

**22.02.21****Empfehlungen  
der Ausschüsse**

R - AV - Wi

zu **Punkt ...** der 1001. Sitzung des Bundesrates am 5. März 2021

---

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen**Der **federführende Rechtsausschuss (R)**,der **Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz (AV)** undder **Wirtschaftsausschuss (Wi)**

empfehlen dem Bundesrat,

zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt  
Stellung zu nehmen:AV 1. Zu Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung im Rahmen der Umsetzung zu prüfen, ob sowohl vorvertraglich als auch in Bezug auf die Folgen geschlossener Verträge ein stärkerer Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher bei Geschäftsmodellen gewährleistet werden kann, die mit einer Auswertung großer Datenmengen einhergehen (sog. Big Data-Geschäftsmodelle), insbesondere durch

- eine Pflicht, digitale Angebote immer auch in einer verbraucherfreundlichen, datensparsamen Variante anzubieten und den Vertragsabschluss möglichst verbraucherfreundlich zu gestalten,
- eine Pflicht zur optischen Kennzeichnung algorithmenbasierter Anwendungen, damit bereits vor Vertragsschluss sog. Big-Data-Geschäftsmodelle leichter erkannt werden können,

- eine Informationspflicht über die involvierte Logik der verwendeten algorithmenbasierten Anwendungen und
- die Bestätigung des Vertragsabschlusses bei entsprechenden Geschäftsmodellen mit einem „Bezahlen mit Daten“-Button,
- eine Klarstellung, dass im Falle von Verstößen gegen entsprechende Transparenzpflichten oder Anforderungen an eine wirksame Einwilligung in Bezug auf das Bezahlen mit Daten eine Anfechtbarkeit zivilrechtlicher Verträge analog dem Rechtsgedanken des § 123 BGB möglich sein kann.

#### Begründung:

Im Rahmen sog. Big Data-Geschäftsmodelle ist es in der Regel Ziel der Unternehmen, möglichst viele Daten der Verbraucherinnen und Verbraucher zu erheben, um die Daten wirtschaftlich, meist im Wege personalisierter Werbung, zu verwerten. Um die datenschutzrechtlich erforderliche Einwilligung zur Nutzung der Verhaltens- oder sonstigen personenbezogenen Daten zu erhalten, werden in der Regel gewisse Annehmlichkeiten, wie eine bessere Bedienbarkeit, Unterhaltung oder Informationssuche angeboten.

Diese Geschäftsmodelle stehen häufig im Wertungswiderspruch zum Gebot der Datenminimierung und dem Schutz der informationellen Souveränität von Verbraucherinnen und Verbrauchern.

Regelmäßig sind Verbraucherinnen und Verbraucher vor Vertragsschluss deutlich weniger über die Folgen des Vertragsschlusses informiert, als die Unternehmen (Informationsasymmetrie). Dabei handelt es sich z.B. bei der Auswertung des Surfverhaltens, von Bewegungsdaten, des Mailverkehrs oder einer Kombination all dessen um ausgesprochen persönliche Informationen und die Verbraucherinnen und Verbraucher können hierbei beispielsweise im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen dauerhaft die Kontrolle über diese persönlichen Informationen verlieren.

Daher sollte geprüft werden, ob der vorvertragliche Verbraucherschutz dadurch gestärkt werden könnte, dass verbraucherfreundliche, datensparsame Angebotsvarianten bereits bei Vertragsschluss begünstigt werden. Auch Button-Lösungen haben sich bereits in anderem Zusammenhängen bewährt und könnten ggf. als Ergänzung zu § 312j Absatz 3 BGB auch in Bezug auf das Bezahlen mit Daten mehr Transparenz erreichen.

Mit der Richtlinie und ihrer Umsetzung wird der Verbraucherschutz bei Datenpreisgaben zwar verbessert, indem diese nicht länger als „unentgeltlich“ gelten und so zumindest grundsätzlich Gewährleistungsrecht anwendbar ist, wenn die Datenerhebung über die jeweilige Leistungspflicht bzw. den Zweck des Vertrages hinausgeht.

Es sollte jedoch geprüft werden, ob das Vertragsrecht auch weitergehende Ansätze ermöglicht, die datenschutzrechtlichen Vorgaben in Bezug auf das Bezahlen mit Daten einzuhalten. Insbesondere ist es der in § 123 BGB geregelten

...

arglistigen Täuschung zumindest vergleichbar, wenn ein Unternehmen die Verbraucherinnen und Verbraucher trotz Aufklärungspflichten systematisch nur unzureichend darüber in Kenntnis setzt, worin ihre Gegenleistung besteht oder ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung ein Angebot an die Erteilung einer Einwilligung in weitreichende Datenpreisgaben koppelt. Insofern sollte geprüft werden, inwieweit eine klarstellende Regelung erfolgen könnte, damit die Verbraucherinnen und Verbraucher sich von einem aufgrund entsprechender Verstöße geschlossenen Vertrag im Wege der Anfechtung wieder lösen können.

AV 2. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 312 Absatz 1a Satz 2 BGB)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung bei der Formulierung der Ausnahmen des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB („ausschließlich [Daten] verarbeitet [werden], um seine Leistungspflicht ...oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen“) um die Evaluierung der Gesetzesänderung, ob die beiden Ausnahmen des § 312 Absatz 1a Satz 2 BGB auch in der Praxis eine Ausnahme zur Regel bleiben.

Begründung:

Das sog. „Bezahlen mit Daten“ ist eine immer häufiger zu beobachtende Praxis. Unternehmen verfolgen mit angeblich kostenlosen oder günstigen Angeboten, bei denen Verbraucherinnen und Verbraucher „nur“ ihre personenbezogenen Daten angeben müssen, erhebliche wirtschaftliche Interessen, die auf der Nutzung von Verbraucherdaten basieren. Da bislang eine Anwendung der Schutzvorschriften der §§ 312 ff. BGB in diesen Fällen nicht möglich war, erweitert § 312 Absatz 1a Satz 1 BGB deren Anwendung auf entsprechende Vertragsgestaltungen. Als Beispiel genannt ist die Registrierung bei einem sozialen Netzwerk nebst Angabe von Namen und E-Mail-Adresse. Satz 2 (ggf. in Verbindung mit § 327 Absatz 3 BGB) beschreibt davon Ausnahmen.

Um zu überprüfen, ob mit der Neuregelung die Erweiterung der verbraucher-schützenden Regelungen der §§ 312 ff BGB auf Geschäftsmodelle, in denen mit Daten bezahlt wird, in der Praxis greift und die Ausnahmemöglichkeiten auch in der Umsetzung die Ausnahme darstellen, sollte die Regelung evaluiert werden.

AV 3. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327 Absatz 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 327 Absatz 3 nach dem Wort „Unternehmer“ die Wörter „oder einem vom Unternehmer bestimmten Dritten“ einzufügen.

...

Begründung:

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und Umgehungsmöglichkeiten ist der Anwendungsbereich der Vorschriften über Verbraucherverträge, die digitale Produkte betreffen, ausdrücklich auch auf Vertragsgestaltungen zu erstrecken, bei denen der Verbraucher sich zur Bereitstellung personenbezogener Daten an einen Dritten verpflichtet. Derartige Konstellationen, bei denen die Kundendaten an einen Kooperationspartner des Unternehmers fließen und dort zu Marketingzwecken verwendet werden, sind zunehmend zu beobachten. Für die Schutzbedürftigkeit der Verbraucher macht es keinen Unterschied, ob die Daten als Gegenleistung für das digitale Produkt an den Unternehmer oder an einen von ihm bestimmten Dritten fließen.

AV 4. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327c Absatz 6 Satz 2,  
§ 327m Absatz 4 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 ist in § 327c Absatz 6 und § 327m Absatz 4 jeweils Satz 2 zu streichen.

Begründung:

Verbraucher sollen auch bei Paketverträgen, bei denen Telekommunikationsdienstleistungen mit digitalen Produkten wie beispielsweise Mediennutzungsangeboten verbunden werden, unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit haben, sich bei Nicht- oder Schlechtleistung in Bezug auf das digitale Produkt vom Gesamtvertrag lösen zu können. Beispielsweise kann die Verfügbarkeit von Unterhaltungsangeboten oder die Übertragung von Sportereignissen ein wesentliches Entscheidungskriterium für den Abschluss eines Paketvertrages bei einem bestimmten Telekommunikationsanbieter sein. Wenn diese digitalen Produkte nicht vertragsgemäß zur Verfügung stehen, kann wie bei anderen Paketverträgen ein erhebliches und schutzwürdiges Interesse an einer Lösung vom Gesamtvertrag bestehen. Vor allem bei einer langfristigen Vertragsbindung von 24 Monaten kann der Wegfall wesentlicher digitaler Leistungen dazu führen, dass das weitere Festhalten am Vertrag für den Kunden schlicht unzumutbar ist.

Da § 66 Absatz 2 TKG nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Telekommunikationsmodernisierungsgesetz keine eigenständige Rechtsgrundlage für die Lösung von Paketverträgen enthält, bedarf es der Streichung des Anwendungsausschlusses in den §§ 327c Absatz 6 und 327m Absatz 4 BGB.

AV 5. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327c Absatz 7,  
§ 327m Absatz 5 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 327c Absatz 7 und § 327m Absatz 5 nach dem Wort „eignet“ jeweils die Wörter „oder er an den anderen Bestandteilen des

...

Vertrages kein Interesse hat“ einzufügen.

Begründung:

Wie bei Paketverträgen sollte auch bei verbundenen Verträgen der Verbraucher das Recht auf Lösung vom Gesamtvertrag erhalten, wenn er aufgrund der Nichtbereitstellung oder der Mängel des digitalen Produkts kein Interesse an der weiteren Nutzung der Kaufsache hat. Andernfalls droht bei verbundenen Verträgen das Recht auf Vertragslösung leerzulaufen, da ein Wegfall der gewöhnlichen Eignung in der Regel nur bei Sachen mit digitalen Elementen anzunehmen sein wird, die jedoch von der Anwendung der §§ 327 ff. BGB ausgeschlossen sind (§ 327 Absatz 3 BGB). Auch ist zu berücksichtigen, dass bei verbundenen Verträgen die vertragsgemäße Bereitstellung des digitalen Produkts zu den vereinbarten Bedingungen ein wesentliches Entscheidungskriterium für das Gesamtangebot sein kann. Ein Festhalten an dem Gesamtvertrag kann für den Verbraucher eine unzumutbare Belastung darstellen, wenn zwar die Kaufsache objektiv weiterhin nutzbar wäre, der Verbraucher aber aufgrund eines besonderen Verwendungszwecks, der aufgrund der Nichtverfügbarkeit des digitalen Elements dauerhaft verfehlt wird, für die Kaufsache keine sinnvolle Verwendung mehr hat.

AV 6. Hauptempfehlung zu Ziffern 7 und 8

bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 7  
und  
Ziffer 8

Der Bundesrat begrüßt, dass der Gesetzentwurf eine sog. Update-Pflicht für den Unternehmer vorsieht. Es besteht aus Sicht des Bundesrates vor diesem Hintergrund ein Bedürfnis, Verbraucherinnen und Verbraucher ausreichend zu schützen, indem erworbene Produkte weiterhin zu aktualisieren und damit weiterhin nutzbar sind. Der Bundesrat weist jedoch darauf hin, dass der Verkäufer oft nur geringen Einfluss auf die Entwicklung und Bereitstellung von Updates hat. Daher spricht sich der Bundesrat dafür aus, dass auch Hersteller im Wege einer gewährleistungsähnlichen Haftung zur Bereitstellung von Aktualisierungen entsprechend § 327f Absatz 1 BGB verpflichtet werden müssen. Diese Pflicht sollte immer dann greifen, wenn Sicherheitslücken in digitalen Produkten offenkundig werden.

Begründung:

Die Update-Pflicht gilt nur für den Verkäufer von Software. Der Verkäufer hat jedoch oft nur geringen Einfluss auf die Entwicklung und Bereitstellung von Updates. Der Hersteller der Software, der Entwickler, muss daher im Wege einer gewährleistungsähnlichen Herstellerhaftung ebenfalls zur Bereitstellung von Updates verpflichtet werden.

Dies wird in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen. Der Verkäufer

...

wird häufig – anders als der Hersteller – keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden. Digitale Inhalte sind typischerweise generell stärker mit ihrem Hersteller verbunden als physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich; die Auslieferung von Updates erfolgt ohne nennenswerte logistische Kosten. Hinzu kommt, dass auch nur der Hersteller die Vertragsdaten des Nutzers hat. Diese Verbundenheit und Profitmöglichkeit muss sich auch in dem Pflichtenkatalog des Herstellers niederschlagen. Die Update-Pflicht sollte genauso den Hersteller treffen wie auch den Verkäufer, nur dann kann sie in der Praxis Wirkung entfalten.

AV  
entfällt  
bei  
Annahme  
von  
Ziffer 6  
  
bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 8

7. Hilfsempfehlung zu Ziffer 6;  
Hauptempfehlung zu Ziffer 8  
Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung um Prüfung, ob die Regelung in § 327f Absatz 1 BGB um einen Anspruch des Verbrauchers direkt gegen den Hersteller eines digitalen Produkts hinsichtlich der vom Unternehmer geschuldeten Aktualisierungen erweitert werden kann. Dies sollte mindestens vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik als erforderlich eingeschätzte Sicherheitsupdates umfassen.

Begründung:

Aus Sicht des Bundesrats erscheint es sinnvoll, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, bezüglich notwendiger Aktualisierungen direkt auf den Hersteller eines digitalen Produkts zugehen zu können. Erwägungsgrund 13 der hier umgesetzten EU-Richtlinie 2019/770 eröffnet den Mitgliedsstaaten eine solche Möglichkeit.

Im Regelfall liegen beim Hersteller das Wissen und die Erfahrung, um Software aktuell zu halten. Insofern wird sich der Verkäufer in den meisten Fällen selbst an den Hersteller halten, um Aktualisierungen an den Verbraucher weiterzureichen. Daher sollte, nicht nur um Verzögerungen zu vermeiden, ein direkter Anspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller hinsichtlich der Aktualisierungen eingeführt werden. Mindestens Sicherheitsupdates, deren Notwendigkeit beispielsweise auf Grundlage der Meldungen des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) erforderlich erscheinen, sollten vom Hersteller den Verbrauchern bereitgestellt werden müssen.

...

- AV 8. Hilfsempfehlung zu den Ziffern 6 und 7  
entfällt bei Annahme von Ziffer 6 oder Ziffer 7  
Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)  
Der Bundesrat bittet die Bundesregierung um Prüfung, wie die Pflicht, beim Verkauf von Software Aktualisierungen bereitzustellen (§ 327f BGB) (kurz: Update-Pflicht), so erweitert werden kann, dass neben dem Verkäufer von digitalen Produkten (Software) auch die jeweiligen Hersteller umfasst sind.

Begründung:

Gemäß § 327f Absatz 1 Satz 1 BGB ist der Unternehmer, nicht aber der Hersteller zur Bereitstellung von Software-Updates verpflichtet. Dies wird in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen. Der Verkäufer ist häufig – anders als der Hersteller – nicht in der Lage Updates zu entwickeln oder herauszugeben. Digitale Inhalte von digitalen Produkten sind typischerweise generell in Bezug auf ihre Entwicklung und Verbesserungsnotwendigkeiten mit ihrem Hersteller verbunden. Häufig behalten Hersteller einen Fernzugriff; die Auslieferung von Updates erfolgt direkt vom Hersteller ohne nennenswerte logistische Kosten. Hinzu kommt, dass häufig auch nur der Hersteller die für die Nutzung der Software notwendigen Daten hat, während der Verkäufer lediglich die persönlichen Daten des Käufers aus dem Kaufvertrag erhält. Dies sollte sich auch im Pflichtenkatalog des Herstellers niederschlagen. Nur so kann die Update-Pflicht in der Praxis Wirkung entfalten. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie hindert den deutschen Gesetzgeber ausdrücklich nicht daran, eine solche aus Verbrauchersicht sinnvolle und erforderliche gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einzuführen.

- AV 9. Hauptempfehlung zu Ziffer 10  
bei Annahme entfällt Ziffer 10  
Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)  
Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Aufnahme geeigneter Vorschriften zu prüfen, mit denen sich der Zeitraum, innerhalb dessen Verbraucher nach § 327f Absatz 1 Satz 1 in den Fällen des Absatzes 1 Satz 3 Nummer 2 Aktualisierungen des digitalen Produkts erwarten können, leichter und mit größerer Rechtssicherheit bestimmen lässt.

Begründung:

Der Anspruch auf Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit erforderlich sind, soll nach dem Gesetzentwurf bei Verträgen ohne definierten

...

Bereitstellungszeitraum von der Verbrauchererwartung unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrages abhängen. Für die Anbieter wie die Verbraucher ist die Bestimmung der Verbrauchererwartung mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. Es stehen keine klaren Kriterien zur Verfügung, nach denen sich beispielsweise beim Kauf einer Anwender-Software für Laptops oder einer digitalen Karte für ein Navigationsgerät einschätzen ließe, wie lange der Anbieter zur Bereitstellung notwendiger Aktualisierungen verpflichtet sein soll.

Mehr Rechtssicherheit könnte erreicht werden, wenn die Hersteller Angaben zur erwartbaren Nutzungsdauer und Bereitstellung von Aktualisierungen machten. Die Hersteller wären insofern als die geeigneten Marktakteure anzusehen, als die Problematik einmalig bereitgestellte digitale Produkte betrifft.

Daher wäre zu erwägen, die Hersteller zu einer Angabe der üblichen Mindestfunktionsdauer zu verpflichten, um einen Anhaltspunkt dafür zu haben, in welchem Zeitraum der Verbraucher mit Aktualisierungen rechnen und diese einfordern darf. Zwar kann dabei die Gefahr bestehen, dass Hersteller bewusst eine kurze Nutzungsdauer angeben, die hinter der objektiven Erwartung und gegebenenfalls auch hinter dem regelmäßigen Gewährleistungszeitraum von zwei Jahren zurückbleibt. Andererseits besteht die berechnete Erwartung, dass der Wettbewerb ein wirkungsvolles Korrektiv bildet und ein flächendeckendes Absenken von Qualitätsversprechen der Hersteller verhindert.

Eine derartige Informationspflicht beträfe nicht unmittelbar das zwischen dem Verbraucher und Anbieter begründete Vertragsverhältnis, so dass Kollisionen mit den vollharmonisierenden Regelungen der Richtlinie (EU) 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher und der Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen nicht zu befürchten sind.

AV  
entfällt  
bei  
Annahme  
von  
Ziffer 9

#### 10. Hilfsempfehlung zu Ziffer 9

##### Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, die Dauer der jeweiligen Update-Pflicht zu konkretisieren.

##### Begründung:

Eine der wichtigsten Neuerungen der EU-Richtlinie besteht in der Pflicht beim Verkauf von Software nicht nur über Aktualisierungen zu informieren, sondern diese auch bereitzustellen. Diese sogenannte Update-Pflicht soll mit § 327f BGB umgesetzt werden. Dies ist grundsätzlich, insbesondere mit Blick auf eine längere Lebensdauer der Produkte im Sinne eines nachhaltigeren Konsums zu begrüßen.

Dabei ist jedoch aus Gründen der Klarstellung eine Konkretisierung zur Dauer der Update-Pflicht und eine Definition der unterschiedlichen Update-Arten an-

...

gezeigt, die je nach ihrem Einfluss auf die Gebrauchsfähigkeit des Produkts mit Blick auf die notwendige Ressourcenschonung (Nachhaltigkeit) auch eine unterschiedliche Dauer der Update-Pflicht nach sich ziehen sollten.

AV 11. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass Verbraucher vor Bereitstellung von Aktualisierungen im Sinne des § 327f BGB genauer darüber informiert werden sollten, um was für eine Art Aktualisierung (funktionserhaltend/funktionsändernd/sicherheitsrelevant) es sich im konkreten Fall handelt und welche Auswirkungen diese haben. Sofern mehrere Aktualisierungen gleichzeitig vorgenommen werden, sollten diese separat und unabhängig voneinander bereitgestellt werden sofern dies technisch möglich ist. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung um Prüfung, ob § 327f Absatz 1 BGB um eine entsprechende Konkretisierung ergänzt werden kann.

Begründung:

Es bedarf einer genaueren Information der Verbraucher, um was für eine Art Update es sich in jedem Fall handelt, um die Rechtsfolge des § 327f Absatz 2 BGB auszulösen. Denn nur wenn die Verbraucher darüber aufgeklärt sind, ob es sich um lediglich funktionserhaltende bzw. sicherheitsrelevante oder um (gegebenenfalls weitreichende) funktionsändernde Aktualisierungen handelt, besteht eine ausreichende Informationslage, um sich für oder gegen das jeweilige Update zu entscheiden und damit die Rechtsfolge des § 327f Absatz 2 BGB bewusst auf sich zu nehmen. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen funktionsändernde Aktualisierungen zu einer unerwünschten Verarbeitung personenbezogener Daten führen. Die Information sollte in übersichtlicher Weise die geplanten Änderungen und ihre Auswirkungen auf das digitale Produkt umfassen. Sofern technisch möglich, sollten die jeweiligen Aktualisierungen getrennt voneinander bereitgestellt werden.

AV 12. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f BGB)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, eine Definition der unterschiedlichen Update-Arten (funktionserhaltend, funktionserweiternd, Sicherheit) aufzunehmen und sicherzustellen, dass eine Abdingbarkeit der Update-Pflicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen jedenfalls nicht für sicherheitsrelevante und funktionserhaltende Updates gilt.

...

Begründung:

Fehlende Updates haben sehr unterschiedliche Folgen: Sicherheitslücken können Verbraucherinnen und Verbraucher erheblich schädigen. Bei Fehlen funktionserhaltender Updates ist das Produkt in der Regel nicht mehr oder nur noch eingeschränkt nutzbar, während funktionsverbessernde Updates auf die Gebrauchsfähigkeit häufig keinen Einfluss haben. Dies muss sich aus einer Definition des Begriffs „Updates“ ergeben. Eine Update-Pflicht muss dann greifen, wenn Sicherheitslücken offenbar werden (z. B. Meldung des Warn- und Informationsdienstes des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie (BSI)) oder das Fehlen funktionserhaltender Updates während einer erwartbaren Lebensdauer des digitalen Produkts dessen Gebrauchsfähigkeit vernichtet.

Wi 13. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 sind die Wörter „den der Verbraucher“ durch die Wörter „der vertraglich festgelegt worden ist oder den die Verbraucherin oder der Verbraucher“ zu ersetzen.

Begründung:

Unternehmen werden nach § 327e Absatz 3 Nummer 5 in Verbindung mit § 327f Absatz 1 BGB künftig dazu verpflichtet, digitale Produkte zu aktualisieren. Sowohl der Wortlaut der geplanten Gesetzesänderung als auch dessen Auslegung unter Zugrundelegung der Richtlinie könnten insoweit missverstanden werden, dass von dem Begriff „Aktualisierungen“ auch inhaltliche Veränderungen eines vermarkteten Sprachwerks erfasst werden, wie etwa digitale Versionen von gedruckten Büchern (E-Books). Gerade im Bereich des Sach- und Fachbuchmarktes, bei wissenschaftlichen Publikationen sowie Normwerken nehmen Verlage regelmäßig inhaltliche Überarbeitungen ihrer Veröffentlichungen vor und vermarkten diese „Aktualisierungen“ jeweils gesondert (zum Beispiel Neuauflagen medizinischer, juristischer oder anderer wissenschaftlicher Fachbücher).

Die Erforderlichkeit von „Aktualisierungen“ könnte das Geschäftsmodell von Verlagen bei der Vermarktung von E-Books und ähnlichen digitalen Verlagsprodukten gefährden, namentlich durch die weitreichende Verpflichtung zur kostenlosen Bereitstellung von „Aktualisierungen“ von elektronischen Büchern (sogenannte E-Books) nach §§ 327 ff. BGB.

Eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext, dass sich die vorgesehene Verpflichtung zur Bereitstellung von „Aktualisierungen“ ausdrücklich nur auf vertraglich vereinbarte Aktualisierungen bezieht und nur solche vom Unternehmer geschuldet sind, wäre daher im Sinne einer Normenklarheit sinnvoll. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass im deutschen Schuldrecht vom „durchschnittlich vernünftigen Verbraucher“ ausgegangen werden kann, der – wie in Erwägungsgrund 51 der EU-Richtlinie 2019/770 gefordert – nur von der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegenden aktuellsten Version ausgehen kann, sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben

...

sowie vor dem Hintergrund, dass laut Gesetzesbegründung nur solche Aktualisierungen geschuldet sind, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit im Sinne des § 327d BGB erforderlich sind (vgl. Regierungsentwurf, Seite 63).

R 14. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327j Absatz 1, 2 BGB)

- a) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 327j Absatz 1 und 2 BGB im Interesse der Konsistenz der Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs enger auf die zwingenden Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen zurückgeführt werden sollte.
- b) Der Bundesrat bittet, eine etwaige Änderung von § 327j BGB auch in der Parallelvorschrift im Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags nachzuvollziehen.

Begründung:

1. In § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 BGB ist vorgesehen, dass die zweijährige Verjährungsfrist nach § 327j Absatz 1 BGB im Fall einer dauerhaften Bereitstellung mit dem Ende des Bereitstellungszeitraums beginnt. In § 327j Absatz 2 Satz 2 BGB ist weiter vorgesehen, dass die genannte Verjährungsfrist im Übrigen bei Ansprüchen aufgrund einer Verletzung der Aktualisierungspflicht mit dem Ende des Zeitraums beginnt, innerhalb dessen Aktualisierungen bereitzustellen sind.

Das führt zu teilweise außerordentlich langen Verjährungsfristen, die so von Artikel 11 der Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (im Folgenden: Richtlinie) nicht vorgegeben und auch in der Sache nicht angemessen sind. So ergibt sich beispielsweise bei einem digitalen Produkt, für welches der Verbraucher eine Aktualisierung über einen Zeitraum von fünf Jahren erwarten darf (bei einem Betriebssystem dürfte beispielsweise sogar ein längerer Zeitraum gelten, siehe Seite 64 der BR-Drucksache 60/21), eine Verjährungsfrist von Ansprüchen wegen Verletzungen der Aktualisierungspflicht von sieben Jahren, die auch dann gilt, wenn die in Rede stehende Verletzung der Aktualisierungspflicht bereits zeitnah nach der Bereitstellung erfolgte. Das führt im Hinblick auf die deutlich kürzere Verjährungsfrist etwa für kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei Sachen ohne digitale Elemente zu Wertungswidersprüchen. So dürfte schwer zu erklären sein, dass für den Käu-

...

fer eines Computerspiels im genannten Beispiel eine längere Verjährungsfrist gilt als für den Käufer einer Immobilie gemäß § 438 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe a, Absatz 2 BGB.

Eine denkbare Lösung wäre eine subjektive Bestimmung des Verjährungsbeginns unter gleichzeitiger Normierung einer kenntnisunabhängigen Höchstfrist nach dem Vorbild von § 199 Absatz 1, Absatz 3 Satz 1 Nummer 1 BGB. Durch die Anknüpfung des Verjährungsbeginns an die Kenntnis beziehungsweise grob fahrlässige Unkenntnis der den Anspruch begründenden Umstände würden einerseits unangemessen lange Verjährungsfristen vermieden und würde andererseits die Vereinbarkeit mit der Richtlinie sichergestellt. Dabei könnte hinsichtlich der kürzeren kenntnisabhängigen Verjährungsfrist in Anlehnung an § 438 Absatz 1 Nummer 3 BGB die zweijährige Frist gemäß § 327j Absatz 1 BGB beibehalten werden. Es könnte aber auch eine deutlich kürzere Frist (etwa: sechs Monate) gewählt werden, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Abwägung der Interessen von Unternehmern einerseits und Verbrauchern andererseits bereits durch die subjektive Bestimmung des Fristbeginns deutlich zugunsten der Verbraucher verschoben wird. Die dem Verbraucher gemäß Artikel 11 Absatz 2 und 3 der Richtlinie zu eröffnende Möglichkeit, die Abhilfen nach Artikel 14 der Richtlinie in Anspruch zu nehmen, wäre auch damit zweifelsohne gewährleistet.

Denkbar wäre auch, am objektiven Fristbeginn gemäß § 327j Absatz 2 BGB festzuhalten, jedoch in den Fällen des § 327j Absatz 2 Satz 1 Nummer 1, Satz 2 BGB die Verjährungsfrist deutlich (etwa: auf sechs Monate) zu verkürzen. Hierdurch würde eine einfache und rechtssichere Anwendung der Verjährungsvorschriften gewährleistet und zugleich die wertungsmäßig problematische Ungleichbehandlung von Ansprüchen wegen Verletzung der Aktualisierungspflicht einerseits und beispielsweise kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen bei Sachen ohne digitale Elemente andererseits zumindest abgemildert.

2. Die vorliegend beschriebene Problematik stellt sich gleichermaßen in Bezug auf den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, konkret den dort vorgesehenen § 475e Absatz 1 BGB. Eine etwaige Änderung von § 327j BGB müsste daher auch dort nachvollzogen werden.

#### AV 15. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327j Absatz 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 ist in § 327j Absatz 3 das Wort „zwei“ durch das Wort „drei“ zu ersetzen.

#### Begründung:

Die in § 327j Absatz 3 BGB vorgesehene Verlängerung der Verjährung um bis zu zwei Monate ist zu knapp bemessen. Um gemäß Erwägungsgrund 58 der Richtlinie (EU) 2019/770 sicherzustellen, dass Verbraucher ihre Rechte für

...

Vertragswidrigkeiten auch dann wahrnehmen können, wenn sich die Mängel erst am Ende des Gewährleistungszeitraums zeigen, ist eine Verlängerung auf mindestens drei Monate erforderlich. Gerade bei digitalen Produkten ist zu berücksichtigen, dass die Feststellung, ob eine Störung auf einen Mangel des Produkts oder andere Umstände zurückzuführen ist, nicht immer leicht zu treffen ist. Hinzu kommt, dass eine Kommunikation mit dem Anbieter zur Klärung der Ursachen und Abhilfen bei einer Störung im digitalen Bereich nicht immer ausreichend gewährleistet ist. Auch ist beim Erwerb digitaler Produkte über Vermittlungsplattformen, bei Paketverträgen oder verbundenen Verträgen für den Verbraucher nicht immer eindeutig erkennbar, wer der Vertragspartner ist. Dies kann die Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen erheblich erschweren.

AV 16. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327n Absatz 2 Satz 2 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 327n Absatz 2 Satz 2 die Wörter „nur anteilig für die Dauer der Mangelhaftigkeit“ durch die Wörter „für den Zeitraum, in dem das digitale Produkt nicht in vertragsgemäßem Zustand war,“ zu ersetzen.

Begründung:

Die Formulierung im Gesetzentwurf suggeriert, dass nach § 327n Absatz 2 Satz 2 der Minderungsanspruch nur zeitanteilig zu bemessen ist. Eine lediglich zeitanteilige Herabsetzung des Preises ist jedoch weder Artikel 14 Absatz 5 Unterabsatz 2 noch Erwägungsgrund 66 der Richtlinie (EU) 2019/770 zu entnehmen. Neben der Gefahr der Unionsrechtswidrigkeit erscheint eine generelle Beschränkung auf eine Preisminderung pro rata temporis auch nicht sachgerecht, wenn beispielsweise das digitale Produkt typischer Weise nur zu bestimmten Zeiten genutzt wird und gerade in diesen ausfällt.

R 17. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 4 ist in § 327p Absatz 2 Satz 2 Nummer 3 das Wort „aggregiert“ durch das Wort „verbunden“ und das Wort „disaggregiert“ durch die Wörter „von diesen getrennt“ zu ersetzen.

Begründung:

Es handelt sich um eine sprachliche Klarstellung, um die für Verbraucher eher unüblichen Begriffe „aggregiert“ und „disaggregiert“ zu vermeiden.

Bislang wird lediglich in der Einzelbegründung ausgeführt, dass das Wort „aggregiert“ hier „verbunden“ meint und „disaggregiert“ die Umkehr dieser Verbindung bedeutet.

...

R 18. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 327u Absatz 1, 4, 6 BGB),Nummer 11 (§ 578b Absatz 4 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob der Begriff „Vertriebspartner“ durch einen dem herkömmlichen Wortsinn entsprechenden Begriff ersetzt werden kann. Insoweit kommt etwa der Begriff „Lieferant des digitalen Produkts“ in Frage.

Begründung:

In § 327u Absatz 1 Satz 1 BGB wird der Vertragspartner des Unternehmers, der sich diesem gegenüber zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet hat, als „Vertriebspartner“ definiert. Der Begriff des Vertriebspartners erfasst indes nach dem herkömmlichen Wortsinn jemanden, der den Hersteller oder einen Zwischenhändler beim Vertrieb einer Ware unterstützt oder den Vertrieb für diesen übernimmt, mithin regelmäßig ein nachfolgendes, keinesfalls aber ein vorhergehendes Glied der Vertragskette. Dieses Verständnis gilt gerade auch im juristischen Kontext (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2020 – I ZR 147/18, GRUR 2020, 1306, Ls. 2; OLG Hamm, Urteil vom 21. April 2016 – 18 U 33/15, ZVertriebsR 2017, 167 Rn. 2; OLG München, Beschluss vom 20. März 2014 – 7 W 315/14, NJW-RR 2014, 887, 888; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 1 ProdHaftG Rn. 30). Dass der Begriff exakt das Gegenteil dessen ausdrückt, was im Regierungsentwurf gemeint ist, wird das Verständnis der Vorschrift in der Praxis unnötig erschweren.

Es sollte daher ein dem herkömmlichen Wortsinn entsprechender Begriff gewählt werden. Gut geeignet wäre insbesondere der Begriff „Lieferant des digitalen Produkts“. Da der Begriff des Lieferanten bereits in § 445a Absatz 1 BGB legaldefiniert ist, könnte erwogen werden, den bisherigen Begriff des Lieferanten im Sinne der §§ 445a, 445b, 478 BGB durch den Begriff „Warenlieferant“ zu ersetzen.

Wi 19. Zum Gesetzentwurf allgemein

- a) Der Bundesrat stellt fest, dass mit den zur Modernisierung des Verbraucherschutzes vorgelegten Gesetzesentwürfen (BR-Drucksachen 18/21, 56/21, 60/21 und 61/21) insgesamt 17 neue Informationspflichten für die Unternehmen in Deutschland angeordnet werden. Die Vielzahl der zusätzlichen Informationspflichten führt zusammengenommen zu einer hohen Belastung der Unternehmen, dies gilt insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen.

...

- b) Bei Vertragsschließungen erhalten Verbraucher bereits heute viele Informationen durch die anbietenden Unternehmen. Missverständnisse zwischen Verbraucher und Unternehmen beruhen vielfach nicht auf zu wenig Informationen, sondern darauf, dass die vielen unterschiedlichen Informationen beim Verbraucher nicht ausreichend gut ankommen. Der erhoffte Mehrwert, der sich aus diesen neuen Informationspflichten ergeben soll, wird daher in Frage gestellt. Stattdessen wären Vereinfachungen und Standardisierungen sinnvoll, um die Verbraucher gezielt über die tatsächlich wichtigen Vertragsbestandteile und Rechte zu informieren. Von Vereinfachungen und Standardisierungen können auch die Unternehmen, vor allem KMU, profitieren.
- c) Vor diesem Hintergrund bittet der Bundesrat im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass die Anforderungen des EU-Rechts 1:1 umgesetzt werden und keine darüber hinausgehenden Informationspflichten erlassen werden.
- d) Der Bundesrat bittet des Weiteren, die Einführung weiterer Informationspflichten kritisch zu prüfen und über neue Wege nachzudenken, wie Verbraucher gezielt über die tatsächlich wichtigen Vertragsbestandteile und Rechte informiert werden können.
- e) Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren Vereinfachungen und Standardisierungen der Informationspflichten zu prüfen, um die Verständlichkeit beim Verbraucher zu erhöhen und die Unternehmen zu entlasten.