

NOMOSPRAXIS

Brönneke | Föhlisch | Tonner [Hrsg.]

Das neue Schuldrecht

Digitale Produkte | Kaufrecht
Vertragsrecht



Nomos

NOMOSPRAXIS

Tobias Brönneke | Carsten Föhlich | Klaus Tonner [Hrsg.]

Das neue Schuldrecht

Digitale Produkte | Kaufrecht
Vertragsrecht

Prof. Dr. Tobias Brönneke, Hochschule Pforzheim | **Prof. Dr. Felix Buchmann**, Hochschule Pforzheim | **Dr. Carsten Föhlich**, Rechtsanwalt, Trusted Shops GmbH, Köln | **Prof. Dr. Steffen Kroschwald**, Hochschule Pforzheim | **Chiara Panfili**, LL.M., Rechtsanwältin, Stuttgart | **Dr. Sven Polenz**, LL.M., Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein | **Patrik Schmidt**, LL.M., Hochschule Pforzheim | **Prof. Dr. Ralph Schmitt**, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof; Hochschule Pforzheim | **Prof. Dr. Marina Tamm**, Hochschule Neubrandenburg | **Prof. em. Dr. Klaus Tonner**, Universität Rostock; Richter am Oberlandesgericht Rostock a.D. | **Prof. Dr. Andreas Willburger**, Hochschule Pforzheim



Nomos

Zitervorschlag: Brönneke/Föhlisch/Tonner Neues Schuldrecht/*Bearbeiter* § ... Rn. ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7067-0

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Das Schuldrecht des BGB erfährt seine größte Umwälzung seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung am 1.1.2002. Mit der Umsetzung von drei EU-Richtlinien hält die Digitalisierung Einzug ins BGB. Die Umsetzungen der Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen und der Warenkaufrichtlinie treten am 1.1.2022, die Umsetzung der sog. Modernisierungsrichtlinie am 22.5.2022 in Kraft. Bis dahin muss sich die Praxis auf zahlreiche Änderungen einstellen. Der europäische Gesetzgeber konzipierte die genannten Richtlinien als Verbraucherschutzregelungen; der Umsetzungsgesetzgeber erweiterte den Anwendungsbereich nicht auf Verträge zwischen Unternehmen.

Mit der Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen fügt der Gesetzgeber einen neuen Titel in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts ein (§§ 327–327u BGB). Wer digitale Produkte, so der neue Begriff des Gesetzes, bereitstellt, unterliegt einem eigenen Regime für Leistungsstörungen einschließlich der Haftung für Produktmängel. Besonders wichtig ist die neu eingeführte Update-Pflicht. Das Recht der digitalen Produkte weist zahlreiche Schnittstellen zum Datenschutzrecht auf. Das Kaufrecht erhält einen neuen Mangelbegriff, der mit dem Mangelbegriff des Rechts über digitale Produkte abgestimmt ist. Das neue Kaufrecht ist allein anzuwenden, wenn Waren mit digitalen Elementen derart verbunden sind, dass sie ihre Funktionsfähigkeit nur mit diesen Elementen erfüllen können. Dazu gibt es auch hier eine Update-Pflicht.

Doch bei diesen zentralen Neuerungen blieb der Gesetzgeber nicht stehen. Veranlasst durch die Modernisierungsrichtlinie, gibt es Vorschriften über Online-Marktplätze, die sich in § 312l BGB und in den Informationspflichten nach dem UWG und dem EGBGB niederschlagen. Die Modernisierungsrichtlinie ändert auch die Verbraucherrechterichtlinie, was zu Änderungen im Widerrufsrecht führt. Ist ein Vertrag über digitale Produkte als Miet- oder Werkvertrag zu qualifizieren, muss beachtet werden, welche Vorschriften des Miet- bzw. Werkvertragsrechts und welche der neuen §§ 327 ff. BGB anzuwenden sind. Die Modernisierungsrichtlinie führt schließlich zu einem Paradigmenwechsel im UWG, der mit einem eigenen Umsetzungsgesetz, dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbebereich, realisiert wird. Dort gibt es künftig einen Individualanspruch des Verbrauchers auf Schadensersatz.

Ergänzt werden diese europarechtlich initiierten Gesetzesänderungen durch einige Neuregelungen im Gesetz für faire Verbraucherverträge. Das Gesetz erleichtert Kündigungen von Dauerschuldverhältnissen durch die Einführung eines „Kündigungsbuttons“ und enthält Änderungen im Klauselverbotskatalog des § 309 BGB.

Dieses Buch führt in die neuen Vorschriften ein und gibt Hilfestellung für die zahlreichen Änderungen, die in Verträgen über digitale Produkte vorgenommen werden müssen. Es richtet sich sowohl an die Rechtsberater der Unternehmen als auch an die Gegenseite, die Verbraucher und ihre Verbände, die von den vorzunehmenden Änderungen betroffen sind.

Vorwort

Die Herausgeber danken den Autorinnen und Autoren, dass sie durch die zügige Fertigstellung ihrer Beiträge nach der Verkündung der Gesetze im Bundesgesetzblatt dazu beitrugen, dass dieses Buch so schnell erscheinen konnte. Dank gilt auch *Daniel Löwer*, *Shirin Mayasilci* und *Emma Schlosser* für ihre Unterstützung der Autoren und Herausgeber und dem Nomos-Verlag für die bewährte Zusammenarbeit.

Karlsruhe, Köln und Rostock, im September 2021

Prof. Dr. Tobias Brönneke

Dr. Carsten Föhlisch

Prof. Dr. Klaus Tonner

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Bearbeiterverzeichnis	11
§ 1 Transparenzpflichten für Online-Marktplätze (<i>Schmidt</i>)	13
A. Einführung	14
B. Bisherige Transparenzpflichten und Neustrukturierung	14
C. Wesentliche Änderungen im Detail: Art. 246d EGBGB nF: Allgemeine Informationspflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen	18
D. Weitere Änderungen hinsichtlich bereits bestehender Transparenz- und Informationspflichten	24
E. Art. 246e EGBGB nF: Verbotene Verletzung von Verbraucherinteressen und Bußgeldvorschriften	27
§ 2 Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen –Umsetzung der Digitale Inhalte Richtlinie in das deutsche Recht (<i>Tamm/Tonner</i>).....	29
A. Einleitung	31
B. Anwendungsbereich (§§ 327 und 327a BGB nF)	37
C. Bereitstellung digitaler Produkte (§ 327b nF) und Rechte bei fehlender Bereitstellung (§ 327c BGB nF)	51
D. Verpflichtung zur mangelfreien Leistung (§§ 327d–327h BGB nF)	59
E. Rechtsbehelfe des Verbrauchers (§§ 327i–327n BGB nF)	76
F. Modalitäten der Vertragsbeendigung (§§ 327o und 327p BGB nF)	90
G. Änderung digitaler Produkte, Abweichungsmöglichkeiten (§§ 327r–327s BGB nF)	95
§ 3 Widerrufsrechte – Änderungen durch die ModernisierungsRL und die Rechtsprechung zu Verbraucherdarlehensverträgen (<i>Föblich</i>)	103
A. Einleitung	104
B. Das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen	105
C. Verbraucherdarlehensverträge, Finanzierungshilfen und Versicherungsverträge	130
§ 4 Warenkauf – Kaufrechtlicher Mangelbegriff und Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht (<i>Brönneke/Schmitt/Willburger</i>)	135
A. Einleitung	138

Inhaltsverzeichnis

B. Neujustierung der Leistungspflichten des Verkäufers: Der neue kaufrechtliche Mangelbegriff	140
C. Pflichten beim Verbrauchsgüterkauf von Waren mit digitalen Elementen ...	155
D. Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit der Ware	165
E. Verjährung	168
F. Modifikationen im Hinblick auf Garantien	170
§ 5 Unternehmerrückgriff (<i>Buchmann/Panfili</i>)	175
A. Vorgaben der europäischen Richtlinien	176
B. Rückgriff des Unternehmens bei digitalen Produkten (§ 327u BGB nF)	176
C. Rückgriff des Verkäufers (§§ 445a ff. BGB nF)	182
D. Fazit	184
§ 6 Digitale Produkte und Datenschutz (<i>Kroschwald/Polenz</i>)	185
A. Einleitung	187
B. Datenschutz- und Datenökonomie	188
C. Neue schuldrechtliche Vorgaben zur Bereitstellung personenbezogener Daten	203
D. Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte und der Bezug zum Datenschutzrecht	217
§ 7 Neue Klauselverbote in § 309 BGB und „Kündigungsbutton“ in § 312k BGB – Abtretungsansprüche, Vertragslaufzeit, Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (<i>Buchmann/Panfili</i>)	223
A. Klauselverbote	223
B. Kündigungsbutton	230
§ 8 Digitale Produkte im Schenkungs-, Miet- und Werkvertragsrecht (<i>Kroschwald/Tonner</i>)	241
A. Einleitung	241
B. Vorrang der Vorschriften über Verbraucherverträge über digitale Produkte	242
C. Verbraucherverträge über die Schenkung digitaler Produkte	244
D. Miete digitaler Produkte	245
E. Verbraucherverträge über die Herstellung digitaler Produkte	247
F. Beendigung von Verträgen über digitale Produkte	248

§ 9 Durchsetzung von Verbraucherschutzvorschriften (<i>Tonner</i>).....	249
A. Einleitung	250
B. Behördlicher Verbraucherschutz	252
C. Das Gesetz zur Umsetzung der ModernisierungsRL im Einzelnen	255
D. Das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht: Paradigmenwechsel im UWG	260
E. Ausblick	268
Stichwortverzeichnis	269

Bearbeiterverzeichnis

Brönneke, Tobias, Dr. jur., Professor für Wirtschaftsrecht an der Hochschule Pforzheim, Leiter des Zentrums für Verbraucherforschung und nachhaltigen Konsum – vunk

Buchmann, Felix, Dr. jur., Professor für Wirtschaftsprivatrecht an der Hochschule Pforzheim

Föhlisch, Carsten, Dr. jur., Rechtsanwalt, Executive Director Legal und Prokurist der Trusted Shop GmbH

Kroschwald, Steffen, Dr. jur., Professor für Wirtschaftsprivatrecht mit Schwerpunkt europäisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Hochschule Pforzheim, Leiter des Zentrums für Verbraucherforschung und nachhaltigen Konsum – vunk

Panfili, Chiara, LL.M., Rechtsanwältin

Polenz, Sven, LL.M., Dr. jur. Referatsleiter am Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein

Schmidt, Patrik, LL.M., Akademischer Mitarbeiter an der Hochschule Pforzheim, vunk

Schmitt, Ralph, Dr. jur., Professor für Wirtschaftsprivatrecht mit Schwerpunkt Allgemeines Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Pforzheim, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Tamm, Marina, Dr. jur., Professorin für Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht an der Hochschule Neubrandenburg

Tonner, Klaus, Dr. jur., Professor em. für Bürgerliches Recht und Europäisches Recht an der Universität Rostock, Richter am Oberlandesgericht Rostock a.D.

Willburger, Andreas, Dr. jur., Professor für Wirtschaftsprivatrecht mit Schwerpunkt Internationales Wirtschaftsrecht an der Hochschule Pforzheim

§ 2 Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen – Umsetzung der Digitale Inhalte Richtlinie in das deutsche Recht

Literaturverzeichnis: *Bach*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705; *Faber*, Bereitstellung und Mangelbegriff, in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 63 (zit.: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud/*Faber*); *Faust*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, 2016; *Gebauer/Wiedmann*, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021; *Gsell*, Der europäische Richtlinienvorschlag zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte, ZUM 2018, 75; *Gsell*, Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach dem europäischen DigitalRL-Vorschlag vor dem Hintergrund des deutschen Rechts, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, S. 85 (zit.: Kindl/Vendrell/Gsell/*Gsell*); *Grünberger*, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), 213; *Grünberger*, Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach dem europäischen Digital-RL-Vorschlag vor dem Hintergrund des deutschen Rechts, ZUM 2018, 73; *Hoffmann-Becking/Gebele* (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019 (zit.: BeckFormB/*Bearbeiter*); *Kindl*, Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung, in: Kindl/Vendrell/Gsell (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Leistungen, 2018, 63 (zit.: Kindl/Vendrell/Gsell/*Kindl*); *Kipker*, Stärkung des digitalen Verbraucherschutzes durch zwei neue EU-Richtlinien, MMR 2020, 71; *Koch*, Das System der Rechtsbehelfe, in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 157 (zit.: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud/*Koch*); *Kodek*, Änderung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Art. 19 DURL), in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 141 (zit.: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud/*Kodek*); *Kühner/Piltz*, Die Updatepflicht für Unternehmen in Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie, CR 2021, 1; *Metzger*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019, 577; *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? – Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, 2012; *Möllnitz*, Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Produkten, MMR 2021, 116; *Reich*, European Consumer Law, 2. Aufl. 2014; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019 (zit. MüKoBGB/*Bearbeiter*); *Schippel*, Die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen für digitale Produkte, K & R 2021, 151; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kranme*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu digitalen Inhalten und Online-Handel, Teil 1, GPR 2016, 2; Teil 2, GPR 2016, 54; *Schmidt-Kessel/Grimm*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84 (102); *Schulze*, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2019, 695; *Schulze/Staudenmayer*, EU Digital Law – Article-by-Article Commentary, 2020 (zit.: Schulze/Staudenmayer/*Bearbeiter*); *Sein/Spindler*, The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services, Part 1, ERCL 15 (2019), 257, Part 2, ERCL 115 (2019), 365; *Specht*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763; *Spindler*, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147; *Spindler*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, JZ 2016, 805; *Staudenmayer*, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, ZEuP 2019, 663; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht – Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, 2011; *Tamm/Tonner*, Vom Scheitern des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Kaufrecht im Rahmen des digitalen Binnenmarktes, EWS 2015, 241; *Tamm/Tonner/Brönneke*, Verbraucherrecht – Beratungshandbuch, 3. Aufl. 2019; *Tonner*, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, VuR 2019, 363; *Wendehorst*, Die Digitalisierung und das

§ 2 Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen

BGB, NJW 2016, 2609; *Wendehorst*, Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 111 (zit.: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud/Wendehorst*); *Wendland*, Sonderprivatrecht für Digitale Güter, ZVglRWiss 118 (2019), 191; *Graf von Westphalen*, Verzweifelte Suche nach der verlorenen Vertragsfreiheit, ZIP 2020, 437; *Wilke*, (Verbrauchsgüter-)Kaufrecht 2022 – die Warenkauf-Richtlinie der EU und ihre Auswirkungen, BB 2019, 2434; *Zöchling-Jud*, Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 197 (zit.: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud/Zöchling-Jud*).

A. Einleitung	1	3. Bereitstellung von digitalen Inhalten/Leistungen (§ 327b Abs. 3 und Abs. 4 BGB nF)	72
I. Verabschiedung des deutschen Umsetzungsgesetzes	1	a) Allgemeines	72
II. Hintergrund: Digitale-Inhalte-RL	3	b) Bereitstellung digitaler Inhalte (§ 327b Abs. 3 BGB nF)	73
III. Systematische Stellung der Neuregelungen	14	c) Bereitstellung einer digitalen Dienstleistung (§ 327b Abs. 4 BGB nF)	79
B. Anwendungsbereich (§§ 327 und 327a BGB nF)	19	4. Reihe von Bereitstellungen (§ 327b Abs. 5 BGB nF)	80
I. Persönlicher Anwendungsbereich: Verbraucherverträge (§ 327 Abs. 1 BGB nF)	19	5. Beweislast bzgl. der Erfüllung der Bereitstellungsverpflichtung (§ 327b Abs. 6 BGB nF)	81
II. Sachlicher Anwendungsbereich: Verträge über digitale Produkte (§ 327 Abs. 2 BGB nF)	20	II. Rechte des Verbrauchers bei fehlender Bereitstellung (§ 327c BGB nF) ..	82
1. Erstellen und Bereitstellen digitaler Inhalte	22	1. Übersicht	82
2. Keine vertragstypologische Festlegung	25	2. Vertragsbeendigungsrecht des Verbrauchers (§ 327c Abs. 1 BGB nF)	85
3. Erbringen digitaler Dienstleistungen	29	3. Schadensersatzansprüche (§ 327c Abs. 2 BGB nF)	91
III. Vertragsschluss(mechanismus) – keine unionsrechtliche Vorgabe	32	4. Entbehrlichkeit der Nacherfüllungsaufforderung (§ 327c Abs. 3 BGB nF)	93
IV. Bereitstellung personenbezogener Daten (§ 327 Abs. 3 BGB nF)	33	5. Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung (§ 327c Abs. 4 BGB nF)	94
V. Anfertigung nach Spezifikation des Verbrauchers (§ 327 Abs. 4 BGB nF)	45	6. Unwirksamkeit der Vertragsbeendigung (§ 327c Abs. 5 BGB nF) ..	95
VI. Körperliche Datenträger (§ 327 Abs. 5 BGB nF)	46	7. Vertragslösungsrecht für übrige Bestandteile des Paketvertrages und bei verbundenen Verträgen (§ 327c Abs. 6, Abs. 7 BGB nF) ..	96
VII. Bereichsausnahmen (§ 327 Abs. 6 BGB nF)	49	D. Verpflichtung zur mangelfreien Leistung (§§ 327d–327h BGB nF)	98
VIII. Paketverträge und Verträge über Sachen mit digitalen Elementen (§ 327a BGB nF)	58	I. Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte (§ 327d BGB nF)	98
1. Paketvertrag, § 327a Abs. 1 BGB nF	59	II. Produktmangel (§ 327e BGB nF)	100
2. Verträge über Sachen mit digitalen Produkten und Waren mit digitalen Elementen (§ 327a Abs. 2 und 3 BGB nF) ...	61	1. Grundzüge der Vorschrift	100
C. Bereitstellung digitaler Produkte (§ 327b nF) und Rechte bei fehlender Bereitstellung (§ 327c BGB nF)	69	2. Allgemeine Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit (§ 327e Abs. 1 BGB nF)	102
I. Bereitstellung digitaler Produkte (§ 327b BGB nF)	69	3. Subjektive Anforderungen (§ 327e Abs. 2 BGB nF)	105
1. Leistungspflicht zur Bereitstellung digitaler Produkte (§ 327b Abs. 1 BGB nF)	69	4. Objektive Anforderungen (§ 327e Abs. 3 BGB nF)	111
2. Zeitpunkt der Bereitstellung (§ 327b Abs. 2 BGB nF)	70	5. Einbeziehung öffentlicher Äußerungen (§ 327e Abs. 3 S. 2 und 3 BGB nF)	121
		6. Anforderungen an die Integration (§ 327e Abs. 4 BGB nF)	122

III. Aktualisierungsverpflichtung (§ 327f BGB nF)	123		
1. Bedeutung der Vorschrift	123		
2. Begriff der Aktualisierung	126		
3. Adressat des Anspruchs auf Aktualisierung	130		
4. Zeitraum der Aktualisierungsverpflichtung	132		
5. Informationspflicht	136		
6. Haftungsausschluss bei fehlender Aktualisierung durch den Verbraucher (§ 327f Abs. 2 BGB nF)	138		
IV. Rechtsmangel (§ 327g BGB nF)	141		
V. Abweichende Vereinbarungen über Produktmerkmale (§ 327h BGB nF)	144		
E. Rechtsbehelfe des Verbrauchers (§§ 327i–327n BGB nF)	148		
I. Rechte des Verbrauchers bei Mängeln (§ 327i BGB nF)	148		
II. Verjährung (§ 327j BGB nF)	150		
III. Beweislastumkehr (§ 327k BGB nF)	159		
IV. Nacherfüllung (§ 327l BGB nF)	165		
1. Durchführung der Nacherfüllung	165		
2. Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs	171		
V. Vertragsbeendigung und Schadensersatz (§ 327m BGB nF)	175		
1. Voraussetzungen für die Vertragsbeendigung (§ 327m Abs. 1 BGB nF)	175		
2. Ausschlussgründe für die Vertragsbeendigung (§ 327m Abs. 2 BGB nF)	181		
3. Fehlende Regelung für Teilleistungen	182		
4. Schadensersatz und Ersatz vergeblicher Aufwendungen bei Vertragsbeendigung (§ 327m Abs. 3 BGB nF)	183		
5. Reichweite des Vertragsbeendigungsrechts bei Paketverträgen ..	186		
6. Reichweite des Vertragslösungsrechts bei verbundenen Verträgen	188		
VI. Minderung (§ 327n BGB nF)	189		
1. Voraussetzungen (§ 327n Abs. 1 BGB nF)	190		
		2. Minderungsumfang (§ 327n Abs. 2 und 3 BGB nF) ...	192
		3. Erstattungsanspruch bei Überzahlung (§ 327n Abs. 4 BGB nF)	194
		F. Modalitäten der Vertragsbeendigung (§§ 327o und 327p BGB nF)	197
		I. Erklärung und Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung (§ 327o Abs. 1 BGB nF)	198
		II. Rückerstattung der Leistungen seitens des Unternehmers (§ 327o Abs. 2–5 BGB nF)	200
		III. Weitere Nutzung nach Vertragsbeendigung (§ 327p BGB nF)	205
		1. Nutzungsuntersagung/Spernung (§ 327p Abs. 1 BGB nF)	206
		2. Nutzungsuntersagung für den Unternehmer (§ 327p Abs. 2 BGB nF)	208
		3. Bereitstellungspflicht (§ 327p Abs. 3 BGB nF)	214
		G. Änderung digitaler Produkte, Abweiche- rungsmöglichkeiten (§§ 327r–327s BGB nF)	216
		I. Änderungen an digitalen Produkten (§ 327r BGB nF)	216
		1. Änderungsvoraussetzungen (§ 327r Abs. 1 BGB nF)	217
		2. Zusätzliche Anforderungen bei benachteiligender Änderung (§ 327r Abs. 2 BGB nF)	224
		3. Vertragsbeendigungsrecht des Verbrauchers und Ausnahmen (§ 327r Abs. 3, 4 BGB nF)	226
		4. Ausschluss des Vertragsbeendigungsrechts	228
		5. Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung (§ 327r Abs. 5 BGB nF)	230
		6. Keine Erstreckung auf bestimmte Paketverträge (§ 327r Abs. 6 BGB nF)	231
		II. Abweichende Vereinbarungen (§ 327s BGB nF)	232

A. Einleitung

I. Verabschiedung des deutschen Umsetzungsgesetzes

Am 30.6.2021 wurde das **Gesetz zur Umsetzung** der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen **verkündet**.¹ Es tritt nach seinem Art. 5 am **1.1.2022 in Kraft** (zum Inkrafttreten im Einzelnen Art. 229 § 57 EGBGB) und fügt als §§ 327 bis 327u BGB nF einen geschlossenen Block neuer Vorschriften in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts ein.

1 BGBl. 2021 I 2123. Gesetzesmaterialien: RegE: BT-Drs. 19/27653, Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses: BT-Drs. 19/30951, Bericht des Rechtsausschusses: BT-Drs. 19/31116.

§ 2 Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen

Das Gesetz setzt die **Richtlinie (EU) 2019/770** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019² (im Folgenden: **DIRL**) **um**.³ Dieser Richtlinie zufolge waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Umsetzungsvorschriften bis zum 1.7.2021 zu erlassen.

- 2 In diesem Beitrag werden die Kernvorschriften des Umsetzungsgesetzes, nämlich die §§ 327–327s (ohne § 327q BGB nF) behandelt. § 327q BGB nF befasst sich mit **datenschutzrechtlichen Aspekten**, die in einem **eigenen Beitrag** erörtert werden (→ § 6). Auch die Vorschriften über **Rückgriffsrechte des Unternehmers**, §§ 327t und 327u BGB nF, werden in einem **eigenem Beitrag** dargestellt (→ § 5). Das Umsetzungsgesetz fügt zudem einige wenige Vorschriften in die Regelungen einzelner Vertragstypen im Besonderen Teil des Schuldrechts ein. Dies gilt für die Schenkung, die Miete und den Werklieferungsvertrag (dazu → § 6). Besondere Bedeutung hat schließlich die Abgrenzung zum Kaufrecht (→ Rn. 61 ff. sowie → § 4 Rn. 7).

II. Hintergrund: Digitale-Inhalte-RL

- 3 Die **DIRL** ist **parallel zur WKRL**⁴ (→ § 4) **entstanden**, was zur Folge hatte, dass die Vorschläge zu den beiden Richtlinien gemeinsam diskutiert wurden und sich die Abgrenzung zwischen ihnen während des Gesetzgebungsverfahrens auf Unionsebene mehrfach verschoben hat. Im Ergebnis überlappen sich die beiden Richtlinien nicht; vielmehr ist entweder die eine oder die andere anzuwenden. Art. 3 Abs. 3 WKRL schließt ihre Anwendung auf Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen ausdrücklich aus, und umgekehrt ist die **DIRL** nach ihrem Art. 3 Abs. 4 **nicht auf Waren mit digitalen Elementen anzuwenden**. Entsprechende Vorschriften finden sich im deutschen Umsetzungsrecht (§ 327a Abs. 2 und 3 BGB nF, → Rn. 61 ff.). Allerdings ist die Anwendung der **DIRL** und folglich der §§ 327 ff. BGB nF auf Sachen mit digitalen Produkten nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern nur dann, wenn die **digitalen Produkte für die Funktionsfähigkeit der Sachen unerlässlich** sind. Das Gesetz spricht dann von „**digitalen Elementen**“. Voraussetzung des Ausschlusses der §§ 327 ff. BGB nF ist ferner, dass die digitalen Elemente **Bestandteil des Kaufvertrags** sind.⁵
- 4 Obwohl sich beide Richtlinien mit den Herausforderungen der digitalen Welt befassen, hat ihre Entstehung doch einen unterschiedlichen Hintergrund. Zwar wurden beide Richtlinien mit der **Digital Market Strategy von 2015** angekündigt,⁶ wobei die heutige **WKRL** zunächst auf den Online-Warenkauf beschränkt wurde. Jedoch stellte sich schon bald heraus, dass eine isolierte Regelung des Online-Warenkaufs nicht zuletzt wegen der **Reformbedürftigkeit der VerbrauchsgüterkaufRL** von 1999

2 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136, 1 v. 22.5.2019; ABl. 2019 L 305, 62 v. 26.11.2019).

3 Zur Richtlinie in der verabschiedeten Fassung vgl. *Bach* NJW 2019, 1705; *Kipker* MMR 2020, 71; *Metzger* JZ 2019, 577; *Schulze* ZEuP 2019, 695; *Staudenmayer* ZEuP 2019, 663. *Schulze* und *Staudenmayer* haben eine umfassende Kommentierung der Richtlinie vorgelegt, *Schulze/Staudenmayer*, EU Digital Law.

4 Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufes, ABl. 2019 L 136, 28.

5 Zu den Abgrenzungskriterien im Einzelnen *Schulze/Staudenmayer/Staudenmayer*, EU Digital Law, DCD Art. 3 Rn. 77 ff.

6 Mitteilung der Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final.

wenig sinnvoll ist.⁷ Die Kommission korrigierte diese Beschränkung und hängte die Ablösung der VerbrauchsgüterkaufRL an den bereits auf den Weg gebrachten sog. **New Deal des Verbraucherrechts** an.⁸ Die WKRL hat gewissermaßen eine **doppelte Elternschaft**: Sie bringt einmal im Rahmen des New Deals die Umstellung von der Minimalstandard- auf die **Vollharmonisierung** zu einem Abschluss und sie reagiert auf die digitalen Herausforderungen im Vertragsrecht.

Doch auch die **DIRL** hat einen Hintergrund, der sich nicht aus den digitalen Herausforderungen allein erklären lässt. Es darf nicht vergessen werden, dass die Kommission mit viel Aufwand das Projekt eines GEKR betrieben hat, das unter der Hand fast zu einem Vorschlag für ein Europäisches Vertragsrecht wurde und schließlich am Widerstand der Mitgliedstaaten scheiterte.⁹ Die **DIRL entlehnt etliche Elemente aus dem GEKR** und trägt damit zu einer Fortentwicklung des europäischen Vertragsrechts über das Kaufrecht hinaus bei.¹⁰ Die Richtlinie klassifiziert Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen bewusst nicht vertragstypologisch, sondern nimmt eine gegenstandsbezogene Regelung vor.¹¹ Dies hat sie mit der KlauselRL und der VRRL zwar gemeinsam; sie geht jedoch wegen der außerordentlichen Herausforderungen der Digitalisierung darüber hinaus. Durch ihre **gegenstandsbezogenen Regelungen** entstehen **Bausteine für ein** organisch wachsendes **allgemeines europäisches Vertragsrecht**. Ob dies dem systematisch geschlossenen Ansatz einer Kodifikation nach Art des GEKR überlegen ist, wird sich zeigen.

Die Richtlinie **gilt nur für b2c-Verträge**, obwohl Verträge über digitale Produkte und digitale Dienstleistungen selbstverständlich auch im b2b-Bereich eine Rolle spielen. Der personelle Anwendungsbereich der Richtlinie hätte eine Erstreckung auf b2b-Verträge durch den Umsetzungsgesetzgeber im Wege der überschießenden Umsetzung nicht ausgeschlossen. Denn eine vollharmonisierende Richtlinie ist mit einer überschießenden Umsetzung vereinbar.¹² Davon hat der Umsetzungsgesetzgeber jedoch keinen Gebrauch gemacht, so dass Verträge über digitale Produkte und digitale Dienstleistungen im b2b-Bereich nach den bislang geltenden Vorschriften zu beurteilen sind. Das in den ErwGr in den Vordergrund gestellte Ziel der Rechtsharmonisierung wird durch diese Beschränkung im Anwendungsbereich nur teilweise erreicht. Denn durch die Trennung im b2c- und b2b-Bereich entsteht eine neue Rechtszersplitterung, die die im b2b-Bereich ohnehin vorhandene Gemengelage nicht beseitigt. Immerhin: Die Richtlinie ist **reines Verbraucherrecht** und muss daher den Ansprüchen des Art. 114 Abs. 3 AEUV genügen, wonach ein **hohes Schutzniveau** anzustreben ist, was in den ErwGr ausdrücklich unterstrichen wird.¹³

7 Daran entzündete sich vor allem die Kritik am ursprünglichen Vorschlag, *Schmidt-Kessel/Erlner/Grimml/Kramme* GPR 2016, 54; *Wendehorst* NJW 2016, 2609.

8 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels, COM(2017) 637; zum geänderten Vorschlag *Grünberger* AcP 218 (2018) 213; *Gsell* ZUM 2018, 75; *Jung/Janal* VuR 2017, 332.

9 Zum Scheitern des GEKR *Tamm/Tonner* EWS 2015, 241.

10 Der Bogen vom GEKR zur DIRL wird etwa von *Gsell* ZUM 2018, 75 ff. und von *Schulze* ZEuP 2019, 695 (698 ff.) geschlagen. *Schulze* spricht vom GEKR als „Inspirationsquelle“.

11 Zu den Gründen *Staudenmayer* ZEuP 2019, 663 (668).

12 Gebauer/Wiedmann/Gebauer, *EuZivR*, Kap. 3 Rn. 41.

13 Zum Befund *Kipker* MMR 2020, 71 ff.

§ 2 Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen

- 7 Wegen der **fehlenden vertragstypologischen Klassifizierung** gilt (wie ausgeführt) die DIRL für alle Vertragstypen. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber war und ist frei darin, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen nach eigenem Ermessen den Vertragstypen des nationalen Rechts zuzuordnen. So wird im deutschen Recht der Erwerb von Standard-Software üblicherweise als (Rechts-)Kauf klassifiziert.¹⁴ Dabei kann es bleiben, und zwar nicht nur im durch die Richtlinie ohnehin nicht betroffenen b2b-Bereich, sondern auch im b2c-Bereich, ohne dass die WKRL eingreift. Denn deren Anwendungsbereich beschränkt sich auf Waren. Die praktische Folge einer derartigen Zuordnung ist eher gering. Denn das **Kaufrecht ist außerhalb des Anwendungsbereichs der WKRL auf Software nicht zugeschnitten**. Deshalb mussten bislang die einschlägigen Vereinbarungen durch **AGB iRv Verträgen sui generis** getroffen werden.
- 8 Durch die Richtlinie werden **Lücken geschlossen und neue Verbraucherschutzrechte geschaffen** – soweit es um digitale Inhalte bzw. Dienstleistungen geht. Das Regelungsbedürfnis dazu war groß. Denn die vertragsrechtlichen Aspekte über den Erwerb oder die Bereitstellung von Software, Apps, Computerspielen oder das Streaming von Filmen, von Musik und Videos, daneben aber auch solche der Nutzung von Websites, Suchmaschinen, von Social Media-Accounts und -kanälen waren bislang in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen wenn überhaupt nur punktuell geregelt gewesen.¹⁵ Die Richtlinie und ihre Umsetzung setzen hier erstmals Standards, die **Maßstäbe** auch für die **AGB-Kontrolle der Lizenzverträge** statuieren.
- 9 Der „Erwerb“ von Software, die der Nutzer auf seinem PC installiert und dann nach Belieben nutzt, steht heute gleichwohl nicht mehr so sehr im Vordergrund. Vielmehr geht es um den **Zugriff auf Datenbestände des Anbieters**, der durch Lizenzverträge im Einzelnen geregelt wird. Eine große Rolle spielen dabei die sog. EULAs (End User Licence Agreements). Diese lassen sich vertragstypologisch nicht ins BGB integrieren.¹⁶ Das führt dazu, dass die EULAs nunmehr **ihrerseits an die Umsetzungen der DIRL angepasst** werden müssen. Dies dürfte einen nicht unerheblichen Aufwand für die beteiligten Wirtschaftskreise bedeuten, auf den sie sich aber spätestens mit der Verabschiedung der DIRL einstellen konnten (→ § 6 Rn. 13).
- 10 Die DIRL sieht für die **verschiedenen Untertypen** der Bereitstellung von digitalen Inhalten und Diensten einheitliche Regelungen vor. Sie gelten unabhängig davon, ob die digitalen Inhalte und Dienstleistungen **einmalig (und endgültig) überlassen** werden oder ob sie nur **zeitweilig zur Nutzung bereitgestellt** werden. Der Rechtsakt basiert auf dem Konzept der Vollharmonisierung und lässt den Mitgliedstaaten nur äußerst geringe Spielräume bei der Umsetzung.¹⁷

14 MüKoBGB/Westermann § 453 Rn. 5.

15 Zur Regelung in Art. 7:5 Abs. 5 Burgerlijk Wetboek in den Niederlanden und in Chapter 3: Digital Content des Consumer Rights Act 2012 in England vgl. *Wendland ZVglRWiss* 118 (2018), 191 (216 f.).

16 MüKoBGB/Westermann vor § 433 Rn. 24 spricht von gemischten Verträgen.

17 Krit. zum Konzept der Vollharmonisierung allg. vgl. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, S. 240 ff.; *Reich/Reich/Micklitz*, European Consumer Law, S. 41.

Andererseits werden von der Richtlinie nur (einige) „Aspekte des vertragsrechtlichen 11
 Regelungsregimes für die Bereitstellung digitaler Inhalte“ geregelt.¹⁸ Zu diesen gehören die geschuldete **Leistungshandlung** (iSe Bereitstellung, vgl. Art. 5 Abs. 2 DIRL), der Begriff der vertragsmäßigen **Leistung** (Art. 6–9 DIRL), der für die Vertragsmäßigkeit relevante **Zeitpunkt** (Art. 11 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 DIRL), das **Recht auf Abhilfe** bei Vertragswidrigkeit, (Art. 13–16 DIRL), die **Haftungs- und Verjährungsfristen** (Art. 11 Abs. 2 S. 2–3, Abs. 3 S. 2 DIRL), die **Beweislastverteilung** (Art. 12, 14 Abs. 6 S. 2 DIRL), die **Rückabwicklung beendeter Verträge** (Art. 16–17 DIRL), die **Änderung digitaler Inhalte** und die **Migration sowie Datenportabilität als Nutzungsanforderung** (Art. 16 Abs. 4 DIRL).

Ausgeklammert aus dem Gewährleistungsregime der Richtlinie bleibt zB das **Schadensersatzrecht**, das noch in Art. 14 des Kommissionsvorschlags¹⁹ mitbedacht worden war.²⁰ Das bedeutet, dass es im Bereich des Schadensersatzes bei unterschiedlichen nationalen Regelungen bleibt, was dem Vereinheitlichungsanliegen der Richtlinie eigentlich zuwiderläuft.²¹ Jenseits der Zurückhaltung des europäischen Verbrauchervertragsrechts im Punkt Schadensersatz ist aber doch erkennbar, dass Lücken im Bereich des allgemeinen, vertragsübergreifenden Gewährleistungsrechts für digitale Inhalte geschlossen wurden und damit die **Verdichtung des europäischen Vertragsrechts**, die bereits seit Jahren beständig zunimmt,²² weiter **voranschreitet**.

Dass die Entwicklungen im Kontext von Verträgen mit digitalen Inhalten nicht ohne Anpassungsdruck für das deutsche Schuldrecht bleiben würde, lag schon etwas länger auf der Hand. Gerade weil im BGB (wie auch in vielen anderen Privatrechtsordnungen) Verträge über digitale Inhalte nur punktuell geregelt waren, bestand in der deutschen Zivilrechtswissenschaft ein breiter Konsens dahingehend, dass das **deutsche Zivilrecht** im Bereich der digitalen Produkte ein „Update“ **braucht**.²³ Welchen Umfang es haben sollte, war freilich streitig: So hielt das **Gutachten für den 71. Deutschen Juristentag** das BGB im Wesentlichen für die digitale Herausforderung gerüstet; nur wenige Änderungen wurden für notwendig befunden.²⁴ Der Referent, der auf der Zivilrechtslehrertagung 2017 digitale Güter behandelte, sah in den **Kommissionsvorschlägen** allerdings bereits einen „**Weckruf**“.²⁵ Häufig wollten und wollen etwaige Kritiker lediglich Angriffe auf die Systematik des BGB abwehren.

18 *Bach* NJW 2019, 1705; *Metzger* JZ 2019, 577 (578 ff.); Tamm/Tonner/Brönneke/Tonner, Verbraucherrecht, § 3 Rn. 51 ff.

19 Art. 14 Abs. 1 des Kommissionsvorschlags lautete: „Der Anbieter haftet dem Verbraucher für jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers, die durch die Nichteinhaltung des Vertrags oder die nicht erfolgte Bereitstellung der digitalen Inhalte verursacht wurde. Der Schadensersatz hat den Verbraucher soweit wie möglich in die Lage zu versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn die digitalen Inhalte ordnungs- und vertragsgemäß bereitgestellt worden wären.“

20 *ErwGr* 10, 73 S. 4 DIRL.

21 Zum Befund *Wendland* ZVglRWiss 118 (2019), 191 (198); *Metzger* JZ 2019, 577 (583).

22 *Wendland* ZVglRWiss 118 (2019), 191 (195).

23 Das Thema der Abteilung Zivilrecht des 71. Deutschen Juristentags 2016 lautete: Digitale Wirtschaft – analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Auch die Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung 2017 befasste sich mit der „Digitalisierung des Privatrechts.“ Die Vorträge sind abgedruckt in *AcP* 218 (2018) 151 ff.

24 *Faust*, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, S. A 88. Krit. zu diesem als zu eng angesehenen Ansatz *Spindler* JZ 2016, 805.

25 *Grimberger* *AcP* 218 (2018), 213 (218ff.). Vgl. auch *Gsell* *ZUM* 2018, 75 ff.; *Kindl/Verdrell/Gsell/Kindl*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Leistungen, 2018, S. 63 ff.; *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme* *GPR* 2016, 54 ff.; *Wendehorst* NJW 2016, 2609 (2611).

§ 2 Digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen

III. Systematische Stellung der Neuregelungen

- 14 Der Umsetzungsgesetzgeber entschied sich dafür, die **DIRL en bloc in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts** zu integrieren. Im Anschluss an die Diskussionen auf dem 71. Deutschen Juristentag und Stimmen in der Literatur lehnte er sowohl die Einführung eines neuen Vertragstyps wie auch die schlichte Ergänzung der vorhandenen Vertragstypen um einzelne Vorschriften ab.
- 15 Der Umsetzungsgesetzgeber entschied sich ferner dafür, auf dem mit der **Schuldrechtsreform von 2001** eingeschlagenen Weg zu bleiben, Richtlinien mit verbrauchervertragsrechtlichem Inhalt **in das Schuldrecht des BGB** zu transformieren. Seinerzeit ging es noch um die Umsetzung von Minimalstandard-Richtlinien, vornehmlich der VerbrauchsgüterkaufRL, die es dem Gesetzgeber relativ leicht machte, Richtlinien ins BGB zu übernehmen, bspw. indem er über den Minimalstandard hinausging. Mit dem Übergang zur Vollharmonisierung wurde dies jedoch schwieriger. Insbesondere die Umsetzung der VRRL führte zu äußerst komplizierten Vorschriften im Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Hatte der Gesetzgeber anfangs noch im Interesse einer einheitlichen Regelung eines Vertragstyps auch Vorschriften an die Vorgaben von Richtlinien angepasst, die gar nicht in den Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie fielen, so insbesondere den Mangelbegriff und die Rechtsbehelfe im Kaufrecht, beschränkte er später die Umsetzung auf Verbraucherverträge.
- 16 Auch die Umsetzung der DIRL verfolgt den Weg einer Einpassung der Vorschriften in das BGB. Anders als andere Richtlinien, etwa die WKRL (→ § 4 Rn. 8), **gewährte die DIRL dem Umsetzungsgesetzgeber aber keine nennenswerten Spielräume**. Auch vor diesem Hintergrund war die Integration der Richtlinie ins BGB eine Herausforderung. Der Umsetzungsgesetzgeber musste insoweit selbst einräumen, dass die Richtlinie völlig „**quer**“ zur **Systematik des BGB** verläuft.²⁶
- 17 Angesichts dieses Befundes hätte es nahe gelegen, dass der Umsetzungsgesetzgeber von der Integration der verbrauchervertragsrechtlichen Richtlinien ins BGB vielleicht doch Abstand genommen hätte und eine eigenständige Kodifikation des Verbraucherrechts für diesen Bereich schafft. Dafür hätte gesprochen, dass sich ohnehin ein eigenständiges Verbraucherrecht im Mantel des BGB entwickelt hat und die viel beschworene „**Einheit des Vertragsrechts**“ längst verloren gegangen ist.
- 18 Der Gesetzgeber lehnte aber dennoch eine Verortung der Regelungen außerhalb des BGB ab.²⁷ Er sprach sich bei der Integration der Regelungen ins BGB darüber hinaus sowohl gegen die Schaffung eines eigenständigen Vertragstyps wie auch die schlichte Ergänzung der bestehenden Vertragstypen durch einzelne Vorschriften aus.²⁸ Für die gefundene **en bloc Lösung**, die einen **Mittelweg einschlägt**, spricht, dass die Gründe für die Integration des Verbrauchervertragsrechts ins BGB durch die Schuldrechts-

26 RegE, BT-Drs. 19/27653, 26.

27 So die Beschlüsse der Abteilung Zivilrecht des 69. Deutschen Juristentags 2012; anders aber das Gutachten, Micklitz, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, S. A 25f. Vgl. dagegen Tamm/Tonner/Brönneke/Tamm, Verbraucherrecht, § 1 Rn. 13 ff., die aus Kohärenzgründen die bestehende Regelung des Verbraucherschutzrechts im BGB präferiert.

28 RegE, BT-Drs. 19/27653, 26 f.

modernisierung von 2001 immer noch bestehen²⁹ und die en bloc-Integration die höchst mögliche Anwendungsbreite und Systematik sicherstellt. Innovativ ist allein, dass der Umsetzungsgesetzgeber die Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ der Richtlinie³⁰ unter dem gemeinsamen Ausdruck „**digitale Produkte**“ zusammenfasste.³¹

B. Anwendungsbereich (§§ 327 und 327a BGB nF)

I. Persönlicher Anwendungsbereich: Verbraucherverträge (§ 327 Abs. 1 BGB nF)

§ 327 Abs. 1S. 1 BGB stellt ausdrücklich klar, dass die Vorschriften des Untertitels 1 im neuen Titel 2a nur für **Verbraucherverträge** gelten. Diese sind in § 310 Abs. 3 BGB **legaldefiniert**, und zwar als Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. Die Begriffe „**Unternehmer**“ und „**Verbraucher**“³² musste der Gesetzgeber nicht mehr eigenständig ausfüllen. Die bereits bestehenden Definitionen in den §§ 13, 14 BGB sind insofern ausreichend. Sie decken sich mit den Festlegungen der Definitionen in Art. 2 Nr. 5 und 6 der DURL.³³

II. Sachlicher Anwendungsbereich: Verträge über digitale Produkte (§ 327 Abs. 2 BGB nF)

Der **sachliche Anwendungsbereich** der Regelungen bezieht sich auf **digitale Inhalte** und **digitale Dienstleistungen**. Der Begriff „digitale Inhalte“ ist im Unionsrecht kein Novum. Er wurde bereits in der VRRL und im GEKR verwendet.³⁴ Der Vorschlag der Richtlinie war noch allein auf ihn ausgerichtet. Die „digitalen Dienstleistungen“ wurden erst in der Endfassung hinzugefügt. Allerdings bündeln die nach § 327 Abs. 1 S. 1 BGB nF behandelten Verträge das von der Richtlinie vorgegebenen Begriffspaar unter dem einheitlichen Oberbegriff „**digitale Produkte**“, was lediglich sprachliche Ursachen hat. Im Endeffekt führt dies eine Straffung des Gesetzestextes herbei.

In § 327 BGB nF macht der Gesetzgeber deutlich, dass die DURL und damit auch die deutschen Umsetzungsregelungen einen **breiten Anwendungsbereich** abdecken. In der Begründung greift er auf ErwGr 19 der Richtlinie zurück, der Bsp. für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen aufführt, wie zB **Apps, Software, digitale Spiele, E-Books, Video- und Audioinhalte**.³⁵

1. Erstellen und Bereitstellen digitaler Inhalte

Der Inhalt der vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht des Anbieters ergibt sich bezogen auf digitale Inhalte aus Art. 5 Abs. 2 DURL. In Anlehnung daran hat der

²⁹ RegE, BT-Drs. 19/27653, 27.

³⁰ Die Zweiteilung in digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen in der Richtlinie ist insofern folgerichtig, als digitale Inhalte neben den Dienstleistungen die dualistische Systematik von „Waren und Dienstleistungen“ aufrechterhalten, vgl. dazu *Wendland ZVglRWiss* 118(2019), 191 (201); krit. schon bzgl. des Kommissionsvorschlags *Schmidt-Kessel/Erler/Grimmi/Kramme* GPR 2016, 54 (55).

³¹ Zur Begründung RegE, BT-Drs. 19/27653, 37.

³² Zu diesem Begriffspaar siehe *Tamm/Tonner/Brönneke/Tamm*, Verbraucherrecht, § 2 Rn. 5 ff.

³³ RegE, BT-Drs. 19/27653, 38.

³⁴ Vgl. *Schulze/Staudenmayer/Staudenmayer*, EU Digital Law, DCD Art. 3 Rn. 42.

³⁵ RegE, BT-Drs. 19/27653, 39. Vgl. zu den Bsp. in ErwGr 19 auch *Schulze/Staudenmayer/Staudenmayer*, EU Digital Law, DCD Art. 3 Rn. 42.

§ 4 Warenkauf – Kaufrechtlicher Mangelbegriff und Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht

Literaturverzeichnis: *Alexander*, Überblick und Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht, WRP 2021, 136; *Artz*, Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (BT-Drs. 19/27653) und zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufrechts (BT-Drs. 19/27424), Bielefeld 2021, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw18-pa-recht-digitale-inhalte-837652>; *Augenhofer*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht?, NJW 2021, 113; *Bach*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (BT-Drs. 19/27424), Göttingen 2021, <https://www.uni-goettingen.de/de/open-access-archiv/133335.html>; *Bach/Wöbbeking*, Das Haltbarkeitsfordernis der Warenkauf-RL als neuer Hebel für mehr Nachhaltigkeit? NJW 2020, 2672; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg.), BeckOK BGB, 53. Aufl. 2020 (zit.: BeckOK BGB/Bearbeiter); *Basedow*, Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, ZEuP 2021, 2017; *Becker*, Bundeskartellamt und Verbraucherschutz, ZWeR 2018, 229; *Boos/Brönneke/Wechsler* (Hrsg.), Konsum und nachhaltige Entwicklung, 2019; *Brönneke*, Perspektiven für die Einführung behördlicher Instrumente im deutschen Recht, in: Schulte-Nölke/BMJV, Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, Berlin 2017, S. 127 ff.; *Brönneke*, Erweiterung der Verbandsklagebefugnisse, in: Keimeyer/Brönneke et al., UBA-Texte 115/2020, S. 336 ff.; *Brönneke*, Anpassung von Gewährleistungsfristen im Kaufrecht. Kurzgutachten, Karlsruhe 2020, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf; *Brönneke*, Lebensdauer als möglicher Mangel, in: Keimeyer/Brönneke et al., UBA-Texte 115/2020, S. 164 ff.; *Brönneke*, Verkürzte Lebensdauer von Produkten aus Sicht der Rechtswissenschaften, in: Brönneke/Wechsler, Obsoleszenz interdisziplinär, 2015, S. 185; *Brönneke*, Premature Obsolescence: Suggestions for Legislative Counter-measures in German and European Sales & Consumer Law, JEEPL 207, 361; *Brönneke*, Stellungnahme Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (BT-Drs. 19/27424), Pforzheim 2021, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw18-pa-recht-digitale-inhalte-837652>; *Brönneke/Freischlag*, Funktionsfähigkeitsgarantie als Herstellergarantieausagepflicht, in: Keimeyer/Brönneke et al., UBA-Texte 115/2020, S. 155 ff.; *Brönneke/Tavakoli*, Vertraglicher Verbraucherschutz und Lauterkeitsrecht, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG. Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2016, Kapitel S 19, S. 1995; *Brönneke/Wechsler*, Obsoleszenz interdisziplinär, 2015; *Brudermüller/Ellenberger/Götz/Grüneberg/Herrler/Sprau/Thorn/Weidlich/Wicke* (Hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl., 2021 (zit.: Palandt/Bearbeiter), *Consumentenbond*, Lang leve de Levensduur, https://www.consumentenbond.nl/binaries/content/assets/cbhippowsite/gidsen/digitaal_gids/2016/nummer-3---mei/dg201605p20_enquete_levensduur.pdf; *Faust*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen und eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Hamburg 2021, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw18-pa-recht-digitale-inhalte-837652>; *Gildeggen*, Zur Verlängerung kaufrechtlicher Gewährleistungsfristen, in: Keimeyer/Brönneke et al., UBA-Texte 115/2020, S. 219 ff.; *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann* (Hrsg.), beck-online.Großkommentar BGB, 34. Aufl., 2021 (zit.: BeckOGK BGB/Bearbeiter); *Gsell/Meller-Hannich*, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagenrichtlinie – Gutachten über die Umsetzung der europäischen Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher (RL 2020/1828) ins deutsche Recht, 2021, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04_vzbv_verbandsklagen_rl_gutachten_gsell_meller-hannich.pdf; Handelsverband Deutschland HDE, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Berlin 2021, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw18-pa-recht-digital>

§ 4 Warenkauf – Mangelbegriff, Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht

e-inhalte-837652; *Hauschka/Moosmayer*, Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen; *Helberger/Lynskey/Micklitz/Rott/Sax/Strycharz*, EU Consumer Protection 2.0 – structural asymmetries in consumer markets, 2021, https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2021-018_eu_consumer_protection.0.0.pdf; *Janal*, Haftung und Verantwortung im Entwurf des Digital Services Acts, ZEuP 2021, 227; *Keimeyer/Brönneke* et al., Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz einschließlich rechtlicher Instrumente, UBA-Texte 115/2020, 2020, <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>; *Kipker*, IT-Sicherheitsupdates: Pflichten für Hersteller und Verkäufer, in: Tagungsband zum 17. Deutschen IT-Sicherheitskongress des BSI, 2021, Kapitel IT-Sicherheit und Recht; *Klindt* (Hrsg.), Produktsicherheitsgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2021; *Köbler*, Der Schadensersatzanspruch der Verbraucher im künftigen UWG – Möglichkeiten seiner Ausgestaltung, WRP 2021, 129; *Köbler/Bornkamm/Feddersen*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. Aufl. 2021; *Kreiß*, Geplanter Verschleiß, in: Brönneke/Wechsler, 2015, S. 51 ff.; *Locher*, Verschiedene Preise für gleiche Produkte? – Personalisierte Preise und Scoring aus ökonomischer Sicht, ZWeR 2018, 292; *Longmuß/Poppe/Neef*, Obsoleszenz als systemisches Problem, in: Poppe/Longmuß, Geplante Obsoleszenz, Bielefeld 2019, S. 39; *Lorenz*, „Smarte“ Preise – Zur datenschutzrechtlichen Beurteilung dynamischer und personalisierter Preissetzungsstrategien, AnwZert ITR 8/2021, Anm. 3; *Lorenz*, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht NJW 2021, 2065; *Mayasilci*, Inhalt und Bedeutung der neu ins bürgerliche Recht eingeführten Update-Pflicht, 2021; *Mundt*, Verbraucherschutz im Bundeskartellamt – Neue Befugnisse, Praxis und Agenda, WuW 2019, 181; *Dauner-Lieb/Langen* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2021 (zit.: NK BGB/Bearbeiter); *Ost*, Kartellrecht, Verbraucherrechtvollzug mit kartellrechtlichen Mitteln, in: Brönneke/Willburger/Bietz (Hrsg.), Verbraucherrechtvollzug – Zugang der Verbraucher zum Recht, 2020, S. 249; *Otting*, Die konstruktive Schwäche: Ein Sachmangel?, in: Ernst/Huber/Krücker/Reinking (Hrsg.), Festschrift für Christoph Eggert zum 65. Geburtstag, 2008, S. 33; *Pfeiffer*, Die Umsetzung der Warenkauf-RL in Deutschland, GPR 2021, 120–128; *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? – Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2018, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoeerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.pdf?__blob=publicationFile&v.=10; *Rademacher*, Unerlaubte Telefonwerbung – Rechtsschutz zugunsten älterer Verbraucher, VuR 2020, 371; *Reich*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung, GRUR 2011, 589; *Reuß/Dannoritzer*, Kaufen für die Müllhalde – Das Prinzip der Geplanten Obsoleszenz, Freiburg 2013; *Rott*, A proper EU collective redress mechanism, finally!, EuCML 2020, 223; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 2019 (zit.: MüKoBGB/Bearbeiter); *Scherer*, Verbraucherschadensersatzanspruch durch § 9 Abs. 2 UWG-RegE als Umsetzung von Art. 3 Nr. 5 Omnibus-RL – eine Revolution im Lauterkeitsrecht, WRP 2021, 561; *Schlacke/Tonner/Gawel*, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht, UBA-Texte 72/2015; *Schleusener/Hosell*, Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel, 2016, https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf; *Schmitt*, Zur Verlängerung der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf, in: Keimeyer/Brönneke et al., UBA-Texte 115/2020, S. 248 ff.; *Schmidt-Kessel*, Paradigmen-Wechsel im UWG – Individualschutz für Verbraucher, VuR 2021, 121; *Streinz, Rudolf*, (Hrsg.) EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018; *Tamm*, Informationspflichten nach dem Umsetzungsgesetz zur Verbraucherrechtgerichtlinie, VuR 2014, 9; *Tamm/Tonner/Brönneke* (Hrsg.), Verbraucherrecht – Beratungshandbuch, 3. Aufl. 2020; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447; *Tonner*, Vollzugsdefizite im Verbraucherrecht – Der Befund, in: Brönneke/Willburger/Bietz (Hrsg.), Verbraucherrechtvollzug – Zugang der Verbraucher zum Recht, 2020, S. 17; *Tonner*, Das Bundeskartellamt auf dem Wege zur Verbraucherschutzbehörde? – Ansätze zu mehr behördlicher Verbraucherrechtsdurchsetzung, in: Klose/Klusmann/Thomas (Hrsg.), Das Unternehmen in der Wettbewerbsordnung – Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, S. 993; *Tonner/Malcolm*, How an EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the European Union, Brüssel

§ 4 Warenkauf – Mangelbegriff, Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht

2017, https://www.europarl.europa.eu/thinktank/de/document.html?reference=IPOP_STU%282017%29583121; *Verband der Internationalen Kraftfahrzeughersteller (VDIK)*, Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/771 über den Warenkauf, 2021, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2021/Downloads/0108_Stellungnahme_VdIK_RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf?__blob=publicationFile&v.=2; *UNETO-VNI*, Tabel met gemiddelde gebruiksduurverwachtingen, <https://www.tech.nieknederland.nl/onze-leden/waar-staan-onze-leden-voor/gebruiksduurverwachting>; *vzbv*, Vertragsrecht im digitalen Zeitalter angekommen. Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands eV (vzbv) zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/113020_Stellungnahme_vzbv_RefE_RLDI.pdf?__blob=publicationFile&v.=2; *Weiden*, Neue Informationspflichten im Namen des Verbraucherschutzes, NJW 2021, 2233; *Wilke*, Das neue Kaufrecht, VuR 2021, 283; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403.

A. Einleitung	1	I. Anwendbarkeit der Kaufrechtsregeln auf Verbrauchsgüterkaufverträge mit digitalen Elementen	44
B. Neujustierung der Leistungspflichten des Verkäufers: Der neue kaufrechtliche Mangelbegriff	8	II. Erfüllung der kaufrechtlichen Pflichten bei Gefährübergang sowie Montage- und Installationsanforderungen	49
I. Überblick über den neustrukturierten Mangelbegriff	8	III. „Das Recht auf Updates“: Aktualisierungspflicht bezüglich digitaler Inhalte (§ 475b Abs. 3–5 BGB nF) ...	53
II. Die objektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit der Ware (§ 434 Abs. 3 BGB nF)	14	1. Überblick	53
1. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB nF)	15	2. Objektive Anforderungen an die Aktualisierungen (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB nF) ...	58
2. Übliche und erwartbare Beschaffenheit (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nF)	16	a) Umfang der Updatepflicht ...	59
3. Insbesondere: Haltbarkeit und Obsoleszenzproblematik	23	b) Zeitraum der Updatepflicht ..	60
4. Entsprechung gegenüber einem Muster oder einer Probe (§ 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB nF)	30	3. Subjektive Anforderungen an die Aktualisierungen (§ 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB nF sowie § 476 Abs. 1 BGB nF)	61
5. Lieferung des erwartbaren Zubehörs einschließlich Verpackung und Anleitungen (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB nF)	31	4. Informationspflichten im Hinblick auf Aktualisierungen (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB nF) ...	63
III. Die subjektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit der Ware	33	IV. Sachmangel bei Waren mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Inhalte (§ 475c BGB)	65
1. Negative Beschaffenheitsvereinbarung	33	V. Beweislastumkehr bei Waren mit digitalen Elementen (§ 477 Abs. 2 BGB nF)	69
2. Subjektive Anforderungen als positive Beschaffenheitsvereinbarung	35	D. Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit der Ware	71
IV. Montageanforderungen als dritte Anforderung an die Vertragsgemäßheit in bestimmten Fällen	38	I. Nacherfüllung	72
V. Beweislastumkehr gem. § 477 BGB nF	40	II. Rücktritt	77
1. Verlängerung des Zeitraums der Beweislastumkehr	41	III. Minderung des Kaufpreises	80
2. Sonderfall: Kauf lebender Tiere ..	43	IV. Schadensersatz	81
C. Pflichten beim Verbrauchsgüterkauf von Waren mit digitalen Elementen	44	V. Aufwendungsersatz	82
		VI. Unternehmerregress	83
		E. Verjährung	84
		F. Modifikationen im Hinblick auf Garantien	89

§ 4 Warenkauf – Mangelbegriff, Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht

I. Keine Änderungen des § 443 BGB ...	90	4. Folgen der Nichteinhaltung des § 479 BGB	98
II. Sonderbestimmungen für Garantien beim Verbrauchsgüterkauf	93	5. Sprachenfrage	99
1. Höhere Transparenzanforderungen	94	6. Hemmung der Verjährung	100
2. Dauerhafter Datenträger	95	7. Funktionsfähigkeitsgarantie bzw. Herstellergarantieaussagepflicht	101
3. Haltbarkeitsgarantien	96		

A. Einleitung

- 1 Gegenstand dieses Beitrags ist das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags. Mit diesem Gesetz wird die europäische Warenkaufrichtlinie (RL (EU) 2019/771, im Folgenden: WKRL)¹ umgesetzt. Das Umsetzungsgesetz wurde am 30.6.2021 verkündet und tritt nach seinem Art. 3 am 1.1.2022 in Kraft.²
- 2 Neu eingeführt wird § 58 des Art. 229 EGBGB nF, der die Anwendbarkeit auf Altverträge („**intertemporales Recht**“) regelt: Danach sind auf einen Kaufvertrag, der vor dem 1.1.2022 geschlossen wird, die Regeln des BGB in der bis einschließlich 31.12.2021 geltenden Fassung anzuwenden.
- 3 Die WKRL löst die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44 EG, im Folgenden: VGKRL)³ ab und bringt wesentliche Neuerungen für B2C-Kaufverträge. Die WKRL wurde von der EU in enger inhaltlicher Abstimmung mit der Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Leistungen (RL (EU) 2019/770, im Folgenden: DIRL) erlassen, die ihrerseits im Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (→ § 2 Rn. 1 ff.) umgesetzt wurde. Die WKRL ist anders als ihre Vorläuferin vollharmonisierend, enthält aber Öffnungsklauseln zugunsten der Mitgliedstaaten: Namentlich im Hinblick auf die Dauer der Kaufmängelgewährleistung⁴ sowie die Beweislastumkehr⁵ können die Mitgliedstaaten eine verbraucherfreundlichere Lösung wählen. Davon machte Deutschland – entgegen anderslautender Absichten der Justizministerin⁶ – jedoch keinen Gebrauch.
- 4 Primäres Unionsrecht fordert die ausdrückliche Umsetzung europäischer Richtlinien in einem staatlichen Gesetz, sei es ein Parlamentsgesetz oder eine Verordnung. Art. 288 Abs. 3 AEUV wird daher verletzt, wenn ein Teil der Richtlinie nicht in den Gesetzestext aufgenommen wird, selbst wenn der Inhalt der Richtlinie in der Staatspraxis korrekt angewendet wird: Es mangelt dann an der durch Art. 288 Abs. 3

1 RL (EU) 2019/771 vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der VO (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG, ABl. 2019 L 136, 28.

2 Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, BGBl. 2021 I 2133. Der RegE ist als BT-Drs. 19/27424, die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags als BT-Drs. 19/31116 veröffentlicht.

3 Art. 23 WKRL, der zugleich auf eine amtliche Entsprechungstabelle der neuen Vorschriften zur WKRL hinweist.

4 Dazu auch rechtspolitisch *Gildeggen*, UBA-Texte 115/2020, S. 219 ff.; *Bach/Wöbbecking* NJW 2020, 2675.

5 *Schmitt*, UBA-Texte 115/2020, S. 248 ff.

6 Vgl. dazu <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verbraucher-justizministerin-fordert-laengere-gewaehrleistung-fristen-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-210108-99-940207>.

AEUV vorausgesetzten Transparenz in der Umsetzung.⁷ Der Verweis auf die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Rspr. von Fachgerichten⁸ oder die übereinstimmende Meinung in der Rechtslehre reicht daher nicht aus, wenn die Richtlinie selbst konkretere Ausführungen enthält. Daher dürfte die Nichtumsetzung ganzer Passagen im Hinblick auf die Rolle technischer Normen und sektorspezifische Verhaltenskodizes (zur praktisch sehr wichtigen Bedeutung der diesbezüglichen Vorgaben → Rn. 28 f.) (Art. 7 Abs. 1 lit. a Hs. 2 WKRL) sowie der Definition des Begriffes der Haltbarkeit (Art. 2 Nr. 13 WKRL) **europarechtswidrig** sein;⁹ unionsrechtlich problematisch ist möglicherweise auch die Verkürzung bestimmter Begriffe (nur „Montage“ statt wie in Art. 8 WKRL „Montage oder Installierung“).

Die **wesentlichen Änderungen** im Kaufrecht betreffen den Abschied von dem Vorrang des subjektiven Fehlerbegriffs und eine auch inhaltliche Neudefinition der Fehlerfreiheit und damit einhergehend der primären Leistungspflichten des Verkäufers (§ 434 BGB nF, → Rn. 8 ff.), die Einführung besonderer Pflichten beim Verkauf von Waren mit digitalen Elementen beim Verbrauchsgüterkauf (§§ 475b–475e BGB nF), namentlich eine Updateverpflichtung (→ Rn. 44 ff.), die Verlängerung der Beweislastumkehr von einem halben auf ein Jahr (§ 477 BGB nF, → Rn. 40 ff.), einige kleinere Änderungen im Hinblick auf die Rechtsfolgen der Mangelhaftigkeit der Ware (→ Rn. 71 ff.) und die Verjährung (→ Rn. 84 ff.) sowie ebenfalls kleinere Änderungen bei den Vorschriften über Garantien (§ 479 BGB nF, → Rn. 89 ff.). Fragen des Rückgriffs des Verkäufers in der Lieferkette (§ 445a und § 445b BGB nF) werden in einem eigenen Kapitel behandelt (→ § 5). Praktisch wesentlich ist auch die weitgehende Einschränkung der Anwendbarkeit der Regeln des Kaufvertrages im Hinblick auf den isolierten Softwareerwerb iRv Verbrauchsgüterkaufverträgen (→ 44 ff. sowie → § 2 Rn. 61 ff.).

Der deutsche Gesetzgeber entschied sich, Teile der WKRL im allgemeinen Kaufrecht umzusetzen, so dass diese sowohl im **B2C**-Verhältnis als auch bei **B2B**-, **C2B**- oder **C2C**-Kaufverträgen Anwendung finden. Freilich sind diese Vorschriften im unternehmerischen Geschäftsverkehr (**B2B**) wie auch in dem Fall, dass der Verkäufer ein Verbraucher ist (**C2C** und **C2B**), abdingbar, anders als in Fällen des Verbrauchsgüterkaufvertrages (§ 476 BGB nF). Eine Änderung erfährt dabei die Einschränkung der Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufvertrages für Fälle der **Versteigerung** gebrauchter Waren in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung in § 474 Abs. 2 S. 2 BGB nF: Bezüglich des Begriffes der öffentlich zugänglichen Versteigerung wird auf § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB verwiesen und – wohl wesentlicher – die Ausnahme greift nur, wenn dem Verbraucher klare und umfassende Informationen darüber, dass die Vorschriften des Untertitels über Verbraucherkaufverträge nicht gelten, leicht verfügbar gemacht werden; es wird diesbzgl. also künftig eine sehr deutlich hervorgehobene

7 Streinz/Schroeder AEUV Art. 288 Rn. 80; speziell für die nichtausreichende „Umsetzung“ in einer technischen Norm bzw. Verwaltungsvorschrift: EuGH Urt. v. 25.5.1982 – C-96/81, BeckRS 2004, 73970 2. Ls., Rn. 12.

8 Streinz/Schroeder AEUV Art. 288 Rn. 80 mwN.

9 Ausdrücklich bestätigt für technische Normen und Verhaltenskodizes in der Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses in der öffentlichen Sitzung am 25.5.2021 durch *Schmidt-Kessel*, Videoprotokoll, https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoeungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NlL2EwN-19SZWNodC9hbmhvZXJ1bmdlbi84MzY3NzAtODM2Nzcw&mod=mod554370 bei 1 h 57 min; das Wortprotokoll lag bei Drucklegung noch nicht vor.

§ 4 Warenkauf – Mangelbegriff, Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht

Transparenz gefordert. In den §§ 474 ff. BGB nF wird statt von beweglichen Sachen von Waren (unter Bezugnahme auf die Definition in § 241a Abs. 1 BGB) gesprochen; dies hat die Bedeutung, dass Sachen die aufgrund gerichtlicher Maßnahmen verkauft werden (insbesondere soweit sie von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen betroffen sind), nicht von den §§ 474 ff. BGB nF erfasst werden.¹⁰ Nur auf B2C-Kaufverträge sind die Vorschriften über Sachmängel bei Waren mit digitalen Elementen (§§ 475b, 475c BGB nF, dazu näher → Rn. 44 f.), die Verlängerung der Beweislastumkehr in § 477 BGB nF (dazu näher → Rn. 69 f.), verschiedene Fragen hinsichtlich der Rechtsfolgen von Mängeln (dazu näher → Rn. 71 ff.) und der Verjährung sowie zu Garantien (§ 479 BGB nF, dazu näher → Rn. 89 ff.) anwendbar.

- 7 Soweit der **dauerhafte Erwerb von Software** Vertragsgegenstand ist, werden nach geltender Rechtslage die Vorschriften über den Kaufvertrag entweder direkt oder entsprechend angewendet, sofern es sich um Standardsoftware handelt, die nicht eigens für den Erwerber entwickelt werden muss. Auf die Frage, ob eine Sache oder ein Immaterialgut vorliegt, kommt es insoweit wegen § 453 BGB nicht entscheidend an.¹¹ Dies bleibt einerseits unverändert, weil nach § 475a BGB nF die grundsätzliche Anwendbarkeit der Regeln über den Kaufvertrag bestehen bleibt, wobei allerdings zugunsten der Vorschriften über die Bereitstellung digitaler Produkte weitgehende Ausnahmen von den Vorschriften über Kaufverträge normiert werden, die insbesondere die Mängelgewährleistung einschließlich der neuen Updatepflichten betreffen. Beide Ausnahmen betreffen nur Verbrauchsgüterkaufverträge: Den reinen Softwarevertrieb über körperliche Datenträger (§ 475a Abs. 1 BGB nF) sowie Kaufverträge über Waren mit digitalen Inhalten, bei denen die digitalen Inhalte für die vertriebene Sache selbst nicht funktionswesentlich sind (§ 475a Abs. 2 BGB nF; → § 2 Rn. 46 ff.). Die Anwendung des **Schenkungs-, Miet- und Werkvertragsrecht** im Hinblick auf digitale Produkte auch in Abgrenzung zum Kaufrecht wird in einem eigenen Abschnitt im Detail behandelt (→ § 8).

B. Neujustierung der Leistungspflichten des Verkäufers: Der neue kaufrechtliche Mangelbegriff

I. Überblick über den neustrukturierten Mangelbegriff

- 8 Die WKRL spricht nicht von **Fehlern** oder der **Mangelhaftigkeit** der Kaufsache, sondern von der „**Vertragsmäßigkeit von Waren**“ (Art. 5–8 WKRL). Damit wird sprachlich klarer verdeutlicht, dass es sich hier um positive Leistungspflichten des Verkäufers handelt, was sich der Sache nach auch schon aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB ergab, der die Mangelfreiheit bei den Hauptleistungspflichten des Verkäufers einordnete. Ohne Aufgabe des Mangelbegriffs nähert sich das BGB künftig dem europäischen Wording an, indem in § 434 Abs. 1 BGB nF die Übereinstimmung mit den subjektiven und objektiven Anforderungen sowie den Montageanforderungen als Freiheit von Sachmängeln definiert wird und danach nur noch von den positiven Anforderungen, die den Maßstab für die Fehlerfreiheit liefern, die Rede ist.

10 Lorenz NJW 2021, 2068; aus den Dokumenten: Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/31116, 15.

11 Palandt/Weidenkaff BGB § 433 Rn. 9 mwN.

Der entscheidende Unterschied gegenüber dem bisherigen Fehlerregime des BGB liegt 9 darin, dass der **subjektive Mangelbegriff** bzw. nunmehr die subjektiven **Anforderungen keinen Vorrang vor dem objektiven Mangelbegriff mehr** haben. Vielmehr müssen kumulativ gleichermaßen die subjektiven wie auch die objektiven Anforderungen erfüllt werden.¹² Nur unter sehr engen Voraussetzungen (jedenfalls beim Verbraucher-vertrag) kann von den objektiven Anforderungen über eine negative Beschaffenheitsvereinbarung abgewichen werden (zur negativen Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 476 Abs. 1 BGB nF → Rn. 33 f.). Formal treten neben diese beiden Kategorien als dritte Kategorie sogenannte Montageanforderungen (§ 434 Abs. 4 BGB nF), die (nur in einschlägigen Fällen) ebenfalls kumulativ erfüllt werden müssen. Leicht übersehen werden kann, dass der neugefasste § 475 Abs. 3 S. 2 BGB nunmehr für den Verbrauchsgüterkauf auch bestimmt, dass § 442 BGB unanwendbar bleibt: Die **Kenntnis** oder auch die (grob) **fahrlässige Unkenntnis schließen also künftig die Mängelrechte des Verbrauchers nicht aus**.

Für die praktische Fallanwendung empfiehlt sich eine Abkehr von der bisher üblichen 10 **Prüfreihenfolge**. Diese war so sehr vom Ausgangspunkt des subjektiven Fehlerbegriffes dominiert, dass die Vereinbarungen der Parteien – im Besonderen was (ausdrückliche oder konkludente) Einschränkungen der Haftung anging – nicht selten auch in die Bestimmung des objektiven Fehlerbegriffes hineinstrahlten und diesen so stark entwerteten. Genau dies wollte die WKRL aber ändern. Richtig stellt der Bundesgesetzgeber daher fest, dass der objektive Mangelbegriff nunmehr ohne Bezugnahme auf die vertraglichen Vereinbarungen zu bestimmen sei. Dem entspricht eine Prüfreihenfolge, die die Übereinstimmung der Ware mit den objektiven Anforderungen vor der Prüfung der Übereinstimmung mit den subjektiven Anforderungen (und dabei auch die ggf. relevante, nur unter engen Voraussetzungen mögliche negative Beschaffenheitsvereinbarung) behandelt, es sei denn, es liegt eine klare Abweichung vom vertraglich Vereinbarten vor, was die Prüfung des objektiven Fehlerbegriffes entbehrlich macht.

Empfehlenswert scheint es, 11

- a) vorab die „einfachen“ bzw. „speziellen“ Fehlerkategorien zu prüfen:
 - aa) die Aliud-Lieferung (jetzt § 434 Abs. 5 BGB nF),
 - bb) die Minderlieferung (jetzt § 434 Abs. 2 S. 2 BGB nF sowie § 434 Abs. 3 S. 2 BGB nF) und
 - cc) das Fehlen von Zubehör gem. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nF sowie § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB nF sowie
 - dd) Montagemängel (§ 434 Abs. 4 BGB nF). Danach folgt die Prüfung
- b) der Übereinstimmung der gelieferten Waren mit den objektiven Anforderungen (soweit diese nicht schon unter a) geprüft wurden),

12 Pfeiffer GPR 2021, 120; ebenso die Regelung in §§ 327d, 327e BGB nF.

§ 4 Warenkauf – Mangelbegriff, Digitalisierung im Verbrauchsgüterkaufrecht

- c) des (Nicht-)Vorliegens einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung:¹³ § 476 BGB in B2C-Fällen, in allen anderen Fällen §§ 305 ff. BGB: im Wesentlichen frei vereinbar und schließlich
- d) der Übereinstimmung der gelieferten Waren mit den subjektiven Anforderungen (soweit diese nicht schon unter a) geprüft wurden).

Im Hinblick auf die Fehlerkategorien der **Aliud-Lieferung** (§ 434 Abs. 5 BGB nF) gibt es gegenüber dem bisherigen § 434 Abs. 3 1. Alt. BGB aF keine inhaltliche Veränderung, so dass vorliegend nicht näher darauf einzugehen ist.

- 12 Bei der bisher in § 434 Abs. 3 Alt. 2 BGB aF geregelten **Minderlieferung** gibt es nun zwar eine Aufspaltung auf § 434 Abs. 2 S. 2 BGB nF einerseits sowie auf § 434 Abs. 3 S. 2 BGB nF andererseits. Indessen dürfte sich im Ergebnis wenig geändert haben. Wurde bisher eine eindeutige Menge versprochen (1 l einer Flüssigkeit), hinter der die gelieferte Menge zurückblieb (800 ml), so handelt es sich nunmehr um einen Fall, bei dem die subjektiven Anforderungen nicht erfüllt sind (§ 434 Abs. 2 S. 2 Fall 2 BGB nF); das dürfte auch dann gelten, wenn die Vertragsparteien sich nicht ausdrücklich über die gekaufte Menge ausgetauscht haben, sondern eine konkludente Vereinbarung anzunehmen ist, weil die Mengenangabe auf einem Etikett aufgedruckt ist.¹⁴
- 13 Randfälle mit „**Mogelpackungen**“, bei denen eine Verpackung mehr Inhalt zB einer Süßware suggeriert, als sie hinterher enthält (weil ein Bodendeckel angehoben ist, viel Luftvolumen oder billiges Verpackungsmaterial enthalten ist), bei denen man sich bisher schwertat, eine Mindermenge anzunehmen, werden nunmehr allerdings von § 434 Abs. 3 S. 2 Fall 1 BGB nF erfasst werden. Eine eher klein gedruckte, versteckte, dem objektiv gelieferten Inhalt entsprechende Information über die unerwartet geringe Menge ändert daran nichts, weil es bei § 434 Abs. 3 BGB nF darauf ankommt, was Käufer berechtigterweise erwarten können. (Zumeist) bewusste Täuschungen mit psychologischen Tricks durch objektiv irreführende Verpackungsgestaltungen gehören nicht dazu. Verkäufer (und letztlich Hersteller) sind also gehalten, einen größeren Inhalt suggerierende Verpackungen erst gar nicht zu wählen oder aber – wenn dies zB aus technischen oder Transportgründen schwierig würde – durch eine sehr deutliche Kennzeichnung den sonst erwartbaren Irrtum der potenziellen Käufer über die Warenmenge von vornherein zu zerstreuen. Anderenfalls wird der Käufer künftig Mängelrechte geltend machen können, ohne dass es auf eher schwierige Konstruktionen ankommen dürfte, dass eben eine größere Menge vereinbart wurde.

II. Die objektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit der Ware (§ 434 Abs. 3 BGB nF)

- 14 § 434 Abs. 3 BGB nF unterscheidet zwischen vier Kategorien: 1. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung, 2. übliche und erwartbare Beschaffenheit, 3. Entsprechung gegenüber einem Muster oder einer Probe, 4. Lieferung des erwartbaren Zubehörs.

13 Sollte diese getroffen worden sein, können b) und c) getauscht werden, wenn es zweifelhaft sein könnte, ob überhaupt eine objektive Soll-Beschaffenheit unterschritten wurde, zugleich aber klar ist, dass eine einen möglichen Mangel ausschließende negative Beschaffenheitsvereinbarung auf jeden Fall wirksam ist.

14 § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB nF („öffentliche Äußerung“) kommt in diesem Fall ergänzend zum Zuge.

1. Eignung zur gewöhnlichen Verwendung (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB nF)

Die Anforderung, dass sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignen muss (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB nF), entspricht der bisher in § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Fall 1 BGB aF genannten Voraussetzung: Gemeint ist, dass das Produkt für seine **üblichen Einsatzmöglichkeiten funktioniert**,¹⁵ wobei dies objektiv nach der Art der Kaufsache und dem Verkehrskreis der angesprochenen Käufer zu bestimmen ist.¹⁶ Die **Eignung** der Sache an sich ist nicht gegeben, wenn die Verwendung der Sache vermindert oder nicht mehr möglich ist.¹⁷ Um zu beurteilen, welche Verwendungen im Hinblick auf die jeweilige Kaufsache „gewöhnlich“ sind, wird insbesondere auf **Konkurrenzprodukte** zurückgegriffen. Zwischen gebrauchten und neuen Sachen muss dabei nicht unterschieden werden, da auch von gebrauchten Sachen zu erwarten ist, dass sich diese für die gewöhnliche Verwendung eignen.¹⁸

2. Übliche und erwartbare Beschaffenheit (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nF)

Zu den **objektiven Anforderungen** zählt nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nF die Beschaffenheit, „die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann“. Dies ist eine verglichen mit § 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB aF fast wortgleiche Formulierung und hat tatsächlich gegenüber der bisherigen BGB-Formulierung einen erheblichen Überschneidungsbereich. Allerdings sind die objektiven Anforderungen an die Sache nun nicht mehr nur ein nachrangiger Auffangtatbestand, der nur zum Zuge kommt, soweit die Beschaffenheit der Kaufsache nicht vereinbart war, sondern sie sind – wie schon erläutert – gleichrangig neben den subjektiven Anforderungen zu prüfen und erhalten damit ein deutlich größeres praktisches Gewicht. Die Schwierigkeiten des objektiven Mangelbegriffs bestanden wesentlich in der Frage des Vergleichsmaßstabes, an dem das vertraglich geschuldete Soll festgemacht werden muss (→ Rn. 19). Die durch die WKRL und das neue BGB normierten objektiven Anforderungen teilen dieses methodische Grundproblem nur im Ansatz. Tatsächlich führen die konkreteren gesetzlichen Ausführungen und die Notwendigkeit der richtlinienkonformen Auslegung (aufgrund der insoweit detaillierteren Anforderungsbeschreibungen der WKRL) zu einer **höheren Rechtssicherheit**, wenngleich die Bestimmung der objektiven Anforderungen im konkreten Fall anspruchsvoll bleiben wird. Im Hinblick auf die jetzt teilweise in den objektiven Mangelbegriff überführte Mindermengenlieferung wurde dies bereits (→ Rn. 12 f.) ausgeführt.

Weitgehend unverändert bleibt zunächst die Bedeutung „der **öffentlichen Äußerungen**, die von dem Verkäufer oder einem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden“ (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB nF). Soweit nach dem entsprechenden Passus in § 434 Abs. 1 S. 3 BGB aF daraufhin ein Mangel anzunehmen war, bleibt dies nach der neuen Formulierung unverändert der Fall. Auch die bereits im bisherigen Text enthaltenen Ausnahmen der gleichwertigen Berichtigung, der Nichtbeeinflussung der

15 NK BGB/Büdenberger § 434 Rn. 28.

16 Palandt/Weidenkaff BGB § 434 Rn. 27.

17 BeckOK BGB/Faust § 434 Rn. 62.

18 BeckOK BGB/Faust § 434 Rn. 58.