

Digitales Kaufrecht 2022

Die deutsche Umsetzung der Warenkaufrichtlinie

Wiss. Mitarbeiterin Dr. Anna Kirchhefer-Lauber*

Durch die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie kommt es ab dem 1.1.2022 zu terminologischen und systematischen Änderungen, vor allem im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, die eine vertiefte Beschäftigung im Rahmen der Klausur- und Examensvorbereitung erfordern.

A. Hintergrund

Der europäische Gesetzgeber ist der starken Fragmentierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten für den Warenkauf mit der Warenkaufrichtlinie¹ (WKRL) entgegengetreten und hat aus diesem Anlass auch den elektronischen Handel in den Fokus gerückt. Die Vorgaben der WKRL lösen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie² aus dem Jahr 1999 ab. Dadurch tritt eine *Vollharmonisierung* an die Stelle minimaler Standards. Soweit die WKRL sich auf Verträge über den Kauf von Waren³ mit digitalen Elementen bezieht, so sind damit Waren gemeint, die ein digitales Produkt benötigen, um ihre Funktionen erfüllen zu können. Im Unterschied dazu regelt die Digitale-Inhalte-RL⁴ Anforderungen an Verträge für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen.⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat die WKRL am 25.6.2021 mit dem Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags⁶ umgesetzt. Der Beitrag beschäftigt sich mit den Neuerungen, die sich daraus für die Systematik und die Fälle im Kaufrecht, insbesondere für Verbrauchsgüterkaufverträge,⁷ ab dem 1.1.2022 ergeben.

B. Änderungen im allgemeinen Kaufrecht

I. Begriff des Sachmangels

Grundsätzliche Änderungen hat der Begriff des Sachmangels erfahren. § 434 I bestimmt, dass die Kaufsache frei von Sachmängeln ist, wenn sie den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen entspricht. Während das bisherige Recht in § 434 I aF einen Vorrang der vereinbarten Beschaffenheit vorsah,⁸ statuiert § 434 I nun einen Gleichrang der subjektiven Anforderungen, der objektiven Anforderungen und der Montageanforderungen. Dieser systematische Neuansatz ist insbesondere für Verbrauchsgüterkaufverträge relevant, denn gem. § 476 I 1 gilt er hier zwingend.

1. § 434 II BGB: subjektive Anforderungen, insbesondere Beschaffenheitsvereinbarungen in Verbrauchsgüterkaufverträgen

§ 434 II enthält die subjektiven Anforderungen an die Kaufsache und bestimmt im Ergebnis, dass die Kaufsache mangelhaft ist, wenn sie nicht der vertraglichen Vereinbarung der Parteien entspricht. § 434 II Nr. 1 legt fest, dass die Kaufsache die vereinbarte Beschaffenheit haben muss. „Beschaffenheit“ bezieht sich dabei auf jegliche Merkmale einer Sache, die dieser selbst anhaften oder sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben. Der unionsrechtliche Beschaffenheitsbegriff deckt sich daher wohl insgesamt mit dem Beschaffenheitsbegriff in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung.⁹ Als Bezugspunkte möglicher Beschaffenheitsvereinbarungen nennt das Gesetz beispielhaft Merkmale wie Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität der Sache. Weder der Richtlinien text noch die Formulierung im BGB bilden jedoch die strengen Voraussetzungen ab, die der BGH an das

Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung stellt, wenn er fordert, „dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen“. ¹⁰ Ob diese Voraussetzungen weiter aufrechterhalten bleiben können, ist zu bezweifeln.

Neu ist, dass eine den objektiven Anforderungen vorgehende sog. *negative Beschaffenheitsvereinbarung*, dh eine Erklärung, dass die Sache nicht die gewöhnliche oder nach objektiven Kriterien erwartbare Beschaffenheit aufweist, gem. § 476 I 2 nur getroffen werden kann, wenn der Unternehmer den Verbraucher gesondert informiert und eine ausdrückliche und gesonderte Zustimmung des Verbrauchers erhält. Nach der Entwurfsbegründung reichen weder eine (bisher ausreichende) konkludente Vereinbarung noch ein vorangekreuztes Kästchen oder eine Bestimmung in AGB. ¹¹ Diese

Kirchhefer-Lauber: Digitales Kaufrecht 2022(JuS 2021, 918)

919

Formvorschrift dürfte in Praxis und Klausur nicht nur die Beurteilung erleichtern, ob überhaupt eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, sondern insbesondere die Abgrenzung zwischen einer zulässigen Beschaffenheitsvereinbarung und einer unzulässigen Beschränkung der Käuferrechte. Denn die Prüfung der gesonderten Information des Verbrauchers kann besser darüber Aufschluss geben, ob punktuell von objektiv erwartbaren Merkmalen abgewichen wird oder ob das Risiko eines verborgenen Mangels unzulässig auf den Käufer abgewälzt wird. ¹²

Gemäß § 434 II Nr. 2 muss sich die Kaufsache für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen. Nach dem Vertrag vorausgesetzt ist eine Verwendung, wenn der Käufer diese spätestens bei Abschluss des Kaufvertrags dem Verkäufer zur Kenntnis gebracht und dieser der Verwendung zugestimmt hat. ¹³ Der Käufer muss nicht ausdrücklich zustimmen, vielmehr genügt es, wenn er in Kenntnis der vom Käufer angestrebten Verwendung den Kaufvertrag abschließt, ohne dem Käufer mitzuteilen, dass die Kaufsache sich nicht für diese Verwendung eignet. ¹⁴ Während der *BGH* geurteilt hat, es gehe „um die konkrete Nutzung der Kaufsache durch den Käufer, die die Parteien zwar nicht vereinbart, aber übereinstimmend unterstellt haben“, ¹⁵ deutet der Richtlinien text darauf hin, dass es sich um eine echte Vertragsabrede handeln muss, auch wenn der Verkäufer konkludent annehmen bzw. zustimmen kann.

2. § 434 III BGB: objektive Anforderungen

Die objektiven Anforderungen müssen nun – außer in den Fällen einer formwirksamen negativen Beschaffenheitsvereinbarung – zusätzlich zu den subjektiven Anforderungen erfüllt sein. Das bedeutet, dass eine Ware, die sich für die von den Parteien vorausgesetzte Verwendung eignet, dennoch mangelhaft sein kann, wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder nicht die übliche Beschaffenheit aufweist. ¹⁶

§ 434 III gliedert die objektiven Anforderungen an die Kaufsache in vier Gruppen:

§ 434 III 1 Nr. 1 bestimmt, dass die Kaufsache sich für die *gewöhnliche Verwendung* eignen muss. In Art. 7 Ia WKRL wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass zur Beurteilung der gewöhnlichen Verwendungseignung das bestehende Unionsrecht und das nationale Recht, technische Normen oder anwendbare sektorspezifische Verhaltenskodizes zu berücksichtigen sind. Damit gelten die Ausführungen der Rechtsprechung und der Literatur weiter, die die „gewöhnliche Verwendung“ von der durchschnittlich gebräuchlichen Verwendung einer Sache dieser Art ableiten, also aus der objektiv berechtigten Käufererwartung, die sich, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, an der üblichen Beschaffenheit orientiert. ¹⁷

§ 434 III 1 Nr. 2 sieht vor, dass für die geschuldete übliche Beschaffenheit insbesondere die *Art der Sache* und die *öffentlichen Äußerungen* zu berücksichtigen sind, die von dem Verkäufer oder einer anderen Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette selbst oder in deren Auftrag abgegeben wurden. Zum Begriff der „üblichen Beschaffenheit“, so stellt § 434 III 2 klar, gehören auch „Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit“. Mit Blick auf die Nennung der „Haltbarkeit“ der Sache ist keine Haltbarkeitsgarantie gemeint, sondern vielmehr die Fähigkeit der Ware, zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten.¹⁸ Der Verkäufer muss mithin nicht dafür einstehen, dass die Sache ihre Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung auch tatsächlich behält.

Nach § 434 III 1 Nr. 3 muss die Kaufsache der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters entsprechen, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat. Diese Regelung fand sich schon in der VerbrauchsgüterkaufRL,¹⁹ war aber durch Deutschland nicht umgesetzt worden. Nun entspricht die Vorschrift den Vorgaben in Art. 7 I b WKRL.

Eine Weiterentwicklung der als IKEA-Klausel bezeichneten Regelung des § 434 II 2 aF stellt der neue § 434 III 1 Nr. 4 dar, der vorsieht, dass die Kaufsache mit dem Zubehör übergeben werden muss, das der Verbraucher erwarten kann. Zum Zubehör gehören dabei insbesondere Verpackung, Montage- oder Installationsanleitungen und andere Anleitungen, deren Erhalt der Käufer vernünftigerweise erwarten kann. Mit dieser Umsetzung gehören die Meinungsstreitigkeiten²⁰, ob die Vorschrift auch auf das gänzliche Fehlen einer Montageanleitung anwendbar war, und die Frage, ob auch Bedienungsanleitungen erfasst waren, der Vergangenheit an.

Von den Regeln über die objektiven Anforderungen an die Kaufsache in § 434 III können die Parteien, wie oben dargestellt, durch Vereinbarung abweichen. In der Klausur ist bei einem Verbrauchsgüterkauf stets daran zu denken: Vereinbaren die Parteien, dass auch eine Kaufsache vertragsgemäß sein soll, die eine schlechtere als die übliche Beschaffenheit hat, so bedarf diese Vereinbarung der besonderen Form des § 476 I 2.

3. Liefervertrag mit Montageverpflichtung

Die Regelungen zum Kauf mit Montageverpflichtung des § 434 II aF finden sich nun in § 434 IV. Danach ist die Kaufsache mangelhaft, wenn sie unsachgemäß montiert worden ist und entweder die Montage Teil des Kaufvertrags ist und vom Verkäufer oder unter seiner Verantwortung vorgenommen wurde oder die vom Käufer vorzunehmende

Kirchhefer-Lauber: Digitales Kaufrecht 2022(JuS 2021, 918)

920

Montage von diesem getätigt wurde und die unsachgemäße Montage auf einen Mangel in der vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Anleitung zurückzuführen ist.

Aus der Streichung der in § 434 II aF ausdrücklich benannten Verantwortung des Verkäufers auch für Erfüllungsgehilfen ist keine inhaltliche Änderung abzuleiten,²¹ vielmehr handelt es sich um eine redaktionelle Bereinigung, weil sich die Verantwortung des Verkäufers für von ihm eingesetzte Erfüllungsgehilfen bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergibt.

4. Aliudlieferung

Gemäß § 434 III aF stand es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge lieferte. § 434 V in der neuen Fassung bestimmt, dass es nur noch einem Sachmangel gleichsteht, wenn der Verkäufer eine andere Sache als die vertraglich geschuldete Sache liefert. Es ist mithin nicht mehr geregelt, dass auch die Lieferung einer zu

geringen Menge einem Sachmangel gleichsteht. Dies liegt an einer systematischen Korrektur, die durch die Vorgaben des Unionsrechts²² nötig wurde. Die Lieferung einer zu geringen Menge stellt ab dem 1.1.2022 einen Anwendungsfall der *subjektiven Anforderungen* an die Kaufsache dar und ist damit ein echter Sachmangel. An den Rechtsfolgen ändert sich dadurch nichts; allerdings ist diese Änderung im Prüfungsaufbau zu berücksichtigen.

II. Zeitliche Ausdehnung der Beweislastumkehr

Im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs galt bisher eine Beweislastumkehr dahingehend, dass – sofern sich ein Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang zeigte – davon auszugehen war, dass die Sache schon bei Gefahrübergang mangelhaft war. Der Zeitraum, für den die Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers gilt, wird von sechs Monaten *auf ein Jahr verlängert*, § 477 I. Lediglich beim Kauf von lebenden Tieren bleibt es beim Zeitraum von sechs Monaten. Beachtenswert ist, dass der Gesetzestext nun auf einen von den vertraglichen Anforderungen nach § 434 abweichenden „Zustand“ abstellt. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des *BGH*, der in Umsetzung der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Faber²³ für die Beweislastumkehr darauf abgestellt hat, dass sich innerhalb der gesetzlichen Frist ein „mangelhafter Zustand (eine Mangelerscheinung)“ gezeigt hat.²⁴

III. Änderungen im Abhilfesystem bei Vertragswidrigkeit

Im Bereich der Abhilfemaßnahmen bleibt es bei der bekannten Struktur, nach der der Verbraucher in einem ersten Schritt zwischen Nachbesserung und Nachlieferung wählen und erst, wenn dies nicht zu einer vertragsgemäßen Ware führt, in einem zweiten Schritt eine Kaufpreisminderung geltend machen bzw. einen Rücktritt vom Vertrag erklären kann. Der deutsche Gesetzgeber musste jedoch § 439 III aF, der die Kodifizierung²⁵ der Rechtsprechung des *EuGH* in den Rechtssachen Weber/Putz²⁶ enthält, unter Beachtung der Vorgaben der WRKL modifizieren.

1. § 439 III BGB: Ersatz von Aus- und Einbaukosten

Der *EuGH* hatte entschieden, dass sich die Nacherfüllungspflicht im Fall der Lieferung einer mangelhaften Sache nicht nur auf die Neulieferung beschränke, sondern der Unternehmer vielmehr darüber hinaus auch entweder den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der neu gelieferten Sache oder die Tragung der dafür anfallenden Kosten schulde, wenn ein Verbraucher die gekaufte Sache ihrer Bestimmung gemäß „gutgläubig“ eingebaut habe.²⁷ Das Kriterium der „Gutgläubigkeit“ fand sich in § 439 III 2 aF. Danach war in Bezug auf den Ersatz der Aufwendungen für Aus- und Wiedereinbau § 442 I aF „mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt“. Das bedeutete, dass der Ersatz der Aufwendungen ausgeschlossen war, wenn der Käufer die Sache in Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels eingebaut hatte. Der Ausschluss des Aufwendungsersatzes bei grob fahrlässiger Unkenntnis ist in der WRKL nicht vorgesehen und kann daher nicht bestehen bleiben. Hinzukommt, dass aufgrund der Vorgaben der WKRL § 442 ab 1.1.2022 überhaupt nicht mehr auf Verbrauchsgüterkaufverträge anwendbar ist. Die Regelung zum Erfordernis des „gutgläubigen Einbaus“ kommt daher im neuen Kaufrecht ohne Verweisung aus und erfolgt über die Worte „bevor der Mangel offenbar wurde“²⁸ für die Kenntnis des Mangels bei Einbau direkt in § 439 III. Der Käufer hat unmittelbar einen Anspruch auf Ersatz der Aus- und Einbaukosten, ohne dass der Verkäufer oder dessen Lieferanten Gelegenheit bekommen, den Aus- und Einbau in Natur vorzunehmen.²⁹

2. Modalitäten der Nacherfüllung

Immer wieder fallrelevant wird die Frage, an welchem Ort der Verbraucher eine gekaufte mangelhafte Ware zum Zweck der Nacherfüllung bereitstellen muss. In Betracht kommen der Wohnsitz des Verbrauchers, der Sitz des Verkäufers oder der Belegenheitsort der Sache.³⁰ Der *EuGH* hatte in der Rechtssache Fülla³¹ entschieden, dass für den Nacherfüllungsort auf das nationale Recht abzustellen sei. Das nationale Recht sei jedoch richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Nachbesserung kostenlos, in angemessener Frist und ohne Unannehmlichkeiten für den

Kirchhefer-Lauber: Digitales Kaufrecht 2022(JuS 2021, 918)

921

Verbraucher zu erfolgen habe. Auch nach Umsetzung der RL bleibt es dabei, dass § 269 zur Anwendung kommt.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass § 439 II 1, der gegenüber der bisherigen Fassung unverändert bleibt, weiterhin vorsieht, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Gemäß § 439 V trifft den Käufer aber nun ausdrücklich die Pflicht, dem Verkäufer die Sache zur Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. § 439 VI regelt die Pflicht des Verkäufers, die ersetzte Sache zurückzunehmen. Eine derartige Rücknahmepflicht hatte die hM bereits nach alter Rechtslage angenommen.³² Bedeutung erlangt § 439 VI in Fällen, in denen der Käufer die mangelhafte Sache loswerden will und sie für den Verkäufer keinen Wert mehr hat und immer dann, wenn der Käufer den Ersatz notwendiger Verwendungen gem. § 347 II 1 geltend macht, weil der Anspruch die Rückgabe der Sache voraussetzt.

3. Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

Die Einrede des § 439 IV aF, nach der der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, bleibt unverändert bestehen. „Unverhältnismäßigkeit“ kann dabei auf zwei verschiedene Arten verstanden werden: im Vergleich mit der jeweils anderen Art der Nacherfüllung (sog. *relative Unverhältnismäßigkeit*) und im Vergleich zwischen Aufwand des Verkäufers und Leistungsinteresse des Käufers (sog. *absolute Unverhältnismäßigkeit*).³³ Macht der Verkäufer im ersteren Fall das Verweigerungsrecht geltend, reduziert § 439 IV 3 Hs. 1 die Nacherfüllungsrechte des Käufers auf die andere, noch verbliebene Art der Nacherfüllung. Nach § 439 IV 3 Hs. 2 kann der Verkäufer aber auch diese verbliebene Nacherfüllungsmöglichkeit verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist.

Bei Verbrauchsgüterkäufen galt jedoch bislang – fußend auf der *EuGH*-Rechtsprechung in den Rechtssachen Weber/Putz³⁴ – die Spezialvorschrift des § 475 IV aF, welche dieses Totalverweigerungsrecht des Verkäufers ausschloss. Die WRKL hat diese Rechtsprechung des *EuGH* zur Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung bei Verbrauchsgüterkaufverträgen nicht übernommen.³⁵ Aus diesem Grund sind die Absätze 4 und 5 des alten § 475 gestrichen worden und dem Verkäufer steht auch im Verhältnis zum Verbraucher ein Totalverweigerungsrecht zu.

4. Zurückbehaltungsrecht bei Rückabwicklung nach Rücktritt, §§ 346 ff. BGB

Der neue § 475 VI 2 sieht vor, dass der Unternehmer dem Verbraucher den für die Kaufsache gezahlten Preis zu erstatten hat, sobald er die Kaufsache zurückerhält oder der Verbraucher einen Nachweis erbringt, dass er die Kaufsache zurückgesandt hat. Dies stellt eine Erleichterung für Verbraucher dar, denn nach bisheriger Rechtslage konnte der Verkäufer gem. §§ 348, 320 die

Rückzahlung des Kaufpreises zurückhalten, bis der Käufer die Kaufsache zurückgab. Nun endet das Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers bereits, sobald der Verbraucher die Rücksendung nachweist. Ein solcher Nachweis wird in der Praxis regelmäßig durch Vorlage eines Einlieferungsbelegs der Post oder eines anderen Transportunternehmens erbracht werden können.³⁶

C. Sonderbestimmungen für Sachen mit digitalen Elementen

Im Folgenden soll schließlich ein kurzer Überblick über die Sonderbestimmungen für den Kauf von Waren mit digitalen Elementen gegeben werden:

I. Anwendungsbereich

Nach dem Willen des Unionsgesetzgebers sind der Kauf von *Waren mit digitalen Elementen* und der Kauf *digitaler Inhalte* zu unterscheiden. Daher unterliegen Warenkäufe nur der WKRL und damit der Umsetzung in den §§ 475 b–475 e, wenn die Waren im Sinne körperlicher Gegenstände innerhalb eines Verbrauchsgüterkaufvertrags digitale Elemente enthalten, während die Digitale-Inhalte-RL bei Warenkäufen nicht eingreift.

Nach der Legaldefinition in § 327 a III 1, auf die § 475 b I 1 verweist, sind Sachen mit digitalen Elementen Sachen, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Sachen ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können. Hier wird also ein Kausalverhältnis zwischen dem Zweck der Sache, der auch individualvertraglich vereinbart werden kann, und dem Mittel zur Erreichung dieses Zwecks, einem digitalen Element, etabliert.³⁷

II. Kaufvertrag über eine Sache mit digitalen Elementen

Für die Anwendbarkeit der Sonderbestimmungen der §§ 475 b und 475 c ist zunächst durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um einen Kaufvertrag über eine Sache mit digitalen Elementen handelt. Unproblematisch zu bejahen ist dies, wenn die Bereitstellung der digitalen Elemente bereits im Vertrag ausdrücklich vorgesehen ist. Im Übrigen sollte in einer Falllösung zuerst der Zweck der Sache, dh die ihr zugeordnete Funktion genau bestimmt werden. Dies gilt umso mehr, da der Begriff der Funktionalität sich unter den subjektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit wiederfindet, so dass es darauf ankommt, welche Funktionen die Parteien vereinbart haben. In einem zweiten Schritt muss dann geprüft werden, ob diese konkreten Funktionen nur mit Hilfe digitaler Produkte erreicht werden können.³⁸ Wenn diese Frage bejaht wird, gehören die digitalen Elemente zur Vertragsgemäßheit der Ware, ohne dass es darauf ankommt, ob und wie die digitalen Elemente im Einzelnen beschrieben sind. Das ist beispielsweise der Fall bei einem

Kirchhefer-Lauber: Digitales Kaufrecht 2022(JuS 2021, 918)

922

Mähroboter, der nur mit einer herstellereigenen Smartphone-App steuerbar ist, oder einem sprachgesteuerten Lautsprecher mit cloudbasiertem Spracherkennungsdienst,³⁹ einem SmartTV oder einer SmartWatch, die nur mittels Anwendung auf dem Smartphone funktioniert.⁴⁰

Von der Vorschrift erfasst sind aber auch solche Verbrauchsgüterkaufverträge, die dahingehend auszulegen sind, dass sie die Bereitstellung spezifischer digitaler Elemente mit umfassen, weil diese bei Sachen der gleichen Art üblich sind und der Verbraucher sie erwarten kann. Zur Bestimmung dieser Erwartung sind unter anderem die Beschaffenheit der Sachen und öffentliche Erklärungen zu berücksichtigen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses abgegeben wurden. Ein Smart-TV beispielsweise, der nach der Werbung mit einer bestimmten Video-Anwendung

ausgestattet sein soll, muss diese Video-Anwendung als Bestandteil des Kaufvertrags auch enthalten.⁴¹ Die Erwartung kann sich ferner daraus ergeben, dass die jeweiligen digitalen Elemente für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder gewöhnliche Verwendung der Sache erforderlich sind.⁴² Gemäß § 475 b I 2 gilt die Auslegungsregel des § 327 a III 2, wonach beim Kauf einer Sache mit digitalen Elementen im Zweifel anzunehmen ist, dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen umfasst.

III. Sachmangelbegriff bei Sachen mit digitalen Elementen

Die §§ 475 b und 475 c ergänzen den Sachmangelbegriff des § 434.

1. Aktualisierungsverpflichtung für digitale Elemente

§ 475 b III bestimmt unter anderem, dass für die Mangelfreiheit der Sache die vereinbarten Aktualisierungen für die digitalen Elemente bereitgestellt werden müssen.⁴³ Durch die Verwendung des Begriffs der „Aktualisierung“ wird klargestellt, dass der Unternehmer seiner Verpflichtung entweder durch ein „Update“ oder im Rahmen eines Versionswechsels durch ein „Upgrade“ nachkommen kann.

Die Pflicht zu Aktualisierungen im Rahmen der objektiven Anforderungen erstreckt sich nur auf solche, die zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Ware erforderlich sind, nicht auf Verbesserungen der Funktionsfähigkeit, vgl. § 475 b IV Nr. 2. Diese objektiv zu erwartenden Aktualisierungen können in der besonderen Form des § 476 I 2 vertraglich ausgeschlossen werden.

Der Zeitpunkt, zu dem eine Aktualisierung erforderlich wird, liegt in der Regel erst nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs,⁴⁴ der grundsätzlich für die Bestimmung der Mangelfreiheit maßgeblich ist. Die Vorschriften zum Aktualisierungserfordernis stellen insofern eine Ausnahme zu diesem Grundsatz dar.

Eine Aktualisierung wird dadurch „bereitgestellt“, dass sie oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu dieser oder das Herunterladen der Aktualisierung dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht wird.⁴⁵ Eine Aktualisierung ist dem Verbraucher „zur Verfügung gestellt“, wenn diesem eine eigenständige Zugriffsmöglichkeit verschafft wurde, beispielsweise durch einen Link. Im Gegensatz dazu bedeutet „zugänglich machen“ das Schaffen einer entsprechenden Möglichkeit zur Nutzung der Aktualisierung durch den Verbraucher unter fremder Kontrolle.⁴⁶ Natürlich können grundsätzlich auch Dritte (etwa Hersteller) die Aktualisierung übernehmen, § 267.

2. Dauerhafte Bereitstellung digitaler Elemente

Die Parteien können beim Kauf einer Sache mit digitalen Elementen die dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum hinweg vereinbaren, zum Beispiel für Verkehrsdaten in einem Navigationssystem oder für die Cloud-Anbindung bei einer Spiele-Konsole. § 475 c I wertet Verträge mit diesem Inhalt in Umsetzung der RL trotz ihrer Atypik als Kaufverträge.

IV. Rücktritt vom Kaufvertrag über eine Sache mit digitalen Elementen

Durch § 475 d I 1 wird zunächst die Anwendung der §§ 323 II und 440 für Verbrauchsgüterkaufverträge ausgeschlossen. Das bedeutet, es gibt für den Verbraucher in den dort aufgezählten Fällen kein Fristsetzungserfordernis mehr. Vielmehr kann der Verbraucher ohne vorherige Fristsetzung gegenüber dem Unternehmer vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis

mindern. Unerheblich wird auch, ob ein Mangel trotz Nacherfüllungsversuchs fortbesteht oder ob der Unternehmer im Rahmen der Nacherfüllung einen neuen, anderen Mangel verursacht. In beiden Fällen muss der Verbraucher dem Unternehmer keinen weiteren Nacherfüllungsversuch einräumen, § 475 d I Nr. 2. Eine weitere wichtige Änderung: Es gibt keine festgesetzte Versuchsanzahl mehr, die dem Unternehmer für sein „Recht zur zweiten Andienung“ zusteht. Vielmehr ist es jeweils eine Frage des Einzelfalls, ob der Verbraucher bereits nach einem erfolglosen Nacherfüllungsversuch des Unternehmers zurücktreten darf oder ob er mehrere Nacherfüllungsversuche ermöglichen muss. Hier wird die Rechtsprechung gefragt sein.

V. Verjährung

§ 475 e enthält Bestimmungen für die Verjährung beim Verbrauchsgüterkauf von Sachen mit digitalen Elementen. Absatz 1 regelt allein den Beginn der Verjährungsfrist; im Übrigen finden die Vorschriften des BGB AT Anwendung. Zwei Regelungen sind hervorzuheben: Zum einen kann der Käufer auch gegen Ende der Verjährungsfrist offenbar gewordene Mängel noch effektiv geltend machen, § 475 e III. Zum anderen schafft § 475 e IV Klarheit darüber, welche Auswirkungen die Nacherfüllung auf den Lauf der Verjährungsfrist hat.

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und IPR (Prof. Dr. Stefan Arnold, LL. M., [Cambridge]) der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB in der ab 1.1.2022 gültigen Fassung; Vorschriften der bis 31.12.2021 geltenden Fassung sind mit dem Zusatz „aF“ versehen. – Zu diesem Beitrag gibt es Kontrollfragen auf www.JuS.de.

¹ RL (EU) 2019/771 des Eur. Parlaments u. des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtl. Aspekte d. Warenkaufs, zur Änderung der VO (EU) 2017/2394 u. der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG.

² RL 1999/44/EG des Eur. Parlaments u. des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten d. Verbrauchsgüterkaufs u. der Garantien f. Verbrauchsgüter.

³ Zur Terminologie vgl. *Tonner*, *VuR* 2019, 363.

⁴ RL (EU) 2019/770 des Eur. Parlaments u. des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtl. Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte u. digitaler Dienstleistungen; dazu *Spindler*, *MMR* 2021, 451.

⁵ Zur Abgrenzung u. Ergänzung vgl. EG 13–16 RL (EU) 2019/771.

⁶ BGBl. I 2021, 2133.

⁷ Zum Stand vor WKRL *Arnold/Hornung*, *JuS* 2019, 1041.

⁸ NK-BGB/*Thau*, 4. Aufl. 2021, Anh. I §§ 433–480 Rn.17.

⁹ Vgl. nur *BGH*, *NJW* 2008, 1517; zum Beschaffenheitsbegriff vor Umsetzung der WKRL vgl. *MüKoBGB/Westermann*, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 9–17.

¹⁰ *BGH*, *NJW* 2019, 1937 Rn. 22 mWN (mAnm *Ostendorf*) = *JuS* 2019, 2019, 808 (*Omlor*); zu dieser Diskrepanz auch *Wilke*, *BB* 2019, 2434 (2437).

¹¹ Entw. eines Ges. zur Regelung d. Verkaufs v. Sachen m. digitalen Elementen u. anderer Aspekte des Kaufvertrags, BT-Drs. 19/27424, 43.

¹² Zu dieser Frage, als entsch. Abgrenzungskriterium, *MüKoBGB/Lorenz* (o. Fn. 9), § 476 Rn. 10.

¹³ Vgl. auch Art. 6 b WKRL.

¹⁴ BT-Drs. 19/27424, 23.

¹⁵ *BGH*, *NJW* 2019, 1937, Rn. 25 (mAnm *Ostendorf*) = *JuS* 2019, 2019, 808 (*Omlor*); *NJW* 2017, 2817 Rn. 16; *NJW-RR* 2012, 1078 Rn. 16.

¹⁶ Damit ist die bisherige Streitfrage, ob das in § 434 I 2 aF vorgesehene Stufenverhältnis richtlinienkonform ist (denn EG 8 VerbrauchsgüterkaufRL sprach bereits von der „Kumulation“ der v. der RL aufgestellten Anforderungen) zugunsten einer Kumulation klargestellt.

¹⁷ MüKoBGB/ *Westermann* (o. Fn. 9), § 434 Rn. 24, dort verweist Fn. 153 auf die Gerichtspraxis: *BGH*, NJW 2007, 1351 = JuS 2007, 684 (*Faust*), und im Anschluss daran *BGH*, NJW 2009, 2056 (mAnm *Höpfner*) = JuS 2009, 960 (*Faust*), sowie auch *BGHZ* 181, 170 = NJW 2009, 2807 (2808) mAnm *Gutzeit*, *OLG Düsseldorf*, NJW 2006, 2858; *OLG Koblenz*, NJW 2007, 1828; *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2006, 1720; prägnant auch *Jauernig/Berger*, BGB, 18. Aufl. 2021, Rn. 14: „normativ bestimmte Durchschnittskäufer“.

¹⁸ BT-Drs. 19/27424, 24; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889 (2890); *Schrader*, NZV 2021, 67.

¹⁹ Art. 2 II Buchst. a VerbrauchsgüterkaufRL.

²⁰ *Brand*, ZGS 2003, 96 (97); *Erman/Grunewald*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 434 Rn. 58.

²¹ BT-Drs. 19/27424, 25.

²² Art. 6 a WKRL.

²³ *EuGH*, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 = NJW 2015, 2237 (mAnm *Hübner*) = JuS 2016, 459 (*Gutzeit*) – Faber.

²⁴ *BGHZ* 212, 244 = NJW 2017, 1093 (mAnm *Koch*, NJW 2017, 1068) = JuS 2017, 357 (*Gutzeit*).

²⁵ Dazu instruktiv *Lorenz*, JuS 2018, 10 (11).

²⁶ *EuGH*, C-65/09, C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 = NJW 2011, 2269 mAnm *Lorenz*, NJW 2011, 2241 – Weber u Putz.

²⁷ *EuGH*, C-65/09, C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 = NJW 2011, 2269 mAnm *Lorenz*, NJW 2011, 2241 – Weber u Putz.

²⁸ Zur Begrifflichkeit vertiefend die Ausführungen bei *Lorenz*, NJW 2021, 2065 (2067).

²⁹ Die Richtlinie ändert daher nichts an der Regelung, die bereits durch das Ges. zur Reform d. BauvertragR, zur Änd. d. kaufrechtl. Mängelhaftung, zur Stärkung d. zivilprozessualen Rechtsschutzes u. zum maschinellen Siegel im Grundbuch- u. Schiffsregisterverfahren v. 28.4.2017 (BGBl. I 2017, 969) eingeführt wurde.

³⁰ Instruktiv *Augenhofer*, NJW 2019, 1988.

³¹ *EuGH*, C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447 = NJW 2019, 2007 (mAnm *Augenhofer*, NJW 2019, 1988) = JuS 2019, 1016 (*Omlor*) – Füllä.

³² *OLG Köln*, NJW-RR 2006, 677; BeckOGK BGB/*Höpfner*, 1.5.2021, § 439 Rn. 111; *Höpfner*, ZGS 2009, 270; *Lorenz*, ZGS 2004, 408.

³³ Zu den Begrifflichkeiten vgl. auch NK-BGB/*Büdenbender* (o. Fn. 8), § 439 Rn. 56, 57.

³⁴ *EuGH*, C-65/09, C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 = NJW 2011, 2269 mAnm *Lorenz*, NJW 2011, 2241 Rn. 63 ff. – Weber u Putz.

³⁵ BT-Drs. 19/27424, 29.

³⁶ BT-Drs. 19/27424, 29.

³⁷ Vgl. zur Funktionalität auch EG 27 WKRL.

³⁸ Plastisch MüKoBGB/*Wendehorst*, 8. Aufl. 2021, EGBGB Art. 43 Rn. 302: Ohne digitale Elemente stellt sich das Eigentum an der Sachsubstanz als „leere Hülle“ dar.

³⁹ *Firsching*, ZUM 2021, 210.

⁴⁰ BT-Drs. 19/27424, 30, 31.

⁴¹ BT-Drs. 19/27424, 30, 31.

⁴² EG 15 WKRL; BT-Drs. 19/27424, 30.

⁴³ Zu den Sonderbestimmungen instruktiv m. Beispielen *Firsching*, ZUM 2021, 210.

⁴⁴ Damit wäre die Sache nach bisherigem Recht zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei gewesen, vgl. *OLG Koblenz*, BeckRS 2009, 14285.

⁴⁵ Vgl. § 327 b III BGB, BGBl. I 2021, 2124.

⁴⁶ BT-Drs. 19/27424, 32.