

Recht im digitalen Raum

Dr. Christian Grüneberg, Karlsruhe*

Im Jahr 2022 hat das BGB die größte Schuldrechtsreform seit 20 Jahren erlebt. Grund hierfür war die Umsetzung von zwei EU-Richtlinien, nämlich der Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL)¹ und der Warenkauf-Richtlinie (WKRL).² Dies führte zu erheblichen Änderungen sowohl im allgemeinen als auch im besonderen Schuldrecht, wenngleich damit keine grundlegende Änderung der Dogmatik und Systematik des Schuldrechts verbunden ist, wie das bei der Schuldrechtsreform des Jahres 2001 der Fall war. Eine bedeutsame Neuerung der jüngsten Reform stellt neben den erheblichen Änderungen beim Verbrauchsgüterkauf vor allem die Einführung eines Vertrags über digitale Produkte in den §§ 327–327u BGB dar. Hiermit betritt das BGB „Neuland“, weil erstmals Verträge über digitale Produkte und Sachen mit digitalen Elementen einem eigenständigen Regelungswerk unterworfen werden. Die Neuregelungen sollen im Folgenden näher beleuchtet werden.

A. Verträge über digitale Produkte

I. Einführung

Das Gesetz zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie³ hat zum 1.1.2022 in das Allgemeine Schuldrecht mit den §§ 327–327u BGB insgesamt 22 neue Vorschriften unter dem (neuen) Untertitel „Verträge über digitale Produkte“ eingefügt. Der Gesetzgeber hat allerdings davon abgesehen, den Vertrag über digitale Produkte als neuen Vertragstyp einzuordnen. Dies zeigt sich schlicht daran, dass er die Vorschriften im allgemeinen Schuldrecht verortet hat, und nicht im besonderen Schuldrecht. Auch die Digitale-Inhalte-Richtlinie selbst, die im Übrigen vollharmonisierend ist, überlässt die rechtliche Einordnung des Vertrags (also z. B. als Kauf-, Miet-, Werk- oder Dienstvertrag) dem nationalen Recht. Dies gilt auch für die Frage des Zustandekommens

des Vertrags, der Wirksamkeit und der Beendigung des Vertrags; insoweit sind daher die allgemeinen Regeln anwendbar. Weist der Vertrag über digitale Produkte dagegen auch mietvertragliche Elemente auf, wie z. B. bei der Nutzung einer Cloud, muss man insoweit auch mietrechtliche Sondervorschriften in den Blick nehmen. Sofern allerdings vertragliche Rechte und Pflichten vom Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB erfasst sind, sind diese Vorschriften abschließend. Dabei enthalten diese insbesondere im Hinblick auf das Gewährleistungsrecht sehr eingehende Regelungen, so dass sich hier durchaus ein neuer Vertragstyp entwickeln kann, der allerdings je nach vertraglicher Gestaltung auch kauf-, miet- oder werkvertragliche Elemente aufweisen wird.

II. Anwendungsbereich

1. Verbrauchervertrag

Die Neuregelungen gelten – mit Ausnahme der beiden Vorschriften der §§ 327t, 327u BGB über den Rückgriff des Unternehmers gegenüber seinem Vertriebspartner in der Lieferkette – nur für Verbraucherverträge i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB. Hierfür gelten die allgemeinen Definitionen der §§ 13 und 14 BGB. Die Erstellung einer Unternehmenssoftware von einem Unternehmer für einen Unternehmer, d. h. sog. b2b-Verträge, fällt nicht unter die Neuregelung. Ferner muss es sich um einen entgeltlichen Vertrag handeln, d. h. der Verbraucher muss für die Bereitstellung des digitalen Produkts eine Gegenleistung erbringen. Diese muss allerdings nicht in Geld bestehen (§ 327 Abs. 1 BGB: „Preis“, worunter gemäß § 327 Abs. 1 S. 2 BGB auch Kryptowährungen fallen), sondern kann auch durch die Überlassung personenbezogener Daten erfolgen, sofern diese nicht *ausschließlich* zur Bereitstellung des digitalen Produkts oder zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen verwendet werden (§ 327 Abs. 3 BGB). Der Begriff der „personenbezogenen Daten“ ist ebenso zu verstehen wie in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO.⁴ Hierunter fallen also alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen; dies kann auch ein Dritter sein. Auf die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung kommt es dagegen nicht an; die Wirksamkeit des Vertrags bleibt

* Der Autor ist Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe. Er kommentiert u. a. die §§ 327 ff. BGB im Grüneberg (vormals Palandt), BGB, 81. Aufl. 2022.

¹ Richtlinie 2019/770/EU vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU Nr. L 136 S. 1.

² Richtlinie 2019/771/EU vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs usw., ABl. EU Nr. L 136 S. 28.

³ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021, BGBl. I S. 2123.

⁴ Grüneberg/Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 312 Rn. 3b; Wendehorst, NJW 2021, 2913 (2915).

hiervon unberührt (§ 327q Abs. 1 BGB). Sonstige nicht-monetäre Gegenleistungen, wie z. B. die Bereitstellung von Rechnerkapazität oder Speicherplatz (z. B. Blockchain-Anwendungen) oder die Teilnahme an einer Studie, können im Wege einer erweiternden Auslegung ebenfalls unter „Preis“ subsumiert werden; jedenfalls wären insoweit die §§ 327 ff. BGB analog anwendbar.⁵

2. Digitales Produkt

Der Begriff „digitale Produkte“ ist ausgesprochen weit gefasst. In § 327 BGB wird er als Oberbegriff für „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ verwendet, die wiederum in § 327 Abs. 2 BGB definiert werden. Digitale Inhalte sind z. B. Computerprogramme, Apps oder Audio- und Videodateien. Digitale Dienstleistungen sind etwa die Nutzung von Streaming-Diensten, die Bereitstellung von Cloud-Speicherplatz, die Ermöglichung von gemeinsamen Spielen in einer Cloud-Computing-Umgebung, Messenger-Dienste wie WhatsApp, Verkaufs-, Buchungs-, Vermittlungs- oder Bewertungsportale oder die bekannten Social-Media-Dienste wie Facebook oder Instagram. Die Abgrenzung zwischen digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen kann im Einzelfall durchaus schwierig sein. In der Praxis dürfte sie allerdings oftmals unerheblich sein, so dass man die Frage dahinstehen lassen kann, weil die daran anknüpfenden Regelungen weitgehend identisch sind.⁶ Keine digitalen Dienstleistungen sind solche, bei denen sich der Dienstleister digitaler Methoden bedient, wie z. B. der Architekt bei der Erstellung der Baupläne mithilfe von entsprechenden Softwareprogrammen.⁷ Gemäß § 327 Abs. 6 BGB werden in einem enumerativen Katalog einzelne Vertragstypen vom Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB ausgenommen.⁸

3. Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen

Zu erheblichen Schwierigkeiten kann es dagegen bei der Abgrenzung zu den kaufrechtlichen Regelungen über Waren mit digitalen Elementen kommen, die in Umsetzung der Warenkauf-RL erlassen wurden. Gemäß § 327a Abs. 3 BGB gelten die §§ 327 ff. BGB nicht für Kaufverträge über Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können (Waren mit digitalen Elementen). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Ware ohne das digitale Element überhaupt nicht funk-

tioniert, sondern es genügt, wenn die Ware nicht vertragsgemäß funktioniert. Waren mit digitalen Elementen sind nach der Definition in § 475b BGB bewegliche Sachen, die digitale Produkte mitenthalten. Dies sind z. B. das Smartphone, der Rasenroboter oder das Navigationsgerät im Auto.⁹ Bei solchen Verträgen wird gemäß § 327a Abs. 3 S. 2 BGB vermutet, dass die digitalen Produkte im Rahmen desselben Vertrags bereitgestellt werden wie die Ware selbst.

4. Paketvertrag und Vertrag über Sachen mit digitalen Elementen

Schließlich regelt das Gesetz in § 327a Abs. 1 BGB auch noch den sog. Paketvertrag, der etwa vorliegt, wenn ein Verbraucher mit ein und demselben Vertrag sowohl eine Playstation als auch verschiedene digitale Spiele erwirbt oder zusammen mit einem Auto ein Infotainmentprogramm kauft. § 327a Abs. 1 S. 2 BGB beschränkt hier die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags, die das digitale Produkt betreffen; im Übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften. Entsprechendes gilt gemäß § 327a Abs. 2 BGB generell für Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind. Durch die Verwendung des Begriffs „Sachen“ (körperliche Gegenstände, § 90 BGB) anstelle von „Waren“ (bewegliche Sachen, § 241a Abs. 1 BGB) könnte der Anwendungsbereich dieser Vorschrift eine gewisse „Sprengkraft“ entfalten,¹⁰ weil sie nach ihrem Wortlaut z. B. auch für ein Smart-Home-Equipment gilt, das mit einer durch einen Unternehmer verkauften Immobilie verbunden ist.

5. Verträge über die Bereitstellung von körperlichen Datenträgern

Eine gewisse Sonderstellung nehmen Verträge über die Bereitstellung von körperlichen Datenträgern, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen, ein. Dies sind z. B. CD, DVD, USB-Stick oder Speicherkarten, nicht dagegen Schallplatten, Audiokassetten oder CD-Rohlinge.¹¹ In aller Regel wird ein Kaufvertrag vorliegen. Gemäß § 327 Abs. 5 BGB sind die §§ 327b, 327c BGB nicht anwendbar, so dass im Hinblick auf die Bereitstellung und die Rechte bei unterbliebener Bereitstellung Kaufrecht gilt. Im Übrigen sind die §§ 327 ff. BGB aber anwendbar. Dies stellt spiegelbildlich § 475a Abs. 1 BGB klar.

⁵ Jaensch, jM 2022, 96 (97); Wendehorst, (Fn. 4), S. 2915 f.

⁶ Metzger, in: MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 8; Wendehorst, (Fn. 4), S. 2914; siehe hierzu auch Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 (5 f.).

⁷ Wendehorst, (Fn. 4), S. 2914.

⁸ S. hierzu Fries, in: BeckOGK/Fries, BGB, Stand: 1.4.2022, § 327 Rn. 30 ff.; Grüneberg/Grüneberg, (Fn. 4), § 327 Rn. 11 ff.

⁹ Wendehorst, (Fn. 4), S. 2914.

¹⁰ Wendehorst, (Fn. 4), S. 2914 (Zitat).

¹¹ Grüneberg/Grüneberg, (Fn. 4), § 327 Rn. 7.

III. Verbraucherrechte in Bezug auf die Bereitstellung digitaler Produkte

§ 327b BGB regelt die Art und Weise der Erbringung der Hauptleistung durch den Unternehmer und verwendet hierfür den Begriff der Bereitstellung. Sie erfolgt durch unmittelbares Herunterladen durch den Verbraucher oder die Verschaffung der uneingeschränkten Zugriffsmöglichkeit bei einem vom Unternehmer unabhängigen Dritten, der eine körperliche oder virtuelle Einrichtung (z. B. elektronische Plattform, Cloud) betreibt. Der Dritte kann Hilfsperson des Verbrauchers oder Dritter i. S. d. § 362 Abs. 2 BGB sein. Nicht erforderlich ist, dass der Verbraucher das digitale Produkt tatsächlich nutzt. Soweit nach § 327b Abs. 2 BGB der Unternehmer die Bereitstellung *unverzüglich* nach Vertragsschluss bewirken muss, ist dies nicht i. S. d. § 121 BGB, sondern wie in § 271 Abs. 1 BGB als *sofort* zu verstehen; ein Verschuldenselement ist der Leistungszeit fremd.¹²

Die Rechte bei unterbliebener Bereitstellung sind abweichend von den allgemeinen Verzugsvorschriften in § 327c BGB geregelt. Der Verbraucher kann sich unter den Voraussetzungen von Abs. 1 und 3 vom Vertrag lösen und nach Abs. 2 und 3 Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 Abs. 1, 284 BGB verlangen. An die Stelle der Bestimmung einer angemessenen Frist (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) tritt gemäß § 327c Abs. 1 BGB die (bloße) Aufforderung zur Leistung. War das digitale Produkt Bestandteil eines Paketvertrags i. S. d. § 327a Abs. 1 BGB, kann sich der Verbraucher nach § 327c Abs. 6 BGB auch von den übrigen Bestandteilen des Vertrags lösen.

IV. Verbraucherrechte in Bezug auf die Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte

1. Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte

Die Vorschriften über die Vertragsmäßigkeit und die Gewährleistung in §§ 327d–327p BGB sind das Herzstück der §§ 327 ff. BGB. § 327d BGB greift die aus dem Kaufrecht bekannte Differenzierung zwischen Sachmangel (hier: Produktmangel, § 327e BGB) und Rechtsmangel (§ 327g BGB) auf und modifiziert diese entsprechend den RL-Vorgaben. Zur Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts gehört auch die Erfüllung der Aktualisierungspflicht nach § 327f BGB, deren Verletzung einen Produktmangel darstellt (§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB). Wird das digitale Produkt einmalig bereitgestellt (z. B. App), kommt es für das Vorliegen eines Mangels auf den Zeitpunkt der Bereitstellung an. Bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung (z. B. Bereitstellung von Cloud-Speicherplatz) ist der gesamte Bereitstellungszeitraum maßgeblich.

Das digitale Produkt ist frei von Produktmängeln, wenn *kumulativ* die subjektiven und objektiven Anforderungen und die Anforderungen an die Integrität erfüllt sind. Diese drei Typen von Anforderungen werden in § 327e Abs. 2–4 BGB näher definiert. Bedeutsam sind insoweit vor allem die objektiven Anforderungen. Diese sind erfüllt, wenn das digitale Produkt sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit hat, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher erwarten kann. Aufgrund dessen muss grundsätzlich die bei Vertragsschluss neueste Version bereitgestellt werden. Von den objektiven Anforderungen kann gemäß § 327h BGB vertraglich nur unter den engen Voraussetzungen abgewichen werden, dass der Verbraucher hiervon *vor* Abgabe seiner Vertragserklärung unterrichtet wurde und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. Eine Vereinbarung in AGB oder durch voreingestellte Schaltflächen ist damit unzureichend; erforderlich ist vielmehr ein aktives Verhalten des Verbrauchers in Form einer gesonderten Unterschrift oder des Anklickens eines Kästchens.¹³

2. Aktualisierungspflicht des Unternehmers

Eine wichtige Neuerung und grundlegende Änderung zur bisherigen Rechtslage stellt die Aktualisierungspflicht des Unternehmers (§ 327f BGB) dar, deren Nichterfüllung einen Produktmangel i. S. d. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB begründet. Der Gesetzgeber hat den Begriff der Aktualisierung bewusst weit gefasst, so dass darunter sowohl Updates als auch Upgrades fallen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind. Darunter zählen naturgemäß vor allem Sicherheitsaktualisierungen. Die Aktualisierungspflicht besteht entweder für den vereinbarten Zeitraum oder für den Zeitraum, in dem der Verbraucher nach Art und Zweck des digitalen Produkts eine Aktualisierung erwarten kann. Letzteres birgt erheblichen Streitstoff. Das Gesetz bestimmt in § 327f Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB lediglich, dass der Unternehmer Aktualisierungen in dem Zeitraum erbringen muss, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann. Ein Mehr an unbestimmten Rechtsbegriffen geht kaum. Unterlässt der Verbraucher die Installierung einer ihm ordnungsgemäß bereitgestellten Aktualisierung, haftet der Unternehmer nicht für einen Produktmangel, der *allein* auf das Fehlen dieser Aktualisierung zurückzuführen ist, sofern der Unternehmer den Verbraucher über deren Verfügbarkeit und die Folgen einer unterbliebenen Installation ordnungsgemäß informiert hat und die unterlassene oder fehlerhafte Installation nicht auf eine mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist (§ 327f Abs. 2 BGB).

¹² Fervers, NJW 2021, 3681 (3683); Jaensch (Fn. 5), S. 98; a. A. MüKoBGB/Metzger, (Fn. 6), § 327b Rn. 3; BeckOGK/Fries, (Fn. 8), § 327b Rn. 5.

¹³ Grüneberg/Grüneberg, (Fn. 4), § 327h Rn. 1; Jaensch (Fn. 5), S. 100; Wendehorst, (Fn. 4), S. 2917; s. auch MüKoBGB/Metzger, (Fn. 6), § 327h Rn. 6 f.

3. Gewährleistungsansprüche

Das Gewährleistungsrecht der §§ 327 ff. BGB lehnt sich stark an das (neue) kaufrechtliche Gewährleistungsrecht an, so dass dem Verbraucher auch bei Verträgen über digitale Produkte die „klassischen“ Gewährleistungsrechte zustehen. Ist das digitale Produkt mangelhaft, weist es also einen Produkt- oder Rechtsmangel auf, kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, den Vertrag beenden oder den Preis mindern und Schadensersatz oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Wichtig ist insoweit, dass wie im Kaufrecht ein Vorrang der Nacherfüllung besteht, der Unternehmer also das Recht zu einer zweiten Andienung seiner Leistung hat. Eine Selbstbeseitigung des Mangels durch den Verbraucher ohne vorheriges Nacherfüllungsverlangen würde also zu einem Verlust der Gewährleistungsrechte führen. §§ 327o, 327p BGB regeln detailliert die Ausübung des Beendigungsrechts und die Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung. Da sie sowohl Verträge mit einmaligem Leistungsaustausch als auch Dauerverträge betreffen, wird statt Rücktritt und Kündigung einheitlich der (neue) Begriff Vertragsbeendigung verwendet. Die Vorschriften zur Verjährung in § 327j BGB und zur Beweislast in § 327k BGB sind ebenfalls stark an die kaufrechtlichen Regelungen angelehnt.¹⁴

In Bezug auf die Gewährleistungsansprüche mussten außerdem Regelungen getroffen werden, die eine Kollision der §§ 327 ff. BGB mit den Gewährleistungsregelungen des besonderen Schuldrechts ausschließen, weil ansonsten diese im Hinblick darauf, dass es sich bei dem Vertrag über digitale Produkte nicht um einen eigenen Vertragstyp handelt, ebenfalls anwendbar wären. Dies ist in §§ 453, 475a, 516a, 548a, 578b, 650 BGB erfolgt, wonach sich im Kollisionsfall die Regelungen der §§ 327 ff. BGB durchsetzen.¹⁵

V. Änderungsbefugnis des Unternehmers

Spiegelbildlich zu seiner Aktualisierungspflicht räumt das Gesetz dem Unternehmer in § 327r BGB eine Änderungsbefugnis ein, die selbst allerdings nicht aus § 327r BGB folgt, sondern vertraglich vereinbart sein muss und im Fall einer Vereinbarung in AGB insbesondere der Kontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB standhalten muss. § 327r BGB gilt nur für Verträge über eine dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts. Die Änderungsbefugnis ist an enge Voraussetzungen geknüpft. Insbesondere muss hierfür ein triftiger Grund vorliegen, der etwa in einer notwendigen Änderung zur Anpassung des digitalen Produkts an eine neue technische Umgebung, in erhöhten Nutzerzahlen oder in betriebstechnischen Gründen zu sehen sein kann. Ferner dürfen dem Verbraucher durch die Änderung keine Kosten entstehen und er muss darüber klar, verständlich und rechtzeitig informiert werden. Es liegt auf der Hand, dass hier

durchaus Konfliktpotential besteht, nämlich dann, wenn der Unternehmer solche Änderungen – dann ohne Erfüllung der eben beschriebenen Voraussetzungen – im Gewand seiner Aktualisierungspflicht durchführt.

VI. Konkurrenzverhältnis zum Datenschutz- und Urheberrecht

Durch die Möglichkeit der „Bezahlung“ des digitalen Produkts mit personenbezogenen Daten bestehen zahlreiche Berührungspunkt und Überschneidungen mit dem Datenschutzrecht. In den §§ 327 ff. BGB hat der Gesetzgeber allerdings den Versuch unternommen, das Datenschutzrecht als solches unberührt zu lassen – was im Hinblick auf den Normcharakter der DS-GVO auch gar nicht anders ginge – und lediglich die vertragsrechtlichen Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers zu regeln. Falls der Verbraucher die Nutzung der personenbezogenen Daten widerrufen möchte, regelt sich dies nach Art. 7 Abs. 3 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. § 327q BGB regelt für einen solchen Fall lediglich die Folgefragen, dass nämlich die datenschutzrechtlichen Erklärungen des Verbrauchers die Wirksamkeit des Vertrags unberührt lassen (Abs. 1) und der Unternehmer darauf keine Ersatzansprüche gegen den Verbraucher stützen kann (Abs. 3), ihm aber bei Dauerverträgen unter bestimmten Voraussetzungen ein fristloses Kündigungsrecht zusteht (Abs. 2). Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass bei der einmaligen Bereitstellung eines digitalen Produkts dem Unternehmer ein Kündigungs- oder sonstiger Rückabwicklungsanspruch nicht zusteht, sondern ein Widerruf oder Widerspruch des Verbrauchers gegen die Verwendung der Daten im Risikobereich des Unternehmers liegt.¹⁶

Ähnlich ist das Verhältnis der §§ 327 ff. BGB zum Urheberrecht. Dies zeigt sich etwa an § 327p BGB, wonach der Verbraucher das digitale Produkt nach Vertragsbeendigung weder weiter nutzen noch Dritten zur Verfügung stellen darf. Der Unternehmer ist berechtigt, die weitere Nutzung durch den Verbraucher zu unterbinden. Spiegelbildlich darf auch der Unternehmer die Inhalte, die nicht personenbezogene Daten sind und die der Verbraucher bei der Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Produkts bereitgestellt oder erstellt hat, nach der Vertragsbeendigung nicht weiter nutzen. Die Nutzung personenbezogener Daten wird in § 327p BGB nicht geregelt. Hier gilt wiederum die Datenschutz-Grundverordnung.

¹⁴ S. hierzu unter B. IV. 5. und 6.

¹⁵ S. hierzu eingehend *Gansmeier/Kochendörfer*, (Fn. 4), S. 30 ff.

¹⁶ BT-Drucks. 19/27653 S. 76; *Grüneberg/Grüneberg*, (Fn. 4), § 327q Rn. 2.

B. Neuregelungen im Kaufrecht

I. Einführung

Das Gesetz zur Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie¹⁷ hat zum 1.1.2022 zahlreiche Änderungen vor allem im Verbrauchsgüterkaufrecht der §§ 474 ff. BGB mit sich gebracht. Die Änderungen beruhen darauf, dass die WKRL, die im Übrigen vollharmonisierend ist, die alte Verbrauchsgüterkauf-RL¹⁸ ersetzt hat.

II. Begriff des Sachmangels

§ 434 BGB n. F. definiert – für das gesamte Kaufrecht – den Begriff des Sachmangels neu. Nunmehr ist eine Sache nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie *kumulativ* den subjektiven und objektiven Anforderungen und – soweit eine Montage durchzuführen ist – den Montageanforderungen¹⁹ entspricht. In Bezug auf den subjektiven Fehlerbegriff ergeben sich keine Änderungen zum bisherigen Recht. Die objektiven Anforderungen sind erfüllt, wenn die Sache sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit hat, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann. Bei den in § 434 Abs. 3 S. 2 BGB aufgeführten Beschaffenheitsmerkmalen wird ausdrücklich auch die Haltbarkeit der Sache erwähnt, womit allerdings keine Haltbarkeitsgarantie verbunden ist.²⁰ Während die Manko-Lieferung bereits in § 434 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB als Sachmangel definiert ist („Menge“), stellt § 434 Abs. 5 BGB klar, dass die Aliud-Lieferung einem Sachmangel gleichsteht. Nach dem neuen Recht dürfte es künftig schwieriger sein, sog. negative Beschaffenheitsvereinbarungen zu treffen, also Vereinbarungen, wonach eine geringere als die objektive Qualität geschuldet ist. Insoweit können die Parteien zwar nach § 434 Abs. 3 S. 1 BGB Abweichendes vereinbaren. In Verbraucherverträgen ist eine solche abweichende Vereinbarung aber gemäß § 476 Abs. 1 S. 2 BGB – wie in § 327h BGB – nur wirksam, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung über die Abweichung von den objektiven Anforderungen informiert und die Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. Insoweit schadet also auch eine positive Kenntnis des Verbrauchers nicht (mehr), weil die bisherige Anwendbarkeit des § 442 BGB in § 475 Abs. 3 S. 2 BGB ausgeschlossen worden ist.

III. Weitere Änderungen im allgemeinen Kaufrecht

Im Übrigen ist das allgemeine Kaufrecht nur marginal geändert worden, wobei sich dies teilweise auch nur in Klarstellungen erschöpft.²¹ So wurde zum Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB in Bezug auf die Ersatzpflicht von Aus- und Einbaukosten Abs. 3 dahin ergänzt, dass „der Mangel offenbar“ geworden sein muss. Abzustellen dürfte insoweit nicht auf die Person des konkreten Käufers, sondern – ähnlich wie bei § 377 HGB – auf die Erkenntnismöglichkeit eines Durchschnittskäufers.²² Ferner ist in Abs. 5 klargestellt worden, dass der Käufer dem Verkäufer die Sache zum Zwecke der Nacherfüllung zur Verfügung stellen muss. Eine Änderung der Rechtslage ist hiermit aber nicht verbunden.²³

IV. Neuregelungen und Änderungen im Verbrauchsgüterkaufrecht

1. Anwendungsbereich der §§ 474 ff. BGB

Der Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs in § 474 Abs. 1 BGB ist unverändert geblieben. Lediglich der Begriff „bewegliche Sache“ wurde durch „Ware“ ersetzt, der aber in § 241a Abs. 1 BGB wiederum als „bewegliche Sache“ definiert ist, sofern diese nicht aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden.

2. Nacherfüllungsanspruch

Beim Nacherfüllungsanspruch ist das bisherige nur relative Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers in § 475 Abs. 4 und 5 BGB a. F. entfallen, weil ihm Art. 13 Abs. 3 WKRL im Falle der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung ein „Totalverweigerungsrecht“ einräumt. Nach dem neu eingefügten § 475 Abs. 5 BGB hat der Unternehmer die Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist nach der Unterrichtung über den Mangel und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchzuführen. Der Verbraucher selbst muss also keine Frist setzen. Ist der Mangel beseitigt, war dies aber mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher verbunden, begründet dies kein Recht des Verbrauchers zu Rücktritt oder Minderung, aber möglicherweise einen Schadensersatzanspruch

¹⁷ Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.6.2021, BGBl I S. 2133.

¹⁸ Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171 S. 12.

¹⁹ Insoweit lebt in § 434 Abs. 4 BGB die sog. IKEA-Klausel weiter.

²⁰ Grüneberg/Weidenkaff, (Fn. 4), § 434 Rn. 27; Lorenz, NJW 2021, 2065 (2066).

²¹ Zu den Änderungen im Lieferantenregress s. Lorenz, (Fn. 20), S. 2067 f.

²² BeckOK BGB/Faust, Stand: 1.5.2022, § 439 Rn. 121; Lorenz, (Fn. 20), S. 2067; Hoffmann, NJW 2021, 2839 (2843); a. A. Grüneberg/Weidenkaff, (Fn. 4), § 439 Rn. 12 (Kenntnis erforderlich).

²³ Vgl. BGH, NJW 2010, 1448 Rn. 12.

nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung dieser Pflicht (z. B. Verdienstaussfall, Reinigungskosten).²⁴

3. Kauf einer Ware mit digitalen Elementen

Es sind drei Vertragstypen zu unterscheiden:

- Auf Verbrauchsgüterkaufverträge über körperliche Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen, sind gemäß § 475a Abs. 1 BGB und § 327 Abs. 5 BGB vorrangig die §§ 327 ff. BGB anwendbar.²⁵
- Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren mit *entbehrlichen* digitalen Produkten (z. B. Kühlschrank mit software-gestützter Bestellfunktion oder Auto mit Navigationssoftware) sieht § 475a Abs. 2 BGB ein unterschiedliches Gewährleistungsregime vor: für Mängel der Ware gilt Verbrauchsgüterkaufrecht, für Mängel der digitalen Produkte gelten weitgehend die §§ 327 ff. BGB.
- Auf Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren mit digitalen Elementen, bei denen nach der Definition des § 327a Abs. 3 S. 1 BGB die Ware ihre Funktion ohne das digitale Element nicht erfüllen kann, sind gemäß § 327a Abs. 3 S. 1 BGB die §§ 327 ff. BGB nicht anwendbar. Für sie gelten vielmehr gemäß § 475b Abs. 1 BGB das Verbrauchsgüterkaufrecht und die speziellen Vorschriften über einen Sachmangel in § 475b Abs. 2–6 und § 475c BGB. Dabei ist § 475b Abs. 2–6 BGB stark an § 434 BGB bzw. § 327e BGB angelehnt. Grundsätzlich neu ist insoweit in § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB die Einführung einer Aktualisierungspflicht des Unternehmers beim Verkauf von Waren mit digitalen Elementen, also z. B. beim Smartphone. Dies entspricht der Rechtslage bei Verträgen über digitale Produkte (§ 327f Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). Der Kaufvertrag wird dadurch teilweise zu einem Dauerschuldverhältnis. § 475c BGB ergänzt diese Regelungen für den Fall, dass beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen eine dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum vereinbart ist (z. B. Navigationssystem mit aktualisierten Verkehrsdaten, Smartwatch mit Körperfunktionsmessung). Nach § 475c Abs. 2 BGB haftet der Unternehmer während des Bereitstellungszeitraums, mindestens aber für einen Zeitraum von zwei Jahren ab der Ablieferung der Ware.

²⁴ Lorenz, (Fn. 20), S. 2069, s. auch BeckOK BGB/Faust, (Fn. 22), § 475d Rn. 17.

²⁵ S. hierzu bereits oben I. 2. e.

4. Voraussetzungen für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung

Wegen der Vorgaben in Art. 13 Abs. 4 WKRL mussten im Verbrauchsgüterkaufrecht die Voraussetzungen von Rücktritt und Minderung geändert werden. Abweichend von der bisherigen Rechtslage und damit von § 323 Abs. 2 BGB und § 440 BGB regelt § 475d Abs. 1 BGB nunmehr abschließend, in welchem Fällen es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht bedarf. Dies ist der Fall bei einer Nichtvornahme der Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist nach der Unterrichtung über den Mangel (Nr. 1), bei einer erfolglosen Nacherfüllung (Nr. 2; wobei es auch genügt, wenn dabei ein neuer Mangel verursacht wird²⁶), bei einem schwerwiegenden Mangel, der den sofortigen Rücktritt rechtfertigt (Nr. 3), bei Verweigerung der ordnungsgemäßen Nacherfüllung (Nr. 4) und bei einer offensichtlichen Aussichtslosigkeit einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung (Nr. 5). Gemäß § 475d Abs. 2 BGB gilt dies auch für den Schadensersatz statt der Leistung. Für Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung ist auf § 475 Abs. 6 BGB hinzuweisen, wonach der Unternehmer die Kosten der Rückgabe der Ware zu tragen hat.

5. Beweislast

Beim Verbrauchsgüterkauf wurde in § 477 Abs. 1 S. 1 BGB zu Gunsten des Verbrauchers der Zeitraum, in dem vermutet wird, dass eine Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, von sechs Monaten auf ein Jahr verdoppelt.²⁷ Beim Kauf lebender Tiere ist es gemäß § 477 Abs. 1 S. 2 BGB bei der Frist von sechs Monaten geblieben. Zudem wird gemäß § 477 Abs. 2 BGB bei einer dauerhaften Bereitstellung der digitalen Elemente einer Ware bei einem auftretenden Mangel vermutet, dass diese schon während der bisherigen Bereitstellung mangelhaft waren. Die Vermutungen greifen allerdings wie bisher nicht ein, wenn sie mit der Art der Ware oder des mangelhaften Zustands unvereinbar sind.

6. Verjährung

Die Regelung zur Verjährung von Mängelansprüchen in § 438 BGB ist unverändert geblieben. Hier musste zwecks Umsetzung von Art. 10 WKRL nur eine Sonderregelung zur Ablaufhemmung geschaffen werden, was mit § 475e BGB erfolgt ist. Dabei gelten wiederum dessen Abs. 1 und 2 nur beim Kauf von Waren mit digitalen Elementen. Nach Abs. 1 verjähren die Ansprüche des Verbrauchers wegen eines Mangels an den digitalen Elementen nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des Bereitstellungszeitraums. Entsprechendes gilt gemäß Abs. 2 für Ansprü-

²⁶ Lorenz, (Fn. 20), S. 2071.

²⁷ Umsetzung von Art. 11 Abs. 1 WKRL.

che wegen Verletzung einer Aktualisierungspflicht, hier nach dem Ende des Aktualisierungszeitraums. Da dieser Zeitraum (u.U. deutlich) länger als zwei Jahre sein kann, führt das zu einer bedeutsamen Ausweitung der Gewährleistung. § 475e Abs. 3 und 4 BGB sind allgemein auf den Verbrauchsgüterkauf von Waren anwendbar. Zeigt sich hier ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist, tritt Verjährung gemäß § 475e Abs. 3 BGB nicht vor dem Ablauf von vier Monaten nach diesem Zeitpunkt ein. Hat der Verbraucher die Ware zur Nacherfüllung oder zur Erfüllung von Garantieansprüchen dem Unternehmer übergeben, so tritt die Verjährung von Ansprüchen wegen des geltend gemachten Mangels gemäß § 475e Abs. 4 BGB nicht vor Ablauf von zwei Monaten ab der Rückgabe der Ware ein. Diese Regelung gilt daher nicht, wenn der Unternehmer lediglich aus Kulanz oder ohne Anerkennung einer Rechtspflicht tätig wird.²⁸ Ansonsten gelten aber die allgemeinen Vorschriften. Liegt in der Übernahme der Ware zur Nacherfüllung zugleich eine Verhandlung i. S. d. § 203 S. 1 BGB, gilt neben der Verjährungshemmung auch die dreimonatige Ablaufhemmung nach § 203 S. 2 BGB; § 475e Abs. 4 BGB würde dann keine Rolle mehr spielen.²⁹ Liegt in der Vornahme der Nacherfüllung ein Anerkenntnis i. S. d. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, kommt es sogar zu einem Neubeginn der Verjährung. Vereinbarungen über die Verjährung sind gemäß § 476 Abs. 2 BGB nur unter engen Voraussetzungen zulässig und wegen des Erfordernisses des § 476 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB in AGB nicht möglich. Ein Widerspruch wie zwischen § 476 Abs. 2 BGB a. F. und Art. 5 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL³⁰ besteht nicht mehr, weil Art. 10 Abs. 6 WKRL neben kürzeren Haftungszeiträumen auch kürzere Verjährungsfristen zulässt.

C. Fazit

Die digitale Schuldrechtsreform des Jahres 2022 hält sich angesichts der weitgehenden Vollharmonisierung der umgesetzten Richtlinien relativ eng an deren Vorgaben. Aufgrund dessen ist zu hoffen, dass insbesondere bei den Vorschriften zu den Verträgen über digitale Produkte nur wenige Widersprüche oder Unstimmigkeiten zwischen den Richtlinien und dem nationalen Recht auftreten. Mehr kann man vom nationalen Gesetzgeber nicht erwarten. Auslegungsprobleme und Abgrenzungsschwierigkeiten werden allerdings gleichwohl auftreten. Diese haben dann aber ihre Ursache in der Richtliniengesetzgebung. Insoweit ist der Richtliniengeber eben nicht besser als der nationale Gesetzgeber.

²⁸ Grüneberg/Weidenkaff, (Fn. 4), § 475e Rn. 4; a. A. BeckOK BGB/Faust, (Fn. 22), § 475e Rn. 18.

²⁹ Lorenz, (Fn. 20), S. 2072.

³⁰ Vgl. hierzu *EuGH*, Urt. v. 13.7.2018, C-133/16 – Ferenschild, Rn. 50; *BGH*, NJW 2021, 1008.