



Usually
unusual.

Orth Kluth Newsletter IP/IT

Neue gesetzliche Vorschriften für digitale Produkte

Die Nutzung digitaler Produkte ist aus dem Alltag vieler Verbraucher nicht mehr wegzudenken. Doch obwohl digitale Produkte seit einiger Zeit wie selbstverständlich sind, gab es bislang keine spezifischen gesetzlichen **Vorschriften für Verbraucherverträge über digitale Produkte**, weder in Deutschland noch auf Ebene der EU.

Ein zentrales Ziel der EU im Rahmen der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt ist die Beseitigung von Hindernissen für die Entwicklung des grenzüberschreitenden elektronischen Handels (E-Commerce). Zu diesem Zweck hat die EU bereits im Jahr 2019 zwei sich ergänzende Richtlinien erlassen: die Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (**sog. „Warenkauf-Richtlinie“**) sowie die

Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (**sog. „Digitale Inhalte-Richtlinie“**).

Zentrales Anliegen der Digitale Inhalte-Richtlinie ist die Harmonisierung der wesentlichen vertragsrechtlichen Vorschriften betreffend Verbraucherverträge über digitale Produkte. Zur Umsetzung dieser Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber umfangreiche Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) vorgenommen.

Die neuen Vorschriften fokussieren sich auf B2C-Geschäfte und treten zum **01. Januar 2022** in Kraft.



Die neuen Vorschriften sind für eine Vielzahl unterschiedlicher Vertragsarten sowie Sachverhalte relevant und betreffen **Hersteller, Anbieter, Vermittler (insb. Plattformbetreiber) und Nutzer** digitaler Produkte. Für Unternehmen ergibt sich insbesondere eine Erforderlichkeit zur **Anpassung von Verträgen, Geschäfts- sowie Nutzungsbedingungen**.

Nachfolgend sollen die **wesentlichen gesetzlichen Neuerungen** und die (möglichen) Folgen der Novellierung übersichtlich dargestellt werden.

Im Fokus: Digitale Produkte

Mit den neuen gesetzlichen Vorschriften zu vertragsrechtlichen Aspekten digitaler Produkte (**§§ 327 ff. BGB-neu**) sollen insbesondere **drei wesentliche Aspekte** geregelt werden:

- Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte
- Abhilferechte der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit oder Nicht-Bereitstellung digitaler Produkte
- Änderungen digitaler Produkte während der Vertragslaufzeit

Die Rechtsnatur der jeweiligen Verträge soll unberührt bleiben. Die neuen Vorschriften enthalten keine Vorgaben dafür, ob Verträge beispielsweise als Kauf-, Dienstleistungs- oder Mietvertrag zu qualifizieren sind. Abweichende Vereinbarungen in Bezug auf die Regelungsgehalte der neuen Vorschriften sind nur eingeschränkt zulässig

Die neu eingeführten Vorschriften der §§ 327 ff. BGB-neu gelten unmittelbar für **Verbraucherverträge**, also Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern und Verbrauchern (**B2C**). Im Rahmen von Rückgriffsansprüchen und Lieferverträgen können sich jedoch auch Auswirkungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr (**B2B**) ergeben.

Die Vorschriften über Verbraucherverträge (vgl. § 310 Abs. 3 BGB) finden zukünftig insgesamt, also unabhängig von Verträgen über digitale Produkte, auch dann ausdrücklich Anwendung, wenn Verbraucher dem Unternehmer anstelle oder neben einem Entgelt personenbezogene Daten als Gegenleistung bereitstellen oder sich dazu verpflichten („**Bezahlen mit Daten**“).

Die neuen Vorschriften sind auch auf gemischte Verträge („Paketverträge“) sowie Verträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, anwendbar, wobei die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB-neu nur auf diejenigen Vertragsteile Anwendung finden, welche die digitalen Produkte betreffen.

Hinsichtlich Kaufverträgen über „**Waren mit digitalen Elementen**“ gelten die §§ 327 ff. BGB-neu jedoch nicht. Insoweit finden ab dem 01. Januar 2022 vielmehr

die speziellen Vorschriften des Kaufvertragsrechts, einschließlich der durch die **Warenkauf-Richtlinie** neu eingeführten Vorschriften (§§ 475b ff. BGB-neu), Anwendung. In diesen und weiteren Fällen werden sich zukünftig wohl vermehrt **Abgrenzungsfragen** hinsichtlich des konkret anwendbaren Rechts ergeben.

Im Fokus der neuen Vorschriften steht der **Begriff der „digitalen Produkte“** als Oberbegriff für „digitale Inhalte“ sowie „digitale Dienstleistungen“.

Eine Definition der digitalen Inhalte fand sich bislang bereits in § 312f Abs. 3 BGB. Zukünftig werden **digitale Inhalte** definiert als Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Anders als der Begriff „Inhalte“ vermuten lässt, soll es nach der Definition allein auf das Vorhandensein von Daten in digitaler Form ankommen; der Inhalt der Daten ist unerheblich. Digitale Inhalte können demnach beispielsweise Computerprogramme, Video- oder Audiodateien, elektronische Bücher („E-Books“) oder andere elektronische Publikationen sein.

Der Begriff der **digitalen Dienstleistungen** ist gänzlich neu und soll gemäß der Gesetzesbegründung weit zu verstehen sein, um einen möglichst großen Anwendungsbereich der neuen Vorschriften zu gewährleisten und Umgehungen dieser zu vermeiden. Digitale Dienstleistungen werden einerseits definiert als Dienste, die Verbrauchern die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugang zu ihnen ermöglichen (z.B. Cloud-Dienste, Software-as-a-Service, Onlinespiele).

Daneben beziehen sich digitale Dienstleistungen auf Dienste, die Verbrauchern eine gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher selbst oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen (z.B. soziale Netzwerke, Verkaufs- Vergleichs- oder Bewertungsplattformen).

Keine Anwendung finden die neuen Vorschriften ausnahmsweise auf Verträge über Glücksspieldienstleistungen, Finanzdienstleistungen (Stichwort „FinTechs“) oder Verträge über die Bereitstellung von Software, für die der Verbraucher keinen Preis zahlt und die der Unternehmer im Rahmen einer freien und quelloffenen Lizenz anbietet, wie z.B. Open Source Software.



Bereitstellung – wann & wie?

Sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist, müssen digitale Produkte unverzüglich nach Vertragsschluss bereitgestellt werden. Die **Bereitstellung digitaler Produkte** ist erfolgt, sobald das digitale Produkt selbst oder ein geeignetes Mittel für den Zugang zu diesem dem

Verbraucher zugänglich gemacht worden ist

(z.B. durch Bereitstellung von Login-Daten für eine Plattform oder eines Download-Links).

Die Bereitstellung digitaler Produkte kann auch mittels einer vom Verbraucher bestimmten Einrichtung erfolgen (z.B. Cloud-Speicher). Vom Unternehmer bestimmte oder mit diesem vertraglich verbundene Einrichtungen könnten insoweit nicht ausreichend sein, sodass unter Umständen keine Erfüllungswirkung eintreten würde.

Die **Beweislast** für die tatsächliche, ordnungsgemäße Bereitstellung trägt der Unternehmer.

Kommt der Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts auf Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich nach, stehen den Verbrauchern diverse Rechte zu. Insbesondere können Verbraucher den **Vertrag beenden**. Unter Umständen können sie auch Schadensersatz und den Ersatz vergeblicher Aufwendungen fordern. Bei „Paketverträgen“ kann gegebenenfalls sogar ein kompletter Vertrag beendet werden.

Produkt- und Rechtsmängel

Digitale Produkte müssen, wie beispielsweise auch Sachen bei Kaufverträgen, **frei von Produkt- und Rechtsmängeln** bereitgestellt werden. Insbesondere Rechtsmängel sind in Bezug auf digitale Produkte zu befürchten, sofern Dritte eigene Rechte an den digitalen Produkten halten.

Durch die neuen Vorschriften ergibt sich eine **gesetzsystematische Besonderheit**, als dass mit diesen nunmehr ein Mängelgewährleistungsrecht unmittelbar im allgemeinen Schuldrecht besteht. Bislang waren solche Regelungen den Vorschriften zu den jeweiligen Schuldverhältnissen (z.B. Kaufrecht, Werkvertragsrecht) vorbehalten.

Für digitale Produkte gibt es ein **vertragstypübergreifendes Gewährleistungsrecht**

Hinsichtlich Kaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen stellt § 327a Abs. 3 BGB-neu klar, dass insoweit das speziellere Kaufvertragsrecht Anwendung findet. Zukünftig könnten sich vermehrt **Abgrenzungsfragen** in Bezug auf die jeweils anwendbaren **Mängelgewährleistungsrechte** ergeben.

Produktmängel sind anzunehmen, sofern ein digitales Produkt zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht subjektiven und objektiven Anforderungen sowie Anforderungen an die Integration entspricht. Digitale Produkte sind nur vertragsgemäß, sofern sämtliche Anforderungen **kumulativ** eingehalten werden. Insoweit ergibt sich eine Parallele zur Neufassung der gesetzlichen Regelung des Sachmangels im Kaufrecht (§ 434 BGB-neu).

Ein digitales Produkt erfüllt die **subjektiven Anforderungen**, sofern es (neben weiteren Anforderungen) insbesondere die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit hat und vereinbarte Aktualisierungen

bereitgestellt werden. Im Rahmen der Beschaffenheit sind Anforderungen der Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität maßgeblich.

Die **objektiven Anforderungen** erfüllt ein digitales Produkt, wenn es sich (neben weiteren Anforderungen) insbesondere für die gewöhnliche Verwendung eignet und die Beschaffenheit aufweist, die der Verbraucher bei digitalen Produkten derselben Art erwarten kann. Außerdem muss ein digitales Produkt grundsätzlich in der neuesten verfügbaren Version bereitgestellt werden, sofern diesbezüglich nichts Abweichendes vereinbart ist.

„Update-Pflicht“

Digitale Produkte müssen vertragsgemäß & sicher bleiben

„Update-Pflicht“

Eine wesentliche Neuerung ist, dass Verbrauchern während des maßgeblichen Zeitraums insbesondere Aktualisierungen für das digitale Produkt bereitgestellt werden müssen („**Update-Pflicht**“, § 327f BGB-neu). Die Update-Pflicht gilt nicht nur für Dauerschuldverhältnisse, sondern auch für solche Verträge, die sich grundsätzlich auf eine einmalige Bereitstellung eines digitalen Produkts richten. Unter Umständen kann sich die Update-Pflicht zukünftig auf den Zeitraum der üblichen Nutzungs- und Verwendungsdauer des digitalen Produkts und somit auf einen recht unbestimmten Zeitraum erstrecken.



Durch die Update-Pflicht muss der „vertragsgemäße Zustand“ eines digitalen Produkts gewährleistet werden (z.B. durch Sicherheitsupdates). Die Update-Pflicht zielt grundsätzlich nicht auf eine weitere Verbesserung der digitalen Produkte ab. Es ist absehbar, dass sich aufgrund dieser Neuerung zukünftig viele, zum jetzigen Zeitpunkt noch **offene Fragen** ergeben werden.

Zuletzt müssen außerdem **Anforderungen an die Integration** eingehalten werden, damit digitale Produkte den objektiven Anforderungen entsprechen und vertragsgemäß sind. Digitale Produkte müssen demnach gegebenenfalls so beschaffen sein, dass eine Verbindung eines digitalen Produkts mit der „digitalen Umgebung“ der Verbraucher (z.B. Hardware, Software) möglich ist.

Verbraucherrechte bei Mängeln

Weisen digitale Produkte zum maßgeblichen Zeitpunkt Produkt- oder Rechtsmängel auf, können Verbraucher **Nacherfüllung** oder unter Umständen **Schadens- und Aufwendungsersatz** verlangen.

Außerdem können sie einen Vertrag gegebenenfalls **kündigen** oder den gezahlten Preis **mindern**. Im Falle des „Bezahlens mit Daten“ kann ein Vertrag auch gekündigt werden, sofern ein digitales Produkt nur einen unerheblichen Mangel aufweist.

Zeigt sich bei einem digitalen Produkt innerhalb eines Jahres seit seiner Bereitstellung ein Mangel, so wird grundsätzlich vermutet, dass das digitale Produkt bereits bei Bereitstellung mangelhaft war. Bei dauerhaft bereitgestellten Produkten gilt diese Vermutung sogar für die bisherige Dauer der Bereitstellung (**Beweislastumkehr**).

Nach der Kündigung eines Vertrags über digitale Produkte darf der Unternehmer die **vom Verbraucher im Rahmen der Nutzung bereitgestellten oder erstellten Inhalte** grundsätzlich nicht weiternutzen. Auf Verlangen des Verbrauchers muss der Unternehmer diese Inhalte vielmehr unentgeltlich bereitstellen.

Datenschutz- & Vertragsrecht

Insbesondere hinsichtlich des „Bezahlens mit Daten“ stellen sich zukünftig auch noch vermehrt **datenschutzrechtliche Fragen**. Manche dieser Fragen stehen im Fokus des neuen § 327q BGB-neu, der die vertragsrechtlichen Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers regelt.

Die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss lassen die Wirksamkeit des jeweiligen Vertrags unberührt.

Datenschutz

Neue Fragen an der Schnittstelle „Datenschutz- & Vertragsrecht“

Widerruft der Verbraucher eine von ihm erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung oder widerspricht er einer weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten, so kann der Unternehmer einen Vertrag unter Umständen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn ihm die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist. Insoweit ergeben sich zukünftig Fragen am Schnittpunkt des Datenschutz- und des Vertragsrechts, insbesondere hinsichtlich der Freiwilligkeit und der Möglichkeit zur Kopplung von Einwilligungen.

Jedenfalls sind **Ersatzansprüche der Unternehmer** gegen Verbraucher wegen einer durch die Ausübung von Datenschutzrechten oder die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen bewirkten Einschränkung der zulässigen Datenverarbeitung ausgeschlossen.

Änderungen digitaler Produkte

Insbesondere bei Software-as-a-Service-Verträgen und anderen Verträgen, die sich auf eine dauerhafte Bereitstellung digitaler Produkte beziehen, war in der Vergangenheit oft umstritten, ob Unternehmer **während der Vertragslaufzeit Änderungen der digitalen Produkte** vornehmen dürfen und welche Folgen Änderungen haben.

§ 327r BGB-neu greift dieses Problem nun auf und normiert einige Voraussetzungen, unter denen Änderungen digitaler Produkte zulässigerweise vorgenommen werden dürfen. **Voraussetzung** ist danach insbesondere, dass der jeweilige Vertrag die Möglichkeit zur Vornahme von Änderungen bei Vorliegen eines triftigen Grundes vorsieht („Änderungsvorbehalt“), dem Verbraucher durch eine Änderung keine zusätzlichen Kosten entstehen und der Verbraucher klar und verständlich über eine Änderung informiert wird.



Änderungen von digitalen Produkten, welche die **Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers und die Nutzbarkeit des digitalen Produkts** (zumindest zeitweise) beeinträchtigen, sind nur unter weiteren Voraussetzungen zulässig. In solchen Fällen kann Verbrauchern ein Recht zur Kündigung des jeweiligen Vertrags zustehen, sofern die Beeinträchtigung ausnahmsweise nicht bloß unerheblich ist und nicht die Zugriffsmöglichkeit oder die Nutzbarkeit des unveränderten digitalen Produkts ohne zusätzliche Kosten erhalten bleibt.

Fazit

Die neuen Vorschriften zu vertragsrechtlichen Aspekten digitaler Produkte haben weitreichende Auswirkungen. Sie finden auf **Verträge, die ab dem 01. Januar 2022 abgeschlossen werden**, Anwendung. Betroffene Unternehmen sollten die erforderlichen Anpassungen, insbesondere Anpassungen von Allgemeinen Geschäfts- und Nutzungsbedingungen, daher kurzfristig vornehmen.

Trotz der neuen Vorschriften bleiben weiterhin einige **Fragen offen** und es treten neue Fragen zu Tage. Insbesondere könnten sich zukünftig vermehrt **Abgrenzungsfragen** hinsichtlich des jeweils anwendbaren Rechtsregimes ergeben.

Daneben werden sich zukünftig auch vermehrt Fragen im **Schnittpunkt zwischen Datenschutz- und Vertragsrecht** ergeben, sofern Verbraucher nicht mit Geld, sondern mit ihren Daten bezahlen („Bezahlen mit Daten“).

Auch die neuen **Mängelgewährleistungsrechte**, die nunmehr erstmalig auch im allgemeinen Schuldrecht des BGB zu finden sind, werfen neue rechtliche und für den Umgang mit Gewährleistungsansprüchen der Verbraucher sehr relevante Fragen auf, deren Beantwortung zum jetzigen Zeitpunkt teilweise offen ist.

Dies gilt nicht zuletzt mit Blick auf die **Update-Pflicht**, die Unternehmer dazu verpflichtet, digitale Produkte trotz einmaliger Bereitstellung für einen gewissen Zeitraum in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Ulla Kelp, LL.M.
Rechtsanwältin, Partner
T +49 211 600 35-176
ulla.kelp@orthkluth.com



Dr. Philipp Mels
Rechtsanwalt, Partner
T +49 211 600 35-180
philipp.mels@orthkluth.com



Elisaveta Breckheimer
Rechtsanwältin, Salary Partner
T +49 211 600 35-190
elisaveta.breckheimer@orthkluth.com



Dr. Anja Doepner-Thiele, LL.M.
Rechtsanwältin, Salary Partner
T +49 211 600 35-168
anja.doepner-thiele@orthkluth.com



Corinna Bödefeld
Rechtsanwältin, Senior Associate
T +49 211 600 35-240
corinna.boedefeld@orthkluth.com



Anna Bosch, M.A.
Rechtsanwältin, Senior Associate
T +49 211 600 35-182
anna.bosch@orthkluth.com



Sina Johanna Falk, LL.M.
Rechtsanwältin, Senior Associate
T +49 211 600 35-314
sinajohanna.lorenz@orthkluth.com



Dr. Michael Grobe-Einsler
Rechtsanwalt, Senior Associate
T +49 211 600 35-450
michael.grobe-einsler@orthkluth.com



Prof. Dr. Michael Bohne
Of Counsel
T +49 211 600 35-174
michael.bohne@orthkluth.com



Prof. Dr. Kristoff Ritlewski, LL.M.
Of Counsel
T +49 30 50 93 20-0
kristoff.ritlewski@orthkluth.com



Felix Meurer
Rechtsanwalt, Associate
T +49 30 50 93 20-117
felix.meurer@orthkluth.com



Philippe Julius Träm
Associate
T +49 30 50 93 20-134
philippejulius.traem@orthkluth.com

Usually
unusual.