



Ivo Bach

Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte

NJW 2019, 1705-1711

Knapp 20 Jahre nach der Verbrauchsgüterkauf-RL hat die EU zwei neue Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht in Kraft gesetzt: eine für den klassischen (analogen) Verbrauchsgüterkauf und eine für Verbraucherverträge über digitale Inhalte und Dienste. Beide enthalten – wie die alte Verbrauchsgüterkauf-RL – im Wesentlichen Regelungen zum Mangelbegriff und zu den Rechtsbehelfen des Verbrauchers. Das Potenzial, ähnliche Verwerfungen auszulösen wie die alte Verbrauchsgüterkauf-RL, haben sie wohl nicht; die eine oder andere Anpassung wird der BGB-Gesetzgeber jedoch angehen müssen.

I. Einführender Überblick

Von der großen Vision eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts, mit der die Europäische Kommission 2011 an die Öffentlichkeit trat,¹ sind nach acht Jahren Schrumpfungprozess gerade einmal zwei Richtlinienrudimente übrig geblieben: eines zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten des Warenkaufs² und eines zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.³ Beide Richtlinien gelten nur für Verbraucherverträge. Sie treten zum 11.6.2019 in Kraft und müssen anschließend innerhalb von zwei Jahren ins nationale Recht umgesetzt werden.

Die Warenkauf-RL (WKRL) erschöpft sich weitgehend in einer Aktualisierung und vor allem Konkretisierung der Verbrauchsgüterkauf-RL von 1999. Allerdings, das sei bereits an dieser Stelle erwähnt, weicht die neue Richtlinie in einem Punkt signifikant von der alten (und der dazu ergangenen *EuGH*-Rechtsprechung) ab: Sie gesteht dem Unternehmer nun ausdrücklich die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit zu (dazu unten VI).⁴ Die Digitale-Inhalte-und-Dienste-RL (DIDRL) leistet kaum mehr (aber natürlich auch nicht weniger), als das Rechtsbehelfsregime der WKRL auf alle (Verbraucher-)Verträge auszudehnen, deren Gegenstand digitaler Natur ist (unabhängig vom Vertragstyp; auch Verträge über digitale Dienstleistungen werden erfasst). Nur ganz vereinzelt enthält die DIDRL eigene, spezielle Regelungen, etwa hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Rücktritts. Demgegenüber enthält sie – obwohl Dauerschuldverhältnisse ausdrücklich erfassend – keine Regelung zur Vertragslaufzeit oder zu Kündigungsfristen.⁵

Beide Richtlinien sind von Natur aus vollharmonisierend, erlauben den Mitgliedstaaten also keinerlei Abweichungen, auch nicht zugunsten des Verbrauchers. Ausdrückliches Ziel: Rechtssicherheit für Unternehmer und Verbraucher. Jener soll sich beim grenzüberschreitenden Verkauf nicht auf unterschiedliche Regeln einstellen müssen, dieser soll sich darauf verlassen können, dass er im Rest Europas genauso gut geschützt

ist wie zu Hause (vgl. Erwägungsgründe 7 f. WKRL, Erwägungsgründe 4 ff. DIDRL). Diesem selbstgesteckten Ziel wird vor allem die WKRL allerdings nicht gerecht. Sie lässt an etlichen Stellen Ausnahmen zu, gestattet es den nationalen Gesetzgebern also, abweichende Regelungen zu treffen. Das gilt vor allem für die praktisch wichtige Frage, wie lange der Verbraucher in den Genuss einer Beweislastumkehr (hinsichtlich des Vorliegens eines Mangels bei Gefahrübergang) kommt und wie schnell er einen Mangel rügen muss. Sogar bei der Auslegung des Verbraucherbegriffs räumt die WKRL den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum ein (Stichwort: dual use; vgl. Erwägungsgrund 23 WKRL).

II. Erfasste Vertragstypen

1. Anwendungsbereiche der beiden Richtlinien

Die Anwendungsbereiche der beiden Richtlinien greifen nahtlos ineinander. Die WKRL umfasst alle klassischen Kaufverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher und beantwortet diesbezüglich ausdrücklich die alte Streitfrage,⁶ wann die Lieferung digitaler Inhalte als Kauf einzustufen ist: immer dann, wenn der digitale Inhalt im Zeitpunkt des Kaufs in einen körperlichen Gegenstand integriert ist (Art. 3 III 2 WKRL). Der Kauf eines Computers samt Software fällt also in den Anwendungsbereich der WKRL, der spätere, gesonderte Kauf einzelner Software-

[↑ NJW 2019, 1705 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1706 ↓](#)

anwendungen hingegen nicht, und zwar nicht einmal dann, wenn die Software auf einem Datenträger verkauft wird. Die hierzulande übliche Abgrenzung danach, ob die Software auf einem Datenträger verkörpert ist oder nicht, hat den europäischen Gesetzgeber also (*sit venia verbo*: Gott sei Dank) nicht überzeugt; unter der Richtlinie gilt Medienneutralität.⁷ Mehr noch: Nicht der Datenträger macht die Software zur Sache, sondern die Software den Datenträger zum digitalen Inhalt. Wird ein Datenträger nicht um seiner selbst Willen gekauft, sondern nur wegen der auf ihm verkörperten digitalen Inhalte, findet die Richtlinie keine Anwendung (Art. 3 IV Buchst. a WKRL).

Allerdings ist die Abgrenzungsfrage zwischen körperlich und digital künftig zumindest im Bereich des Kaufrechts weitgehend unerheblich: Die Lieferung digitaler Inhalte unterfällt (sofern nicht in einen körperlichen Gegenstand integriert) dem Regime der DIDRL, die wie gesagt ganz überwiegend die gleichen Regeln aufstellt wie die WKRL. Bedeutung könnte der Abgrenzung zwischen digital und körperlich jedoch im Zusammenhang mit anderen Vertragstypen zukommen: Wie eingangs angerissen, richtet sich der Anwendungsbereich der DIDRL nur nach dem Vertragsgegenstand (digital), nicht aber nach dem Vertragstyp. Umfasst ist neben dem klassischen Kaufszenario, also der dauerhaften Überlassung digitaler Inhalte, auch deren vorübergehende Überlassung; sie wird hierzulande zumeist als Fall der Miete qualifiziert.⁸ Umfasst sind zudem digitale Dienstleistungen wie etwa Access-Providing, Cloud-Services, soziale Medien etc., die – je nach konkretem Inhalt – auch als Werk⁻⁹ oder Dienstvertrag¹⁰ einzustufen sein können. In diese Bereiche (Miete, Werk- und Dienstvertrag) wird sich die Abgrenzungsfrage künftig verschieben: Für genuin digitale Miet- oder Dienstleistungsverhältnisse gelten die Vorgaben der DIDRL (und deren

nationale Umsetzungsregeln), für Miet- und Dienstleistungsverhältnisse, bei denen die Mietsache oder die Dienstleistung nicht digital ist, gelten sie nicht. Der Grenzbereich ist groß und grau.

Enthält ein Vertrag sowohl digitale als auch sonstige Inhalte, findet die DIDRL (nur) auf die digitalen Elemente Anwendung (Art. 3 VI DIDRL). Sie folgt diesbezüglich also der Kombinationstheorie.

Keine Anwendung findet die DIDRL auf unentgeltliche Verträge. Allerdings setzt sie kein „Geld-Entgelt“ voraus, sondern öffnet sich dem neuen Geschäftsmodell „Leistung gegen Daten“ (Art. 3 I 2 DIDRL). Voraussetzung ist jedoch, dass die Daten tatsächlich als Gegenleistung einzustufen sind. Das ist nur dann der Fall, wenn (und soweit) der Unternehmer die Daten nicht ohnehin benötigt, um seine vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten zu erfüllen. Ob sich das Geschäftsmodell „Leistung gegen Daten“ wird durchsetzen können, ist jedoch ohnehin unklar. Die Erfolgsaussichten hängen im Wesentlichen von der Frage ab, wie weit das Koppelungsverbot des Art. 7 IV DS-GVO reicht.¹¹ Danach ist eine Einwilligung nämlich als unfreiwillig (und dementsprechend als unwirksam) einzustufen, wenn von ihrer Erteilung die Erfüllung eines Vertrags abhängig ist. Genau das ist bei Verträgen, in denen der Kunde mit Daten bezahlt, aber gewissermaßen per definitionem der Fall: Die Einwilligung steht im Synallagma zur Leistung der anderen Partei; do ut des. Wenn deshalb die Einwilligung unwirksam ist und der Unternehmer die Daten folglich nicht verarbeiten darf, wird er sie auch nicht als Zahlungsmittel akzeptieren. Soll die DS-GVO diesem Geschäftsmodell nicht die Grundlage entziehen, müsste dort eine Ausnahme für Verträge gelten, in denen die Daten als Gegenleistung dienen.¹²

2. Umsetzungsbedarf und -möglichkeiten

Angesichts des vertragstypunabhängigen Anwendungsbereichs der DIDRL liegt die Frage nahe, ob auch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben die bisherige Systematik des BGB aufgeben und in Bezug auf digitale Inhalte nicht mehr nach Vertragstypen unterscheiden sollte. Wie erwähnt sieht die DIDRL nur wenige Sonderregeln für Digitales vor; ganz überwiegend übernimmt sie die Kaufrechtsregeln der WKRL. Vor diesem Hintergrund scheint es prima vista effizient, auch auf nationaler Ebene alles über einen Kamm zu scheren: § 453 BGB ließe sich um einen Absatz erweitern, der die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsregeln auf alle Verträge mit digitalem Inhalt ausdehnt. Dies hätte den zusätzlichen Charme, den Rechtsanwender von der undankbaren Aufgabe zu befreien, ein digitales Geschäftsmodell in das analoge BGB-Vertragstypenkorsett zu pressen.

Abgesehen von ästhetischen Skrupeln, die den deutschen Juristen bei der Idee einer vertragsgegenstandsbezogenen Kategorisierung nahezu zwangsläufig überkommen,¹³ dürften die Effizienzgewinne jedoch recht schnell verpuffen, wenn es um andere Aspekte als die Mängelgewährleistung geht, um Aspekte also, die in der DIDRL nicht geregelt sind. Das Kaufrecht mit seiner Ausrichtung auf eine einmalige Leistungserbringung wird für Dauerschuldverhältnisse, wie etwa Digitalverträge mit

einem dienst- oder mietvertraglichen Einschlag, kaum ein lückenloses Regelungskorsett gewährleisten können.¹⁴

III. Erfüllungsanspruch

Anders als die WKRL beschränkt sich die DIDRL nicht auf Fälle der *Schlechtleistung*, sondern regelt auch die Folgen einer *Nichtleistung*. Dafür wählt sie eine Konstruktion, die dem deutschen Juristen unnötig kompliziert vorkommen mag, die so aber auch im UN-Kaufrecht (CISG) vorgesehen ist: Der Erfüllungsanspruch ist als Rechtsbehelf für den Fall der Nichtleistung ausgestaltet (Art. 13 DIDRL). Dem wird sich das BGB sicher nicht anschließen müssen; die dogmatische Einstufung als Primär- oder als Sekundäranspruch zieht letztlich keine (richtlinienrelevanten) Konsequenzen nach sich.

Dass die WKRL auf eine Regelung zur Nichtleistung vollständig verzichtet, ist durchaus verwunderlich. Zwar enthält auch die alte Verbrauchsgüterkauf-RL diesbezüglich keine Regelungen, wohl aber die Verbraucherrechte-RL. Man hätte die Gelegenheit also zu einer Konsolidierung der kaufvertraglichen Regelungen nutzen können. Dies gilt umso mehr, als die Regelungen der Verbraucherrechte-RL unvollständig sind: Dort wird nur das nichtleistungsbedingte Rücktritts-

[↑ NJW 2019, 1706 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1707 ↓](#)

recht des Verbrauchers in den Blick genommen, ein Erfüllungsanspruch wird hingegen nicht normiert.

IV. Mangelbegriff

1. Überblick

Der schwerfällige, weil unnötig detaillierte Mangelbegriff der alten Verbrauchsgüterkauf-RL, wie er in § 434 I BGB umgesetzt ist, wird in den neuen Richtlinien nicht etwa auf ein höheres Abstraktionsniveau gehoben, sondern – ganz im Gegenteil – noch weiter ausdifferenziert. Ein Artikel mit vier Varianten widmet sich den subjektiven Anforderungen an die Beschaffenheit der Kaufsache (Art. 6 WKRL, Art. 7 DIDRL), ein weiterer Artikel mit vier weiteren Varianten regelt die objektiven Anforderungen (Art. 7 I WKRL, Art. 8 I DIDRL).¹⁵ Dass dabei (in beiden Richtlinien) auf Besonderheiten digitaler Inhalte Rücksicht genommen wurde (Interoperabilität, Kompatibilität, Zugänglichkeit etc.), erklärt die neue Komplexität allenfalls teilweise.¹⁶

Allerdings enthalten beide Richtlinien neben dem Wildwuchs an Detailbeschreibungen auch einige inhaltliche Neuerungen: Erstens stellt die Haltbarkeit einer Ware künftig eine objektive Anforderung dar (Art. 7 I Buchst. d und Erwägungsgrund 32 WKRL); zweitens muss der Unternehmer digitale Inhalte bzw. Dienste künftig über einen gewissen Zeitraum hinweg aktualisieren; drittens darf er (allerdings in recht beschränktem Umfang) nachträglich Modifikationen vornehmen; viertens ist er (wiederum: in beschränktem Umfang) für Fehler bei der Installation des digitalen Inhalts/Dienstes verantwortlich.

2. Haltbarkeit

Zur geschuldeten objektiven Beschaffenheit einer Ware gehört künftig auch deren Haltbarkeit (Art. 7 I lit. d WKRL). Die Ware muss also – ausweislich der Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 13 WKRL – die Fähigkeit besitzen, „ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten“. Hierin liegt letztlich ein Bruch mit der Grundregel, dass die Anforderungen an die Ware nur im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen müssen, wie sie an sich auch unter der WKRL gilt (Art. 10 I WKRL). Ob diese theoretisch gravierende Neuerung praktische Auswirkungen nach sich ziehen wird, bleibt abzuwarten; letztlich dürfte es auch diesbezüglich im Wesentlichen auf die Beweislastverteilung ankommen: Wenn die Kaufsache nach einiger Zeit nicht mehr ordnungsgemäß funktioniert, stellt dies nur dann einen Haltbarkeitsmangel dar, wenn der Funktionsverlust nicht auf eine unsachgemäße Verwendung zurückzuführen ist.

3. Aktualisierungspflicht

Noch etwas mehr als die bloße Haltbarkeit wird der Unternehmer künftig bei digitalen Inhalten (und Diensten) schulden: Er wird die Inhalte durch Aktualisierungen (Updates) vertragskonform halten müssen (Art. 7 III WKRL, Art. 8 II DIDRL). Das versteht sich für Software-Abonnements von selbst, gilt künftig aber nicht nur in solch mietähnlichen Dauerschuldverhältnissen, sondern auch in klassischen Kaufkonstellationen, also dann, wenn sich die vertragliche Pflicht an sich in einer einmaligen Lieferung des digitalen Inhalts erschöpft. Die Vertragsart spielt künftig nur für die Frage eine Rolle, über welchen Zeitraum sich die Updatepflicht erstreckt: Bei einem Dauerschuldverhältnis besteht sie während dessen Laufzeit; beim Kauf besteht sie so lange, wie der Käufer vernünftigerweise erwarten kann, mit Updates versorgt zu werden. Offener hätte man das Zeitmoment kaum definieren können. Die Erwägungsgründe enthalten eine Zweifelsregelung dahingehend, dass sich die Aktualisierungspflicht zumindest über denjenigen Zeitraum erstreckt, in dem der Unternehmer für Mängel haftet (Erwägungsgrund 31 WKRL, Erwägungsgrund 47 DIDRL), also zwei Jahre. Bei integrierter Software liegt es nahe, sich darüber hinaus an der durchschnittlichen Lebensdauer des körperlichen Gegenstands zu orientieren.

4. Modifikationsrecht

Will der Unternehmer eine veraltete Software-Version nicht länger mit einem Updatesupport versorgen, kann er dem Verbraucher unter Umständen eine neue Version der Software aufzwingen und dann die neue Version per Update mangelfrei halten: Art. 19 DIDRL gestattet es dem Unternehmer unter bestimmten Bedingungen, die digitalen Inhalte auch über das von der Updatepflicht erfasste Maß hinaus zu modifizieren (ergänze: ohne dass sie dadurch mangelhaft würden). Allerdings gilt Art. 19 DIDRL ausdrücklich nur für Dauerschuldverhältnisse; in der WKRL fehlt eine entsprechende Vorschrift völlig. Daraus muss wohl gefolgert werden, dass bei einer Einmallieferung von Software über die Updatepflicht hinaus kein Recht zur nachträglichen Modifikation besteht, und zwar mangels Disponibilität der Richtlinienvorschriften nicht einmal dann, wenn der Vertrag eine solche Modifikation ausdrücklich vorsieht.

Das mutet merkwürdig realitätsfern an. Es erscheint daher durchaus vorstellbar, dass der *EuGH* diesbezüglich eine großzügige Linie fahren wird, etwa indem er die modifizierte Version des digitalen Inhalts nur daraufhin prüft, ob sie als mangelhaft einzustufen gewesen wäre, hätte der Unternehmer sie von vornherein in der modifizierten Form zur Verfügung gestellt.

Auch bei Dauerschuldverhältnissen besteht das Modifikationsrecht nicht grenzenlos. So dürfen dem Verbraucher keine zusätzlichen Kosten entstehen; zudem muss er hinreichend über die Modifikationen informiert werden. Vor allem aber sind Modifikationen nur dann zulässig, wenn sie vertraglich vorgesehen sind. Führt die Modifikation zu (nicht unwesentlichen) Beeinträchtigungen aufseiten des Verbrauchers, steht diesem ein (30-tägiges) Rücktrittsrecht zu. Das gilt nicht, wenn der Unternehmer dem Verbraucher die Möglichkeit gewährt, die alte Version des digitalen Inhalts weiter zu nutzen. Über das Rücktrittsrecht oder die Möglichkeit zur Weiternutzung der alten Version muss der Verbraucher vorab informiert werden. Diese Informationspflicht ist – unnötig kompliziert – als Bedingung des Modifikationsrechts ausgestaltet.

5. Integration

Eine weitere Ergänzung des Anforderungskatalogs enthält Art. 9 DIDRL: Dort geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine fehlgeschlagene Integration des digitalen Inhalts in die digitale Umgebung des Verbrauchers einen Mangel darstellt. Die Antwort der Richtlinie lautet: zum einen dann, wenn die Integration in die Verantwortung des Unternehmers fällt, und zum anderen dann, wenn sie auf Unzulänglichkeiten in einer vom Unternehmer bereitgestellten Integrationsanweisung beruht. Letztlich gilt also dasselbe wie bei der Montage herkömmlicher Kaufsachen: Ein Mangel liegt vor, wenn der Verkäufer fehlerhaft montiert oder

[↑ NJW 2019, 1707 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1708 ↓](#)

wenn die Montageanleitung fehlerhaft ist (vgl. §§ 434 II 1 und 2 BGB). Im Regelfall installiert sich ein digitaler Inhalt automatisch beim Verbraucher, so dass die Integration in die Verantwortung des Unternehmers fällt.

Die Frage, inwiefern eine Integration überhaupt vertraglich geschuldet ist, in welche Umgebungen sich ein digitaler Inhalt also integrieren lassen muss, beantwortet Art. 9 DIDRL nicht. Es handelt sich letztlich um eine Frage nach der gewöhnlichen (oder vereinbarten) Beschaffenheit, für die der übliche Maßstab gilt (Art. 8 I bzw. Art. 7 I DIDRL).

Die WKRL enthält konsequenterweise keine Regelung zur Integration digitaler Inhalte und Dienste. Ihre Anwendbarkeit setzt schließlich voraus, dass der Inhalt/Dienst bereits in einen körperlichen Gegenstand integriert ist.

6. Negative Beschaffenheitsvereinbarung und Kenntnis des Mangels

Beide Richtlinien lassen ausdrücklich zu, dass die Parteien eine negative Beschaffenheitsvereinbarung treffen, also von objektiven Anforderungen an den Vertragsgegenstand nach unten abweichen. Die herrschende Literatur hatte dies – in

gewissem Umfang – auch schon unter der Verbrauchsgüterkauf-RL für zulässig befunden, obgleich es dort nicht vorgesehen war.¹⁷ Voraussetzung ist künftig, dass der Unternehmer den Verbraucher ausdrücklich davon in Kenntnis setzt, dass die Kaufsache hinter den objektiven Anforderungen zurückbleibt, und dass der Verbraucher ausdrücklich und gesondert seine Zustimmung erklärt (Art. 7 V WKRL, Art. 8 V DIDRL). Gewissermaßen als Kehrseite der Medaille entfällt künftig der in § 442 BGB umgesetzte Ausschluss der Mängelgewährleistung wegen Kenntnis des Käufers vom Mangel (Art. 2 III der alten Verbrauchsgüterkauf-RL).

V. Zeitpunkte und Fristen

1. Erkennbarkeit des Mangels und Verjährung

a) Regelung in der WKRL

Wie bisher soll der Unternehmer auch künftig nur für Mängel haften, die bereits bei Gefahrübergang bestehen. Neu ist diesbezüglich, dass die Haftung für versteckte Mängel zeitlich begrenzt wird: Der Mangel muss innerhalb von zwei Jahren nach Lieferung erkennbar werden (Art. 10 I 1 WKRL).

Die zweijährige Frist für die Mangelerkennung entspricht insofern der in Deutschland bestehenden Rechtslage, als hierzulande zwei Jahre nach Lieferung Verjährung eintritt, und zwar unabhängig davon, ob der Mangel bis dahin erkennbar geworden ist oder nicht (§ 438 I Nr. 3, II BGB). Hinsichtlich der Verjährung enthält die WKRL jedoch eine zusätzliche Regelung: Sie muss so bemessen sein, dass der Käufer seine Rechtsbehelfe hinsichtlich aller Mängel geltend machen kann, die in der oben genannten Frist (zwei Jahre ab Lieferung) erkennbar werden (Art. 10 IV WKRL). Das schließt es aus, die Verjährung selbst bereits zwei Jahre nach Lieferung eintreten zu lassen. Diesbezüglich wird der deutsche Gesetzgeber also nachzubessern haben. Um komplexe Regel-Ausnahme-Konstruktionen zu vermeiden, empfiehlt es sich, dem Muster der Richtlinie zu folgen und eine Kombination aus Erkennbarkeitsfrist und Verjährung vorzusehen: § 434 BGB müsste dafür um einen Absatz ergänzt werden, der für versteckte Mängel eine zweijährige Ausschlussfrist normiert; § 438 BGB müsste um eine Regelung ergänzt werden, wonach Verjährung frühestens sechs Monate nach Erkennbarkeit des Mangels eintritt.

b) Regelung in der DIDRL

Die DIDRL normiert erstaunlicherweise keine entsprechende Frist, binnen derer ein Mangel erkennbar geworden sein muss. Stattdessen enthält sie eine Öffnungsklausel für entsprechende nationale Regelungen (Art. 11 II 2 DIDRL). Zur Verjährung enthält die DIDRL dann jedoch wieder dieselbe Regelung wie die WKRL (Art. 11 II 3 DIDRL).

2. Beweislastumkehr

Für einen Mangel, der erst eine gewisse Zeit nach Lieferung erkennbar wird, gilt indes ohnehin, dass dem Käufer seine Rechtsbehelfe praktisch nur so lange offenstehen, wie er nicht beweisen muss, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag; dieser Beweis wird ihm nämlich nur im Ausnahmefall einmal gelingen. Entsprechend bedeutsam ist daher die Beweislastumkehr, die hierzulande in § 477 BGB umgesetzt

und bislang auf sechs Monate begrenzt ist. Künftig wird sie ein Jahr betragen müssen (Art. 11 I WKRL, Art. 12 II DIDRL).

Bemerkenswert (und bedauerlich) ist in diesem Zusammenhang, dass die WKRL den Mitgliedstaaten gestattet, die Beweislastumkehr auf zwei Jahre auszudehnen (Art. 11 II WKRL). Damit wird gerade in diesem zentralen Aspekt des Verbraucherschutzes keine Vollharmonisierung erreicht. Die DIDRL enthält hingegen keine entsprechende Öffnungsklausel (vgl. dazu Erwägungsgrund 11 DIDRL aE).

3. Rügefrist

Bemerkenswert ist eine weitere Öffnung der vollharmonisierenden Wirkung zugunsten mitgliedstaatlicher Alleingänge, die sich wiederum nur in der WKRL, nicht aber auch in der DIDRL findet: Dem Käufer darf eine Rügeobliegenheit auferlegt werden, nach deren Ablauf er all seine Rechtsbehelfe verliert (Art. 12 WKRL). Einzige Einschränkung: Die Frist muss mindestens zwei Monate betragen. Diese Möglichkeit war bereits in der alten Verbrauchsgüterkauf-RL vorgesehen (dort Art. 5 II); dass der deutsche Gesetzgeber von ihr Gebrauch macht, steht wohl nicht zu befürchten. Vorgesehen ist eine solche Rügefrist derzeit jedoch in insgesamt 16 Mitgliedstaaten.¹⁸

VI. Nacherfüllung

Die Regelung in der alten Verbrauchsgüterkauf-RL zum Nacherfüllungsanspruch hat dem deutschen Gesetzgeber bzw. den deutschen Gerichten in der Vergangenheit gleich drei Rügen vom *EuGH* eingebracht: Richtlinienwidrig war erstens die Pflicht des Käufers, für ausgetauschte mangelhafte Sachen Nutzungsersatz zu leisten (§ 439 IV BGB aF),¹⁹ zweitens die Möglichkeit des Verkäufers, sich auf eine absolute Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung zu berufen (§ 439 III 3 BGB aF)²⁰ und drittens der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs bei eingebauten Sachen.²¹ Alle drei Mängel sind inzwischen behoben, jeweils zunächst durch ein Provisorium des *BGH*²² und schließlich durch eine Gesetzesänderung.

[↑ NJW 2019, 1708 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1709 ↓](#)

Für den zweitgenannten Mangel, die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit, kann nun wieder alles zurück auf Anfang: Beide neuen Richtlinien sehen diese Einrede nun ausdrücklich vor (Art. 13 III WKRL; Art. 14 II DIDRL). Kriterien für die Unverhältnismäßigkeit sind dabei alle Umstände des Einzelfalls, inklusive dem Wert der Kaufsache (bzw. des digitalen Inhalts/Dienstes) in mangelfreiem Zustand und der Bedeutung des Mangels. Demgegenüber gilt weiterhin, dass der Käufer beim Austausch der Kaufsache nicht zum Nutzungsersatz verpflichtet ist (Art. 14 IV WKRL) und dass die Nacherfüllung bei bereits eingebauten Sachen deren Aus- und Wiedereinbau umfasst (Art. 14 III WKRL).

Eine weitere Streitfrage, die der *BGH* dem *EuGH* bislang aber erfolgreich vorenthalten hat,²³ betrifft den Erfüllungsort der Nacherfüllungspflicht. Die diesbezügliche Formulierung in der Richtlinie ist undeutlich und lückenhaft: Der Käufer muss die mangelhafte Sache bereitstellen, der Verkäufer sie auf seine Kosten zurücknehmen (Art. 14 II WKRL). Ein Ort wird nicht genannt; die Frage, wo der Verkäufer seinerseits

die Nacherfüllungsleistung zu erbringen hat, wird gar nicht erst adressiert. Das ist kein Versehen: Erwägungsgrund 56 stellt ausdrücklich klar, dass die Richtlinie keine Festlegung des Erfüllungsorts beabsichtigt, sondern dies dem nationalen Recht überlässt – eine weitere versteckte Öffnungsklausel.

VII. Rücktritt

In Sachen Rücktritt weisen die beiden Richtlinien viele Gemeinsamkeiten, aber auch einige signifikante Unterschiede auf: Zum einen enthält die DIDRL anders als die WKRL eine Regelung zum Rücktritt wegen Nichtleistung; zum anderen widmet sich die DIDRL ausführlich(er) den Folgen eines Rücktritts. Letzteres liegt in der Natur der Sache: Ein digitaler Inhalt lässt sich nicht im klassischen Sinne „zurückgeben“; dasselbe gilt (erst recht) für Daten, die der Unternehmer als Gegenleistung erhalten hat.

1. Rücktrittsgrund

a) Nichtleistung

Die DIDRL-Regelung zum Rücktritt wegen Nichtleistung ist knapp und vergleichsweise klar: Der Verbraucher soll dann zum Rücktritt berechtigt sein, wenn der Unternehmer es nach der Leistungsaufforderung des Verbrauchers versäumt, „die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen unverzüglich oder innerhalb einer ausdrücklich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten zusätzlichen Frist bereitzustellen“ (Art. 13 I DIDRL). Mit anderen Worten: Sofern die Parteien sich nicht vertraglich auf einen Nachfristmechanismus geeinigt haben, gilt künftig der zeitliche Maßstab der Unverzüglichkeit. Man wird davon ausgehen dürfen, dass der Begriff „unverzüglich“ (englisch: „without undue delay“) strengere Zeitvorgaben aufstellt als derjenige der „angemessenen Frist“, den § 323 BGB verwendet. Allerdings lässt sich § 323 BGB nicht ohne Weiteres zu Umsetzungszwecken verschärfen: Für den Rücktritt im Fall einer *Schlechtleistung* sehen nämlich sowohl die DIDRL als auch die WKRL nach wie vor den Zeithorizont der angemessenen Frist vor (dazu unten b), und auch Art. 18 II der Verbraucherrechte-RL verwendet diesen Begriff für den Fall der unterbliebenen *Warenlieferung*.

Neben diesem neuen Umsetzungsproblem besteht ein altbekanntes fort: Eine Fristsetzung, wie § 323 BGB sie dem Verbraucher abverlangt, steht nicht im Einklang mit der Richtlinie.²⁴ Erforderlich ist nur, dass der Verbraucher den Unternehmer darauf hinweist, dass dieser noch zu leisten habe. Letztlich hat der *BGH* dieses Problem aber längst dadurch entschärft, dass er die Anforderungen an eine „Fristsetzung“ nahezu auf Null heruntergeschraubt hat.²⁵

In zwei Fällen soll der Verbraucher künftig „sofort“ zurücktreten dürfen, also ohne abwarten zu müssen, ob der Unternehmer unverzüglich leistet: erstens dann, wenn der Unternehmer erklärt hat, nicht zu leisten (oder wenn sich dies aus den Umständen ergibt), und zweitens im Fall eines relativen Fixgeschäfts (Art. 13 II DIDRL). Diese beiden Gründe für einen sofortigen Rücktritt entsprechen denjenigen, die das deutsche Recht in § 323 II 2 Nr. 1 und 2 BGB vorsieht. Allenfalls zwei kleinere Anpassungen könnten hier nötig werden (wobei eine richtlinienkonforme Auslegung der bisherigen Regelungen durchaus möglich erscheint): Zum einen darf beim

Entbehrlichkeitsgrund der Erfüllungsverweigerung künftig wohl nicht mehr verlangt werden, dass Leistungsverweigerung ernsthaft und endgültig ausfällt; zum anderen verlangt die DIDRL beim Entbehrlichkeitsgrund des relativen Fixgeschäfts eine ausdrückliche oder konkludente Einigung der Parteien auf den Fixcharakter, wohingegen sich § 323 II Nr. 2 BGB bislang mit einer Mitteilung des Gläubigers (= Verbrauchers) begnügt.

b) Schlechtleistung

Die Voraussetzungen eines Rücktritts wegen Schlechtleistung sind in WKRL und DIDRL zwar (aus welchem Grund auch immer) nicht völlig wortlautidentisch ausgestaltet (Art. 13 IV WKRL; Art. 14 IV DIDRL); im Ergebnis bestehen aber wohl keine nennenswerten Unterschiede. Ein Rücktrittsrecht steht dem Verbraucher künftig in vier Fällen zu: erstens dann, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung nicht erbracht hat (gleichgültig aus welchem Grund, also auch dann, wenn ihm die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit zuzustand); zweitens dann, wenn der Mangel trotz Nacherfüllung wieder auftritt; drittens dann, wenn der Mangel so wesentlich ist, dass er einen sofortigen Rücktritt rechtfertigt, und viertens dann, wenn der Verkäufer die Nacherfüllung nicht innerhalb einer angemessenen Zeit und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer erbringen will oder kann.

Damit wird der Katalog möglicher Rücktrittsgründe gegenüber der Verbrauchsgüterkauf-RL um zweieinhalb Gründe erweitert, nämlich um die grundlos nicht erbrachte Nacherfüllung, die fehlgeschlagene Nacherfüllung und den wesentlichen Mangel. Diese Erweiterung beruht auf dem Ziel der Vollharmonisierung: Wenn es den Mitgliedstaaten nicht mehr möglich sein soll, dem Verbraucher weitere Rücktrittsgründe zuzugestehen, muss die Richtlinie selbst den vollständigen Katalog vorhalten.

Die drei neuen Rücktrittsgründe verdienen nähere Betrachtung, insbesondere deshalb, weil sie missverständlich formuliert sind.

Der Rücktrittsgrund der grundlos nicht erbrachten Nacherfüllung erweckt bei unbedarfter Lektüre den Eindruck, als könne der Verbraucher jederzeit zurücktreten, solange der Unternehmer die Nacherfüllung noch nicht (vollständig) erbracht hat. Dieser Eindruck täuscht, wie Erwägungsgrund 50 bestätigt. Stillschweigende Voraussetzung ist, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine hinreichende Möglichkeit zur Nacherfüllung gewährt hat. Warum diese Voraussetzung keinen Eingang in den Wortlaut der Norm gefunden hat, bleibt unverständlich, insbesondere vor dem Hinter-

[↑ NJW 2019, 1709 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1710 ↓](#)

grund, dass der ursprüngliche Kommissionsentwurf deutlich klarer formuliert war.²⁶

Der Rücktrittsgrund des fehlgeschlagenen Nacherfüllungsversuchs scheint bereits nach einem einzigen Versuch zu greifen: Art. 14 IV Buchst. c DIDRL formuliert im Singular („trotz des Versuchs des Unternehmers“; weniger deutlich allerdings die Formulierung in Art. 13 IV b WKRL). Auch hier enthalten die Erwägungsgründe jedoch eine überraschende Klarstellung, diesmal Erwägungsgrund 52 WKRL: Unter

Umständen müsse der Verbraucher einen weiteren Versuch hinnehmen, je nach Umständen des Einzelfalls. Je teurer (!) und komplexer die Sache ist, umso eher sei es gerechtfertigt, dem Unternehmer einen weiteren Versuch zuzugestehen. Auch komme es darauf an, inwieweit der Verbraucher dem Unternehmer noch zutrauen kann, den Mangel im zweiten Versuch zu beheben. Trotz dieser Auflockerung in den Erwägungsgründen wird § 440 S. 2 BGB wohl dahingehend anzupassen sein, dass die Nacherfüllung grundsätzlich nach *einem* erfolglosen Versuch als fehlgeschlagen gilt (und dass dies ausnahmsweise dann nicht der Fall ist, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalls etwas anderes ergibt).

Der Rücktrittsgrund des wesentlichen Mangels erweckt zunächst den Eindruck, als sei eine Annäherung an das UN-Kaufrecht beabsichtigt, das bei Schlechtleistungen ausschließlich die Wesentlichkeit des Mangels zum Maßstab des Rücktritts erhebt.²⁷ Das ist hier aber offensichtlich nicht gewollt. Vielmehr geht es darum, dem Verbraucher ausnahmsweise einen *sofortigen* Rücktritt zu gestatten, wenn der Mangel so wesentlich ist, dass der Verbraucher nicht darauf vertrauen kann, dass der Unternehmer ihn behebt (vgl. wiederum die Klarstellung in Erwägungsgrund 50 WKRL).

Wie bisher soll das Rücktrittsrecht ausgeschlossen sein, wenn der Mangel unerheblich ist. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt jedoch für digitale Inhalte, die der Verbraucher nicht mit Geld, sondern mit Daten bezahlt hat. Da in diesem Fall eine Minderung ausscheidet, soll der Rücktritt auch bei unerheblichen Mängeln möglich sein (Art. 14 VI DIDRL).

Die WKRL stellt es den Mitgliedstaaten frei, das Rücktrittsrecht für den Fall auszuschließen, dass der Käufer einen Beitrag zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache geleistet hat (Art. 13 VII WKRL); § 323 VI BGB bleibt damit richtlinienkonform. Die DIDRL enthält zwar keine entsprechende Öffnungsklausel; allerdings dürfte dies auf der Überlegung gründen, dass es bei digitalen Inhalten und Diensten außer in den ausdrücklich geregelten Fällen (bspw. digitale Umgebung) kaum jemals zu einer Mangelmitverursachung durch den Verbraucher kommen dürfte.

c) Nachträgliche Modifikation

Bei Dauerschuldverhältnissen begründet eine nachträgliche Modifikation des digitalen Inhalts dann ein Rücktrittsrecht, wenn sie die Nutzungsmöglichkeit jenes digitalen Inhalts mehr als unwesentlich beeinträchtigt (s. o. IV 4).

2. Rücktrittsfolgen

Am deutlichsten unterscheiden sich die beiden Richtlinien in ihren Regeln zu den Folgen eines Rücktritts. Während die WKRL nur ein Regelungsrudiment enthält, widmet sich die DIDRL ausführlich den nachvertraglichen Pflichten der Parteien.

a) Regelung in der WKRL

Die Vorgaben der WKRL erschöpfen sich weitgehend in Selbstverständlichem: Der Käufer muss die Kaufsache zurückgeben und der Verkäufer das Geld. Einzig zwei Kleinigkeiten werden ergänzt: Der Verkäufer trägt die Kosten für die Rückgabe der

Sache und der Käufer ist im Rückgewährverhältnis vorleistungspflichtig (Art. 16 III WKRL).

Ungeregt bleibt die Frage, ob (und wenn ja: inwieweit) der Käufer Wertersatz für die gezogenen Nutzungen und/oder den eingetretenen Wertverlust der Kaufsache zu leisten hat. Diese Fragen sind hochkomplex; es verwundert daher wenig, dass sie in der neuen Richtlinie ebenso wenig adressiert werden wie in der alten, sondern stattdessen der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten anheimgestellt werden. Verwunderung löst indes der Umstand aus, dass sich eine entsprechende Öffnungsklausel nicht etwa im Normtext findet, sondern ausschließlich in den Erwägungsgründen (Erwägungsgründe 18 und 60 WKRL). Auch das war in der alten Richtlinie jedoch schon genauso.

b) Regelung in der DIDRL

aa) Rückgewähr des digitalen Inhalts

Ein Vertrag über digitale Inhalte lässt sich nicht sinnvoll durch eine einfache Rückgabe des Vertragsgegenstands rückabwickeln. Digitale Inhalte können grenzenlos und ohne Qualitätsverlust kopiert werden. Dementsprechend hat einerseits der Verkäufer kein Interesse an einem Rückerhalt; andererseits wird der Käufer durch eine Rückgabe nicht der Möglichkeit beraubt, die Inhalte weiter zu nutzen. Dementsprechend ordnet die DIDRL (nur) an, dass der Verbraucher den digitalen Inhalt nicht weiter nutzen und nicht weitergeben darf (Art. 17 DIDRL). Einzig für den Fall, dass ihm der digitale Inhalt auf einem Datenträger zur Verfügung gestellt wurde, wird der Verbraucher mit einer echten Rückgewährpflicht belegt – auch hier allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Unternehmer dies binnen 14 Tagen verlangt (Art. 17 II DIDRL).

bb) Rückgewähr des Entgelts/Nutzungersatz

Besteht die Gegenleistung des Verbrauchers in der Zahlung eines Geldbetrags, so muss der Unternehmer ihm diesen Betrag zurückerstatten. Bei Dauerschuldverhältnissen gilt die Rückzahlungspflicht anteilig für denjenigen Zeitraum, in dem der digitale Inhalt mangelhaft war (Art. 16 I 2 DIDRL). Auf den Zeitpunkt des Rücktritts kommt es dabei nicht an. Der Rücktritt wirkt bei Dauerschuldverhältnissen also weder ex nunc noch ex tunc; vielmehr wirkt er auf den Zeitpunkt zurück, in dem der Mangel entstanden ist. Eine Ausnahme für versteckte Mängel ist nicht vorgesehen; die Rückwirkung zielt also wohl selbst dann auf den Zeitpunkt der Mangelentstehung, wenn der Mangel erst später erkennbar wurde, der Verbraucher den (unerkannt mangelhaften) digitalen Inhalt also eine Zeitlang ohne Probleme genutzt hat. Dasselbe gilt übrigens auch bei Verträgen über eine einmalige Leistungserbringung: Die Nutzung eines mangelhaften digitalen Inhalts muss der Verbraucher nicht bezahlen (Art. 17 III DIDRL).

Diese Regelung ist zwar insofern charmant, als sie den Rechtsanwender von der Last befreit, die Nutzung eines mangelhaften digitalen Inhalts in Geld bemessen zu müssen. Erreicht wird diese Vereinfachung allerdings um den Preis einer gewissen Unwucht: Der Unternehmer, der mangelhaft leistet, läuft Gefahr, letztlich kostenlos zu leisten.²⁸ De lege lata ist diese gesetzgeberische Entscheidung aber hinzunehmen. Das

ausdifferenzierte Rücktrittsfolgenrecht des § 346 BGB wird man dementsprechend künftig nicht (mehr) auf

[↑ NJW 2019, 1710 ↑](#)

[↓ NJW 2019, 1711 ↓](#)

digitale Inhalte anwenden können (bzw. genauer: man wird es nur auf solche digitalen Inhalte anwenden können, die in einen körperlichen Gegenstand integriert sind; dann gilt die WKRL mit ihrer oben erwähnten Öffnungsklausel).

cc) Umgang mit persönlichen Daten des Verbrauchers

Hat der Verbraucher mit persönlichen Daten bezahlt, so scheidet eine Rückgabe ebenso aus wie bei der digitalen Leistung selbst. Statt selbst ein Nutzungs- und Weitergabeverbot zu normieren, verweist Art. 16 II DIDRL auf die Regelungen der DS-GVO. Wenn man die Rücktrittserklärung als konkludenten Widerruf der Einwilligung in die Datenverarbeitung ansieht, gilt danach – grob skizziert – Folgendes: Der Verantwortliche verliert (ex nunc) die Berechtigung zur weiteren Datenverarbeitung (Art. 7 III 2 DS-GVO), und dem Betroffenen steht ein Anspruch auf Löschung der personenbezogenen Daten zu (Art. 17 I Buchst. b DS-GVO). Für den Zeitraum, in dem er die Daten des Verbrauchers nutzen konnte, schuldet der Unternehmer keinen Nutzungersatz. Zumindest bei „Leistung-gegen-Daten-Geschäften“ kommt es insofern also zu einer Gleichbehandlung von Unternehmer und Verbraucher.

dd) Umgang mit anderen digitalen Inhalten des Verbrauchers

Hat der Verbraucher im Zuge der Nutzung des digitalen Inhalts oder Dienstes eigene digitale Inhalte zur Verfügung gestellt (zB Fotos, Texte) oder gar selbst hergestellt (zB Grafiken etc.), so darf der Rücktritt nicht dazu führen, dass er diese Inhalte verliert: Der Unternehmer ist verpflichtet, sie dem Verbraucher für einen angemessenen Zeitraum und in einem üblichen Format zur Verfügung zu stellen (Art. 16 IV DIDRL). Eine Ausnahme gilt, grob gesagt, in denjenigen Fällen, in denen der Verbraucher kein schützenswertes Interesse an den betreffenden Inhalten hat und/oder ihre Herausgabe mit unzumutbaren Schwierigkeiten für den Unternehmer verbunden wäre. An einem schützenswerten Interesse des Verbrauchers fehlt es etwa dann, wenn er die Inhalte ohnehin nur in Verbindung mit der Leistung des Unternehmers sinnvoll nutzen kann.

Selbstverständlich darf der Unternehmer die Inhalte des Verbrauchers nicht selbst (weiter-)nutzen (Art. 16 III DIDRL). Wiederum gilt eine Ausnahme für solche Fälle, in denen der Unternehmer ein schützenswertes Interesse an der Nutzung der Inhalte hat und keine schützenswerten Verbraucherinteressen entgegenstehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Inhalte des Verbrauchers untrennbar mit Inhalten des Unternehmers verbunden sind oder wenn sie zusammen mit Dritten generiert wurden, die sie noch (über den Unternehmer) nutzen.

VIII. Einige abschließende Bemerkungen

1. Qualität der Richtlinien

Parturient montes, nascetur ridiculus mus. Von dem Großprojekt eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ist nicht mehr übrig geblieben als eine nahezu inhaltsleere

Aktualisierung der Verbrauchsgüterkauf-RL plus Erweiterung ihrer Regeln auf Geschäfte mit digitalem Inhalt. Mehr kann man in Zeiten eines Brexit, diverser weiterer Exit-Überlegungen und ganz allgemein wachsender Nationalisierungstendenzen wohl nicht erwarten. Immerhin: Mit den Regeln zur Updatepflicht und zur Rückabwicklung digitaler Leistungen enthalten die Richtlinien zumindest zwei wichtige Impulse.

Das wiegt die riesigen Lücken, die zwischen den Regelungsinself klaffen, jedoch bei Weitem nicht auf. Bedauerlich ist insbesondere, dass die DIDRL keine Regeln zur Vertragslaufzeit und zu Kündigungsfristen enthält; immerhin haben diese Fragen eine enorme praktische Bedeutung.²⁹ Daran, dass Schadensersatzansprüche in nationaler Regelungskompetenz verbleiben, hat man sich ja schon fast gewöhnt. Zudem wird die ohnehin geringe Regelungsharmonie durch zahlreiche Öffnungsklauseln weiter verwässert. Diejenige zum Zeitraum der Beweislastumkehr bildet da nur die traurige Spitze des Eisbergs. Unter Wasser lauert – für den Verbraucher tückisch – die Öffnungsklausel zur Rügeobliegenheit. Kaum verständlich ist es auch, wenn die Pflicht des Verbrauchers zum Nutzungsersatz für manche Fallgestaltungen geregelt wird (Ersatzlieferung beim Warenkauf, Rücktritt bei digitalen Inhalten), für andere Konstellationen jedoch in die nationale Obhut fallen soll (Rücktritt beim Warenkauf).

Auch in rechtsetzungstechnischer Hinsicht bieten die beiden Richtlinien wenig Grund zur Begeisterung. Die Normtexte sind trotz detailversessener Ausführlichkeit oftmals so unklar, dass nur ein Blick in die noch ausführlicheren Erwägungsgründe hilft. Mitunter scheinen die Erwägungsgründe den Normtext sogar geradezu richtigstellen zu wollen. Die Öffnungsklausel zugunsten des Ortes der Nacherfüllung findet sich schließlich gar nicht im Normtext selbst, sondern ausschließlich in Erwägungsgrund 56 WKRL.

2. Umsetzungsbedarf

Angesichts der geringen Reformatiefe kommt auf den nationalen Umsetzungsgesetzgeber vergleichsweise wenig Arbeit zu. Vieles lässt sich im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bereits in das geltende Recht hineininterpretieren. Einige Gesetzesänderungen werden aber natürlich erforderlich sein. Sie können – müssen aber nicht – auf Verbraucherverträge beschränkt werden. Insbesondere muss der Zeitraum der Beweislastumkehr in § 477 BGB verlängert werden, ebenso die Verjährungsfrist in § 438 BGB. Die gerade frisch eingeschränkte Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit kann (und muss) wieder auf Verbraucherverträge ausgedehnt werden. Umgekehrt ist § 442 BGB auf Nicht-Verbrauchergeschäfte zu beschränken (oder ganz zu streichen). Allen ästhetischen Bauchschmerzen zum Trotz sollte der Gesetzgeber die neuen Regeln zum Mangelbegriff übernehmen; die Rechtsklarheit gebietet es. Zwingend ergänzt werden muss das (objektive) Erfordernis der Haltbarkeit. Hinzu kommen einige wenige Ergänzungen bei den Rücktrittsgründen sowie vor allem eine Ergänzung der Rücktrittsfolgen um die digitale Rückabwicklung.

Einen Systembruch erfordert nur die Umsetzung der Updatepflicht. § 434 BGB wird wohl dahingehend geändert werden müssen, dass digitale Inhalte nicht mehr nur bei Gefahrübergang vertragskonform sein, sondern auch darüber hinaus vertragskonform gehalten werden müssen (wobei sich die Anforderungen an die Vertragskonformität

im Laufe der Zeit ändern können). Den Zeitraum, in dem der Verkäufer Updates bereitstellen muss, sollte der deutsche Gesetzgeber ebenso wenig konkretisieren wie die Richtlinie es tut. Jede Konkretisierung birgt die Gefahr, dass der *EuGH* es anders sieht – und die deutsche Regelung dementsprechend richtlinienwidrig wird. Schließlich wird sich der deutsche Gesetzgeber Gedanken darüber machen müssen, wie sich die vertragsgegenstandsbezogenen Vorgaben der DIDRL effizient in das vertragsstypenorientierte Regelungsgefüge des BGB integrieren lassen.

¹ KOM(2011) 635.

² RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 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.

³ RL (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136, 1.

⁴ Vgl. zur alten Richtlinie *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:396 = NJW 2011, 2269 – Weber/Putz.

⁵ Anders noch der Kommissionsentwurf, KOM(2015) 634, dort. Art. 16.

⁶ S. zum deutschen Recht etwa *BGH*, NJW 2007, 2394; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 278 ff.

⁷ Vgl. zum Gebot der Medienneutralität bereits *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT, A 12.

⁸ *BGH*, NJW 2007, 2394; BeckOGK/H. *Schmidt*, 1.4.2019, § 535 BGB Rn. 244; eher zur Pacht tendierend *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017, 201 (205 f.).

⁹ Vgl. *BGHZ* 184, 345 = NJW 2010, 1449.

¹⁰ Vgl. *BGH*, NJW 2005, 2076.

¹¹ Vgl. *Schantz*, NJW 2016, 1841 (1845).

¹² So etwa *Frenzel* in *Paal/Pauly*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 21; *Klement* in *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 60 f.

¹³ Krit. auch *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT, A 15.

¹⁴ Ausf. dazu *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT, A 59 f.

¹⁵ Zu den Verkehrserwartungen *Baier/Sänn* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 139 ff.

¹⁶ Krit. auch *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT, A 44: Kein „Gewinn an Präzision“.

¹⁷ S. nur BeckOK BGB/*Faust*, Stand 1.11.2018, § 476 Rn. 15 ff.; MüKoBGB/*Lorenz*, 7. Aufl. 2016, § 475 Rn. 9 ff.

¹⁸ KOM(2007) 210, 10.

¹⁹ *EuGH*, ECLI:EU:C:2008:231 = NJW 2008, 1433 – Quelle.

²⁰ *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:396 = NJW 2011, 2269 – Weber/Putz.

²¹ Nochmal *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:396 = NJW 2011, 2269 – Weber/Putz.

²² *BGHZ* 179, 27 = NJW 2009, 427 – Quelle; *BGHZ* 192, 148 = NJW 2012, 1073 – Weber/Putz.

²³ *BGHZ* 189, 196 = NJW 2011, 2278 – Faltanhänger.

²⁴ Zum Verstoß des Fristsetzungserfordernisses gegen die Verbrauchsgüterkauf-RL vgl. MüKoBGB/*Ernst*, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 51.

²⁵ Grdl. *BGH*, NJW 2009, 3153; dazu *Faust*, JZ 2010, 202.

²⁶ KOM (2015) 635, dort Art. 9 III Buchst. b.

²⁷ Dazu *MüKoBGB/Huber*, 7. Aufl. 2016, Art. 49 CISG Rn. 17.

²⁸ Krit. auch *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT, A 51.

²⁹ *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT, A 56.