetzlichen Anforderungen genutzt werden kann. Die digitale Umgebung meint dabei die Hardware, Software oder Netzverbindungen aller Art, die vom Verbraucher für den Zugang zum digitalen Produkt oder die Nutzung des digitalen Produkts verwendet werden.

## Rechtsmängel

Frei von Rechtsmängeln ist ein digitales Produkt, wenn der Verbraucher es gemäß den subjektiven und objektiven Anforderungen nutzen kann, ohne dabei Rechte Dritter zu verletzen (§ 327g BGB-NEU).

## Abweichende Vereinbarungen über Produktmerkmale

Das Gesetz regelt nicht, wie mit möglichen, sich widersprechenden subjektiven und objektiven Anforderungen an das digitale Produkt umgegangen werden soll. Laut Gesetzesbegründung soll diese Frage der Rechtsprechung überlassen werden (s. Gesetzesbegründung, S. 60). Dies sorgt vorerst natürlich für Rechtsunsicherheit in diesem Punkt.

Wollen der Unternehmer und der Verbraucher allerdings von den objektiven Anforderungen an das digitale Produkt, von der gesetzlichen Aktualisierungsverpflichtung oder von den Vorschriften über Rechtsmängeln beim digitalen Produkt abweichen, ist dies nur unter Beachtung besonderer gesetzlicher Formvorschriften wirksam möglich. Dies bedeutet auch, dass eine hiervon abweichende Vereinbarung beispielsweise nicht durch schlichte Klauseln in AGB getroffen werden kann.

Das Gesetz fordert in § 327h BGB-NEU hierzu, dass:

- der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass das bestimmte Merkmal des digitalen Produkts von den jeweiligen objektiven Anforderungen abweicht, und
- dies im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.

Somit muss ein Unternehmer im Vorfeld des Vertragsschlusses ausdrücklich und deutlich auf die Besonderheit(en) des digitalen Produkts hinweisen und anschließend das ausdrückliche und - von den sonstigen (vertraglichen) Erklärungen des Verbrauchers deutlich getrennte - Einverständnis des Verbrauchers dazu einholen. Dabei bedeutet "gesonderte Vereinbarung", dass dies - z.B. beim Bestellvorgang in dem Text auf der Website - hervorgehoben dargestellt sein muss. Laut Erwägungsgrund 49 der Richtlinie kann dies etwa durch Anklicken eines Kästchens, durch Betätigung einer Schaltfläche oder durch Aktivierung einer ähnlichen Funktion erreicht werden.

## Welche Rechte haben Verbraucher bei Mängeln eines digitalen Produkts?

Bei Mängeln eines digitalen Produkts haben Verbraucher unter bestimmten weiteren gesetzlichen Voraussetzungen gewisse Rechte bzw. Ansprüche, wie man sie im Prinzip bereits aus dem allgemeinen Kaufrecht kennt (§ 327i BGB-NEU):

- Nacherfüllung (=Herstellung des vertragsgemäßen Zustands)
- Beendigung des Vertrags
- Minderung des Preises
- Anspruch auf Schadensersatz oder Ersatz von Aufwendungen.

## Anspruch auf Nacherfüllung

Zuvorderst hat der Verbraucher im Falle eines Produkt- oder Rechtsmangels des digitalen Produkts einen Anspruch auf Nacherfüllung seines vertraglichen Anspruchs auf eine mangelfreie Leistung. Dieses Recht umfasst gemäß § 327I BGB-NEU:

- Herstellung des vertragsgemäßen, also mangelfreien Zustands und
- Übernahme der dafür erforderlichen Aufwendungen,
- innerhalb einer angemessenen Frist ab Information des Unternehmers durch den Verbraucher über den jeweiligen Mangel und
- ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher.

Im Unterschied zum allgemeinen Kaufrecht steht dem Verbraucher dabei allerdings kein Wahlrecht zu, ob er - soweit dies überhaupt sinnvoll möglich ist - eine Nachbesserung oder eine erneute Bereitstellung des digitalen Produkts wünscht. Diese Entscheidung steht vielmehr dem Unternehmer zu, also, ob er etwa durch Übermittlung einer aktualisierten Version des digitalen Produkts oder durch dessen erneut bereitgestellte fehlerfreie Kopie nacherfüllen möchte (s. Erwägungsgrund 63 der Richtlinie). Der Verbraucher muss im Rahmen der Ausübung seines Anspruchs auf Nacherfüllung nicht ausdrücklich eine angemessene Frist setzen, sondern umgekehrt erhält der Unternehmer eine angemessene Frist Zeit, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen.

Der Verbraucher kann dabei nur erhebliche Unannehmlichkeiten monieren; unerhebliche Unannehmlichkeiten muss er hingegen akzeptieren. Um eine erhebliche Unannehmlichkeit kann es sich laut Gesetzesbegründung beispielsweise handeln, wenn der Verbraucher zur Ermöglichung der Nacherfüllung erhebliche Änderungen an eigener Soft- oder Hardware vornehmen muss (s. Gesetzesbegründung, S. 76 f.).

Ausgeschlossen ist der Anspruch des Verbrauchers auf Nacherfüllung, wenn die Nacherfüllung unmöglich oder für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 327I Abs. 2 S. 1BGB-NEU).

## Recht auf Vertragsbeendigung

Wenn das digitale Produkt mangelhaft ist, kann der Verbraucher unter den im Gesetz bestimmten Voraussetzungen den Vertrag durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Unternehmer (§ 327o Abs. 1 BGB-NEU) beenden. Dies gilt nach § 327m Abs. 1 BGB-NEU in folgenden Fällen:

- Der Nacherfüllungsanspruch ist ausgeschlossen, weil die Nacherfüllung unmöglich oder für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.
- Der Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers wurde nicht gemäß den gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt.
- Trotz der vom Händler - im Ergebnis damit erfolglos - versuchten Nacherfüllung zeigt sich derselbe Mangel immer noch oder es zeigt sich ein anderer, neuer Mangel (einen zweiten Versuch der Nacherfüllung muss es - je nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls - jedenfalls nicht zwingend geben).
- Der Mangel des digitalen Produkts ist derart schwerwiegend, dass die sofortige Vertragsbeendigung gerechtfertigt ist. Laut Erwägungsgrund 65 der Richtlinie ist ein Beispiel hierfür, wenn dem Verbraucher ein Antivirenprogramm bereitgestellt wird, das seinerseits virenverseucht ist.
- Der Unternehmer verweigert die ordnungsgemäße Nacherfüllung. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Verweigerung der ordnungsgemäßen Nacherfüllung durch den Unternehmer vor dem Hintergrund des geltenden Rechts berechtigt ist oder nicht. In beiden Fällen kann der Verbraucher den Vertrag durch entsprechende Erklärung gegenüber dem Unternehmer beenden.
- Es ist nach den Umständen offensichtlich, dass der Unternehmer nicht ordnungsgemäß nacherfüllen wird.

Grundsätzlich gilt, dass der Verbraucher den Vertrag nur beenden kann, wenn das digitale Produkt einen nicht nur unerheblichen Mangel hat (§ 327m Abs. 2 BGB-NEU). Dies gilt allerdings nicht, wenn es dabei um einen Vertrag über die Bereitstellung von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen geht, bei dem der Verbraucher personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet hat. Solche Verträge kann der Verbraucher auch im Falle eines bloß unerheblichen Produkt- oder Rechtsmangels bei Vorliegen der oben genannten weiteren gesetzlichen Beendigungsvoraussetzungen beenden.

Bei Paketverträgen kann der Verbraucher nicht nur den Bestandteil des Paketvertrags beenden, der die Bereitstellung des digitalen Produkts umfasst, sondern sich von allen Bestandteilen des Paketvertrags lösen, wenn der Verbraucher an dem anderen Teil des Paketvertrags ohne das mangelhafte digitale Produkt kein Interesse hat (§ 327m Abs. 4 S. 1 BGB-NEU). Damit soll erreicht werden, dass der

Verbraucher nicht an die für ihn unnützen übrigen Teile eines Paketvertrags gebunden bleibt, wenn der Vertrag über die Bereitstellung des digitalen Produkts vom Unternehmer nur in mangelhafter Weise erfüllt wird.

Dasselbe gilt im Übrigen für Verträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, wenn sich die Sache aufgrund des Mangels des digitalen Produkts nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet (§ 327m Abs. 5 BGB-NEU).

## Minderung statt Beendigung des Vertrags

Statt den Vertrag unter den oben genannten gesetzlichen Voraussetzungen zu beenden, kann der Verbraucher den Preis durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer mindern (§ 327n Abs. 1 S. 1 BGB-NEU).

Der Minderung steht dabei im Unterschied zum Recht auf Vertragsbeendigung die Unerheblichkeit eines Mangels des digitalen Produkts nicht entgegen, d.h. auch bei nur unerheblichen Mängeln kann der Verbraucher die Minderung erklären. Das Gesetz regelt die weiteren Modalitäten der Minderung, insbesondere die Berechnung des geminderten Preises und die Zahlungsweise.

## Anspruch auf Schadensersatz

Schließlich können dem Verbraucher im Falle der Berechtigung zur Beendigung des Vertrags über die Bereitstellung von digitalen Produkten wegen eines Produkt- oder Rechtsmangels auch Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 Abs. 1, 283 S. 1 und § 311a Abs. 2 S. 1 BGB oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen nach § 284 BGB zustehen, wenn die jeweiligen weiteren gesetzlichen Voraussetzungen der genannten Schadensersatzvorschriften vorliegen (§ 327m Abs. 3 BGB-NEU).

## Welche Folgen hat eine Beendigung eines Vertrags über digitale Produkte?



## Unmittelbare Folgen der Vertragsbeendigung

Im Fall der Vertragsbeendigung muss der Unternehmer dem Verbraucher die Zahlungen erstatten, die dieser zur Erfüllung des Vertrags geleistet hat. Für noch nicht erbrachte Leistungen des Unternehmers erlischt der Anspruch des Unternehmers auf Zahlung des vereinbarten Preises (s. jeweils § 327o Abs. 2 BGB-NEU).

Der Erstattungsbetrag muss unverzüglich, auf jeden Fall aber innerhalb von 14 Tagen erstattet werden, in der Regel durch dasselbe Zahlungsmittel, das der Verbraucher ursprünglich verwendet hat, es sei denn, es ist ausdrücklich etwas anderes vereinbart (s. § 327o Abs. 4 BGB-NEU). Wenn dem Verbraucher ursprünglich ein Datenträger bereitgestellt wurde, muss der Verbraucher diesen - auf Kosten des Unternehmers - unverzüglich an den Unternehmer zurücksenden, wenn dieser dies innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsbeendigung verlangt (§ 327o Abs. 5 BGB-NEU).

## Keine weitere Nutzung des digitalen Produkts nach Vertragsbeendigung

Nach der Vertragsbeendigung darf der Verbraucher das digitale Produkt nicht weiter nutzen und auch nicht Dritten zur Verfügung stellen (§ 327p Abs. 1 BGB-NEU). Um dies abzusichern, ist der Unternehmer berechtigt, die weitere Nutzung des digitalen Produkts - etwa auf technische Weise - zu unterbinden. Dem Unternehmer steht insbesondere die Möglichkeit zu, den Zugang des Verbrauchers zum digitalen Produkt oder das Nutzerkonto des Verbrauchers zu sperren (s. Gesetzesbegründung, S. 84).

Umgekehrt darf aber auch der Unternehmer die Inhalte, die nicht personenbezogene Daten sind und die der Verbraucher bei der Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts bereitgestellt oder erstellt hat, nach der Vertragsbeendigung ebenso nicht weiter nutzen (§ 327p Abs. 2 S. 1 BGB-NEU). Als Beispiele für solche Inhalte nennt Erwägungsgrund 69 der Richtlinie digitale Bilder, Video- und Audiodateien oder auf mobilen Geräten erstellte Inhalte. Soweit solche Inhalte personenbezogene Daten enthalten, gelten nicht diese Regelungen im BGB, sondern die eigenständigen Regelungen der DS-GVO. Aus diesen kann sich etwa auch ein Recht der Verbraucher auf Löschung der betreffenden personenbezogenen Daten ergeben, etwa hinsichtlich Fotos von Personen.

Die Löschverpflichtung des Unternehmers gilt aber nicht ausnahmslos. Das Gesetz nennt vielmehr einige Ausnahmen (§ 327p Abs. 2 S. 2 BGB-NEU):

- Die betreffenden Inhalte haben außerhalb des Kontextes des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts keinen Nutzen. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung das (nicht einer lebenden Person entsprechende) Profilbild eines Charakters in einem Computerspiel (s. Gesetzesbegründung, S. 85).
- Die Inhalte hängen ausschließlich mit der Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts durch den Verbraucher zusammen. Dies kann laut Gesetzesbegründung z.B. die individuell vorgenommenen Anpassungen einer Benutzeroberfläche einer Software betreffen (s. Gesetzesbegründung, S. 85).
- Die Inhalte wurden vom Unternehmer mit anderen Daten aggregiert und können nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand disaggregiert werden. In diesem Fall soll der Unternehmer nicht einen hohen Aufwand betreiben müssen, der in keinem Verhältnis steht.
- Die Inhalte wurden vom Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt, sofern andere Verbraucher die Inhalte weiterhin nutzen können. Nicht selten werden in der Online-Community digitale Inhalte gemeinsam erstellt und weiterentwickelt. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiel hierfür die Spiellandschaft eines Online-Computerspiels (s. Gesetzesbegründung, S. 86).

## Anspruch des Verbrauchers auf Bereitstellung seiner Inhalte

Gesetzlich ist der Unternehmer zudem dazu verpflichtet, dem Verbraucher auf dessen Verlangen die Inhalte, die nicht personenbezogene Daten sind, bereitzustellen (§ 327p Abs. 3 S. 1 BGB-NEU).

Für personenbezogene Daten folgt ein solches Recht auf Datenübertragbarkeit unmittelbar aus Art. 20 DS-GVO. Die Inhalte müssen dem Verbraucher unentgeltlich, ohne Behinderung durch den Unternehmer, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem gängigen maschinenlesbaren Format bereitgestellt werden (§ 327p Abs. 3 S. 3 BGB-NEU). In Anlehnung an die entsprechend in der DS-GVO geregelte Frist für die Erfüllung des Rechts auf Datenübertragbarkeit wird in diesem Zusammenhang eine Frist von einem Monat als angemessen diskutiert (s. Gesetzesbegründung, S. 87).

Die Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung der Inhalte des Verbrauchers besteht allerdings nicht, wenn der Unternehmer zur Weiternutzung der Inhalte nach oben genannten Voraussetzungen berechtigt ist. Hiervon ausgenommen ist lediglich der Fall, dass die Inhalte vom Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt wurden und andere Verbraucher die Inhalte weiter nutzen können (§ 327p Abs. 2 S. 2 Nr. 4 BGB-NEU). Die Pflicht besteht zudem auch dann nicht, wenn der Bereitstellung der Inhalte andere Rechte, z.B. Eigentumsrechte bzw. eigentumsähnliche Rechte Dritter, entgegenstehen (s. Gesetzesbegründung, S. 86). In diesem Fall wäre die Bereitstellung dem Unternehmer unmöglich und er könnte sie daher verweigern.

## Welche Besonderheiten gelten für das Zusammenspiel von Verträgen über digitale Produkte und damit zusammenhängende datenschutzrechtliche Erklärungen?

Die Ausübung von datenschutzrechtlichen Erklärungen wie Einwilligungen, Widerruf von Einwilligungen oder Widersprüche gegen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten sowie die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten, wie beispielsweise dem Recht auf Auskunft nach Art. 15 DSGVO, hat keinerlei Auswirkung auf die Wirksamkeit eines Vertrags über die Bereitstellung eines digitalen Produkts (§ 327q Abs. 1 BGB-NEU). Dies folgt bereits aus den Regelungen der DS-GVO und ist im BGB somit bloß zur Klarstellung aufgenommen worden. Hintergrund dieser Regelungen ist, dass betroffene Personen, deren personenbezogene Daten vom Unternehmer verarbeitet werden, nicht an der Geltendmachung ihrer datenschutzrechtlichen Rechte gehindert werden sollen.

Allerdings kann der Unternehmer einen Vertrag, der ihn zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen von digitalen Produkten oder zur dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn der Verbraucher eine von ihm erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft oder einer weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten widerspricht und dem Unternehmer unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (§ 327q Abs. 2 BGB-NEU). Hintergrund ist, dass dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben werden muss, eine in Folge eines Widerrufs einer datenschutzrechtlichen Einwilligung oder eines Widerspruchs gegen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten rechtswidrige Fortsetzung der Datenverarbeitung stoppen zu können.

## Darf der Unternehmer Änderungen an digitalen Produkten vornehmen, die einem Verbraucher bereitgestellt wurden?

Gerade bei der dauerhaften Bereitstellung von digitalen Produkten über einen längeren Zeitraum besteht ggf. das Bedürfnis des Unternehmers, gewisse Änderungen des digitalen Produkts - möglicherweise einheitlich für sämtliche Nutzer - vorzunehmen, die über das für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit (z.B. gesetzliche Pflicht zu Aktualisierungen) erforderliche Maß hinausgehen. Das Gesetz lässt solche Anpassungen zu, allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen (§ 327r Abs. 1 BGB-NEU).

Änderungen des digitalen Produkts sind nur zulässig, wenn:

- der Vertrag diese Möglichkeit bei Vorliegen eines triftigen Grundes (ausdrücklich) vorsieht,
- dem Verbraucher durch die Änderung keine zusätzlichen Kosten entstehen und
- der Verbraucher klar und verständlich über die Änderung informiert wird.

Ein zulässiger triftiger Grund kann nach Erwägungsgrund 75 der Richtlinie vorliegen, wenn Änderungen etwa nötig sind, um das digitale Produkt an eine neue technische Umgebung oder erhöhte Nutzerzahlen anzupassen. Die Information des Verbrauchers kann in diesem Fall im Vorfeld erfolgen, muss es aber nicht. Auch im Zuge der Änderung des digitalen Produkts erfolgende, also zeitgleiche Information des Verbrauchers wird als hinreichend erachtet (s. Gesetzesbegründung, S. 90).

Wenn bei der Änderung des digitalen Produktes die Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers auf das digitale Produkt oder die Nutzbarkeit des digitalen Produkts für den Verbraucher beeinträchtigt wird, darf die Änderung des digitalen Produkts zudem nur dann vorgenommen werden, wenn der Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist auf einem dauerhaften Datenträger über die Merkmale und den Zeitpunkt der Änderung sowie seine gesetzlichen Rechte hinreichend informiert wird (§ 327r Abs. 2 BGB-NEU).

Diese gesetzlichen Rechte des Verbrauchers umfassen etwa dessen unentgeltliches Recht zur Vertragsbeendigung binnen 30 Tagen ab dem Zeitpunkt der Information über die Änderung des digitalen Produkts bzw. die Änderung selbst, falls die Änderung des digitalen Produkts erst nach der Information über die Änderung erfolgt ist (§ 327r Abs. 3 BGB-NEU). Allerdings besteht dieses Recht zur Vertragsbeendigung wiederum nicht, wenn dem Verbraucher die Zugriffsmöglichkeit oder die Nutzbarkeit des unveränderten digitalen Produkts ohne zusätzliche Kosten erhalten bleibt (§ 327r Abs. 4 BGB-NEU). In diesem Fall behält der Verbraucher das digitale Produkt so, wie er es aufgrund des abgeschlossenen Vertrags einfordern darf, so dass kein Grund zur Einräumung eines Rechts auf Vertragsbeendigung besteht.

Wie lange in diesem Zusammenhang eine angemessene Frist ist, muss von Einzelfall zu Einzelfall gesondert betrachtet werden; eine pauschale Aussage ist insoweit nicht möglich. Die Form des dauerhaften Datenträgers ist bereits in § 126b BGB geregelt und bezieht sich beispielsweise auf Hinweise in einer E-Mail.

## Wann verjähren Ansprüche wegen Mängeln von digitalen Produkten?

Ansprüche bzw. Rechte von Verbrauchern wegen Produkt- und/oder Rechtsmängeln bei digitalen Produkten verjähren in zwei (2) Jahren (§ 327j Abs. 1 BGB-NEU). Die Verjährung beginnt mit der Bereitstellung des digitalen Produkts.

Im Falle einer dauerhaften Bereitstellung eines digitalen Produkts verjähren die Ansprüche jedenfalls aber nicht vor Ablauf von zwölf (12) Monaten nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums (§ 327j Abs. 2 BGB-NEU). Daneben verjähren Ansprüche von Verbrauchern gegen Unternehmer aus einer Verletzung der gesetzlichen Pflicht der Unternehmer aus § 327f BGB-NEU, während des nach dem Gesetz maßgeblichen Zeitraums die Bereitstellung von Aktualisierungen (z.B. Updates) sicherzustellen, nicht vor Ablauf von zwölf (12) Monaten nach dem Ende des für diese Aktualisierungspflicht maßgeblichen Zeitraums (§ 327j Abs. 3 BGB-NEU).

Zudem ist zu beachten, dass die Verjährung keinesfalls vor Ablauf von vier (4) Monaten nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem sich ein Mangel erstmals gezeigt hat, wenn sich dieser Mangel innerhalb der Verjährungsfrist von zwei (2) Jahren gezeigt hat (§ 327j Abs. 3 BGB-NEU). Dadurch soll erreicht werden, dass der Unternehmer bei Mängeln, die sich erst gegen Ende der Verjährungsfrist zeigen, nicht auf Zeit spielen und dadurch die Verjährung erzwingen könnte. Vielmehr soll noch genügend Zeit bleiben, so dass der Unternehmer und der Verbraucher den Sachverhalt vernünftig aufklären und verhandeln können.

## Wann muss der Verbraucher beweisen, dass das digitale Produkt bereits bei der Übergabe mangelhaft gewesen ist?

Das neue Recht für Verbraucherverträge über die Bereitstellung von digitalen Produkten enthält eine Regelung zur Umkehr der Beweislast, die derjenigen des Verbrauchsgüterkaufrechts vergleichbar ist. Zeigt sich bei einem digitalen Produkt innerhalb eines Jahres seit seiner Bereitstellung ein von den gesetzlichen Anforderungen abweichender Zustand, so wird von Gesetzes wegen vermutet, dass das digitale Produkt bereits bei der Bereitstellung mangelhaft war (§ 327k Abs. 1 BGB-NEU). Wenn sich bei einem dauerhaft bereitgestellten digitalen Produkt während der Dauer der Bereitstellung ein von den gesetzlichen Anforderungen abweichender Zustand zeigt, so wird vermutet, dass das digitale Produkt während der gesamten bisherigen Dauer der Bereitstellung mangelhaft war (§ 327k Abs. 2 BGB-NEU).

Allerdings: Diese Regelungen zur Umkehr der Beweislast gelten nicht in den folgenden Fällen:

- Die digitale Umgebung des Verbrauchers war mit den technischen Anforderungen des digitalen Produkts zur maßgeblichen Zeit nicht kompatibel. Denn hier liegt der Fehler in der Sphäre des Verbrauchers, so dass dies nicht dem Unternehmer zugerechnet werden kann.
- Der Unternehmer kann nicht feststellen, ob die Voraussetzungen der vorgenannten Nummer 1 vorlagen, weil der Verbraucher eine hierfür notwendige und ihm mögliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt und der Unternehmer zur Feststellung ein technisches Mittel einsetzen wollte, das für den Verbraucher den geringsten Eingriff darstellt.

Allerdings gilt dieser Ausschluss der Umkehr der Beweislast nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher vor Vertragsschluss klar und verständlich über diese vorgenannten Umstände informiert hat. Andernfalls kann wiederum dem Verbraucher kein Vorwurf für den in seiner Sphäre liegenden Fehler gemacht werden, der Fehler liegt wegen der mangelhaften Informationen also eher beim Unternehmer, so dass die Beweislastumkehr wieder zu Gunsten des Verbrauchers greift (§ 327k Abs. 4 BGB-NEU).

## Können Unternehmer in den Verträgen mit Verbrauchern auch vom Gesetz abweichende Regelungen vorsehen?

Grundsätzlich kann sich der Unternehmer nicht auf eine Vereinbarung mit dem Verbraucher berufen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 327 ff. BGB abweichen (§ 327s Abs. 1 BGB-NEU).

Dies gilt allerdings nicht für die Zeit, nachdem der Verbraucher dem Unternehmer die unterbliebene Bereitstellung des digitalen Produkts oder den Mangel des digitalen Produkts mitgeteilt hat. Eine Vereinbarung nach einer solchen Mitteilung des Verbrauchers kann also wirksam sein. Dasselbe gilt für Änderungen des digitalen Produkts (§ 327s Abs. 2 BGB-NEU).

## Können Unternehmer in ihrer Lieferkette bei ihren Vertriebspartnern Rückgriff nehmen, wenn sie von Verbrauchern in Anspruch genommen wurden?

Das Gesetz sieht im Falle von Ansprüchen von Verbrauchern gegenüber einem Unternehmer wegen einer unterbliebenen Bereitstellung eines digitalen Produkts oder wegen eines Mangels eines digitalen Produkts Möglichkeiten bzw. Erleichterungen des Unternehmers zum Rückgriff bei seinem Vertriebspartner im Hinblick auf Aufwendungen bzw. Kosten vor, die der Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher getätigt hat (§ 327t und § 327u BGB-NEU), wie sie bereits aus dem Verbrauchsgüterkaufrecht bekannt sind.

Wie dort gilt dies auch bei Verträgen über die Bereitstellung eines digitalen Produkts für den Regress in der gesamten Lieferkette.

## Welche weiteren Anpassungen gibt es durch das Umsetzungsgesetz?

Die Richtlinie wirkt sich nicht bloß auf bestimmte Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen aus, sondern auf sämtliche solcher Verträge, unabhängig davon, ob es sich bei diesen ihrer Art nach um Kaufverträge, Verbrauchsgüterkaufverträge, Mietverträge oder Schenkungsverträge und Werklieferungsverträge handelt, wenn digitale Produkte verkauft, vermietet oder verschenkt werden. Daher enthält das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie auch einige Regelungen, durch die im Kaufrecht, im Verbrauchsgüterkaufrecht, im Mietrecht und im Schenkungsrecht Anpassungen an die Richtlinie vorgenommen werden. Auf diese Regelungen wird in diesem Beitrag nicht weiter eingegangen.

## Wann werden die vorgenannten Gesetzesänderungen in Kraft treten?

Die mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie verabschiedeten neuen Regelungen im BGB gelten für Verbraucherverträge, welche die Bereitstellung eines digitalen Produkts zum Gegenstand haben und ab dem 1. Januar 2022 abgeschlossen werden (s. Art. 229 EGBGB-NEU).

Die neuen Regelungen finden zudem auch auf Verbraucherverträge Anwendung, die vor dem 1. Januar 2022 abgeschlossen werden, wenn die jeweilige vertragsgegenständliche Bereitstellung des digitalen Produkts ab dem 1. Januar 2022 erfolgt. Bei einer Vereinbarung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher im Dezember 2021, dass der Verbraucher ab 1. Januar 2021 ein digitales Produkt, etwa ein E-Book, von der Website des Unternehmers herunterladen kann, finden hierauf bereits diese neuen Regelungen Anwendung.

Autor:

**Daniel Huber**

(freier jur. Mitarbeiter der IT-Recht Kanzlei)