

Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht

Benjamin Kesisoglul und David Lang*

Mit Wirkung zum 1.1.2022 traten als „Schuldrechtsreform 2022“ zahlreiche Änderungen im BGB in Kraft. Auch wenn die jüngsten Neuerungen tatsächlich nicht die Bedeutung der Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002 aufweisen, ändert dies nichts an der eminenten Relevanz jener: Mit ihnen haben erstmals in großem Umfang Regelungen spezifisch für „digitale“ Sachverhalte Eingang ins BGB gefunden. Gerade angesichts des europarechtlichen Hintergrunds verwundert es nicht, dass die dadurch aufgeworfenen Fragen noch nicht abschließend erkannt, diskutiert oder gar weitgehend konsensual beantwortet worden sind. Der Beitrag soll hierzu einen Baustein beitragen.

I. Gleichlauf der Definitionen im Allgemeinen und im Besonderen Teil des BGB

1 Bereits ein erster Blick in die Vorschriften insbesondere der §§ 327 ff. BGB einerseits und §§ 434, 475b BGB andererseits verleitet zu der Einschätzung, dass der Verwendung identischer Terminologie in beiden Rechtsgebieten auch identische Definitionen zugrunde liegen. Die Frage nach einer solchen Einheitlichkeit ist gerade dann relevant, wenn es jedenfalls in einem Bereich an (europarechtskonformen) Legaldefinitionen und auch an Definitionshinweisen in den Gesetzgebungsmaterialien fehlt.

2 Erwgr. (20) DID-RL¹ und Erwgr. (13) WK-RL² betonen, dass die beiden Richtlinien einander ergänzen sollen, wobei – s. Erwgr. (20 ff.) DID-RL bzw. Erwgr. (14 ff.) WK-RL – das Feld „digitaler“ Leistungen zwischen ihnen aufgeteilt wird. Dementsprechend definieren Art. 2 DID-RL und Art. 2 WK-RL digitale Inhalte, digitale Dienstleistung(en), Waren mit digitalen Elementen, Funktionalität und Interoperabilität nahezu wortlautgleich. Demnach liegt es nicht fern, im nationalen Recht auch weitere Begriffe (wie bspw. die Bereitstellung „fortlaufend über einen Zeitraum“ bzw. die „dauerhafte Bereitstellung“) mit identischer Bedeutung zu versehen,³ sofern nicht die europäischen Gesetzgebungsmaterialien⁴ oder ein unüberwindlicher abweichender Wille des nationalen Gesetzgebers dem entgegenstehen (könnten).⁵

II. Abgrenzung der dauerhaften Bereitstellung von der Einzelbereitstellung

3 Zu klären ist vor diesem Hintergrund dann zum Beispiel noch, wie die in § 327e I 3 BGB als fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum legaldefinierte „dauerhafte Bereitstellung“ von einer „Einzelbereitstellung“ abzugrenzen ist. Der Wortlaut ist in zweierlei Hinsicht zu präzisieren:

4 Zum einen darf die Qualifizierung als „fortlaufend“ nicht zu dem Schluss verleiten, dass eine dauerhafte Bereitstellung zwingend als langfristige zu erfolgen hat. Erwgr. (57) DID-RL erläutert nicht nur, dass neben der zeitlich unbegrenzten Bereitstellung auch die Bereitstellung über (irgend-)einen bestimmten Zeitraum für eine dauerhafte Bereitstellung ausreicht;⁶ vielmehr wird auch formuliert, dass „fortlaufende Bereitstellung nicht unbedingt bedeuten sollte, dass es sich dabei um eine langfristige Bereitstellung handelt“, auch die Pflicht (allein) zum Streaming eines gegebenenfalls kurzen Videoclips sei demnach eine dauerhafte Bereitstellung. Die englische Sprachversion bringt dies im Übrigen bereits durch

die Verwendung des Ausdrucks „continuous“ (anstelle von „fortlaufend“) zum Ausdruck.⁷

5 Zum anderen ist darauf zu achten, dass nicht die Dauer der Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers maßgeblich ist, sondern allein diejenige der Bereitstellung des Unternehmers. So führt Erwgr. (56) DID-RL zur Einzelbereitstellung aus, dass nach der Bereitstellung „die Verbraucher unbefristeten Zugang auf und unbefristete Nutzungsrechte für die digitalen Inhalte und digitalen Dienstleistungen haben“ dürften. Hingegen sind dauerhafte Bereitstellungen nach Erwgr. (57) DID-RL „dadurch gekennzeichnet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen dem Verbraucher nur so lange zur Verfügung stehen oder zugänglich sind, wie die festgelegte Vertragslaufzeit andauert oder der unbefristete Vertrag in Kraft ist“ bzw. der Bereitstellungszeitraum andauert.⁸

6 Diese Merkmale beanspruchen bei konkreter Anwendung des unter I Gesagten dann tatsächlich nicht nur im Rahmen der §§ 327 ff. BGB, sondern auch im Rahmen der kaufrechtlichen Vorschriften Geltung.

III. Reichweite des Tatbestandsmerkmals der digitalen Dienstleistung

7 § 327 I BGB eröffnet den Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB überhaupt nur für solche Verträge, mit denen der Unternehmer sich zur Bereitstellung „digitaler Produkte“ verpflichtet. Während sich die Legaldefinition der Teilmenge der digitalen Inhalte in § 327 II 1 BGB leicht erschließt, erstreckt sich diejenige zu digitalen Dienstleistungen in § 327 II 2 BGB über zahlreiche Varianten. Es drängt sich der Eindruck auf, dass der Begriff der digitalen Dienstleistung weit zu verstehen ist.⁹

8 Allerdings stellt sich die Frage, ob der Wortlaut einer einschränkenden Auslegung bedarf:¹⁰ Hier wird die These zur Diskussion gestellt, dass nur solche Dienstleistungen erfasst sind, die gerade in dem digitalen Element eines bestimmten Vorgangs bestehen. Umgekehrt genügt es also nicht, dass eine Dienstleistung bloß unter Einschaltung digitaler Mittel erbracht wird.¹¹ Dieser Ansicht könnte entgegenstehen, dass der nationale Gesetzgeber – bei Umsetzung der WK-RL – zu Waren mit digitalen Elementen beispielsweise auch Türklingeln, Fußbodenheizungen, Schalter und Steckdosen zählt.¹² Denn deren Tätigkeit (Klingeln, Heizen, Schalten etc.) wird offenbar nur unter Einschaltung des jeweiligen digitalen Elements erbracht.¹³ Jedoch stellt der Gesetzgeber all diese Produkte in den Kontext des – digital vernetzten¹⁴ – Internet of Things;¹⁵ dementsprechend werden andere Produktgruppen nicht allgemein erfasst, sondern nur hinsichtlich der Vernetzungskomponente (smarte Beleuchtung etc.).¹⁶ Die Vernetzungsdienstleistung wird aber gerade durch das (und nicht: mittels des) digitale Element erbracht.¹⁷

9 Der hier eingeführte Ansatz dürfte im Übrigen auch mit der Ansicht des europäischen Normgebers in Einklang stehen: Erwgr. (14) WK-RL spricht im gleichen Kontext immerhin nicht allgemein von Uhren, sondern nur von smart watches. Zudem begründet Erwgr. (5) der DID-RL die Notwendigkeit dieser damit, dass „es keinen klaren vertragsrechtlichen Rahmen für digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen gibt“. Davon kann aber beispielsweise hinsichtlich allein unter Einschaltung digitaler Elemente arbeitender Armbanduhren, Taschenrechner oder auch Automotoren insofern keine Rede sein, als das Recht in vielen Mitgliedstaaten diese seit Jahr(zehnt)en adäquat zu erfassen vermag. Zumindest diese digitalen Elemente dürften zudem oftmals – bis auf die Massenproduktion und das Fehlen einer im engeren Sinne physischen Existenz – bereits nicht die Merkmale

aufweisen, die als typisch für digitale Produkte erachtet werden.¹⁸ Insbesondere aber führt Pech¹⁹ für den hier vorgeschlagenen Ansatz die Bereichsausnahme des § 327 VI Nr. 1 BGB an, die Art. 3 V Buchst. a DID-RL entspricht und die Anwendung der §§ 327 ff. BGB auf „Verträge über andere Dienstleistungen (...), unabhängig davon (ausschließt), ob der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln“. Jedenfalls da Art. 3 I UA 1 DID-RL für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie nicht zwingend eine Verpflichtung des Unternehmers zur Bereitstellung des digitalen Produkts erfordert, kommt dieser Norm trotz seiner Beschränkung auf den Ausschluss allein des Falls des bloßen „Einsatzes“ digitaler Mittel und der weiteren, auch durch Erwgr. (27) DID-RL gezogenen Grenzen in der Tat zumindest entsprechende Indizwirkung zu.²⁰

IV. Bereitstellungsunterbrechungen als Mangel oder Bereitstellungsfehler

10 Anlässlich einer – ins Gesetz übernommenen – Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz fand auch die Aussage Eingang in die Gesetzgebungsmaterialien, dass bei einer Verpflichtung zur dauerhaften Bereitstellung eine Unterbrechung dieser nach „Erfüllung der Bereitstellungspflicht“ als Mangel iSd § 327d BGB

Kesisoglulil/Lang: Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht(NJW 2023, 1009)

1011

zu qualifizieren sei.²¹ Als maßgeblicher Zeitpunkt soll dabei allerdings tatsächlich wohl der (geschuldete) Beginn der Bereitstellung herangezogen werden, denn ist die (gesamte) Bereitstellungspflicht bereits erfüllt, kann jedenfalls die Unterbrechung der (fortdauernden) Bereitstellung selbst keine Vertragswidrigkeit begründen. Jedenfalls sollen dementsprechend alle (solche) Bereitstellungsunterbrechungen als Verstoß gegen die Zugänglichkeitsanforderung (insbesondere) aus § 327e III 1 Nr. 2 BGB erfasst werden.²²

11 Der Gesetzgeber kann für sich in Anspruch nehmen, dass die DID-RL kurzfristige Bereitstellungsunterbrechungen als Vertragswidrigkeit, das heißt nach dem nationalen Duktus als Mangel,²³ qualifiziert. Nichtsdestoweniger unterliegt die Bereitstellung grundsätzlich einem eigenständigen Regelungssystem neben dem zur Vertragsmäßigkeit:²⁴ Die DID-RL trennt systematisch hinsichtlich sowohl der Pflicht (Art. 5 bzw. 6 DID-RL), der Anordnung der Haftung für Fehler (Art. 11 I bzw. II und III DID-RL) als auch der Haftungsausfüllung (Art. 13 bzw. 14 DID-RL). Art. 11 III DID-RL schließt es nicht aus, dass die Bereitstellung trotz Beschaffenheitsfehler ordnungsgemäß erfolgen kann, Art. 11 II UA 1 DID-RL setzt dies sogar voraus.²⁵ Im Übrigen dürfte es auch dem Wesen eines Vertrags mit Pflicht zur dauerhaften Bereitstellung entsprechen, dass (zumindest) langfristige Unterbrechungen nicht als Fehler des Produkts, sondern eben der Bereitstellung qualifiziert werden; denn anders als bei der einmaligen bzw. Reihenaufstellung erschöpft die Bereitstellungspflicht sich hier nicht in einem Bereitstellungszeitpunkt, sondern dauert fort.²⁶ Vor diesem Hintergrund stellt es – wohl wenn überhaupt, da Art. 13 III DID-RL gerade eine („entsprechende“) Anwendung der Art. 15–18 DID-RL für den Fall normiert, dass der Verbraucher den Vertrag wegen eines (Bereitstellungsfehlers) beendet²⁷ – eine schlichte Unachtsamkeit des europäischen Normgebers dar, dass Art. 16 I UA 2 DID-RL spezielle Folgen der Beendigung von Verträge mit Pflicht zur dauerhaften Bereitstellung allein für Fälle der Vertragswidrigkeit vorsieht. Mangels Durchbrechung der Regimetrennung auch für langfristige Bereitstellungsfehler erscheint die Wertung des nationalen Gesetzgebers demnach als europarechtswidrig.²⁸

V. Unmöglichkeit als Anwendungsfall

12 § 327c I 1 BGB wiederum knüpft die Rechte des Verbrauchers wegen unterbliebener Bereitstellung selbstverständlich unter anderem an die Verpflichtung des Unternehmers zu dieser.²⁹ Eine solche Bereitstellungspflicht besteht aber bekanntermaßen dann (nicht) mehr, wenn die Bereitstellung unmöglich ist.³⁰

13 Der Gesetzgeber stützt seine Entscheidung zur Unanwendbarkeit des § 327c I 1 BGB im Fall der Unmöglichkeit³¹ und damit dafür, die Unmöglichkeit nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht zu behandeln,³² darauf, dass der europäische Rechtssetzer die Behandlung von Fällen der Unmöglichkeit der Leistung den Mitgliedstaaten überlassen habe.³³

14 Allerdings befasst die DID-RL sich in Art. 14 II, IV Buchst. a – in anderem Kontext – durchaus mit den Folgen von Unmöglichkeit. Auch werden Fälle der Unmöglichkeit im Übrigen nicht allgemein, sondern nur im Rahmen der in den Erwgr. (12) – (14) beschriebenen Szenarien vom Anwendungsbereich der RL ausgenommen.³⁴ Insofern ist allerdings zu beachten, dass die deutsche Sprachversion von Erwgr. (14) den maßgeblichen Zusatz der englischsprachigen Version „could not (*be expected to*) have avoided or overcome“ (Hervorhebung durch die Autoren) nicht wiedergibt. Das die DID-RL insgesamt überspannende Ziel der Herbeiführung einer Rechtsharmonisierung zumindest „in bestimmten Kernbereichen“³⁵ dürfte daher dafür sprechen, jedenfalls Richtlinienvorgaben, die dies ihrem Wortlaut nach ohne Weiteres zulassen, auch auf Fälle der (sonstigen) Unmöglichkeit anzuwenden.³⁶ Danach erfassen die dem § 327c BGB zugrundeliegenden Art. 11 I, 13 DID-RL³⁷ derartige Unmöglichkeitsszenarien – mit der Folge, dass das deutsche Recht mit der ihm vom Gesetzgeber beigemessenen Bedeutung zumindest partiell europarechtswidrig ist.³⁸

VI. Bestimmung des Aktualisierungszeitraums

15 Der Verkäufer einer Ware mit digitalen Elementen hat dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums sol-

Kesisoglul/Lang: Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte
Fragen zum neuen Recht(NJW 2023, 1009)

1012

che Aktualisierungen bereitzustellen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind. Wurde keine vertragliche Vereinbarung über den Aktualisierungszeitraum getroffen, bestimmt sich der (vom Verbraucher) erwartbare Aktualisierungszeitraum gem. § 475 b IV Nr. 2 BGB nach der Art und dem Zweck der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags.

1. Problematik der gesetzlichen Formulierung

16 Mit dem „erwartbaren“ Zeitraum hat der nationale Gesetzgeber bewusst eine offene und vage Formulierung ohne festen Aktualisierungszeitraum festgelegt.³⁹ Auch die Warenkauf-RL verzichtet auf die Bestimmung eines festen Zeitraums. (Vgl. Art. 7 III Buchst. a WK-RL der lediglich davon spricht, dass der Verkäufer bei Waren mit digitalen Elementen dafür zu sorgen hat, dass der Verbraucher über Aktualisierungen, einschließlich Sicherheitsaktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit dieser Waren erforderlich sind, informiert wird und solche während des Zeitraums erhält, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der Waren und der digitalen Elemente und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten

kann.) Bedenkt man die Unterschiede zwischen den einzelnen Produkttypen sowie die Schnelligkeit des technologischen Fortschritts, ist dies durchaus verständlich.⁴⁰

17 Nach Art. 10 I WK-RL haftet der Verkäufer dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung der Waren besteht und innerhalb von zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt offenbar wird. Unbeschadet des Art. 7 III WK-RL gilt dieser Absatz auch für Waren mit digitalen Elementen. Nach der offenen Formulierung in § 475 b IV Nr. 2 BGB, muss der Unternehmer bei einer einmaligen Bereitstellungspflicht seinen Aktualisierungspflichten unter Umständen aber (wesentlich) länger nachkommen als zwei Jahre.⁴¹ § 475 b IV Nr. 2 BGB ist jedoch nicht so weit gefasst, dass jede beliebige Erwartung des Verbrauchers erfasst wird. Der Wortlaut begrenzt die Erwartungshaltung auf Art und Zweck der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie die Berücksichtigung der Umstände und Art des Vertrags. Der maßgebliche Aktualisierungszeitraum bestimmt sich somit anhand verschiedener Kriterien, wobei auf den Erwartungshorizont eines Durchschnittskäufers abzustellen ist.⁴²

2. Kriterien bei einmaliger Bereitstellung

a) Übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer der Ware („life cycle“)

18 Die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer der Ware, also ihre voraussichtliche technische Lebensdauer, wird in der Gesetzesbegründung explizit als Kriterium zur Bestimmung des Aktualisierungszeitraums genannt.⁴³ Nach Erwgr. (32) WK-RL kommt es zur Bestimmung des „life cycle“ insbesondere auf die Intensität und Häufigkeit der Verwendung durch den Verbraucher an. Ein konkreter Anhaltspunkt für die Nutzungsdauer könnte in den allgemeinen AfA-Tabellen gesehen werden. In diesen wird die betriebsgewöhnliche Nutzdauer für abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens angegeben. So werden zum Beispiel einem Notebook eine Nutzdauer von drei Jahren oder einem Handy eine Nutzdauer von fünf Jahren als betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer zugeschrieben. Bei einem Auto kann die Rechtsprechung zur Bestimmung von Restlaufzeiten im Rahmen der Berechnung von Nutzungsersatz als Orientierungshilfe dienen. Diese orientiert sich an der durchschnittlichen Gesamtfahrleistung eines Autos geteilt durch die jährliche Nutzung einer bestimmten Kilometeranzahl.⁴⁴

b) Angebotsdauer

19 Ein weiterer Anhaltspunkt kann die Dauer des tatsächlichen Angebots der Ware sein. Je länger zum Beispiel ein Computerspiel vom Hersteller in derselben Version angeboten wird, desto länger kann der Verbraucher eine Aktualisierung erwarten.⁴⁵ Insbesondere im Rahmen des schnellen technologischen Fortschritts, welcher für das jährlich neue Angebot an Produkten verantwortlich ist, sollte dieser Aspekt nicht unterschätzt werden. Wird die Ware hingegen nicht mehr vertrieben, so ist dies ein maßgebliches Indiz dafür, dass auch der Aktualisierungszeitraum beendet ist.

c) Ohne die Aktualisierung drohendes Risiko

20 Sicherheitsupdates sind von der Aktualisierungspflicht erfasst, vgl. § 327f I 2 BGB. Dementsprechend hängt die Länge der Pflicht auch von der Größe des Risikos ab, das dem Verbraucher ohne Aktualisierungen droht.

d) Preis der Ware

21 Die Verbrauchererwartung wird sich auch nach dem Preis richten, den der Verbraucher für die Ware mit digitalen Elementen zahlt.⁴⁶

e) Werbung

22 Als Werbung iSv § 434 III 1 Nr. 2 Buchst. b BGB gelten alle an einen unbestimmten Personenkreis gerichteten Äußerungen zur Beschaffenheit der Sache.⁴⁷ Aussagen in der Werbung, die konkrete Angaben zur Ware machen, dienen damit als übergreifendes Kriterium, um den Aktualisierungszeitraum zu bestimmen, da sie sich auf alle anderen Anhaltspunkte übertragen lassen.

3. Bedeutung der Aktualisierungspflicht bei dauerhafter Bereitstellung

23 § 475c BGB enthält ergänzende Regelungen für den Sachmangelbegriff einer Ware mit digitalen Elementen bei einer Vereinbarung über die dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente. Mit der dauerhaften Bereitstellung ist kein uneingeschränkter Zeitraum gemeint, sondern nach § 327e I 3 BGB die Verpflichtung zur fortlaufenden Bereitstellung über einen gewissen Zeitraum. Dauerhaft bereit-

Kesisoglul/Lang: Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht (NJW 2023, 1009)

1013

zustellende digitale Elemente sind zum Beispiel Verkehrsdaten in einem Navigationssystem, die Cloud-Anbindung einer Spielekonsole oder eine App auf dem Smartphone, mit der verschiedene Funktionen in Verbindung mit einer Smartwatch genutzt werden können.⁴⁸ Die dauerhafte Bereitstellung muss nicht ausdrücklich vereinbart werden. Eine konkludente Vereinbarung ist ausreichend.⁴⁹ Liegt keine Bestimmung des Bereitstellungszeitraums vor, verweist § 475c I 2 BGB auf § 475b IV Nr. 2 BGB. Entsprechend gelten die Ausführungen zur Bestimmung des Aktualisierungszeitraums bei einmaliger Bereitstellung und die damit verbundenen Kriterien. Zu beachten ist jedoch, dass § 475c II BGB, losgelöst von vertraglichen Vereinbarungen oder dem erwartbaren Zeitraum, eine Mindestaktualisierungspflicht des Verkäufers von zwei Jahren festlegt. Hierdurch soll vermieden werden, dass der zweijährige Haftungszeitraum der Verbrauchsgüterkaufverträge verkürzt wird.⁵⁰

VII. Neue Formulierung beim Aufwendungsersatzanspruch

24 Während § 439 III 2 BGB aF ursprünglich auf § 442 I BGB verwies, stellt die Norm seit 1.1.2022 darauf ab, ob der Einbau oder das Anbringen einer gekauften Sache erfolgte, bevor der Mangel offenbar wurde. Das BGB kennt die Formulierung „offenbar werden“ nicht. Sie wurde wortlautgetreu aus der Richtlinie übernommen. Was darunter zu verstehen sein soll, hat der Gesetzgeber nicht erläutert.

25 Für die Auslegung gibt es zwei mögliche Ansätze. Zum einen kann auf die subjektive Sicht des Käufers abgestellt werden. Danach wird der Mangel erst offenbar, wenn der konkrete Käufer ihn kennt.⁵¹ Denkbar wäre auch, es genügen zu lassen, dass der Käufer sich der Kenntnis vom Mangel grob fahrlässig verschließt und die gelieferte Sache einbauen lässt.⁵² Ebenso könnte es ausreichen, dass sich der Mangel am Kaufgegenstand manifestiert und beim Einbau oder dem Anbringen objektiv erkennbar ist. Hierbei ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines Durchschnittskunden abzustellen.⁵³

26 Im allgemeinen Sprachgebrauch meint offenbar werden „offenkundig oder deutlich erkennbar“. ⁵⁴ Danach wäre maßgeblich, ob sich die Vertragswidrigkeit einem

Durchschnittskäufer aufdrängen muss, was sachlich mit dem bislang maßgeblichen Kriterium der groben Fahrlässigkeit in § 442 I 2 BGB übereinstimmen würde. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist jedenfalls die Anknüpfung an die positive Kenntnis des Käufers abzulehnen. Dem Käufer soll kein Anreiz gegeben werden, die Sache gar nicht mehr zu überprüfen, bevor er diese einbaut oder anbringt. Andernfalls könnte er sich vollkommen sorglos verhalten.⁵⁵ Es ist auch ökonomisch sinnvoll, dass der Käufer im Rahmen des objektiv Erwartbaren zumindest zu einer Sichtprüfung angehalten wird. Durch eine solche ex-ante-Prüfung lassen sich Aus- und Einbaukosten vermeiden.⁵⁶ Ebenso abzulehnen ist eine Auslegung, die auf die grob fahrlässige Unkenntnis abstellt (vgl. Art. 7 V WK-RL).

27 Würde man das Offenbarwerden mit grob fahrlässiger Unkenntnis gleichsetzen, bestünde faktisch die identische Lage wie vor der Änderung des § 439 BGB. Durch eine rein objektive Auslegung lässt sich der unbestimmte Rechtsbegriff des Offenbarwerdens in den Griff bekommen. Der Käufer, der einen Anspruch nach § 439 III BGB trotz positiver Kenntnis geltend macht, handelt treuwidrig, wenn der Mangel aus Sicht eines verständlichen Verbrauchers objektiv nicht erkennbar ist, der Käufer ihn aber zum Beispiel aufgrund seines fachlichen Wissens erkannt hat.⁵⁷

28 Die neue Formulierung könnte auch auf die Darlegungs- und Beweislast im Prozess durchschlagen. Nach § 439 III BGB aF trug der Verkäufer aufgrund des Verweises auf § 442 I BGB die Beweislast für dessen Voraussetzungen, da es sich insoweit um eine Tatsache handelte, welche den Ausschluss des Aufwendungsersatzes des Käufers zur Folge hatte und damit eine für ihn günstige Tatsache.⁵⁸ Sieht man in der geänderten Formulierung lediglich eine formulierungsmäßige Anpassung an Art. 14 III WK-RL, bliebe es bei der alten Rechtslage.⁵⁹

29 Die Struktur der Norm spricht jedoch dafür, dass das „Nicht vorher Offenbar-Werden“ eine anspruchsbegründende Tatsache darstellt und daher der Käufer nach den allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast trägt.⁶⁰ Dem Käufer wird durch den Beweis der Tatsache, dass ihm der Mangel beim Einbau nicht in fahrlässiger Weise offenkundig wurde, auch nicht zu viel zugemutet. Es handelt sich um eine Negativtatsache, an dessen Darlegung keine strengen Anforderungen gestellt werden.⁶¹ So muss der Kläger lediglich plausibel darlegen, dass der Mangel erst nach Einbau der Sache offenbar wurde. Sodann hat der beklagte Verkäufer seinerseits substantiiert darzulegen, dass und warum dies nicht der Wahrheit entspricht.⁶² Denkbar wäre auch die Annahme einer sekundären Darlegungslast.⁶³

VIII. Bereitstellung der Kaufsache durch den Käufer

30 Verlangt der Käufer Nacherfüllung, so hat er dem Verkäufer die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Überprüfung der geltend gemachten Mängel zur Verfügung zu stellen.⁶⁴ Kam er dieser Obliegenheit nicht nach, lag nach bisheriger Rechtsprechung kein taugliches Nacherfüllungsverlangen vor und die angemessene Nacherfüllungsfrist be-

Kesisoglul/Lang: Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht(NJW 2023, 1009)

1014

gann nicht zu laufen.⁶⁵ Dies hat die neue Regelung von § 439 V BGB, die ab dem 1.1.2022 gilt, geändert.

31 Nach dem Verständnis des Gesetzgebers handelt es sich bei der Zur-Verfügung-Stellung der Sache am Ort der Nacherfüllung nunmehr nicht mehr um eine bloße Obliegenheit des Käufers, sondern um eine echte Rechtspflicht.⁶⁶ Der Gesetzgeber stützt dies auf den Wortlaut

und die Systematik von Art. 14 II 1 WK-RL. Danach hat der Käufer nach seinem Abhilfeverlangen dem Verkäufer die Waren zur Verfügung zu stellen.⁶⁷ Nimmt man eine solche Rechtspflicht an, steht dem Verkäufer über § 439 V BGB ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 I BGB zu, welches er dem Nacherfüllungsverlangen des Käufers entgegenhalten kann. Zudem läge kein einredefreier Anspruch vor, so dass der Käufer nicht vom Vertrag gem. § 323 BGB zurücktreten, nach § 441 BGB den Kaufpreis mindern oder nach § 281 BGB Schadensersatz verlangen könnte.

32 Nach einer Ansicht in der Literatur bleibt es trotz der neuen Regelung von § 439 V BGB bei einer Obliegenheit des Käufers.⁶⁸ Die Annahme einer echten Rechtspflicht verkenne, dass der Verkäufer in der Praxis seinen diesbezüglichen Anspruch kaum je isoliert einklagen werde, da er hieran ohne ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers kein Interesse hat.⁶⁹ Nach dieser Ansicht liegt ohne Zur-Verfügung-Stellung kein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen vor, so dass der Käufer, trotz § 475 d I, II 1 BGB auch beim Verbrauchsgüterkauf, kein Recht zum Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz statt der Leistung hat.

33 Die besseren Argumente sprechen für die Annahme einer echten Rechtspflicht. Der Wortlaut von Art. 14 II 1 WK-RL beschreibt nicht nur wie die Nacherfüllung zu erfolgen hat, sondern statuiert eine echte Rechtspflicht. Auch die englische Fassung der Richtlinie spricht von „shall“, was übersetzt verpflichtet sein bedeutet.⁷⁰ Nach dem Wortlaut von § 439 V BGB, „hat“ der Käufer die Sache zum Zweck der Nacherfüllung zu Verfügung zu stellen. Die Norm hält sich damit eng an die europarechtlichen Vorgaben aus 14 II 1 WK-RL.

IX. Ausblick

34 Aller Voraussicht nach erst in nächster Zeit dürften Fälle zum neuen „digitalen“ Recht in größerer Zahl auf die Schreibtische der Richterinnen und Richter gelangen. Noch also hat die Rechtswissenschaft wohl etwas Zeit, der Praxis den Umgang mit diesen Vorschriften soweit wie möglich zu erleichtern – bevor dann die praktische Arbeit am neuen Recht eine eigene, zweite Welle an Fragen begründen dürfte.

* Der Autor Kesisogluligil ist Rechtsreferendar am OLG Nürnberg sowie Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht (Prof. Dr. Georg Caspers) der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; der Autor Lang ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Robert Freitag) ebenda.

¹ RL (EU) 2019/770, ABl. 2019 L 136, 1.

² RL (EU) 2019/771, ABl. 2019 L 136, 28.

³ Vgl. auch Schulze/Staudenmayer/Sénéchal EU Digital Law, 2020, Directive (EU) 2019/770 Art. 2 5.

⁴ Mit entspr. Argumentation, aber zT anderem Ergebnis Gelbrich/Timmermann NJOZ 2021, 1249.

⁵ BT-Drs. 19/27653, 37, 47, 55, 82 f. und BT-Drs. 19/27424, 23, 30, 34 lässt sich bezüglich der oben behandelten Begrifflichkeiten ein solcher Wille gerade nicht entnehmen.

⁶ Insofern übernommen in BT-Drs. 19/27653, 49 noch zu § 327b V 2 BGB-E und auch in MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327e Rn. 6 sowie HK-BGB/Schulze, 11. Aufl. 2021, BGB § 327e Rn. 5.

7 Auch die Dudenredaktion beschreibt „fortlaufend“ auf [duden.de](https://www.duden.de/node/139835/revision/1323736) (abrufbar unter <https://www.duden.de/node/139835/revision/1323736>; alle zitierten Internetseiten zuletzt abgerufen am 17.3.2023) nicht als „langfristig“, sondern (bspw.) als „kontinuierlich“.

8 So dann auch BT-Drs. 19/27653, 49 noch zu § 327 b V 2 BGB-E und HK-BGB/Schulze BGB § 327e Rn. 5.

9 So unter Verweis auf die Erwgr. der DID-RL auch BeckOGK/Fries BGB § 327 Rn. 12 und MüKoBGB/Metzger BGB § 327 Rn. 8.

10 So – anders als hier – zum Formulierungselement der „Dienstleistung“ beispielsweise MüKoBGB/Metzger BGB § 327 Rn. 8.

11 Eventuell id Richtung BeckOGK/Fries BGB § 327 Rn. 9 (einbezogen werden „Dienstleistungen im digitalen Raum“). Alternativ könnte in Anlehnung an das von Mischau EuCML 2022, 6 (10 f.) für die Binnendifferenzierung zwischen digitalem Inhalt und digitaler Dienstleistung herangezogene Kriterium danach gefragt werden, ob ein maßgebliches Merkmal eines Produkts auf dem digitalen Element liegt.

12 BT-Drs. 19/27424, 20.

13 Insofern dürfte also die Fallgruppe vorliegen, die BeckOGK/Fries BGB § 327 Rn. 9 – ebenfalls ablehnend hinsichtlich deren Einbeziehung – als „digital erbrachte Dienstleistungen“ umreißt.

14 S. zu diesem Umstand sowie der (ggf.) synonymen Verwendung des Zusatzes „smart“ nur Brandes Erste Schritte mit der Smart-Home-Programmierung, 2019, S. 5 und – ohne Nennung entsprechender Schlagwörter – Engelhardt Internet of Things Manifest, 2016, S. 17.

15 BT-Drs. 19/27424, 19, dort ist synonym auch von „Gerätetypen mit smarten Komponenten“ die Rede.

16 S. eben BT-Drs. 19/27424, 20.

17 Vgl. zur Vernetzungskomponente der hier genannten Produktgruppen exemplarisch Engelhardt S. 68, 193 f., 214, 436, 491, 608.

18 Vgl. Mischau EuCML 2022, 6 (8), unter Inbezugnahme insbes. von Wendland ZVglRWiss 118 (2019) 191 (195, 224) mit noch weiteren Nachw. und zum Teil anders Grünberger AcP 218, 213 (231 ff.) mwN.

19 Pech GRUR-Prax 2021, 509.

20 Wenn in BT-Drs. 19/27653, 42 hingegen auch die europarechtliche Ausnahme als von „lediglich klarstellender Natur“ qualifiziert wird, dürfte diese Aussage lediglich vor dem Hintergrund der von Art. 3 I UA 1 DID-RL (zulässigerweise, vgl. Erwgr. (12) DID-RL) abweichenden Formulierung des § 327 I 1 BGB getroffen worden sein, die eine solche Verpflichtung verlangt.

21 BT-Drs. 19/31116, 9.

22 Jedenfalls dieser Auffassung nicht entgegenstehend bereits BT-Drs. 19/27653, 56; so dann BeckOGK/Fries BGB § 327e Rn. 26 und wohl auch HK-BGB/Schulze BGB § 327e Rn. 8, 22.

23 Die Richtlinie unterscheidet zwischen Bereitstellungsfehlern und der Vertragsmäßigkeit, dazu näher noch sogleich. Vgl. im Übrigen BT-Drs. 19/27653, 52.

24 Vgl. Schulze/Staudenmayer/Zoll Directive (EU) 2019/770 Art. 11 19. Vgl. entsprechend zum nationalen Recht MüKoBGB/Metzger BGB § 327 b Rn. 13 mwN und HK-BGB/Schulze BGB § 327e Rn. 8.

25 Vgl. jedenfalls zu letztgenanntem Aspekt Schulze/Staudenmayer/Schulze Directive (EU) 2019/770 Art. 5 5.

26 Vgl. Erwgr. (56 f.) DID-RL. So zunächst jedenfalls iE zunächst auch Schulze/Staudenmayer/Fervers Directive (EU) 2019/770 Art. 13 16.

27 So auch Schulze/Staudenmayer/Fervers Directive (EU) 2019/770 Art. 13 45.

28 Zwar den hier postulierten Ansatz ebenfalls vertretend, jedoch offenkundig als auch aus dem nationalen Recht folgend erachtend MüKoBGB/Metzger BGB § 327e Rn. 35; entsprechend allein zum europäischen Recht „offenbar“ Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Neues

EurGewährleistungsR/Faber, 2019, S. 63 (100). AA bereits zur europarechtlichen Grundlage Schulze/Staudenmayer/Fervers Directive (EU) 2019/770 Art. 13 16 und wohl auch Schulze/Staudenmayer/Staudenmayer Directive (EU) 2019/770 Art. 8 102.

29 S. nur BeckOGK/Fries BGB § 327 c Rn. 6 und MüKoBGB/Metzger BGB § 327c Rn. 3.

30 S. abermals BeckOGK/Fries BGB § 327c Rn. 6 sowie HK-BGB/Schulze BGB § 327c Rn. 4.

31 BT-Drs. 19/27653, 50.

32 So auch BeckOGK/Fries BGB § 327c Rn. 6.

33 BT-Drs. 19/27653, 50.

34 Vgl. speziell zu Erwgr. (14) und insofern zurückhaltend bis zweifelnd Schulze/Staudenmayer/Schulze Directive (EU) 2019/770 Art. 4 14, Art. 5 31. Hingegen wie hier wohl Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Neues EurGewährleistungsR/Faber S. 63 (101), und definitiv Kramme RDi 2021, 20 (23) Rn. 14, aber auch Schulze/Staudenmayer/Schulze Directive (EU) 2019/770 Art. 1 31. Explizit aA Schulze/Staudenmayer/Fervers Directive (EU) 2019/770 Art. 13 46.

35 Erwgr. (6) DID-RL.

36 Vgl. Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Neues EurGewährleistungsR/Faber S. 63 (101) und s. insbes. Schulze/Staudenmayer/Schulze Directive (EU) 2019/770 Art. 1 31. AA mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte Martens Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 308 sowie Schulze/Staudenmayer/Fervers Directive (EU) 2019/770 Art. 13 46.

37 Dazu BT-Drs. 19/27653, 50.

38 So nur iE zum absoluten Fixgeschäft BeckOGK/Fries BGB § 327c Rn. 6. Letztlich offen gelassen bei Kramme RDi 2021, 20 (23) Rn. 14 und – hergeleitet allein über den Wortlaut des Art. 13 I DID-RL und insofern weitergehend – Fervers NJW 2021, 3681 (3684) Rn. 24 ff., dieser aber mwN dennoch dazu, inwiefern das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Detail von den RL-Vorgaben abweicht. Ohne Inbezugnahme des Normwortlauts, aber allg. und explizit Schulze/Staudenmayer/Schulze Directive (EU) 2019/770 Art. 1 30. AA natürlich – und trotz des in Bezug genommenen Wortlauts des Art. 13 DID-RL – auch insofern Martens Schuldrechtsdigitalisierung Rn. 308, der allerdings nichtsdestoweniger für eine analoge Anwendung (nur) der §§ 327o f. BGB plädiert, bzw. abermals Schulze/Staudenmayer/Fervers Directive (EU) 2019/770 Art. 13 46.

39 Krit. dazu Ehle/Kreß CR 2019, 723 (728); Schrader NZV 2021, 67 (69); Spindler MMR 2021, 451 (455).

40 Dubovitskaya MMR 2022, 3 (6); vgl. Erwgr. (32) WK-RL, der die Gewährleistung einer längeren Haltbarkeit von Waren als wichtig für die Förderung nachhaltigerer Verbrauchergewohnheiten ansieht.

41 Vgl. Kumkar ZfPW 2020, 306 (317); Spindler MMR 2021, 451 (455).

42 BT-Drs. 19/27424, 33.

43 BT-Drs. 19/27424, 33.

44 BGH 9.12.2014 – VIII ZR 196/14, BeckRS 2015, 1267 Rn. 3; NJW-RR 2021, 1534 Rn. 11.

45 Felsch/Kremer/Wagener MMR 2022, 18 (23).

46 BeckOK BGB/Faust BGB § 475b Rn. 29; Lorenz NJW 2021, 2065 (2070).

47 BGHZ 59, 158 = NJW 1972, 1706 (1707); MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 434 Rn. 28.

48 BT-Drs. 19/27424, 34.

49 HK-BGB/Saenger 11. Aufl 2021 BGB § 475c Rn. 2.

50 HK-BGB/Saenger BGB § 475c Rn. 3.

51 BT-Drs. 19/27424, 26; Grüneberg/Weidenkaff BGB, 82. Aufl. 2023, BGB § 439 Rn. 12; Wilke VuR 2021, 283 (288).

52 BeckOK BGB/Faust, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 439 Rn. 121; Rachlitz NJW 2022, 1337 (1342); Lorenz NJW 2021, 2065 (2067).

53 Hoffmann NJW 2021, 2839 (2844).

54 Vgl. Dudenredaktion „offenbar“ auf Duden online (abrufbar unter <https://www.duden.de/node/154773/revision/1330650>).

55 BeckOK BGB/Faust BGB § 439 Rn. 121.

56 Rachlitz NJW 2022, 1337 (1341 f.).

57 Ebenso Hoffmann NJW 2021, 2839 (2844).

58 Grüneberg/Weidenkaff BGB § 442 Rn. 6.

59 BeckOK BGB/Faust BGB § 439 Rn. 126 mit Verw. darauf, dass aus den punktuellen Regelungen der Beweislast in Art. 11, Art. 13 ∨ 2 WK-RL nicht geschlossen werden könne, dass (i. Ü.) der Käufer die Beweislast tragen soll.

60 Dafür Staudinger/Artz Neues KaufR über dig. Produkte/Staudinger, 2022, Rn. 87 ff.

61 Vgl. MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 632 Rn. 36; BeckOK ZPO/Jaspersen, 47. Ed. 1.12.2022, ZPO § 93 Rn. 40, jew. m. Verw. auf höchstrichterliche Rechtsprechung.

62 BGH NJW 2016, 3430 Rn. 6; NJW-RR 2011, 1661 Rn. 13; BGHZ 185, 1 = NJW 2010, 1813 Rn. 20 ff.

63 Vgl. hierzu Musielak/Voit/Stadler ZPO, 19. Aufl. 2022, ZPO § 138 Rn. 10 a.

64 An der Bestimmung des Erfüllungsortes der Nacherfüllung hat sich durch die Neufassung nichts geändert. S. ausführlich zum Ort der Nacherfüllung Ringe NJW 2012, 3393.

65 BGH NJW 2017, 2758 Rn. 21; NJW 2010, 1448 Rn. 12.

66 BT-Drs. 19/27424, 27.

67 Ebenso Grüneberg/Weidenkaff BGB § 439 Rn. 22 c; Wilke VuR 2021, 283 (288).

68 Kurth JA 2022, 353 (354 f.); Lorenz NJW 2021, 2065 (2067).

69 BeckOK BGB/Faust BGB § 439 Rn. 51.

70 Staudinger/Artz Neues KaufR über dig. Produkte/Staudinger Rn. 98.