

Schuldrechtsdigitalisierung

Martens

2022

ISBN 978-3-406-77618-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

halb der Verjährungsfrist gezeigt hat, die Verjährung **nicht vor Ablauf von vier**⁴⁹⁶ **Monaten** nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat. Zwar sehen bereits die allgemeinen Vorschriften der §§ 203 ff. BGB (Ablauf-)Hemmungen bei Verhandlungen, Rechtsverfolgungsmaßnahmen uÄ vor. Nach Ansicht des Gesetzgebers reichten diese Bestimmungen aber nicht aus, um den Vorgaben der Digitale-Inhalte-RL im Hinblick auf eine effektive Durchsetzungsmöglichkeit der Gewährleistungsansprüche zu genügen, da auch die Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen stets eine gewisse Zeit in Anspruch nähme, so dass der Verbraucher faktisch gehindert wäre, seine Ansprüche geltend zu machen, wenn ein Mangel erst zum Ende der Dauer der Gewährleistungsfrist offenbar wurde.⁴⁹⁷ § 327j Abs. 4 BGB soll also den Schutz für Verbraucher erweitern und tritt daher nur ergänzend neben die §§ 203 ff. BGB, die weiter uneingeschränkt anwendbar sind.

§ 327j Abs. 4 BGB hemmt lediglich ggf. den Ablauf der Verjährung. Die Norm ändert aber nichts daran, dass der jeweilige **Anspruch schon vor Ablauf der Verjährung untergehen kann** und seine Durchsetzung dann aus diesem Grund ausgeschlossen ist. Dies kann insbesondere im Hinblick auf den Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 327i BGB bei einer dauerhaften Bereitstellung der Fall sein, da dieser Anspruch dort nur während des Bereitstellungszeitraums besteht. 377

b) Bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung

§ 327j Abs. 2 BGB sieht vor, dass die in § 327i Nr. 1 und 3 BGB bezeichneten Ansprüche **nicht vor Ablauf von zwölf Monaten** nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums verjähren. Wenn die Ansprüche schon gemäß § 327j Abs. 1 BGB später verjähren, hat § 327j Abs. 2 BGB keine Rechtsfolgen.⁴⁹⁸ Mit der Regelung des § 327j Abs. 2 BGB wollte der Gesetzgeber einen Gleichlauf mit der entsprechenden Regelung in § 475e Abs. 1 BGB erreichen.⁴⁹⁹ Die Ablaufhemmung ist freilich nur im Hinblick auf die in § 327i Nr. 3 BGB genannten Ansprüche auf **Schadens- und Aufwendungsersatz** von **praktischer Bedeutung**. Denn ein Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers besteht bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung nur während des Bereitstellungszeitraums. Denn während der Verbraucher bei Verträgen über eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen grundsätzlich einen unbefristeten Zugang zum digitalen Produkt und unbefristete Nutzungsrechte an ihm erhalten soll (vgl. Erwägungsgrund 56 Digitale-Inhalte-RL), beschränken sich diese Rechte des Verbrauchers bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung auf den Bereitstellungszeitraum (vgl. Erwägungsgründe 57 Digitale-Inhalte-RL). **Nach Ablauf des Bereitstellungszeitraums** kann der Verbraucher aber **nicht** mehr die Herstellung der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts verlangen. Denn die Pflicht zur Herstellung der Vertragsmäßigkeit setzt voraus, dass das digitale Produkt nach dem Vertrag weiter von dem Verbraucher genutzt werden darf. Der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 327i BGB erlischt daher wie der (Primär-)Anspruch auf Erhaltung der Vertragsmäßigkeit beim Mietvertrag nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB mit Ablauf der Vertragszeit. § 327j Abs. 2 BGB geht insofern ins Leere. 378

c) Bei Verletzung einer Aktualisierungspflicht

Eine **bedingte Ablaufhemmung** wie § 327j Abs. 2 BGB sieht auch **§ 327j Abs. 3 BGB** für Ansprüche aufgrund der Verletzung einer Aktualisierungspflicht vor. Danach verjähren solche Ansprüche nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des für die Aktua- 379

⁴⁹⁶ Im ursprünglichen RegE war noch eine Frist von zwei Monaten als ausreichend erachtet worden, vgl. BT-Drs. 19/27653, 63. Dies wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren ohne nähere Begründung auf vier Monate verlängert, BT-Drs. 19/31116, 10.

⁴⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 19/27424, 40 zur Parallelvorschrift des § 475e Abs. 3 BGB.

⁴⁹⁸ BT-Drs. 19/31116, 10.

⁴⁹⁹ BT-Drs. 19/31116, 10.

lisierungspflicht maßgeblichen Zeitraums. Da dieser Zeitraum bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung der Bereitstellungszeitraum ist und die Aktualisierungspflicht bei diesen Verträgen nur eine spezielle Unterpflicht der allgemeinen Pflicht zur Erhaltung der Vertragsmäßigkeit nach § 327e Abs. 1 BGB darstellt, hat § 327j Abs. 3 BGB hier neben Abs. 2 keine eigenständige Bedeutung.

- 380 Relevant ist § 327j Abs. 3 BGB nur bei Verträgen über eine **einmalige** Bereitstellung oder eine Reihe **einzelner Bereitstellungen**, bei denen die Aktualisierungspflicht den Zeitraum verlängert, während dessen der Unternehmer die Vertragsmäßigkeit gewährleisten muss. In diesem Sinne ist auch § 327j Abs. 3 BGB weit auszulegen, so dass unter den „Ansprüche[n] wegen einer Verletzung der Aktualisierungspflicht“ alle Ansprüche nach § 327i Nr. 1 und 3 BGB zu verstehen sind, die sich auf einen Mangel beziehen, der durch eine geschuldete Aktualisierung hätte verhindert werden müssen. Der für die Aktualisierungspflicht maßgebliche Zeitraum bestimmt sich in den Fällen des § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nach den Vereinbarungen der Parteien und im Übrigen nach § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB (→ Rn. 269 ff.).

4. Zeitliche Begrenzung der Gestaltungsrechte

- 381 Nach § 194 Abs. 1 BGB unterliegen nur Ansprüche der Verjährung. Auch Gestaltungsrechte soll der Inhaber aber regelmäßig nicht zeitlich unbegrenzt ausüben können. Mit § 218 BGB hat der Gesetzgeber daher eine exemplarische Regelung geschaffen, durch die er die Wirksamkeit eines Rücktritts wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung davon abhängig macht, dass der respektive Anspruch auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch noch nicht verjährt ist oder der Schuldner sich noch nicht darauf berufen hat. Für andere Gestaltungsrechte verweist der Gesetzgeber regelmäßig auf eine **entsprechende Anwendung des § 218 BGB** (vgl. § 438 Abs. 5 BGB; § 634a Abs. 5 BGB). Diesem folgt der Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Rechte zur Vertragsbeendigung und zur Minderung bei Verträgen über digitale Produkte. So findet § 218 BGB auf das Recht zur Vertragsbeendigung im Fall einer unterbliebenen Bereitstellung nach § 327c Abs. 5 BGB und im Fall einer Vertragswidrigkeit des digitalen Produkts nach § 327j Abs. 5 BGB entsprechende Anwendung und § 218 BGB ist gemäß § 327j Abs. 5 BGB auch auf das Recht zur Minderung entsprechend anwendbar. Soweit die Ansprüche auf Bereitstellung bzw. auf Nacherfüllung verjährt sind und der Unternehmer sich auf die Verjährung beruft, kann der Verbraucher den Vertrag also nicht mehr wirksam beenden bzw. sein Minderungsrecht nicht länger wirksam ausüben.
- 382 Keine besonderen Rechte des Verbrauchers sieht **§ 327j Abs. 5 BGB** für den Fall vor, dass er seine Rechte zur Vertragsbeendigung bzw. Minderung **aufgrund Zeitablaufs** gemäß § 218 BGB nicht mehr wirksam ausüben kann. Nach dem überkommenen Vertragsrecht der § 438 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 Fall 2 BGB und § 634a Abs. 4 S. 2, Abs. 5 Fall 2 BGB bestünde in diesem Fall ein Leistungsverweigerungsrecht, dessen Ausübung den Vertragspartner zum Rücktritt berechtigen würde (§ 438 Abs. 4 S. 3 BGB und § 634a Abs. 4 S. 3 BGB). Der Gesetzgeber hat sich bei der Regelung des § 327j Abs. 5 BGB an § 438 Abs. 4 S. 1 BGB orientiert, die Bestimmungen der § 438 Abs. 4 S. 2 und 3 BGB jedoch bewusst nicht übernommen.⁵⁰⁰ Eine Begründung für diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen findet sich in den Materialien jedoch nicht und es ist auch keine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung ersichtlich. Vielmehr legt der Verweis auf lediglich § 438 Abs. 4 BGB in den Materialien nahe, dass der Gesetzgeber sich nicht bewusst war, dass die Regelungen der § 438 Abs. 4 S. 2 und 3 BGB keine speziellen Regelungen des Kaufrechts, sondern allgemeine Grundsätze des Vertragsrechts darstellen. Insofern liegt eine subjektive und eine objektive Regelungslücke vor, die durch eine **Gesamtanalogie zu**

⁵⁰⁰ BT-Drs. 19/27653, 64.

§ 438 Abs. 4 S. 2 und 3, Abs. 5 Fall 2 BGB sowie § 634a Abs. 4 S. 2 und 3, Abs. 5 Fall 2 BGB zu schließen ist.⁵⁰¹

V. Abweichende Vereinbarungen

Der deutsche Gesetzgeber hat die Art und Weise sowie den Umfang zulässiger von den §§ 327–327s BGB abweichender Vereinbarungen recht unübersichtlich geregelt. Dies findet seinen Grund darin, dass der Gesetzgeber im Kern der Struktur der Digitale-Inhalte-RL folgt, die einschlägige Vorgaben in Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL für abweichende Vereinbarungen über Produktmerkmale macht und den zwingenden Charakter der übrigen Vorschriften in Art. 22 Digitale-Inhalte-RL näher bestimmt. Der deutsche Gesetzgeber hat dies mit der getrennten Behandlung in § 327h BGB und § 327s BGB übernommen, obwohl er den sachlichen Zusammenhang erkannt hat, wie aus § 327s Abs. 5 BGB ersichtlich ist, der ausdrücklich hervorhebt, dass § 327h BGB von den Bestimmungen des § 327s BGB unberührt bleibt und damit Vorrang hat. **Beide Normen** müssen daher **als Einheit gelesen und verstanden** werden. Dabei findet sich die Grundregel in § 327s Abs. 1 BGB (→ Rn. 384 ff.), während § 327h BGB (→ Rn. 388 ff.) und § 327s Abs. 2 BGB (→ Rn. 394 ff.) *leges speciales* hierzu bilden. § 327s Abs. 4 BGB enthält eine Sonderregel für Vereinbarungen über den Ausschluss oder die Beschränkung von Ansprüchen auf Schadensersatz (→ Rn. 396 f.) und § 327s Abs. 3 BGB sichert die §§ 327–327s BGB allgemein gegen Umgehungen zum Nachteil des Verbrauchers (→ Rn. 398).

1. Grundregel

Die §§ 327–327s BGB sind nach § 327s Abs. 1 BGB grundsätzlich **halbzwingend** ausgestaltet, indem sich der Unternehmer nicht auf eine Vereinbarung mit dem Verbraucher berufen kann, die zum Nachteil für den Verbraucher von diesen Vorschriften abweicht, es sei denn, dass die Vereinbarung erst nach der Mitteilung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer über die unterbliebene Bereitstellung oder über den Mangel des digitalen Produkts getroffen wurde. Der Gesetzgeber hat bewusst nicht die Nichtigkeit abweichender Vereinbarungen angeordnet, um insbesondere eine mögliche Anwendung des § 139 BGB und damit eine für den Verbraucher regelmäßig nachteilige Gesamtnichtigkeit des Vertrags auszuschließen.⁵⁰² Stattdessen hat der deutsche Gesetzgeber die bereits etablierte Lösung des § 476 Abs. 1 S. 1 BGB aF übernommen, nach der die missbilligte Klausel zwar wirksam sein soll⁵⁰³ und es lediglich dem Unternehmer verwehrt wäre, sich auf diese wirksame Klausel zu berufen. Allen anderen wäre dies indes gestattet. § 327s Abs. 1 BGB soll allerdings Art. 22 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL umsetzen, der bestimmt, dass der Verbraucher nicht an die betroffenen Klauseln gebunden ist. Insofern ist auch § 327s Abs. 1 BGB richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass allgemein **niemand sich auf die Wirksamkeit der Klausel gegenüber dem Verbraucher berufen kann**.

Nach dem Wortlaut soll die Regelung des Abs. 1 sämtliche Vereinbarungen erfassen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 327–327s BGB abweichen. Wie sich aus der Ausnahmebestimmung des letzten Halbsatzes ergibt, zielt Abs. 1 jedoch bloß auf solche Vereinbarungen ab, die Rechte des Verbrauchers im Hinblick auf die **Bereitstellung und die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts** betreffen.⁵⁰⁴ Denn bei Abweichungen von anderen Normen ist die Ausnahmebestimmung erkennbar sinnlos. Wie sich auch aus der Gesetzesbegründung ergibt, hatte auch der Gesetzgeber nur einen entsprechend be-

⁵⁰¹ AA offenbar MüKoBGB/Metzger BGB § 327j Rn. 11.

⁵⁰² Vgl. BeckOK BGB/Faust, 60. Ed. 1.11.2021, BGB § 476 Rn. 21.

⁵⁰³ AA zu § 476 BGB aF MüKoBGB/S. Lorenz BGB § 476 Rn. 16.

⁵⁰⁴ Dies umfasst auch Abreden, durch welche Verjährungsfristen verkürzt werden, und die durch § 476 Abs. 2 BGB beim Verbrauchsgüterkauf besonders behandelt werden, vgl. BT-Drs. 19/27653, 80.

grenzten Anwendungsbereich des Abs. 1 nach dem Vorbild des § 476 Abs. 1 S. 1 BGB vor Augen.⁵⁰⁵ Gleichwohl dienen auch im Übrigen viele Bestimmungen der §§ 327 ff. BGB dem Schutz des Verbrauchers, so dass die ratio des § 327s Abs. 1 BGB auch insofern einschlägig ist. Bei diesen Vorschriften kann die Ausnahmeregelung des § 327s Abs. 1 letzter Hs. BGB aber keine Anwendung finden, da die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers hier nach Mitteilung über die Pflichtverletzung des Unternehmers nicht geringer ist als zuvor. § 327s Abs. 1 letzter Hs. BGB ist entsprechend teleologisch zu reduzieren.

- 386 § 327s Abs. 1 BGB verlangt, dass die Vereinbarung von den erfassten Vorschriften **abweicht**. Diese Regelung muss zusammen mit dem in Abs. 3 geregelten Umgehungsverbot gelesen werden. Durch beide Bestimmungen soll insgesamt ein umfassender Schutz des Verbrauchers gewährleistet werden. Eine exakte Abgrenzung zwischen einer Abweichung iSd Abs. 1 und einer Umgehung iSd Abs. 3 ist daher nicht notwendig. Der **Begriff der Abweichung** ist jedoch **weit zu verstehen** und erfasst jede Klausel, deren Tatbestand sich wenigstens teilweise mit dem einer erfassten gesetzlichen Vorschrift deckt oder überschneidet und die hieran eine andere Rechtsfolge knüpft.⁵⁰⁶
- 387 Uneingeschränkt **wirksam** sind **Abreden der Parteien über Gewährleistungsrechte** des Verbrauchers, welche die Parteien **nach der Mitteilung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer** über die unterbliebene Bereitstellung oder über den Mangel des digitalen Produkts getroffen haben (s. auch Art. 22 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL; § 476 Abs. 1 S. 1 BGB). Durch diese Regelung soll der Schutz des Verbrauchers gesichert werden, der über seine Gewährleistungsrechte erst dann frei disponieren können soll, wenn diese Rechte entstanden sind und davon ausgegangen werden kann, dass er um ihre Entstehung auch weiß. Aus Gründen der Rechtssicherheit knüpft das Gesetz nicht unmittelbar an diese Kenntnis an, sondern stellt auf das **objektiv-äußere Merkmal** der Mitteilung ab. Dabei genügt nach dem Wortlaut nur eine **Mitteilung des Verbrauchers an den Unternehmer** (vgl. auch schon § 476 Abs. 1 S. 1 BGB aF). Eine Mitteilung des Unternehmers an den Verbraucher, etwa im Rahmen einer Produktwarnung, würde dagegen keine abweichenden Vereinbarungen iSd Abs. 1 ermöglichen. Da in einer solchen Konstellation eine zusätzliche Mitteilung des Verbrauchers an den Unternehmer praktisch ausgeschlossen ist, wären gerichtliche oder außergerichtliche Vergleiche hier nicht möglich. Dies widerspricht aber dem Telos des Abs. 1 und ginge auch über den allgemein als erforderlich anerkannten Schutzstandard hinaus. Denn nach § 327h BGB ist es sogar möglich, von den dort genannten gesetzlichen Anforderungen an das Produkt abzuweichen und insofern sämtliche gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Verbrauchers auszuschließen, wenn der Verbraucher durch den Unternehmer über die Abweichung, dh den Mangel, in Kenntnis gesetzt wurde und die Parteien die Abweichung ausdrücklich und gesondert in ihrem Vertrag als zulässig vereinbart haben. Soweit der Unternehmer den Verbraucher hinreichend konkret auf einen bestehenden Mangel des digitalen Produkts hingewiesen hat, muss daher allgemein eine nachträgliche Vereinbarung iSd § 327s Abs. 1 BGB möglich sein.⁵⁰⁷ Hierfür spricht auch die Regelung über nachträgliche Abreden über Änderungen des digitalen Produkts in § 327s Abs. 2 BGB, wo allein auf die Information des Verbrauchers abgestellt wird (ausführlich → Rn. 395). Für Mitteilungen des Unternehmers vor Vertragsschluss stellt § 327h BGB dagegen eine *lex specialis* dar.

2. Abweichende Vereinbarungen über objektive Anforderungen an das Produkt

- 388 Eine eigenständige Regelung, die nach § 327s Abs. 5 BGB von den übrigen Bestimmungen des § 327s BGB unberührt bleibt, haben abweichende **Vereinbarungen über Pro-**

⁵⁰⁵ BT-Drs. 19/27653, 80.

⁵⁰⁶ Anders, da nur auf das Ergebnis der Klausel abstellend und damit auch jede Umgehung erfassend, MüKo-BGB/S. Lorenz BGB § 476 Rn. 8 für § 476 BGB aF.

⁵⁰⁷ So auch schon BeckOK BGB/Faust, 60. Ed. 1.11.2021, BGB § 476 Rn. 23 zu § 476 Abs. 1 S. 1 BGB aF; aA insofern indes MüKoBGB/S. Lorenz BGB § 476 Rn. 13.

duktmerkmale in § 327h BGB erhalten. Solche Vereinbarungen unterfielen grundsätzlich auch § 327s Abs. 1 BGB; § 327h BGB stellt insofern eine *lex specialis* dar.

§ 327h BGB dient der Umsetzung von Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL, der wie die Parallelvorschrift des Art. 7 Abs. 5 Warenkauf-RL die vertragliche Abweichung von gesetzlich vorgesehenen objektiven Anforderungen nur unter Einhaltung bestimmter strenger Formen zulässt. Nach § 327h BGB kann von den objektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1–5 und S. 2 BGB, § 327f Abs. 1 BGB und § 327g BGB nur abgewichen werden, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Willenserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal des digitalen Produkts von diesen objektiven Anforderungen abweicht, und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. 389

§ 327h BGB beschränkt die Geltung der dort vorgesehenen besonderen Formvorschrift auf Vereinbarungen über Abweichungen der enumerativ genannten objektiven Anforderungen. Abweichungen von nicht genannten objektiven Anforderungen sind daher nach allgemeinen Grundsätzen **formfrei** durch (jede) Vereinbarung möglich. Dies betrifft insbesondere **Vereinbarungen über die geschuldete Version** des digitalen Produkts nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 6 BGB. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll die bloße Angabe einer älteren Versionsnummer bzw. Bezeichnung einer Version aber nicht für eine abweichende Vereinbarung iSd Nr. 6 genügen.⁵⁰⁸ Richtigerweise wird hier zu differenzieren sein: Soweit die Versionsnummern oder -bezeichnungen auf dem Markt allgemein-gebräuchlich sind, so dass der durchschnittliche Verbraucher durch die Bezeichnung erkennen kann, dass nicht die neueste Version geschuldet wird, muss dies im Rahmen der Nr. 6 ausreichen. Die bloße Bezeichnung genügt nur dann nicht, wenn für den Durchschnittsverbraucher nicht erkennbar ist, dass entgegen seiner gemäß Nr. 6 grundsätzlich berechtigten Erwartung nicht die neueste Produktversion geschuldet sein soll. 390

Soweit § 327h BGB seinen Geltungsbereich auf § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1–5 und S. 2 BGB sowie § 327f BGB erstreckt, werden die ausdrücklichen Vorgaben des Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL umgesetzt. In § 327h BGB genannt wird allerdings zusätzlich noch § 327g BGB, der **Rechtsmängel** regelt. Rechtsmängel wiederum behandelt die Digitale-Inhalte-RL in ihrem Art. 10, der nicht in Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL genannt wird. Freilich werden Rechtsmängel in Art. 10 Digitale-Inhalte-RL nicht als eigenständige Kategorie, sondern nur als Unterfälle von Abweichungen von subjektiven oder objektiven Anforderungen iSd Art. 7 und 8 Digitale-Inhalte-RL geregelt.⁵⁰⁹ Insofern gilt Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL auch für Rechtsmängel, welche die Nutzung eines digitalen Produkts iSd Art. 8 Abs. 1 und 2 Digitale-Inhalte-RL, auf die Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL allgemein verweist, einschränken. Auch der Verweis in § 327h BGB auf § 327g BGB ist entsprechend richtlinienkonform eng auszulegen, so dass abweichende Vereinbarungen über Rechtsmängel iSd § 327g BGB nur dann den strengen Formvorgaben unterfallen, wenn zugleich eine Abweichung von § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1–5 und S. 2 BGB oder § 327f Abs. 1 BGB vorliegt. 391

Eine abweichende Vereinbarung über Produktmerkmale nach § 327h BGB ist nur zulässig, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal des digitalen Produkts von diesen objektiven Anforderungen abweicht, und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. Diese Vorgaben entsprechen denen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB. § 327h BGB und § 476 Abs. 1 S. 2 BGB setzen entsprechende Parallelvorschriften der Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL und Art. 7 Abs. 5 Warenkauf-RL um, die nach den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers einheitlich auszulegen sind. Auch die Formvorgaben des § 327h BGB sind daher wie bei § 476 Abs. 1 S. 2 BGB zu verstehen, so dass 392

⁵⁰⁸ BT-Drs. 19/27653, 57.

⁵⁰⁹ So auch die Vorstellung des deutschen Gesetzgebers, der § 327g BGB nur klarstellende Bedeutung zuweist, vgl. BT-Drs. 19/27653, 61.

insofern auf die hierzu gemachten Ausführungen verwiesen werden kann (→ Rn. 125 ff.). Für die Praxis besonders wichtig ist der erforderliche Hinweis auf ein hinreichend bestimmtes Merkmal des digitalen Produkts, das von den objektiven Anforderungen abweicht (→ Rn. 128). Bei einem Formverstoß ist die betroffene Klausel nach § 125 BGB nichtig. Aus Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL und dem Regelungszweck ergibt sich, dass § 139 BGB insoweit nicht anwendbar ist, und der Vertrag daher ohne die Klausel im Übrigen wirksam ist.

- 393 Erhebliche Schwierigkeiten kann die Einhaltung der vorgeschriebenen **Form** des § 327h BGB bei Angeboten bereiten, die typischerweise **ohne ausdrücklichen Vertragsschluss** genutzt werden (zB Google; Youtube). Hier kann § 327h BGB dazu führen, dass der jeweilige Marktführer den objektiven Standard bestimmt, von dem kleinere Anbieter faktisch nicht mehr abweichen können.⁵¹⁰

3. Abweichende Vereinbarungen über Änderungen des digitalen Produkts

- 394 Auf **Vereinbarungen über eine Änderung** des digitalen Produkts, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 327–327s abweichen, kann sich der Unternehmer gemäß **§ 327s Abs. 2 BGB** nicht berufen, es sei denn, die Vereinbarung wurde nach der Information des Verbrauchers über die Änderung des digitalen Produkts gemäß § 327r BGB getroffen. Auch Abs. 2 stellt eine spezielle Regelung zu § 327s Abs. 1 BGB dar. Nach dem Wortlaut erfasst sind eigentlich alle Vereinbarungen über Änderungen des digitalen Produkts, die zum Nachteil des Verbrauchers von Bestimmungen der §§ 327–327s BGB abweichen. Dies würde auch **Aktualisierungen** iSd § 327f BGB einschließen. Aus der Gesetzesbegründung, dem durch Abs. 2 umgesetzten **Art. 22 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL** und auch aus dem letzten Halbsatz des Abs. 2 ergibt sich jedoch, dass nur Änderungen iSd § 327r BGB erfasst sein sollen und § 327s Abs. 2 BGB auch nur Vereinbarungen regeln soll, die zum Nachteil des Verbrauchers von § 327r BGB abweichen. Für Abweichungen von § 327f BGB gilt dagegen § 327h BGB. Nach dem Wortlaut des § 327s Abs. 2 BGB sind nur Vereinbarungen über eine Änderung des digitalen Produkts erfasst. Dieses Tatbestandsmerkmal ist aber im Hinblick auf **Art. 22 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL** weit zu verstehen, so dass alle Vereinbarungen, die Rechte des Verbrauchers im Hinblick auf solche Änderungen betreffen, eingeschlossen sind.

- 395 Solche **nachträglichen Vertragsänderungen**, durch die der Inhalt der Hauptleistungspflicht des Unternehmers nach Auffassung des Gesetzgebers wesentlich geändert wird, sollen erst dann vollwirksam geschlossen werden können, wenn der Verbraucher über die Änderung des digitalen Produkts gemäß § 327r BGB, dh in klarer und verständlicher Weise (§ 327r Abs. 1 Nr. 3 BGB), informiert wurde. **Art. 22 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL** verlangt nach dem Wortlaut, dass die Information durch den Unternehmer erfolgen muss. Es muss freilich auch dort genügen, wenn die Information dem Unternehmer zugerechnet werden kann bzw. wenn der Unternehmer die Information auf sonstige Weise sichergestellt hat. In der praktischen Anwendung dürfte es daher nicht zu Abweichungen des § 327s Abs. 2 BGB von den Vorgaben des **Art. 22 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL** kommen.

4. Ansprüche auf Schadensersatz

- 396 Ansprüche des Verbrauchers auf Schadensersatz sind nicht vom Regelungsbereich der **Digitale-Inhalte-RL** umfasst und daher greifen auch die Vorgaben der Richtlinie im Hinblick auf etwaige abweichende Vereinbarungen nicht ein. Der deutsche Gesetzgeber hielt einen besonderen Schutz der Verbraucher bei ihnen nachteiligen vertraglichen Abweichungen vom dispositiven Recht bei Schadensersatzansprüchen nicht für notwendig und

⁵¹⁰ Krit. auch Kramme RD 2021, 20 (26); Riehm/Abold CR 2021, 530 (534f.).

hat deshalb in § 327s Abs. 4 BGB angeordnet, dass die § 327s Abs. 1 und 2 BGB nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten. Mit dieser etwas verunglückten Norm wollte der Gesetzgeber eine Regelung schaffen, die § 476 Abs. 3 BGB entsprechen sollte.⁵¹¹ Anders als dort wird hier allerdings nicht ausdrücklich hervorgehoben, dass die §§ 307–309 BGB unbeschadet bleiben sollen. Dennoch kann aus der unterschiedlichen Formulierung des § 476 Abs. 3 BGB angesichts des eindeutigen Willens des Gesetzgebers nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass die §§ 307–309 BGB bei Abreden iSd § 327s Abs. 4 BGB nicht anwendbar sein sollen. Eine Inhaltskontrolle nach diesen allgemeinen Bestimmungen ist vielmehr ggf. auch hier vorzunehmen.

Dem Wortlaut nach gelten (nur) die Abs. 1 und 2 des § 327s BGB nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz. Der Verweis auf Abs. 2 ist dabei eher verwirrend als gehaltvoll, da nicht ersichtlich ist, wie die dort thematisierten Vereinbarungen über eine Änderung des digitalen Produkts zu einem Ausschluss oder einer Beschränkung von Schadensersatzansprüchen führen könnten. Der Verweis auf die Abs. 1 und 2 ist aber vermutlich auch nur ohne tieferen Sinn aus § 476 Abs. 3 BGB übernommen worden, wo er aufgrund des unterschiedlichen Regelungsgehalts der dort in Bezug genommenen Abs. 1 und 2 freilich eine andere (und eine richtige) Bedeutung hatte. Problematisch ist die Verweisung auf die Abs. 1 und 2 in § 327s Abs. 4 BGB indes vor allem deshalb, weil sich hieraus schließen ließe, dass der nicht genannte und vor Abs. 4 stehende Abs. 3 uneingeschränkt gelten sollte. Dieser naheliegende Umkehrschluss wäre aber falsch. Denn der Gesetzgeber intendierte eine mit § 476 Abs. 3 BGB übereinstimmende Regelung und war nur nicht in der Lage, dieser Intention in der Gesetzesformulierung hinreichend klar Ausdruck zu verleihen. Bei § 476 BGB bezieht sich das Umgehungsverbot des § 476 Abs. 4 BGB ausdrücklich nur auf die Fälle des § 476 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, die wiederum für Schadensersatzansprüche nach § 476 Abs. 3 BGB ausgeschlossen werden. Mithin gilt bei § 476 BGB das Umgehungsverbot bei Vereinbarungen über Schadensersatzansprüche nach § 476 Abs. 3 BGB nicht.⁵¹² Mit der veränderten Absatzfolge und der von § 476 Abs. 4 BGB abweichenden Formulierung des § 327s Abs. 3 BGB, der das Umgehungsverbot allgemein auf alle Vorschriften des Untertitels bezieht, war jedoch keine inhaltliche Änderung, sondern im Gegenteil eine der überkommenen Rechtslage beim Verbrauchsgüterkauf entsprechende Regelung bezweckt.⁵¹³ Es wäre auch kaum nachvollziehbar, warum eine von den §§ 327 ff. BGB abweichende Regelung der Schadensersatzansprüche, nicht aber eine diese Normen umgehende Vereinbarung zulässig sein sollte. § 327s Abs. 4 BGB ist also so zu lesen, dass die Abs. 1 und Abs. 3 des § 327s BGB unbeschadet der §§ 307–309 BGB nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz gelten. **Zulässig** wäre etwa **folgende Klausel**: „Ansprüche des Verbrauchers auf Schadensersatz sind ausgeschlossen. Dieser Ausschluss gilt nicht für Schadensersatzansprüche des Verbrauchers aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, wenn der Unternehmer dies zu vertreten hat. Vom Ausschluss ausgenommen sind zudem Ansprüche des Verbrauchers auf Ersatz sonstiger Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Unternehmers, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen beruhen.“⁵¹⁴

5. Umgehungsverbot

§ 327s Abs. 3 BGB ordnet an, dass die §§ 327–327s BGB auch dann anzuwenden sind, wenn sie durch andere Gestaltungen umgangen werden. Mit dieser Regelung wollte der

⁵¹¹ BT-Drs. 19/27653, 80.

⁵¹² Dies war noch klarer in § 476 BGB aF. Denn dort war das Umgehungsverbot in Abs. 1 S. 2 geregelt und damit vom Ausschluss des § 476 Abs. 3 BGB aF ausdrücklich erfasst.

⁵¹³ Vgl. BT-Drs. 19/27653, 80.

⁵¹⁴ In Anlehnung an MüKoBGB/S. Lorenz BGB § 476 Rn. 20.

deutsche Gesetzgeber dem durch Art. 22 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL zugunsten des Verbrauchers halbzwingendem Charakter der Vorschriften der Digitale-Inhalte-RL Rechnung tragen.⁵¹⁵ § 327s Abs. 3 BGB ist daher auch in diesem Sinne auszulegen, so dass eine unzulässige Umgehung nur dann anzunehmen ist, wenn die vertragliche Gestaltung zum Nachteil des Verbrauchers von den im Übrigen dispositiven §§ 327–327s BGB abweicht. Art. 22 Abs. 2 Digitale-Inhalte-RL stellt zudem auch ausdrücklich klar, dass der Unternehmer nicht gehindert ist, dem Verbraucher Vertragsbedingungen anzubieten, die über den in der Digitale-Inhalte-RL vorgesehenen Schutz hinausgehen.

VI. Beweislastumkehr (§§ 327k, 327b Abs. 6 BGB)

1. Beweislast für die Bereitstellung

399 Gemäß § 327b Abs. 6 BGB soll die Beweislast für die nach § 327b Abs. 1–4 BGB erfolgte Bereitstellung **abweichend von § 363 BGB** den Unternehmer treffen. Mit dieser Vorschrift wollte der deutsche Gesetzgeber Art. 12 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL umsetzen.⁵¹⁶ § 327b Abs. 6 BGB hat freilich im Wesentlichen **bloß deklaratorische Bedeutung** und stiftet im Kern nur unnötig Verwirrung. Denn die in § 363 BGB angeordnete und durch § 327b Abs. 6 BGB (scheinbar) derogierte Beweislastumkehr greift nur ein, wenn der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat. Hat der Verbraucher eine ihm vom Unternehmer angebotene Leistung als Bereitstellung angenommen, wird kaum noch umstritten sein können, dass so etwas wie die Bereitstellung eines digitalen Produkts überhaupt stattgefunden hat.

400 Streit darüber, ob und/oder wann der Unternehmer dem Verbraucher die digitalen Produkte wie im Vertrag vorgesehen zur Verfügung gestellt bzw. zugänglich gemacht hat, wird es regelmäßig nur geben, wenn der Verbraucher die Bemühungen des Unternehmers nie als Bereitstellung akzeptiert hat. Für die Erfüllung seiner Leistungspflicht trägt der Unternehmer in solchen Fällen aber bereits nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast. Soweit der Verbraucher geltend macht, eine prinzipiell erfolgte Bereitstellung sei unzulänglich gewesen, beruft er sich auf einen Produktmangel iSd § 327e BGB, so dass die speziellere Regelung zur Beweislast in § 327k BGB eingreift.⁵¹⁷

2. Beweislast für die Vertragsmäßigkeit

401 § 327k BGB enthält in Umsetzung von Art. 12 Digitale-Inhalte-RL von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelungen zur Beweislast für die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts. **§ 327k BGB entspricht** damit **funktional § 477 BGB**, der auf die nach den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers dem Art. 12 Digitale-Inhalte-RL parallele Bestimmung des Art. 11 Warenkauf-RL zurückgeht. Diese grundsätzlich intendierte Wertungseinheit ist bei der Auslegung der § 327k BGB und § 477 BGB zu beachten, so dass beide Normen möglichst einheitlich ausgelegt und angewandt werden müssen. § 327k BGB differenziert zwischen Verträgen über eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen und Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung. Die Differenzierung ergibt sich so zwar nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut. Die zugrundeliegen-

⁵¹⁵ BT-Drs. 19/27653, 80. Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung des § 327f Abs. 3 BGB an der überkommenen Fassung des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB orientiert und den dortigen Verweis auf bestimmte Vorschriften nur für den gesamten Untertitel verallgemeinert. Inhaltlich sollten aber durch das Umgehungsverbot wie durch § 476 Abs. 4 BGB (näher → Rn. 136f.) lediglich die Regelungen zum halbzwingenden Charakter der verbraucherschützenden Normen in Abs. 1 und 2 flankiert werden.

⁵¹⁶ BT-Drs. 19/27653, 49.

⁵¹⁷ Vgl. für das entsprechende Verhältnis zwischen § 363 BGB und § 477 BGB aF MüKoBGB/Fetzer BGB § 363 Rn. 7.