

Autor: Hanno Magnus
Dokumenttyp: Aufsatz
Literaturnachweis: CR 2022, 621-629 
Quelle: 
Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln
Fundstelle: CR 2022, 621-629
Normen: § 327 BGB, § 327a BGB, § 475b BGB
Zitiervorschlag: Magnus, CR 2022, 621-629

Der Einzelverkauf von Funktionen im IoT-Gerät Gewährleistungsrechtliche Bewertung eines kommenden Geschäftsmodells

Hanno Magnus

Bei den Marketing-Schlagworten smartes Produkt oder Internet der Dinge denken viele an innovative Produkte, die miteinander vernetzt kommunizieren, über Sensoren Umwelteinflüsse verarbeiten und so autonom und künstlich intelligent völlig neue Aufgabenbereiche disruptiv erobern. Die wenigsten denken an Sitzheizungen. Gerade in diesem Bereich findet aber eine technische Innovation statt, die man als erstes echtes IoT-Geschäftsmodell bezeichnen könnte. Ein smartes Produkt im weiteren Sinn liegt bereits vor, wenn ein körperlicher Gegenstand (Sachsubstanz) von einer Steuerungssoftware gesteuert wird und der Hersteller auf diese Steuerungssoftware über das Internet fernzugreifen kann. Dies erlaubt die Übertragung eines Geschäftsmodells, welches bisher vor allem für digitale Produkte - insbesondere Computerprogramme, Spiele und Apps - etabliert ist: Den Einzelvertrieb von Funktionen. Was beim digitalen Malprogramm ein virtueller Pinsel, was beim der Wanderapp ein zusätzliches Kartenpaket ist, kann bei „smarten“ Waschmaschine die Schleudfunktion sein. Besonders weit ist der Einzelverkauf von Funktionen bei „smarten“ Autos: Schon jetzt lassen sich bei einigen Fahrzeugen zusätzliche Akkukapazität, Assistenzsysteme oder eben die Sitzheizung im Auto als Over-the-air-Update gegen Entgelt freischalten - lange nachdem das Fahrzeug schon beim Kunden ist. Während sich Verbraucher bei digitalen Inhalten an solche In-App-Käufe gewöhnt haben, besteht bei smarten Produkten - also Hybriden aus körperlichem Gegenstand und digitalem Inhalt - eine andere Verbrauchererwartung: Nämlich mit seinem Eigentum nach eigenem Ermessen verfahren zu können. Dieser Beitrag untersucht, wie diese Verbrauchererwartung mittelbar Einfluss auf den Verbrauchsgüterkauf über ein smartes Produkt ausübt und was das für den Vertrieb von smarten Produkten bedeutet. Dazu wird zunächst der Einzelvertrieb von Funktionen und seine wirtschaftliche Bedeutung anhand von Beispielen dargestellt und die Verbrauchererwartung in Bezug auf den Einzelvertrieb von Funktionen skizziert (I.). Auf dieser Grundlage wird analysiert, wie der Verkauf eines smarten Produkts an einen Verbraucher, bei dem Funktionen für den späteren Einzelverkauf vorenthalten werden, mangelrechtlich zu bewerten ist (II.). Dann wird der spätere Einzelverkauf von Funktionen an einen Verbraucher in den Blick genommen - insbesondere im Hinblick auf das anzuwendende Gewährleistungsrecht und die damit verbundene Risikoverteilung (III). Der Beitrag beschränkt sich dabei in beiden Konstellationen auf die dauerhafte Übertragung gegen Entgelt an einen Verbraucher - mietähnliche Geschäftsmodelle und Verträge zwischen Unternehmern bleiben überwiegend ausgeklammert.

I. Der Einzelvertrieb von Funktionen als innovatives Geschäftsmodell

[1]

Während bei klassischen Verbrauchsgütern der Verkauf an den Verbraucher häufig schon den Endpunkt der Vermarktung markiert, geht diese bei *smarten Produkten* an dieser Stelle erst richtig los: Die Verbindung zwischen Herstellerserver und smartem Produkt eröffnet dem Hersteller einen direkten Vertriebskanal zum Verbraucher und einen neuen nachgelagerten Markt für einzelne im Gerät angelegte Funktionen. Anfänge dieser Geschäftsmodelle sind schon jetzt erkennbar. Insbesondere im Automobilsektor: Einzelne Hersteller produzieren alle

- 621 -

Magnus, CR 2022, 621-629

- 622 -

Fahrzeuge ab Werk mit allen Kameras und Sensoren, die für ein bestimmtes Fahrassistenzsystem benötigt werden - auch wenn der Besteller des konkreten Exemplars das System nicht hinzugebucht hat. Die Funktion „Fahrassistenzsystem“ wird dann softwareseitig nicht angesteuert, die eingebaute Kamera und sonstige Sensorik nicht benötigt. Entscheidet sich der Käufer später um, lässt sich die Funktion „Fahrassistenzsystem“ per *Over-the-air-Update* aktivieren.¹ Auch die deutsche Automobilindustrie entdeckt dieses Modell für sich: So hat z.B. ein Hersteller im gehobenen Segment eine Verkaufsplattform ins Internet gestellt, auf der Funktionen - wie z.B. ein Abstandhalter - einzeln vertrieben werden. Seit neuerem wird dort auch eine Sitzheizung angeboten.²

Die Sitzheizung ist ein besonders anschauliches Beispiel für dieses neue Geschäftsmodell:

[2]

Die benötigte Hardware - also Heizstäbe im Autositz - ist schon im Fahrzeug verbaut. Softwareseitig stellt die Steuerung der Heizstäbe keine besondere Herausforderung dar, eine Verbindung zum Internet wird technisch nicht benötigt. Die Tatsache, dass das Fahrzeug als *smartes Produkt* mit den Servern des Herstellers verbunden ist, erlaubt diesem aber, der Steuerungssoftware eine Berechtigungsabfrage im Sinne eines DRM-Systems hinzuzufügen: Per *Over-the-air-Update* wird die Funktion „Sitzheizung“ gegen Entgelt freigeschaltet. Der Hersteller kombiniert dabei Abonnement-Modelle (17 € im Monat, ein Monat kostenloser Test) und die zeitlich unbegrenzte Freischaltung (385 €).

[3]

Denkt man dieses Modell zu Ende, könnten sich Autos ab Werk mittelfristig nur noch in der Lackfarbe unterscheiden. Das sog. *Customizing* wird allein auf Firmware-Ebene durch gezieltes Freischalten von Funktionen erreicht. Das Modell lässt sich nicht nur für Autos, sondern auch in anderen Branchen umsetzen: Warum nicht eine smarte Waschmaschine auf den Markt bringen, bei der der Nutzer Spezialprogramme gegen Entgelt über die dazugehörige App des Herstellers freischalten kann?³

1. Wirtschaftliche Bewertung des Einzelverkaufs von Funktionen

[4]

Ein Vorteil dieses Geschäftsmodells für den Hersteller liegt auf der Hand:⁴ Eine Produktreihe lässt sich gleichzeitig in unterschiedlichsten Preisregionen platzieren: Mit einem niedrigeren Grundpreis als üblich lassen sich Käuferschichten erreichen, denen ein Produkt aus der Reihe sonst zu teuer wäre.

Gleichzeitig kann Kunden mit höherer Zahlungsbereitschaft ein größerer Funktionsumfang angeboten werden, ohne dass dies für den Hersteller einen Mehraufwand bedeutet. Besonders gut funktioniert das, wenn man das Geschäftsmodell mit dynamischen Preisen kombiniert und die Preise für die Funktionen auf den Nutzer des jeweiligen smarten Produkts zuschneidet.⁵ Das Geschäftsmodell - bei dem die Funktion eines einzelnen Produkts sukzessiv, d.h. in mehreren optionalen Schritten veräußert werden kann - erlaubt Preisdifferenzierung ersten Grades, also eine Unterscheidung zwischen einzelnen Konsumenten, wie sie im Massengeschäft üblicherweise kaum möglich ist.⁶ In Kombination mit dynamischen Preisen kommt dies der vollständigen Preisdifferenzierung nahe, bei der von jedem Konsumenten genau das verlangt wird, was dieser maximal zu zahlen bereit ist.⁷ Anders gesagt: Die Gelegenheit, bei einer Funktion ein Schnäppchen zu machen, weil man dieser individuell einen höheren Wert beimisst, als der Durchschnittskäufer, wird für Verbraucher selten werden.

[5]

Trotzdem kann das Geschäftsmodell auch für die Verbraucher Vorteile haben: Neben dem möglicherweise günstigeren Grundpreis, lässt sich ein smartes Produkt sehr viel genauer auf die tatsächlich benötigten Funktionen individuell zuschneiden - unnütze Funktionen müssen nicht mitbezahlt werden. Zudem bietet sich auch Gebrauchtkaufern so die Chance, das smarte Produkt nachträglich an ihre Bedürfnisse anzupassen.

2. Verbrauchererwartung

[6]

Es stünde daher zu erwarten, dass Verbraucher dem Geschäftsmodell grundsätzlich positiv gegenüberstehen. Tatsächlich ist das Meinungsbild eher gemischt. Beispielhaft ist die Debatte um den kalifornischen Automobilhersteller *Tesla* im Rahmen einer Naturkatastrophe: Als Hurrikan *Irma* im September 2017 Florida bedrohte, versuchten viele Bewohner der dortigen Küstenorte mit ihren Autos aus der Gefahrenzone ins Landesinnere zu flüchten. Einigen *Tesla*-Fahrern fiel dabei auf, dass ihr Fahrzeug vollgeladen plötzlich eine Reichweite von 240 statt wie vorher 200 Meilen anzeigte.⁸ Als Grund dafür gab der Hersteller an, Fahrzeugen in Florida ein eigentlich kostenpflichtiges Akku-Update für die Zeit während des Hurrikans freigeschaltet zu haben. Der Fall entwickelte sich für den Autobauer nicht zum PR-Erfolg - Journalisten berichten von der Überraschung und Wut vieler Eigentümer darüber, dass ihr Basismodell hardwareseitig die Leistung des besseren Modells habe, diese aber vom Hersteller nicht freigegeben sei. In den Kommentarspalten unter den deutschsprachigen Artikeln zu diesem Vorfall waren

- 622 -

Magnus, CR 2022, 621-629

- 623 -

etwa ein Drittel der themenbezogenen Kommentare ablehnend.⁹ Besonders auf das Eigentum wurde dabei Bezug genommen. Kommentatoren bezeichneten das Fahrzeug als „elektronisch kastriert“, fragten, ob der Käufer wirklich Eigentümer sei, „wenn *Tesla* sich die Nutzung abermals bezahlen“ lassen könne, oder meinten, dass ihnen der *Tesla* dann nicht „ganz“ gehöre. Auch die jüngste Einführung der Freischaltmöglichkeit für die Sitzheizung von *BMW* fand in der deutschen und englischsprachigen Presse aufgeregte und tendenziell kritische Erwähnung.¹⁰

[7]

Unabhängig davon, dass eine empirische Erhebung darüber wünschenswert wäre, wie verbreitet diese Herrschafts- und Kontrollerwartung wirklich ist, ist ihr Bestehen kaum zu bestreiten. Sie spricht auch aus § 903 S. 1 BGB, wonach der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Ob diese Herrschafts- und Kontrollerwartung der rechtssicheren Umsetzung des Geschäftsmodells „Einzelverkauf von Funktionen“ im Weg stehen kann, ist im Folgenden näher zu betrachten (dazu unter II.)

[8]

Völlig unerforscht ist die Verbrauchererwartung in Bezug auf den Einzelkauf einer Funktion. Was erwartet beispielsweise ein Verbraucher, der auf der Internetplattform des Autoherstellers bei der „Sitzheizung“ eine „unbegrenzte“ Freischaltung wählt, den Preis von 385 € liest und auf „Direkt zur Kasse“ klickt? Grundsätzlich wird er wohl erwarten, dass nach der Freischaltung die Sitzheizung funktioniert. An wen er sich wenden würde, wenn das dann nicht der Fall ist, den Verkäufer des Autos, den Autohersteller und Verkäufer der Funktion oder einen Dritten, ist bisher nicht abzusehen. Hier kann eine transparente Vertragsgestaltung helfen, die Verbrauchererwartung auszuformen.

II. Der Verkauf einer Basisversion des smarten Produkts an den Verbraucher

[9]

Der Verkauf einer Basisversion eines smarten Produkts an einen Verbraucher wirft gewährleistungsrechtliche Fragen auf: Naheliegend ist die Frage, welches Gewährleistungsrecht Anwendung finden soll - handelt es sich doch bei den hier behandelten smarten Produkten um Hybride aus Sachsubstanz - was für einen Sachkauf spräche - und Steuerungssoftware - also ein digitales Produkt (dazu unter a.). Sodann könnten Gerichte eine Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Kaufsache darin erblicken, dass dem Käufer der Basisversion eigentlich im Gerät angelegte Funktionen vorenthalten werden (dazu unter 2.). Folge einer solchen Sichtweise wäre nicht, dass der Verkauf einer Basisversion des smarten Produkts, bei der einzelne Funktionen bis zu ihrer Freischaltung gegen Entgelt deaktiviert sind, stets gewährleistungsrechtliche Sekundäransprüche des Käufers auslösen würde - allerdings müsste das Vorenthalten von Funktionen durch eine negative Beschaffenheitsvereinbarung abgesichert werden (dazu unter c.).

1. Abgrenzung digitale Produkte und Waren mit digitalen Elementen

[10]

Die Besonderheit der hier interessierenden *smarten Produkte* besteht darin, dass ein unkörperlicher Gegenstand, die Steuerungssoftware, die für sich gesehen als *digitaler Inhalt* eingeordnet werden muss,¹¹ mit einer Sachsubstanz verknüpft wird. Welches Gewährleistungsrecht soll nun zugrunde gelegt werden?

[11]

Der deutsche Gesetzgeber hatte hybride Produkte, bei denen Sachsubstanz und Software-Elemente zusammenkommen, durchaus im Blick und eine Abgrenzung in § 327a Abs. 2 und 3 BGB versucht.¹² Der vermeintliche Regelfall wird in § 327a Abs. 2 S. 1 BGB beschrieben, wonach die Vorschriften „auch auf Verbraucherverträge über Sachen anzuwenden, die *digitale Produkte* enthalten oder mit

ihnen verbunden sind.“ Der S. 2 nimmt aber eine wichtige Einschränkung vor: „Soweit nachfolgend nicht anders bestimmt, sind die Vorschriften dieses Untertitels jedoch nur auf diejenigen Bestandteile des Vertrags anzuwenden, welche die *digitalen Produkte* betreffen.“ Diese Regelung - die anders als § 327a Abs. 1 und Abs. 3 BGB weder durch die *Digitale-Inhalte-RL* noch die *Warenkauf-RL* vorgegeben ist¹³ - sieht also getrennte Gewährleistungssysteme vor: Mängel am vermieteten E-Bike unterliegen so z.B. § 536 BGB, Mängel an der Begleit-App, mit der man seine Touren aufzeichnen kann, den §§ 327e ff. BGB.

[12]

Dieser Regelung vor geht allerdings § 327a Abs. 3 BGB, wonach die Regeln nicht für Kaufverträge über Waren, also bewegliche Sachen, gelten, die in einer solchen Weise *digitale Produkte* enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass solche Waren ihre Funktionen ohne diese *digitalen Produkte* nicht erfüllen können. Der deutsche Gesetzgeber zeichnet hier die unterschiedlichen Regime von *Digitale-Inhalte-RL* und *Warenkauf-RL* nach. Bei *Waren mit integrierten digitalen Elementen* greift einheitlich die durch die *Warenkauf-RL* modifizierte kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ein - unabhängig davon, ob der Mangel an der Sachsubstanz oder am digitalen Element vorliegt. Konsequenterweise wurden daher innerhalb des Verbrauchsgüter-Kaufrechts Spezialvorschriften geschaffen, die die Besonderheiten der integrierten digitalen Elemente (insbesondere Aktualisierungs- und Bereitstellungs-pflichten) erfassen. Innerhalb dieses Anwendungsbereichs gibt es für *smarte Produkte* daher nicht getrennte Gewährleistungssysteme für Sachsubstanz und *digitalen Inhalt*, sondern das einheitliche kaufrechtliche Gewährleistungsrecht mit Modifikationen für die im Produkt enthaltenden digitalen Elemente.

[13]

Nach der Gesetzesbegründung soll damit eine „Komplementarität“¹⁴ hergestellt werden: Auf den Kauf von *Waren mit inte*

- 623 -

Magnus, CR 2022, 621-629

- 624 -

grierten digitalen Elementen findet nur das Kaufrecht mit seinen neuen Spezialvorschriften in §§ 475b f. BGB Anwendung. Auf andere Sachen als Waren oder andere Vertragstypen als Kaufverträge lassen sich die Regeln zu den *digitalen Produkten* anwenden - wenn auch nur auf die darin enthaltenen digitalen Elemente.

[14]

Wie bei jeder Abgrenzungsfrage sind im Grenzbereich Unschärfen nicht zu vermeiden. So wird teilweise § 327a Abs. 3 BGB als Ausnahme vom Grundsatz des § 327a Abs. 2 BGB verstanden, die eng auszulegen sein soll.¹⁵ Dies sei verbraucherfreundlicher, weil die Regelungen der § 327 ff. BGB in einzelnen Punkten günstiger seien als die kaufrechtlichen Spezialvorschriften in §§ 475b f. BGB.¹⁶ Gegen diese Ansicht ließe sich das historische Argument führen, dass der Unionsgesetzgeber bei der *Warenkauf-RL* erkennbar IoT-Produkte dem Kaufrecht unterwerfen wollte. Dies ergibt sich bereits aus den ErwGr 14 und 15 *Warenkauf-RL*, die eine Vielzahl von Beispielen nennen und nur in Ausnahmefällen zur Geltung der *Digitale-Inhalte-RL* gelangen. Damit bezweckt werden soll eine Erleichterung für den Verbraucher, der auf diese Art der Prüfung enthoben ist, ob der Mangel an der Kaufsache eher einem

digitalen Element oder der Sachsubstanz zuzuordnen ist.¹⁷ Allerdings sollte diese Frage ohnehin nicht überbewertet werden.

[15]

Wichtig zu beachten ist nämlich etwas anderes: Die Frage, ob § 327a Abs. 3 BGB eingreift, wird nicht bei jeder Funktion einzeln geprüft. Geradezu typisch für IoT-Geräte ist schließlich, dass einige der in sie integrierten *digitalen Produkte* für das Funktionieren notwendig sind, andere aber nicht.¹⁸

Dies führt aber nicht dazu, dass die *digitalen Nebenfunktionen*¹⁹ dem Gewährleistungsregime der §§ 327 ff. BGB unterfallen. Stattdessen reicht es nach dem Wortlaut aus, dass die digitalen Elemente auch *Hauptfunktionen* übernehmen. Dies erklärt auch die Beispiele in ErwGr 14 und 15 der *Warenkauf-RL*, bei denen nicht immer klar ist, warum z.B. eine „bestimmte Video-Anwendung“ auf einem „Smart-TV“ oder „die fortlaufende Bereitstellung von Verkehrsdaten in einem Navigationssystem“ nach Vorstellung des Gesetzgebers der *Warenkauf-RL* unterfallen sollen. Entscheidend ist, dass das Smart-TV oder Navigationssystem selbst als *Ware mit integrierten digitalen Elementen* eingeordnet wird.

[16]

Klassische IoT-Geräte, die von einer Steuerungssoftware gesteuert werden, unterfallen damit im Ganzen § 327a Abs. 3 BGB, es sei denn, die Steuerungssoftware wird in einem separaten Vertrag behandelt.²⁰ Diese Ausnahme trifft auf die hier interessierenden Autos und IoT-Haushaltsgeräte zurzeit regelmäßig nicht zu. Für die Frage, ob das Zurückhalten von Funktionen einen Mangel am smarten Produkt darstellt, ist daher im Folgenden allein auf das Kaufrecht zu schauen.

2. Zurückhalten von Funktionen als Abweichung von den objektiven Anforderungen

[17]

Mit der Umsetzung der Warenkauf-RL wurde mit Wirkung zum 1.1.2022 der kaufrechtliche Mangelbegriff von § 434 BGB in Terminologie und Systematik überarbeitet.²¹ Die Sache ist gem. § 434 Abs. 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen entspricht. Damit einher geht die Aufgabe einer Hierarchie der Mangelbegriffe. Anstelle des früher geltenden Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs sind nunmehr alle Mangelbegriffe kumulativ zu prüfen.²²

[18]

Problematisch aus Verkäufersicht können hier die objektiven Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 S. 1 BGB sein. Diese betreffen in Nr. 1 die *Eignung zur gewöhnlichen Verwendung* und in Nr. 2 lit. a) die *Beschaffenheit, die bei Sachen derselben Art üblich ist* und die der Käufer unter Berücksichtigung der Art der Sache *erwarten kann*.²³ Beide Begriffe knüpfen dabei auch an die Funktionalität an: Bei der *üblichen Beschaffenheit* wird die *Funktionalität* als Element in § 434 Abs. 3 S. 2 BGB ausdrücklich aufgeführt, bei der *Eignung zur gewöhnlichen Verwendung* ergibt sich die *Funktionalität* schon denklösig als Anknüpfungspunkt. Weiterhin gemein haben die beiden Begriffe, dass die objektiven Anforderungen an eine Kaufsache durch einen Vergleich mit anderen Kaufsachen ermittelt werden:²⁴ Die *gewöhnliche Verwendung* knüpft an das an, was man gewöhnlicherweise mit einer Sache tun kann - dies impliziert einen Vergleich mit anderen Sachen. Abermals explizit wird dies bei § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a) BGB mit dem Bezug zu „*Sachen derselben Art*“ und der Berücksichtigung der „*Art der Sache*“.

[19]

Ein Einzelverkauf von Standardfunktionen an die Käufer des smarten Produkts kollidiert daher unweigerlich mit den objektiven Anforderungen an eine Kaufsache: Würde eine Waschmaschine erst schleudern oder ein Auto sich erst starten lassen, wenn diese Funktion nach dem Kauf des Geräts noch einmal extra bezahlt wird, so eignet sich das Produkt bereits nicht zur gewöhnlichen Verwendung i.S.v. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB.

[20]

Bei Zusatzfunktionen, die nicht standardmäßig in der jeweiligen Produktgattung erwartet werden (etwa die Sitzheizung im Auto), ist das weniger eindeutig: Die Eignung des smarten Produkts zur gewöhnlichen Verwendung entfällt durch ihr Fehlen nicht. Charakteristisch für den Einzelverkauf von Funktionen ist aber, dass der Hersteller Mehraufwand treibt, um eine bereits angelegte Funktion wieder vorzuenthalten. Könnte man aus dieser gezielten Verschlechterung eine Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Kaufsache ableiten?

- 624 -

Magnus, CR 2022, 621-629

- 625 -

[21]

Dies führte auf den ersten Blick zu absurden Ergebnissen: Ein Auto genügt den objektiven Anforderungen, obwohl es über keine Sitzheizung verfügt. Ist eine Sitzheizung aber eingebaut und über die Software (temporär) deaktiviert, soll das auf einmal nicht der Fall sein? Bei näherer Betrachtung würde letztlich eine andere Erwartung geschützt: Der Verbraucher erwartet nicht, dass ein von ihm gekauftes Auto über eine Sitzheizung verfügt, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde. Er könnte aber erwarten, dass, wenn eine Sitzheizung (ungefragt) in sein Auto eingebaut wurde, er diese auch benutzen kann. Dass zumindest ein Teil der Verbraucher eine derartige Erwartung hat, haben die teils heftigen Reaktionen auf Berichte über Gebrauchsbeschränkungen auf verschiedenen Nachrichtenseiten gezeigt: Der Ärger bezieht sich dabei ausdrücklich darauf, nur eine „kastrierte“ Sache zu erhalten und eine Sache im eigenen Eigentum nicht uneingeschränkt nutzen zu können.

[22]

Anknüpfungspunkt für eine Berücksichtigung der Verbrauchererwartung kann § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a) BGB sein. Danach muss die Kaufsache eine Beschaffenheit aufweisen, die *bei Sachen derselben Art üblich* ist und die der Käufer unter Berücksichtigung der Art der Sache *erwarten kann*. Der bereits zur früheren Rechtslage entwickelte *weite Beschaffenheitsbegriff* des § 434 Abs. 3 S. 2 BGB umfasst alle Faktoren, die der Sache anhaften und Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben.²⁵ Die Tatsache, dass eine Funktion eingebaut ist, aber dem Käufer vorenthalten wird, haftet der Sache an und hat Einfluss auf die Wertschätzung dieser.

[23]

Solange das Vorenthalten von Funktionen für den Einzelverkauf noch unüblich ist, könnte man bereits daraus eine Abweichung von der *üblichen* Beschaffenheit folgern.²⁶ Es spricht allerdings einiges da-

für, unabhängig von der tatsächlichen Verbreitung des Geschäftsmodells eine Abweichung von der üblichen Beschaffenheit anzunehmen. Es ist darauf abzustellen, ob die Verbrauchererwartung auch normativ berechtigt ist.²⁷ Mit dem Eigentum verbunden ist eine konkrete Herrschafts- und Kontrollerwartung. Nach § 903 S. 1 BGB kann der Eigentümer mit der Sache „nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Die damit verbundene Herrschafts- und Kontrollerwartung wird verletzt, wenn sich die Fernkontrolle des Herstellers in einer Gebrauchsbeschränkung manifestiert. Der Verbraucher kann eben rein praktisch nicht mit seiner Sache nach Belieben verfahren und der Herstellerwille an der Sache setzt sich durch.²⁸ Gebrauchsbeschränkungen erschüttern diese Erwartung, anders als das Fehlen sonstiger Funktionen, weil ihnen ein Element der Bevormundung inneohnt.

3. Absicherung des Geschäftsmodells durch negative Beschaffenheitsvereinbarungen

[24]

Folgt man dieser Ansicht, entsprechen smarte Produkte, bei denen Funktionen für den Einzelverkauf vorenthalten werden, bei Gefahrübergang nicht den objektiven Anforderungen. Seit der Reform des Kaufrechts ist es für Verkäufer schwieriger geworden, Waren zu verkaufen, die den objektiven Anforderungen nicht entsprechen. Zuvor konnten Verkäufer und Käufer noch formfrei eine Beschaffenheit vereinbaren, die dann dem objektiven Mangelbegriff vorging.²⁹ Dieser Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs gegenüber dem objektiven ist nunmehr aufgegeben worden.³⁰ Will man eine Ware verkaufen, die den objektiven Anforderungen nicht entspricht, reicht es nicht mehr, subjektive Anforderungen zu formulieren, die einen niedrigeren Standard festschreiben.

[25]

Zwar geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass sich gegenüber Unternehmern noch immer formfrei vereinbaren lässt, dass die Kaufsache den objektiven Anforderungen nicht entspricht.³¹ Bei den hier behandelten Verträgen mit Verbrauchern hingegen ist die Gestaltungsfreiheit bei negativen Beschaffenheitsvereinbarungen beschränkt.³² Von objektiven Anforderungen darf nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB nur abgewichen werden, wenn „1. der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht, und 2. die Abweichung [...] im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde“. Man kann daher von einer *qualifizierten negativen Beschaffenheitsvereinbarung* sprechen. Die Norm stellt ein Novum im deutschen Schuldrecht dar, was die dogmatische Einordnung erschwert.³³ Die Gesetzesbegründung scheint die Norm in der Nähe einer Formvorschrift zu sehen.³⁴ Das mag für § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zutreffen, auch wenn eine besondere Form i.S.d. §§ 125 ff. BGB gerade nicht angeordnet wird.³⁵ § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB hingegen betrifft nicht einmal ein Rechtsgeschäft, sondern die tatsächliche Kenntnisverschaffung. In der Praxis wird es regelmäßig auf die Vereinbarung nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ankommen. Liegt diese vor, ist auch von der Kenntnisverschaffung auszugehen.

[26]

Entscheidend ist, dass die Abweichung „gesondert“ vereinbart werden muss. Gemeint ist damit - ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs - außerhalb von sonstigen AGB.³⁶ So

soll im Online-Handel ein Extraklick notwendig sein; im stationären Handel sogar ein zusätzliches Formular zum Einsatz kommen.³⁷ In der Theorie ist das eine gute Idee: Sie berücksichtigt die verhaltensökonomische Erkenntnis, dass ein Mehr an verfügbaren Informationen nicht automatisch zu einer besser informierten Entscheidung führt. Stattdessen kann *information overload* dazu führen, dass der Verbraucher verwirrt und überfordert wird.³⁸ Einzelne besonders relevante Informationen prominent zu platzieren, kann zu einer informierten Entscheidung beitragen und sicherstellen, „dass dem Verbraucher bei Abgabe seiner Vertragserklärung bewusst wird, dass er eine Kaufsache erwirbt, die von den objektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit abweicht“.³⁹

[27]

In der Praxis droht die *negative Beschaffenheitsvereinbarung* nur eine weitere Schaltfläche zu werden, die der Internetnutzer ungelesen wegzuklicken gewöhnt ist.⁴⁰ Ob es dazu kommt, wird wesentlich von der Entscheidungspraxis abhängen: Erlauben Gerichte formelhafte, nichts sagende Klauseln oder lange Kataloge von Merkmalen, die von der objektiven Beschaffenheit abweichen, ohne dass klar wird, was das bedeutet, wird sich selbst die Warnfunktion dieses Instruments schnell abnutzen. Stattdessen ist im Geist der Vorschrift zusätzlich zur *formalen* Transparenz auch eine *inhaltliche Transparenz* zu fordern: Der Käufer soll überblicken können, inwieweit sein Produkt von vergleichbaren Produkten abweicht. Für das Vorenthalten von Funktionen für den späteren Einzelverkauf hieße das, dass der Verkäufer aufführen müsste, welche Funktionen vorenthalten werden.⁴¹

[28]

Die Informationspflicht trifft zwar nach der gesetzlichen Konzeption den Verkäufer als letztes Glied in der Vertriebskette. Das Interesse des Herstellers an der rechtssicheren Implementierung des Geschäftsmodells ist aber mindestens genauso groß: In den bisherigen Anwendungsfällen wurden die Funktionen im Direktvertrieb durch den Hersteller veräußert. Nur wenn der Verkäufer mit dem Käufer die nötigen Beschaffenheitsvereinbarungen schließt, kann der Hersteller ein smartes Produkt rechtssicher zur Verkaufsplattform von Funktionen ausbauen. Auch wegen der Möglichkeit des Unternehmerregresses hat der Hersteller ein Eigeninteresse an der Rechtssicherheit der Kaufverträge mit dem Verbraucher.⁴² Gleichzeitig ist der Hersteller im Fall der Vorenthaltung von Funktionen für den Einzelvertrieb auch besser in der Lage, die Informationen zur Verfügung zu stellen, da diese unabhängig vom einzelnen Gerät die gesamte Produktreihe betreffen und der Hersteller weiß, welche Funktionen er zum Einzelvertrieb zurückhält. Er kann den Verkäufern mit Formulierungshilfen und Formularen aus helfen und darauf hinwirken, dass diese auch eingesetzt werden. Der rechtlichen Koordination der Absatzkette wird daher eine größere Bedeutung als bisher zukommen.⁴³

III. Der nachgelagerte Einzelvertrieb einer Funktion

[29]

Weitgehend ungeklärt ist der Einzelvertrieb von Funktionen selbst. Hier geht es um die Freischaltung von in der Basisversion eines smarten Produkts vorenthaltenen Funktionen gegen Entgelt. Der Vertrag über die Freischaltung wird - soweit bisher ersichtlich - typischerweise über die Benutzeroberfläche des smarten Produkts selbst oder über eine dafür eingerichtete Plattform (Webseite, App) geschlossen - typischerweise mit dem Hersteller im Direktvertrieb. Das Beispiel einer Sitzheizung im Auto deutet die Bandbreite der möglichen Vertragsgestaltung an: Funktionen können in Pay-per-Use oder

Abonnement-Modellen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit überlassen werden. Dies entspricht vertragstypologisch am ehesten Mietrecht. Der Hersteller bietet aber auch eine „unbegrenzte“ Freischaltung gegen einmaliges Entgelt an. Hier lässt sich vom Verkauf einer Funktion sprechen. Aus Platzgründen kann in diesem Beitrag nur auf das Szenario des Verkaufs einer Funktion eingegangen werden. Ähnlich wie beim Verkauf der Basisversion des smarten Produkts selbst, stellt sich die Frage, welches Gewährleistungsrecht zur Anwendung kommt, wenn die gegen Entgelt freigeschaltete Funktion nicht wie vereinbart funktioniert. Besonders virulent wird diese Frage, wenn die Benutzung der Funktion an einem Fehler in der Sachsubstanz des smarten Produkts liegt. Die Risikoverteilung in diesem Fall wird wesentlich dadurch bestimmt, ob man die Funktion als rein *digitales Produkt* (dazu unter a.) oder als Hybrid (dazu unter b.) versteht.

1. Die Funktion als digitaler Inhalt

[30]

Ist die erweiterte Kapazität des Akkus oder die Sitzheizung im Auto, ist das Schleuderprogramm der smarten Waschmaschine ein *digitales Produkt* i.S.v. §§ 327 Abs. 1 BGB? Die weite Definition der *digitalen Inhalte* im zweiten Absatz als „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden“⁴⁴ scheint aus Sicht des verkaufenden Herstellers zu passen: Wenn zur Freischaltung der Funktion ein Firmware-Update auf das smarte Produkt aufgespielt werden muss, könnte man auf dieses abstellen. Aber auch wenn die Firmware die Funktion schon ab Werk beherrscht und zur Freischaltung der Funktion lediglich ein Passwort übermittelt wird, ließe sich dies als Vertrag über einen digitalen Inhalt verstehen, da bei dieser Form der Freischaltung ebenfalls Daten (nämlich das Passwort) bereitgestellt werden. Aus Sicht des Herstellers ließe sich der Vertragsgegenstand derart fassen: Geschuldet wird danach die Bereitstellung eines digitalen Inhalts nach § 327b BGB. Je nach konkreter

- 626 -

Magnus, CR 2022, 621-629

- 627 -

Ausgestaltung der Vorenthaltung der Funktion ist dies ein Passwort oder ein Over-the-air-Update für die Steuerungssoftware, welches die Funktion freischaltet. Gemäß § 327b Abs. 3 BGB muss der digitale Inhalt oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist. Wird das Update also zum Download in einer Form bereitgestellt, die mit dem smarten Produkt, dessen Funktion freigeschaltet werden soll, kompatibel ist, hätte der Hersteller den Vertrag erfüllt.

[31]

Allerdings wird schnell ersichtlich, wieso das auf digitale Produkte zugeschnittene Gewährleistungsrecht für den Verkauf von Funktionen im Regelfall nicht passt. Regelmäßig wird nicht das - technisch wenig komplexe - Over-the-air-Update oder Passwort fehlerhaft sein, welches die Funktion freischaltet, sondern die dazugehörige Sachsubstanz-Komponente.⁴⁵ Wie ist z.B. der Fall zu bewerten, dass eine Sitzheizung sich nach ihrer Aktivierung gegen Entgelt als defekt herausstellt?

[32]

Eine Einstandspflicht für Hardware halten die §§ 327 ff. BGB nicht bereit: In den § 327e BGB eine Einstandspflicht für die zur Benutzung der Funktion benötigte Hardware hineinzulesen, dürfte systematisch verfehlt sein und auch die Wortlautgrenze überschreiten.⁴⁶ Zur Mangelfreiheit eines digitalen Produkts gem. § 327e BGB gehört zwar auch dessen Kompatibilität also die Fähigkeit „mit Hardware oder Software zu funktionieren, mit der digitale Produkte derselben Art in der Regel genutzt werden“. Das Vorhalten einer kompatiblen Hardwareumgebung, mit der das digitale Produkt genutzt werden kann, ist hingegen eindeutig der Sphäre des Käufers zuzuordnen. Das ist für typische digitale Inhalte, wie Spiele, Filme und Anwendungssoftware, die auf verschiedenen Geräten abgespielt werden können, auch sinnvoll: Der Verkäufer des digitalen Produkts gibt die Systemanforderungen an, er kann und muss weder prüfen, ob der Käufer diese erfüllt, noch dafür einstehen.

Beispiel Fortsetzung:

[33]

Wieso dieser Grundsatz im Fall des Verkaufs von Funktionen beim smarten Produkt zu Härten führen kann, wird im Beispiel einer defekten Sitzheizung im Auto deutlich:

[34]

Der Verbraucher erwirbt die Basisversion eines Autos mit eingebauter, aber deaktivierter Sitzheizung. Über diese Tatsache schließt er im Rahmen des Kaufvertrags mit dem Autohändler wirksam eine negative Beschaffenheitsvereinbarung. Drei Jahre nach dem Kauf beschließt er, die Sitzheizung gegen Entgelt freischalten zu lassen. Dies erfolgt über eine Plattform des Autoherstellers. Das *Over-the-air-Update* des Autoherstellers gelingt und schaltet die Funktion frei - die Heizung bleibt aber wegen eines defekten Heizstabs kalt.

[35]

Der Verbraucher könnte sich zunächst direkt an den Autohersteller als Verkäufer der Funktion „Sitzheizung“ wenden. Dieser würde sich aber darauf berufen, dass er das *Update* bereitgestellt und somit seiner Pflicht nach § 327b Abs. 3 BGB nachgekommen ist, und dass auch kein Produktmangel i.S.v. § 327e BGB vorliegt, weil das *Update* einwandfrei funktioniere. Der Erwerber sieht sich dann einem Zahlungsanspruch des Autoherstellers gegenüber, wegen eines Software-Updates, welches er nicht nutzen kann.

[36]

Er könnte sich sodann an denjenigen wenden, der ihm die Basisversion des Fahrzeugs verkauft hat. Der Autohändler würde sich allerdings darauf berufen, dass zum einen eine Sitzheizung nie Vertragsgegenstand beim Kauf der Basisversion war, jedenfalls aber Verjährung der Gewährleistungsrechte am Fahrzeug nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB eingetreten sei.

[37]

Ob der Autohändler vor Gericht mit dem Argument, die Sitzheizung sei nicht Vertragsgegenstand, durchdringen würde, ist nicht sicher und hängt auch von der Gestaltung der *negativen Beschaffenheitsvereinbarung* ab. Zwar kann der Verbraucher nicht verlangen, dass seine Sitzheizung funktioniert, wenn die Funktion wirksam ausgeschlossen wurde. Wenn aber in der *Beschaffenheitsvereinbarung* die Möglichkeit zur nachträglichen Freischaltung gegen Entgelt aufgeführt wird, kann der Käufer erwarten, dass die Sachsubstanz des Kaufgegenstands nicht nur die Freischaltung einer Funktion,

sondern auch ihr Funktionieren erlaubt.⁴⁷ Das muss auch für den Verkäufer nicht unbillig sein, wenn man davon ausgeht, dass schon die Möglichkeit, eine Funktion freischalten zu können, sich wertsteigernd auswirken kann. Anders gesagt: Ein Fahrzeug mit Sitzheizung, die gegen Entgelt aktiviert werden kann, kann mehr wert sein, als ein Fahrzeug ohne Sitzheizung. Es ist also möglich, dass Gerichte zu einer Einstandspflicht des Verkäufers des Fahrzeugs für die Sachsubstanz gelangen würden.

[38]

Die Frage ist aber, wie lange eine solche Einstandspflicht in Betracht kommt. Die Haltbarkeit der Kaufsache ist bei Gefahrübergang der Sphäre des Verkäufers des *smarten Produkts* zuzuordnen.⁴⁸ Das Vorhandensein von digitalen Elementen in der Kaufsache ändert daran nichts. Auch vom Grundsatz, dass die Haltbarkeit bei Gefahrübergang geschuldet wird, nicht aber eine Haltbarkeitsgarantie, ist die Kaufrechtsreform nicht abgewichen.⁴⁹ Das heißt für den Erwerber des Fahrzeugs im Konkreten: Scheitert nach Freischaltung die Benutzung einer Funktion innerhalb der Gewährleistungsfrist an der Sachsubstanz des *smarten Produkts*, wird man dies häufig als Grundmangel auffassen und Gewährleistungsrechte gegen den Verkäufer in Betracht ziehen.⁵⁰ Nach Ablauf der Beweislastumkehr des § 477 Abs. 1 BGB, spätestens aber nach Eintritt der Verjährung

- 627 -

Magnus, CR 2022, 621-629

- 628 -

kommt dieser Weg nicht mehr in Betracht. Ansprüche gegen den Verkäufer der Basisversion des Fahrzeugs sind also, selbst wenn sie grundsätzlich zuerkannt werden, lückenhaft.

[39]

Helfen könnte dem Verbraucher ein Recht, sich gegenüber dem Hersteller vom Vertrag über die Funktion zu lösen: Der Verbraucherwiderruf bei in Kraft gesetzten Verträgen über *digitale Inhalte* ist wegen § 356 Abs. 5 BGB allerdings häufig nicht möglich. In Betracht könnten aber die allgemeinen Regeln zur Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2 u. 3 BGB kommen. Wesentliche Vorstellung im Sinne der Norm, die zur Grundlage des Vertrags geworden ist und sich nachträglich als falsch herausstellt, wäre dann die Funktionsfähigkeit der zur Benutzung der Funktion erforderlichen Sachsubstanz (Sensoren, Heizstäbe etc.). Rechtsfolge könnte dann ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag über die Funktion sein.⁵¹

2. Die Funktion als hybrides Produkt

[40]

Es könnte sein, dass die Gerichte aber über ein Recht des Verbrauchers, sich vom Vertrag zu lösen, hinausgehen und einen Anspruch gegen den Hersteller auf die versprochene Funktion zusprechen möchten. Dafür könnten Gerechtigkeitserwägungen, aber auch die Praktikabilität sprechen: Der Hersteller profitiert im Direktvertrieb von der Freischaltung gegen Entgelt. Er kann auch am besten beurteilen, wie lange die Haltbarkeit der Sachsubstanz eine Freischaltung der Funktion typischerweise erlaubt und kann den Einzelverkauf von Funktionen einzustellen, wenn dies nicht mehr der Fall ist. In vielen Fällen ist es sogar technisch möglich, vor dem Vertragsschluss zu testen, ob die für die Funkti-

on benötigte Sachsubstanz im konkreten *smarten Produkt* noch funktioniert. Wenn ein Hersteller also eine Funktion zum Kauf anbietet, ist es nicht abwegig ihn an diesem Angebot festzuhalten.

[41]

Dogmatisch ist dieses Ergebnis allerdings schwierig zu begründen, wenn man den Gegenstand des Vertrags als Vertrag über *digitale Inhalte* betrachtet: Eine Einstandspflicht für die zur Benutzung der *digitalen Inhalte* benötigten Hardware enthalten die § 327 ff. BGB nicht. Auch greift der Ausschlussgrund des § 327a Abs. 3 BGB hier nicht ein: Dieser betrifft nach seinem Wortlaut nur den Kaufvertrag über das *smarte Produkt* selbst. Der Kaufvertrag über die Funktion, bei dessen Erfüllung nicht neue Hardware bereitgestellt, sondern der Funktionsumfang der schon im Eigentum des Käufers stehenden Hardware digital erweitert wird, ist davon unabhängig.⁵²

[42]

Allerdings könnte folgende Überlegung helfen: Obwohl die Leistung des Herstellers sich in der Bereitstellung eines Software-Updates oder Passworts erschöpft, stellt sich der Kaufgegenstand aus Endnutzersicht nicht als rein digitaler Inhalt dar: Stattdessen können Funktionen ebenfalls - wie die smarten Produkte selbst - als hybride Produkte eingeordnet werden. Zwar wird keine Sachsubstanz veräußert - diese hat der Verbraucher schon bei der Durchführung des Kaufvertrags übergeben und übereignet bekommen. Für die Benutzung der Funktion ist die Sachsubstanz aber genauso entscheidend wie die digitalen Elemente.

[43]

Folgt man dem, könnte der Kaufgegenstand „Funktion“ nicht als *digitales Produkt* i.S.d. §§ 327 ff. BGB, sondern wegen seines hybriden Charakters als *sonstiger Gegenstand* i.S.v. § 453 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB eingeordnet werden. Diese Einordnung erlaubte es, § 434 BGB entsprechend anzuwenden und die Gewährleistungsfrist ab Freischaltung der „Funktion“ beginnen zu lassen.⁵³ Die abdrängende Zuweisung des § 453 Abs. 1 S. 2 BGB würde nach diesem Verständnis nicht greifen, weil Kaufgegenstand eben nicht ein *digitaler Inhalt*, sondern die „Funktion“ als hybrides Produkt ist.

[44]

Ob dieser Weg gangbar ist und eine solche Einstandspflicht für die Sachsubstanz beim Verkauf der Funktion angenommen werden kann, wird auch von der Produktbeschreibung im Einzelfall abhängen. So bietet *BMW* auf der Verkaufsplattform einerseits als Gegenstand eine „Sitzheizung“ und nicht etwa ein „Update zur Freischaltung der Sitzheizung“ an. Dies spräche für eine Einstandspflicht auch für die Sachsubstanz (also die Heizung) im Moment der Freischaltung. Andererseits wird das *Over-the-air-Update* in der Produktbeschreibung erklärt, so dass der Käufer versteht, dass es nur um die Freischaltung einer Funktion in einer ihm schon gehörenden Sachsubstanz geht. Die könnte ausreichen, die Einstandspflicht auf das Software-Update zu begrenzen. In diese Richtung deutet im konkreten Fall auch der Sternchenhinweis von *BMW*, der die *unbegrenzte* Freischaltung wie folgt beschränkt: „Unbegrenzt, solange die technischen Voraussetzungen für dieses Fahrzeug gegeben sind“.⁵⁴

[45]

Bis die Rechtsprechung hierzu eine Linie entwickelt hat, wird das Geschäftsmodell „Einzelverkauf von Funktionen“ an diesem Punkt mit Rechtsunsicherheit verbunden sein. Verkäufer von Funktionen sind daher gut beraten, den Verkaufsgegenstand transparent zu erklären.

IV. Fazit

[46]

Die Möglichkeit, nach dem Verkauf eines smarten Produkts einzelne Funktionen zu verkaufen, bietet Herstellern und Verbrauchern so große Vorteile, dass von einer zunehmenden Verbreitung dieses Geschäftsmodells auszugehen ist. Obwohl der Gesetzgeber auf europäischer und deutscher Ebene Waren mit integrierten *digitalen Inhalten* bei der Kaufrechtsreform im Blick hatte, ist die Besonderheit dieser Geräte - den Einzelverkauf von Funktionen zu ermöglichen - nicht ausdrücklich adressiert worden. Rechtsfragen wirft sowohl der Verkauf eines smarten Produkts, bei dem Funktionen für die spätere Freischaltung zurückgehalten werden, als auch der spätere Verkauf der Funktionen selbst auf. Nimmt man an, dass das Geschäftsmodell bei hinreichender Transparenz grundsätzlich zulässig ist, liegt die Gretchenfrage vor allem in der Behandlung des Falles, dass eine Benutzung der erworbenen Funktion an feh

- 628 -

Magnus, CR 2022, 621-629

- 629 -

lerhafter Sachsubstanz scheitert. Für die Verteilung dieses Risikos macht dieser Beitrag erste Vorschläge und zeigt damit Regelungsbedarfe für die Vertragspraxis auf.

RA Dr. Hanno Magnus



Associate bei FREY Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln

Vertragsrecht, Urheberrecht, Medienrecht

hanno.magnus@frey.eu

frey.eu

Fußnoten

1)

Vorreiter für dieses Geschäftsmodell ist *Tesla*; Überblick bei *Menzel*, Handelsblatt v. 3.3.2021, abrufbar unter: www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/updates-over-the-air-volkswagen-will-mit-tesla-gleichziehen-e-auto-software-soll-kuenftig-per-funk-erneuert-werden/26970668.html, letzter Abruf am 16.5.2022.

2)

Abrufbar unter: https://www.bmw.de/de/shop/ls/dp/Seat_Heating_SFA_de, letzter Abruf vom 20.7.2022.

- 3) Weitere Beispiele bei *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, Trier 2022, S. 30-36; speziell für die Automobilindustrie *Reinking*, DAR 2021, 185 f.
- 4) Ein weiterer Vorteil besteht darin, dem Hersteller regelmäßige Einnahmen zu ermöglichen: Die Funktionen müssen schließlich nicht gegen eine Einmalzahlung freigeschaltet werden. Denkbar sind auch Abo-Modelle, bei denen der Käufer des Geräts für einzelne Funktionen regelmäßig zahlen muss. Dieses Thema soll hier nicht weiterverfolgt werden.
- 5) Zur rechtlichen Zulässigkeit von Dynamic Pricing, *F. Hofmann*, WRP 2016, 1074 m.w.N.; *F. Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331.
- 6) *Pindyck / Rubinfeld*, Microeconomics, Harlow, England 2018, S. 416; *Mankiw / Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., Stuttgart 2016, S. 427.
- 7) *Bofinger*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 4. Aufl., Hallbergmoos 2015, S. 123; die rechtliche Bewertung dieses Umstands variiert: krit.: *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 228 f.; weniger Bedenken bei *F. Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331.
- 8) Hierzu und zum Folgenden: *Vetter*, Welt Online v. 11.9.2017, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/article168526577/Teslas-grosszuegige-Geste-entpuppt-sich-als-riskante-Aktion.html>, letzter Abruf am 16.5.2022; s. auch *Usborne*, Guardian Online v. 11.9.2017, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/technology/shortcuts/2017/sep/11/tesla-hurricane-irma-battery-capacity>, letzter Abruf am 16.5.2022.
- 9) Zur Methodik mit weiteren Beispielen und Nachweisen *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, Trier 2022, S. 47-51.
- 10) *Seiwert*, WirtschaftsWoche v. 15.7.2022, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/technologie/mobilitaet/e-mobility/bmw-sitzheizung-im-monatsabo-das-auto-wird-zum-rollenden-konsumtempel-und-eine-gefaehrliche-kostenfalle/28503972.html>, letzter Abruf am 21.7.2022; *Valdes-Depena*, CNN Business, abrufbar unter: <https://edition.cnn.com/2022/07/14/business/bmw-subscription/index.html>, letzter Abruf am 21.7.2022.
- 11)

Das ergibt sich im Umkehrschluss auch aus der Ausnahme vom Anwendungsbereich für bestimmte Software in § 327 Abs. 6 Nr. 7 BGB.

- 12) Demgegenüber regelt § 327a Abs. 1 BGB die allein rechtliche Verbindung von digitalen Produkten und anderen Sachen im Paketvertrag. Diese Konstellation bleibt hier außer Betracht; ausführlich zur Abgrenzung *Mayer/Möllnitz*, RDi 2021, 333, 335 f.
- 13) *Metzger* in MünchKomm, 9. Aufl. 2022, § 327a BGB Rz. 2.
- 14) Begründung Regierungsentwurf, DigitaleInhalteG, BT-Drucks. 19/27653, 46.
- 15) *Metzger* in MünchKomm, 9. Aufl. 2022, § 327a BGB Rz. 12.
- 16) *Metzger* in MünchKomm, 9. Aufl. 2022, § 327a BGB Rz. 12; anders hingegen *Mayer/Möllnitz*, RDi 2021, 333, Rz. 14 f.
- 17) So bereits für die Abgrenzung der EU-Richtlinien: *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415, 416, *Metzger* in MünchKomm, 9. Aufl. 2022, § 327a BGB Rz. 12.
- 18) So könnte man im *BMW* zwischen Motorsteuerung und Steuerung der Sitzheizung unterscheiden.
- 19) Begriff bei *Metzger* in MünchKomm, 9. Aufl. 2022, § 327a BGB Rz. 12. Es gibt sicherlich Überschneidung zur Unterscheidung zwischen Standard- und Zusatzfunktionen, die sogleich eingeführt wird.
- 20) *Mayer/Möllnitz*, RDi 2021, 333, Rz. 4.
- 21) Die Terminologie ist § 434 BGB a.F. so nah, dass sich Rechtsprechung und Literatur zur früheren Begrifflichkeit übertragen lassen.
- 22) Näher zur Aufgabe des Vorrangs des subjektiven Mangelbegriffs *Faust* in BeckOK, 63. Ed. 2022, § 434 BGB Rz. 7-12; *Tonner*, VuR 2019, 363, 364; *Reinking*, DAR 2021, 185, 189; *Kurth*, JA 2022, 353.

- 23) Schon zu § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB hat der BGH entschieden, dass Verwendungseignung und übliche Beschaffenheit kumulativ vorliegen müssen, BGH v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17, ECLI:DE:BGH:2019:080119BVIII ZR225.17.0, NJW 2019, 1133 Rz. 23; BGH v.30.11.2012 - V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Rz. 13.
- 24) *Faust* in BeckOK, 63. Ed. 2022, § 434 BGB Rz. 76.
- 25) Zum Beschaffenheitsbegriff der h.M. BGH v. 15.6.2016 - VIII ZR 134/15, ECLI:DE:BGH:2016:150616UVIII ZR134.15.0, NJW 2016, 2874 Rz. 10 m.w.N.; *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag, 2015, S. 49.
- 26) Die übliche Beschaffenheit ist „eine vom Erwartungshorizont des Käufers nicht ganz abstrahierende Betrachtung, wobei für diese objektiv gerechtfertigte Erwartung der allgemeine Stand der Technik eine große Rolle spielt“, *Westermann* in MünchKomm, 8. Aufl. 2019, § 434 BGB Rz. 24.
- 27) Oder in der Diktion von Art. 7 Abs. 1 lit. d) Warenkauf-RL - „vernünftig“ ist; s. *Faust* in BeckOK, 63. Ed. 2022, § 434 BGB Rz. 101.
- 28) Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob der Verbraucher - ggf. mit Hilfe Dritter - die Gebrauchsbeschränkung technisch umgehen oder beseitigen darf, dazu *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, 2022, S. 273-361 m.w.N.
- 29) Bis zur Kaufrechtsreform umstritten war die Frage, ob eine solche negative Beschaffenheitsvereinbarung richtlinienkonform war, da die Verbrauchsgüterkauf-RL keinen Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs vorsah. Dagegen: *Hassemer*, ZGS 2002, 95, 96 f.; *Tonner*, VuR 2019, 363, 364; dafür: *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag, 2015, S. 54-57 m.w.N.; *Matusche-Beckmann* in Staudinger, 2013, § 434 BGB Rz. 82.
- 30) *Tonner*, VuR 2019, 363, 364.
- 31) Begründung Regierungsentwurf, DigitaleElementeG, BT-Drucks. 19/27424, 24.
- 32) *Witzel*, CR 2022, 417 Fn. 4.
- 33)

- Begründung Regierungsentwurf, DigitaleElementeG, BT-Drucks. 19/27424, 42: „ohne Entsprechung im bisherigen Recht“.
- 34) Begründung Regierungsentwurf, DigitaleElementeG, BT-Drucks. 19/27424, 42: „Die Vereinbarung einer Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsgemäßheit der Kaufsache erfordert daher beim Verbrauchsgüterkauf die besondere Form des § 476 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 und 2 BGB-E“.
- 35) *Lorenz*, NJW 2021, 2065, 2073.
- 36) Begründung Regierungsentwurf, DigitaleElementeG, BT-Drucks. 19/27424, 21.
- 37) Der Regierungsentwurf, DigitaleElementeG, BT-Drucks. 19/27424, 42, lässt hier eine Tendenz zum Micromanagement erkennen und will es im Onlinevertrieb nicht ausreichen lassen, „ein schon vorangekreuztes Kästchen vorzusehen, das der Verbraucher deaktivieren kann“.
- 38) Zu diesem Problem *Engel/Stark*, ZEuP 2015, 32, 39 m.w.N.; *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 221; *D. Meier*, GRUR 2022, 1185, 1188; grundlegend: *Craswell*, 65 B. U. L. Rev. 657, 660 (1985).
- 39) So das erklärte Ziel in der Begründung Regierungsentwurf, DigitaleElementeG, BT-Drucks. 19/27424, 42.
- 40) In diese Richtung geht die Kritik von *Zöchling-Jud*, GPR 2019, 115, 121.
- 41) Der Hinweis auf die Möglichkeit zur Freischaltung ist hingegen nicht zwingend und mit Risiken verbunden, dazu unten III. a.; Formulierungsvorschläge bei *Magnus*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, 2022, S. 154-156; weitere Formulierungsvorschläge für den B2B-Bereich bei *Witzel*, CR 2022, 417 Rz. 26 f.
- 42) Näher zum Unternehmerregress bei smarten Produkten, *Lorenz*, NJW 2021, 2065, 2067 f.
- 43) Eine solche Koordination wird auch aus anderen Gründen nötig sein. Zu nennen ist hier insbesondere die Bereitstellungs- und Aktualisierungspflicht, dazu *Wiesemann*, MMR 2022, 343, 344.
- 44) Die Reichweite wird noch durch Begründung Regierungsentwurf, DigitaleInhalteG, BT-Drucks. 19/27653, 38, unterstrichen: „Anders als der Begriff ‚Inhalte‘ vermuten lässt, soll es nach der

Definition allein auf das Vorhandensein von Daten in digitaler Form ankommen. Ob die Daten einen Inhalt haben und was dieser Inhalt gegebenenfalls ist, ist nicht ausschlaggebend“.

- 45) Gegenbeispiele - etwa eine komplexe Anwendung zum autonomen Fahren in einem Auto - sind denkbar. Hier passt das Gewährleistungsregime der §§ 327 ff. BGB.
- 46) Wollte man diesen Weg beschreiten, käme am ehesten die Pflicht des Verkäufers, das digitale Produkt mit *Zubehör* bereitzustellen in Betracht, § 327e Abs. 2 Nr. 2 u. Abs. 3 Nr. 4 BGB.
- 47) Aus Sicht des Verkäufers der Basisversion - hier also des Autohändlers - kann es daher ratsam sein, in der *qualifizierten negativen Beschaffensvereinbarung* nicht auf die Möglichkeit zur Freischaltung einzugehen. Anderes kann gelten, wenn zwischen Verkäufer und Hersteller - etwa im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems - der nachträgliche Vertrieb von Einzelfunktionen und die damit verbundene Risikoverteilung vertraglich geregelt werden.
- 48) Nicht zu verwechseln ist dies mit einer Haltbarkeitsgarantie, die den Verkäufer auch nach der Kaufrechtsreform nicht trifft, *Lorenz*, NJW 2021, 2065, 2066.
- 49) Klarstellend Begründung Regierungsentwurf, DigitaleElementeG, BT-Drucks. 19/27424, 23; s. auch *Schrader*, NZV 2021, 67, 70.
- 50) Hier kann dem Verbraucher die Vermutung des § 477 Abs. 1 BGB helfen, dazu BGH v. 12.10.2016 - VIII ZR 103/15, ECLI:DE:BGH:2016:121016UVI IIZR103.15.0, CR 2017, 79 = NJW 2017, 1093 Rz. 55 ff.
- 51) Im Fall von Abonnement-Modellen käme hier ein Kündigungsrecht in Betracht.
- 52) Nach der Begründung Regierungsentwurf, DigitaleInhalteG, BT-Drucks. 19/27653, 46, sind die §§ 327 ff. BGB ausdrücklich anwendbar, wenn „der Verbraucher über einen in der Sache enthaltenen digitalen Inhalt noch einen weiteren Vertrag mit dem Unternehmer oder einem Dritten abschließt“.
- 53) Eine Anwendung der Regelungen zum Sachmangel auf die Fälle von § 453 Abs. 1 S. 1 BGB wird überwiegend befürwortet, soweit die Regel für den betreffenden Gegenstand passt, *Faust* in BeckOK, 61. Ed. 2021, § 453 BGB Rz. 26; *Westermann* in MünchKomm, 8. Aufl. 2019, § 453 BGB Rz. 14 m.w.N.
- 54)

Die Folgefrage, ob ein solcher Hinweis einer AGB-Kontrolle unterliegt und standhält, kann aus Platzgründen nicht behandelt werden.

© Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln