



# Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und  
Verbraucherschutz

## Wortprotokoll der 149. Sitzung

### **Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz**

Berlin, den 5. Mai 2021, 11:45 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender  
Dr. Heribert Hirte, MdB

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

### **Einzigiger Tagesordnungspunkt**

**Seite 8**

#### a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

### **Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen**

**BT-Drucksache 19/27653**

#### **Federführend:**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

#### **Mitberatend:**

Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur  
Ausschuss Digitale Agenda

#### **Gutachtlich:**

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

#### **Berichterstatter/in:**

Abg. Carsten Müller (Braunschweig) [CDU/CSU]

Abg. Dr. Karl Lauterbach [SPD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Gökay Akbulut [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



b) Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs  
von Sachen mit digitalen Elementen und anderer  
Aspekte des Kaufvertrags**

**BT-Drucksachen 19/27424, 19/28174**

**Federführend:**

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

**Mitberatend:**

Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft

Ausschuss Digitale Agenda

**Gutachtlich:**

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

**Berichterstatter/in:**

Abg. Ingo Wellenreuther [CDU/CSU]

Abg. Dr. Karl Lauterbach [SPD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Gökay Akbulut [DIE LINKE.]

Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



<b>Teilnehmende Abgeordnete</b>	<b>Seite 4</b>
<b>Sprechregister Abgeordnete</b>	<b>Seite 6</b>
<b>Sprechregister Sachverständige</b>	<b>Seite 7</b>
<b>Anlagen:</b>	
<b>Stellungnahmen der Sachverständigen</b>	<b>Seite 33</b>



## **Sprechregister Abgeordnete**

	Seite
<b>Anke Domscheit-Berg (DIE LINKE.)</b>	<b>16</b>
<b>Dr. Johannes Fechner (SPD)</b>	<b>17</b>
<b>Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)</b>	<b>8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 32</b>
<b>Dr. Jürgen Martens (FDP)</b>	<b>17, 20</b>
<b>Carsten Müller (Braunschweig) (CDU/CSU)</b>	<b>16, 26</b>
<b>Tobias Matthias Peterka (AfD)</b>	<b>17, 19</b>
<b>Tabea Rößner (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>16, 23</b>
<b>Friedrich Straetmanns (DIE LINKE.)</b>	<b>26</b>
<b>Ingo Wellenreuther (CDU/CSU)</b>	<b>16, 27</b>



## Sprechregister Sachverständige

	Seite
<b>Prof. Dr. Markus Artz</b> Universität Bielefeld Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung	<b>8, 25, 27</b>
<b>Prof. Dr. Ivo Bach</b> Georg-August-Universität Göttingen Geschäftsführender Direktor Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht, Europäisches und Internationales Privatrecht	<b>9, 24, 27</b>
<b>Prof. Dr. Tobias Brönneke</b> Hochschule Pforzheim – Gestaltung, Technik, Wirtschaft und Recht Zentrum Verbraucherforschung und nachhaltiger Konsum	<b>10, 22, 28</b>
<b>Prof. Dr. Florian Faust, LL.M. (Michigan)</b> Bucerius Law School - Hochschule für Rechtswissenschaft gGmbH, Hamburg Lehrstuhl Privatrecht IV – Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung	<b>11, 21</b>
<b>Georg Grünhoff</b> Handelsverband Deutschland e. V., Berlin Abteilungsleiter Produktsicherheits-, Datenschutz- und Verbraucherrecht	<b>12, 20, 30</b>
<b>Jutta Gurkmann</b> Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Berlin Mitglied der Geschäftsleitung Geschäftsbereichsleiterin Verbraucherpolitik	<b>13, 19</b>
<b>Emmanouil Kampitakis</b> Chaos Computer Club e. V., Karlsruhe Emmanouil Kampitakis c/o Entropia e. V.	<b>14, 18</b>
<b>Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel</b> Universität Bayreuth Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung	<b>15, 17, 30</b>

**Mitglieder des Ausschusses**

	<b>Ordentliche Mitglieder</b>	<b>Unter- schrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder</b>	<b>Unter- schrift</b>
CDU/CSU	Heil, Mechthild Heveling, Ansgar Hirte, Dr. Heribert Hoffmann, Alexander Jung, Ingmar Lehrieder, Paul Luczak, Dr. Jan-Marco Müller, Axel Müller (Braunschweig), Carsten Oellers, Wilfried Sensburg, Dr. Patrick Steineke, Sebastian Thies, Hans-Jürgen Ullrich, Dr. Volker Warken, Nina Wellenreuther, Ingo	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Amthor, Philipp Frei, Thorsten Gutting, Olav Hauer, Matthias Launert, Dr. Silke Lindholz, Andrea Maag, Karin Middelberg, Dr. Mathias Nicolaisen, Petra Noll, Michaela Schipanski, Tankred Throm, Alexander Vries, Kees de Weisgerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz Dilcher, Esther Fechner, Dr. Johannes Groß, Michael Lauterbach, Dr. Karl Post, Florian Rawert, Mechthild Scheer, Dr. Nina Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias Müller, Bettina Nissen, Ulli Özdemir (Duisburg), Mahmut Rix, Sönke Schieder, Marianne Vogt, Ute Wiese, Dirk Yüksel, Gülistan	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan Jacobi, Fabian Maier, Jens Peterka, Tobias Matthias Reusch, Roman Johannes	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried Haug, Jochen Maier, Dr. Lothar Seitz, Thomas Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco Helling-Plahr, Katrin Martens, Dr. Jürgen Müller-Böhm, Roman Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla Schinnenburg, Dr. Wieland Skudelny, Judith Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



	<b>Ordentliche Mitglieder</b>	<b>Unter- schrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder</b>	<b>Unter- schrift</b>
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay Mohamed Ali, Amira Movassat, Niema Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla Lay, Caren Möhring, Cornelia Renner, Martina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Keul, Katja Rößner, Tabea Rottmann, Dr. Manuela	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian Künast, Renate Mihalic, Dr. Irene Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>

**Weitere Mitglieder des Deutschen Bundestages**

		<b>Unter- schrift</b>
CDU/CSU	Stier, Dieter	<input checked="" type="checkbox"/>
DIE LINKE.	Domscheit-Berg, Anke	<input checked="" type="checkbox"/>



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Ich eröffne die 149. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz mit einer öffentlichen Anhörung zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen und zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrages. Ich begrüße die Kolleginnen und Kollegen hier im Saal sowie diejenigen, die uns per Webex zugeschaltet sind. Ich begrüße die Sachverständigen, von denen Frau Gurkmann und die Herren Artz, Bach, Kampitakis und Schmidt-Kessel hier im Sitzungssaal physisch anwesend sind. Ich begrüße die anderen, die uns zugeschaltet sind. Ich begrüße die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung, die teilweise präsent und im Übrigen per Webex zugeschaltet sind sowie die Zuhörerinnen – wenn ich das richtig sehe, alles nur Damen – hier oben auf der Tribüne. Gegenstand der heutigen Anhörung sind zwei Gesetzentwürfe der Bundesregierung, durch die zwei Richtlinien umgesetzt werden sollen, deren Ziel es ist, eine Harmonisierung vertragsrechtlicher Vorschriften in Bezug auf Verbraucherverträge über digitale Produkte bzw. auf Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über Sachen mit digitalen Elementen herbeizuführen. Einige Hinweise zum Ablauf: Die Sachverständigen erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen dabei alphabetisch, heute also mit Herrn Artz. An Sie, die Sachverständigen, die Bitte: Bemühen Sie sich, nicht länger als vier Minuten zu sprechen. Dafür läuft hier eine Uhr ab, 30 Sekunden vor Ende gibt es ein Zeichen. Wenn dann Ende ist, gibt es ein lautes Zeichen und wenn das immer noch nicht reicht, werde ich etwas sagen. Die Sachverständigen und alle Teilnehmer, die per Webex zugeschaltet sind, werden im Übrigen gebeten, ihr Mikrofon auszuschalten, wenn sie nicht sprechen. An Ihren Vortrag schließt sich eine erste Fragerunde an. Möglicherweise auch noch eine zweite oder eine dritte, je nachdem, wie viele Fragen gestellt werden. Die Kolleginnen und Kollegen haben dann die Möglichkeit, zwei Fragen zu stellen. Entweder zwei Fragen an einen Sachverständigen oder jeweils eine Frage an zwei unterschiedliche

Sachverständige. Die Sachverständigen werden dann in der ersten Antwortrunde in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge antworten, heute also beginnend mit Herrn Schmidt-Kessel, und werden dabei auch gebeten, sich bei den Antworten kurz zu halten. In der zweiten Fragerunde geht es dann in alphabetischer Reihenfolge, was die Antworten angeht. Einige weitere technische Hinweise: Diese Anhörung ist öffentlich. Sie wird morgen ab 12.00 Uhr im Parlamentsfernsehen auf Kanal 3 zu sehen sein. Anschließend ist die Aufzeichnung in der Mediathek des Deutschen Bundestages abrufbar. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung zudem ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne hier im Saal oder auch per Webex sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich möchte ich noch darauf hinweisen, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht bzw. Strafrecht geahndet werden können. Ich danke für die Aufmerksamkeit und Herr Artz hat als Erster das Wort. Bitte schön.

**SV Prof. Dr. Markus Artz**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, ich freue mich außerordentlich, dass ich heute zu den Gesetzentwürfen Stellung nehmen darf und dies insbesondere, weil ich mich außerordentlich positiv und lobend äußern und die Gelegenheit wahrnehmen möchte, insbesondere Herrn Görs und Herrn Schomburg und ihren Teams zu danken und die Anerkennung für ihre tolle Arbeit zum Ausdruck zu bringen. Ich halte die beiden Gesetzentwürfe wirklich für sehr gelungen und möchte in meiner kurzen Stellungnahme nun nicht auf Einzelheiten eingehen, sondern ein paar große Linien beschreiben, die ich für sehr gut gelungen halte. Zum einen glaube ich, dass es eine ganz richtige Entscheidung gewesen ist, die Richtlinie zu digitalen Inhalten nicht bei den einzelnen Vertragstypen umzusetzen, sondern die Entscheidung zu treffen, einen einzelnen Titel im allgemeinen Schuldrecht zu schaffen. Das ist genau die richtige Entscheidung gewesen, weil eben das Ordnungskriterium „digitales Produkt“, wie man so sagen kann, quer zu den einzelnen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts liegt und es dem Verbraucher, glaube ich, auch nicht so arg darauf ankommt, ob er das digitale Produkt



jetzt gemietet oder gekauft hat, sondern es darum geht, die neuen Probleme mit diesem Produkt zu regeln. Und deswegen halte ich es für vollkommen richtig, dies dort im allgemeinen Schuldrecht zu regeln. Als zweites möchte ich kurz darauf eingehen, dass ich auch den Quantensprung richtig und erfreulich finde, sich beim Kaufvertrag von dem Bild des einmaligen Austauschverhältnisses zu lösen. Produkte, die Verbraucher heutzutage erwerben, bedürfen halt hin und wieder der Aktualisierung, sodass der Austausch der Leistungen eben nicht, wie das früher vielleicht mal gewesen sein mag, mit dem Austausch von Ware und Geld beendet ist, sondern das Produkt später Aktualisierungen benötigt. Und das kann zum einen die Funktionalität erst bedingen, zum anderen aber auch stören, sodass später also auch noch Fehler auftreten können. Und dann ist die Anknüpfung an den Gefahrübergang, wie wir sie aus dem Kaufrecht kennen, nicht tauglich. Das halte ich übrigens auch für einen ganz großen Schritt, der vielleicht auch dazu führen kann, dass man sich demnächst mal in Ruhe über die Vertragstypen des besonderen Schuldrechts Gedanken machen sollte und ob die noch auf die gesellschaftlichen Realitäten passen. Auch das möchte ich wirklich nur lobend erwähnen. Dann gibt das Recht, das ist in der Richtlinie auch so angelegt, dem Unternehmer die Möglichkeit, einen Substandard zu vereinbaren. Das betrifft insbesondere die Verpflichtung zu Aktualisierungen. Man kann nicht, wie das so im Verbraucherprivatrecht ist, von den Rechtsbehelfen abweichen. Die kann man sozusagen nicht ausschließen. Aber man kann einen Schritt vorher anfassen und sagen: Na ja, bei mir bekommst du diese Aktualisierungen nicht. Hier wird, glaube ich, der Markt zeigen, ob das ein wirklich sinnvolles Vorgehen der Unternehmer sein wird, eben Aktualisierungen auszuschließen. Und hier werden wir mit Sicherheit auch interessante Probleme des AGB-Rechts auf uns zukommen sehen, inwiefern man diese Regelungen, also diese Vereinbarungen, auch klauselmäßig treffen kann. Zum Abschluss möchte ich zwei kleine kritische Punkte ansprechen: Zum einen hätte man vielleicht den Mut haben sollen, gerade die Fragen der digitalen Inhalte auch auf den unternehmerischen Verkehr zu erstrecken. Und zum anderen bin ich mir nicht ganz sicher, ob die Einbeziehung der in der

Richtlinie nicht vorgesehenen Schadenersatzansprüche wirklich konfliktfrei gelingen wird, das wird die Zeit dann zeigen. Apropos Zeit, Herr Vorsitzender, ich bin zum ersten Mal drei Sekunden vor der Zeit fertig geworden.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Artz. Die Schlussbemerkung waren dann fünf Sekunden. Insofern kriegen wir das schon hin. Herr Bach hat als Nächster das Wort.

SV **Prof. Dr. Ivo Bach**: Sehr geehrter Herr Hirte, ganz herzlichen Dank für die Einladung. Um die Zeit möglichst effektiv zu nutzen, möchte ich nicht auf die ganzen Details eingehen, die ich in meiner schriftlichen Stellungnahme aufgeworfen habe, sondern mich auf mein Kernanliegen konzentrieren und im Wesentlichen für eine – sagen wir mal – etwas offensivere Umsetzung der Warenkaufrichtlinie plädieren. Vor allem bei der Verjährung macht der Regierungsentwurf aus meiner Sicht viel zu wenig aus den vorhandenen Gestaltungsspielräumen. Im bisherigen Verjährungsrecht, das der Entwurf ja im Wesentlichen fortschreibt, wird alles über einen Kamm geschoren. Gewährleistungsansprüche für verschimmelte Erdbeeren verjähren genauso in zwei Jahren wie Verjährungsansprüche für durchgerostete Autos. Natürlich geht jede Flexibilisierung oder jede Differenzierung automatisch mit einer gewissen Komplexität einher und daraus resultierend mit einer gewissen Rechtsunsicherheit. Ich glaube aber tatsächlich, dass man beides haben kann: Flexibilität und damit letztlich Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit. Der entscheidende Hebel, mit dem das gelingen kann, ist die Parteiautonomie. Wenn man die Verjährung an die Haltbarkeit der Kaufsache koppelt und dann den Parteien ins freie Ermessen stellt, eine Haltbarkeit zu vereinbaren, dann gibt man es den Parteien in die Hand, selbst für ein Höchstmaß an Rechtssicherheit zu sorgen. An dieser Stelle möchte ich ein Missverständnis ausräumen: Es geht bei dem Vorschlag einer haltbarkeitsabhängigen Verjährung ausdrücklich nicht darum, dem Verkäufer eine Garantiehaftung aufzuerlegen. Es bleibt dabei, dass der Mangel bei Gefahrübergang vorgelegen haben muss. Aber wenn das erwiesenermaßen der Fall ist, dann sollte der Käufer den Mangel auch geltend machen können. Und das kann er bei Mängeln,



die sich üblicherweise erst nach drei oder vier Jahren zeigen, nach bisherigem Recht eben nicht, weil Verjährung eintritt, bevor der Mangel virulent wird. Das ist aus meiner Sicht ein offensichtliches Gerechtigkeitsdefizit und dem sollte man abhelfen, indem man die Beschränkung der Verjährung auf zwei Jahre, also diese Begrenzung, aufhebt. Ich habe in meiner Stellungnahme drei Möglichkeiten aufgezeigt, wie so eine Neuregelung aussehen könnte. Ein viertes Beispiel liefert das niederländische Recht. Dort gilt erst eine relativ kurze Rügefrist von zwei, drei Monaten und die Verjährungsfrist beginnt dann anschließend erst mit der erfolgten Rüge zu laufen. Damit sehen Sie: Es gibt eine Vielzahl an Möglichkeiten, wie man passgenau die Verjährung regeln kann, ohne dass das zu Lasten der Rechtssicherheit geht und übrigens auch, ohne dass das zwangsläufig zu Lasten der Verkäuferseite gehen müsste. Das will ich an dieser Stelle ausdrücklich herausstellen. Wenn man tatsächlich auf der einen Seite eine Verjährungsfrist verlängert, auf der anderen Seite aber eine kurze Rügefrist einzieht, dann profitiert eigentlich nicht nur der Käufer, sondern auch die Verkäuferseite. Und als Drittes profitiert übrigens das Klima, das will ich an dieser Stelle auch nicht zu kurz kommen lassen. Nach den deutlichen Worten, die das Bundesverfassungsgericht letzte Woche gefunden hat, will ich an der Stelle nochmal darauf hinweisen, dass auch das Zivilrecht durchaus ein wichtiges Werkzeug ist, um jetzt und heute vorsichtig und behutsam auf die Bremse zu treten, um nicht in zehn Jahren die Vollbremsung hinlegen zu müssen. Das zweite Kernthema der Warenkaufrichtlinie, des Gesetzentwurfs: Da ist das Ganze etwas schwerer, bei der Beweislastumkehr, und zwar deswegen, weil sich hier die Interessen von Käufer- und Verkäuferseite diametral gegenüberstehen und weil es an einem Korrektiv fehlt, mit dem ein Interessenausgleich gelingen könnte. Auch hier kann eine Kompromisslinie letztlich darin bestehen, das Ganze in die Parteihoheit zu legen und den Parteien gewissermaßen zu ermöglichen, eine Vereinbarung zu treffen. Der Vorschlag wäre daher, die Beweislastumkehr erst auf zwei Jahre anzusetzen und anschließend den Parteien zu gestatten, sie um und auf ein Jahr zu verkürzen. Mit diesem Ansatz der Disponibilität könnte man auch den Interessen der Tierverkäufer ein

bisschen entgegenkommen, indem man für den Tierkauf die gesamte Beweislastumkehr disponibel gestaltet, den Parteien also gestattet, davon komplett abzuweichen. Das ist als Minus zu einer kompletten Bereichsausnahme meines Erachtens ohne Weiteres von der Richtlinie gedeckt. Herzlichen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Bach. Als Nächster hat das Wort – bei Webex zugeschaltet – Herr Brönneke.

**SV Prof. Dr. Tobias Brönneke**: Guten Tag und vielen Dank für die Möglichkeit, an dieser Stelle beratend tätig zu werden. Ich möchte mich auf vier zentrale Punkte konzentrieren. Der Bundestag hat bei der aktuell anstehenden BGB-Änderung die Chance, eine in Deutschland viel zu lange als normal empfundene, im Gesetz angelegte Störung der Vertragsparität zu beenden. Ich beziehe mich hier, wie mein Vorredner, auf Fragen, die die langlebigen Konsumgüter betreffen. Die geltenden Regelungen scheinen mir in Zeiten zunehmender Technisierung und Digitalisierung immer mehr aus der Zeit zu fallen. Die Regierungsvorlage verpasst leider die Chance einer Abhilfe. Das möchte ich erläutern: Bei langlebigen Gütern, die für Privathaushalte häufig den Charakter einer echten Investitionsentscheidung haben, muss der Käufer nach den derzeitigen Marktgepflogenheiten die Katze im Sack kaufen. Bei einem ganz entscheidenden Faktor für eine wirtschaftlich sinnvolle Entscheidung, nämlich der Frage, wie lange das Produkt halten wird, bleibt es regelmäßig bei ganz nebligen Werbeaussagen. Welche Kosten für die Nutzung eines Gutes tatsächlich anfallen, hängt aber nicht ausschließlich vom Preis und häufig nicht mal in erster Linie vom Preis, sondern von der erwartbaren Nutzungsdauer eines Produktes ab. Das weiß jeder Handwerker, jeder Unternehmer, der die Kosten einer Maschine auf eine Rechnung umlegt, auf seine Arbeitskosten. Das weiß jeder, der die steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit von Investitionskosten berechnet. Verbraucher rechnen, wie die Studie aus unserer Hochschule jüngst einmal wieder nachdrücklich belegt hat, auch mit längeren – deutlich längeren – Lebensdauern, als denen, die sie tatsächlich bekommen. Belastbare Verbraucherinformationen zur Haltbarkeit von Produkten sind nötig. Das leistet eine Mindestlebensdauerangabepflicht und



ich würde ein Modell vorschlagen, wo im EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) eine ganz kurz gefasste Ergänzung der Informationspflichten eingeführt wird bei der Notwendigkeit, die Produkte zu beschreiben. Das ist ja jetzt schon der Fall. Also einmal eine ganz kurze allgemeine Pflicht, die Mindestlebensdauer anzugeben. Und dann die Option, wo es die Industrie für sinnvoll erachtet, flexible, randscharfe Regelungen durch technische Normung zu erarbeiten. Das ist eine andere Sichtweise als die von Herrn Bach. Es wurde unterlassen, die technische Normung in das deutsche Recht umzusetzen, obwohl die Richtlinienvorgabe hier ganz klar ist und gerade das deutsche System, was jetzt bereichsspezifische Verhaltenskodizes und technische Normen bisher wenig beachtet, dazu zu zwingen, diesen jetzt den richtigen Wert zu geben. Und das kann, glaube ich, sehr zu Gunsten der Unternehmer und der Rechtssicherheit und sehr flexibel genutzt werden. Das ist eine Option, kein Muss, sondern ein Kann. Dann zu den Mängelgewährleistungsfristen: Da will ich sagen, dass die kurzen Sonderverjährungsvorschriften ja so sind, dass ein wirklich bestehender Anspruch abgeschnitten wird. Das zeigen viele Urteile, die beim Gebrauchtwarenkauf wirklich bestehende Ansprüche ausweisen. Und normalerweise werden die jetzt aber in aller Regel durch die kurze Sonderverjährungsvorschrift abgeschnitten. Das einfachste wäre, einfach diese Sonderverjährung zu streichen und die allgemeinen Regeln anzuwenden. Dazu wird es wohl im Moment mit diesem Bundestag, mit dieser Mehrheit nicht kommen. Aber es ist so ein bisschen zu hinterfragen, ob man sich nicht zu sehr an das ungerechte Abschneiden von Rechten gewöhnt hat und man sich jetzt nach 120 Jahren BGB vielleicht von so einer ungerechten Beweislastaufteilung verabschieden kann. Da gibt es auch wieder Möglichkeiten, auch durch eine Ablaufhemmung, eine sehr rechtsklare und rechtssichere Regelung für Verbraucher wie Unternehmer zu schaffen. Auch hier kann, wie ich in meiner Stellungnahme näher ausgeführt habe, technische Normung absolut helfen – auch den Unternehmern – Rechtssicherheit zu kriegen. Ich will zum Schluss noch zwei Dinge sagen. Einmal die Beweislastumkehr: Hier ist auch nicht plausibel dargelegt, warum man auf ein Jahr

optiert hat. Es wird nicht gesehen, dass die Beweislastumkehr auch an Voraussetzungen geknüpft ist, die mehr Bedeutung bekommen werden. Das ist das eine. Und das zweite ist, dass ich außerdem auch noch Möglichkeiten sehe, in einer Vorschrift, für eine Funktionsgarantie. Das heißt eine Garantieaussagepflicht, die den Unternehmer treffen würde. Und das kann ich auf Nachfrage ergänzen. Ich sehe, ich habe überzogen und mache hier einen Punkt.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Brönneke. Ich gebe weiter an Herrn Faust. Wir grüßen nach Hamburg.

**SV Prof. Dr. Florian Faust:** Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, zunächst herzlichen Dank für die Einladung. In meiner schriftlichen Stellungnahme habe ich zahlreiche Vorschläge aufgezeigt, die der korrekten Umsetzung der Richtlinien unter Gesetzestechnik dienen. Heute will ich mich auf vier zentrale Punkte beschränken, von denen drei rechtspolitischer Natur sind. Erstens: Die Richtlinien werden ganz überwiegend, entsprechend ihrem Anwendungsbereich, beschränkt auf Verbraucherverträge umgesetzt. Das widerspricht der Grundtendenz des BGB, ein besonderes Verbrauchervertragsrecht zu vermeiden und nur solche Regelungen auf das B2C-Verhältnis (Business-to-Consumer-Verhältnis) zu beschränken, die eine spezifisch verbraucherschützende Zielrichtung haben. Außerdem führt es dazu, dass die Rechtsfragen digitaler Produkte bei anderen als Verbraucherverträgen weiterhin ungelöst bleiben. Ich halte es daher für geboten, die Richtlinien zum Teil in den allgemeinen Normen des BGB umzusetzen. Viele ihrer Regelungen sind nicht spezifisch verbraucherschützend, wie beispielsweise die Regelungen über die Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte, über die weitere Nutzung von Daten nach einer Vertragsbeendigung und über die Änderung digitaler Produkte. Man sollte insofern einen regelungslosen Zustand beenden und Normen bereitstellen, die im unternehmerischen Geschäftsverkehr zumindest als Kontrollmaßstab für eine AGB-Kontrolle dienen können. Zweitens: Ich halte es nicht für sinnvoll, wie verschiedentlich gefordert, einen Direktanspruch des Verbrauchers auf die Bereitstellung von Aktualisierungen gegen den Hersteller zu



gewähren. Es ist zwar richtig, dass die Updatepflicht in der Praxis nur vom Hersteller erfüllt werden kann. Doch hat im heutigen Wirtschaftsleben ein Verkäufer oder Vermieter in den seltensten Fällen Einfluss auf das Produkt, das er vertreibt. Trotzdem gewährt das deutsche Recht keine Direktansprüche, sondern nur Ansprüche innerhalb der Lieferkette. Es wäre nicht sachgerecht, hiervon gerade in Bezug auf Aktualisierungen eine Ausnahme zu machen. Drittens: Die Länge der Verjährungsfrist scheint mir nicht von zentraler Bedeutung. Denn wie lang sie auch immer ist – gehaftet wird nur für Mängel, die bei Gefahrübergang vorlagen. Daher könnte ich mir eine maßvolle Verlängerung, etwa auf drei Jahre, vorstellen, glaube aber nicht, dass sie – von Sonderkonstellationen wie dem Dieselskandal abgesehen – viel bringen wird. Von zentraler Bedeutung ist demgegenüber die Frist für die Beweislastumkehr. Sie wirkt sich in vielen Fällen wie eine faktische Haltbarkeitsgarantie aus, weil der Unternehmer die Vermutung der Vertragswidrigkeit nicht entkräften kann. Von einer Verlängerung dieser Frist auf zwei Jahre, wie sie die Warenkaufrichtlinie erlaubt, möchte ich dringend abraten. Sie würde den Anreiz für Verbraucher mindern, mit den gekauften Sachen sorgfältig umzugehen und zu einer Quersubventionierung der unsorgfältigen oder die Sache extensiv nutzenden Verbraucher durch die anderen führen. Und schließlich viertens: Die Normen über den Schadensersatz in Bezug auf Mängel digitaler Produkte scheinen mir überarbeitungsbedürftig. § 327m Absatz 3 BGB-E löst die Probleme allenfalls ansatzweise. Ich danke Ihnen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Faust. Als Nächster Herr Grünhoff, der uns auch per Webex zugeschaltet ist.

**SV Georg Grünhoff**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Auch ich bedanke mich zunächst herzlich für die Einladung und die Gelegenheit, für den Handelsverband hier Stellung nehmen zu können. Dabei konzentriere ich mich auf den Gesetzentwurf zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie, weil dieser für den Einzelhandel von überragender Bedeutung ist. Wir begrüßen insgesamt den von der Bundesregierung in dem Gesetzentwurf gewählten Ansatz der Eins-zu-

Eins-Umsetzung der Warenkaufrichtlinie ausdrücklich. Bei der Regelung zu den Aktualisierungspflichten sehen wir hierbei noch etwas Nachbesserungsbedarf. Insgesamt muss man sehen, dass die europäische Richtlinie die Pflichten von Einzelhändlern zugunsten von Verbraucherinnen und Verbrauchern bereits ganz erheblich erweitert, z. B. durch die Verdopplung der Beweislastumkehrfrist auf ein Jahr und die Pflicht zur Bereitstellung der Updates für Waren mit digitalen Elementen. Damit sind auf der Kehrseite auch neue Belastungen für den Einzelhandel verbunden. Keinesfalls sollten die Gewährleistungsansprüche darüber hinaus auf der nationalen Ebene noch weiter ausgeweitet werden, etwa durch eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist oder eine weitere Verlängerung der Beweislastumkehrfrist. Dafür sieht auch die deutliche Mehrheit der Verbraucher keinen Handlungsbedarf. Nach einer repräsentativen Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach aus dem Jahr 2019 sehen sich zwei Drittel der Befragten durch das geltende Recht hinreichend geschützt und 60 Prozent sind insbesondere nicht bereit, für eine verlängerte Gewährleistungsfrist einen höheren Preis für Produkte zu bezahlen. 90 Prozent sind mit der Abwicklung von Gewährleistungsfällen im Einzelhandel zufrieden oder sehr zufrieden. Gleichzeitig – und das darf auch auf keinen Fall unberücksichtigt bleiben – sind die Geschäfte des gesamten Non-Food-Einzelhandels seit inzwischen fast fünf Monaten, also bald einem halben Jahr, zur Bekämpfung der Pandemie auf staatliche Anordnung hin geschlossen. Die Lage vieler Einzelhändler aus dem Non-Food-Handel, in dem das Gewährleistungsrecht eine besondere Rolle spielt, ist dramatisch. Viele von den Schließungen betroffene Unternehmen befinden sich in einer existenzbedrohenden Situation. Rücklagen sind aufgebraucht, Hilfen kommen nur schleppend an und reichen oft nicht aus, um die laufenden Kosten zu decken. Die aufgenommenen Krisenkredite müssen in den nächsten Jahren abbezahlt und neue Liquidität aufgebaut werden, um im intensiven Wettbewerb zu bestehen. Zusätzliche Belastungen würden eine Erholung beeinträchtigen. Eine über die europäischen Vorgaben noch hinausgehende Ausweitung des Gewährleistungsrechts zu Lasten des Einzelhandels wäre daher, gerade in der aktuellen



Krisensituation, das völlig falsche Signal. Wie bereits erwähnt, sehen wir besonders bei den Regelungen zur Aktualisierungspflicht noch Verbesserungsbedarf. Hier geht der Gesetzentwurf bei der Verjährungsregelung über die Richtlinienvorgaben hinaus, weil die zweijährige Verjährungsfrist erst mit Ende des Aktualisierungszeitraums beginnen soll. Insgesamt führt das zu einer übermäßig langen Haftung des Verkäufers. Außerdem regen wir an, zusätzlich zum Aktualisierungsanspruch gegenüber dem Händler, aus Gründen der Praktikabilität, auch einen direkten Anspruch auf Aktualisierung gegen den Hersteller zu schaffen. Die vorgeschriebene Information über Aktualisierungen muss unbedingt in allgemeiner Form erfolgen können, beispielsweise über die Internetseite des Händlers. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Grünhoff. Als Nächste hier im Raum Frau Gurkmann.

Sve **Jutta Gurkmann**: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren Abgeordnete, auch für uns ist insbesondere die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie im Fokus. Und ich darf mich jetzt erstmal dem Lob von Professor Artz anschließen, was das Gesamtkonstrukt angeht, mit dem die Richtlinien umgesetzt werden sollen. Wir würden aber anregen, hier auch noch den einen oder anderen Spielraum zu nutzen, der sich durch die Richtlinien ja bietet. Und das ist – hier darf ich mich Professor Brönneke und Professor Bach anschließen – insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistungsfristen aus unserer Sicht absolut von Nöten und zwar insbesondere im Hinblick auf langlebige Produkte. Hier ist die zweijährige Gewährleistungsdauer für Produkte unverhältnismäßig kurz. Wir sehen auch im europäischen Ausland: Da wurde schon Gebrauch gemacht von der Möglichkeit, für bestimmte Produkte deutlich längere Gewährleistungsfristen vorzusehen. Und wir regen sehr an, das auch in Deutschland zu tun. Eine Verlängerung von Gewährleistungsfristen für langlebige Produkte – das möchte ich noch mal betonen: nicht für alle Produkte – würde auch wirtschaftliche Anreize für die Entwicklung und den Vertrieb von langlebigen und reparierbaren Produkten schaffen. Längere Gewährleistungsfristen führen keineswegs

ausschließlich zu Belastungen der Wirtschaft. Auch der Gesetzentwurf geht ja davon aus, dass es keine systematische Preissteigerung geben wird. Im Gegenteil: Sie stärken aus unserer Sicht den Wettbewerb um qualitativ bessere Produkte, sie erhöhen das Vertrauen der Verbraucher in das jeweilige Produkt und stärken die Wahlfreiheit. Hinzu kommt, dass eine Anpassung der Gewährleistungsfristen dem Verbraucherwillen entspricht. Nach einer repräsentativen Umfrage der hopp Marktforschung im Auftrag des Projekts „Wirtschaftlicher Verbraucherschutz“ der Verbraucherzentralen halten 58 Prozent der Befragten es für sinnvoll, für unterschiedliche Produkte unterschiedliche Gewährleistungsfristen einzuführen. Bei den 16- bis 29-jährigen entspricht das sogar einem Anteil von 73 Prozent. Und die Länge der unterschiedlichen Gewährleistungsfristen sollte sich nach Meinung der Befragten entweder an der Produktklasse ausrichten oder, wie hier auch schon mehrfach erwähnt, an der Lebensdauer des Produkts. Der Verbraucherzentrale Bundesverband regt daher sehr stark an, eine Verlängerung der Gewährleistungsfristen für langlebige Produkte einzuführen. Nochmal betont: Es soll nicht um eine generelle Verlängerung von Gewährleistungsfristen gehen und es geht auch nicht um Haltbarkeitsgarantien. Wir stellen uns das folgendermaßen vor, um die verschiedenen Vorschläge noch um einen weiteren anzureichern: Hersteller sollten die aus ihrer Sicht sinnvolle Lebenserwartung ihrer Produkte auf den Produkten deutlich sichtbar anbringen. Erreicht das Produkt nachfolgend diese Angabe nicht, sondern gibt früher seinen Geist auf, dann sollte das eben genau unter die Gewährleistung fallen. Ich mache das an einem Beispiel deutlich: Wenn in einem Produkt, das normal gebraucht wird, etwa in einem Handmixer, Plastikzahnradchen eingebaut werden, die, weil sie einem stärkeren Verschleiß unterliegen, kurz nach Ablauf der jetzigen Gewährleistungsfrist kaputtgehen, dann entspricht es eben der jetzigen Gewährleistungsfrist. Hier spricht man oft von der geplanten Obsoleszenz. Das bekommen wir gerade nicht in den Griff. Wenn der Hersteller nun aber deutlich langlebigere Verschleißteile auch benutzt, nämlich Metallzahnrad statt Plastikzahnrad, dann kann er dies entsprechend kennzeichnen. Dann besteht aber eben auch die



Erwartung, dass dieses Produkt länger hält und das kann mit Gewährleistungsansprüchen eben auch eingefordert werden. Wie gesagt: Es gibt genügend Beispiele im europäischen Ausland. Dort hat es auch keine elementaren Preissteigerungen gegeben, sodass ich sehr stark anrege, das zu berücksichtigen. Eine längere Beweislastumkehr wurde auch schon angesprochen. Die Beweislastumkehr ist ausschlaggebend dafür, ob Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden können oder nicht. Es ist immer eine Seite, die den schwarzen Peter haben wird. Das stimmt völlig. Wir sehen nur insbesondere den Fakt, dass ja die Herstellerseite, die Anbieterseite deutlich näher am Produkt dran ist und deutlich eher den Nachweis erbringen kann, dass ein Mangel nicht vorlag, sondern ein Defekt auf eine unsachgemäße oder übermäßige Nutzung zurückzuführen ist, als das ausschlaggebende Argument dafür an, dass es eine Verlängerung der Beweislastumkehr auf zwei Jahre geben sollte. Ganz kurz noch: Im Rahmen der Updatepflicht möchte ich mich auch den verschiedenlichen Äußerungen anschließen, dass es hier einer gewährleistungsähnlichen Herstellerhaftung bedarf. Der Hersteller sollte in die Verpflichtung zur Erbringung von Updates mit einbezogen werden, weil auch hier die Nähe des Herstellers zu den Updates deutlich ausschlaggebend ist. Und wir möchten auch noch einmal sehr loben, dass hinsichtlich der Erwartungsdauer an die Updatepflicht mittlerweile Kriterien in den Gesetzentwurf mit aufgenommen wurden. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Gurkmann. Als Nächster hier im Saal Herr Kampitakis.

**SV Emmanouil Kampitakis**: Sehr geehrter Herr Professor Dr. Hirte, sehr geehrte Ausschussmitglieder! Ich bin heute hier als Vertreter des Chaos Computer Clubs, einer Vereinigung von Hackern und Hackerinnen, die seit bald 40 Jahren in Deutschland ihr Unwesen treibt, wie das gern formuliert wird. Ein stetig wachsender Teil des Alltags findet inzwischen digital statt, besonders in Zeiten wie den jetzigen, wo Menschen angehalten sind, physische Kontakte auf ein Minimum zu reduzieren. Für uns alle ist es inzwischen selbstverständlich, dass wir online einkaufen und Dienstleistungen in Anspruch

nehmen. Und daher betrachten wir den hier eingebrachten Gesetzesvorschlag als einen längst überfälligen, wichtigen Schritt in die richtige Richtung. Immer alltäglicher wird jedoch, dass ein signifikanter Funktionsumfang von Gütern erst durch einen digitalen Dienst ermöglicht wird. Solche Geräte werden häufig unter der Bezeichnung „Internet of Things“ oder auch „IoT“ zusammengefasst. Diese „IoT“-Geräte können meist nur genutzt werden, wenn eine Anbindung an zentralisierte Systeme besteht, die sogenannte Cloud. Und dies führt zwangsläufig dazu, dass Verbraucher/-innen – meist unwissentlich – Produkte erwerben, die schon zum Zeitpunkt des Kaufs ein implizites Ablaufdatum haben. Dies wird maßgeblich von den herstellenden Unternehmen bestimmt und längst nicht mehr nur durch die Abnutzung. Möglich wird dies durch die Entscheidung über den Zeitraum, wie lange die benötigten zentralisierten Dienste oder Updates bereitgestellt werden. In der Konsequenz werden die Geräte danach meist zu nicht viel mehr als einem vielleicht sehr teuren Briefbeschwerer. Es ist daher im Sinne der Verbraucher/-innen, wenn bereits beim Kauf ersichtlich ist, wie lange die Unterstützung für das Produkt garantiert wird, wie bereits die Vorredner vorgetragen haben. Letztlich sollten am Ende der Produktlebenszeit die für den Betrieb nötigen Komponenten unter einer freien und offenen Lizenz der Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden. Das würde auch den Vorteil mit sich bringen, dass der Markt für neue Geschäftsmodelle geöffnet wird, wie z. B. die Pflege alter Gerätesoftware. Ferner würde dies vermeidbarem Elektroschrott vorbeugen, da meist Geräte weggeschmissen werden, die technisch ohne Mängel sind, und dies nur, weil Software nicht mehr aktualisiert werden kann und in den meisten Fällen keine Alternative existiert. Dies belastet natürlich unnötigerweise sowohl die Verbraucher/-innen als auch unsere Umwelt. Zusammengefasst fordern wir mehr Transparenz über die Lebensdauer von Produkten mit digitalen Komponenten und eine Chance für die Nutzer/-innen, diese in Eigenarbeit verlängern zu können. Im Übrigen sind wir der Überzeugung, dass Verbraucher/-innen auch im Internet das Recht zustehen sollte, beispielsweise per Vorkasse, datensparsam zu bezahlen. Vielen Dank.



**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Kampitakis. Und als Letzter Herr Schmidt-Kessel.

**SV Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel:** Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Abgeordnete, meine Damen und Herren, vielen Dank auch meinerseits für die Einladung. Ich möchte ein bisschen Wasser in den Wein gießen, zumindest, was den Kaufrechtsentwurf angeht und möchte auch kurz sagen, dass ich angesichts der enormen praktischen Bedeutung beider Entwürfe für das tägliche Leben der Bürger ein bisschen bedauere, dass das politische Gewicht dieser Entwürfe offenbar eher begrenzt ist. Ich darf nur erinnern: Bei der Schuldrechtsmodernisierung hat die entsprechende Anhörung zweieinhalb Tage gedauert. So viel würde man nicht brauchen. Und es geht auch nicht darum, dass ich gern länger sprechen würde, sondern darum, dass man meines Erachtens mehr Kollegen und mehr Verbände hören sollte. Zunächst sehr kurz zum Kaufrechtsentwurf: Den habe ich gelesen und dann habe ich mir die Liste der Kollegen daraufhin angeguckt, wer mir die Vorlesung abnehmen kann. Das wird keinen Spaß machen, den zu vermitteln. Die Struktur ist meines Erachtens nicht gelungen. Positiv ist natürlich, dass die Richtlinie weitgehend ordnungsgemäß umgesetzt wird. Auf Ausnahmen komme ich gleich. Was nicht gelungen ist, ist die Abbildung des Kaufrechts im Wandel. Das ist hier eben schon angeklungen. Kaufrecht ist heute häufig verbunden mit Dauerschuldverhältnissen und deren Rechtsfolgen sind im Entwurf völlig unzureichend abgebildet. Die Rechtsfolgen insbesondere bei digitalen Elementen: Wenn hier rückabgewickelt werden muss, wird unmittelbar auf die Rückabwicklungsregelungen des Rücktrittsfolgenrechts verwiesen. Das passt hinten und vorne nicht und droht den Verbraucher in richtlinienwidriger Weise mit Wertersatzansprüchen zu belasten. Erst recht gilt das in den Dauerschuldverhältniskonstellationen. Das sind nicht alle Fälle, in denen das passieren wird, aber es gibt eine Reihe von Fällen. Meines Erachtens ist der Entwurf auch nicht hinreichend mittelstandsfreundlich. Die Regressvorschriften reichen nicht aus, was übrigens auch daran liegt, dass man die Richtlinie nicht überschießend umgesetzt hat. Gerade der Handel wird dadurch in seinen Regressmöglichkeiten drastisch

beschränkt. Die vorhandene Regressregelung des Kaufrechts in §§ 548a ff. BGB-E, 478 BGB setzt immer voraus, dass wir einen Kaufvertrag im Regressverhältnis haben. Für digitale Elemente von „IoT“-Produkten werden wir aber genau das fast nie haben. Das bedeutet, es gibt keinen geschützten Regress. Auch die Aufspaltung des Mangelbegriffs ist ganz ungut. Und ganz kurz: Die Beibehaltung der Nachfristlösung ist meines Erachtens richtlinienwidrig, gleichermaßen die ausdrückliche Bezugnahme auf Normung und Kodizes, die fehlt. Die erforderlichen Änderungen von § 435 BGB, Rechtsmangel, auch bei digitalen Elementen essentiell, fehlen völlig. Die Rücktrittsfolge Nutzungsersatz ist meines Erachtens auch mangelhaft. Ganz anders der meines Erachtens völlig unterschätzte Entwurf zu den digitalen Produkten. Völlig unterschätzt deshalb, weil er eben neben Software auch alle Social-Media-Plattformen, sämtliche für Verbraucher zur Verfügung stehende Clouds und auch zahlreiche Plattformen mit Qualitätsanforderungen überzieht. Meines Erachtens ist der Entwurf wirklich strukturell gut gelungen. Besonderes allgemeines Schuldrecht oder allgemeines besonderes Schuldrecht sind dann die Dinge, um die sich die Akademiker streiten können. Es gibt eine wichtige Lücke in den Ausnahmevorschriften des besonderen Schuldrechts bei Leihe und Auftrag. Facebook hat sich jedenfalls lange in den AGB als ein Auftragsverhältnis bezeichnet. Hier gibt es keine Abgrenzungsnormen. Und die Leihe wird jedenfalls in der Vertragsgestaltung auch häufig angenommen. Die Regelungen zum „Zahlen mit Daten“ sind meines Erachtens gelungen und zwar gerade auch hinsichtlich der Abstufung der Anwendungsbereichsfälle im § 327 Absatz 3 BGB-E ohne Synallagma und der ausführlicheren, sehr mutigen, sehr fortschrittlichen, wirklich tollen Regelung des § 327q BGB-E. Das ist sehr gelungen. Was, glaube ich, dem Gesetzgeber auf die Dauer hier auf die Füße fallen würde, wenn man es so ließe, ist die Streichung der Selbstvornahmerechte. Die sind, glaube ich, auch nicht unrealistisch, denn wir ermöglichen durch Selbstvornahme die Entstehung eines Zweitmarkts. § 548a BGB-E: Ausweitung des Mietrechts auf digitale Produkte – gut, aber verschuldensunabhängige Haftung für anfängliche Mängel Fragezeichen. Und wie schon gesagt: Gerade hier wäre eine überschießende



Umsetzung erheblich mittelstandfreundlicher.  
Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Schmidt-Kessel. Damit sind wir am Ende der Einführungsrunde. Und für die Fragerunde liegen mir schon zwei Wortmeldungen vor. Als Erste Frau Domscheit-Berg, die sich im Netz, wenn ich das richtig sehe, gemeldet hat. Weitere registriere ich jetzt hier kontinuierlich. Bitteschön.

Abg. **Anke Domscheit-Berg** (DIE LINKE.): Herzlichen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an den Sachverständigen des Chaos Computer Clubs, Herrn Kampitakis. Sie fordern hier bei § 327 Abs. 1 des BGB-E, dass die Vorgaben, wie Verbraucher/-innen über Änderungen des digitalen Produktes informiert werden sollen, näher konkretisiert werden sollten. Sie weisen auch darauf hin, dass das Recht der Diensteanbieter/-innen zu einer fristlosen Kündigung eines Vertrags bei Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung durch Verbraucher/-innen möglicherweise gegen Artikel 7 Absatz 4 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) verstoßen könnte. Ich würde Sie gern bitten, ob Sie das anhand von Beispielen konkreter ausführen können und welche Probleme Sie damit sehen bzw. welche Regelungen es anstelle dessen geben sollte. Und meine zweite Frage geht ebenfalls an Herrn Kampitakis: Wie sollte nach Ihrer Vorstellung Recht gestaltet sein? Was fehlt Ihnen also noch, damit eine längere Nutzungsdauer elektronischer Geräte möglich ist? Das ist ja einerseits verbraucherschutzrelevant, aber auch für die Nachhaltigkeit nützlich. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Als Nächster ist Herr Wellenreuther dran.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (CDU/CSU): Herr Vorsitzender, vielen Dank. Ich hätte zwei Fragen, eine an Herrn Professor Bach und eine an Herrn Grünhoff. Die erste an Herrn Professor Bach: Bezüglich der Gewährleistungsansprüche sprechen Sie sich für ein flexibles Verjährungssystem aus und bezüglich der Beweislastumkehr wollen Sie deren Dauer Individualvereinbarungen überlassen. Jetzt meine Frage: Wie soll beides konkret gesetzlich geregelt werden? Und bedeutet eine haltbarkeitsabhängige Verjährungsregelung nicht einen enormen Mehraufwand? Das sind

meine beiden Fragen an Sie bzw. die Frage an Sie. Und die Frage an Herrn Grünhoff ist: Was spricht aus Ihrer Sicht für die Beibehaltung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche von zwei Jahren und die Beweislastumkehr von einem Jahr? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Wellenreuther. Frau Rößner ist die Nächste.

Abg. **Tabea Rößner** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank auch von meiner Seite für die Stellungnahmen. Ich hab zwei Fragen an Professor Brönneke: Wie bewerten Sie die Option, die Gewährleistungsfrist für alle Güter oder Produkte grundsätzlich auf vier Jahre im Kaufrecht zu verlängern, um damit generell einen Anreiz für längere Nutzungsdauern zu setzen und zusätzlich, für langlebige Produkte, wie beispielsweise elektrische Geräte, die Verjährung an die produktspezifische Lebensdauer zu knüpfen, um so noch darüber hinausgehende Gewährleistungsfristen für langlebige Waren, wie z. B. Waschmaschinen, zu ermöglichen? Und die zweite Frage: Sie halten es laut Ihrer Stellungnahme für richtig und konsequent, den Hersteller unmittelbar in die Pflicht zu nehmen. Das würde den Verbraucher/-innen beispielsweise helfen, wenn der Verkäufer nicht mehr am Markt ist. Welche Vorschläge haben Sie, dies im BGB zu lösen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Rößner. Und danach Carsten Müller.

Abg. **Carsten Müller** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe zwei Fragen an Professor Schmidt-Kessel. Die meisten Standardanbieter von digitalen Produkten sitzen ja bedauerlicherweise nicht in Deutschland. Werden diese von den Regelungen, etwa zum Regress, im Regierungsentwurf hinreichend erfasst? Und ich möchte an das Thema Regress anknüpfen. Unternehmen sind als Teil der Vertragskette ja mit weitreichenden Pflichten belegt. Sehen Sie die Umsetzung als ausreichend und sicher an, um beispielsweise die Unternehmen urheberrechtlich gegenüber den Rechteinhabern ausreichend in den Stand zu setzen, Ansprüche des Verbrauchers auch erfüllen zu können? Sehen Sie möglicherweise eine Regelung oder Verordnung, die hier als beispielhaft angesehen werden könnte? Entsprechen diese den bereits bestehenden



Standards im BGB, also §§ 445a, 445b? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster ist Herr Martens dran.

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Vielen Dank an die Sachverständigen, dass Sie uns zur Verfügung stehen. Ich habe eine Frage an Herrn Faust und vielleicht auch an Herrn Grünhoff. Die Regelungen selber, § 327m BGB-E, sprechen von einer Vertragsbeendigung, die in § 327o Absatz 1 BGB-E, so der Regierungsentwurf, geregelt wird. Das heißt, neben die klassische Kündigung und den Rücktritt tritt jetzt die Form der Vertragsbeendigung, wenn ich das richtig verstanden habe. Aber das Ganze erscheint mir rechtssystematisch nicht stimmig zu sein im Hinblick auf die Rechtsfolgen und die Voraussetzungen und deswegen meine Frage: Ist das so sinnvoll oder lässt sich das nicht noch besser machen, vor allen Dingen im Hinblick auf die Systematik? Denn hier, habe ich den Eindruck, ist nur die Richtlinie im Wortlaut beschrieben und mit neuen Paragraphen versehen worden, die man jetzt ins BGB hineinsetzt, ohne Rücksicht zu nehmen auf die Rechtsinstrumente, die da bereits vorhanden sind.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Martens. Herr Fechner ist der Nächste.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank. Ich hätte eine Frage zu der im Gesetzesentwurf vorgesehenen Regelung zu den Updates. An Frau Gurkmann wäre die Frage, ob es Ihrerseits neben der Forderung nach einer Haftung des Herstellers weitere Forderungen gibt mit Blick auf eine Updatepflicht. Und an Herrn Professor Artz hätte ich die Frage, ob Sie es für unangemessen halten, dass Unternehmer über die Zeit der Gewährleistung hinaus zu Aktualisierungen verpflichtet sind; ob Sie diese weitergehende Verpflichtung zu den Aktualisierungen für unangemessen halten.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Fechner. Und als Letzter Herr Peterka.

Abg. **Tobias Matthias Peterka** (AfD): Vielen Dank für die Ausführungen bisher. Ich hätte zunächst eine Frage an Frau Grünhoff: Sie haben ja

Umfragen erwähnt, dass sich 58 Prozent der Verbraucher für ein besser gestaffeltes Gewährleistungsrecht entscheiden würden. Das ist natürlich bei solchen Umfragen immer in der Richtung „Wollen Sie eine Kugel Eis oder zwei?“. Meine Frage aber, auch wenn Sie sich da ja anders, differenzierter ausgedrückt haben, zur Beweislastumkehr: Wie sehen Sie das Problem, dass gerade bei langlebigen technischen Gütern dann diese ausgeweitete Beweislastumkehr in quasi eine Art Gratisleihverhalten ausartet, weil ich ja dann ein technisches Produkt eben nach elf Monaten zurückgeben könnte mit diesem Genuss der Beweislastumkehr? Also wie ordnen Sie das ein, auch wenn Sie das ja differenziert bewertet haben? Dann meine zweite Frage an Herrn Professor Faust: Was sagen Sie zu dieser Differenzierung von unterschiedlichen Gewährleistungsfristen bei langlebigen Gütern? Sehen Sie da vielleicht die Gefahr einer Unklarheit, ab wann ein Gut langlebig ist? Kann ich diese Regelung vielleicht unterlaufen, indem ich heruntergedimmte Produktvarianten anbiete und diese dann – sei es in der Werbung oder auch durch Gerichtsentscheidungen – als nichtlang-lebig durchbekomme, die ja dann z. B. billiger sein könnten? Also diese tatsächliche Umsetzung dieser Definition – sehen Sie da Probleme?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Peterka. Das war die erste Fragerunde und nach meinen Notizen hat – jetzt rückwärts in der alphabetischen Reihenfolge – als Erster Herr Schmidt-Kessel auf die beiden Fragen von Herrn Müller zu antworten.

**SV Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel**: Ich beginne mit der zweiten Frage: Inhalte der Rücktrittsansprüche und die beiden Rücktrittsansprüche, die wir haben. Es kommt ja auch hinzu: § 327t BGB-E und § 327u BGB-E, der von den Vertragstypen her sehr viel breiter ist, weil er eben auch im Regressverhältnis sämtliche Vertragstypen erfasst, sind im Prinzip mit der Idee der Beseitigung des Vorrangs der Nacherfüllung und der Aufwendungsersatzansprüche – also Begrenzung verschuldens-unabhängig auf den Mangelschaden, auf die Mangelbeseitigungskosten – gelungen und ausgewogen, weil man auch keine uferlosen Haftungen schafft, sondern das letztlich hinbekommt. Sie sind lückenhaft an der Stelle,



das hatte ich vorhin im Eingangsstatement schon gesagt, weil der Handel, der Ware verkauft, also unter die kaufrechtliche Regelung fällt, null Sonderregress hat für die Konstellation, dass er im Regressverhältnis keinen Kaufvertrag hat, sondern etwa einen Lizenzvertrag. Es gibt eine wesentliche Ausnahme dazu. Das ist etwas, wovon alle hier profitieren: Das ist die Portabilitätsverordnung der Europäischen Union 2017/1128, die beispielhaft regelt: Sie haben eine Streamingdienst und sie fahren in den Urlaub und können den eben mehrere Wochen auch im Ausland nutzen, gleichgültig welches das Land ist, auf das sich Ihr Vertrag bezieht. Jeder, der sich – nicht nur virtuell, also erst wieder in Nach-Coronazeiten – nach Fernost oder in die USA begibt, merkt, dass das nur für den Binnenmarkt gilt. In dieser Portabilitätsverordnung gibt es relativ scharfe Rücktrittsansprüche, weil natürlich völlig klar ist, dass die Rechteinhaberseite das nicht lustig findet. Die hat man durchgesetzt und die hat man ausgestaltet und jetzt komme ich zum zweiten Teil, nämlich der ersten Frage, wie es mit einem Auslandsbezug beim Regress ist. Die hat man durchgesetzt durch international zwingendes Recht. Das heißt, dass diese Norm Anwendung verlangt – unabhängig von dem von den Parteien gewählten oder dem nach der grundsätzlichen IPR-Regelungen anwendbaren Recht. Wenn man solche Regressansprüche als international zwingend ausgestaltet, kriegt man nicht alle Fälle, aber jedenfalls relativ viele Fälle hin. Und das wäre sozusagen der erste Baustein: Wir müssen sie vervollständigen. Zweiter Baustein: Wir müssen sie international zwingend ausgestalten. Und wir müssen sicherstellen, dass sie nicht von Rechteinhabern durch Berufung auf ihr Urheberrecht infrage gestellt werden, die ja letztlich von dem Vertrieb profitieren. Das ist eigentlich ein widersprüchliches Verhalten. Das ist der dritte Baustein. Das ist aber in der Regel gewährleistet, wenn wir zwingende oder gar international zwingende schuldrechtliche Vorschriften haben. Wir bräuchten also zusätzlich die Ausgestaltung all dieser Regresstitel als international zwingend im Sinne von Artikel 9 Rom I-Verordnung.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Schmidt-Kessel. Dann kommt als Nächster

Herr Kampitakis mit den Antworten auf die Fragen von Frau Domscheit-Berg.

**SV Emmanouil Kampitakis**: Als allererstes werde ich auf die Frage zu unseren Änderungsvorschlägen antworten. Einerseits die Mitteilung der Verbraucher über die Änderungen: In der IT oder zumindest in der Open-Source-Welt gibt es diverse Tools, die exakt dafür gemacht sind, große, lange Texte – was Programmcode im Endeffekt ist – so darzustellen, dass Differenzen zwischen zwei verschiedenen Versionen trivial und ohne große Probleme nachvollziehbar sind. Genau davon könnte auch das Gesetz hier profitieren. Das heißt, wenn man ein Format festlegen würde, wie das ausschauen könnte, angelehnt an solche divs, wie wir sie nennen. Das ist letztendlich dann für Verbraucher trivial und ohne größere Probleme. Ich lade jeden ein, sich das mal anzugucken auf GitHub oder GitLab oder wo auch immer Code gehostet wird. Das geht wirklich ohne Probleme und das ist auch für jeden Laien nachvollziehbar. Der zweite Verbesserungsvorschlag unsererseits war: Wir sehen da einen direkten Widerspruch zur Datenschutzgrundverordnung, weil einerseits in Artikel 7 Absatz 4 DSGVO geregelt wird, dass ein Dienst nicht an eine Vorbedingung gekoppelt werden darf, die eine Datenverarbeitung voraussetzt. Und in Artikel 6 DSGVO wird dann einem Diensteanbieter oder einem Vertragspartner das Recht eingeräumt, in dem für die Vertragserfüllung notwendigen Ausmaß Daten verarbeiten zu dürfen. Somit gibt es entweder ein berechtigtes Interesse oder es gibt eine Zustimmung, die widerrufen werden kann. Eine Zustimmung, die widerrufen wird und kein berechtigtes Interesse dürfte laut DSGVO nicht existieren – zumindest laut dem Sinn des Gesetzes, wenn ich ihn richtig verstehe, ich bin kein Jurist. Dass die Diensteanbieter dann den Vertrag kündigen, weil irgendetwas widerrufen wurde, was nicht notwendig war. Zuletzt die Frage von Frau Domscheit-Berg dazu, wie für uns diese ideale Welt wäre, was ein „Wünsch Dir was“ wäre. Einerseits wollen wir natürlich – das haben wir auch in unserer Stellungnahme so formuliert –, dass Geräte reparierbar sind, nicht nur in der Theorie, auch in der Praxis. Namhafte US-amerikanische Hersteller haben Vertragspartner hier in Deutschland. Und wenn irgendetwas kaputt ist, eine Kleinigkeit, bei der



man weiß, dass es eine Kleinigkeit ist, die kaputt gegangen ist, eine Komponente, die im Großeinkauf weniger als einen Cent kostet, kostet die Reparatur mehrere hundert Euro. Und das ist nur so, weil die Handbücher unter strengem Verschluss liegen, also die Reparaturhandbücher; Ersatzteile unter strengem Verschluss liegen. Ist ja okay, wenn ein Bildschirm kaputtgeht. Das ist ein bisschen teurer. Aber der Tausch kostet mehr als ein neues Modell von diesem gleichen Hersteller. Das dürfte nicht sein und da würden wir uns wünschen, dass auch in dem Sinne die Reparatur mit vorgesehen ist, also ein Recht auf Reparatur fest vorgesehen ist. Dann natürlich die Sache mit den Updates: Wir würden uns tatsächlich wünschen, dass Hersteller Updates möglichst lange liefern. Da gibt es auch positive Beispiele und diese positiven Beispiele werden aktuell nur über Mundpropaganda entlohnt. Das heißt, Hersteller haben einen guten Namen, einen guten Ruf und werden weiter empfohlen. Aber ein Verbraucher, der vor dem Regal steht – „Ich will ein Gerät kaufen, was Funktionsumfang A hat“ – und die Wahl hat zwischen: Von diesem Hersteller kostet das Gerät 120 Euro, von der Konkurrenz kostet das Gerät 40 oder 50 Euro. Bei diesem Gerät für 40 oder 50 Euro kaufe ich oft schon bekannte Schwachstellen mit ein. Und das darf nicht sein, das darf nicht passieren. Ein Mindesthaltbarkeitsdatum auf Produkten würde hier eben dazu führen, dass der Verbraucher das eben mit einpreisen kann, wie schon in verschiedenen Statements mit erwähnt wurde. Und schlussendlich dann halt auch unsere Forderung: Es ist ja okay – ein Produkt hat ein Ende seines Lebenszyklus. Es gibt einen Punkt, wo das nicht mehr rentabel ist für den Hersteller oder die Herstellerin. Oder die Hersteller gehen Pleite, so ist es mir passiert. Oder die werden aufgekauft, konkret ist mir das passiert. Ich hatte eine Smartwatch gekauft, die Pebble, und der Hersteller wurde aufgekauft. Und dann hat die Firma, die die andere Firma aufgekauft hat, gesagt: „Ja, also die Produktlinie unterstützen wir jetzt nicht mehr. Es gibt noch ein Update und gut ist.“ Und an diesem Punkt hätte ich mir gewünscht, dass mir die Chance gegeben wäre, selber in Eigenregie weiter Firmware und Software für dieses Gerät zu pflegen. Und die Community dafür war da. Es wurden Sachen aufwendig reverse engineered. Es wurde richtig

viel Arbeit reingesteckt, die nicht notwendig war, weil der Wille einfach schlicht da war. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kampitakis. Jetzt habe ich mir zwar eine Frage von Herrn Fechner an Frau Gurkmann notiert, war aber nicht ganz sicher, ob sich Herr Peterka eben auch an Frau Gurkmann gewendet hatte. War auch an Frau Gurkmann gerichtet, nicht?

SVe **Jutta Gurkmann**: Dann müssten Sie mir die Frage nochmal ins Gedächtnis rufen. Ich glaube, es ging um die Studien, um die 58 Prozent, oder?

Abg. **Tobias Matthias Peterka** (AfD): Die Frage war, ob Sie das Problem sehen, dass bei einer Beweislastumkehr eine Art Mietverhalten bis hin zu diesen zwölf Monaten auftritt. Einfach Ihre Meinung dazu. Ein Leihverhalten, also dass ich mir einen Fernseher für elf Monate besorge und dann wird irgendein Fehler auftreten und ich kann ihn ja dann bei einer Beweislastumkehr de facto wieder zurückgeben. Ob Sie dieses Problem sehen aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht oder es vernachlässigbar sei.

SVe **Jutta Gurkmann**: Also, um ehrlich zu sein: Das Argument begegnet mir in dem Kontext zum ersten Mal. Das ist eigentlich der Klassiker bei Widerrufsrechten. Und nein, das haben wir weder bei den Widerrufsrechten gesehen und, wie gesagt, das ist mir jetzt völlig neu in dem Zusammenhang mit den Gewährleistungsrechten. Ich wusste es zumindest nicht. Und auch die Anbieterseite hat es bislang noch nie ins Feld geführt, dass das ja auch schon bei der bisherigen Regelung möglich wäre. Und insbesondere heißt Beweislastumkehr ja nicht, dass sie nicht widerleglich ist. Eine Beweislastumkehr führt eben nur erstmal dazu, dass die Beweislast beim anderen liegt und kann dann ja auch widerlegt werden. Und wie ich schon sagte, halten wir das für absolut sinnvoll, die Beweislast eben eher demjenigen aufzubürden, der näher an der Produktion dran ist und das ist die Anbieterseite, die einfach mehr in dieses Produkt reinschauen kann. Ich hoffe, das beantwortet Ihre Frage. Und dann würde ich gerne zur Frage von Herrn Fechner kommen, der Frage nach unseren weiteren Forderungen im Hinblick auf Updatepflichten. In der Tat ist es, neben der Einbeziehung der Hersteller, aus unserer Sicht



ganz wichtig, einmal zwischen den verschiedenen Updatearten zu unterscheiden. Updates müssen nämlich nicht immer nur positiv sein, sie können auch durchaus negativ sein. Wir hatten vorhin schon eine kurze Debatte darüber, dass klassischerweise mit jedem Update die Datenschutzeinstellungen, die mit viel Mühe vorgenommen wurden, wieder auf Betriebseinstellungen, also, Entschuldigung, meistens datenschutzunfreundliche Einstellungen, zurückgesetzt werden. Deswegen ist es aus unserer Sicht ganz wichtig, dass – es wurde schon gesagt – Verbraucherinnen und Verbraucher ganz dezidiert darüber informiert werden, was jetzt eigentlich passieren soll, dass unterschieden wird zwischen den verschiedenen Updatearten. Und damit sich der Verbraucher letztlich auch wirklich informiert entscheiden kann, ob er oder sie ein Update aufspielen möchte oder nicht. Und dies insbesondere deswegen, weil es ja das Problem gibt, dass der Verbraucher oder die Verbraucherin Gewährleistungsrechte verlieren kann, wenn Updates eben nicht aufgespielt werden. Deswegen ist uns das sehr, sehr wichtig. Und ein weiterer Wunschpunkt unsererseits wäre eine Konkretisierung von § 327q Absatz 2 BGB-E. Da geht es um die Möglichkeit des Anbieters, den Vertrag zu beenden, wenn die Vertragsdurchführung nicht mehr zumutbar ist. Da würden wir uns ein bisschen Konkretisierung wünschen, was denn nicht mehr zumutbar ist. Vielen Dank.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Frau Gurkmann. Und jetzt ist Herr Grünhoff dran mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Wellenreuther und Herrn Martens.

**SV Georg Grünhoff:** Ja, vielen Dank. Zur Frage von Herrn Martens müsste ich noch einmal nachfragen, was da die Frage war. Das konnte ich wegen der Verbindung nicht besonders gut verstehen.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Herr Martens.

**Abg. Dr. Jürgen Martens:** Also ganz kurz: Es geht mir um die Frage der Systematik und Einführung von weiteren Tatbeständen neben der Kündigung der Dauerschuldverhältnisse und dem Rücktritt. § 327o BGB-E des Entwurfs sieht jetzt die Vertragsbeendigung vor. Ob das alles so in sich stimmig ist oder ob es hier nicht wegen dieser

Anordnung auch zu Unübersichtlichkeiten für die Verbraucher und die Rechtsanwender kommt.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Herr Grünhoff.

**SV Georg Grünhoff:** Ich will zuerst auf die Frage von Herrn Wellenreuther eingehen. Ich hatte ja schon erwähnt, dass Verbraucher nach der Umfrage von Allensbach mit dem Gewährleistungsrecht zufrieden sind. Aber es gibt natürlich auch weitere Gründe, systematische Gründe für die aktuell vorgesehene Verjährungs- und Beweislastumkehrfrist. Anknüpfungspunkt ist ja der Gefahrübergang. Und beim Verkauf oder bei der Übergabe des Produkts soll das Produkt mangelhaft sein und dann gibt es eine bestimmte Frist, wo vermutet wird, dass ein Mangel, der sich später zeigt, eben schon vorher vorgelegen hat. Aber je weiter man diese Fristen und auch die Verjährungsfrist nach hinten verschiebt, umso wahrscheinlicher ist, dass dieser Mangel, der sich dann zeigt, eben nicht von Anfang an vorgelegen hat, sondern letztlich doch zu einem späteren Zeitpunkt bei dem Gebrauch entstanden ist. Und es ist eben auch für den Händler wahnsinnig schwer, dieses am Ende nachzuweisen. Es geht letztlich darum, dass man dabei die Balance am Ende nicht einseitig zu Lasten des Händlers verschiebt. Das ist auch der Punkt, der aus unserer Sicht gegen diese, ja, sozusagen Lebensdauer garantien, die hier verschiedentlich erwähnt wurden, spricht. Es ist zum einen, dass die Haltbarkeit von Produkten eben doch – es wurde ja auch schon erwähnt – sehr abhängt von der Art und der Intensität der Nutzung, aber auch von der Aufbewahrung, der Wartung und der Pflege. Wenn ich beispielsweise ein elektrisches Gartengerät den Winter über immer draußen stehen lasse, dann ist die Wahrscheinlichkeit, dass es nicht ganz so lange hält wie ein Gerät, das ich im Keller oder im Gartenhaus aufbewahre, eben auch größer. Auch die Nachhaltigkeitsfragen gebieten jetzt nicht eine maximale Haltbarkeit von Produkten, weil der maximale Aufwand dann nicht gerechtfertigt ist, wenn z. B. ein Gerät wegen technischen Fortschritts vorzeitig ausgetauscht wird, was eben häufig der Fall ist. Die geplante Obsoleszenz, die schon erwähnt wurde, die geistert so herum. Dafür, dass es das gibt, gibt es überhaupt keinen Nachweis. Auch die Stiftung Warentest hat Anhaltspunkte dafür nicht gefunden. Und letztlich muss man auch



sagen, dass der Verkäufer die Lebensdauer eines Produktes auch nicht beurteilen kann und er sollte dann auch nicht dafür haften, wenn er diese Lebensdauer und die Aussage dazu letztlich gar nicht selbst beurteilen kann. Zuletzt noch ein Wettbewerbsgesichtspunkt: So eine Lebensdauer ist in der Praxis quasi nicht überprüfbar. Und damit wären sozusagen auch unseriöse Spieler am Markt im Vorteil, wenn sie hohe Lebensdauern versprechen, die die Geräte aber hinterher nicht einhalten können. Das ist noch ein wettbewerbsrechtliches Argument, was dagegen spricht. Wir plädieren also dafür: Diese Fristen, da sehen wir gerade noch die Balance gewahrt. Die Beweislastumkehrfrist war, wie gesagt, ja schon verdoppelt worden durch die Richtlinie und so sollte das dann auch eins zu eins umgesetzt werden. Es war noch eine Frage zu der Richtlinie über digitale Inhalte. Ich war am Anfang ja schon darauf eingegangen, dass ich mich mehr auf die Warenkaufrichtlinie konzentriere und da müsste ich die Frage gerne noch mal im Anschluss schriftlich beantworten oder im direkten Gespräch.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Wir machen es üblicherweise so: Wenn Sie jetzt noch etwas schriftlich nachzureichen haben, dann stellen wir das auch noch bei uns auf die Homepage ein, genauso wie die vorab eingereichten Stellungnahmen. Das kommt ja gelegentlich auch bei schwierigen Fragen vor. Das würden wir dann gerne so übernehmen. Dann steht es nämlich allen zur Verfügung. Als Nächster wäre dann Herr Faust dran mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Martens und von Herrn Peterka.

**SV Prof. Dr. Florian Faust:** Zur Frage von Herrn Martens, ob der Ausdruck Beendigung des Vertrags so geglückt ist: Er stammt aus der Richtlinie und man war hier gefordert, einen Überbegriff zu finden, der sowohl den Rücktritt als auch die Kündigung des Vertrags erfasst. Ich halte ihn für ganz gelungen, weil der Ausdruck der Beendigung des Vertrags neutral ist und alle Formen der Beendigung abdeckt. Was ich für missglückt halte, ist der Paragraph § 327o BGB-E. Das habe ich auch in meiner Stellungnahme geschrieben. Der vermischt in den Absätzen 1 und 2, ob der Verbraucher schon geleistet hat, mit der Frage, wann der Mangel aufgetreten ist. Ich finde mich hier selber nicht so ganz durch. Der

könnte wesentlich einfacher formuliert werden. Einen Vorschlag habe ich in meiner Stellungnahme gemacht, einfach zu schreiben: „Im Fall der Vertragsbeendigung erlischt der Anspruch des Unternehmers auf die Zahlung des vertraglich vereinbarten Preises. Bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts erlischt der Anspruch des Unternehmers jedoch erst ab demjenigen Zeitpunkt, ab dem der zur Beendigung des Vertrags berechtigende Mangel vorlag.“ Und dann in Absatz 4: „Soweit der nicht geschuldete Preis gezahlt ist, hat ihn der Unternehmer zu erstatten.“ Damit ist das meiner Ansicht nach ohne Weiteres praktisch einfach handhabbar. Zur Frage von Herrn Peterka nach den Gewährleistungsfristen: Ich möchte mich zunächst gegen den Ausdruck Gewährleistungsfrist wenden, auch wenn er heute viel gebraucht wurde. Er erweckt meiner Ansicht nach ein großes Missverständnis, nämlich, dass der Unternehmer für einen Mangel haftet, der während der Gewährleistungsfrist eintritt. Das ist nicht der Fall. Eine Gewährleistungsfrist ist keine Haltbarkeitsgarantie. Was mit Gewährleistungsfrist gemeint ist, ist eine Verjährungsfrist für die Rechte des Käufers, die aber ausdrücklich voraussetzen, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag. Wenn also ein Mangel erst nach Gefahrübergang eintritt, hilft eine lange Verjährungsfrist dem Käufer überhaupt nicht und deshalb bringt es meiner Ansicht nach auch nicht viel, sich jetzt über die Verjährungsfristen zu streiten. Ob die zwei Jahre sind, drei Jahre oder fünf Jahre – der Verbraucher steht immer vor der Herausforderung, nachzuweisen, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag und das wird ihm umso schwerer fallen, je länger der Gefahrübergang her ist. Das mag vielleicht was bringen bei Mängeln, bei denen eindeutig bewiesen ist, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag – wie im Dieselskandal. Wenn die Sache einfach kaputt geht, bringt dem Verbraucher eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist nichts. Darum glaube ich, sollte man da auch nicht differenzieren. Das schafft Abgrenzungsprobleme, ohne dass viel dadurch gewonnen wird. Wo die Musik spielt, ist die Frist für die Beweislastumkehr. Hier hat das deutsche Recht nach der Richtlinie nur zwei Möglichkeiten: ein Jahr oder zwei Jahre. Ich hab mich ausgesprochen für die Beibehaltung der Ein-



Jahres-Frist. Frau Gurkmann hat gesagt, der Verkäufer ist näher an der Produktion dran und deshalb sollte er die Beweislast tragen. Aber je mehr Zeit seit dem Gefahrübergang verstrichen ist, desto mehr wird die Mangelhaftigkeit geprägt durch die Benutzung der Sache. Sei es, wie sorgfältig der Verbraucher sie benutzt, sei es, wie intensiv er sie benutzt. Und da hat der Verkäufer keine Beweismöglichkeiten. Deshalb scheint mir ein guter Kompromiss: ein Jahr Beweislastumkehr und dann eine Verjährungsfrist von zwei, drei Jahren. Das ist nicht so wichtig.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Faust. Ich bekomme hier gerade das Signal, dass die Kollegin Rößner gern jetzt schon eine Frage stellen will, weil sie einen anderen Termin hat. Das lasse ich zu. Vor allen Dingen, weil Herr Brönneke ja auch noch zwei weitere Fragen zu beantworten hat. Jetzt nehme ich deshalb sozusagen im Vorgriff auf die zweite Fragerunde Frau Rößner schon einmal vorab dran. Frau Rößner. Hat sie uns gehört? Ist sie schon raus? Dann würde ich sagen, kommt jetzt als Nächster, zur Beantwortung der Fragen von Frau Rößner, Herr Brönneke dran und sie kann uns ja ein Signal geben, wenn sie dann da ist, nach Beantwortung der Fragen. Herr Brönneke.

SV **Prof. Dr. Tobias Brönneke**: Zunächst stellte sich die Frage nach den vier Jahren. Und da möchte ich sagen, diese Zwei-Jahres-Frist oder die Gewährleistungsfrist ist so ein gewisses Signal. Und das erklärt vielleicht auch die Ergebnisse des Handelsverbandes, warum die Deutschen, sozusagen, durch eine ewige Übung eingelullt sind und nicht sehen, dass ihnen durch mangelnde Transparenz und mangelnde Rechte schlicht und ergreifend das Bisherige als, sozusagen, das Allerbeste vorkommt. Also die vier Jahre wären insofern gut, als sie ein anderes Signal setzen: Nicht nach zwei Jahren ist alles vorbei und ich muss alles in die Tonne treten, sondern es könnte auch vier Jahre dauern. Im Ganzen ist das gar nicht das Entscheidende. Entscheidend ist, wann läuft die Frist ab. Davon hängt das Entscheidende ab. Und der Fristablauf: Das ist jetzt wieder eine Sache, die kann man überhaupt nicht verstehen, da möchte ich auch Herrn Grünhoff und alle anderen Sachverständigen wirklich ansprechen. Sie können kein Interesse geltend machen, etwa, dass die Frist

abläuft, bevor in anderen Rechtsvorschriften, Ökodesignvorschriften, Mindestlebensdauern, die gesetzlich vorgeschrieben sind, die Fristen abgelaufen sind. So lange muss auch eine Gewährleistungsfrist laufen, zumal die Marktaufsicht völlig überfordert ist, das am Markt zu kontrollieren. Die gucken sich die Sache zu Anfang an und nicht am Ende. Weiter ist es so, dass es überhaupt nicht einzusehen ist, warum, wenn denn der Verkäufer oder der Hersteller sich hergibt, eine Lebensdauer anzugeben, er dann nicht auch beim Wort genommen werden muss. Und es ist schlicht und ergreifend falsch, dass nicht zu Anfang alle Fehler auftauchen. Sondern gerade die Konstruktionsfehler, die eingebaute Obsoleszenz – ich spreche bewusst nicht von der bewussten Obsoleszenz, sondern da ist auch fahrlässige Obsoleszenz drin und alles Mögliche –, die zeigt sich am Ende der Nutzungsdauer. Also die Fehler sind wie so eine Badewanne: Zu Anfang, dann über die Dauer ist grundsätzlich wenig und dann kommt es am Ende wieder hoch. Und dass die am Ende sind, ist auch vollkommen nachweisbar. Also hier ist es einfach ein Irrtum, zu sagen, man könne bei technischen Details nicht nachweisen, dass das da nicht drinsteckt. Fragen Sie mal den Chaos Computer Club zu den technischen Mängeln in der Software. Und genauso können Sie, wenn Sie aufmerksam Kundenchats verfolgen, auch sehen, dass immer wieder dieselben Dinge an irgendwelchen Produkten kaputtgehen. Das ist ein ganz deutlicher Hinweis darauf, den man auch mit technischen Sachverständigen nachweisen kann, dass da etwas anderes mit drin ist. Also von daher ist die Ablauffrist ganz wichtig und hier Klarheit zu kriegen. Das ist einfach Sand in die Augen, zu behaupten, das sei nicht klar machbar und das sei rechtsunsicher. Das lässt außer Sicht, dass es die Möglichkeiten der technischen Normung gibt, die sonst auch in Anspruch genommen werden und zwar bei der Produkthaftung und bei der Produktsicherheit. Dort funktioniert das sehr gut mit der Klärung, was denn nun wirklich ein Fehler ist, wann man aus der Haftung raus ist. All das lässt sich nutzbar machen, so wie es bei der Produktsicherheit der Fall ist. Und der BGH übernimmt das auch, ohne dass das viele vielleicht wahrnehmen, für die Produkthaftung sehr stark. Das lässt sich hier absolut übertragen. Und streuen Sie den Leuten



doch nicht Sand in die Augen. Natürlich hat jedes technische Produkt einen schon vom Produktsicherheitsrecht her vorgesehenen Ablaufzeitpunkt, also eine Lebensdauer. Das steht im Pflichtenheft bei der Entstehung und Entwicklung eines Produktes obenauf an. Dass sie da im Einzelfall mal Ausreißer haben können – ja, dafür gibt es auch noch Versicherungslösungen. Hier ist der best cost-avoider gefragt. Will also heißen: Wer ist volkswirtschaftlich am Besten in der Lage, hier Kosten zu reduzieren? Und das ist die Industrie, das muss man mal ganz deutlich sagen. Dann das Zweite: Vier-Jahres-Frist – wichtig, wäre gut, würde mittlere erwartbare Lebensdauern mit erfassen. Viel wichtiger ist aber bei langlebigen Gütern die Auslaufrfrist. Und die kann lang sein und das kann vollkommen rechtssicher erfolgen, wenn die Industrie das will, durch technische Normung. Und kann ansonsten, wo die Industrie es nicht macht, auch flexibel durch die Rechtsprechung durch Einzelfallrechtsprechung festgelegt werden. So, dann das Zweite: Hersteller in die Pflicht nehmen. Ja, die Franzosen machen es uns vor. Da gibt es eine action directe, hier kann der Kunde sofort auf jeden Schritt der Handelskette zugehen und das ist auch richtig und gut so. Und die deutsche Industrie ist nicht daran zugrunde gegangen, dass es die action directe in Frankreich gibt. Sie liefert weiter nach Frankreich. Das wäre eigentlich richtig, dass hier einzuführen. Wäre auch europarechtlich möglich. Niemand in Europa zweifelt daran, dass es in Frankreich okay ist. Man könnte das auf jeden Fall – da bin ich beim Handelsverband – auf die Updatepflicht übertragen und die Updatepflicht auch unmittelbar auf den Hersteller übertragen. Das Weitere ist aber, dass ich im Moment nicht sehe, dass die action directe jetzt hier kommen wird. Was kann man machen? Man kann hier ein Vereinbarungsmodell machen, indem man sagt: Okay, also einerseits könnt ihr das vereinbaren. Hersteller, macht das. Ihr seid aber frei, das auf null runter zu setzen. Ich bin ganz gewiss, dass der starke Handel die Hersteller zwingen wird – und damit sind auch die ganzen komplizierten Rücktrittsfragen weg – jetzt hier die Herstellergarantieaussage klar zu machen. So, dass zum einen, wenn die Forderung nach einer Mindestlebensdauerangabe auf dem Produkt tatsächlich gehört wird, das gleich durch den

Hersteller erfüllt wird und zweitens die ganze Abwicklung durch den Hersteller erfolgt, ohne dass der Händler eine Rolle spielt. Das wäre dann tatsächlich eine Frage des Marktdrucks und die Hersteller können sich ja auch weigern. Ich bin gewiss, dass ein Hersteller, der draufschreibt „Wir glauben unseren Produkten so wenig, dass wir ‚null‘ draufschreiben.“ nicht am Markt bestehen bleiben wird. Also, hier gibt es einen sehr guten Vorschlag, den der Kollege Tonner urentwickelt hat. Ich hab ihn ein bisschen weiterentwickelt, dass sich nicht wieder das elende Pingpong einstellt, was wir kennen, was auch die Justiz- und Verbraucherminister in einem langen Gutachten dargestellt haben: Dass Kunden auf die Garantien verschoben werden und damit Rechte verlieren. Das kann ich hier nur kurz andeuten; das ist alles gut dokumentiert. Dass das nicht passiert, darauf muss man achten bei dieser Herstellergarantieaussagepflicht. Oder ich würde es vom Kunden her sehen: Funktionsgarantie. Das würde einfach auch zeigen, was heute der technische Sinn der Sachen ist. Man kauft die Dinge, um sie eine gewisse Zeit zu nutzen. Man kann das auch reduzieren, diese Sachen, auf technische Güter. Ich habe dazu Vorschläge gemacht. Man könnte das andocken an die Ökodesignvorschriften oder an Produktsicherheitsvorschriften, die ganz randscharf für technische Güter genau dieses hier festlegen und nicht für die Schale Erdbeeren und Krempel. Es ist nur der politische Wille erforderlich. Und ich möchte Sie hier aufrufen, Deutschland nicht zum Schlusslicht aller europäischen Länder zu machen bzw. auf die wahrscheinlich mehrere Länder betreffende Schlusslicht-Linie zu setzen, die hier nur auf einem Mindestniveau das europäische Recht insofern umsetzt. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Brönneke. Frau Rößner durfte ja jetzt in der zweiten Runde schon mal vorab fragen.

Abg. **Tabea Rößner** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Das ist total nett. Ganz herzlichen Dank, lieber Herr Vorsitzender. Ich hätte noch zwei kurze Fragen an Herrn Brönneke. Und zwar einmal zur Lebensdauer, die an objektive Kriterien wie technische Normen gekoppelt sein soll: Was schlagen Sie vor, wie und wo das denn im Gesetz geregelt werden kann? Und die zweite Frage betrifft die verpflichtende Angabe über die



Lebensdauer. Welche Produkte sollten damit denn gekennzeichnet werden? Sind das Ihrer Ansicht nach nur langlebige Produkte, die da drunter fallen sollten oder sollte die verpflichtende Lebensdauerangabe auch für bestimmte Produktgruppen sein, wie z. B. elektronische oder elektrische Geräte? Vielen Dank. Ich muss mich leider verabschieden, aber ich glaube, es gibt genug Leute, die noch zuhören und die mir dann auch die Antwort zutragen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Die Antwort steht ja dann nachher im Netz. Alles Gute. Wir gehen dann erst einmal weiter in der Antwortrunde vor und damit wäre als Nächster Herr Bach dran mit der Antwort auf die Frage von Herrn Wellenreuther.

**SV Prof. Dr. Ivo Bach**: Ganz herzlichen Dank. Was die konkrete Umsetzung so einer haltbarkeitsabhängigen Verjährung angeht, habe ich im Prinzip letztlich vier Vorschläge in der schriftlichen Stellungnahme gemacht. Bevor ich darauf im Detail eingehe, nochmal zum Hintergrund, zum Zweck eigentlich: Es geht letztlich darum, dass, wenn ich eine Waschmaschine kaufe, die zehn Jahre haltbar sein soll und nach zweieinhalb Jahren hört die auf zu funktionieren, weil die Elektronik kaputt ist, dass ich dann die Möglichkeit habe, Nacherfüllung zu verlangen – Mängelbeseitigung, Ersatzlieferung, wie auch immer – und nicht eben schon in die Verjährung gelaufen bin, bevor der Mangel tatsächlich virulent geworden ist. Und da muss ich auch dem Kollegen Faust widersprechen. Natürlich muss der Mangel bei Gefahrübergang vorgelegen haben, aber es reicht, wenn er angelegt war, wenn also die Qualität mangelhaft war und sich das dann erst später nach zweieinhalb Jahren zeigt. Und das ist eben ein Problem, das es durchaus gibt und wo ich bisher keine Gewährleistung mehr bekomme, weil Verjährung eingetreten ist, obwohl eigentlich die Haltbarkeitsdauer, die man erwartet, nicht überschritten ist. So, das ist das Ziel und dann gibt es zwei Sachen, die man bedenken muss. Das eine ist, dass ich, wenn die Waschmaschine zehn Jahre halten soll und nach neun Jahren kaputt geht, natürlich nicht Ersatzlieferung von einer neuen Waschmaschine verlangen kann. Das kriegt man aber mit dem bestehenden Recht in den Griff, letztlich mit der relativen Unverhältnismäßigkeit. Da kann sich

der Verkäufer weigern, Ersatzlieferung durchzuführen und kann entweder den Mangel beseitigen oder sich – wenn sich der Mangel nicht beseitigen lässt, sondern das nur durch Ersatzlieferung gemacht werden kann – im Zweifel weigern, beides zu tun und dann gibt es Minderung. So. Das würde also funktionieren. Ein Rücktritt wäre ausgeschlossen, weil man wahrscheinlich sagt, nach der Zeit ist der Mangel unerheblich. Da müsste man aber vielleicht nachjustieren. Zweite Sache, die man im Blick behalten muss, ist, dass natürlich, wenn ich eine zehnjährige Verjährungsfrist habe, ich Gefahr laufe, dass der Käufer einen Mangel, der nach zwei Wochen aufgetreten ist, nach zehn Jahren noch geltend macht. Das muss eben verhindert werden, das ist vollkommen offensichtlich. Aber das kriegt man auf verschiedene Art und Weise hin. Entweder, indem man eine Rügefrist einführt und tatsächlich sagt, ein Mangel, der sich zeigt, muss innerhalb von drei Monaten, sechs Monaten, wie lang auch immer gerügt werden. Und danach dem Verkäufer eben noch die Frist setzen, um den gerichtlich geltend zu machen. So haben wir es ja üblicherweise eigentlich auch. Übrigens habe ich als Käufer eine Chance, aus der Verjährung rauszukommen, indem ich einfach den Rücktritt erkläre. Für die Rücktrittsfolgen fängt eine neue Verjährung an zu laufen. Das heißt, diese Begrenzung führt mich dazu, nicht Ersatzlieferung oder Nacherfüllung zu verlangen, sondern am Ende in den Rücktritt zu gehen, um dann nochmal drei Jahre bis zum Schluss des Jahres, also manchmal vier Jahre Zeit zu haben, tatsächlich die Ansprüche einklagen zu können. Also das muss man bedenken und dann gibt es letztlich vier Möglichkeiten. Entweder man sagt direkt von Anfang an, die Verjährung richtet sich nach der Haltbarkeit – nach der vereinbarten oder mangels Vereinbarung nach der zu erwartenden. Dann müsste man in meinen Augen eine Rügefrist einziehen. Oder man sagt letztlich, die Verjährung ist immer zehn Jahre, die Parteien können etwas anderes vereinbaren und dann hat es der Verkäufer in der Hand, die Verjährungsfrist gewissermaßen zu reduzieren, beispielsweise durch einen Haltbarkeitshinweis auf der Kaufsache. Auch da müsste man eine Rügefrist einziehen. Dritte Möglichkeit: Man macht es so wie die Niederländer und sagt, wir haben diese Rügefrist als Ausschlusskriterium. Sechs Monate



hast Du, lieber Käufer, Zeit, um den Mangel anzuzeigen beim Verkäufer und dann hast Du zwei Jahre Zeit. Ich würde sagen, das genügt dann locker, um das gerichtlich geltend zu machen. Oder letzte Möglichkeit: Man macht es über die Ablaufhemmung, wie sie bisher auch vorgesehen ist für Mängel, die sich ganz am Ende der Gewährleistungsfrist zeigen und sagt, wenn sich ein Mangel nach Ablauf der Verjährungsfrist, aber noch vor Ablauf der vereinbarten oder zu erwartenden Haltbarkeit zeigt, dann hat der Käufer noch zwei, drei, sechs Monate Zeit, den Mangel geltend zu machen, bevor dann tatsächlich Verjährung eintritt. Das wäre die letzte Möglichkeit. Da bräuchte man keine Rügefrist oder Rügeobliegenheit, die müsste man da nicht einziehen, weil das gewissermaßen ein Korrektiv in sich selbst wäre. Das hätte aber natürlich den Nachteil, dass diese Ablaufhemmung immer nur so eine Notlösung ist, weil z. B. die Hemmungstatbestände nicht greifen können. Wenn sich der Mangel also zeigt und die Parteien dann in Verhandlungen eintreten, ob der Verkäufer den Mangel beseitigt oder wie auch immer, dann läuft die Verjährungsfrist, die ja eigentlich schon abgelaufen ist, weiter und es tritt dann nach sechs Monaten Verjährung ein, ganz egal, was passiert. Das wäre da der Nachteil. Also es gibt verschiedene Möglichkeiten, die alle in meinen Augen gangbar wären. Mehraufwand für den Unternehmer besteht natürlich insofern, als er für Mängel haften würde, die nach zweieinhalb Jahren offenbar werden. Das ist klar. Aber dafür gibt es die Regressmöglichkeit für die Verkäuferseite, die würde also gewissermaßen null auf null rauskommen. Und letztlich muss man sagen, ist es immer ein Nullsummenspiel. Wir reden von einem Mangel, der eingetreten ist und irgendwo muss der Schaden gewissermaßen verortet werden, entweder beim Käufer oder beim Verkäufer oder beim Hersteller. Also wir reden nicht davon, dass die Sache nach zweieinhalb Jahren kaputt geht und wir nicht wissen, warum das passiert ist. Das ist dann die Frage der Beweislastumkehr und Ähnliches. Sondern wenn wir tatsächlich sagen, hier war die Sache qualitativ minderwertig, dann ist die Frage, wer da den Schaden tragen sollte und das ist aus meiner Sicht letztlich der Hersteller. Das heißt, der Aufwand, der die Verkäuferseite treffen würde, ist erstens möglicherweise die

Vereinbarung der Haltbarkeit, also dafür zu sorgen, dass eine Haltbarkeitsangabe tatsächlich auf den Produkten draufsteht oder in der Artikelbeschreibung drin ist, sodass die Verjährungsfrist rechtssicher und möglicherweise auch eingeschränkt ist. Ich sehe da tatsächlich nicht so das Problem, dass die Verkäufer und die Hersteller mit zu großen Fristen operieren, sondern eher damit, dass sie versuchen, mit zu kleinen Fristen aus der Gewährleistung zu kommen. Das wäre sicher ein gewisser Verwaltungsaufwand. Und dazu kommt natürlich noch der Aufwand, den der Verkäufer hat, weil er einerseits dem Käufer gegenüber gewährleisten muss und andererseits Regress nehmen muss beim Hersteller. Die Transaktionskosten, die da anfallen, könnte man aber natürlich mit einer Durchgriffshaftung in den Griff bekommen, indem man dem Käufer das Recht gibt, sich direkt an den Hersteller zu wenden. Also da würden tatsächlich Transaktionskosten wegfallen. Ich glaube, das waren Ihre beiden Unterfragen, wenn ich es richtig sehe.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Bach. Und als Letzter Herr Artz mit der Antwort auf die Frage von Herrn Fechner.

SV **Prof. Dr. Markus Artz**: Vielen Dank. Johannes Fechner hat mir die Frage gestellt, ob der Unternehmer unter Umständen dadurch übermäßig belastet sein könnte, dass er auch nach Ablauf der Verjährung, der Gewährleistungsverjährung, mit der Vornahme von Aktualisierungen belastet ist. Und da möchte ich folgendermaßen drauf antworten: In der Süddeutschen Zeitung am letzten Wochenende gab es einen schönen Artikel über neuartige Fahrzeuge. Und das wurde so ein bisschen comedyhaft dargestellt mit der Situation des Gebrauchtwagenkaufs, der immer mit dem Wort „Hatta“ anfängt, also „Hatta Klima? Hatta Navi? Hatta elektrische Scheibenheber?“. Und bislang war das tatsächlich die Frage, die dann der Erstkäufer zu entscheiden hatte. Ja, das Auto hat sozusagen die Ausstattung, die damals vorgesehen war und die spiegelt sich jetzt auch im Gebrauchtwagenkauf wider. Und genau das hat Florian Faust, finde ich, eben vollkommen richtig dargestellt. Nach herkömmlichem Kaufrecht orientieren wir uns an dem Gefahrübergang und die Frage der Mangelhaftigkeit knüpft da an. Und von der lösen wir



uns eben gerade im Moment. Und das ist eben kein politischer Wille, sondern das ist im Grunde ein Nachsteuern eines unterschiedlichen Bedürfnisses oder einer unterschiedlichen Ausstattung von Produkten. Wir steuern im Grunde genommen eine gesellschaftliche Entwicklung hier im Kaufrecht nach. Und das möchte man einfach in dem Kaufrechtsentwurf darstellen: Da haben wir in § 475b BGB-E die Anknüpfung an den Erwartungshorizont des Verbrauchers hinsichtlich dieser Aktualisierung. Und da möchte ich auch nochmal den Hinweis von Jutta Gurkmann aufnehmen: Da könnte man nochmal drüber nachdenken, ob man hier Funktions- und Sicherheitsaktualisierungen differenziert, weil die ja für den Käufer, den Verbraucher ganz unterschiedliche Bedeutung haben können. Und nun haben wir also die Situation – und die unterscheidet eben den Kauf heute ganz elementar von früher –, dass der Verkäufer oder Hersteller – da haben wir jetzt schon viel drüber gesprochen – später noch Einfluss auf die Ware nimmt. Und das ist in meinen Augen die Besonderheit dieser Aktualisierungen. Bislang wird ein Produkt gekauft und dann war der Verkäufer raus. Und jetzt greift er sozusagen von außen nochmal in das Produkt ein. Also dieser Artikel der Süddeutschen Zeitung ist wirklich sehr lesenswert. Mir ist da erst klar geworden, dass man sozusagen Ausstattung jetzt sogar noch nachträglich erwerben kann. Sie können also sozusagen ein anderes Geräusch für Ihr Auto später aus der Cloud bestellen oder ein paar PS. Mir war das neu. Sie können noch ein paar PS zusätzlich kaufen. Also insofern ist die Antwort relativ klar. Wenn Aktualisierungen stattfinden, ändern die das Produkt, können es vielleicht sogar beschädigen, Mängel herstellen. Und da ist es eben ganz anders als bisher im Kaufrecht. Und deswegen halte ich es für vollkommen konsequent – sowohl bei der Frage der Gewährleistung als auch bei der Frage der Beweislastumkehr als auch bei der Frage der Verjährung – dann auf die Aktualisierung abzustellen, weil wir eben hier einen ganz anderen Umgang mit der Kaufsache haben. Und dann sei nochmal gesagt, Martin Schmidt-Kessel hat es eben auch gesagt: Der Kaufvertrag bekommt ein Element des Dauerschuldverhältnisses und das ist nicht zu unter-

schätzen, was das für systematische Folgen nach sich zieht. Vielen Dank.

Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank. Mein altes Auto brauchte keine PS, sondern Blech, als es dann 450.000 Kilometer erreicht hatte. Aber ich muss das jetzt doch nochmal sagen, weil ich das gerade so spannend fand, auch hier in der Zusammenschau: Diese Verwässerung letztlich von Kauf und Service oder von Kauf und Dienstleistung, die ja alle erlebt haben, auch jetzt hier, wenn man das sozusagen generationsübergreifend erlebt. Und ich erinnere mich immer noch daran, wie man gesagt hat, der eigentliche Autoverkäufer, der lebt natürlich davon, dass der Kunde weiter in die Inspektion kommen muss. Das ist ja das, was wir jetzt bei vielen, vielen anderen Produkten auch erleben. Und das führt natürlich zu Grenzüberschreitungen, aber dann natürlich auch zu dauerhaften Verbindungen. Daran arbeiten wir. So, jetzt habe ich in der zweiten Fragerunde schon eine Frage von Frau Rößner vorweggenommen. Das Lob für die kurze Frage wird sie dann wahrscheinlich später nachlesen oder nachhören können. Und ich habe noch drei weitere Fragen. Als Erster oder dann als Zweiter Herr Müller.

Abg. **Carsten Müller (Braunschweig)** (CDU/CSU): Vielen Dank. Meine Frage richtet sich nochmal an Herrn Professor Schmidt-Kessel. Und zwar hatten wir ja eben Ausführungen zu möglichen Kollisionen mit der DSGVO. Vielleicht können Sie dazu nochmal was sagen. Meine zweite Frage ist eine ganz einfache – scheinbar einfache – Frage an Herrn Professor Bach: Sie hatten verschiedentlich auf die Regelungen in den Niederlanden rekurriert. Wenn wir uns bei unseren europäischen Freunden umgucken und uns das ein bisschen einfach machten und sagen, wir schreiben einfach was ab, was woanders schon so erfunden ist – wohin würden Sie denn Ihre Blicke in ersten Linie richten?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster Herr Straetmanns.

Abg. **Friedrich Straetmanns** (DIE LINKE.): Vielen Dank. Ich habe zwei Fragen. Eine an Professor Dr. Artz quasi von Bielefelder zu Bielefelder: Wenn Sie, mit einer kurzen knappen Begründung, drei Punkte benennen würden, die Sie am



Entwurf als Erstes verbessern würden, wäre ich Ihnen sehr verbunden. Zweite Frage an Professor Brönneke: Es wird ja vielfach argumentiert, dass junge Leute in der heutigen Zeit immer neue elektronische Produkte haben wollten und dass deshalb so eine Lebensdauerangabe im Grunde gar keine Relevanz entfalten würde. Können Sie mir dazu etwas an Hinweisen geben? Immerhin kommen Sie ja von der Hochschule Pforzheim und sind dort auch für die Verbraucherforschung mit verantwortlich. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Straetmanns, und als Letzter Herr Wellenreuther.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (CDU/CSU): Zwei Fragen. Eine an Herrn Grünhoff: Herr Grünhoff, was spricht aus Ihrer Sicht dafür, auch den Hersteller einer Updateverpflichtung zu unterwerfen? Und die zweite Frage an Herrn Bach: Wir haben viele Zuschriften bekommen von Pferdezuchtverbänden und die wollen, dass lebende Tiere vom Verbrauchsgüterkaufrecht ganz auszunehmen sind. Ist dies von Artikel 3 Absatz 5 b) der Richtlinie überhaupt gedeckt? Sprechen Sie sich dafür aus? Ich hab Sie so eben eher nicht vernommen. Haben dann die Pferdezüchter dadurch Nachteile? Und können die dann durch die Rechtsprechung auch ausgeglichen werden? Und gebe es zum Schluss aus Ihrer Sicht eine Kompromissregelung?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Wellenreuther. Jetzt fangen wir mit A an. Herr Artz hat als Erster die Frage von Herrn Straetmanns zu beantworten.

SV **Prof. Dr. Markus Artz**: Ja, ich hatte mich ja zu Beginn sehr lobend über die Entwürfe geäußert, sodass es mir natürlich schwerfällt, jetzt so ganz starke Kritik zu äußern, aber ich hab tatsächlich ganz schnell drei Punkte gefunden. Den einen hat Florian Faust eben auch schon mal angesprochen. Ich halte es für sinnvoll, die Punkte aus der Richtlinie über digitale Inhalte, die nicht elementar verbraucherschützender Natur sind, auch auf den unternehmerischen Verkehr zu erstrecken, weil es da ja darum geht, wie man im Geschäftsverkehr mit diesen neuartigen Produkten umgeht. Und da gibt es eigentlich keinen Grund dafür, dies nur für den Verbrauchsgüterkauf oder für den Verbrauchervertrag zu

regeln. Und da hat der Kollege Faust eben vollkommen zu Recht gesagt: Wieso sollen wir uns da jetzt weiterhin sozusagen in einem rechtsfreien Raum befinden, wenn wir jetzt geregelt haben, wie mit digitalen Inhalten und Dienstleistungen umzugehen ist? Also das ist vielleicht sogar mein wichtigster Änderungspunkt, der eben insofern über die Richtlinienumsetzung hinausgeht, weil die nur den Verbrauchervertrag betrifft. Betrifft dann natürlich auch alle anderen Verträge, also etwa den Vertrag zwischen zwei Verbrauchern, wobei man sich da die Frage stellen kann, ob das so häufig vorkommt, dass Verbraucher einander digitale Inhalte veräußern. Müsste man mal drüber nachdenken. Also sozusagen der Vertrag zwischen zwei Verbrauchern. Der zweite Punkt, den ich zu Beginn auch angesprochen habe: Nochmal prüfen, ob es wirklich sinnvoll ist, die Schadensersatzvorschriften hier einzubeziehen oder ob man da nicht zu Brüchen kommt. Da sage ich ganz offen: Das ist so kompliziert, dass ich das auch nicht bis zum Ende durchdacht habe. Und ein dritter Punkt, da hat mich Martin Schmidt-Kessel durchaus hellhörig gemacht: die Rückabwicklungsvorschriften nach Beendigung. Da stimme ich übrigens Florian Faust auch vollkommen zu: Der Begriff der Beendigung ist sehr gut gewählt, weil es eben vor die Klammer gezogen ist und es eben nicht darauf ankommt, ob das jetzt ein Dauerschuldverhältnis oder ein Austauschvertrag ist. Deswegen ist Beendigung vollkommen richtig. Aber da noch mal zu überprüfen, ob wir dann auch bei den Rechtsfolgen – die sind halt kompliziert im bürgerlichen Recht – widerspruchsfrei zurecht kommen. Das wären so spontan die drei Punkte, die ich nochmal überarbeiten würde.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Artz. Und als Nächster Herr Bach mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Müller und Herrn Wellenreuther.

SV **Prof. Dr. Ivo Bach**: Vielen Dank für die Fragen. Zur Frage, wohin ich als Erstes oder am Liebsten blicke im europäischen Ausland: Da musste ich kurz nachdenken, aber ich glaube, es sind tatsächlich zum einen die Niederlande und zum anderen ist es Skandinavien, weil da eben tatsächlich eine relativ hohe Innovationskraft herrscht. Die haben immer wieder erstaunliche



Regelungen und finden dann halt auch tatsächlich so eine haltbarkeitsabhängige Verjährung. Und ich hab im Vorfeld noch versucht, mit einer finnischen Kollegin, die in Norwegen praktiziert, zu sprechen, wie das bei denen ist, weil ich nicht alles rausfinden konnte. Also ich hab bei denen auch diese Rügefrist gefunden, aber gar keine Verjährungsfrist. Und es scheint tatsächlich so zu sein, dass die bei beidem, sowohl bei der Rüge als auch bei der Verjährung, einfach auf die angemessene Zeit gehen. Die sagen, es muss nach angemessener Zeit gerügt werden und hinterher muss das nach angemessener Zeit gerichtlich geltend gemacht werden. Für uns ist das immer mit diesem Makel der fehlenden Rechtssicherheit behaftet, aber drüber nachdenken sollte man mal, ob das nicht vielleicht auch eine Lösung ist, die es den Gerichten überlässt, eben im Einzelfall eine sinnvolle Lösung herbeizuführen. Also wie gesagt: Blick immer in den Norden gewissermaßen, nach Skandinavien. Der lohnt sich eigentlich immer. Zur Frage von Herrn Wellenreuther zum Tierkauf: Ich bin ganz grundsätzlich dagegen, Sonderregeln für einzelne Produkte im BGB einzuführen. Man könnte mit derselben Berechtigung fragen, warum Lebensmittel und Elektronikgüter nach denselben Regelungen beurteilt werden und Grundstücke letztlich auch. Das fällt ja alles in unser normales Kaufrecht. Warum dann für den Tierkauf eine Ausnahme? Ich sehe auch kein Gerechtigkeitsdefizit, im Gegenteil. Wir haben eine so hohe Abstraktion unserer Regelungen – und das ist ja eigentlich der Vorteil des BGB –, dass die Gerichte vollständig in der Lage sind, den Besonderheiten des Tierkaufs Rechnung zu tragen und das tun sie auch. Der BGH und auch die Untergerichte haben eine sehr ausdifferenzierte Judikatur, was den Mangel beim Pferd angeht. Nicht jede physiologische Besonderheit ist ein Mangel. Die haben auch bei der Beweislastumkehr eine ausdifferenzierte Judikatur. Und dazu der Hinweis: Da gibt es ja schon eine Ausnahme für den Tierkauf. Nicht speziell für den Tierkauf, aber es gibt die Ausnahme, dass die Beweislastumkehr nicht greift, wenn es mit der Art der Sache oder der Art des Mangels unvereinbar ist. Und das nutzen die Gerichte, um gerade beim Tierkauf sinnvolle Entscheidungen zu treffen. Das heißt, das Bedürfnis, da eine

Sonderregelung zu machen, sehe ich nicht wirklich. Also ich hab mir nochmal angeguckt, wie die Sonderregel vor 2002 war, vor der Schuldrechtsreform. Da hat man ja gerade die Sonderregel für den Tierkauf abgeschafft. Und da war es so, dass nur bei sechs verschiedenen Krankheiten überhaupt einen Mangel vorliegt. Ich hab es mir mal aufgeschrieben, weil es so schön ist: Rotz, Dummkoller, Dämpfigkeit, Kehlkopfpeifen, Augenentzündung und Koppen. Wer damit noch was anfangen kann mit den Begriffen – ich konnte es nicht, ich habe einige nachgeschlagen. Aber letztlich ist dies abgeschafft worden, weil es zu eng war, weil es eben letztlich am Abstraktionsniveau gefehlt hat. Und genau das Abstraktionsniveau haben wir jetzt und deswegen ist es sinnvoll, das auch so beizubehalten und keine Ausnahme zu machen. Natürlich ist die Beweislastumkehr bei Tieren nochmal was Besonderes, weil diese Beweislastumkehr umso relevanter wird, je veränderlicher eine Sache ist. Und das ist bei Tieren natürlich ganz besonders der Fall. Aber auch da gilt, dass es ein Nullsummenspiel ist. Das ist für beide Seiten ein Problem, diese Veränderlichkeit, für die Verkäuferseite und für die Käuferseite, und irgendwer muss die Last halt gewissermaßen tragen. Deswegen würde ich auch da sagen: Da ist zwar die Verkäuferseite stärker belastet durch die Beweislastumkehr. Andererseits wäre die Käuferseite stärker belastet, wenn man sie nicht hätte. Und den Kompromissvorschlag habe ich ja vorhin schon angedeutet. Es wäre eventuell denkbar, dass man sagt: Im Tierkauf gestattet man eine Ausnahme von der Beweislastumkehr, gestattet man eben eine Disponibilität und sagt, die Parteien können sich – und dann würde ich sagen individualvertraglich, nicht per AGB – darauf einigen, dass die Beweislastumkehrregelung des § 477 BGB nicht greift. Die können die individualvertraglich abbedingen. Dann wäre, glaube ich, allen Interessen sinnvoll Rechnung getragen, dann hätten die Parteien es in der Hand. Das wäre mein Kompromissvorschlag.

**Der stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Bach. Als Nächster wieder Herr Brönneke mit der Antwort auf zwei Fragen von Frau Rößner und eine Frage von Herrn Straetmanns.

**SV Prof. Dr. Tobias Brönneke:** Vielen Dank. Ich beginne mit der Frage von Herrn Straetmanns. An



unserer Hochschule wurden durch den Kollegen Jörg Woidasky umfangreiche Befragungen unter Studierenden gemacht. Und zwar ist das eine ganz lange Befragungsreihe. Und die sind jetzt veröffentlicht im Journal of Cleaner Production, ich gebe die Stelle dann auch noch an. Und dabei ist rausgekommen, dass bei Laptops, die von Studierenden durchschnittlich 4,7 Jahre lang genutzt werden – das übrigens zu allen, die meinen, dass zwei oder auch vier Jahre ausreichen. 4,7 Jahre ist die Durchschnittsdauer und schon nach zwei Jahren kann man die nicht mehr nutzen. Unsere Technikkollegen und insbesondere die Laborassistenten sagen mir, wenn so ein Student einen Laptop bringt und wir analysieren den – das machen die auch teilweise im Unterricht –, dann kann ich sehr wohl sehen, ob das ein Konstruktionsmangel ist oder nicht. Zumal ich das auch bei Konstruktionsmängeln dann in Serie sehe und im Internet nachverfolgen kann. Es ist also nicht so, dass die längere Gewährleistungsfrist völlig bedeutungslos wäre und mit der Beweislastumkehr, selbst wenn sie nach zwei Jahren auf jeden Fall nicht mehr greift, wertlos wäre. Das ist nicht der Fall. Also wichtig ist jetzt aber: Diese 4,7 Jahre bleiben hinter dem zurück, was die Erwartung an die Nutzungsdauer war. Die Studierenden haben eine deutlich längere Erwartung an die Nutzungsdauer ihrer Laptops. Das zu dem Thema, die jungen Leute wollen doch immer gleich alles wegschmeißen und wollen das neueste Produkt – stimmt nicht, ist hier bewiesen. Das ist das eine. Das andere sind dann die beiden Fragen von Frau Rößner. Technische Normen: Ja, da gebe ich zu, dass das etwas ungewöhnlich ist, im bürgerlichen Recht technische Normen unterzubringen. Ich würde sie aber auch nicht ins BGB reinschreiben, sondern ich würde sie ins EGBGB reinschreiben. Man braucht keinen neuen Artikel, da gibt es einen unbesetzten Artikel 245. Da könnte man zum einen reinschreiben, welche Produkte denn von bestimmten Pflichten erfasst werden. Das war die eine Frage von Frau Rößner, welche Produkte erfasst werden sollten. Ich würde meinen, pragmatischer Anfang ist gut. Man könnte sich auf die Maschinenrichtlinie, auf die Niederspannungsrichtlinie und auf die Straßenverkehrszulassungsordnung beziehen. Damit hätte man quasi alle technischen Produkte, die sich bewegen und einen Antrieb haben, die irgendwie

mit Elektrik funktionieren und man hätte auch die Kraftfahrzeuge, die durch diese beiden Richtlinien rausgenommen worden sind, genommen. Man könnte auch einen anderen Ansatzpunkt nehmen und bestimmte Elektrogesetze nehmen. Das ist egal. Man sollte, kann hier jedenfalls eine randscharfe Gruppe rausnehmen, die ganz klar auch so ist, dass eben in der heutigen Zeit man bei der Badewannenform dieses Ende der Badewanne, das Ende der Nutzungsdauer, tatsächlich auch genau festmachen kann. Das ist jetzt etwas, was von Anfang an drin war und was der Kunde nicht hat sehen können und wo es eben auch Sinn macht, dem Kunden zu sagen: Ja, wie lange kannst Du es denn nutzen. Dass er nicht die Katze im Sack kaufen muss. Dann: Wie kann man das mit den harmonisierten Normen machen? Man muss es sowieso machen, es ist europarechtlich zwingend. Also ich würde da vorschlagen, eine Norm, die sagt: Artikel 245 Absatz 2 EGBGB – Harmonisierte europäische oder nationale Normen können zur Bestimmung der Haltbarkeit eines Produktes oder zur Frage, ob es einen Mangel im Sinne des Paragraphen § 434 BGB aufweist, zugrunde gelegt werden. Und zwar immer dann, das ist noch in einem kurzen Halbsatz dargestellt, wenn das solche Produkte sind, die in dem Gemeinsamen Ministerialblatt oder aber im Amtsblatt der Europäischen Union in Bezug genommen sind. Das ist nichts Neues. Es ist ein Modell, das es in der Produktsicherheit und an anderen Stellen auch gibt. Das ist der sogenannte New Deal: Wir werden mal ein bisschen europäischer, auch im Zivilrecht. Und dann könnte man – und das wird die Unternehmer dann freuen – bei einer Sache, die Normen entspricht, die von den dafür zuständigen Stellen im Amtsblatt oder Gemeinsamen Ministerialblatt bekannt gegeben worden sind, vermuten, dass sie vertragsgemäß, das heißt damit rechtsfehlerfrei, ist, sobald die fraglichen Eigenschaften von den betreffenden Normen gedeckt sind. Und Entsprechendes gilt dann im Hinblick auf die Richtigkeit der Haltbarkeitsangaben und damit hätte man sehr deutliche Klarheit, was das angeht. Man sollte auch klarmachen, dass Haltbarkeit nicht etwa in der Mangelfreiheit im Moment der Übergabe des Produktes besteht, sondern dass Haltbarkeit eben ein Begriff ist, der etwas von der Nutzbarkeit für die Kernfunktionen sagt, will ich jetzt hier mal vereinfachend sagen.



Man kann das auch sehr klarmachen, was hier im Einzelnen gemeint ist, nämlich insbesondere alles, was in der Werbung angepriesen wird – wir machen dies, wir machen das – und das, was in der Betriebsanleitung gesagt wird, was das Produkt kann. Das sind die Funktionen, die so ein Produkt auch nach langer Zeit noch machen kann und das kann man entsprechend definieren. Und da kann man Regeln finden, die sehr randscharf, sehr klar und von der Industrie durchaus tragbar sind. Und die – da habe ich auch mit Versicherern gesprochen – am Ende auch absicherbar sind. Wenn man so mal einzeln daneben greifende Geschichten machen könnte: Es ist absicherbar, dieses kleine Restrisiko, dass man sich im Einzelprodukt mal verguckt hat. Das lässt sich auch machen. Also will heißen: Ins EGBGB schreiben und mit dieser Option – nicht mit der zwingenden Regelung – von technischen Normen, die die Industrie aufgreifen kann oder auch nicht. Verbraucherverbände sind durch den DIN-Verbraucherrat oder die ANEC (European Association for the Coordination of Consumer Representation in Standardisation) mit dabei. Das würde man machen. Europarechtlich erforderlich ist noch, dass man auch die sektorenspezifischen Verhaltenskodizes subsidiär nennt. Aber subsidiär. Das ist auch europarechtlich so angelegt. Ist alles ganz wunderbar. Kann man also entsprechend in die Gesetzgebung einbauen und kriegt damit ein ganz erhebliches Maß an Rechtssicherheit und gleichzeitig Flexibilität. Dann kommt immer das Argument – und das ist die letzte Antwort auf Frau Rößners Frage: Das könnte man doch alles auch in der technischen Normierung, Ökodesign und so machen. Das ist aber nicht richtig, weil eben durch das Unterliegen unter die Mängelgewährleistung eben genau die Vollzugslücke geschlossen wird, die die Marktaufsicht offen lässt, die nur zu Anfang prüft und die nicht diese langfristigen Dinge prüfen kann. Also die gehen zwar in den Markt und gucken sich neue Produkte an, aber es geht immer um neue Produkte jetzt, wenn sie verkauft sind. Und diese Dauerhaftigkeit, die gerade im Sinne des Klimaschutzes – da gibt es eine neue, sehr wichtige Studie, die das belegt – auch eine große Rolle spielt, die wird jetzt einfangbar durch die Mängelgewährleistung, aber nicht unfair für die Unternehmen, sondern sie können das eben

durch technische Normen auch sehr gut beschränken und handhaben. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Brönneke. Als Nächster hat Herr Grünhoff das Wort mit der Antwort auf die Frage von Herrn Wellenreuther.

SV **Georg Grünhoff**: Vielen Dank. Es ging ja um die Frage, was dafür spricht, zusätzlich zum Händler den Hersteller sozusagen als direkten Anspruchsverpflichteten für den Verbraucher zur Updatebereitstellung zu verpflichten. Zuerst ist es einfach die Wahlmöglichkeit des Verbrauchers. Es gibt ja heute auch schon viele technische Geräte und das mit den Updates ist ja keine neue Entwicklung, vielleicht die rechtliche Abbildung, aber auch heute gibt es ja schon eine unmittelbare Bereitstellung von Updates durch den Hersteller. Das sind wir alles von den technischen Geräten, von Laptops, Handys, gewöhnt und das läuft ja alles im Moment nicht über den Händler, sondern es läuft alles ja schon direkt im Verhältnis des Verbrauchers und des Herstellers. Dann kommt natürlich noch die Überlegung hinzu, dass der Verkäufer hier im besonderen Maße nicht selbst die Mangelbehebung leisten kann. Bei einem Sachmangel kann er im Wege der Ersatzlieferung ein neues Produkt für den Verbraucher bereitstellen. Aber das hilft ja nicht, um die Aktualisierungen herbeizuschaffen. Da ist der Verkäufer ja besonders abhängig von dem Hersteller, der das Update machen und bereitstellen muss. Und deshalb ist es aus unserer Sicht, das ist vielleicht auch der dritte Punkt, praktikabler und es ist auch der schnellere Weg, wie der Verbraucher da an das Update rankommt, was aber natürlich nichts daran ändert, dass, wenn der Verbraucher zum Handel kommt, dann natürlich die Pflichten, die die Richtlinie ja auch für den Handel vorsieht, natürlich weiter erfüllt werden müssen. Es geht da eben nur um einen ergänzenden, zusätzlichen Anspruch.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Grünhoff. Und als Letzter Herr Schmidt-Kessel mit der Antwort auf die Frage von Herrn Müller.

SV **Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel**: Vielen Dank für die Frage betreffend das Verhältnis der Richtlinienumsetzungen zur Datenschutz-Grundverordnung und insbesondere dem hier vom



Chaos Computer Club aufgeworfenen Punkt eines möglichen Konflikts mit Artikel 7 Absatz 4 DSGVO. Vielleicht nur kurz dazu: Artikel 7 Absatz 4 enthält eine Einschränkung für datenschutzrechtliche Einwilligungen, das sogenannte Koppelungsverbot. Es ist eine durchaus umstrittene und mehrheitlich abweichend von der Auffassung des Chaos Computer Clubs beantwortete Frage, ob das generelle Modell „Zahlen mit Daten“ dadurch ausgeschlossen wird und wenn ja, dann in welchem Umfang. Die Richtlinie, insbesondere auch der Hinweis in den Erwägungsgründen zur Richtlinie, dass man Beendigungsrechte in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen regeln kann, bei datenschutzrechtlichen Erklärungen, die die Verarbeitungsbefugnis einschränken, zeigt eigentlich sehr deutlich das Grundverständnis des europäischen Gesetzgebers, dass das geht, also dass „Zahlen mit Daten“ funktioniert. Und zwar gerade auch hinsichtlich der Vorschrift über die Vertragsbeendigung für den Widerruf von Einwilligung und den Widerspruch gegen die Verarbeitung im berechtigten Interesse, also Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 lit. f) DSGVO. Damit ist aber natürlich hier nur ein erster Anfang gemacht über die rechtliche Erfassung des „Zählens mit Daten“, dieses Geschäftsmodells, und natürlich kann es da zu Konflikten mit dem Datenschutzrecht kommen. Die können unter Umständen auch bei Artikel 7 Absatz 4 DSGVO ansetzen, aber führen richtigerweise nicht zum generellen Ausschluss und ich glaube auch sagen zu können, dass das Schrifttum das nahezu durchgehend zum Datenschutzrecht so sieht. Das ist tatsächlich eine Ausnahme. Wer das anders sieht, sind tatsächlich die Datenschutzbehörden, aber das überwiegend. Die sehen das anders und die haben das in einer gemeinsamen Stellungnahme europäisch auch unterstützt durch den Europäischen Datenschutzbeauftragten, das anders formuliert und diese Formulierungen binden möglicherweise intern auch die Datenschutzbehörden, aber sie sind für Privatrechtssubjekte eben schlichtweg irrelevant. Sie sind vielleicht eine nette authority, vielleicht sind sie auch irgendwie convincing, aber sie sind nicht bindend, definitiv nicht. Insgesamt ist dieses Verhältnis sicher regelungsbedürftig und das wird auch dieses hohe Haus hier nicht nur die nächste, sondern sicher noch viele

Legislaturperioden beschäftigen, wie man damit umgeht und wie man mit den Konflikten mit dem Datenschutzrecht umgeht. Das liegt auch daran, dass das Datenschutzrecht horizontal in weiten Teilen akzessorisch zum Vertragsrecht ist. Das heißt, die Frage, ob ich Datenverarbeitungsbefugnisse habe, richtet sich ganz stark nach den vertraglichen Pflichten. Man muss da nur nachgucken, also Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 lit. b) DSGVO, Artikel 22 DSGVO – das Profiling ist zulässig, wenn der Vertrag das erfordert, Artikel 9 Absatz 2 lit. h) DSGVO –, also die Behandlungsverträge sind da auch erfasst. Darüber muss man sich auch klar sein: Mit jeder Pflicht, die man hier dem Unternehmer auferlegt, berechtigt man ihn zur Datenverarbeitung. Wir haben einen echten verbraucherpolitischen Zielkonflikt. Jede Pflicht begründet Befugnisse des Unternehmers auf der Datenverarbeitungsseite. Und diesen Konflikt aufzulösen, ist, glaube ich, sehr viel schwieriger als den mit Artikel 7 Absatz 4 DSGVO. Das gilt übrigens auch für die Gewährleistungsfrage, die wir angesprochen haben, also diese Rückstellung der Datenschutzeinstellungen. Übrigens, für's Protokoll: Da ist noch eine massive Schwäche in der Richtlinienumsetzung. Insofern, Tobias Brönneke, trete ich Dir bei, dass die ausdrücklichen Verweisungen, die die Richtlinie auf diese weiteren Regelungen vorgenommen hat, also Normung, soweit sie eben tatsächlich da ist, Verhaltenskodizes, aber eben auch das komplette öffentliche Recht, dass man die, ohne jede Begründung übrigens, aus der Umsetzung in § 475b BGB-E gestrichen hat. Gibt es eine Kollision mit dem Datenschutzrecht? Nein. Schon deshalb übrigens nicht, weil das Datenschutzrecht gar nicht geeignet ist, um Äquivalenzverhältnisse zu lösen. Und das ist das, worüber wir hier überwiegend geredet haben. Also, ob der Wert von Leistung und Gegenleistung passt, ob das Erfüllungsinteresse hinreichend geschützt ist. Das sind Fragen, die kann das Datenschutzrecht schlechterdings nicht beantworten, weil es sich in erster Linie auf eine Person jeweils bezieht, nämlich die Person des jeweiligen Betroffenen. Und ich finde § 327q BGB-E, um das richtig in Schutz zu nehmen, tatsächlich einen muster-gültigen Versuch, diese Koordinierung, die erforderlich ist, zu leisten. In Absatz 1 wird sichergestellt, dass der Vertrag wirksam bleibt, obwohl der Verbraucher die Erklärungen



widerruft. Das ist keine Selbstverständlichkeit. Eine solche Norm würde in Frankreich oder Italien Aufstände auslösen – ja, weil kein Trennungs-, kein Abstraktionsprinzip. Es gibt auch keine Haftung des Verbrauchers. Das ist übrigens meines Erachtens der entscheidende Grund, warum der Artikel 7 Absatz 4 DSGVO nicht tangiert ist. Der Verbraucher kann frei widerrufen, ohne in irgendeine Haftung zu kommen. Er muss eben nur gewärtigen, dass dann der Vertrag beendet wird. Das ist das, was der Absatz 2 tut und das ist die einzige Kritik, die ich an dieser Vorschrift äußere. Wenn man schon, ich glaube völlig zu Recht, Herr Martens, ein neues Aufhebungsinstrument schafft, das nämlich quasi zwischen Kündigung und Rücktritt eine Teilrückwirkung auf den Zeitpunkt des Problem rechtfertigt – das ist etwas, wo das deutsche Recht bislang völlig defizitär ist, das kriegen andere Rechtsordnungen viel besser hin –, dann sollte man das auch bei § 327q BGB-E machen und nicht eine Kündigung, sondern ein Beendigungsrecht begründen. Dankeschön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Schmidt-Kessel. Das war eine Punktlandung. Wir sind genau zwei Stunden dran, haben viel gearbeitet und ich kann da nur sagen, die

Studenten sollten sich dann die Anhörungen mit Herrn Schmidt-Kessel anhören, da gibt es die Prüfungsfragen sozusagen schon vorab, die in der nächsten Zeit dann auch gestellt werden. Das muss man vielen sagen. Zu meiner eignen Studienzeit musste man dafür in alte Papierkataloge steigen und sich schmutzig machen und anschließend duschen gehen, weil die Sachen so staubig waren. Jetzt ist das alles online. Auch das ist Digitalisierung. Insofern sind wir da einen deutlichen Schritt weiter. Den Sachverständigen herzlichen Dank fürs Mitmachen. Zeit für eine dritte Fragerunde haben wir nicht mehr, aber dafür waren die beiden anderen Runden erschöpfend – natürlich nur im inhaltlichen Sinne. Wir werden das alles würdigen, gewichten und am Ende wird es ziemlich sicher ein Ergebnis im Bundesgesetzblatt geben und dann kann jeder von uns froh sein, dass er daran mitgearbeitet hat. Nochmals herzlichen Dank dafür, dass Sie hier waren. Herzlichen Dank an die Kolleginnen und Kollegen für die Fragen, für den Input, für die Verwaltung, für die Organisation hier, dass das auch alles wunderbar digital läuft. Bleiben Sie gesund und ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 13:45 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB  
**Stellvertretender Vorsitzender**



**Anlagen:**

**Stellungnahmen der Sachverständigen**

<b>Prof. Dr. Markus Artz</b>	<b>Seite 34</b>
<b>Prof. Dr. Ivo Bach</b>	<b>Seite 37</b>
<b>Prof. Dr. Tobias Brönneke</b>	<b>Seite 51</b>
<b>Prof. Dr. Florian Faust</b>	<b>Seite 80</b>
<b>Georg Grünhoff</b>	<b>Seite 97</b>
<b>Jutta Gurkmann</b>	<b>Seite 109</b>
<b>Emmanouil Kampitakis</b>	<b>Seite 132</b>
<b>Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel</b>	<b>Seite 139</b>



**UNIVERSITÄT  
BIELEFELD**



**Fakultät für  
Rechtswissenschaft**

Universität Bielefeld, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld

## **Stellungnahme**

zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung

zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche  
Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler  
Dienstleistungen (BT-Drucks. 19/27653)

und

zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und  
anderer Aspekte des Kaufrechts (BT-Drucks. 19/27424)

### **Prof. Dr. Markus Artz**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Europäisches Privatrecht,  
Handels- und Wirtschaftsrecht  
sowie Rechtsvergleichung

Raum H0-18  
Telefon +49 (0) 521 106-2666  
Telefax +49 (0) 521 106-152666  
markus.artz@uni-bielefeld.de  
www.jura.uni-  
bielefeld.de/lehrstuehle/artz/startseite

### **Sekretariat**

Esther Santos Olleta  
H-Gebäude, Morgenbreede 39  
Raum H0-16  
Telefon +49 521 106-6912  
Telefax +49 521 106 -156912  
esther.santos\_olleta@uni-bielefeld.de

Universität Bielefeld  
Universitätsstraße 25  
33615 Bielefeld

Steuernummer: 305/5879/0433  
USt-IdNr.: DE811307718  
Finanzamt Bielefeld-Innenstadt

- Die Umsetzung der beiden Richtlinien der Europäischen Union (2019/770 und 771) stellt einen Meilenstein der Fortentwicklung des deutschen Vertragsrechts dar. Die beiden vorliegenden Gesetzentwürfe, die sich erfreulich eng an den Vorgaben der Richtlinien orientieren, sind außerordentlich gut gelungen und geeignet, sowohl den Verbraucherschutz auf dem Feld des Vertragsrechts fortzuentwickeln als auch die Systematik des geltenden Schuldrechts an die Bedürfnisse unserer Zeit anzupassen.
- Die Entscheidung, bei der Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen nicht bei den einzelnen Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts, also etwa dem Kauf oder der Miete, anzuknüpfen, sondern einen separaten Titel im Allgemeinen Schuldrecht zu Verträgen über digitale Produkte zu schaffen, kann nur uneingeschränkt begrüßt werden. Für Verbraucherinnen und Verbraucher als Nutzer ist es hinsichtlich ihrer Rechte gegenüber einem Unternehmer grundsätzlich zweitrangig, unter welchem rechtlichen Dach digitale Produkte genutzt werden. Es stellen sich neue Fragen, die ebenso beim Erwerb der Inhalte als auch bei deren temporär begrenzten Nutzung auftreten. Es geht daher nicht um einen Vertragstypus eigener Art, sondern um produktbezogene Probleme. Insofern ist es genau der richtige Weg, die neuen Regelungen vor die Klammer zu ziehen. Das Ordnungskriterium „digitales Produkt“ liegt, wie *Beate Gsell* vollkommen zutreffend festgestellt hat, „nun einmal quer zur Systematik der §§ 433-676c BGB“ (NJW-aktuell 50/2020).
- Die beiden Gesetzentwürfe hatten die Problematik zu lösen, dass es überlappende Anwendungsbereiche gibt. Dies betrifft vor allem die Einordnung von Sachen mit digitalen Elementen, Paketverträge, die Lieferung von digitalen Produkten auf dauerhaften Datenträgern oder Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind. Hier enthalten § 327a BGB-E und § 457a BGB-E taugliche Kriterien zur Sicherstellung der Komplementarität. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass Verbrauchern das Recht zusteht, sich auch von dem anderen Teil des Paketvertrags oder anderen Bestandteilen eines Vertrags zu lösen, wenn es in Folge der unterbliebenen Bereitstellung des digitalen Produkts zu einem Wegfall des Interesses an dem Produkt oder der gewöhnlichen Verwendbarkeit der Sache kommt, § 327c Abs. 6 und 7 BGB-E. Zwischen Sachen, die digitale Produkte enthalten (§ 327a Abs. 2 BGB-E) und Sachen mit digitalen Elementen (§ 327a Abs. 3 Satz 1 BGB-E) mag es zu Abgrenzungsfragen kommen, die die Rechtsprechung aber lösen wird. Hilfreich dürfte insoweit die Anordnung in § 327a Abs. 3 Satz 2 BGB-E sein, dass im Zweifel ein vertragliches Element vorliegt.
- Sowohl Sachen mit digitalen Elementen (§§ 327a Abs. 3, 475b Abs. 1 Satz 2 BGB-E) als auch digitale Produkte als solche (§ 327 Abs. 1 BGB-E) bedürfen oftmals einer Aktualisierung. Der Gesetzentwurf verpflichtet den Unternehmer an verschiedenen Stellen zur Bereitstellung solcher Aktualisierungen. Exemplarisch sei § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E genannt, wonach eine Sache mit digitalen Elementen nur dann als objektiv mangelfrei einzuordnen ist, wenn dem Verbraucher während des Zeitraums, für den er dies erwarten kann, notwendige Aktualisierungen bereitgestellt werden und eine entsprechende Information erfolgt. Diesbezüglich kommt es völlig nachvollziehbar auch zu einer Verlagerung des Verjährungsbeginns wegen eines durch die Verletzung der Aktualisierungspflicht eintretenden Mangels (§ 475e Abs. 1 Nr. 2 BGB-E). Die Aktualisierungspflicht kann hier, wie parallel bei § 327f BGB-E für digitale Produkte, sogar über den Zeitraum der Gewährleistung hinausgehen. Die Natur des Kaufvertrags erfährt durch die Einführung dieser Pflicht nicht weniger als eine charakterliche Änderung

in Richtung eines Dauerschuldverhältnisses. Dies ist allerdings ausdrücklich zu begrüßen, da es den tatsächlichen Bedürfnissen der Verbraucher gerecht wird. Beim Kauf von Sachen mit digitalen Elementen kann und darf hinsichtlich der Feststellung eines Sachmangels nicht, wie beim Kauf üblich, auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach § 446 BGB abgestellt werden. Aktualisierungen werden erwartet und sind teilweise schlicht notwendig, um das Produkt fehlerfrei zu nutzen. Digitale Elemente unterliegen auch nach Überlassung der Sache an den Käufer der Einflussnahme Dritter, so dass auch dies Gewährleistungsansprüche auslösen kann. Es war notwendig, diesen großen Schritt aus dem Kaufrecht als einmaligem Austauschverhältnis zu gehen.

- Die in § 327f BGB-E angeordnete Aktualisierungspflicht digitaler Produkte verdeutlicht noch einmal, dass es dem Grunde nach unerheblich ist, ob der Verbraucher das Produkt gekauft oder gemietet hat. Darin spiegelt sich, weshalb die Regelung im Allgemeinen Teil des Schuldrechts vorteilhaft ist. Der unterschiedlichen Gestaltung von Verträgen zur Bereitstellung digitaler Produkte wird es auch gerecht, dass in § 327c Abs. 1 BGB von der Beendigung des Vertrags die Rede ist, womit Kündigung und Rücktritt erfasst sind.
- Für die Rechtsbehelfe des Verbrauchers wird die dem Verbraucherprivatrecht übliche halbzwingende Wirkung angeordnet (§§ 476 und 327s BGB-E). Allerdings besteht für den Unternehmer jeweils die Möglichkeit, einen Substandard zu vereinbaren und sich auf diesem Wege etwa von der Aktualisierungspflicht zu befreien. Geregelt ist dies in §§ 327h und § 476 Abs. 1 BGB-E. Der Entwurf setzt dafür recht hohe Hürden, da der Verbraucher von der abweichenden Beschaffenheit vor Vertragsabschluss eigens in Kenntnis gesetzt und die Abweichung ausdrücklich und gesondert vereinbart werden muss. Ist dies der Fall, besteht beispielsweise keine Aktualisierungspflicht. Die Regeln des Marktes werden zeigen, ob es sich auszahlt, Sachen mit digitalen Elementen oder digitale Produkte im Zweifel zu einem geringeren Preis anzubieten, ohne sich gegenüber dem Verbraucher dazu bereit zu erklären, der Pflicht zur Aktualisierung nachzukommen.
- Zu den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, insbesondere zu deren Art. 3, sind in den vergangenen knapp zwanzig Jahren zahlreiche grundlegende Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs ergangen. Deren Auswirkungen sind gut nachvollziehbar in den Entwurf zur Novellierung des Kaufrechts eingearbeitet worden.
- Zwei Gesichtspunkte seien kritisch angemerkt.
  - Es fragt sich zum einen, ob man nicht den Mut hätte haben sollen, die Anwendung der Regelungen der §§ 327 ff. BGB-E mit den aus dem Kaufrecht der Schuldrechtsmodernisierung bekannten systematischen Modifikationen auch auf den unternehmerischen Verkehr zu erstrecken. Denn die Fragen der Gewährleistung und Aktualisierung im Zusammenhang mit diesen neuen Produkten stellen sich auch hier. Dies mag man aber auch in ein paar Jahren nachholen.
  - Zum anderen bleibt abzuwarten, ob die von den Richtlinien nicht vorgesehene aber durch die Entwürfe vollzogene Einbeziehung der Vorschriften über den Schadensersatzanspruch ohne Verwerfungen gelungen ist.

Bielefeld, den 3. Mai 2021

Prof. Dr. Markus Artz

## Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen  
mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags  
(BT-Drs. 19/27424)

Prof. Dr. Ivo Bach, Göttingen

### I. Vorbemerkungen

Die Warenkaufrichtlinie hat vollharmonisierende Wirkung (Art. 4 WKRL); die Mitgliedstaaten dürfen also weder zugunsten noch zulasten des Verbrauchers von ihren Vorgaben abweichen. Dem wird der RegE nahezu vollständig gerecht; nur bei drei Vorschriften besteht geringfügiger Änderungsbedarf (dazu unten II.).

Entscheidungsspielraum bleibt dem deutschen Gesetzgeber vor allem in denjenigen Bereichen, in denen die Richtlinie Öffnungsklauseln enthält. In der WKRL finden sich vergleichsweise viele solcher Öffnungsklauseln zu vergleichsweise bedeutsamen Aspekten. Das Potential dieser nationalen Gestaltungsmöglichkeiten bleibt im RegE weitgehend ungenutzt; hier sind kraftvollere, mutigere Regelungen empfehlenswert (dazu unten III.).

Im Übrigen – also abseits der Öffnungsklauseln – erschöpft sich der Entscheidungsspielraum im Wesentlichen auf das „Wie“ der Umsetzung, also letztlich auf zwei rechtstechnische Fragen: (i) Soll die Richtlinienvorgabe aus Gründen der Rechtsklarheit möglichst wortlautgetreu übernommen werden oder soll sie dann, wenn sie zu komplex oder kompliziert formuliert ist, an den Stil des BGB angepasst werden? (ii) Soll eine unklare oder abstrakte Richtlinienvorgabe aus Gründen der Rechtsklarheit konkretisiert werden oder soll dies den Gerichten überlassen bleiben, um flexibel auf mögliche Konkretisierungen durch den EuGH reagieren zu können? Hinsichtlich beider Fragen folgt der RegE ganz überwiegend einem pragmatischen und letztlich überzeugenden Mittelweg. Eine weitere (sprachliche) Vereinfachung ist nur bei vereinzelt Regelungen empfehlenswert (dazu unten IV.)

Schließlich besteht insofern ein politischer Entscheidungsspielraum, als die Vorgaben der Richtlinie entweder nur innerhalb ihres Anwendungsbereichs umgesetzt werden oder aber darüber hinaus – überschießend – auf andere Rechtsbereiche übertragen werden können: auf das allgemeine Kaufrecht oder gar das allgemeine Schuldrecht. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage einer Einbeziehung des Kaufs lebender Tiere (dazu unten V.).

Konkrete Änderungsvorschläge finden sich am Schluss dieser Stellungnahme (sub VI.)

## II. Umsetzungsdefizite

### 1. Ablaufhemmung

Die WKRL differenziert zwischen Haftungsdauer und Verjährung. Positiv geregelt wird dabei nur die Haftungsdauer: Gem. Art. 10 Abs. 1 WKRL haftet der Unternehmer grundsätzlich für alle Mängel, die innerhalb von zwei Jahren offenbar werden. In Bezug auf die Verjährung verlangt Art. 10 Abs. 4 WKRL, sie müsse so bemessen sein, dass sie es dem Verbraucher ermöglicht, seine Gewährleistungsrechte für alle Mängel geltend machen zu können, die innerhalb der – zweijährigen – Haftungsdauer offenbar werden; es darf also nicht automatisch exakt nach zwei Jahren Verjährung eintreten. Art. 10 Abs. 5 gestattet es den Mitgliedstaaten auf eine Regelung zur Haftungsdauer zu verzichten und stattdessen – gewissermaßen eingeleisig – nur eine Verjährungsregelung vorzusehen. Dies entspricht der deutschen Regelungstechnik. Auch in diesem Fall muss der Verjährungszeitraum jedoch so bemessen sein, dass dem Verbraucher genug Zeit bleibt, für alle Mängel, die binnen zwei Jahren offenbar werden, seine Gewährleistungsrechte geltend zu machen.

Der RegE setzt diese Vorgabe in § 475e Abs. 3 mittels einer zweimonatigen Ablaufhemmung um. Während das Institut der Ablaufhemmung an sich hervorragend geeignet ist, um den Richtlinienvorgaben passgenau gerecht zu werden, dürfte die gewählte Dauer der Ablaufhemmung zu knapp bemessen sein. Geht man davon aus, dass der EuGH seine bislang praktizierte verbraucherfreundliche Linie auch in Bezug auf die WKRL fortsetzt, ist nicht damit zu rechnen, dass er einen Zeitraum von weniger als sechs Monaten als ausreichend einstuft.

Diese Einschätzung lässt sich an Art. 12 WKRL festmachen, der den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, eine Rügeobliegenheit einzuführen. Schon für eine solche Rüge muss dem Verbraucher ein Zeitraum von „mindestens zwei Monaten“ gewährt werden. Anschließend muss dem Verbraucher ausreichend Zeit verbleiben, um a) auf die Reaktion des Unternehmers zu warten und b) gegebenenfalls Klage zu erheben.

Für die in § 475e Abs. 4 RegE normierte Ablaufhemmung gilt insofern etwas anderes, als sie nicht der Umsetzung von Richtlinienvorgaben dient; vielmehr macht der RegE von der Öffnungsklausel in ErwGr 44 der WKRL Gebrauch. Demzufolge ist der Zwei-Monats-Zeitraum hier europarechtlich unbedenklich. In rechtspolitischer Hinsicht mag man freilich daran zweifeln, dass zwei Monate ausreichen, um die Nachbesserungen des Unternehmers zu prüfen und gegebenenfalls Klage zu erheben.

### 2. Regress bei gebrauchten Sachen

§ 445a Abs. 1 und 2 BGB gewähren dem Verkäufer nur dann Regressansprüche in der Lieferkette, wenn es sich bei der Kaufsache um eine „neu hergestellte“ handelt; für den Gebrauchtwarenhandel sind die Sonderregeln der §§ 445a f. BGB also nicht einschlägig. Diese Regelung wird auch bislang schon als Verstoß gegen die Vorgaben der Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eingestuft, der keine

entsprechende Beschränkung enthält.<sup>1</sup> Das gleiche gilt nun für Art. 18 WKRL. Zwar sind Fälle einer Lieferkette bei Gebrauchtwagen praktisch selten; ausgeschlossen sind sie indes nicht. Verkauft etwa ein Unternehmer Teile seines Fuhrparks an einen Gebrauchtwagenhändler, der sie wiederum an einen Verbraucher weiterveräußert, liegt eine klassische Lieferkette vor. Besonders häufig ergeben sich entsprechend Lieferketten wohl im Tierhandel, weil (und wenn) das Tier wegen seines Lebensalters (oder aus anderen Gründen) nicht mehr als „neu“ einzustufen ist.<sup>2</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert, die Beschränkung auf neu hergestellte Sachen in § 445a Abs. 1 und 2 zu streichen.

### 3. Ausnahme für öffentlich zugängliche Versteigerungen

§ 474 Abs. 2 S. 2 RegE enthält eine Bereichsausnahme für den Verkauf gebrauchter Sachen im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung. Damit wird von der entsprechenden Öffnungsklausel in Art. 3 Abs. 5 lit. a WKRL Gebrauch gemacht.

Allerdings bezieht sich die Bereichsausnahme des § 474 Abs. 2 S. 2 RegE nicht nur auf diejenigen Vorschriften, mit denen die WKRL-Vorgaben umgesetzt werden, sondern auf alle Vorschriften der §§ 475 ff. BGB. Mit den Regelungen in § 475 Abs. 1 und Abs. 2 werden jedoch die Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie umgesetzt; diese enthält keine entsprechende Öffnungsklausel.<sup>3</sup> In § 474 Abs. 2 S. 2 RegE sollte also eine Rückausnahme für § 475 Abs. 1 und Abs. 2 eingefügt werden.

## III. Nutzung des Gestaltungsspielraums

### 1. Vorbemerkung

Wie eingangs angedeutet eröffnet die WKRL den nationalen Umsetzungs-gesetzgebern zahlreiche Möglichkeiten von den Richtlinienvorgaben abzuweichen. Die meisten Öffnungsklauseln ermöglichen eine Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus; wenige erlauben eine Regelung zum Schutz des Unternehmers (wie etwa Art. 12 WKRL, der die Einführung einer Rügeobliegenheit gestattet).

Ein höheres Verbraucherschutzniveau begründet dabei keineswegs zwangsläufig einen Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmer. Verbraucherverträge unterliegen gem. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO in aller Regel dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers (nämlich immer dann, wenn der Unternehmer sein Geschäft – etwa durch Werbung oder mittels eines Internetauftritts – auf den Verbraucherstaat ausrichtet). Die Regelungen im BGB schützen heimische

---

<sup>1</sup> *Staudinger*, NJW 2019, 1181; *BeckOGK/Arnold*, § 445a Rn. 54; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 478 Rn. 3.

<sup>2</sup> *Bemmann et. al.*, Die Tiere im Verbrauchsgüterkauf – ein Spannungsfeld zwischen Tierwohl und Verbraucherschutz; Eine Stellungnahme und Empfehlung zur Umsetzung RL 771/2019/EU in nationales Recht, S. 17, sub II. 4. e).

<sup>3</sup> Auch die bisher geltende Bereichsausnahme in § 474 Abs. 2 S. 2 BGB ist richtlinienwidrig; *BeckOK/Faust*, § 474 Rn. 29.

Verbraucher also auch gegenüber Unternehmer aus dem Ausland – und wirken dementsprechend jedenfalls insofern nicht als Wettbewerbsnachteil, als sie unterschiedslos für alle Unternehmer gelten, die den deutschen Markt bedienen. Umgekehrt sind deutsche Unternehmer bei Kaufverträgen mit Verbrauchern aus dem Ausland dem dortigen Verbraucherschutzregime unterworfen.

Im Hinblick auf die nationale Nachhaltigkeitsstrategie ist zu berücksichtigen, dass das Zivilrecht eine erhebliche Lenkungswirkung entfalten kann. Zivilrechtliche Regelungen schaffen den erforderlichen Rahmen, damit marktwirtschaftliche Mechanismen in der gewünschten Weise greifen können.

## 2. Haftungsdauer / Verjährung

Art. 10 Abs. 3 WKRL eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, einen längeren Haftungszeitraum als zwei Jahre vorzusehen, dem Käufer also auch für solche Mängel Gewährleistungsrechte einzuräumen, die später offenbar werden (immer vorausgesetzt, dass sie bereits bei Gefahrübergang vorlagen). Der RegE macht von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, sondern lässt die bisherige Regelung unverändert, nach der alle Ansprüche mit Ablauf von zwei Jahren ab Lieferung verjähren. Diese Regelung wird – m.E. zu Recht – deswegen kritisiert, weil sie nicht hinreichend zwischen kurz- und langlebigen Produkten differenziert: Für Milch und Joghurt gilt dieselbe Zweijahresfrist wie für Kühlschränke.

Der Bundesrat (Rechtsausschuss / Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz) schlägt vor diesem Hintergrund für bestimmte langlebige Produkte eine Ausdehnung der Verjährungsfrist auf drei Jahre vor.<sup>4</sup> Zudem bittet er zu prüfen, „ob die Verjährung an die produktspezifische Lebensdauer angepasst werden kann“.<sup>5</sup> Ich halte eine solche flexible, produktspezifische Verjährung grundsätzlich für umsetzbar. Andere Länder sind diesen Weg bereits gegangen oder sind dabei, es zu tun.<sup>6</sup>

Allerdings müssen verschiedene Aspekte Berücksichtigung finden:<sup>7</sup>

- Erstens bedeutet eine längere Haftungsdauer für den Verkäufer eine längere Phase der Unsicherheit. Insbesondere erscheint es aus Verkäufersicht unangemessen nachteilig, wenn ein Mangel, der bereits unmittelbar nach Lieferung offenbar wird, noch Jahre später geltend gemacht werden kann. Dementsprechend sollte als Ausgleich eine Rügeobliegenheit für den Käufer eingeführt werden, die allerdings großzügig zu bemessen ist. Die WKRL gestattet dies unter der Bedingung,

---

<sup>4</sup> BR –Drs. 146/1/21, Ziff. 3.

<sup>5</sup> BR –Drs. 146/1/21, Ziff. 12.

<sup>6</sup> Insb. die Niederlande (Art. 7:17 Burgerlijk Wetboek) und Finnland (<https://www.kkv.fi/en/decisions-and-publications/publications/consumer-ombudsmans-guidelines/by-subject/statutory-liability-for-lack-of-conformity-and-guarantee-in-the-sale-of-consumer-goods/>). Vgl. auch Europäisches Parlament, Bericht des Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, „Längere Lebensdauer für Produkte: Vorteile für Verbraucher und Unternehmen“ (2016/2272(INI)), S. 19 f.; DiMatteo/Wrbka, Planned Obsolescence and Consumer Protection, S. 534.

<sup>7</sup> Ausführlich Bach/Wöbbeking, NJW 2020, 2672.

dass die Rügefrist mindestens zwei Monate beträgt. Interessengerechter erscheint eine deutlich längere Rügefrist von mindestens sechs Monaten.

- Zweitens kann es im Einzelfall schwierig sein, die Lebensdauer der streitgegenständlichen Kaufsache zu bestimmen. Eine daran anknüpfende Haftungsdauer könnte also ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit nach sich ziehen. Diese Rechtsunsicherheit lässt sich indes beseitigen, indem man dem Verkäufer das Recht zugesteht, die Haltbarkeit der Kaufsache zu bestimmen. Für den Käufer hätte dies den Vorteil, beim Kauf über die Haltbarkeit des Produkts informiert zu werden. Dieser Vorteil für den Käufer lässt sich steigern, wenn man das Bestimmungsrecht des Verkäufers zu einer Obliegenheit verschärft, indem man für den Fall einer unterlassenen Bestimmung eine vergleichsweise lange Verjährungsfrist anordnet.
- Drittens muss verhindert werden, dass der Käufer wegen eines kurz vor Haltbarkeitsende auftretenden Mangels Ersatzlieferung verlangen kann. Dies gilt insbesondere im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, in dem für diesen Fall nicht einmal Nutzungsersatz geleistet werden muss (§ 475 Abs. 2 S. 1 BGB, Art. 14 Abs. 4 WKRL). Einem Ersatzlieferungsbegehren wird der Verkäufer jedoch regelmäßig die Einrede der relativen oder absoluten Unverhältnismäßigkeit entgegensetzen können. Dem Käufer bleibt dann insbesondere das Recht zur Minderung des Kaufpreises.

Für die konkrete Umsetzung ergeben sich drei Möglichkeiten:

- Erstens kann die Verjährungsfrist flexibel ausgestaltet werden, indem auf die vereinbarte bzw. – mangels einer solchen Vereinbarung – auf die durchschnittliche Lebensdauer der jeweiligen Kaufsache Bezug genommen wird. (Vereinfachtes Formulierungsbeispiel: „Die Verjährungsfrist richtet sich nach der zu erwartenden Lebensdauer der Kaufsache.“)
- Zweitens kann im Ausgangspunkt zunächst pauschal eine starre, aber sehr lange Verjährungsfrist normiert werden (z.B. zehn Jahre), um anschließend eine Einschränkung durch eine abweichende Parteivereinbarung und/oder eine Haltbarkeitsangabe auf dem Produkt (bzw. in der Produktbeschreibung) zu ermöglichen. (Vereinfachtes Formulierungsbeispiel: „Die Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre. Die Parteien können eine kürzere Frist vereinbaren. Von einer solchen Vereinbarung ist insbesondere dann auszugehen, wenn die Kaufsache einen gut sichtbaren Hinweis auf eine kürzere Lebensdauer enthält.“)
- Eine dritte Möglichkeit besteht darin, die Verjährungsfrist unverändert zu lassen und die gewünschte Flexibilität im Wege einer Ablaufhemmung zu gewährleisten, die dann an die vereinbarte bzw. durchschnittliche Haltbarkeitsdauer der Kaufsache Bezug nehmen müsste. (Vereinfachtes Formulierungsbeispiel: „Verjährung tritt nicht vor Überschreiten der vereinbarten oder zu erwartenden Haltbarkeitsdauer der Kaufsache ein.“)

Die erste und die dritte Möglichkeit gewährleisten ein Höchstmaß an Flexibilität für die Gerichte, allerdings – wie immer – um den Preis einer gewissen Rechtsunsicherheit. Diese Rechtsunsicherheit vermeidet die zweitgenannte Möglichkeit weitgehend. Bei der ersten und zweiten Möglichkeit müsste zum Schutz des Verkäufers zusätzlich eine Rügeobliegenheit des Käufers eingeführt werden; dies erübrigt sich bei der dritten Möglichkeit.

Empfehlenswert ist – jedenfalls im jetzigen fortgeschrittenen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens – die dritte Möglichkeit, weil sie ohne signifikante Folgeprobleme in die vorhandenen Verjährungsmechanismen eingefügt werden kann. Eine entsprechende Regelung ließe sich als Satz 2 in § 475e Abs. 4 einfügen und könnte wie folgt lauten:

*„Dasselbe gilt, wenn sich der Mangel zwar nach Ablauf der Verjährungsfrist, aber vor Überschreiten der vereinbarten oder zu erwartenden Haltbarkeitsdauer der Kaufsache zeigt.“*

### 3. Beweislastumkehr

Art. 11 Abs. 1 WKRL sieht vor, dass die Beweislastumkehr hinsichtlich der Frage, ob ein Mangel bereits bei Lieferung vorgelegen hat, künftig ein Jahr betragen muss (statt bislang sechs Monate). Abs. 2 eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Zeitraum der Beweislastumkehr auf zwei Jahre auszudehnen. Der RegE sieht vor, die vorgegebene Verlängerung umzusetzen, von der weitergehenden Verlängerungsmöglichkeit jedoch keinen Gebrauch zu machen.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Beweislastverteilung vielfach den entscheidenden Faktor für die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen des Käufers darstellt. Bei einem Mangel, der erst nach Lieferung erkennbar wird (in aller Regel ein Funktionsverlust), ist es für die beweisbelastete Partei oftmals mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden, zu untersuchen (bzw. untersuchen zu lassen), ob der Mangel bereits bei Lieferung bestand oder zumindest angelegt war. Solange der Verkäufer beweisbelastet ist, wird er einem Gewährleistungsbegehren im Zweifel nachgeben; sobald der Käufer beweisbelastet ist, wird dieser von einer Durchsetzung seiner Gewährleistungsrechte im Zweifel absehen. Mit der Beweislastumkehr steht und fällt also in aller Regel die Gewährleistung. Vor diesem Hintergrund wird man überspitzt sagen können, dass de facto nicht so sehr die Verjährung, sondern bereits der Wegfall der Beweislastumkehr als entscheidende zeitliche Grenze der Gewährleistung einzustufen ist. Dementsprechend bedeutsam ist die Entscheidung für oder gegen eine weitere Verlängerung über die Vorgaben der Richtlinie hinaus.

Jede Verlängerung der Beweislastumkehr begünstigt offensichtlich den Käufer (Verbraucher) und benachteiligt entsprechend den Verkäufer (Unternehmer). Aus objektiver Sicht dürften folgende Aspekte zu berücksichtigen sein:

Einerseits dürfte sich eine Verlängerung des Prozessrisikos für den Verkäufer auf den Preis (zumindest) der betreffenden Produkte auswirken.

Andererseits begründet die Beweislastumkehr möglicherweise einen Anreiz zur Herstellung haltbarer Produkte. Trägt der Verkäufer (und damit über die Regresskette der Hersteller) die Beweislast – und damit letztlich das Prozessrisiko – so besteht darin ein Anlass, für eine bessere Haltbarkeit zu sorgen. Je länger die Beweislastumkehr umso haltbarer die Produkte. Auch der o.g. Aspekt einer Verteuerung der betreffenden Produkte mag eine gewisse Lenkungswirkung entfalten: Produkte, die öfter nachträgliche Mängel aufweisen, werden teurer, hochwertigere (= haltbarere) Produkte dementsprechend im Vergleich günstiger. Allerdings ist unklar, wie groß die diesbezügliche Lenkungswirkung tatsächlich ist.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Regelung zur Beweislastumkehr um eine Ausnahme handelt. Bei Erweiterungen ist dementsprechend Zurückhaltung geboten. Dies gilt in besonderem Maße vor dem Hintergrund, dass die Beweislastumkehr pauschal alle Produktgruppen treffen würde. Während sie bei langlebigen Produktgruppen eher angemessen sein kann, erscheint sie bei kurzlebigen Waren (insb. bei Verbrauchsgütern) unverhältnismäßig. Allerdings sieht § 477 BGB für diese Fälle ohnehin eine Ausnahme vor.

Eine Kompromisslösung könnte darin bestehen, den Zeitraum der Beweislastumkehr zwar einerseits auf zwei Jahre auszudehnen, den Parteien aber andererseits die Möglichkeit einzuräumen, den Zeitraum per Individualvereinbarung auf ein Jahr zu begrenzen. Eine solche Regelung wäre mit den Vorgaben der WKRL ohne Weiteres vereinbar.

#### 4. Mitverursachung eines Mangels durch den Verbraucher

Art. 13 Abs. 7 WKRL gestattet es den Mitgliedstaaten Regelungen für Fälle zu treffen, in denen der Verbraucher ein Beitrag zur Vertragswidrigkeit der Kaufsache gesetzt hat. Eine derartige Regelung enthält das BGB bislang nur in Bezug auf Schadensersatzansprüche (§ 254 BGB) und das Rücktrittsrecht (§ 323 Abs. 6 BGB). Für die Minderung greift mittelbar wiederum § 323 Abs. 6, der aber auf die Alles-oder-nichts-Situation beim Rücktritt angelegt ist. Bei dem teilbaren Rechtsbehelf der Minderung wäre eine Regelung wie in § 254 BGB vorzugswürdig.

Für den Rechtsbehelf der Nacherfüllung besteht bislang keine Regelung; die Gerichte greifen vereinzelt auf § 242 bzw. § 254 BGB analog zurück. Haben beide Parteien den Mangel gemeinsam verursacht, wird man nach der derzeitigen Gesetzeslage davon auszugehen haben, dass der Verbraucher seinen Nacherfüllungsanspruch zwar nicht verliert, dem Unternehmer jedoch anteilig (§ 254) auf Schadensersatz haftet weil er mit seinem Verursachungsbeitrag eine Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag verletzt hat. Allerdings setzt ein solcher Schadensersatzanspruch voraus, dass der Verbraucher seine Nebenpflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten hat.

Angesichts dessen, dass die betreffenden Fallgestaltungen durchaus mit den bestehenden Regelungen gehandhabt werden können, besteht zwar kein dringender Bedarf nach einer ausdrücklichen Regelung. Gleichwohl wäre sie aus Gründen der Rechtsklarheit wünschenswert.

## 5. Regress in der Lieferkette

Für den Regress in der Lieferkette enthält Art. 18 WKRL nur rudimentäre Vorgaben und überlässt dem nationalen Gesetzgeber insbesondere die Entscheidung darüber, bei welcher Person der Verkäufer Rückgriff nehmen kann. Von der damit eröffneten Möglichkeit, eine Durchgriffshaftung des Verkäufers beim ersten Glied der Lieferkette (also beim Hersteller) anzuordnen, macht der RegE keinen Gebrauch.

Zulässig wäre es zudem, nicht nur dem Verkäufer, sondern auch (oder stattdessen) dem Verbraucher selbst einen Direktanspruch gegen den Hersteller/Lieferanten an die Hand zu geben. Einen solchen Direktanspruch sieht etwa das französische Recht vor (Art. 1341-3 code civil) vor. Überlegenswert erscheint die Schaffung eines Direktanspruchs gegen den Hersteller/Lieferanten nicht zuletzt in Bezug auf die digitalen Elemente einer Kaufsache, weil hier der Verkäufer selbst regelmäßig nicht zur Nacherfüllung imstande sein dürfte. Ein Anspruch des Verbrauchers am Verkäufer vorbei direkt gegen den Hersteller/Lieferanten ginge dementsprechend mit einem gewissen Effizienzgewinn (Vermeidung von Transaktionskosten) einher. Allerdings sieht auch der RegE zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie keine entsprechende Direkthaftung vor.

Unabhängig von der Schaffung eines Direktanspruchs sollten die Regelungen in §§ 445a f. BGB mit international zwingendem Charakter ausgestattet werden. Gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO findet auf kaufvertragliche Ansprüche grundsätzlich das Recht Anwendung, dass am Sitz des Verkäufers gilt. Gegenüber einem Lieferanten mit Sitz im Ausland könnte sich der Verkäufer also nicht auf §§ 445a f. BGB stützen. Mit der Anordnung eines international zwingenden Charakters könnten (und müssten) indes zumindest die deutschen Gerichte auf diese Regelung zurückgreifen, obwohl deutsches Recht an sich nicht anwendbar ist (vgl. Art. 9 Rom I-VO). Eine entsprechende Regelung könnte in einem neu zu schaffenden § 445c verortet und wie folgt formuliert werden: „Die Regelungen des § 445a und § 445b gelten unabhängig davon, ob auf vertragliche Ansprüche des Verkäufers gegen den Lieferanten im Übrigen deutsches Recht Anwendung findet.“

## IV. Rechtstechnische Aspekte

In rechtstechnischer Hinsicht muss stets die grundlegende Frage beantwortet werden, ob die Vorgaben der Richtlinie wörtlich übernommen oder ob sie an die Kultur des deutschen BGB angepasst werden sollen. Für beides streiten Gründe der Rechtsklarheit: Einerseits dient es der Rechtsklarheit, wenn der Inhalt einer Norm unmittelbar aus dem Normtext ersichtlich wird und nicht erst im Wege der (richtlinienkonformen) Auslegung ermittelt werden muss. Andererseits sollten gesetzliche Regelungen möglichst schlank, präzise und verständlich formuliert sein; die Vorgaben der WKRL sind hingegen streckenweise unnötig komplex und kompliziert formuliert, so dass eine wörtliche Übernahme die Verständlichkeit der deutschen Regelungen beeinträchtigen würde. Der Gesetzentwurf findet

diesbezüglich im Großen und Ganzen einen guten Mittelweg. Bei einzelnen Vorschriften ist jedoch eine schlankere Formulierung möglich und wünschenswert.

- § 475 Abs. 5 RegE: Der letzte Halbsatz („wobei ... zu berücksichtigen sind“) ist verzichtbar, weil offensichtlich.
- § 475b RegE: Die Regelung will „ergänzend“ zu denjenigen des allgemeinen Kaufrechts – konkret: zu § 434 RegE – gelten. Regelungstechnisch wird § 434 jedoch vollständig ersetzt. Vorzugswürdig wäre es, § 475b tatsächlich auf ergänzende Regelungen zu beschränken. Verzichtbar sind dementsprechend Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 1.
- § 476 Abs. 4 RegE: Ein Umgehungsverbot (fraus legis) besteht ohnehin; die ausdrückliche Anordnung ist daher letztlich verzichtbar; ein entsprechender Hinweis im Ausschussbericht würde genügen. Zudem ist die Vorschrift sprachlich missglückt, wenn sie auf die „in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Vorschriften“ Bezug nimmt. In Abs. 2 wird nur § 437 erwähnt, der aber offensichtlich nicht gemeint ist; der gemeinte § 438 wird hingegen nicht ausdrücklich bezeichnet.

Bei § 475c RegE besteht zwar ein Missverhältnis zwischen der wortreichen Formulierung und dem vergleichsweise marginalen Regelungsgehalt. Angesichts der Richtlinienvorgaben erscheint jedoch weder eine schlankere Formulierung noch ein vollständiger Verzicht auf die Regelung empfehlenswert. Berichtigt werden sollte indes der fehlerhafte Verweis in Abs. 1 S. 2 auf § 475b Abs. 4 S. 1 Nr. 2.

Eine mitunter vorgeschlagene Konkretisierung des in § 475b Abs. 4 Nr. 2 geregelten Aktualisierungszeitraums wäre aus Gründen der Rechtsklarheit zwar wünschenswert, birgt jedoch die Gefahr einer Richtlinienwidrigkeit, sollte der EuGH die Vorgaben der WKRL in abweichender Weise interpretieren. Überlegenswert erscheint einzig eine beispielhafte Inbezugnahme der Lebensdauer der Kaufsache. Folgende Formulierung bietet sich an: „[...] während des Zeitraums, den er aufgrund der Art, des Zwecks und der gewöhnlichen Lebensdauer der Sache und ihrer digitalen Elemente [...] erwarten kann [...].“

## V. Geltungsbereich der Umsetzungsregelungen

### 1. Überschießende Umsetzung

Der RegE beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die BGB-Regeln zum Verbrauchsgüterkauf an die Vorgaben der Richtlinie anzupassen. Eine überschießende Umsetzung ist nur für den Mangelbegriff (§ 434 RegE) vorgesehen. Dadurch gelingt es zwar einerseits, das Allgemeine Kaufrecht erfreulich schlank zu halten. Andererseits wird jedoch das Modell eines „einheitlichen Kaufrechts“ noch stärker durchbrochen als bislang. Die deutsche Rechtslage nähert sich faktisch derjenigen in vielen anderen Mitgliedstaaten an, in denen das Verbraucher-vertragsrecht in einem gesonderten Regelungswerk normiert ist. Perspektivisch mag man überlegen, ob nicht der umgekehrte Weg vorzugswürdig sein kann: eine

Ausrichtung des BGB-Kaufrechts auf Verträge, bei denen der Käufer besonders schutzwürdig ist, und Sonderregeln im HGB für Verträge, bei denen dies nicht der Fall ist. Dies würde es ermöglichen, auch KMU in den Anwendungsbereich der käuferschützenden Vorschriften einzubeziehen.

In rechtspolitischer Hinsicht erscheint es zudem überlegenswert, die Ablaufhemmung des § 475e Abs. 3 RegE in § 438 zu verschieben und so auf sämtliche Kaufverträge zu beziehen. Der dahinterstehende Schutzgedanke trifft auch auf den Unternehmensverkehr zu. Erst recht gilt dies dann, wenn die Ablaufhemmung – wie oben vorgeschlagen – an die Lebensdauer der Kaufsache geknüpft wird.

Empfehlenswert ist zudem eine Verallgemeinerung der in § 475d Abs. 2 getroffenen Regelung. Bislang gelten für den Rücktritt und den Schadensersatz statt der Leistung unterschiedliche Regelungen zur Entbehrlichkeit einer Fristsetzung (§ 323 Abs. 2 BGB einerseits, § 281 Abs. 2 BGB andererseits). Gründe, die dies rechtfertigen oder gar gebieten, bestehen nicht. Mit § 475d Abs. 2 wird diese widersprüchliche Regelung künftig für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs aufgelöst. Sie sollte auch im Übrigen beseitigt werden, indem für den Schadensersatz auf die Entbehrlichkeitsgründe zum Rücktritt verwiesen wird. Dazu müsste § 281 Abs. 2 BGB wie folgt neu gefasst werden: „Für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung gelten die Bestimmungen in § 323 Abs.2, § 440 und § 475d.“ Noch knapper ließe sich dieser Verweis in Form eines Halbsatzes an § 281 Abs. 1 S. 1 anfügen: „[...] § 323 Abs.2, § 440 und § 475d gelten entsprechend.“

## 2. Ausnahme für den Kauf lebender Tiere

Art. 3 Abs. 5 lit. b) WKRL enthält eine Öffnungsklausel, wonach die Mitgliedstaaten „lebende Tiere“ vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließen können (gemeint ist wohl, dass die Mitgliedstaaten lebende Tiere von den jeweiligen nationalen Umsetzungsregeln ausnehmen können). Von dieser Möglichkeit macht der RegE keinen Gebrauch.

Dies ist im Grundsatz zu begrüßen. Zwar weist der Tierkauf zweifelsohne Besonderheiten gegenüber dem Kauf lebloser Produkte auf, nämlich insbesondere insofern, als der physiologische Zustand eines Tieres dynamischen Veränderungen unterworfen ist. Die bestehenden Regelungen erlauben es den Gerichten jedoch, diese Besonderheiten vollumfänglich zu berücksichtigen.<sup>8</sup> So hat der BGH bereits 2007 entschieden, dass ein Pferd, um mangelfrei zu sein, nicht etwa in jeder Hinsicht der physiologischen Idealnorm entsprechen müsse.<sup>9</sup> Sonderregeln sind dementsprechend weder erforderlich, noch sind sie wünschenswert. Insbesondere ist die heutige Rechtslage der alten Regelung eines Sondergewährleistungsrechts

---

<sup>8</sup> Vgl. ausdrücklich BGH, 9.10.2019, VIII ZR 240/18 Rn. 35 (= NJW 2020, 759): „Anders als bewegliche Sachen unterliegen Tiere während ihrer gesamten Lebenszeit einer ständigen Entwicklung und Veränderung ihrer körperlichen und gesundheitlichen Verfassung, die sowohl von den natürlichen Gegebenheiten des Tieres als auch von seiner Haltung (Ernährung, Pflege, Belastung) beeinflusst wird (vgl. Senat BGHZ 167, 40).“

<sup>9</sup> BGH, 7.2.2007 – VIII ZR 266/06 Rn. 19 (= NJW 2007, 1351); BGH, 18.10.2017 – VIII ZR 32/16 Rn. 24ff. (= NJW 2018, 150).

für den Viehkauf weit überlegen. Den alten Regeln fehlte gerade die erforderliche Flexibilität, um den Besonderheiten des Tierkaufs gerecht zu werden. Sie im Zuge der Schuldrechtsreform abzuschaffen war auch aus heutiger Sicht die richtige gesetzgeberische Entscheidung (verwiesen sei auf die ausführliche Begründung, BT-Drs. 14/6040, S. 205 ff.).

Auch die in § 476 Abs. 1 S. 2 neu vorgesehene Regelung, wonach negative Beschaffenheitsvereinbarungen künftig „ausdrücklich und gesondert“ getroffen werden müssen, dürfte gerade beim Tierkauf nicht zu besonderen Schwierigkeiten führen. Gerade hier sind negative gesundheitliche Befunde in aller Regel tiermedizinisch dokumentiert, so dass es nur einer (ausdrücklichen und gesonderten) Einbeziehung dieser Befunde in den Vertrag bedarf.

Mit dem Argument der Andersartigkeit oder Besonderheit ließe sich die Forderung nach einer Sonderregelung für nahezu jede Produktgruppe aufstellen. Würde der Tierkauf gesondert geregelt, ließe sich mit derselben Berechtigung fragen, warum Lebensmittel, Unterhaltungselektronik und sogar Grundstücke über denselben Kamm geschoren werden. Derartige Spezialregelungen würden einen großen Vorteil unseres deutschen Bürgerlichen Rechts beseitigen: das hohe Abstraktionsniveau. Regeln würden kleinteilig, technisch und unverständlich werden. Sonderregelungen sind deswegen grundsätzlich nicht erstrebenswert und sollten vermieden werden.

Im Grundsatz gilt das Gesagte auch für die Regelung zur Beweislastumkehr. Angesichts des veränderlichen physiologischen Zustands von Tieren fällt die Feststellung, ob ein später offenbar werdender Mangel bereits im Zeitpunkt der Lieferung bestand oder nicht, zwar oftmals noch schwerer als es bei leblosen Produkten der Fall ist; die Beweislastumkehr belastet den Verkäufer von Tieren dementsprechend besonders stark. Allerdings treffen den Käufer dieselben Beweisschwierigkeiten; eine Ausnahme von der Regelung zur Beweislastumkehr würde den Verbraucher beim Tierkauf also härter treffen als beim Kauf lebloser Gegenstände.

Hinzu kommt, dass § 477 bereits eine Ausnahmeregelung enthält, die auch und gerade den Verkäufern von Tieren zu Gute kommt: Die Vermutung, dass ein später offenbar gewordener Mangel bereits bei Gefahrübergang vorliegt, greift nicht, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar wäre. Die Gerichte nutzen diese Ausnahmeregelung auch und gerade im Tierkauf für eine höchst ausdifferenzierte Judikatur.<sup>10</sup>

Dass ein Wettbewerbsnachteil gegenüber Tierverkäufern aus anderen europäischen Ländern droht, steht nur bedingt zu befürchten, weil Verbraucherverträge (wie oben angerissen) in der Regel dem Recht am Wohnsitz des Verbrauchers unterliegen. Der Sitz des Züchters ist dann unbeachtlich und kann dementsprechend nicht zu einem Wettbewerbsvor- oder -nachteil führen.

---

<sup>10</sup> Vgl. etwa den Überblick in BGH, 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, Rn. 28 (= NJW 2006, 2250).

Den Tierkauf generell vom Anwendungsbereich des § 477 BGB auszunehmen ist demnach weder geboten noch gerechtfertigt. Überlegenswert erscheint es jedoch, den Parteien eine abweichende Vereinbarung zu gestatten, also eine Abbedingung der Regelung in § 477 oder zumindest eine Verkürzung des Zeitraums der Beweislastumkehr. Eine entsprechende Regelung könnten in § 476 BGB eingefügt werden. Sie wäre m.E. als Minus gegenüber einer (zulässigen) Gesamtausnahme für den Tierkauf richtlinienkonform. In rechtspolitischer Sicht erscheint es indes geboten, eine „ausdrückliche gesonderte Vereinbarung“ zu verlangen. Eine „heimliche“ Abbedingung per AGB sollte nicht zulässig sein.

## VI. Konkrete Änderungsvorschläge

### § 281

(1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat; § 323 Abs.2, § 440 und § 475d gelten entsprechend. [...]

(2) ~~Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.~~

[Abs. 3, 4 und 5 rücken auf]

### § 441 Abs. 1

Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern. Die **Ausschlussgründe** des § 323 Abs. 5 Satz 2 und des § 323 Abs. 6 finden keine Anwendung. **Hat der Käufer zur Entstehung des Mangels beigetragen, findet § 254 entsprechende Anwendung.**

### § 445a

(1) Der Verkäufer kann ~~beim Verkauf einer neu hergestellten Sache~~ von dem Verkäufer, der ihm die Sache verkauft hatte (Lieferant), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Verhältnis zum Käufer nach § 439 Absatz 2, 3 und 6 Satz 2 sowie nach § 475 Absatz 4 zu tragen hatte, wenn der vom Käufer geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Verkäufer vorhanden war oder auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht gemäß § 475b Absatz 4 beruht.

(2) Für die in § 437 bezeichneten Rechte des Verkäufers gegen seinen Lieferanten bedarf es wegen des vom Käufer geltend gemachten Mangels der sonst erforderlichen Fristsetzung nicht, wenn der Verkäufer die verkaufte ~~neu hergestellte~~ Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Käufer den Kaufpreis gemindert hat.

### § 445c

Die Regelungen des § 445a und § 445b gelten unabhängig davon, ob auf vertragliche Ansprüche des Verkäufers gegen den Lieferanten im Übrigen deutsches Recht Anwendung findet.

### § 474 Abs. 2

Für den Verbrauchsgüterkauf gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Untertitels. Für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung (§ 312g Absatz 2 Nummer 10) verkauft werden, gelten nur § 475 Abs. 1 und 2, sofern dem Verbraucher klare und umfassende Informationen darüber, dass die übrigen Vorschriften dieses Untertitels nicht gelten, leicht verfügbar gemacht wurden.

### § 475 Abs. 5

Der Unternehmer hat die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher ihn über den Mangel unterrichtet hat, und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchzuführen, wobei die Art der Sache sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Sache benötigt, zu berücksichtigen sind.

### § 475b

(1) Für den Kauf einer Sache mit digitalen Elementen, bei dem sich der Unternehmer verpflichtet, dass er oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt, gelten ergänzend die Regelungen dieser Vorschrift. Eine Sache mit digitalen Elementen ist eine Sache, die in einer solchen Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthält oder mit ihnen verbunden ist, dass sie ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen kann. Beim Kauf einer Sache mit digitalen Elementen ist im Zweifel anzunehmen, dass die Verpflichtung des Unternehmers die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen umfasst.

~~(2) Eine Sache mit digitalen Elementen ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang und in Bezug auf eine Aktualisierungspflicht auch während des Zeitraums nach Absatz 3 Nummer 2 und Absatz 4 Nummer 2 den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen, den Montageanforderungen und den Installationsanforderungen entspricht.~~

(2) Den subjektiven Anforderungen entspricht die Sache nur, wenn für die digitalen Elemente die im Kaufvertrag vereinbarten Aktualisierungen bereitgestellt werden.

(3) Den objektiven Anforderungen entspricht die Sache nur, wenn dem Verbraucher während des Zeitraums, den er aufgrund der Art, des Zwecks und der gewöhnlichen Lebensdauer der Sache und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Sache erforderlich sind, und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird.

(4) [...]

(5) Eine Sache mit digitalen Elementen entspricht

~~1. den Montageanforderungen, wenn sie den Anforderungen des § 434 Absatz 4 entspricht, und~~

~~2. den Installationsanforderungen, wenn die Installation~~

- a) der digitalen Elemente sachgemäß durchgeführt worden ist oder
- b) zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Installation durch den Unternehmer, noch auf einem Mangel der Anleitung beruht, die der Unternehmer oder derjenige übergeben hat, der die digitalen Elemente bereitgestellt hat.

§ 475c Abs. 1

Ist beim Kauf einer Sache mit digitalen Elementen eine dauerhafte Bereitstellung für die digitalen Elemente vereinbart, so gelten ergänzend die Regelungen dieser Vorschrift. Haben die Parteien nicht bestimmt, wie lange die Bereitstellung andauern soll, so ist § 475b Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 entsprechend anzuwenden.

§ 475e Abs. 3 [oder § 438 Abs. 2a]

Hat sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist gezeigt, so tritt die Verjährung nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat. Dasselbe gilt, wenn sich der Mangel zwar nach Ablauf der Verjährungsfrist, aber vor Überschreiten der vereinbarten oder zu erwartenden Haltbarkeitsdauer der Kaufsache zeigt.

§ 476 Abs. 2 S. 3 [oder Abs. 2a]

Unter den gleichen Wirksamkeitsvoraussetzungen kann die in § 477 Abs. 1 normierte Beweislastumkehr auf ein Jahr verkürzt, bei Kaufverträgen über lebende Tiere vollständig abbedungen werden.

§ 476 Abs. 4

Die Regelungen der Absätze 1 und 2 dürfen nicht durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

[Alternativ: Vorschrift streichen]

§ 477 Abs. 1

(1) Zeigt sich innerhalb von zwei Jahren seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 oder § 475b abweichender Zustand der Sache, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des mangelhaften Zustands unvereinbar.

**Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (BT-Drs. 19/27424)  
hier: Stellungnahme**

Übersicht

I. Kurzzusammenfassung: Intransparenz und gestörte Vertragsparität beim Kauf langlebiger Produkte beenden!.....	2
II. Begründung im Einzelnen mit konkreten Formulierungsvorschlägen .....	6
Zu 1. Lebensdauerangabepflicht und europarechtlich gebotene Verankerung der Wirkung von technischen Normen im bürgerlichen Recht.....	6
Zu 2. Ablaufhemmung bei der Kaufmängelgewährleistung .....	11
a) Die kurze Sonderverjährung im Kaufrecht passt nicht mehr in die technisierte Welt.....	11
b) Nur ein bei Ablieferung der Ware angelegter vorzeitiger Verschleiß kann ein Mangel sein .....	12
c) Ein rechtssystematisch stimmiger, interessengerechter Vorschlag .....	13
d) Rechtspolitischer Kompromissvorschlag: Kurze Verjährungsfrist mit Ablaufhemmung .....	14
e) optional: Beschränkung einer länger laufenden Verjährung auf genau bestimmte technische Warengruppen.....	15
f) jedenfalls geboten: Keine Verjährung vor gesetzlich vorgeschriebener oder vereinbarter Mindesthaltbarkeitsdauer .....	16
g) Keine Umgehung der Mängelgewährleistungsrechte durch zwischengeschalteten Verkauf neuer Ware .....	17
Zu 3. Fakultative Funktionsfähigkeitsgarantie als Herstellergarantienaussagepflicht .....	17
Zu 4. Zweijährige Beweislastumkehr.....	20
Anhang: Konkrete Formulierungsvorschläge .....	24
1. Zur Lebensdauerangabepflicht: .....	24
2. Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 lit a Warenkaufrichtlinie und Rechtssicherheit durch Nutzbarmachung der technischen Normung .....	24
3. Mängelgewährleistungsfrist –Ablaufhemmung optional mit sachl. Begrenzung .....	25
4. Keine Verjährung vor gesetzlich vorgeschriebener oder vereinbarter Lebensdauer... ..	26
5. Keine Umgehung der Mängelgewährleistungsrechte durch zwischengeschalteten Verkauf neuer Ware.....	26
6. Fakultative Funktionsfähigkeitsgarantie als Herstellergarantienaussagepflicht .....	26
5. Beweislastumkehr.....	29

## I. Kurzzusammenfassung: Intransparenz und gestörte Vertragsparität beim Kauf langlebiger Produkte beenden!

Die Warenkaufrichtlinie sowie die Digitale-Inhalte-Richtlinie der Europäischen Union, die mit den beiden hier in Bezug genommenen Gesetzentwürfen umgesetzt werden sollen, reagieren auf Anforderungen, die sich aufgrund der zunehmenden Digitalisierung der Konsumgüter ergeben. In Bezug auf langlebige Gebrauchsgüter verlagert das europäische Recht allerdings die wesentlichen rechtspolitischen Entscheidungen auf die Mitgliedsstaaten. Die Regierungsvorlage verpasst es, im Hinblick auf langlebige Konsumgüter die Voraussetzungen für eine Vertragsparität herzustellen: Bei langlebigen Gütern, die für Privathaushalte häufig den Charakter einer echten Investition haben, muss der Käufer nach den derzeitigen Marktgepflogenheiten „die Katze im Sack kaufen“. Bei einem ganz entscheidenden Faktor für eine wirtschaftlich sinnvolle Entscheidung, die Frage nämlich, wie lange das Produkt halten wird, bleibt es regelmäßig bei nebligen Werbeaussagen. Welche Kosten für die Nutzung eines Gutes tatsächlich anfallen, hängt dabei nicht nur (und häufig genug nicht einmal in erster Linie) vom Kaufpreis, sondern auch von der erwartbaren Nutzungsdauer eines Produktes ab. Das wissen nicht nur Handwerker oder sonst Unternehmer, die selbstverständlich die anteiligen Investitionskosten beispielsweise einer Maschine in ihre Kosten- und Wirtschaftlichkeitsberechnungen einbeziehen, das wissen auch all diejenigen, die die anteilige steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit von teureren professionell genutzten und damit steuerlich absetzbaren Gütern berechnet haben. Häufig rechnen zudem Verbraucher mit einer längeren Nutzbarkeit von Gebrauchsgütern, als derjenigen, die die Produkte tatsächlich halten, wie zuletzt einmal wieder eine Langzeitstudie im Hinblick auf Laptops von Studierenden ergeben hat, die an der Hochschule Pforzheim durchgeführt wird.<sup>1</sup>

Auch jetzt bestehen auf dem Papier materiell-rechtliche Mängelgewährleistungsansprüche, wenn die tatsächliche Nutzbarkeit eines Produktes hinter der vom Käufer erwartbaren Nutzungsdauer zurückbleibt. Praktisch werden diese Ansprüche aber durch die kurzen Sonderverjährungsvorschrift im Kaufrecht abgeschnitten, die in singulärer Weise von dem üblichen Verjährungsregime des BGB abweichen. Es ist deutlich herauszustellen: Die kurze Sonderverjährung im Kaufrecht, die nicht auf die Erkennbarkeit des bereits ursprünglich bestehenden Mangels der Sache abstellt, durchkreuzt Gewährleistungsansprüche der Käufer, die materiellrechtlich bestehen. Das BGB bestimmt diesbezüglich lediglich, dass die durchaus bestehenden Ansprüche<sup>2</sup> vom Verkäufer zwei Jahre

<sup>1</sup> Umfangreiche Befragungen und mehrere studentische Arbeiten an der Hochschule Pforzheim bilden die Grundlage für eine Veröffentlichung des Sprechers der Forschungsgruppe „Obsoleszenz“ des vunk, Prof. Dr. Jörg Woidasky im "Journal of Cleaner Production" im März 2021: Jörg Woidasky, Esra Cetinkaya, Use pattern relevance for laptop repair and product lifetime, Journal of Cleaner Production 288 (2021) 125425 Die Publikation ist unter <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2020.125425> verfügbar.) Darin wurden die erstmals im September 2019 auf der Konferenz "Product lifetimes and the environment" in Berlin vorgestellten Ergebnisse zu einem wissenschaftlichen Zeitschriftenbeitrag weiterentwickelt. Zwei unter Leitung von Prof. Woidasky im Rahmen des vunk durchgeführte Befragungen mit mehreren hundert studentischen Teilnehmerinnen und Teilnehmern an der Hochschule zeigten unter anderem, dass Laptops durchschnittlich 4,7 Jahre genutzt werden, die Erwartung an die Nutzungsdauer jedoch regelmäßig deutlich über der tatsächlichen Nutzungsdauer liegt.

<sup>2</sup> Dass die Ansprüche materiellrechtlich bestehen zeigt sich daran, dass der Verkäufer aufgrund von solchen (verjährten) Mängelansprüchen getätigte Leistungen (z.B. eine Zahlung infolge einer Minderung) nicht aufgrund einer

nach Übergabe der Sache nicht mehr beachtet und nicht mehr erfüllt werden müssen. Obwohl das BGB also Ansprüche gibt, macht es diese durch die kurze Sonderverjährung zunichte. Dafür gibt es in der heutigen technisierten Welt keine tragfähige Begründung mehr. Dies belegen die umfangreichen Untersuchungen von Rainer Gildeggen (vunk), der auch entstehungsgeschichtlich herausarbeitet, dass hierbei eine geradezu willkürlich anmutende Wirtschaftsförderung der Verkäuferseite zu Lasten der Käuferseite maßgeblich war, für die weitere vorgebrachte Argumente gut 120 Jahre nach Inkrafttreten des BGB von der tatsächlichen Grundlage nicht mehr tragfähig sind. Nur die Tatsache, dass man sich in Deutschland – zumal in der Juristenwelt – an dieses ungerechte Abschneiden von Rechten gewöhnt hat, rechtfertigt seine Weiterexistenz nicht. Zudem wird die Ressourcenknappheit (namentlich etwa im Bereich der seltenen Erden, aber auch die Klimarelevanz von vorzeitigem Verschleiß<sup>3</sup>) zu einem gewichtigen Argument dagegen, durch bürgerlich-rechtliche Regelungen einer ressourcenverschwendenden Produktionsweise, die zudem klimaschädlich ist, Vorschub zu leisten. Insoweit sei auch auf der Wertordnungsentscheidung des Grundgesetzes zugunsten einer lebenswerten Umwelt in Art. 20a GG hingewiesen, die auch den Gesetzgeber bei seinem Handeln leiten sollte, wie das Bundesverfassungsgericht gerade erst eindrucksvoll unterstrichen hat.<sup>4</sup>

Gerade bei komplexen technischen Produkten wird für die Käufer schließlich auch die Beweislast zu einer praktisch nicht übersteigbaren Hürde.

Abhilfe ist geboten und mit wenigen Regelungen möglich, die ein gutes und praktikables Maß an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für Verbraucher wie Unternehmer bringen.

Dazu muss

1. die Nutzungsdauer von Gebrauchsgütern, die Unternehmer ohnehin zu Zwecken der Produktsicherheit berechnen bzw. abschätzen muss, transparent als eine wesentliche Eigenschaft jedes längerlebigen Gebrauchsgutes angegeben werden.
2. Die Möglichkeit, sich an sich bestehenden Gewährleistungsansprüchen durch Berufung auf die Verjährungsfrist zu entziehen, muss durch eine an die Lebensdauer von Produkten angepasste Verjährungsfrist Rechnung getragen werden. Am einfachsten wäre es, hier einfach nur die kaufrechtliche Sonderverjährung zu streichen und es bei dem allgemeinen, auch hier passenden Verjährungsregime des BGB zu belassen. Fehlt dazu der politische Mut bzw. Wille, so sind verschiedene Wege denkbar, zu gerechten und rechtssicheren Lösungen zu kommen. Ein am Modell des Produktsicherheits- und -haftungsrechts orientierter Lösungsweg macht sich dabei die technische Normierung entsprechend dem „New Deal“ zu

---

ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern kann. Die „Bereicherung“ des Käufers hatte schließlich ihren berechtigten Grund im Mängelanspruch.

<sup>3</sup> Die Zusammenhänge zwischen vorzeitigem Verschleiß und Klimafolgen wurden jüngst in in zwei Studien der Gesellschaft für Tribologie (GfT) zu „Nachhaltigkeit & Verschleißschutz“ sowie „CO<sub>2</sub>-&Reibungsminderung“ aufgearbeitet; die ergebnisse sind zusammengefasst bei Woydt, Tribologie + Schmierungstechnik · 67. Jahrgang · 5/6/2020, 50ff.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18, Rn. 1-270, [http://www.bverfg.de/e/rs20210324\\_1bvr265618.html](http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html)

*Nutze. Dies bietet sich ohnehin an, da die Richtlinienvorgabe zu technischen Normen und bereichsspezifischen Verhaltenskodizes zwingend in deutsches Recht zu transformieren ist, was bisher unterlassen wurde und zu einer europarechtswidrigen Lücke führen würde. Schon zur Entlastung der Marktaufsicht sollte auf jeden Fall eine Flucht in die Verjährung unmöglich sein, solange gesetzlich (namentlich durch Ökodesigndurchführungsregelungen) vorgegebene Mindesthaltbarkeiten vorgegeben sind oder auch wenn eine erwartbare Lebensdauer vertraglich vereinbart wurde.*

- 3. In Frankreich bestehen neben den Ansprüchen der Käufer gegen die Verkäufer seit langem Direktansprüche auch gegen die Hersteller der Produkte. Dieses an sich naheliegende Gewährleistungsmodell hat deutsche Produzenten bisher bekanntlich nicht abgehalten, auf den französischen Markt zu liefern. Eine Übertragung dieses französischen, dort im Übrigen auf ständiger Rechtsprechung beruhende Modells in das BGB scheint im Moment politisch kaum durchsetzbar. Gleichwohl sieht der europäische Gesetzgeber Hersteller und Händler als Unternehmerseite in wesentlichen Punkten „in einem Boot“. Transparenzpflichten, die den Verkäufer treffen, sind wirtschaftlich regelmäßig nicht ohne Zutun des Herstellers erfüllbar. Werbeaussagen des Herstellers muss sich der Verkäufer grundsätzlich zurechnen lassen (§ 434 Abs. 1 S. 3 BGB). Sinnvoll erscheint daher ein Vorschlag von Klaus Tonner, der von Tonner/Malcolm und schließlich von Freischlag/Brönneke weiterentwickelt<sup>5</sup> wurde, der auf eine Garantieaussagepflicht hinausläuft, mit der der Hersteller dazu verpflichtet wird, auszusagen, ob und in welchem Umfang er bereit ist, für die Funktionsfähigkeit des Produktes einzustehen. Damit würden unmittelbar die Hersteller zu Transparenz im Hinblick auf die Haltbarkeit ihrer Produkte angehalten, die Käufer hingegen bekämen nach dem fortentwickelten Modell bei der Bereitschaft der Hersteller einen Wert größer „Null“ anzugeben, einen zweiten und unkompliziert greifbaren Haftungspartner, ohne dass Ihnen – wie in der Vergangenheit feststellbar war, Mängelgewährleistungsrechte faktisch abgeschnitten würden. Qualitätshersteller hätten Vorteile zu erwarten, nicht so aber solche, die nicht bereit wären, für ihre Produkte einzustehen.*
- 4. Schließlich sollte von der Option Gebrauch gemacht werden, die Beweislastumkehr statt auf dem vorgeschriebenen Minimum von einem Jahr auf zwei Jahre heraufzusetzen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Beweislastumkehr nicht zu automatischen Ergebnissen zugunsten der Käufer führt, dass diese vielmehr durch gesetzlich klar umrissene Ausschlussstatbestände flankiert wird, die bei einer verlängerten Laufzeit gegenüber der bisherigen sechsmonatigen Dauer an Gewicht gewinnen werden und das ohnehin der Gegenbeweis der Unternehmer bestehen bleibt.*

---

<sup>5</sup> Brönneke/ Freischlag, Funktionsfähigkeitsgarantie als Herstellergarantieaussagepflicht wirksames Instrument gegen vorzeitigen Verschleiß S. 155ff.

*Im Folgenden werden diese Vorschläge genauer begründet und es werden **konkrete Gesetzesformulierungen** vorgeschlagen, die diese vier Punkte verwirklichen. Diese Vorschläge **sind zudem gebündelt noch einmal in dem Anhang zu dieser Stellungnahme zusammengefasst.***

## II. Begründung im Einzelnen mit konkreten Formulierungsvorschlägen

### Zu 1. Lebensdauerangabepflicht und europarechtlich gebotene Verankerung der Wirkung von technischen Normen im bürgerlichen Recht

a) Technische Normen: Der Regierungsentwurf unterlässt es bisher, die in der Warenkaufrichtlinie in Art. 7 Abs. 1 a) ausdrücklich genannte Rolle technischer Normen und sektorspezifischer Verhaltenskodizes in nationales Recht umzusetzen. Dies ist europarechtlich nicht zulässig, da es das Ziel dieser Regelung ist, alle Mitgliedstaaten auf die besondere Bedeutung dieser „soft-law“-Bestandteile einzuschwören und zwar gerade auch in Rechtsordnungen wie der deutschen, die eher keine oder nur eine geringe Tradition der Berücksichtigung von Softlaw und der Integration von Koregulierungsinstrumenten haben. Wie sich zeigen wird, können gerade technische Normen, aber auch sektorspezifische Verhaltenskodizes die Rechtssicherheit zugunsten der Industrie, aber auch der Verbraucher- und allgemeiner der Nachfrageseite und auch evtl. involvierter Behörden in sehr pragmatischer Weise erhöhen, ohne gleichzeitig die nötige Flexibilität in der Rechtsanwendung zu behindern. In der deutschen Rechtsordnung bestehen insoweit hinsichtlich technischer Normen, insbesondere solcher die den Regeln des „New Deal“ entsprechend entstanden sind,<sup>6</sup> Erfahrungen auf die im vorliegenden Gesetzgebungsverfahren zurückgegriffen werden kann. Ein Vorschlag für eine konkrete Gesetzesformulierung folgt unten.

b) Lebensdauerangabepflicht:<sup>7</sup> Es bestehen schon jetzt aufgrund allgemeiner Normen (§ 5a UWG; Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 und Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB) Rechtspflichten der Hersteller bzw. Verkäufer von Produkten, über die Lebensdauer von Gebrauchsprodukten zu informieren, sobald dies für eine informierte und wirtschaftlich sinnvolle Entscheidung der Verbraucher\*innen erforderlich ist. Diese – im Detail sehr unspezifischen – Rechtspflichten werden bisher in der Praxis nur begrenzt wahrgenommen und umgesetzt. Dies sollte sich im Zuge der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie ins BGB ändern, da diese Richtlinie ausdrücklich die Haltbarkeit eines Produktes am Maßstab der berechtigten Verbrauchererwartung zum Gegenstand der Vertragsgemäßheit der Ware macht (Art. 7 Abs. 1 lit. d; Art. 2 Nr. 13 Warenkaufrichtlinie), womit die Bedeutung der Lebensdauer für die Kaufentscheidung europarechtlich vorgegeben und unterstrichen wird; der bundesdeutsche Gesetzgeber sollte die im Rahmen der im vorliegenden Gesetzentwurf vorzunehmenden Umsetzung der Warenkaufrichtlinie ausdrücklich herausstreichen.

*Daneben bestehen auf der Grundlage von Ökodesigndurchführungsverordnungen sehr kleinteilig geregelte und nur wenige Produktgruppen betreffende Pflichten zur Angabe von Lebensdauer von Produkten, namentlich bei Lampen. Während sämtliche von der jeweiligen Ökodesigndurchführungsverordnung erfassten Produkte Mindesthaltbarkeitsgrenzen erfüllen müssen, dienen diese Angabepflichten dazu, dass sich Verbraucher\*innen für langlebigere Produkte oberhalb der Mindestgrenze entscheiden können. Dies soll und kann eine entsprechende Dynamik am Markt in Gang setzen, nach der die Angebote nicht auf einem Mindeststandard verharren, sondern immer bessere, langlebiger Produkte entwickelt werden, die we-*

<sup>6</sup> D.h. kurz gefasst: die auf einen Normungsauftrag zurückgehen und auf die im Amtsblatt der EU oder im deutschen Gemeinsamen Ministerialblatt Bezug genommen wird

<sup>7</sup> Der hier unter b) folgende Text entspricht in wesentlichen Teilen wörtlich dem vom Verfasser dieser Stellungnahme formulierten Zwischenergebnis zur Lebensdauerangabepflichten des Gutachtens für das Umweltbundesamt „Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz einschließlich rechtlicher Instrumente“ (Keimeyer, Brönneke et al. (TEXTE 115/2020 Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit Forschungskennzahl 3716 373111 FB000307 Dessau, Berlin, Pforzheim 2020) auf S. 160ff. Die genaue Begründung ergibt sich dort aus den Seiten 153ff.

gen der Angabepflicht auf verbesserte Vermarktungschancen hoffen können. Das Manko der meisten dieser Angaben aus Sicht der Verbraucher\*innen ist, dass sie – so wie sie praktisch umgesetzt werden – ein gewisses (rechtlich relevantes) Irreführungspotential dahingehend beinhalten, dass sie abweichend von der Verbrauchererwartung lediglich statistische Angaben, bezogen auf eine Gesamtheit von Gebrauchsgütern (namentlich Lampen) machen, tatsächlich aber ein im Einzelfall erheblicher Prozentsatz der gekauften Gegenstände hinter diesen ausgelobten Werten zurückbleiben darf. Es besteht also kein Verlass darauf, dass das einzelne gekaufte Gebrauchsgut tatsächlich mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit die ausgelobte Gebrauchsdauer (z.B. Brenndauer) erreichen wird.

In der rechtspolitischen Diskussion sticht die von der Verbraucherkommission Baden-Württemberg erhobene Forderung nach einer Pflicht zur Angabe der Mindestlebensdauer heraus.<sup>8</sup> Danach müssten Hersteller von (bestimmten) Gebrauchsgütern eine Mindestlebensdauer angeben. Hierbei handelt es sich um eine Übertragung der aus dem Lebensmittelrecht bekannten Pflicht zur Angabe der Mindesthaltbarkeit eines Produktes. Anders als bei den Angaben bei Glühlampen bezöge sich eine solche Pflicht auf jedes einzelne gekaufte Produkt, welches mit hoher Sicherheit diesen Mindestwert erreichen soll.

Im Interesse der möglichst effektiven Förderung dauerhafterer und reparaturfähigerer Güter ist es dabei richtig, zweiseitig vorzugehen. Es muss Käufern ermöglicht werden, die Lebensdauer als einen entscheidenden Faktor im Rahmen ihrer Kaufentscheidung zu berücksichtigen. Dies gelingt durch die Kombination einerseits einer generalklauselartig weiten Verpflichtung zu einer transparenten Lebensdauerangabe, die möglichst alle als relevant erkannten Güter erfasst. Andererseits bedarf es im Interesse einer Vergleichbarkeit der Lebensdauerangaben einer Standardisierung der konkreten Ermittlung und der Darstellung derer Lebensdauern, die nur in detaillierteren Normen möglich ist. Dies können einerseits originär staatliche Normen sein, im Detail ist aber auch ein Zusammenwirken mit der technischen Normierung möglich, wie sie aus dem Produktsicherheitsrecht bekannt ist und die nunmehr auch für das bürgerliche Recht im Rahmen der Warenkaufrichtlinie herausgestellt wird (Art. 7 Abs. 1 lit. a Warenkaufrichtlinie). An die Stelle von technischen Normen, die von Normungsgremien (z.B. DIN, CE, CENELEC etc.) erstellt werden, können subsidiär auch die in Art. 7 Abs. 1 lit. a Warenkaufrichtlinie genannten Verhaltenskodizes treten.

Die Notwendigkeit einer Zweiseitigkeit (Generalklausel einerseits, detailliertere Regelungen andererseits) erklärt sich damit, dass nur auf diese Weise eine Breite der Lebensdauerangabepflichten erreicht werden kann, die eine ausreichende Relevanz im Hinblick auf das Ziel der Förderung von dauerhafteren Produkten haben kann. Dieses Modell wird zudem vor allem auch eine Eigendynamik im Hinblick auf das Entwickeln von erforderlichen Detailnormierungen für die Lebensdauerermessung und -angabe anstoßen. Statt eher skeptisch und in langwierigen Prozessen entsprechende Normierungsvorhaben zu begleiten, erhält die Industrie gerade durch die Generalklausel ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse, in relevanten Fällen Normierungen voranzutreiben und nicht etwa im Gegenteil zu behindern. Dies zeigen Vorerfahrungen im Bereich des Produktsicherheitsrechts, bei dem eine solche Zweiseitigkeit (Generalklausel einerseits, Detailnormierungen wo pragmatisch sinnvoll andererseits) bereits besteht und sich aus Sicht der Gutachter in besonderer Weise bewährt hat:

*Um bereits auf die Kaufentscheidung in dem Sinne zu wirken, dass dauerhaftere Produkte die unter Nachhaltigkeitsaspekten vorteilhafte Eigenschaft der langen Lebensdauer herausstellen*

<sup>8</sup> Stellungnahme Verbraucherkommission Baden-Württemberg Nr. 38/2015: Vorzeitiger Verschleiß – Gesetzgeberisches Handeln auf deutscher und europäischer Ebene erforderlich. [www.verbraucherkommission.de](http://www.verbraucherkommission.de).

*können und die Kaufentscheidung auf diese Weise beeinflussen können, sollten die Lebensdauerangaben möglichst nicht nur grobe Anhaltspunkte für die Kunden bieten. Sie sollten vielmehr eine gute Vergleichbarkeit der Lebensdauern verschiedener Produkte einer Art ermöglichen. Das setzt eine Normierung voraus, die in einer generellen Pflicht zur Lebensdauerangabe nicht sofort mitgeliefert werden kann, die aber durch eine solche allgemeine Pflicht in allen wirtschaftlich relevanten Fällen angestoßen wird. Das hängt damit zusammen, dass die Rechtsunsicherheit, die mit einer allgemeinen Lebensdauerangabepflicht zunächst durchaus verbunden ist, auf die Anbieter von Kaufgegenständen so wirkt, dass ein Anreiz zur Normierung der Lebensdauerangaben ausgeübt wird. Sobald eine solche Normierung besteht, wird derjenige Anbieter, der die Lebensdauerangabe entsprechend dieser Normierung vornimmt, in dem Sinne privilegiert sein, dass seine entsprechend der normierten Vorgaben ermittelte erwartbare Lebensdauer gerichtlich nicht mehr in Frage gestellt werden wird. Dies ist ein Mechanismus, der vom Produktsicherheitsrecht bekannt ist. Auch hier gibt es einerseits eine ganz allgemeine Pflicht, nur „sichere“ Produkte auf den Markt zu bringen. Andererseits wird derjenige Hersteller privilegiert, der ein Produkt entsprechend bestimmter Detailvorgaben entwickelt hat, die sich entweder in rechtlich verbindlichen Regeln oder auch in nur mittelbar rechtlich relevanten technischen Normen finden. Dies wird im Produktsicherheitsrecht ausdrücklich normiert (Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 Produktsicherheitsgesetz) und kann auch im Bereich der Lebensdauerangaben entsprechend normiert werden.*

Als Lebensdauerangabeformen kommen auf den einzelnen Kaufgegenstand bezogene Angaben in Betracht, wie auch statistische Angaben, die lediglich prozentuale Aussagen der zur Dauerhaftigkeit der jeweiligen Gattung der Kaufsache machen. Während Erstere unmittelbar für die Verwirklichung von Käuferrechten relevant sind und damit Fehlangaben bzw. genauer die Enttäuschung der berechtigten Käufererwartung vom einzelnen Kunden sanktioniert werden kann, sind bei statistischen Angaben Fehlangaben realistischerweise zivilrechtlich allenfalls im Wege der Verbandsklage sanktionierbar:

Im Rahmen des jetzt anstehenden Gesetzes sollte die Pflicht zu Mindestlebensdauerangaben normiert werden, die sich nicht nur als statistische Angabe auf die Produktgattung, sondern auf das einzelne, gekaufte Produkt beziehen. Terminologisch sollte dabei statt von „Lebensdauer“ von „Haltbarkeit“ gesprochen werden, um den europarechtlichen Begriff dessen zu übernehmen, was in Deutschland mit dem Begriff „Lebensdauer“ diskutiert wird (vgl. Art. 2 Ziff. 13 sowie Art. 7 Abs. 1 lit. d) Warenkaufrichtlinie. Die Angabe der Mindesthaltbarkeit bewirkt, dass eine falsche Lebensdauerangabe unmittelbar zivilrechtlich sanktionierbar, da Fehlangaben mit Mängelrechten des einzelnen Kunden verbunden sind. Rein statistische Aussagen, die besagen, dass ein gewisser Prozentsatz einer Gattung eine im Rahmen der Produktwerbung und Kennzeichnung auszuweisende Lebenserwartung hat, sind dagegen von einzelnen Kunden faktisch kaum überprüfbar, geschweige denn in irgend einer Form sanktionierbar und müssten entsprechend stärker von der Marktaufsicht überprüft werden.

c) Ein konkreter Regelungsvorschlag kann wie folgt aussehen:

***In Art. 246 Informationspflichten beim Verbrauchervertrag Abs. 1 Ziff. 1 wird hinter der Pflicht zur Information über „die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung“ ergänzt: „insbesondere über die Mindesthaltbarkeit von Gebrauchsgütern im Sinne von Art. 245 Abs. 1 EGBGB“. Eine entsprechende Ergänzung erfolgt in Art. 246a §1 Abs. 1***

**S. 1 Ziff. 1 wiederum hinter den Worten “die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung“.**

Art. 245 Abs. 1 EGBGB bestimmt sodann die Gebrauchsgüter, für die eine Lebensdauerangabepflicht besteht: Dies gelingt randscharf durch eine Bezugnahme auf bestehende Rechtsakte, die eine Produktregulierung betreffen und für die es dementsprechend bereits stehende Rechtsprechung und Kommentierungen gibt, die den Anwendungsbereich klären:

**„Gebrauchsgüter im Sinne des Art. 246 und 247 sind Sachen im Sinne von Art. 2 lit a) der Richtlinie 200/125/EG [Maschinenrichtlinie]<sup>9</sup> sowie Art. 1 S. 2 der Richtlinie 2014/35/EU [elektrische Betriebsmittel]<sup>10</sup> sowie solche, die § 16 StVZO unterfallen“**

Die hier vorgenommene Bezugnahme auf Regeln aus dem Produktsicherheitsrecht<sup>11</sup> erfolgt aus dem Grund, dass Hersteller im Rahmen des Produktsicherheitsrechts ohnehin die zu erwartende Nutzungsdauer ihrer Produkte prognostizieren müssen, um eine im Rahmen des Produktsicherheitsrechts erforderliche Konformitätsbewertung vornehmen zu können. Hinzu kommt die Marktbeobachtung, durch die Erkenntnisse über Funktionsstörungen und das Ende der Produktnutzung beim Hersteller auflaufen. Gleiches gilt für Kraftfahrzeuge.

Eine solche Bestimmung ist einerseits randscharf, führt andererseits allerdings zu gewissen Lücken, weil manche Produktgruppen mit langlebigen Gütern nicht den genannten Produktregeln unterfallen, beispielsweise Trimmräder. Eine aus der hiesigen Einschätzung vorzugswürdige Formulierung würde zwar im Kern auf eine Produktgruppendefinition des Produktsicherheitsrechts zurückgreifen, ohne jedoch die Ausgrenzung von langlebigen, meist wertigen Gütern vorzunehmen. Sie lautet:

**„Ein technisches Produkt im Sinne dieser Vorschrift ist die Gesamtheit miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen, die für eine bestimmte Anwendung zusammengefügt sind.“<sup>12</sup>**

In Art. 245 Abs. 2 – 4 EGBGB kann sodann die europarechtliche aufgrund von Art. 7 Abs. 1 lit. a Warenkaufrichtlinie ohnehin gebotene Bezugnahme auf technische Normen erfolgen. Eine solche Inbezugnahme sollte dementsprechend nicht nur die Bedeutung technischer Normen (und wie europarechtlich vorgegeben: subsidiär sektorspezifischer Verhaltenskodizes) für Fragen der Lebensdauerangaben enthalten, sondern zugleich auch die Bedeutung dieser Normen für die Feststellung der objektiven Vertragsgemäßheit der Waren herausstellen. Eine Privilegierung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 Produktsicherheitsgesetzes für die (im Übrigen freiwillige) Orientierung an technischen Normen, die im Gemeinsamen Ministerialblatt in Bezug genommen wurden, kann dort sodann auch folgen:

---

<sup>9</sup> Umgesetzt in der deutschen 1. Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz - Verordnung über elektrische Betriebsmittel.

<sup>10</sup> Umgesetzt in der deutschen 9. Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz – Maschinenverordnung.

<sup>11</sup> Und damit keine Bezugnahme auf Regeln des Ökodesingrechtes, was ebenfalls denkbar, aber nicht in gleicher Weise zweckmäßig wäre.

<sup>12</sup> Übernahme von wesentlichen Teilen einer Definition in Art. 2 lit. a Maschinenrichtlinie („...Gesamtheit miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen, [...] die für eine bestimmte Anwendung zusammengefügt sind.“).

**Art 245 Abs. 2 EGBGB: Harmonisierte europäische oder nationale Normen können zur Bestimmung der Haltbarkeit<sup>13</sup> eines Produktes zum Zwecke der Haltbarkeitsdauerangabe auf Waren sowie bei der Beurteilung der Frage, ob eine Sache einen Mangel im Sinne des § 434 BGB aufweist, zugrunde gelegt werden. Unter Haltbarkeit ist die Fähigkeit der Waren zu verstehen, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten.**

**Abs. 3: Bei einer Sache, die Normen oder anderen technischen Spezifikationen oder Teilen von diesen entspricht, die von den dafür zuständigen Stellen im Amtsblatt der Europäischen Union oder dem Gemeinsamen Ministerialblatt bekannt gegeben worden sind, wird vermutet, dass sie vertragsgemäß<sup>14</sup> [und damit fehlerfrei im Rechtssinne]<sup>15</sup> sind, soweit die fraglichen Eigenschaften von den betreffenden Normen oder anderen technischen Spezifikationen oder deren Teilen abgedeckt sind. Das für [...]<sup>16</sup> zuständige Bundesministerium wird ermächtigt, Näheres zur Ausarbeitung dieser Normen und zur Bestimmung der Haltbarkeit in einer Verordnung zu bestimmen.**

**Abs. 4 : Soweit solche Normen nicht bestehen, können zur Beurteilung der objektiven Vertragsgemäßheit der Sachen auch sektorspezifische Verhaltenskodizes herangezogen werde.<sup>17</sup>**

---

<sup>13</sup> Dies ist der europarechtliche Begriff für das, was in Deutschland unter „Lebensdauer“ diskutiert wird: vgl. Art. 2 Ziff. 13 sowie Art. 7 Abs. 1 lit. d) Warenkaufrichtlinie.

<sup>14</sup> Terminologie der Warenkaufrichtlinie, vgl. insb. Art. 5.

<sup>15</sup> An sich entbehrliche Erläuterung in Termini des BGB.

<sup>16</sup> Vorgeschlagen wird das „für Umweltschutz“ zuständige Ministerium, da dieses mit dem Umweltbundesamt eine Behörde mit dem erforderlichen Sachwissen zur technischen Lebensdauerfeststellung verfügt. Dies könnte ggf. durch den Passus: „im Benehmen mit dem Bundeswirtschaftsministerium“ ergänzt werden.

<sup>17</sup> Mit diesem Absatz wird Art. 7 Abs. 1 lit. a Warenkaufrichtlinie in nationales Gesetz umgesetzt, soweit dieser die Beurteilung der objektiven Vertragsgemäßheit eines Produktes darauf verweist, dass subsidiär auch sektorspezifische Verhaltenskodizes heranzuziehen sind.

## Zu 2. Ablaufhemmung bei der Kaufmängelgewährleistung<sup>18</sup>

### a) Die kurze Sonderverjährung im Kaufrecht passt nicht mehr in die technisierte Welt

Die kurze, zumeist zweijährige<sup>19</sup>, Kaufmängelgewährleistung ist ein Sonderfall im üblichen Verjährungsregime des bürgerlichen Rechts.<sup>20</sup> Entscheidender als die eigentliche Zweijahresfrist<sup>21</sup> nach § 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB ist der frühe Beginn des Fristlaufes mit Ablieferung der Kaufsache beim Käufer (§ 438 Abs. 2, 2. Alt. BGB).<sup>22</sup>

Die mit Zeitablauf größer werdenden Schwierigkeiten, vor Gericht die Tatsachengrundlage festzustellen und das Ziel, Streitigkeiten nicht unbegrenzt nach dem auslösenden Moment nachgehen zu müssen, rechtfertigen eine allgemeine Verjährung als solche, nicht aber eine gegenüber den allgemeinen Regeln<sup>23</sup> verkürzte Frist. Bei Schaffung des BGB wurde diese Frist wesentlich mit der Absicht einer Wirtschaftsförderung begründet.<sup>24</sup>

Die kurze Verjährung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche wird – weil sie seit 1900 zunächst als Sechsmonatsfrist und später als Zweijahresfrist gilt – als selbstverständlich hingenommen, ist es aber bei genauerer Analyse nicht. Sobald man die kurze Verjährung nicht einfach als selbstverständlich hinnimmt und hinterfragt, können die Begründungsansätze für diese kurze Sonderverjährung nicht überzeugen. Die juristischen Diskussionen über die Haftungsfrist, die auf v. Leenen zurückzuführen sind und die vielleicht das europäische Modell begründet haben, waren bisher meist formaljuristische. Eine materielle Begründung für die Haftungsfrist und ihre Länge findet sich nicht, sieht man einmal von dem wenig überzeugenden Argument ab: „Das machen viele so“.<sup>25</sup>

Sie führt vielmehr zu einem Interessenungleichgewicht und dürfte, wie *Gildeggen* nachgewiesen hat,<sup>26</sup> nicht nur wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG verfassungswidrig sein, sondern auch mit

<sup>18</sup> Der hier folgende Text entnimmt – zumeist wörtlich – zentrale Passagen aus dem Kurzgutachten Brönneke, Anpassung von Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Karlsruhe 1919/20 ([https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06\\_broenneke\\_gutachten\\_gewaehrleistung.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf)). Ich bedanke mich bei meinem Kollegen Prof. Dr. Rainer Gildeggen für manche Anregung auch und gerade im Hinblick auf konkrete Formulierungsvorschläge, die ich von ihm zum Thema erhalten und in den nachfolgenden Vorschlägen verarbeiten konnte.

<sup>19</sup> Die Zweijahresfrist gilt für bewegliche Sachen. Eine Fünfjahresfrist gilt nach § 438 Abs. 1, Ziff. 2 BGB „a) bei einem Bauwerk und b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat“. Dies kann z.B. den Einbau einer Heizung in ein Wohnhaus betreffen. Bei arglistigem Handeln des Verkäufers kommt nach § 438 Abs. 3 BGB die regelmäßige Verjährung zum Zuge, die allerdings nur zu einer Fristverlängerung, nicht etwa zu einer Verkürzung der nach § 438 BGB berechneten Frist führen darf, was in speziellen Fällen sonst denkbar wäre.

<sup>20</sup> Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre und wird für verschiedene Fallgestaltungen auf bis zu 30 Jahre verlängert, vgl. §§ 196, 197.

<sup>21</sup> Im Folgenden wird der einfacheren Darstellung halber die Zweijahresfrist als Chiffre für die kurze Kaufmängelgewährleistung verwendet, ohne jedes Mal auf die im Einzelfall längere Frist (siehe vorangegangene Fußnote) hinzuweisen.

<sup>22</sup> Zu den Einzelheiten der Ablieferung von beweglichen Sachen an den Käufer, die grundsätzlich eine Prüfungsmöglichkeit des Käufers auf Mängel voraussetzt, siehe beispielsweise: Westermann in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, §438 BGB Rn. 25-27. Bei Grundstücken stellt das Gesetz in der ersten Alternative auf die Übergabe ab.

<sup>23</sup> §§195, 199 BGB.

<sup>24</sup> Ausführlich zu den damit verbundenen Fragen: Gildeggen, in: Keimeier/Brönneke et. al, Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz, Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, Berlin, Freiburg, Pforzheim 2019/2020 unter 6.6.2. – Veröffentlichung in Kürze; ferner: Gildeggen (2015): Vorzeitiger Verschleiß und die Verjährung kaufrechtlicher Mängelgewährleistungsansprüche, in: Brönneke Tobias/Wechsler Andrea: Obsoleszenz interdisziplinär, S. 269 – 287, ders. (2016): Abschied von der kurzen Verjährungsfrist des § BGB § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB in der Praxis?, VuR 2016, S. 83-91; ders. (2017): Zur Verfassungswidrigkeit kurzer Gewährleistungsfristen bei langlebigen Produkten, VuR 2017, S. 203-211.

<sup>25</sup> Näher dazu die Beiträge von Gildeggen: siehe vorangehende und nachfolgende Fußnote.

<sup>26</sup> Gildeggen, in: Keimeier/Brönneke et. al, Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz, Gutachten

verschiedenen grundrechtlichen Verbürgungen des primären Europarechts kollidieren. Auf die ausführliche Begründung bei *Gildeggen*<sup>27</sup> kann hier verwiesen werden.

Mit der hier vorgeschlagenen Einführung der Haftung über die Lebensdauer und einer sich daran anschließenden eher kurzen Verjährungsfrist würde ein rationales Kriterium in die Bestimmung der Verjährungsfrist beim Kauf eingeführt. Das wäre ein Quantensprung.

Die Warenkaufrichtlinie ist zwar insgesamt vollharmonisierend, muss also im Ergebnis eins zu eins ohne jede Schwächung der Rechte der Verbraucher und ohne Schutzverstärkungen zugunsten derselben umgesetzt werden (Art. 4 Warenkaufrichtlinie). In Art. 10 Abs. 3 Warenkaufrichtlinie wird davon allerdings eine entscheidende Ausnahme gemacht: Die Mitgliedstaaten können demzufolge längere Fristen beibehalten oder einführen“. Das läuft auf eine Minimalharmonisierung hinaus: Die zweijährige Haftungsfrist darf durch die nationalen Umsetzungsgesetze nicht unterschritten werden,<sup>28</sup> kann aber zugunsten der Verbraucher heraufgesetzt werden.

Im Nachfolgenden wird um der sprachlichen Vereinfachung willen von Mängelgewährleistungsfristen gesprochen, wobei die feine Unterscheidung zwischen der Haftungs- und Gewährleistungsfrist vorausgesetzt wird und als selbstverständlich unterstellt wird, dass die nationale Gewährleistungsfrist so gestaltet sein muss, dass sie die europarechtlich vorgegebene Haftungsfrist im Ergebnis nicht verkürzt.

#### b) Nur ein bei Ablieferung der Ware angelegter vorzeitiger Verschleiß kann ein Mangel sein

In der rechtspolitischen Diskussion werden unverändert die Rechtsfolgen einer Garantie für die Haltbarkeit bzw. Funktionsfähigkeit eines Gutes mit den Rechtsfolgen einer Mängelgewährleistung wegen des Nichterreichens einer berechtigterweise zu erwartenden Lebens- bzw. Funktionsdauer eines Produktes durcheinandergebracht. Das hat gravierende Folgen, weil sich dies in der rechtspolitischen Diskussion in ein pauschales (von interessierter Seite willkommenes), allerdings sachlich unzutreffendes Argument<sup>29</sup> gegen jede Verlängerung der Mängelgewährleistungsdauer umwandelt. Aus Sicht des Gutachters handelt es sich um das (in der Sache fehlgehende) Kernargument der Gegner einer längeren Verjährung der Mängelgewährleistungsansprüche. Aus diesem Grunde soll der Unterschied zwischen Beidem hier noch einmal pointiert vorangestellt werden:

Auch bei kurzlebigen Gütern und auch bei schnell verderblichen Waren wie einer Schale frischer Erdbeeren oder einem Strauß frischer Blumen gilt die zweijährige Gewährleistung nach § 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB ab Übergabe. Gleichwohl kann hier nach einem halben Jahr, erst recht nach ein oder zwei Jahren kein Mängelgewährleistungsanspruch nach §§ 434/437 etc. BGB geltend gemacht werden, weil die Blumen verwelkt und die Erdbeeren verrotten sind. Das hängt ganz einfach damit zusammen, dass es nur darauf ankommt, dass die Blumen und Erdbeeren bei der Übergabe mangelfrei waren. Eine berechtigte Erwartung, dass diese Kaufgegenstände noch nach einem halben, einem oder gar bis zu zwei Jahren verzehrbar bzw. unverblüht sein würden, besteht nicht. Anders verhält es sich, wenn eine Haltbarkeits- oder Funktionsfähigkeitsgarantie

---

im Auftrag des Umweltbundesamtes, Berlin, Freiburg, Pforzheim 2019/2020 unter 6.6.6.; ders. (2017): Zur Verfassungswidrigkeit kurzer Gewährleistungsfristen bei langlebigen Produkten, VuR 2017, S. 203-211.

<sup>27</sup> Gildeggen, in: Keimeier/Brönneke et. al, Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz, Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, unter 6.5.2.

<sup>28</sup> Im Falle des Verkaufs von gebrauchten Waren kann die Frist nach Maßgabe der nationalen Umsetzung auch auf bis zu einem Jahr herabgesetzt werden.

<sup>29</sup> Es wäre wohl nicht falsch, von einem „Totschlagargument“ zu sprechen.

übernommen wurde. Wird etwa bei einer LED-Lampe eine Dreijahresgarantie ohne Einschränkungen abgegeben, wird es sich um eine Haltbarkeitsgarantie nach § 434 Abs. 1 und 2 BGB handeln. Wird dagegen auf eine Packung mit zehn Einliterverpackungen H-Milch eine Haltbarkeitsgarantie für drei Jahre gegeben, läge ein Garantiefall vor, der dem Käufer gegenüber dem Garantiegeber die Rechte nach § 434 Abs. 1 BGB geben würde, wenn die Milch bereits nach Ablauf von zwei Jahren schlecht geworden wäre. Für das Folgende muss also klar sein, dass der Käufer bei einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist über zwei Jahre hinaus nur dann einen Anspruch auf Mängelgewährleistung geltend machen kann, wenn die Ware bereits bei der Ablieferung einen Mangel hatte. Dies muss der Käufer in diesem Fall beweisen,<sup>30</sup> was eine erhebliche Schwelle darstellen wird.<sup>31</sup>

c) Ein rechtssystematisch stimmiger, interessengerechter Vorschlag

Eine aus systematischen Gründen vorzugswürdige Regelung für eine auf alle denkbaren Fälle zeitlich passende, angemessene Kaufmängelgewährleistung ist denkbar einfach. Sie würde in der Übernahme der allgemeinen Verjährungsfrist bestehen:

*„1. § 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB wird wie folgt gefasst:  
**im Übrigen gilt § 195 BGB (Regelmäßige Verjährungsfrist).‘***

*2. §438 Abs. 2 BGB wird wie folgt gefasst:  
**„Die Verjährung beginnt entsprechend der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1, 2 und 4 BGB“<sup>32</sup>***

Wichtiger als die Dreijahresfrist (oben Ziff. 1) ist freilich der Beginn der Verjährung (entsprechend dem obigen Vorschlag unter 2.). Ein Durchkreuzen berechtigter Mängelgewährleistungsansprüche durch Erheben der Einrede der Verjährung wäre dann weitgehend ausgeschlossen. Das folgt aus der Logik der Standardverjährungsregeln in §§ 199 Abs. 1, 2 und 4 BGB, nach denen ein Anspruch

- a) auf jeden Fall spätestens 10 Jahre nach dem Entstehen des Anspruches verjährt (§ 199 Abs. 4 BGB)<sup>33</sup>
- b) bis zu diesem Zeitpunkt aber nur verjähren kann, nachdem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger (in den Kaufmängelfällen also der Käufer der Sache) von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

<sup>30</sup> Eine Beweislastumkehr ist nach Art. 11 Abs. 2 Warenkaufrichtlinie auf maximal zwei Jahre befristet.

<sup>31</sup> Zur „rationalen Apathie“, die Verbraucher in erheblichem Maße von – an sich berechtigten – Klagen abhält, sogleich näher.

<sup>32</sup> Wollte man die Fälle des 438 Abs. 1 Nr. 1 und 2 nicht ändern, was allerdings gerade bei einzubauenden Gegenständen wie einer Zentralheizung nicht wirklich konsequent wäre, dann müsste Abs. 2 wie folgt gefasst werden: „Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, in den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 mit Ablieferung der Sache im Übrigen gilt § 199 Abs. 1, 2 und 4 BGB.

<sup>33</sup> Ergänzt wird § 199 Abs. 1 BGB durch differenzierte Kappungsfristen, d.h. auch ohne dass Ansprüche erkannt oder überhaupt erst entstanden sind verjähren sie in einer langen Frist, wobei 10 bzw. 30 Jahre je nach Rechtsgut (Leib und Leben etc. besonders lang) und Kenntnis des Anspruches ab der Pflichtverletzung bzw. schadensauslösenden Ursache, vgl. im Einzelnen die sachgerechte Lösung in § 199 Abs. 2 und 3 BGB.

Unberechtigte Mangelgewährleistungsansprüche könnten zwar theoretisch erhoben werden; dies wäre aber ein für die Käufer riskantes Unterfangen, da sie nach Ablauf der ersten zwei Jahre in jedem Fall nachweisen müssten, dass der Mangel tatsächlich bereits bei Ablieferung der Ware bestand. Dies birgt ein erhebliches Prozesskosten- und Aufwandsrisiko, bei dem die Gefahr einer relevanten Zahl an Klagen lebensfremd erscheint und nicht mit den gesicherten Erkenntnissen zur rationalen Apathie der Verbraucher\*innen<sup>34</sup> in Einklang zu bringen ist. Bei den Gerichten ist schließlich nicht damit zu rechnen, dass sie die unterschiedlichen Voraussetzungen für eine Haltbarkeits- oder Funktionsfähigkeitsgarantie einerseits und die für die Mängelgewährleistung andererseits verkennen, bei welcher nur für einen ursprünglich in der Ware angelegten Mangel gehaftet wird.

Rechtssystematisch sinnvoll ist der Vorschlag, weil er Sonderregelungen zugunsten einer allgemeingültigen Regelung aufgibt und so die Konsistenz der Normen des BGBs und deren daher leichtere Vermittelbarkeit und Anwendbarkeit fördert, ohne dass ungerechte Ergebnisse zu erwarten wären. Im Gegenteil: die Leistungsparität zwischen dem Käufer, der berechtigter Weise auf eine Langlebigkeit vertraut und dafür einen im Vertrag ausgehandelten Preis zahlt, und dem Verkäufer, der einen Preis für ein entsprechend langlebiges Produkt erhält, wird erst durch eine (weitgehende) Streichung der Sonderregeln über die Kaufmängelgewährleistung hergestellt. Ähnlich waren auch der Draft Common Frame of Reference (DCFR) und der Vorschlag eines Common European Sales Law (CESL) ausgestaltet.<sup>35</sup> Von zentraler Bedeutung ist dabei die Verjährungsfrist, die mit Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis des Mangels beginnt. Die Länge der dann folgenden Verjährungsfrist ist von untergeordneter Bedeutung. Dass der Verbraucher seine Rechte nach Erkennen des Mangels angemessen zügig geltend macht, wäre zumutbar; dieser Gedanke könnte ggf. bei einer Neuregelung der Verjährung berücksichtigt werden (in den Grenzen, die durch Art. 10 Abs. 4 der Warenkaufrichtlinie gesetzt werden).

#### d) Rechtspolitischer Kompromissvorschlag: Kurze Verjährungsfrist mit Ablaufhemmung

Obwohl die unter soeben vorgestellte Lösung unter Berücksichtigung der Anbieter (Hersteller und Verkäufer-) wie Käufersicht interessengerecht ist, weil sie für einen am Markt unter Nachfrageaspekten entstandenen Preis eine dem entsprechende, mangelfreie Leistung durch Mangelgewährleistungsansprüche sichert, die der berechtigten Erwartung an die Ware entspricht (marktbestimmte Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung), scheint diese Lösung, die erst recht unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen an einer ressourcen-schonenden Produktion geboten ist, rechtspolitisch zur Zeit nicht überwiegend erfolgversprechend durchsetzbar zu sein. Daher soll hier eine Auffanglinie entwickelt werden, die sich eher im Wege eines politischen Kompromisses

---

<sup>34</sup> Brönneke, Perspektiven für die Einführung behördlicher Instrumente der Rechtsdurchsetzung, in: Schulte Nölke/Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2017, 135 – 137.

<sup>35</sup> Näher dazu: Gildeggen, Verschleiß und Verjährung kaufrechtlicher Mängelgewährleistungsansprüche, in Brönneke/Wechsler, Obsoleszenz interdisziplinär, S. 268f.

wird durchsetzen lassen.

Diese zeichnet sich dadurch aus, dass die kurze kaufrechtliche Sonderverjährung beibehalten wird und mit einer Ablaufhemmung versehen wird, die auf die Erkennbarkeit des Mangels abstellt.<sup>36</sup> Optional könnte eine Eingrenzung auf bestimmte Warengruppen (e) erfolgen. Eine derartige Formulierung könnte wie folgt lauten:

**§ 438 Abs. 2 S. 2 BGB neu: „Die Verjährung endet jedoch frühestens 6 Monate nachdem der Käufer Kenntnis vom Mangel erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können.“**

e) optional: Beschränkung einer länger laufenden Verjährung auf genau bestimmte technische Warengruppen

Denkbar wäre es auch, die derzeitige Rechtslage, nach der materiellrechtlich weiter bestehende Ansprüche entwertet werden,<sup>37</sup> zumindest in den wichtigsten Fallgruppen zu korrigieren. Zu betonen ist, dass die materiellrechtlich berechtigten Ansprüche zumeist schon verjährt sind, bevor der Käufer die (schon bei Übergabe der Sache bestehende) Mangelhaftigkeit erkennen konnte. Der Kerngedanke dieser Auffanglinie besteht darin, dass der Verkäufer sich

- zum einen, dass die unterschiedlichen Lebensdauern der Produkte Berücksichtigung bei der Bestimmung der Fristen in einer für die Praxis gut handhabbaren Weise Berücksichtigung finden sollen
- sowie zweitens, dass sich der Verkäufer (bzw. die Unternehmerseite) an einer Vereinbarung über die erwartbare Lebensdauer oder an gesetzlich (namentlich aufgrund von Durchführungsakten zur Ökodesignrichtlinie bestehenden) vorgeschriebenen Mindestlebensdauern festhalten lassen muss und sich nicht in die Verjährung retten darf (dazu f.)

Bei der Unterscheidung zwischen lang- und kurzlebigen Gütern wird eine leicht überschaubare Gruppierung vorgeschlagen. Hier wird eine Variante vorgestellt, die das Ziel hat, von vornherein weitestgehend randscharfe, rechtssichere Ergebnisse zu liefern,<sup>38</sup> wobei auf bekannten, im Rechtsleben bereits etablierten Produktregeln aufgebaut wird.

Kein Bedarf für eine über die durch Art. 10 Abs. 1 der Warenkaufrichtlinie als Minimum vorgegebenen zweijährigen Haftungsfrist besteht regelmäßig bei Verbrauchsgütern,<sup>39</sup> also solchen Waren, die von vornherein nicht auf Langlebigkeit ausgelegt

---

<sup>36</sup> Dies Modell übernimmt im Kern einen Vorschlag von Ivo Bach, Universität Göttingen, den dieser im Zuge des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens unterbreitet hat.

<sup>37</sup> Weil sie vom Käufer aufgrund ihrer vorzeitigen Verjährung gegen den Willen des Verkäufers nicht durchgesetzt werden können.

<sup>38</sup> Eine Alternative hierzu würde eine stärker an den Einzelfällen orientierte eigenständige Gruppenbildung bieten. Ein Vorschlag, der zwischen Verbrauchsgütern, Produkten mit einer mittleren und einer längeren Lebensdauer unterscheidet findet sich bei: Brönneke, Anpassung von Gewährleistungsfristen im Kaufrecht. Kurzgutachten, Berlin 2020, abrufbar auf der Homepage des vzbv.

<sup>39</sup> Auch hier kann es freilich Sonderfälle geben: So können bestimmte Lebensmittel (Getreidekörner, getrocknete Linsen und Bohnen etc.) oder auch andere Verbrauchsprodukte wie

sind. Dies betrifft zum einen alle Lebensmittel und Kosmetika<sup>40</sup> sowie Arzneimittel.<sup>41</sup> Auch weitere Verbrauchsgegenstände bzw. Verbrauchsstoffe, wie etwa Batterien oder andere Energieträger, Tintenpatronen, Verbandsmaterial und Hygieneartikel u.dgl. mehr sollten ebenfalls nicht von einer verlängerten gesetzlichen Gewährleistungsfrist erfasst werden und können daher ausgegliedert werden. Begrifflich kann man diese Gegenstände als „Verbrauchsartikel“<sup>42</sup> im Gegensatz zu „Gebrauchsgegenständen“ fassen. Erstere könnten also von vornherein der derzeit geltenden kurzen Verjährungsfrist von zwei Jahren unterworfen bleiben. Eine nähere Definition der beiden Begriffe „Verbrauchsartikel“ und „Gebrauchsgegenstände“ ist hier verzichtbar, da die folgenden Normvorschläge auch ohne eine solche ausdrückliche Schranke auskommen, ohne zu unververtretbaren Ergebnissen zu kommen.

Umsetzbar wäre dies, indem nach dem oben vorgeschlagenen neuen §438 Abs. 2 S. 2 ein weiterer Satz eingeschoben würde:

**„S. 2 findet ausschließlich Anwendung auf Gebrauchsgüter im Sinne des Art. 245 Abs. 1 EGBGB.“**

Dabei würde die bereits oben vorgestellte Eingrenzung auf Produkte im Sinne der Maschinenrichtlinie, der Niederspannungsrichtlinie und sowie Fahrzeuge nach § 16 StVZO<sup>43</sup> erfolgen, die in dem derzeit unbesetzten Art. 245 EGBGB verortet werden könnte.

f) jedenfalls geboten: Keine Verjährung vor gesetzlich vorgeschriebener oder vereinbarter Mindesthaltbarkeitsdauer

Soweit eine Mindestlebensdauer eines Produktes (oder auch von Komponenten eines Produktes) gesetzlich (namentlich aufgrund von Durchführungsakten zur Ökodesignrichtlinie bestehenden) vorgeschrieben wurde, ist es rechtspolitisch nicht begründbar, dass sich die Unternehmenseite aus dieser Rechtspflicht in die Verjährung retten kann. Dies führte praktisch dazu, dass dieser Rechtsverstoß weitgehend sanktionslos bliebe, was auch europarechtlich nicht akzeptabel wäre, da die einschlägigen Rechtspflichten

---

z.B. Verbandstoffe bei richtiger Lagerung außerordentlich langlebig sein. Indes liegt es in der Natur einer einigermaßen überschaubaren Regulierung, dass nicht sämtliche Einzelfälle eingefangen werden können.

<sup>40</sup> Hier besteht eine Pflicht eine Mindesthaltbarkeit anzugeben; vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. c Kosmetik-Verordnung: Verordnung (EG) Nr. 1223/2009, ABl. L 342 vom 22.12.2009, S. 59-209; Art. 9 Abs. 1 lit. f Lebensmittel-Infoverordnung: Verordnung (EU) Nr. 1169/2011, ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 18-63. Man könnte daran denken, die kaufrechtliche Gewährleistungsfrist nicht vor Ablauf dieser Frist ablaufen zu lassen. Ein dringendes dahingehendes rechtspolitischer Bedarf ist indes nicht zu erkennen.

<sup>41</sup> Hier besteht die Pflicht zur Angabe einer Mindesthaltbarkeit, vgl. Art. 54 lit. h Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel: Richtlinie 2001/83/EG, ABl. EG, L 311 vom 28.11.2001, S. 67-128. Auch in soweit könnte man daran denken, Mängelgewährleistungsansprüche nicht vor Erreichen des so angegebenen Datums verjähren zu lassen. Wie schon bei Lebensmitteln und Kosmetika ist in soweit allerdings kein dringender rechtspolitischer Handlungsbedarf erkennbar.

<sup>42</sup> Dabei wird bewusst nicht der Begriff der „Verbrauchsgüter“ gewählt, da dieser bereits in Art. 1 Abs. 2 b) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie definiert wird und eine abweichende zweite Definition vermieden werden sollte.

<sup>43</sup> Bzw. alternativ auch auf „technische Produkte“, die in Anlehnung an die Maschinenrichtlinie der EU definiert würden, s.o.

nach den europäischen Vorgaben jeweils durch effektive nationale Umsetzungsmaßnahmen begleitet werden müssen: Dies hängt damit zusammen, dass die Marktaufsicht ihre Kontrollen notgedrungen auf das Inverkehrbringen der Produkte beschränkt und eine ex post Langlebigkeitskontrolle mit den derzeitigen Instrumenten ohne erhebliche Mehraufwendungen kaum durchführbar erscheint. Hier könnte das Mängelgewährleistungsrecht eine erhebliche Lücke schließen. Eine vertraglich versprochene Haltbarkeitsdauer sollte entsprechend gehandhabt werden. Dies ließe sich wie folgt realisieren:

**§ 438 Abs. 2 BGB wird um folgenden Satz ergänzt: „Haben die Parteien eine längere Haltbarkeit des Produktes vereinbart haben oder bestehen gesetzliche Mindestvorgaben für die Lebensdauer eines Produktes oder Teile desselben, so endet die Verjährung frühestens 6 Monate nachdem der Käufer Kenntnis vom Mangel erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können.“**

g) Keine Umgehung der Mängelgewährleistungsrechte durch zwischengeschalteten Verkauf neuer Ware

Ein nicht unwesentliches Detail bleibt dabei noch zu regeln: Nach Art. 10 Abs. 6 der Warenkaufrichtlinie bleibt es den Mitgliedsstaaten überlassen, ob sie es zulassen, dass die Verjährungsfrist bei gebrauchten Sachen auf ein Jahr verkürzt werden kann, wie dies de lege lata bereits nach § 476 Abs. 2 BGB möglich ist. In diesen Fällen sollte die Verkürzung der Gewährleistungsfrist durch den Verkäufer der gebrauchten Sache („Gebrauchtwarenverkäufer“) nicht dazu führen, dass die ursprünglich gegenüber dem Verkäufer der Neuwaren („Erstverkäufer“) bestehenden Ansprüche gleich mit abgeschnitten werden. Dies kann vermieden werden, indem der Gebrauchtwarenverkäufer eine solche Verkürzung ausdrücklich nur bei Abtretung seinen Anspruch gegen den Erstverkäufer abtritt. Eine entsprechende Regelung würde lauten:

**§ 476 Abs. 2 BGB wird wie folgt neu gefasst: „Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. Abweichend hiervon ist bei Gebrauchtwaren eine Vereinbarung möglich, durch die die Verjährungsfrist auf ein Jahr ab der Aushändigung der gebrauchten Sache herabgesetzt wird, sofern der Verkäufer zugleich die Mängelgewährleistungsansprüche aus dem Vertrag an den Käufer abtritt, die ihm aus dem Vertrag zustehen, aufgrund dessen er selbst den Kaufgegenstand erworben hatte.“**

### **Zu 3. Fakultative Funktionsfähigkeitsgarantie als Herstellergarantieaussagepflicht<sup>44</sup>**

Um den Hersteller zivilrechtlich im Zusammenhang mit Lebensdauern in die Pflicht zu nehmen, bietet sich an, eine Pflicht zur Angabe einer „**Funktionsfähigkeitsgarantie**“ einzuführen. Dabei

<sup>44</sup> Dieser Teil der Stellungnahme übernimmt im Wesentlichen wörtlich die vom Autor dieser Stellungnahme in dem Gutachten Keimeyer / Brönneke et. al.,

handelt es sich um eine Weiterentwicklung der bisher so genannte im Kern von *Klaus Tonner* entwickelte **Herstellergarantieaussagepflicht**.<sup>45</sup> *Tonners* gemeinsam mit *Malcolm* weiterentwickelte Vorschlag<sup>46</sup> lautet:

„Commercial guarantees for lifespan

1. *The producer of a technical product shall*

(1) *guarantee to the consumer the fitness of the product for such foreseeable minimum lifespan as is normal in goods of the same type, and shall indicate the duration of this lifespan, or*

(2) *clearly indicate that he does not guarantee the fitness of the product during its lifespan. This information shall be made available to the consumer at the time where he takes an informed transactional decision. The producer shall inform the consumer whether the guaranteed lifespan is shorter or longer than the limitation period according to [...]*<sup>47</sup>.

2. *If the producer does not fulfil his obligations according to no. 1, he has the same obligations to the consumer as the seller.*<sup>48</sup>

Entwickelt und im Detail begründet wurde der hier nachfolgende Vorschlag einer Funktionsfähigkeitsgarantie im Rahmen eines Gutachtens für das Umweltbundesamt; auf die dortige Detailbegründung kann verwiesen werden.<sup>49</sup> Von der Begrifflichkeit setzt die Funktionsfähigkeitsgarantie am Mehrwert für die Käufer an und nicht mehr an der Sicht der dadurch verpflichteten Anbieterseite.

Charakteristika des konkret durchformulierten Gesetzesvorschlages sind die folgenden:

- a) Der Hersteller haftet zusätzlich zum Händler.
- b) Die Anknüpfung erfolgt an ein bekanntes Rechtsinstitut (die „Garantie“).
- c) Die Hersteller haben freies Ermessen im Hinblick auf die Länge der Lebensdauergarantie (Null oder mehr Jahre).
- d) Er beinhaltet die Hoffnung, relevante Garantielaufzeiten aufgrund von Marktdruck und entsprechend konstruierte Produkte zu schaffen.
- e) Er schafft klare durchsetzbare Rechte für Verbraucher\*innen im Rahmen der Garantielaufzeit.

---

Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz einschließlich rechtlicher Instrumente, (Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit Forschungskennzahl 3716 373111 FB000307, TEXTE des Umweltbundesamtes 115/2020, downloadbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/weiterentwicklung-von-strategien-gegen-obsoleszenz>) entwickelte Lösung.

<sup>45</sup> In: Schlacke/Alt/Tonner/Gawel/Bretschneider, Texte 72/2015 v. Mai 2015: Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht, im Auftrag des Umweltbundesamtes, [http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte\\_72\\_2015\\_staerkung\\_eines\\_nachhaltigen\\_konsums\\_im\\_bereich\\_produktnutzung\\_0.pdf](http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte_72_2015_staerkung_eines_nachhaltigen_konsums_im_bereich_produktnutzung_0.pdf), S. 159 ff., letzter Zugriff am 24.07.2017

<sup>46</sup> Tonner/Malcom, Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs v. 31. Januar 2017: How an EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the European Union, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583121/IPOL\\_STU\(2017\)583121\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583121/IPOL_STU(2017)583121_EN.pdf), S. 32 ff.

<sup>47</sup> Bezugnahme auf den Zeitraum der gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechte. Zudem werden ergänzend die gesetzlichen Vorschriften für Garantien für anwendbar erklärt.

<sup>48</sup> Tonner/Malcolm, S. 36.

<sup>49</sup> Die ausführliche Begründung hierfür findet sich auf den Seiten 270 – 317 dem in der vorgenannten Fußnote aufgeführten Gutachten.

- f) Die Funktionsfähigkeitsgarantie kann nicht dazu genutzt werden, um Käufer seitens der Verkäufer auf die Herstellergarantie zu verweisen, was faktisch und teilweise in der Folge auch rechtlich zu deutlichen Schlechterstellungen führen kann: Der Hersteller, der eine Garantieaussage mit  $> 0$  angibt, haftet neben dem Verkäufer mindestens im Umfang der gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechte.
- g) Dem Hersteller wird neben der Möglichkeit, a) eine Garantiehaftung durch die Zeitan-  
gabe „Null“ komplett auszuschließen und b) eine in der zeitlichen Länge von ihm frei fest-  
legbaren Dauer, in der die Funktionsfähigkeit des Produktes garantiert wird, weiter c) die  
Möglichkeit gegeben, den genauen Umfang der Garantie in klar zu kommunizierender  
Weise einzuschränken. Dies gilt soweit die Herstellergarantie den Zeitraum der gesetzli-  
chen Gewährleistung überschreitet; vorher haftet der Hersteller entsprechend dem unter  
f) aufgeführten in gleichem Umfang wie der Verkäufer.
- h) Funktionsfähigkeit ist ein Begriff, der nicht mit der Mangelfreiheit im Sinne des Mängelge-  
währleistungsrecht gleichzusetzen ist, sondern der auf den vom Hersteller selbst heraus-  
gestellten Kernfunktionen des Produktes aufbaut. Damit ist die Funktionsfähigkeitsgaran-  
tie von ihrer Reichweite her enger als die gesetzlichen Gewährleistungsrechte, aber erst  
ab dem Zeitpunkt, zu dem die Dauer der gesetzlichen Gewährleistung überschritten wird.  
Bis zu diesem Zeitpunkt haftet der Hersteller mindestens genau in dem Umfang, in dem  
auch der Verkäufer haftet (siehe f).

Naheliegen ist, die Vorschrift im Zuge der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie als § 479 a BGB in das deutsche Privatrecht zu integrieren. Im Übrigen sollte die Vorschrift bei nächster Gelegen-  
heit in die Warenkaufrichtlinie integriert wird; dies kann auch als Artikel zur Änderung dieser  
Richtlinie im Zuge einer Änderung der Ökodesignrichtlinie erfolgen. Der genaue Standort des Ar-  
tikels über eine Pflicht der Herstelleraussage zur Funktionsgarantie hängt dann davon ab, in wel-  
che europäische Norm er integriert werden soll. Er sollte einem allgemeinen Artikel über Garan-  
tien nachfolgen. Erforderliche Definitionen sollten in den entsprechenden – typischerweise am  
Anfang der Richtlinie befindlichen – Artikel mit Definitionen integriert werden. Die Funktionsfähig-  
keitsgarantie kann aber auch in der Ökodesignrichtlinie ihren Standort finden oder – systema-  
tisch weniger überzeugend aber möglicherweise leichter politisch durchsetzbar – in Durchfüh-  
rungsverordnungen der Ökodesignrichtlinie aufgenommen werden.

Der Vorschlag lautet:

*§ 479a BGB – Herstellergarantie zur Funktionsfähigkeit des Produktes (Funktionsfähigkeitsga-  
rantie)*

- I. Der nach Absatz 6 verantwortliche Hersteller von technischen Produkten soll gegen-  
über Käufern*

*a) die Funktionsfähigkeit des Produktes für die vorhersehbare durchschnittliche Mindestlebens-  
dauer des Produktes garantieren, wobei er diese Mindestlebensdauer benennt (Funktionsfähig-  
keitsgarantie),*

*oder*

*b) klar und verständlich angeben, dass er nicht die Funktionsfähigkeit des Produkts während der  
vorhersehbaren durchschnittlichen Mindestlebensdauer garantiert. In diesem Fall kann eine kür-  
zere Garantiespanne auf die Funktionsfähigkeit ausgewiesen werden.*

- II. *Die Funktionsfähigkeit erstreckt sich auf die Funktionen eines Produktes, die in der Werbung, der Produktkennzeichnung, der Betriebsanleitung oder dem Produktdatenblatt genannt sind.*
- III. *Einzelne Funktionen des technischen Produktes können von der Funktionsfähigkeitsgarantie ausgenommen werden. Eine Einschränkung der Garantie im Hinblick auf Eigenschaften oder Funktionen, die in der Produktwerbung oder auf der Produktauszeichnung ausgelobt wurden, ist unwirksam. Diese Garantie ist als „eingeschränkte Funktionsfähigkeitsgarantie“ zu bezeichnen und die Einschränkungen sind im Produktdatenblatt oder in sonstiger transparenter Weise präzise unter Nennung der nicht erfassten Funktionen darzulegen. Während der Dauer der eingeschränkten Funktionsfähigkeitsgarantie treffen Hersteller und Verkäufer im Hinblick auf Verschleiß- und Verbrauchsteile eine Nachlieferungspflicht zu angemessenen Entgelten.*
- IV. *Soweit der Hersteller eine mit > 0 angegebene Funktionsfähigkeitsgarantie übernimmt, haftet er hieraus zumindest in gleichem Maße wie der Verkäufer aus der Mängelgewährleistung. Dies hat der Hersteller in der Funktionsfähigkeitsgarantie deutlich zum Ausdruck zu bringen.*
- V. *Trifft der Hersteller eine Garantieaussage, die sich nicht in der Form der gesetzlich verpflichtenden Herstellergarantieaussage darstellen lässt, so hat er diese freie Garantieaussage mit einer verständlichen und zutreffenden Erläuterung zur Bedeutung der gesetzlich vorgeschriebenen Herstellergarantieaussage und zum Verhältnis der beiden Garantieaussagen zueinander einzuleiten. Diese freie Garantieaussage darf nicht auffälliger beworben werden oder bei der Produktpräsentation mitgeteilt werden als die gesetzlich nach Abs. 1 vorgeschriebene Garantieaussage.*
- VI. *Die Herstellergarantieaussagepflicht trifft jede Person, die als Hersteller auftritt, indem sie auf dem Produkt ihren Namen, ihr Markenzeichen oder ein anderes Unterscheidungszeichen anbringt (Quasihersteller), sofern ein solcher vorhanden ist, im Übrigen den Hersteller im engeren Sinne oder dessen Vertreter in der Europäischen Union und nachrangig den Importeur des Verbrauchsgutes.*
- VII. *Der Händler und weitere Glieder in der Vertriebskette sind verpflichtet, nur solche für die Vermarktung an Verbraucher bestimmte Güter zu vertreiben, die mit einer gesetzeskonformen Herstellergarantieaussage versehen sind.*
- VIII. *Im Garantiefalle haftet primär derjenige, der als Garantiegeber angegeben ist; soweit dieser ausfällt oder nicht ermittelbar ist, haften stattdessen gesamtschuldnerisch der Hersteller im engeren Sinne, der Importeur, der Vertreter des Herstellers in der Europäischen Union sowie der Händler.*
- IX. *Im Übrigen sind die Vorschriften über die Garantien entsprechend anzuwenden.*

#### **Zu 4. Zweijährige Beweislastumkehr**

- Autor: Prof. Dr. Ralph Schmidt vunk, HS Pforzheim sowie Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof -

§ 477 BGB regelt die Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf bisher wie folgt: „Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.“ Der Norm wird hohe praktische Relevanz aufgrund der deutlichen Erleichterung der Möglichkeit, Gewährleistungsrechte durchzusetzen, zugesprochen.<sup>50</sup> Nach Ablauf der Beweislastumkehr erweist sich die Sachmängelhaftung hingegen häufig als „stumpfes Schwert“ für den Verbraucher mangels Beweisbarkeit, ob der Mangel schon im Zeitpunkt der Übergabe vorgelegen hat.<sup>51</sup>

Nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags wird diese Regelung zu Absatz 1 des § 477 BGB. Als Absatz 2 soll eine hier nicht zu erörternde Sonderregelung für den Fall der dauerhaften Bereitstellung digitaler Elemente angefügt werden. Die als Absatz 1 zu übernehmende bisherige Regelung erfährt zunächst eine redaktionelle Änderung; der Begriff des Sachmangels wird durch die Formulierung „ein von den Anforderungen nach § 434 oder § 475b BGB abweichender Zustand der Sache“ ersetzt, um das nach dem bisherigen Wortlaut mögliche Missverständnis auszuschließen, dass § 477 BGB das zu Vermutende – das Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang – bereits als Tatbestandsmerkmal für das Eingreifen der Vermutung voraussetzt.<sup>52</sup> Vor allem aber wird der nach geltendem Recht auf sechs Monate seit Gefahrübergang begrenzte Zeitraum der Beweislastumkehr (innerhalb dessen sich der Sachmangel bzw. abweichende Zustand gezeigt haben muss) auf ein Jahr ausgedehnt. Die Ausschlussstatbestände, dass die Vermutung ggf. mit der Art der Sache oder des mangelhaften Zustands (bisher: des Mangels) nicht vereinbar ist, bleiben in der Sache unverändert.

Die Verdopplung der Dauer der Beweislastumkehr von sechs Monaten auf ein Jahr setzt die Vorgabe von Art. 11 Abs. 1 Warenkaufrichtlinie um. Der deutsche Gesetzgeber soll aber keinen Gebrauch machen von der Möglichkeit des Art. 11 Abs. 2 Warenkaufrichtlinie, die Beweislastumkehr auf zwei Jahre zu verlängern. Der Regierungsentwurf meint hierzu, je länger sich die Kaufsache im Besitz des Käufers befinde, desto geringer werde der Informationsvorsprung des Verkäufers gegenüber dem Verbraucher über den Zustand der Kaufsache. Da mit fortschreitender Zeit der Einfluss von Verwendung und Lagerung der Kaufsache auf den Zustand der Kaufsache immer weiter zunehme, wäre es unangemessen, dem Verkäufer die Beweislast aufzuerlegen, nachdem sie der Verbraucher für zwei Jahre in Verwendung hatte.<sup>53</sup> Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen:

Soweit der Regierungsentwurf mit einem im Laufe der Zeit schwindenden Informationsvorsprung des Verkäufers gegenüber dem Verbraucher hinsichtlich des Zustands der Kaufsache argumentiert, wird übersehen, dass es für die Rechte des Käufers bei Sachmängeln auf einen historischen Zustand ankommt, nämlich die Beschaffenheit der Kaufsache bei Gefahrübergang. An dem bei Gefahrübergang gegebenen Wissensvorsprung des sachnäheren Verkäufers, der den Zustand der Kaufsache in seinem Einflussbereich bis zum Gefahrübergang beherrschen, feststellen und dokumentieren kann, ändert sich durch Zeitablauf nichts. Der Käufer gewinnt durch

<sup>50</sup> Augenhöfer in: BeckOGK, Stand 1.1.2021, BGB, § 477 Rn. 3; Gsell, Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2008, S. 29 (29).

<sup>51</sup> Schattenkirchner, Der Autokauf – Teil 1, VuR 2013, S. 13 (22); vgl. auch Ritter/Schwichtenberg, Technisierung von Alltagsgegenständen, VuR 2017, S. 51 (54): „faktisches Ende der Gewährleistung nach sechs Monaten“.

<sup>52</sup> Dazu näher RefE, S.45.

<sup>53</sup> RefE, S. 45.

den Umgang mit der Kaufsache keine Erkenntnisse über deren früheren Zustand, dem Verkäufer ist (jedenfalls in den zeitlichen Grenzen der Gewährleistung) die Bewahrung der ihm bei Gefahrübergang zugänglichen Informationen über den Zustand der Kaufsache möglich und zumutbar.

Die weitere Begründung des Regierungsentwurfs geht dahin, dass mit fortschreitender Zeit die Risiken aus der Sphäre des Käufers, die Verwendung und Lagerung der Kaufsache durch ihn, in den Vordergrund treten und das dem Verkäufer zugewiesene Sachmangelrisiko überlagern. Diese Argumentation mag eine intuitive Plausibilität für sich haben, hält aber näherer Betrachtung ebenfalls nicht stand. Für eine zeitliche Begrenzung der Beweislastumkehr spräche es zwar, wenn das Vorliegen eines Sachmangels schon bei Gefahrübergang nur innerhalb eines bestimmten (mehr oder weniger kurzen) Zeitraums hinreichend wahrscheinlich wäre und danach die Wahrscheinlichkeit anderer Ursachen (Verschleiß, Abnutzung, Alterung; allgemein: das Nutzerverhalten) überwiegen würde. Indes können sich Mängel bei Gefahrübergang häufig auch später als nach einem Jahr und über die gesamte Produktlebenszeit zeigen. Konkrete empirische Erkenntnisse, dass bei Gefahrübergang vorhandene Sachmängel sich – noch dazu produktunabhängig – spätestens innerhalb von zwölf Monaten nach Gefahrübergang zeigen, gibt es nicht; sie werden in dem Regierungsentwurf auch nicht angeführt. Schon der Anlass für die Anhebung der Verjährungsfrist bei Sachmängeln von sechs Monaten auf zwei Jahre durch die Schuldrechtsreform war die rechtstatsächliche Beobachtung, dass Mängel insbesondere bei langlebigen und technisch komplizierten Gütern häufig erst in Erscheinung traten, als die Gewährleistungsansprüche bereits verjährt waren.<sup>54</sup> Die Dauer der Beweislastumkehr könnte sich auch nicht nur an etwa zu erwartenden Frühausfällen in einer ersten Phase der Gewährleistungsfrist orientieren. Der Umstand, dass sich bestimmte bei Gefahrübergang bestehende Mängel, etwa Konstruktions-, Material- und Produktionsmängel, am Beginn der Gewährleistungsfrist häufiger zeigen, schließt nicht aus, dass diese auch erst später sichtbar werden können. Hinzu kommen Verschleiß- und Ermüdungsausfälle vor Erreichen der berechtigterweise erwarteten Lebensdauer. Folgt man dem Lebensdauerkonzept (dazu oben), wäre es deshalb an sich konsequent, die Beweislastumkehr auf die „Lebensdauer“ des Kaufgegenstands bzw. (technischen) Produkts zu erstrecken. Indes lässt die Richtlinienvorgabe lediglich eine zwei- statt einer einjährigen Beweislastumkehr als Option zu; von dieser Option sollte Gebrauch gemacht werden.

Der Regierungsentwurf übergeht weiter, dass die Interessen des Verkäufers nach der Systematik des § 477 BGB auf andere Weise gewahrt werden. § 477 (Abs. 1) Halbs. 2 BGB erlaubt sachgerechte Differenzierungen durch die Ausschlussstatbestände, dass die Vermutung ggf. mit der Art der Sache oder des Mangels nicht vereinbar ist. Diese Ausnahmen greifen insbesondere ein, wenn die Fehlfunktion auf der Alterung, Abnutzung oder dem üblichen Verschleiß der Sache, einem Fehlgebrauch oder dem Unterbleiben einer ordnungsgemäßen Wartung beruht. Der Verkäufer kann hierzu aufgrund seiner (im Verhältnis zum Käufer überlegenen) Produktkenntnis Vortrag halten, etwa auch zum Fehlen weiterer Reklamationsanfragen durch andere Kunden.<sup>55</sup> Der Käufer muss zudem eine Untersuchung der Kaufsache durch den Verkäufer hinnehmen. Zusätzlich trifft den Käufer eine sekundäre Darlegungslast zu seinem Umgang mit der Kaufsache nach Gefahrübergang, mithin auch zur Nutzungsart und -intensität und zur Wartung; auch eine Beweisvereitelung wird sanktioniert.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 91, 228; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 531.

<sup>55</sup> Ritter/Schwichtenberg, Technisierung von Alltagsgegenständen, VuR 2017, S. 51 (55).

Der Regierungsentwurf würdigt schließlich nicht, dass in zwei Mitgliedstaaten – Frankreich und Portugal – bereits längere Fristen von zwei Jahren für die Umkehr der Beweislast gelten.<sup>56</sup> Die in diesen Ländern gesammelten Erfahrungen könnten durchaus geeignet sein, Befürchtungen des Handels vor einer Überlastung durch zusätzliche Gewährleistungsfälle zu entkräften, wurden aber<sup>57</sup> nicht ausgewertet.

---

<sup>56</sup> Vgl. Commission Staff Working Document, SWD(2017) 354 final, S. 24. Zur Frist von 24 Monaten in Frankreich siehe den seit dem 1.7.2016 für neue Sachen geltenden Art. L217-7 Abs. 1 Code de la consommation.

<sup>57</sup> Geht man von der Begründung des Gesetzentwurfs aus.

## Anhang: Konkrete Formulierungsvorschläge

### 1. Zur Lebensdauerangabepflicht:

In Art. 246 EGBGB, der die Informationspflichten beim Verbrauchervertrag normiert, wird in Abs. 1 Ziff. 1 hinter der Pflicht zur Information über „die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung“ ergänzt: „insbesondere über die Mindesthaltbarkeit von Gebrauchsgütern im Sinne von Art. 245 Abs. 1 EGBGB“. Eine entsprechende Ergänzung erfolgt in Art. 246a §1 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 wiederum hinter den Worten “die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung“.

Art. 245 Abs. 1 EGBGB bestimmt sodann die Gebrauchsgüter, für die eine Lebensdauerangabepflicht besteht: Dies gelingt randscharf durch eine Bezugnahme auf bestehende Rechtsakte, die eine Produktregulierung betreffen und für die es dementsprechend bereits stehende Rechtsprechung und Kommentierungen gibt, die den Anwendungsbereich klären:

Formulierungsalternative 1: Art. 245 Abs. 1 EGBGB: „Ein technisches Produkt im Sinne dieser Vorschrift ist die Gesamtheit miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen, die für eine bestimmte Anwendung zusammengefügt sind.“<sup>58</sup>

Formulierungsalternative 2 mit einer randscharfen, etwas weniger Produkte umfassenden Bezugnahme auf bestehende Rechtsakte: Art. 245 Abs. 1 EGBGB: „Gebrauchsgüter im Sinne des Art. 246 und 247 sind Sachen im Sinne von Art. 2 lit a) der Richtlinie 200/125/EG [Maschinenrichtlinie]<sup>59</sup> sowie Art. 1 S. 2 der Richtlinie 2014/35/EU [elektrische Betriebsmittel]<sup>60</sup> sowie solche, die § 16 StVZO unterfallen“

### 2. Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 lit a Warenkaufrichtlinie und Nutzbarmachung der technischen Normung mit dem Ziel optimaler Vergleichbarkeit der Angaben und Schaffung von Rechtssicherheit für die Industrie, wo diese die für erforderlich hält

In Art. 245 Abs. 2 – 4 EGBGB kann sodann die europarechtliche aufgrund von Art. 7 Abs. 1 lit. a Warenkaufrichtlinie ohnehin gebotene Bezugnahme auf technische Normen erfolgen. Eine solche Inbezugnahme sollte dementsprechend nicht nur die Bedeutung technischer Normen (und wie europarechtlich vorgegeben: subsidiär sektorspezifischer Verhaltenskodizes) für Fragen der Lebensdauerangaben enthalten, sondern zugleich auch die Bedeutung dieser Normen für die Feststellung der objektiven Vertragsgemäßheit der Waren herausstellen. Eine Privilegierung im

---

<sup>58</sup> Übernahme von wesentlichen Teilen einer Definition in Art. 2 lit. a Maschinenrichtlinie („...Gesamtheit miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen miteinander verbundener Teile oder Vorrichtungen, [...] die für eine bestimmte Anwendung zusammengefügt sind.“).

<sup>59</sup> Umgesetzt in der deutschen 1. Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz - Verordnung über elektrische Betriebsmittel.

<sup>60</sup> Umgesetzt in der deutschen 9. Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz – Maschinenverordnung.

Sinne des Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 Produktsicherheitsgesetzes für die (im Übrigen freiwillige) Orientierung an technischen Normen, die im Gemeinsamen Ministerialblatt in Bezug genommen wurden, kann dort sodann auch folgen:

*Art 245 Abs. 2 EGBGB: Harmonisierte europäische oder nationale Normen können zur Bestimmung der Haltbarkeit<sup>61</sup> eines Produktes zum Zwecke der Haltbarkeitsdauerangabe auf Waren sowie bei der Beurteilung der Frage, ob eine Sache einen Mangel im Sinne des § 434 BGB aufweist, zugrunde gelegt werden. Unter Haltbarkeit ist die Fähigkeit der Waren zu verstehen, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten.*

*Abs. 3: Bei einer Sache, die Normen oder anderen technischen Spezifikationen oder Teilen von diesen entspricht, die von den dafür zuständigen Stellen im Amtsblatt der Europäischen Union oder dem Gemeinsamen Ministerialblatt bekannt gegeben worden sind, wird vermutet, dass sie vertragsgemäß<sup>62</sup> [und damit fehlerfrei im Rechtssinne]<sup>63</sup> sind, soweit die fraglichen Eigenschaften von den betreffenden Normen oder anderen technischen Spezifikationen oder deren Teilen abgedeckt sind. Das für [...]<sup>64</sup> zuständige Bundesministerium wird ermächtigt, Näheres zur Ausarbeitung dieser Normen und zur Bestimmung der Haltbarkeit in einer Verordnung zu bestimmen.*

*Abs. 4 : Soweit solche Normen nicht bestehen, können zur Beurteilung der objektiven Vertragsgemäßheit der Sachen auch sektorspezifische Verhaltenskodizes herangezogen werden.<sup>65</sup>*

### **3. Mängelgewährleistungsfrist – Übernahme der allgemeinen Verjährungsfrist oder aber Ablaufhemmung**

Alternative 1 (vom Gutachter empfohlen, weil rechtssystematisch stimmiger): Eine systematisch stimmige, interessengerechte Regelung übernimmt die allgemeinen Regeln zu den Verjährungsfristen:

*§ 438 Abs. 1 Ziff. 3 BGB wird wie folgt gefasst:*

*„im Übrigen gilt § 195 BGB (Regelmäßige Verjährungsfrist).“*

*§438 Abs. 2 BGB wird wie folgt gefasst:*

*„Die Verjährung beginnt entsprechend der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1, 2 und 4 BGB“<sup>66</sup>*

---

<sup>61</sup> Dies ist der europarechtliche Begriff für das, was in Deutschland unter „Lebensdauer“ diskutiert wird: vgl. Art. 2 Ziff. 13 sowie Art. 7 Abs. 1 lit. d) Warenkaufrichtlinie.

<sup>62</sup> Terminologie der Warenkaufrichtlinie, vgl. insb. Art. 5

<sup>63</sup> An sich entbehrliche Erläuterung in Termini des BGB

<sup>64</sup> Vorgeschlagen wird das „für Umweltschutz“ zuständige Ministerium, da dieses mit dem Umweltbundesamt eine Behörde mit dem erforderlichen Sachwissen zur technischen Lebensdauerfeststellung verfügt. Dies könnte ggf. durch den Passus: „im Benehmen mit dem Bundeswirtschaftsministerium“ ergänzt werden.

<sup>65</sup> Mit diesem Absatz wird Art. 7 Abs. 1 lit. a Warenkaufrichtlinie in nationales Gesetz umgesetzt, soweit dieser die Beurteilung der objektiven Vertragsgemäßheit eines Produktes darauf verweist, dass subsidiär auch sektorspezifische Verhaltenskodizes heranzuziehen sind.

<sup>66</sup> Wollte man die Fälle des 438 Abs. 1 Nr. 1 und 2 nicht ändern, was allerdings gerade bei einzubauenden Gegenständen wie einer Zentralheizung nicht wirklich konsequent wäre, dann müsste Abs. 2 wie folgt gefasst werden: „Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, in den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 mit Ablieferung der Sache im Übrigen gilt § 199 Abs. 1, 2 und 4 BGB.

### Alternative 2 (rechtspolitisch vermutlich eher mehrheitsfähig): Kurze Verjährungsfrist mit Ablaufhemmung

§ 438 Abs. 2 S. 2 BGB neu: „Die Verjährung endet jedoch frühestens 6 Monate nachdem der Käufer Kenntnis vom Mangel erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können.“

#### Optionale Ergänzung: Beschränkung dieser Regelung auf genau bestimmte technische Warengruppen

„S. 2 findet ausschließlich Anwendung auf Gebrauchsgüter im Sinne des Art. 245 Abs. 1 EGBGB.“

Der (momentan unbesetzte) Art. 245 Abs. 1 EGBGB würde dann wie oben vorgeschlagen technische Gebrauchsgüter randscharf durch Bezugnahme auf eingeführte Regelungen umreißen.

### **4. Keine Verjährung vor gesetzlich vorgeschriebener oder vereinbarter Lebensdauer**

Um die Marktaufsicht zu entlasten und vertragliche Abreden über eine Lebensdauer nicht ins Leere laufen zu lassen wird § 438 Abs. 2 BGB um folgenden Satz ergänzt: „*haben die Parteien eine längere Haltbarkeit des Produktes vereinbart haben oder bestehen gesetzliche Mindestvorgaben für die Lebensdauer eines Produktes oder Teile desselben, so endet die Verjährung frühestens 6 Monate nachdem der Käufer Kenntnis vom Mangel erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen können.*“

### **5. Keine Umgehung der Mängelgewährleistungsrechte durch zwischengeschalteten Verkauf neuer Ware**

Um es unmöglich zu machen, durch Verkauf von Sachen die noch bestehenden Rechte gegen den Erstverkäufer abzuschneiden und Umgehungen Tür und Tor zu öffnen ist noch folgende Regelung bezüglich Gebrauchsgütern erforderlich:

*Art. 476 Abs. 2 BGB wird wie folgt neu gefasst: „Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. Abweichend hiervon ist bei Gebrauchsgütern eine Vereinbarung möglich, durch die die Verjährungsfrist auf ein Jahr ab der Aushändigung der gebrauchten Sache herabgesetzt wird, sofern der Verkäufer zugleich die Mängelgewährleistungsansprüche aus dem Vertrag an den Käufer abtritt, die ihm aus dem Vertrag zustehen, aufgrund dessen er selbst den Kaufgegenstand erworben hatte.“*

### **6. Fakultative Funktionsfähigkeitsgarantie als Herstellergarantieaussagepflicht**

Konsequent wäre es, wie nach der französischen Rechtslage, unmittelbar den Hersteller neben dem Verkäufer in die Pflicht zu nehmen und dem Verbraucher so einen zweiten Gläubiger zu geben, den ohnehin in aller Regel eine entscheidende Verantwortung für den Mangel trifft. Dies

scheint derzeit aber rechtspolitisch kaum durchsetzbar. Daher bietet es sich an, den Hersteller zivilrechtlich in der Weise in die Pflicht zu nehmen, dass eine Pflicht zur Angabe einer „Funktionsfähigkeitsgarantie“ eingeführt wird:

Charakteristika des konkret durchformulierten Gesetzesvorschlages sind die folgenden:

- i) Der Hersteller haftet zusätzlich zum Händler.
- j) Die Anknüpfung erfolgt an ein bekanntes Rechtsinstitut (die „Garantie“).
- k) Die Hersteller haben freies Ermessen im Hinblick auf die Länge der Lebensdauergarantie (Null oder mehr Jahre).
- l) Er beinhaltet die Hoffnung, relevante Garantielaufzeiten aufgrund von Marktdruck und entsprechend konstruierte Produkte zu schaffen.
- m) Er schafft klare durchsetzbare Rechte für Verbraucher\*innen im Rahmen der Garantielaufzeit.
- n) Die Funktionsfähigkeitsgarantie kann nicht dazu genutzt werden, um Käufer seitens der Verkäufer auf die Herstellergarantie zu verweisen, was faktisch und teilweise in der Folge auch rechtlich zu deutlichen Schlechterstellungen führen kann: Der Hersteller, der eine Garantieaussage mit  $> 0$  angibt, haftet neben dem Verkäufer mindestens im Umfang der gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechte.
- o) Dem Hersteller wird neben der Möglichkeit, a) eine Garantiehaftung durch die Zeitangabe „Null“ komplett auszuschließen und b) eine in der zeitlichen Länge von ihm frei festlegbaren Dauer, in der die Funktionsfähigkeit des Produktes garantiert wird, weiter c) die Möglichkeit gegeben, den genauen Umfang der Garantie in klar zu kommunizierender Weise einzuschränken. Dies gilt soweit die Herstellergarantie den Zeitraum der gesetzlichen Gewährleistung überschreitet; vorher haftet der Hersteller entsprechend dem unter f) aufgeführten in gleichem Umfang wie der Verkäufer.
- p) Funktionsfähigkeit ist ein Begriff, der nicht mit der Mangelfreiheit im Sinne des Mängelgewährleistungsrecht gleichzusetzen ist, sondern der auf den vom Hersteller selbst herausgestellten Kernfunktionen des Produktes aufbaut. Damit ist die Funktionsfähigkeitsgarantie von ihrer Reichweite her enger als die gesetzlichen Gewährleistungsrechte, aber erst ab dem Zeitpunkt, zu dem die Dauer der gesetzlichen Gewährleistung überschritten wird. Bis zu diesem Zeitpunkt haftet der Hersteller mindestens genau in dem Umfang, in dem auch der Verkäufer haftet (siehe f).

Ein Regelungsvorschlag kann wie folgt lauten:

*§479a BGB – Herstellergarantie zur Funktionsfähigkeit des Produktes (Funktionsfähigkeitsgarantie)*

X. *Der nach Absatz 6 verantwortliche Hersteller von technischen Produkten soll gegenüber Käufern*

*a) die Funktionsfähigkeit des Produktes für die vorhersehbare durchschnittliche Mindestlebensdauer des Produktes garantieren, wobei er diese Mindestlebensdauer benennt (Funktionsfähigkeitsgarantie),*

*oder*

b) klar und verständlich angeben, dass er nicht die Funktionsfähigkeit des Produkts während der vorhersehbaren durchschnittlichen Mindestlebensdauer garantiert. In diesem Fall kann eine kürzere Garantiespanne auf die Funktionsfähigkeit ausgewiesen werden.

- XI. *Die Funktionsfähigkeit erstreckt sich auf die Funktionen eines Produktes, die in der Werbung, der Produktkennzeichnung, der Betriebsanleitung oder dem Produktdatenblatt genannt sind.*
- XII. *Einzelne Funktionen des technischen Produktes können von der Funktionsfähigkeitsgarantie ausgenommen werden. Eine Einschränkung der Garantie im Hinblick auf Eigenschaften oder Funktionen, die in der Produktwerbung oder auf der Produktauszeichnung ausgelobt wurden, ist unwirksam. Diese Garantie ist als „eingeschränkte Funktionsfähigkeitsgarantie“ zu bezeichnen und die Einschränkungen sind im Produktdatenblatt oder in sonstiger transparenter Weise präzise unter Nennung der nicht erfassten Funktionen darzulegen. Während der Dauer der eingeschränkten Funktionsfähigkeitsgarantie treffen Hersteller und Verkäufer im Hinblick auf Verschleiß- und Verbrauchsteile eine Nachlieferungspflicht zu angemessenen Entgelten.*
- XIII. *Soweit der Hersteller eine mit > 0 angegebene Funktionsfähigkeitsgarantie übernimmt, haftet er hieraus zumindest in gleichem Maße wie der Verkäufer aus der Mängelgewährleistung. Dies hat der Hersteller in der Funktionsfähigkeitsgarantie deutlich zum Ausdruck zu bringen.*
- XIV. *Trifft der Hersteller eine Garantieaussage, die sich nicht in der Form der gesetzlich verpflichtenden Herstellergarantieaussage darstellen lässt, so hat er diese freie Garantieaussage mit einer verständlichen und zutreffenden Erläuterung zur Bedeutung der gesetzlich vorgeschriebenen Herstellergarantieaussage und zum Verhältnis der beiden Garantieaussagen zueinander einzuleiten. Diese freie Garantieaussage darf nicht auffälliger beworben werden oder bei der Produktpräsentation mitgeteilt werden als die gesetzlich nach Abs. 1 vorgeschriebene Garantieaussage.*
- XV. *Die Herstellergarantieaussagepflicht trifft jede Person, die als Hersteller auftritt, indem sie auf dem Produkt ihren Namen, ihr Markenzeichen oder ein anderes Unterscheidungszeichen anbringt (Quasihersteller), sofern ein solcher vorhanden ist, im Übrigen den Hersteller im engeren Sinne oder dessen Vertreter in der Europäischen Union und nachrangig den Importeur des Verbrauchsgutes.*
- XVI. *Der Händler und weitere Glieder in der Vertriebskette sind verpflichtet, nur solche für die Vermarktung an Verbraucher bestimmte Güter zu vertreiben, die mit einer gesetzeskonformen Herstellergarantieaussage versehen sind.*
- XVII. *Im Garantiefalle haftet primär derjenige, der als Garantiegeber angegeben ist; soweit dieser ausfällt oder nicht ermittelbar ist, haften stattdessen gesamtschuldnerisch der Hersteller im engeren Sinne, der Importeur, der Vertreter des Herstellers in der Europäischen Union sowie der Händler.*
- XVIII. *Im Übrigen sind die Vorschriften über die Garantien entsprechend anzuwenden.*

## 5. Beweislastumkehr

*In §477 BGB werden die Worte „sechs Monate“ durch „zwei Jahre“ ersetzt.*

Prof. Dr. Tobias Brönneke - 25. Mai 2020



**Stellungnahme zu den Entwürfen  
eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte  
vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte  
und digitaler Dienstleistungen und  
eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit  
digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags**

**Inhalt**

I. Vorbemerkung.....	1
II. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.....	2
III. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags.....	13

**I. Vorbemerkung**

Ich halte die Umsetzung der Richtlinien (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen<sup>1</sup> (im Folgenden: Digitale-Inhalte-RL) und 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG<sup>2</sup> (im Folgenden: Warenkauf-RL) im Wesentlichen für gelungen. Insbesondere ist es zu begrüßen, dass die Digitale-Inhalte-RL im Allgemeinen Teil des Schuldrechts umgesetzt wird und darauf jeweils im Besonderen Teil des Schuldrechts verwiesen wird. Das ist den erwogenen Alternativen – der Umsetzung nur im Besonderen Teil bei den

<sup>1</sup> ABI. EU 2019, L 136, S. 1 ff.

<sup>2</sup> ABI. EU 2019, L 136, S. 28 ff.

bekannten Vertragsarten, der Umsetzung im Besonderen Teil als eine oder mehrere neue Vertragsarten und der Umsetzung in einem separaten Gesetz<sup>3</sup> – klar vorzuziehen. Die Gesetzentwürfe orientieren sich sehr stark am Text der Richtlinien. Sie teilen deshalb alle Ungenauigkeiten und Schwächen der Richtlinien. Doch das ist wohl bei Richtlinien, die den Anspruch der Vollharmonisierung erheben<sup>4</sup>, unvermeidlich, wenn man nicht Gefahr laufen will, die Richtlinien unzureichend umzusetzen.

## **II. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen**

### **1. Beschränkung auf Verbraucherverträge**

Der Gesetzentwurf ist – entsprechend dem Anwendungsbereich der Richtlinie – auf Verbraucherverträge beschränkt. Ich rege an, Teile der Richtlinie ohne Rücksicht darauf umzusetzen, ob die Parteien Verbraucher oder Unternehmer sind, und nur die spezifisch Verbraucherschützenden Vorschriften auf Verbraucherverträge zu beschränken. Die Richtlinie gestattet ausdrücklich eine derartige Umsetzung.<sup>5</sup> Durch sie würde ein Gleichlauf mit dem Kaufrecht erreicht, wo die Verbrauchsgüterkauf-RL und künftig die Warenkauf-RL auch nicht nur für Verbraucherverträge umgesetzt wurden, sondern prinzipiell für alle Kaufverträge mit wenigen Sondervorschriften für Verbraucherverträge.

Die meisten Vorschriften des Gesetzentwurfs halten auch für andere als Verbraucherverträge angemessene Lösungen bereit. Bleibt der Anwendungsbereich dieser Vorschriften auf Verbraucherverträge beschränkt, gibt es nach wie vor keine entsprechenden Regelungen für Verträge zwischen Unternehmern und – praktisch weniger bedeutsam – zwischen Verbrauchern. Bezüglich des Mangelbegriffs und der Rechte bei Mängeln mag sich diese Lücke durch Anwendung der allgemeinen Normen, die für die besonderen Vertragstypen gelten, schließen lassen. In Bezug auf Aktualisierungen, die weitere Nutzung von Daten nach einer Vertragsbeendigung und Änderungen an digitalen Produkten gibt es aber keine solchen allgemeinen Normen. Eine analoge Anwendung der §§ 327 ff. BGB-E würde ausscheiden, da der Gesetzgeber diese Normen ausdrücklich auf Verbraucherverträge beschränkt hat. Um einen solchen regelungslosen Zustand zu vermeiden, sollten die meisten Normen des Entwurfs ungeachtet der Unternehmer- und Verbraucher-eigenschaft der Parteien zur Anwendung kommen.

Einen spezifisch Verbraucherschützenden Zweck haben allerdings:

- die Anforderungen, die an die Vereinbarung einer schlechteren als der üblichen Beschaffenheit zu stellen sind (§ 327h BGB-E, vgl. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB-E),
- die Beweislastumkehr (§§ 327b Abs. 6, 327k BGB-E, vgl. § 477 BGB),

---

<sup>3</sup> Siehe BT-Drucks. 19/27653, S. 24 f.

<sup>4</sup> Art. 4 Digitale-Inhalte-RL, siehe jedoch Erwägungsgrund 12 S. 3 Digitale-Inhalte-RL; Art. 4 Warenkauf-RL, siehe jedoch Art. 3 Abs. 7 Warenkauf-RL.

<sup>5</sup> Siehe Erwägungsgrund 16 Digitale-Inhalte-RL.

- der vollständige Ausschluss einer Zahlungspflicht für den Zeitraum, in dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht vertragsgemäß waren (§ 327o Abs. 2 und 3 BGB-E, vgl. § 475 Abs. 3 S. 1 BGB),
- die Vorschriften über die Art der Erstattung eines gezahlten Preises (§§ 327n Abs. 4, 327o Abs. 4 BGB-E),
- die Unzulässigkeit abweichender Vereinbarungen (§ 327s BGB-E, vgl. § 476 BGB),
- die Beweislastumkehr und die Unzulässigkeit abweichender Vereinbarungen im Rahmen des Rückgriffs (§ 327u Abs. 3 und 4 BGB-E, vgl. § 478 BGB).

Diese Normen sollten nur auf Verbraucherverträge anwendbar sein.

Die Aktualisierungspflicht des § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB-E ist zulasten eines Verbrauchers, der sich zur Bereitstellung digitaler Produkte verpflichtet hat, nicht angemessen. Insofern sollte eine Ausnahme vorgesehen werden.

## **2. § 312 BGB-E und § 327 Abs. 3 BGB-E**

In § 312 Abs. 1a BGB-E und § 327 Abs. 3 BGB-E wird der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB und der §§ 327 ff. BGB-E auf Verträge erstreckt, „bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet“. Diese Formulierung erfasst auch Verträge, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer – eventuell lange nach Vertragsschluss – personenbezogene Daten bereitstellt, ohne dass dies im Vertrag vorgesehen ist. Das ist meiner Ansicht nach verfehlt. Dafür, ob ein Vertrag in den Anwendungsbereich bestimmter Regelungen fällt, muss der Vertragsinhalt maßgeblich sein und nicht, was im Lauf der Vertragsabwicklung faktisch geschieht. Nur so lässt sich schon im Augenblick des Vertragsschlusses ermitteln, welchen Normen der Vertrag unterliegt. So sieht etwa § 312a Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB Informationspflichten vor, die der Unternehmer vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers erfüllen muss. Dazu muss er wissen, ob ein Vertrag diesen Normen unterliegt oder nicht. Es kann daher nur darauf ankommen, ob der Vertrag eine Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher vorsieht. Zwar entspricht die Formulierung derjenigen in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL („personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt“). Diese Formulierung verwendet die Richtlinie aber durchgehend, um sowohl nationalen Rechten Rechnung zu tragen, die zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft trennen, als auch nationalen Rechten, die das nicht tun (vgl. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Digitale-Inhalte-RL: „digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt“, „einen Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt“). Es kann daraus nicht geschlossen werden, dass auch die rein faktische Bereitstellung personenbezogener Daten genügt. Es sollten daher die Fälle bloß faktischer Bereitstellung personenbezogener Daten ausgeklammert werden.

Andererseits genügt die Formulierung „sich zur Bereitstellung personenbezogener Daten verpflichtet“ nicht den Anforderungen der Richtlinie. Denn danach wären Verträge nicht erfasst, in denen sich der Verbraucher nicht dazu verpflichtet, personenbezogene Daten bereitzustellen, aber im Fall ihrer Bereitstellung der Unternehmer verpflichtet wird, ein digitales Produkt bereitzustellen (konditionelle Verknüpfung). Es empfiehlt sich daher eine Formulierung nach dem Muster von § 327 Abs. 1 BGB-E: „Verträge, welche die Bereit-

stellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher an den Unternehmer zum Gegenstand haben“.

### **3. § 312 Abs. 1 BGB-E und § 327 Abs. 1 S. 2 BGB-E**

Es wird nur in § 327 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnet, dass Preis auch die digitale Darstellung eines Werts ist. Das legt den Gegenschluss nahe, dass es in § 312 Abs. 1 BGB-E nicht so ist, dass also §§ 312 ff. BGB nicht gelten, wenn ein Vertrag die „Zahlung“ mit elektronischen Gutscheinen oder E-Coupons vorsieht. Ein Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Es sollte deshalb in § 312 Abs. 1 BGB-E eine Parallelregelung zu § 327 Abs. 1 S. 2 BGB-E aufgenommen werden.

### **4. § 312 Abs. 1a S. 2 BGB-E**

**a)** Die Ausnahmegvorschrift des § 312 Abs. 1a S. 2 BGB-E stellt darauf ab, ob der Unternehmer die personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen. Hierbei stellt sich das gleiche Problem wie bei der Bereitstellung personenbezogener Daten (siehe unter 2.): Die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB und der §§ 327 ff. BGB-E hängt davon ab, was im Lauf der Vertragsabwicklung faktisch geschieht, so dass bei Vertragsschluss nicht feststeht, ob der Vertrag den entsprechenden Normen unterliegt oder nicht. Das ist verfehlt. Ausschlaggebend muss vielmehr sein, was der Unternehmer nach dem Vertragsinhalt mit den personenbezogenen Daten tun darf. Darf er sie nur verarbeiten, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, dann kann der Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB und der §§ 327 ff. BGB-E fallen, selbst wenn der Unternehmer sie später – vertragswidrig – doch für andere Zwecke einsetzt. Er verletzt dann den Vertrag und verstößt möglicherweise gegen die DS-GVO, aber unterliegt nicht – rückwirkend? – den Pflichten aus §§ 312 ff. BGB, §§ 327 ff. BGB-E.

Zwar entspricht die Formulierung in § 312a Abs. 1a S. 2 BGB-E insofern derjenigen in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL. Meiner Ansicht nach kann jedoch nicht angenommen werden, dass die Richtlinie ihren Anwendungsbereich so definiert, dass im Augenblick des Vertragsschlusses nicht feststeht, ob ein Vertrag unter die Richtlinie fällt oder nicht. Das wäre mit dem Ziel, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen (siehe Erwägungsgrund 3 Digitale-Inhalte-RL) schwerlich vereinbar. Auch die Richtlinie dürfte daher so auszulegen sein, dass es nicht auf das tatsächliche Geschehen, sondern auf den Vertragsinhalt ankommt.

**b)** Die Doppelung in § 312 Abs. 1 S. 2 BGB-E („wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um ..., und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet“) ist – obwohl sie aus der Digitale-Inhalte-RL stammt – überflüssig. Der letzte Satzteil sollte daher gestrichen werden.

### **5. § 327 Abs. 6 Nr. 1 BGB-E**

Die Regelung entspricht Art. 3 Abs. 5 Buchst. a Digitale-Inhalte-RL. Sie ist allerdings schon dort verfehlt, denn wenn die Richtlinie bzw. §§ 327 ff. BGB-E nur auf Verträge anwendbar sind, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen zum

Gegenstand haben, ist offensichtlich, dass sie auf Verträge über andere Dienstleistungen nicht zur Anwendung kommen. Die Bedeutung der Regelung liegt vielmehr darin, dass sie die Definition von digitalen Dienstleistungen in Art. 2 Nr. 2 Digitale-Inhalte-RL bzw. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB-E verdeutlicht: Die Tatsache, dass der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln, macht eine Dienstleistung noch nicht zu einer digitalen Dienstleistung. Das sollte in § 327 Abs. 2 BGB-E klargestellt und die Bereichsausnahme des § 327 Abs. 6 Nr. 1 BGB-E gestrichen werden.

#### **6. § 327 Abs. 6 Nr. 3 BGB-E**

Es ist zu begrüßen, dass § 327 Abs. 6 Nr. 3 BGB-E nur Behandlungsverträge nach § 630a BGB ausklammert und in überschießender Richtlinienumsetzung alle digitalen Medizinprodukte, auch soweit sie ärztlich verschrieben sind, den Regelungen über digitale Produkte unterwirft. Eine Differenzierung danach, ob ein Medizinprodukt ärztlich verschrieben wird oder nicht, wäre nicht sachgerecht.

#### **7. § 327 Abs. 6 Nr. 4 BGB-E**

Es ist zu erwägen, die Richtlinie überschießend umzusetzen und die Ausnahme für Glücksspieldienstleistungen zu streichen. Ein sachlicher Grund für die Ausnahme wird vom Entwurf nicht angegeben. Durch eine Streichung würde insbesondere die schwierige Abgrenzung zwischen Glücksspielen, die eine gewisse Geschicklichkeit voraussetzen, und Spielen, die vorwiegend auf Geschicklichkeit beruhen (vgl. Art. 3 Abs. 5 Buchst. d Digitale-Inhalte-RL), entbehrllich.

#### **8. § 327 Abs. 6 Nr. 5 BGB-E**

Es ist zu erwägen, die Richtlinie überschießend umzusetzen und die Ausnahme für Finanzdienstleistungen zu streichen. Die Ausnahme setzt Art. 3 Abs. 5 Buchst. e Digitale-Inhalte-RL um, der in Erwägungsgrund 30 damit begründet wird, dass in diesem Bereich zahlreiche unionsrechtliche Verbraucherschutzbestimmungen bestünden. Diese Verbraucherschutzbestimmungen gewährleisten allerdings keinen Schutz gegen Mängel digitaler Finanzdienstleistungen<sup>6</sup>, so dass die Anwendung der §§ 327 ff. BGB-E sinnvoll ist.

#### **9. § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB-E**

Die Norm stellt darauf ab, was der Unternehmer mit den bereitgestellten Daten des Verbrauchers tatsächlich tut. Das ist verfehlt. Entscheidend muss sein, ob er die Daten nach dem Vertragsinhalt ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität der vom Unternehmer angebotenen Software verarbeiten *darf*. Vgl. oben unter 4a.

#### **10. § 327a BGB-E**

Die Struktur der Norm ist nicht hinreichend klar.

---

<sup>6</sup> Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, Art. 3 Directive (EU) 2019/770 Rz. 104.

Die Vorschrift sieht offensichtlich einen Vertrag über eine Sache, die digitale Produkte enthält oder mit ihnen verbunden ist (Abs. 2 und 3), nicht als Paketvertrag i.S.v. Abs. 1 an; sonst müsste sich insbesondere die Ausnahme des Abs. 3 auch auf Abs. 1 erstrecken. Das entspricht nicht der Digitale-Inhalte-RL, die keine Regelung nach Art von § 327a Abs. 2 BGB-E beinhaltet, sondern im Rahmen der Regelung über Paketverträge klarstellt, dass sie unbeschadet der Regelung über Waren mit digitalen Elementen gilt (Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 Digitale-Inhalte-RL). Ein Vertrag über Waren mit digitalen Elementen ist also an und für sich als Paketvertrag i. S. der Richtlinie anzusehen.

Abs. 2 sollte gestrichen und in Abs. 3 stattdessen auf Abs. 1 verwiesen werden. Abs. 2 soll klarstellen, dass §§ 327 ff. BGB-E auch auf digitale Produkte Anwendung finden, die in Sachen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, unabhängig davon, ob es sich hinsichtlich Sache und digitalem Produkt um einen oder zwei Verträge handelt und unabhängig davon, ob es sich um einen oder zwei Vertragspartner handelt.<sup>7</sup> Doch eine solche Klarstellung ist überflüssig. Handelt es sich um einen Vertrag zwischen denselben Vertragspartnern, ist Abs. 1 einschlägig. Handelt es sich um zwei Verträge zwischen denselben oder unterschiedlichen Vertragspartnern, versteht es sich von selbst, dass §§ 327 ff. BGB-E für denjenigen Vertrag gelten, der sich auf das digitale Produkt bezieht, und für den anderen Vertrag nicht.

#### **11. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB-E**

Die Formulierung „die Bereitstellung anderer Sachen“ sollte in „die Bereitstellung von Sachen“ geändert werden, da digitale Produkte keine Sachen sind.

#### **12. § 327a Abs. 3 BGB-E**

a) Der Ausdruck „Sachen“ muss durch „bewegliche Sachen“ ersetzt werden. Die Richtlinie spricht von Waren, die in Art. 2 Nr. 3 Digitale-Inhalte-RL als „bewegliche körperliche Gegenstände“ definiert werden. Es werden also nur bewegliche Sachen mit digitalen Elementen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. § 327a Abs. 3 BGB-E nimmt dagegen auch unbewegliche Sachen mit digitalen Elementen aus dem Anwendungsbereich der § 327 ff. BGB-E aus.<sup>8</sup> Das ist richtlinienwidrig.

Die Verwendung des Begriffs „Waren“ wäre dagegen zwar richtlinienkonform, würde aber nicht der Struktur des deutschen Rechts entsprechen. Dieser Begriff erfasst nach der Legaldefinition in § 241a Abs. 1 BGB – im Gegensatz zum Unionsrecht – solche beweglichen Sachen nicht, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden. Der Ausschluss von Kaufverträgen über „Waren mit digitalen Elementen“ würde also dazu führen, dass Verträge über bewegliche Sachen mit digitalen Elementen, die auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen geschlossen werden, bezüglich des digitalen Produkts unter §§ 327 ff. BGB-E fallen würden. Das wäre europarechtlich möglich, da solche Verträge nach Art. 3 Abs. 4 Buchst. b Warenkauf-RL nicht unter die Warenkauf-RL fallen.

---

<sup>7</sup> BT-Drucks. 19/27653, S. 44.

<sup>8</sup> Nach BT-Drucks. 19/27653, S. 44 war es gerade das Ziel der Verwendung von „Sache“ statt „Ware“, Verträge über unbewegliche Sachen *einzubeziehen*.

Allerdings nimmt das deutsche Kaufrecht und insbesondere die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf derartige Verträge nicht generell aus dem Kaufrecht aus, sondern schließt nur in § 806 ZPO die Gewährleistung aus. Dem entspricht es, solche Verträge insgesamt dem Kaufrecht und nicht teilweise den §§ 327 ff. BGB-E zu unterstellen.

**b)** In S. 2 sollte die Formulierung lauten: „... dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst.“

### **13. § 327b Abs. 3 und 4 BGB-E**

Die Formulierung „dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung“ sollte entsprechend der Richtlinie geändert werden in „dem Verbraucher oder einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung“. Das „mittels“ suggeriert, dass die vom Verbraucher bestimmte Einrichtung nur ein Mittel ist, um das digitale Produkt dem Verbraucher selbst zugänglich zu machen, und dass die Verpflichtung zur Bereitstellung erst erfüllt ist, wenn er mittels der Einrichtung Zugang hat. Zugangsprobleme des Verbrauchers zur von ihm bestimmten Einrichtung würden also nach § 327b BGB-E – im Gegensatz zur Richtlinie – einer Erfüllung der Bereitstellungspflicht entgegenstehen.

### **14. § 327c Abs. 7 BGB-E**

§ 327c Abs. 7 BGB-E sollte ebenso wie § 327a Abs. 2 BGB-E (siehe oben unter 10.) gestrichen werden. Die Norm, die in der Richtlinie kein Vorbild hat, ist neben § 327c Abs. 6 S. 1 BGB-E überflüssig. Der Standard des fehlenden Verbraucherinteresses, den Abs. 6 S. 1 aufstellt, ist sachgerechter als der Standard, dass sich die Sache nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet, in Abs. 7. Dieser wird im Entwurf nicht weiter begründet. Insbesondere ist unklar, warum nur auf die gewöhnliche Verwendung (§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB-E) und nicht auch auf eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. b BGB-E) abgestellt wird.

### **15. § 327e Abs. 2 BGB-E**

Die Struktur von Abs. 2 S. 1 sollte derjenigen von Abs. 3 S. 1 angeglichen werden. Gegenwärtig ist insbesondere unklar, in welchem Verhältnis die beiden Buchstaben in Nr. 1 stehen. Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Buchst. a und b sollte in zwei getrennte Nummern aufgelöst und diese Nummern vertauscht werden.

Außerdem sollte der Ausdruck „die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ durch „die im Vertrag vereinbarte Verwendung“ ersetzt werden. Die Formulierung lehnt sich an diejenige in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB an. Diese wurde gewählt, weil offengelassen werden sollte, ob es sich um eine vertragliche Vereinbarung handelt oder ob es um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags geht.<sup>9</sup> Art. 7 Buchst. b Digitale-Inhalte-RL verlangt aber nun eine Zustimmung des Unternehmers zu dem ihm vom Verbraucher zur Kenntnis gebrachten Zweck. Es besteht daher kein Grund mehr, nicht eine Vereinbarung des Zwecks zu verlangen.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

<sup>10</sup> Siehe zur Parallelregelung in der Warenkauf-RL unter III.1.

Formulierungsvorschlag:

„(2) Das digitale Produkt entspricht den subjektiven Anforderungen, wenn

1. es sich für die im Vertrag vereinbarte Verwendung eignet,
2. es die vereinbarte Beschaffenheit hat, die unter anderem durch die vereinbarten Anforderungen an seine Menge, seine Funktionalität, seine Kompatibilität und seine Interoperabilität geprägt wird,
3. es wie im Vertrag vereinbart mit Zubehör, Anleitungen und Kundendienst bereitgestellt wird und
4. die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen bereitgestellt werden.“

#### **16. § 327f BGB-E**

**a)** Der Entwurf enthält – ebenso wie die Richtlinie – keine Regelung über die Vertragsmäßigkeit von Aktualisierungen und die Folgen einer Vertragswidrigkeit. Zweifel kann insbesondere die Anwendung der Beweislastumkehr des § 327k BGB-E in Bezug auf Aktualisierungen aufwerfen.<sup>11</sup> Es empfiehlt sich, das Problem zu regeln, beispielsweise durch Verweisungen auf die für digitale Produkte geltenden Regelungen.

**b)** Dem Vorschlag des Bundesrates, die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen auf den – nicht durch einen Vertrag mit dem Verbraucher verbundenen – Hersteller zu erweitern<sup>12</sup>, stimme ich nicht zu. Es ist ein Grundprinzip des deutschen Rechts, dass nur der jeweilige Vertragspartner für die korrekte Vertragserfüllung einzustehen hat. Das gilt auch dann, wenn er auf die Ware selbst keinen Einfluss nehmen kann, wie beim Verkauf originalverpackter Waren. Es gibt keinen Grund, hiervon in Bezug auf Aktualisierungen abzuweichen.

#### **17. § 327g BGB-E**

Es muss heißen: „... wenn der Verbraucher es gemäß den subjektiven *und* objektiven Anforderungen ... nutzen kann“ (vgl. Art. 10 Digitale-Inhalte-RL).

#### **18. § 327h BGB-E**

Der Verweis auf § 327g BGB-E muss gestrichen werden. Nach Art. 8 Abs. 5 Digitale-Inhalte-RL beziehen sich die besonderen Voraussetzungen für eine Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nur auf Art. 8 Abs. 1 und 2 Digitale-Inhalte-RL, nicht aber auf Art. 10 Digitale-Inhalte-RL.

#### **19. § 327j BGB-E**

Im Fall einer dauerhaften Bereitstellung führt es zu einer extrem langen Verjährung, wenn die Verjährungsfrist gemäß § 327j Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB-E erst mit dem Ende des Bereitstellungszeitraums beginnt.<sup>13</sup> Bei einem Vertrag über die Mitgliedschaft in einem sozialen Netzwerk, der auf fünf Jahre befristet ist, würde etwa für von Anfang an vorhandene Pro-

---

<sup>11</sup> Siehe *Zöchling-Jud*, GPR 2019, S. 115 (126) und in: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, S. 197 (205) zur Warenkauf-RL.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 19/27653, S. 98.

<sup>13</sup> Siehe auch die Bedenken des Bundesrates, BT-Drucks. 19/27653, S. 100 f.

duktmängel Verjährung erst nach sieben Jahren eintreten. Das ist schwerlich gerechtfertigt.

Art. 11 Abs. 3 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL schreibt insofern nur vor, dass die Verjährungsfrist lang genug sein muss, um es dem Verbraucher zu ermöglichen, Rechtsbehelfe wegen einer während des Bereitstellungszeitraums eintretenden Vertragswidrigkeit geltend zu machen. Dem entspricht am besten ein subjektiver Beginn der Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB, verbunden mit einer objektiven Höchstfrist nach § 199 Abs. 2 bis 4 BGB. Es sollte deshalb für den Beginn der Verjährung im Fall einer dauerhaften Bereitstellung auf § 199 BGB verwiesen werden.

Das gleiche Problem stellt sich bezüglich Ansprüchen wegen einer Verletzung der Aktualisierungspflicht (§ 327j Abs. 2 S. 2 BGB-E). Auch insofern bietet sich eine Lösung über § 199 BGB an.

## **20. § 312k BGB-E**

**a)** In § 327k Abs. 1 und 2 BGB-E muss der Verweis auf § 327g BGB-E gestrichen werden. Denn die Beweislastumkehr des Art. 12 Abs. 2 und 3 Digitale-Inhalte-RL gilt – wie sich aus dem Verweis auf Art. 11 Digitale-Inhalte-RL ergibt – nur in Bezug auf Vertragswidrigkeiten i. S. der Art. 7, 8 und 9 Digitale-Inhalte-RL, nicht dagegen in Bezug auf Rechtsmängel (Art. 10 Digitale-Inhalte-RL). Das ist auch sachlich angemessen, da die Beweislastumkehr auf dem „besonderen und äußerst komplexen Charakter digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“ und dem Umstand beruht, „dass der Unternehmer über bessere Fachkenntnisse verfügt und Zugang zu Know-how, technischen Informationen und Unterstützung durch Hochtechnologie hat“ (Erwägungsgrund 59 Abs. 1 S. 1 Digitale-Inhalte-RL). Bei Rechtsmängeln sind diese Erwägungen nicht einschlägig.

**b)** Das Verhältnis von Abs. 1 und Abs. 2 wird nicht hinreichend klar. Es sollte in Abs. 1 deutlich gemacht werden, dass er nur für eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen gilt, aber nicht für eine dauerhafte Bereitstellung.<sup>14</sup>

**c)** In Abs. 3 Nr. 1 bleibt unklar, was „zur maßgeblichen Zeit“ bedeutet. Auch die Richtlinie lässt den relevanten Zeitpunkt offen. Nach der Erläuterung zu § 327k Abs. 3 Nr. 1 BGB-E<sup>15</sup> ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Bereitstellung gemeint, bei dauerhaften Bereitstellungen die bisherige Dauer der Bereitstellung gemäß § 327k Abs. 2 BGB-E. Das ist nicht sachgerecht. Maßgeblich muss vielmehr der Zeitpunkt sein, zu dem sich der von den Anforderungen des § 327e BGB-E abweichende Zustand zeigt. Denn nur wenn zu diesem Zeitpunkt die digitale Umgebung des Verbrauchers kompatibel mit den technischen Anforderungen des Produkts ist, ist der abweichende Zustand ein Indiz für die vorherige Mangelhaftigkeit.

## **21. § 312l Abs. 2 BGB-E**

**a)** Der Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs wegen Unverhältnismäßigkeit ist als Einwendung ausgestaltet. Das widerspricht dem geltenden Recht, das dem Unternehmer im Falle der Unverhältnismäßigkeit jeweils lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht ge-

---

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/27653, S. 62.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 19/27653, S. 62.

währt (§ 275 Abs. 2 und 3 BGB, § 439 Abs. 4 BGB, § 635 Abs. 3 BGB), um ihm die Möglichkeit zu geben, den Anspruch trotz der Unverhältnismäßigkeit zu erfüllen. § 327I Abs. 2 BGB-E sollte daher als Einrede ausgestaltet werden.

**b)** Der Verweis auf § 275 Abs. 1 BGB kann gestrichen werden, da § 275 Abs. 1 BGB als allgemeine Regelung auch für den Nacherfüllungsanspruch aus § 327I BGB-E gilt. Stattdessen empfiehlt es sich, in § 327I Abs. 2 BGB-E klarzustellen, dass § 275 Abs. 2 und 3 BGB nicht gelten.

## **22. § 327m Abs. 3 BGB-E**

Die Regelungen über den Schadensersatz müssen gründlich überarbeitet werden.

**a)** Die Norm enthält eine Rechtsgrundverweisung („wenn die Voraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen“) auf §§ 280 Abs. 1, 283 S. 1 BGB und auf § 311a Abs. 2 S. 1 BGB. Diese setzen jeweils voraus, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht. Ein Anspruch aus Schadensersatz statt der Leistung besteht damit nur im Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung, nicht dagegen in den anderen Fällen, in denen nach § 327m Abs. 1 BGB-E ein Recht zur Beendigung des Vertrags besteht. Es muss daher unbedingt auch auf § 281 Abs. 1 S. 1 BGB verwiesen werden, kombiniert mit einer Regelung nach Art von § 440 BGB, die die Fristsetzung entbehrlich macht. Weiterhin ist eine Regelung nach Art von § 281 Abs. 4 BGB nötig.

**b)** Da der Schadensersatz statt der Leistung an die Berechtigung zur Beendigung des Vertrags gebunden ist, kann der Verbraucher in den Fällen des § 327m Abs. 2 S. 1 BGB-E keinen Schadensersatz statt der Leistung verlangen. In diesen Fällen ist es aber nur gerechtfertigt, den Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung auszuschließen. Ein Anspruch auf „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung muss dem Verbraucher zustehen.

**c)** Es ist unklar, ob durch die Regelung Ansprüche auf einfachen Schadensersatz, auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung und auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 282 BGB ausgeschlossen werden.

**d)** Wenn der Verbraucher sich im Hinblick auf alle Bestandteile eines Paketvertrags vom Vertrag löst (§ 327m Abs. 4 S. 1 BGB-E), ist unklar, ob er auch im Hinblick auf die Teile, die nicht das digitale Produkt betreffen, Schadensersatz verlangen kann.

## **23. § 327m Abs. 5 BGB-E**

Die Regelung sollte aus denselben Gründen wie § 327c Abs. 7 BGB-E gestrichen werden (vgl. oben unter 14.).

## **24. § 327o Abs. 2 bis 4 BGB-E**

Die Regelung ist nicht verständlich. Sie vermengt die Frage, ob der Verbraucher schon gezahlt hat (Erstattung) oder nicht (Anspruch erlischt), mit der Frage, wann der Mangel eintritt und was der Verbraucher deshalb schuldet.

Nach § 327o Abs. 2 S. 1 BGB-E hat der Unternehmer dem Verbraucher im Fall der Vertragsbeendigung alle Zahlungen des Verbrauchers zu erstatten. Das gilt offensichtlich auch für Verträge über eine dauerhafte Bereitstellung, für die Abs. 3 nur eine Ausnahme

gegenüber Abs. 2 S. 2 vorsieht. Bei Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung hat der Unternehmer nach Art. 16 Abs. 1 UAbs. 2 Digitale-Inhalte-RL jedoch nur den Anteil des gezahlten Preises zurückzuerstatten, der dem Zeitraum entspricht, in dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen mangelhaft waren.

Formulierungsvorschlag:

„(2) Im Fall der Vertragsbeendigung erlischt der Anspruch des Unternehmers auf die Zahlung des vertraglich vereinbarten Preises. Bei Verträgen über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts erlischt der Anspruch des Unternehmers jedoch erst ab demjenigen Zeitpunkt, ab dem der zur Beendigung des Vertrags berechtigende Mangel vorlag.

(3) [streichen]

(4) Soweit der nicht geschuldete Preis gezahlt ist, hat ihn der Unternehmer zu erstatten. Auf die Erstattung ist § 327n Abs. 4 S. 2 bis 5 entsprechend anzuwenden.“

### **25. § 327q Abs. 2 BGB-E**

Es sollte das Kündigungsrecht des Unternehmers als Regelfall angesehen werden, da das vertragliche Äquivalenzverhältnis im Fall des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung oder des Widerspruchs gegen eine weitere Verarbeitung der personenbezogenen Daten auf jeden Fall beeinträchtigt wird. Daher: „... außer wenn ihm ... die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum vereinbarten Vertragsende oder bis zum Ablauf einer gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist zugemutet werden kann.“

### **26. § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB-E**

Die Norm bringt nicht zum Ausdruck, dass die Richtlinie verlangt, der triftige Grund müsse im Vertrag angegeben sein (Art. 19 Abs. 1 Buchst. a, Erwägungsgrund 75 S. 1 Digitale-Inhalte-RL). Sie sollte daher geändert werden in: „der Vertrag diese Möglichkeit vorsieht und einen triftigen Grund dafür enthält“.

### **27. § 312r Abs. 2 S. 1 BGB-E**

Es muss eine Ausnahme für den Fall aufgenommen werden, dass die Beeinträchtigung der Zugriffsmöglichkeit oder der Nutzbarkeit nur unerheblich ist. Nach Art. 19 Abs. 1 Buchst. d Digitale-Inhalte-RL unterliegt der Unternehmer nur „in den in Abs. 2 genannten Fällen“ einer erweiterten Informationsobliegenheit. Art. 19 Abs. 2 Digitale-Inhalte-RL gilt aber nicht in Fällen einer bloß geringfügigen Beeinträchtigung. Daher muss die Ausnahme des § 327r Abs. 3 S. 4 BGB-E auf § 312 Abs. 2 BGB-E erstreckt werden.

### **28. § 327r Abs. 4 S. 1 BGB-E**

Es muss heißen: „... wenn dem Verbraucher die Zugriffsmöglichkeit *und* die Nutzbarkeit des unveränderten digitalen Produkts ohne zusätzliche Kosten erhalten bleiben“ (vgl. Art. 19 Abs. 4 Digitale-Inhalte-RL).

### **29. § 327t BGB-E**

Die Vorschrift ist schwer verständlich und hat keinerlei eigenständigen sachlichen Gehalt. Insbesondere ist unklar, worauf sich „ergänzend“ bezieht. Sie sollte ersatzlos gestrichen werden.

### **30. § 327u Abs. 1 S. 1 BGB-E**

Der Verweis auf den „Anspruch des Verbrauchers nach § 327c Abs. 1 S. 1 BGB-E“ ist verfehlt, da § 327c Abs. 1 S. 1 BGB-E keinen Anspruch gewährt, sondern ein Recht zur Vertragsbeendigung. Es ist unklar, was gemeint ist: Die Kosten, die dem Unternehmer entstehen, um das digitale Produkt dem Verbraucher bereitzustellen, obwohl er es nicht von seinem Vertriebspartner erhalten hat, also die Kosten eines Deckungsgeschäfts? Oder die Kosten, die dem Unternehmer infolge einer Beendigung des Vertrags durch den Verbraucher entstehen?

### **31. § 327u Abs. 2 BGB-E**

a) Die Regelungstechnik weicht von derjenigen des § 445b BGB ab, der den Lauf der Verjährung ab Ablieferung der Sache an den Unternehmer und eine Ablaufhemmung für zwei Monate nach dem Zeitpunkt vorsieht, in dem der Unternehmer die Ansprüche des Verkäufers erfüllt hat. Ein Grund hierfür ist nicht ersichtlich.

b) Wie in § 327u Abs. 1 BGB-E ist unklar, worauf sich der Verweis auf die „Ansprüche des Verbrauchers nach § 327c Abs. 1 S. 1 BGB-E“ bezieht.

### **32. § 327u Abs. 3 BGB-E**

Da nicht auf § 327k Abs. 3 und 4 BGB-E verwiesen wird, kommt dem Unternehmer die Beweislastumkehr offensichtlich auch dann zugute, wenn er ihr wegen § 327k Abs. 3 BGB-E im Verhältnis zum Verbraucher nicht unterworfen ist. Das ist nicht angemessen. § 327u Abs. 3 BGB-E sollte daher auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Beweislastumkehr im Verhältnis zum Verbraucher zur Anwendung kommt.

### **33. § 453 BGB-E und § 475a Abs. 1 BGB-E**

Der unterschiedliche Standort für die sehr ähnlichen Regelungen sollte überdacht werden. Es scheint vorzugswürdig, beide in einem neuen § 453a zusammenzufassen.

### **34. § 475a Abs. 2 BGB-E**

Ein Kaufvertrag über eine Sache, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Sache ihre Funktionen auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann, ist kaum vorstellbar. Denn wenn die Sache eine bestimmte Funktion nach dem Vertragsinhalt aufweisen muss, die durch das digitale Produkt ermöglicht wird, dann kann sie eine ihrer Funktionen nicht ohne das digitale Produkt erfüllen und fällt damit nicht unter § 475a Abs. 2 BGB-E. Die Norm erfasst damit insbesondere solche Sachen *nicht*, die nur zur Erfüllung von Zusatz-Funktionen ein digitales Produkt enthalten oder mit ihm verbunden sind, wie z. B. ein mit einem elektronischen Navigationssystem ausgestattetes Kraftfahrzeug. Nur wenn das digitale Produkt eine Funktion ermöglicht, die vertraglich nicht geschuldet wird, kommt § 475a Abs. 2 BGB-E zur Anwendung. Dann aber wird das digitale Produkt als „Zugabe“ gegeben, und die Digitale-

Inhalte-RL ist nicht anwendbar. Es ist auch schwerlich angemessen, den Unternehmer in diesem Fall der strengen Haftung der §§ 327 ff. BGB-E zu unterwerfen. Die Norm sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

### **35. § 516a BGB-E**

Die Bereitstellung eines digitalen Produkts im Gegenzug für die Bereitstellung personenbezogener Daten wird im Allgemeinen keine Schenkung sein, insbesondere wenn man – wie oben unter 2. ausgeführt – die rein faktische Bereitstellung personenbezogener Daten für § 327 Abs. 3 BGB-E nicht genügen lässt. § 516a BGB-E kommt daher allenfalls in extremen Ausnahmefällen zur Anwendung. Es sollte die Streichung der Norm erwogen werden, um das Missverständnis zu vermeiden, derartige Verträge seien meist oder in der Regel als Schenkung anzusehen.

## **III. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags**

### **1. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB-E**

Der Ausdruck „die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“ sollte durch „die im Vertrag vereinbarte Verwendung“ ersetzt werden. Die Formulierung lehnt sich an diejenige in § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB an. Diese wurde gewählt, weil offengelassen werden sollte, ob es sich um eine vertragliche Vereinbarung handelt oder ob es um Vorstellungen der Parteien im Vorfeld des Vertrags geht.<sup>16</sup> Art. 6 Buchst. b Warenkauf-RL verlangt aber nun eine Zustimmung des Verkäufers zu dem ihm vom Verbraucher zur Kenntnis gebrachten Zweck. Es besteht daher kein Grund mehr, nicht eine Vereinbarung des Zwecks zu verlangen.<sup>17</sup>

### **2. § 434 Abs. 2 S. 2 BGB-E**

Nach § 434 Abs. 2 S. 2 BGB-E gehören zu der Beschaffenheit auch die Funktionalität, die Kompatibilität und die Interoperabilität. Diese Begriffe werden in § 327e Abs. 2 S. 2 bis 4 BGB-E legaldefiniert als bestimmte Fähigkeiten eines digitalen Produkts. Da § 434 BGB-E aber nur bei Verbrauchsgüterkäufen auf digitale Produkte – als Teil von Waren mit digitalen Elementen – angewendet wird, sollte auch nur bei den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf auf die Funktionalität, die Kompatibilität und die Interoperabilität verwiesen werden. Etwas anderes gälte nur, wenn – wie unter 6. vorgeschlagen – die Regelungen über Sachen mit digitalen Elementen in das allgemeine Kaufrecht verschoben würden.

### **3. § 434 Abs. 3 S. 2 BGB-E**

Bezüglich des Verweises auf die Funktionalität und Kompatibilität gelten die Ausführungen zu § 434 Abs. 2 S. 2 BGB-E entsprechend.

---

<sup>16</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

<sup>17</sup> Siehe zur Parallelregelung in der Digitale-Inhalte-RL unter II.15.

#### **4. § 475 Abs. 5 BGB-E**

Die Stellung der Norm bei den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf legt nahe, dass es sich bei anderen Kaufverträgen anders verhält, dass also dort der Verkäufer nicht innerhalb angemessener Frist und auch mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Verbraucher nacherfüllen darf. Die Entwurfsbegründung führt zwar aus, dass das nicht der Fall ist<sup>18</sup>, aber die Norm gibt zumindest zu Missverständnissen Anlass. Sie sollte daher entweder ins allgemeine Kaufrecht verschoben oder gestrichen werden, da sie ohnehin nur Selbstverständlichkeiten zum Ausdruck bringt.

#### **5. § 475 Abs. 6 S. 1 BGB-E**

Die Stellung der Norm bei den Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf legt nahe, dass es sich bei anderen Kaufverträgen anders verhält, dass also dort der Käufer die Kaufsache auf seine eigenen Kosten dem Verkäufer zurückzugeben hat. Das entspricht nicht dem geltenden Recht, da die Pflicht zur Rückgabe der Kaufsache im Fall eines mangelbedingten Rücktritts nach herrschender Ansicht Holschuld ist<sup>19</sup>, und wäre auch wertungsmäßig nicht angemessen. Die Norm sollte daher in das allgemeine Kaufrecht oder sogar in die allgemeinen Vorschriften über den Rücktritt („Beruht der Rücktritt auf einer Pflichtverletzung des Rücktrittsgegners, fallen diesem die Kosten der Rückabwicklung zur Last.“) verschoben werden.

#### **6. §§ 475b und 475c BGB-E**

Der Entwurf beschränkt die Anwendbarkeit der Regelungen über den Kauf von Sachen mit digitalen Elementen auf Verbrauchsgüterkäufe. Ich rege an, zu überprüfen, ob eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf sämtliche Kaufverträge angebracht ist. Hierfür sprechen dieselben Erwägungen wie für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der §§ 327 ff. BGB-E<sup>20</sup>.

Nach dem Entwurf wird der Verkauf von Waren mit digitalen Elementen nur geregelt, wenn er von einem Unternehmer an einen Verbraucher erfolgt. Sonst besteht insofern eine Regelungslücke, die jedoch wegen der Beschränkung der §§ 475b, 475c BGB-E auf Verbrauchsgüterkäufe nicht durch eine analoge Anwendung dieser Vorschriften gefüllt werden kann. Ein solcher regelungsloser Zustand kann vermieden werden, indem §§ 475b, 475c BGB-E ins allgemeine Kaufrecht verschoben werden. Die Normen verfolgen keinen spezifisch Verbraucherschützenden Zweck und halten daher für alle Kaufverträge angemessene Regelungen bereit, sofern abweichende vertragliche Vereinbarungen möglich sind.

Speziell Verbraucherschützend ist allerdings die Mindestfrist von zwei Jahren, während der die digitalen Elemente bei dauerhafter Bereitstellung den Anforderungen des § 475b BGB-E entsprechen müssen (§ 475c Abs. 2 und 3 BGB-E). Sie sollte nur für Verbrauchsgüterkäufe gelten.

---

<sup>18</sup> BT-Drucks. 19/27424, S. 27.

<sup>19</sup> Siehe *Schall*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.11.2020, § 346 Rz. 407 ff.

<sup>20</sup> Siehe S. 2.

Die Aktualisierungspflicht des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E ist nicht angemessen, wenn der Verkäufer Verbraucher ist. Es ist deshalb insofern eine Ausnahme vorzusehen.

#### **7. § 475b Abs. 1 S. 2 und 3 BGB-E**

a) Die Definition einer Sache mit digitalen Elementen aus S. 2 und die Vermutung aus S. 3 sind bereits in § 327a Abs. 3 BGB-E enthalten. Sie sollten hier gestrichen werden.

b) Jedenfalls sollte die Vermutung lauten: „... dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst.“

#### **8. § 475c Abs. 1 S. 2 BGB-E**

a) Es muss heißen: „... so ist § 475b Abs. 4 Nr. 2 entsprechend anzuwenden“, da § 475b Abs. 4 BGB-E nur einen Satz hat.

b) § 475c Abs. 1 S. 2 BGB-E ist sachlich verfehlt. Er gestattet den Parteien, zu bestimmen, wie lang der Bereitstellungszeitraum ist, und verweist nur subsidiär auf § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E. Der Bereitstellungszeitraum kann daher – entweder aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung oder nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E – kürzer als zwei Jahre sein. § 475c Abs. 2 und 3 BGB-E schreibt aber – im Einklang mit Art. 10 Abs. 2 S. 1 Warenkauf-RL – vor, dass die digitalen Elemente auf jeden Fall mindestens zwei Jahre ab der Ablieferung der Sache vertragsgemäß sein müssen. Die digitalen Elemente müssen also unter Umständen auch dann noch vertragsgemäß sein, wenn ihre Bereitstellung gar nicht mehr geschuldet wird. Das ergibt keinen Sinn. Da an § 475c Abs. 2 und 3 BGB-E wegen der Richtlinienvorgaben nicht zu rütteln ist, muss der Bereitstellungszeitraum folglich mindestens zwei Jahre betragen. § 475c Abs. 1 S. 2 BGB-E sollte daher wie folgt geändert werden: „Haben die Parteien keine längere Frist vereinbart, gilt ein Bereitstellungszeitraum von zwei Jahren als vereinbart.“

#### **9. § 475c Abs. 3 BGB-E**

Da die Pflicht, Aktualisierungen nach § 475b Abs. 3 und 4 BGB-E bereitzustellen, Teil der Anforderungen des § 475b Abs. 2 BGB-E ist, ist die Norm neben § 475c Abs. 2 BGB-E überflüssig und sollte gestrichen werden.

#### **10. § 475d BGB-E**

a) § 475d Abs. 1 BGB-E setzt Art. 13 Abs. 4 Warenkauf-RL um, der die Folgen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache regelt. Für einen Rücktritt wegen unterbliebener Lieferung gilt Art. 18 Abs. 2 Verbraucherrechte-RL, der abweichende Voraussetzungen aufstellt. § 475d Abs. 1 BGB-E ist daher auf Fälle mangelbedingten Rücktritts beschränkt. Das sollte – so wie in § 475d Abs. 2 BGB-E – durch die Worte „einen Rücktritt wegen eines Mangels der Sache“ klargestellt werden.

b) Das allgemeine Kaufrecht unterscheidet zwischen der unberechtigten Verweigerung der Nacherfüllung (§ 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und der berechtigten Verweigerung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit (§ 440 S. 1 Var. 1 BGB). Nach § 475d Abs. 1 BGB-E sind diese Normen bei Verbrauchsgüterkäufen nicht anwendbar. An ihre Stelle tritt § 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB-E, der somit Fälle sowohl der berechtigten als auch der unbe-

rechtigten Verweigerung abdeckt.<sup>21</sup> Um Missverständnisse zu vermeiden, empfiehlt es sich, den Fall der berechtigten Verweigerung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit gesondert in § 475d Abs. 1 BGB-E aufzunehmen. Das entspricht auch besser der Warenkauf-RL, die in Art. 13 Abs. 4 Buchst. a Warenkauf-RL den Fall der berechtigten Verweigerung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit gesondert anspricht.

c) Abs. 1 und Abs. 2 sollten gleiche Formulierungen verwenden, um Missverständnisse auszuschließen. Davon geht die Begründung des Entwurfs offensichtlich aus, in der noch von § 475d Abs. 1 S. 2 BGB-E die Rede ist, der im Normtext fehlt.<sup>22</sup> Am deutlichsten ist die Formulierung in Abs. 2 S. 2. Sie sollte in Abs. 1 übernommen werden und dafür sollten dort die Worte „abweichend von § 323 Abs. 2 und § 440“ gestrichen werden.

### **11. § 475e Abs. 1 BGB-E**

Nach § 475e Abs. 1 Nr. 1 BGB-E beginnt die Verjährung wegen eines Mangels der digitalen Elemente frühestens zwei Jahre nach Ablieferung der Sache, wenn ein Bereitstellungszeitraum vereinbart wurde. Die Ansprüche des Käufers verjähren daher frühestens vier Jahre nach Ablieferung der Sache. Eine so lange Verjährung wird von Art. 10 Abs. 2 und 5 Warenkauf-RL nicht vorgeschrieben. Der Verkäufer muss nur für jeden Mangel der digitalen Elemente haften, der innerhalb von zwei Jahren oder eines längeren Bereitstellungszeitraums nach Lieferung der Waren offenbar wird. Dies ist durch die Ablaufhemmung nach § 475e Abs. 3 BGB-E auch bei einer Verjährungsfrist von zwei Jahren, die mit Ablieferung der Sache beginnt, gewährleistet. Die Verjährung sollte deshalb mit Ablieferung der Sache beginnen, aber nicht vor Ende des Bereitstellungszeitraums enden.<sup>23</sup> Das Gleiche gilt hinsichtlich einer Verletzung der Aktualisierungspflicht (§ 475e Abs. 1 Nr. 2 BGB-E).

### **12. § 475e Abs. 2 BGB-E**

Die Regelung ist überflüssig. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung frühestens mit dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Hierdurch wird gewährleistet, dass dem Verbraucher ausreichend Zeit für die Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte verbleibt. Eine Modifikation des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist daher nicht erforderlich. § 475e Abs. 2 BGB-E sollte gestrichen werden.

### **13. § 475e Abs. 4 BGB-E**

Die Regelung ist nicht sachgerecht.

Erstens stellt sich das Problem der Verjährung, nachdem der Verkäufer Maßnahmen zur Nacherfüllung durchgeführt hat, nicht nur bei Verbrauchsgüterkäufen. Es ist daher verfehlt, eine Regelung nur für Verbrauchsgüterkäufe zu schaffen.

Zweitens passt § 475e Abs. 4 BGB-E nur für die Nachbesserung, nicht aber für die Ersatzlieferung. Bei der Ersatzlieferung geht es nicht nur um die Beseitigung des „geltend

---

<sup>21</sup> BT-Drucks. 19/27424, S. 35, 36.

<sup>22</sup> BT-Drucks. 19/27424, S. 37.

<sup>23</sup> Siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 19/28174, S. 7.

gemachten Mangels“, sondern die Ersatzsache muss in jeder Hinsicht mangelfrei sein. Was gilt, wenn sie einen anderen als den geltend gemachten Mangel aufweist, regelt die Norm nicht.

Drittens ist eine Frist von zwei Monaten viel zu kurz, um es dem Verbraucher zu ermöglichen, den Mangel festzustellen und verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten. Im Fall von § 475e Abs. 3 BGB-E sieht das Gesetz ebenfalls eine Frist von zwei Monaten vor, die jedoch zusätzlich zur normalen Verjährungsfrist gilt. Die normale Verjährungsfrist, die der Gesetzgeber im Falle der erstmaligen Lieferung der Sache als angemessen angesehen hat, sollte auch für den Fall der Nacherfüllung gelten.

Alternativvorschlag:

§ 438 Abs. 2 BGB wird um folgende Sätze ergänzt:

„Im Falle der Nachbesserung beginnt die Verjährung wegen des Mangels, der Gegenstand der Nachbesserung war, und wegen im Zuge der Nachbesserung neu entstandener Mängel mit der Ablieferung der nachgebesserten Sache. Im Falle der Ersatzlieferung beginnt die Verjährung mit der Ablieferung der ersatzweise gelieferten Sache.“

#### **14. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB-E**

Der Verweis auf § 475b Abs. 5 BGB-E muss gestrichen werden. § 475b Abs. 5 BGB-E setzt Art. 7 Abs. 4 Warenkauf-RL um. Insofern gilt die Möglichkeit des Art. 7 Abs. 5 Warenkauf-RL, durch ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung eine dem Verbraucher ungünstigere Regelung zu treffen, nicht.

#### **15. § 476 Abs. 4 BGB-E**

Der Verweis auf die in Abs. 2 bezeichneten Vorschriften ergibt keinen Sinn, weil Abs. 2 keine Vorschrift bezeichnet, von der nicht abgewichen werden darf. Gemeint ist, dass auch vertragliche Gestaltungen verboten sind, durch die die Regelungen in Abs. 2 umgangen werden.

#### **16. § 477 Abs. 2 BGB-E**

Statt „während der Dauer der Bereitstellung“ sollte formuliert werden: „während des Bereitstellungszeitraums“.

#### **17. § 479 Abs. 3 BGB-E**

Es muss auch auf § 475 Abs. 3 S. 1 BGB verwiesen werden, der für den Fall der Ersatzlieferung den Anspruch des Verkäufers auf Nutzungersatz ausschließt. Denn in der Warenkauf-RL findet sich der Ausschluss des Nutzungersatzanspruchs in Art. 14 Abs. 4 Warenkauf-RL, auf den Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 Warenkauf-RL verweist.

Hamburg, den 3. Mai 2021

Professor Dr. Florian Faust, LL.M. (Univ. Michigan)

# Stellungnahme

---

zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des  
Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und  
anderer Aspekte des Kaufvertrags

(Gesetzentwurf der Bundesregierung)

Stand: 19.03.2021



## I. Einleitung

---

Die Regeln des Gewährleistungsrechts haben für den Einzelhandel große wirtschaftliche Relevanz. Pro Jahr machen Verbraucher in 23 Mio. Fällen Gewährleistungsansprüche geltend. Daraus resultiert eine Arbeits- und Sachkostenbelastung des Einzelhandels in Höhe von insgesamt 1,4 Mrd. Euro/Jahr. Wegen der Beweislastumkehr ist davon auszugehen, dass diese Summe nicht ausschließlich aufgewendet wird, um die Kaufverträge ordnungsgemäß (nach)zu erfüllen.

Aus Sicht des HDE bestand für eine Neuregelung des Kaufgewährleistungsrechts auf europäischer Ebene bereits kein Bedarf. Gerade erst sind einige wichtige Auslegungsfragen zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie höchstrichterlich geklärt worden. Die damit gewonnene Rechtssicherheit ist durch die Neuregelung nun teilweise für die Zukunft wieder beseitigt worden, weil sich eine Vielzahl neuer ungeklärter Auslegungsfragen stellt. Eine repräsentative Verbraucherbefragung des Instituts für Demoskopie Allensbach vom November 2019 hat zudem belegt, dass die Verbraucher bei der Rückgabe von Produkten ganz überwiegend positive Erfahrungen machen. 71 Prozent der Verbraucher fühlen sich durch den geltenden Rechtsrahmen hinreichend geschützt.

Die nun jedoch erforderliche Umsetzung sollte den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag entsprechend unbedingt „eins zu eins“ erfolgen. Allein die auf europäischer Ebene bereits beschlossene Verlängerung der Beweislastumkehrfrist auf ein Jahr wird für den Einzelhandel nach überschlägiger Berechnung Zusatzkosten in Höhe von ca. 130 Mio. Euro/Jahr verursachen. Neue Verpflichtungen für Händler, wie beispielsweise die Pflicht zur Bereitstellung von Updates für Waren, die eine Software enthalten, kommen hinzu.

Eine Eins-zu-eins-Umsetzung ist aber auch mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Krise dringend geboten. Der Non-Food-Einzelhandel, in dem das Gewährleistungsrecht eine besondere Bedeutung hat, gehört wegen der Anordnung der Ladenschließungen und der Geschäftsbeschränkungen zu den von der Covid-19-Krise besonders betroffenen Branchen. Die Unternehmen werden noch über einen längeren Zeitraum Krisenkredite tilgen und gleichzeitig wieder Liquidität aufbauen müssen. Zusätzliche Belastungen, wie die bereits unmittelbar aus der EU-Warenkaufrichtlinie resultierenden neuen Verpflichtungen, stellen die Unternehmen vor große Herausforderungen. Weitere Belastungen durch eine darüber hinaus gehende nationale Verlängerung der Gewährleistungsfristen würden eine Erholung im Einzelhandel daher noch zusätzlich erschweren. Das am 22.04.2020 vom Koalitionsausschuss beschlossene Belastungsmoratorium sollte auch bei der Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie unbedingt Bestand haben.

Der HDE begrüßt daher ausdrücklich, dass mit dem vorgelegten Gesetzentwurf eine „Eins-zu-eins“-Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie angestrebt wird. Daran sollte unbedingt weiter festgehalten werden, um eine übermäßige Belastung des von der Krise getroffenen Einzelhandels zu vermeiden.



An einigen Stellen sollten die Regelungen jedoch noch überarbeitet werden, um das Ziel der Eins-zu-eins-Umsetzung zu verwirklichen, ein möglichst hohes Maß an Rechtsklarheit zu erreichen und die Handhabbarkeit der neuen Vorschriften in der Praxis zu verbessern.

## II. Im Einzelnen

---

### 1. Zur Diskussion über die Gewährleistungsfrist und die Beweislastumkehr

Es ist zunächst ausdrücklich zu begrüßen, dass dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zufolge grundsätzlich die zweijährige Verjährungsfrist für die Mangelbeseitigungsansprüche beibehalten werden soll. Auf weitere Belastungen für den Einzelhandel ist angesichts der pandemiebedingten Geschäftsschließungen im Non-Food-Einzelhandel, die inzwischen allein seit der zweiten Pandemiewelle drei Monate andauern, unbedingt zu verzichten. Weder staatliche Hilfen, soweit sie überhaupt bei den betroffenen Unternehmen ankommen, noch die angebotenen Versand- oder Abholoptionen der stationären Einzelhändler können die Umsatzausfälle auch nur annähernd auffangen, die mit den angeordneten Geschäftsschließungen zur Bekämpfung des Corona-Virus verbunden sind. Aufgenommene Krisenkredite müssen in den nächsten Jahren zurückgezahlt und neue Liquidität für Investitionen in die Zukunft aufgebaut werden. Die von der Richtlinie vorgesehene zweijährige Gewährleistungszeit entspricht auch den Erwartungen der Verbraucher, so dass damit bereits ein angemessener Interessenausgleich erreicht wird.

Das gleiche gilt für die Beweislastumkehrfrist in § 477 Abs. 1 BGB-E. Mit der Frist von einem Jahr ist bereits eine Verdoppelung des bisherigen Zeitraums der Beweislastumkehr verbunden, die erhebliche Belastungen der Einzelhändler zur Folge hat. Es sollte zudem vermieden werden, die Gewährleistungsansprüche dem Charakter einer Garantie anzunähern. Durch die Beweislastumkehr wird nämlich das Vorliegen eines Sachmangels bei Übergabe der Kaufsache fingiert. Mit fortschreitendem Zeitablauf ist es jedoch immer unwahrscheinlicher, dass ein auftretender Mangel bereits bei Übergabe vorgelegen hat. Fehlgebrauch oder Abnutzung werden bei zunehmendem Zeitablauf seit Übergabe dagegen immer wahrscheinlicher. In der Praxis muss der Händler während der Beweislastumkehr aber auch in diesen Fällen nacherfüllen.

#### a) Zur Diskussion über die Gewährleistungsfrist

Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist halten wir für nicht sachgerecht und lehnen entsprechende Vorschläge daher entschieden ab.

Grundgedanke des Gewährleistungsrechts ist, dass die Kaufsache **zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs** (in der Regel bei Übergabe der Sache an den Verbraucher), mangelfrei sein soll. Der Anspruch des Käufers auf Geltendmachung der Mangelrechte unterliegt einer zweijährigen Verjährungsfrist, falls sich ein beim Kauf bereits vorhandener Mangel erst später zeigt. Zudem wird für einen bestimmten Zeitraum (nach der Warenkaufrichtlinie ein Jahr)



vermutet, dass ein Mangel, der sich in dieser Frist zeigt, bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat.

Eine weitere Verlängerung der Verjährungsfrist und des Zeitraums der Beweislastumkehr passt nicht zu diesen Grundgedanken des Gewährleistungsrechts. Die Gewährleistungsansprüche würden zunehmend den Charakter einer gesetzlichen Haltbarkeitsgarantie annehmen. Hierfür besteht kein Erfordernis.

Die heute geltende und von der Warenkauf-Richtlinie vorgesehene zweijährige Gewährleistungszeit entspricht den Erwartungen der Verbraucher. Nach einer repräsentativen Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach zu den Erfahrungen der Verbraucher mit dem Gewährleistungsrecht in der Praxis aus dem Jahr 2019 fühlen sich zwei Drittel der Befragten durch das geltende Recht ausreichend geschützt. Lediglich 13 Prozent antworteten, dass dies nicht der Fall sei.

Daneben übernehmen Hersteller und Händler im Wettbewerb bereits freiwillig zusätzliche Garantien für die Haltbarkeit ihrer Produkte. Zudem gibt es auch Angebote, mit denen Verbraucher sog. Anschlussgarantien abschließen können. Verbraucher haben letztlich die Wahl zwischen verschiedenen Angeboten am Markt, die unterschiedlichen Bedürfnissen entsprechen. Ein Handlungsbedarf, den Gewährleistungszeitraum zu verlängern, besteht nicht. Dies gilt auch deshalb, weil 60 Prozent der Verbraucher nach der o. g. Verbraucherbefragung des Instituts Allensbach nicht bereit sind, für eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist einen höheren Preis zu zahlen. Dazu wären demnach lediglich 19 Prozent der Befragten bereit. In verschiedenen wissenschaftlichen Untersuchungen (z. B. Eger, Thomas: Einige ökonomische Aspekte der Europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und ihrer Umsetzung in deutsches Recht) wird aber davon ausgegangen, dass eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist zwingend mit Kostenwirkungen verbunden ist. Damit widerspricht eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist den Wünschen der ganz überwiegenden Mehrheit der Verbraucher.

Unterschiedliche Regelungen zum Gewährleistungsrecht in den Mitgliedstaaten behindern zudem den grenzüberschreitenden Handel im europäischen Binnenmarkt, wie Erwägungsgrund 7 der Warenkaufrichtlinie richtig feststellt.

### **b) Zu den Forderungen nach einer Nutzungs- oder Lebensdauergarantie**

Auch eine teilweise geforderte Nutzungs- oder Lebensdauergarantie lehnen wir aus grundsätzlichen Erwägungen ab. Sie würde zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und einer Vielzahl unerwünschter Effekte führen. Es hängt elementar von der Nutzungsfrequenz und -intensität sowie der Behandlung eines Produktes nach dem Kauf (z. B. im Hinblick auf Pflege, Wartung, Lagerung) ab, wie lange ein Produkt ordnungsgemäß funktioniert. Eine pauschale Angabe der Lebensdauer in Jahren ist daher nicht möglich.

Die Begründungsversuche für die Lebensdauergarantie deuten darauf hin, dass über eine verpflichtende Herstellergarantie eine längere Lebensdauer der Produkte und eine Verbes-



serung der Produktqualität erzwungen werden soll. Tatsächlich hat eine Untersuchung des Öko-Instituts im Auftrag des Umweltbundesamtes jedoch ergeben, dass kürzere Nutzungsdauern von Waren häufig nicht produktbedingt sind, sondern durch Präferenzen des Verbrauchers bestimmt werden (Prakash u. a., Einfluss der Nutzungsdauer von Produkten auf ihre Umweltwirkung: Schaffung einer Informationsgrundlage und Entwicklung von Strategien gegen „Obsoleszenz“, 2016, S. 282). Gründe hierfür können technische Fortschritte bei neuen Geräten sein, z. B. zusätzliche Funktionen oder ein geringerer Energieverbrauch, oder auch ein moderneres Design. Sogar bei einem Drittel der Haushaltsgroßgeräte lag bei dem Austausch kein Defekt vor, sondern war der Wunsch nach einem neuen Gerät ausschlaggebend. In der Studie wird auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es wegen höheren Materialeinsatzes und der Bereithaltung von Ersatzteilen zu negativen ökologischen Auswirkungen kommen kann, wenn Produkte auf Langlebigkeit ausgelegt sind, diese aber vorzeitig ersetzt werden.

Zudem würden solche Vorgaben zur Lebensdauer einen erheblichen Eingriff in die Freiheit des Herstellers bei der Produktentwicklung- und -gestaltung mit sich bringen und die Wahlmöglichkeiten für Verbraucher erheblich einschränken. Diese entscheiden sich teilweise je nach beabsichtigter Verwendung ganz bewusst für ein günstiges Produkt, an das sie auch geringere Erwartungen haben. So werden elektrische Werkzeuge (z. B. Bohrmaschine, Handkreissäge) von vielen Menschen nur sehr selten benutzt und es macht keinen Sinn, ein teures Gerät anzuschaffen, das gleichzeitig auch den nutzungsintensiven Anforderungen eines Hobby-Handwerkers oder gar eines Profis standhalten muss.

Die teilweise vorgetragene Idee, der Verkäufer solle eine Nutzungs- oder Lebensdauer bestimmen, ist realitätsfern. Der Verkäufer verfügt nicht über die notwendigen Informationen, um die Lebensdauer eines Produkts zu beurteilen und dementsprechend eine verpflichtende Aussage über eine Lebensdauergarantie zu treffen. Er kann die dafür erforderlichen aufwendigen Tests nicht selbst durchführen, volkswirtschaftlich wäre ein derartiges Vorgehen in höchstem Maße ineffizient. Der Verkäufer ist auch für die Lebensdauer der Produkte nicht verantwortlich, sondern der Hersteller. Daher wäre eine Pflicht für den Verkäufer, eine Garantieaussage zu treffen oder auch für eine Garantieaussage des Herstellers zu haften, nicht sachgerecht.

Auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten ist der Vorschlag, dass Hersteller Lebensdauern ihrer Produkte angeben sollten, bedenklich. Hersteller, die sich lauter verhalten, müssten umfangreiche und kostenintensive Tests durchführen, um die Lebensdauer zu ermitteln. Da diese Tests auch viel Zeit in Anspruch nehmen, würde die Innovation gebremst, weil die Entwicklung eines neuen Produkts mehr Zeit in Anspruch nimmt. Unlautere Wettbewerber, die eine Aussage "ins Blaue hinein" treffen, könnten die Kosten einsparen, möglicherweise längere Lebensdauern angeben und Produkte schneller auf den Markt bringen und sich auf diese Weise Wettbewerbsvorteile verschaffen. Da die Aussagen aufgrund der mit Lebensdauererests verbunden hohen Kosten weder behördlich noch von Mitbewerbern untersucht werden könnten, wäre das Risiko für sich unlauter verhaltende Anbieter gering. Der Nutzen für Verbraucher wäre ebenso gering, im Gegenteil würde die Gefahr einer Irreführung der Verbraucher steigen.



### c) Zur Verjährung wegen eines Mangels am digitalen Element, § 475e Abs. 1 BGB

Nach der Regelung des § 475e Abs. 1 BGB-E soll die zweijährige Verjährungsfrist bei Sachen mit digitalen Elementen wegen eines Mangels an dem digitalen Element erst mit Ablauf des Zeitraums der Aktualisierungspflicht bzw. des Bereitstellungszeitraums **beginnen** und danach noch die üblichen zwei Jahre betragen. Damit geht der Gesetzentwurf der Bundesregierung ganz erheblich über die Vorgaben der Warenkaufrichtlinie hinaus.

Dabei richtet sich der Aktualisierungszeitraum selbst nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E nach den objektiven Verbrauchererwartungen. Diese Regelung beruht zwar auf einer Vorgabe der Warenkaufrichtlinie, die jedoch so abstrakt und auslegungsbedürftig ist, dass sich der Zeitraum, für den Aktualisierungen bereitzustellen sind, für die einzelnen Produkte in der Praxis derzeit kaum bestimmen lässt.

Zu diesem unklaren Zeitpunkt die Verjährung für die Aktualisierungen erst beginnen zu lassen, verschärft die Rechtsunsicherheit weiter und führt dazu, dass Verkäufer nicht in der Lage sind, den Gewährleistungszeitraum für die Aktualisierungen zu bestimmen.

Die Warenkaufrichtlinie sieht diese Verlängerung nicht vor. Im Gegenteil regelt diese, dass die Verjährungsfrist den Aktualisierungszeitraum lediglich nicht verkürzen darf. Nach den Erwägungsgründen 30 und 31 sollen Aktualisierungen dafür sorgen, dass Waren mit digitalen Inhalten wegen des sich wandelnden digitalen Umfeldes für einen Zeitraum, den der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, so funktionieren wie zum Zeitpunkt der Lieferung. Auch bei den Aktualisierungsverpflichtungen stellt die Richtlinie also auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ab. Zudem stellt die Richtlinie in Erwägungsgrund 31 im Grundsatz darauf ab, dass der Verbraucher normalerweise erwarten kann, Aktualisierungen zumindest so lange zu erhalten, wie der Zeitraum andauert, in dem der Verkäufer für Vertragswidrigkeiten haftet. In einigen Fällen kann der Zeitraum der Richtlinie zufolge zwar danach auch länger sein. Dieser grundsätzlich angestrebte Gleichlauf von Aktualisierungszeitraum und Haftung für die Vertragswidrigkeit spricht jedoch dagegen, dass die Verjährung erst mit Ablauf des Aktualisierungszeitraums beginnen soll. Auch Art. 10 Abs. 5 WK-RL verlangt dies nicht. In Bezug auf die Aktualisierungspflicht würde eine Ablaufhemmung nach der letzten Aktualisierung dafür sorgen, dass die Rechte des Verbrauchers vollumfänglich zur Geltung kommen.

Daher sollte die Verjährung auch im Hinblick auf die Aktualisierungsverpflichtung mit Ablieferung der Sache beginnen. Entsprechend könnten zum Ende der Verjährungsfrist Regelungen geschaffen werden, die sicherstellen, dass die Verjährung im Hinblick auf das digitale Element nicht vor Ende des Aktualisierungszeitraums eintritt und den Anforderungen des Art. 10 Abs. 5 WK-RL durch eine zweimonatige Ablaufhemmung Rechnung getragen wird. Entsprechendes gilt für andere Mängel an dem digitalen Element.



#### **d) Zu den Ablaufhemmungen des § 475e Abs. 3 und 4 BGB-E**

In § 475e Abs. 3 und 4 BGB-E werden Ablaufhemmungen eingeführt, so dass die Verjährung frühestens zwei Monate, nachdem sich ein Mangel innerhalb der Verjährungsfrist gezeigt hat, endet. Auch im Falle einer Nachbesserung oder wenn der Verbraucher auf Veranlassung des Verkäufers eine Garantieleistung in Anspruch nimmt, tritt die Verjährung dem Gesetzentwurf zufolge frühestens zwei Monate, nachdem der Verkäufer die Sache zurückerhalten hat, ein. Aus Sicht des HDE stellt die Vorschrift einen gelungenen Ausgleich der Interessen des Verbrauchers und des Verkäufers dar. Der Zeitraum von zwei Monaten, der für die Geltendmachung des Mangels bzw. die Prüfung der Ware im Fall der Nacherfüllung zusätzlich eingeräumt wird, ist angemessen, aber auch ausreichend.

## **2. Zum Regelungsstandort**

Aus Sicht des HDE sollten die zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie erforderlichen Änderungen im Kaufrecht ganz überwiegend in den besonderen Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf vorgenommen werden. Der Anwendungsbereich sollte auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt bleiben, wie es der Gesetzentwurf der Bundesregierung vorsieht.

Nach Art. 3 Abs. 1 gilt die Warenkaufrichtlinie ausdrücklich nur für Verträge zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer. Daher sind in die Richtlinie eine Reihe von Erwägungen zum Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher aufgenommen worden, die nicht ohne weiteres auf den Geschäftsverkehr zu übertragen sind. Vielmehr sind Unternehmer nicht in gleichem Maße schutzbedürftig wie Verbraucher. Sie verfügen grundsätzlich über eine größere Erfahrung im Geschäftsverkehr, so dass die mit den verbraucherschützenden Vorschriften oft einhergehende Vertragsfreiheit in diesen Vertragsbeziehungen nicht gerechtfertigt ist. Daher lehnt der HDE die Übertragung von verbraucherschützenden Vorschriften auf B2B-Geschäfte grundsätzlich und auch in diesem konkreten Fall ab. In Vertragsverhältnissen zwischen Unternehmern sollte es den beteiligten Parteien freistehen, die jeweiligen Regelungen vertraglich zu gestalten. Gerade bei der IT-Ausstattung von Unternehmen werden im Hinblick auf Aktualisierungen regelmäßig andere Regelungen getroffen, als sie in der Warenkauf-Richtlinie vorgesehen sind, da bei Unternehmen – im Gegensatz zu Verbrauchern – regelmäßig gesonderte Wartungsverträge mit IT-Dienstleistern bestehen. Die Regelung der Aktualisierungspflichten im allgemeinen Kaufrecht würde in diese Vertragsverhältnisse eingreifen und die Wartung der Unternehmens-IT mit verschiedenen Ansprechpartnern erheblich komplizieren. Zudem würden Ineffizienzen entstehen, wenn die Kosten für die Beschaffung der IT-Ausstattung durch gesetzliche Vorgaben steigen und andererseits die Kosten der laufenden Wartung, wie es zu erwarten wäre, nicht im gleichen Umfang sinken würden.

Daher ist der im Gesetzentwurf der Bundesregierung gewählte Ansatz, die Vorschriften zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie auf den Verbrauchsgüterkauf zu begrenzen und folglich auch in den besonderen Vorschriften für den Verbrauchsgüterkauf zu regeln, richtig und zu begrüßen.



### 3. Zum Sachmangelbegriff, § 434 BGB-E

Die Vorgaben der Warenkaufrichtlinie für den Sachmangelbegriff sind in § 434 BGB und damit im allgemeinen Kaufrecht umgesetzt. Insoweit regen wir drei Änderungen an:

- Nach § 434 Abs. 1 BGB in der Fassung des Gesetzentwurfs soll zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie eine Änderung des Mangelbegriffs erfolgen. Bisher ist die Vereinbarung der Parteien über die Beschaffenheit vorrangig für die Frage, ob ein Mangel vorliegt. Nur wenn keine Vereinbarung vorliegt, sind nachrangig die objektiven Anforderungen ausschlaggebend. Künftig sollen gleichrangig sowohl die subjektiven als auch die objektiven Anforderungen an die Sache maßgeblich sein für die Frage, ob die Sache mangelhaft ist. Eine Abweichung hiervon ist nach § 476 BGB im Verbrauchsgüterkauf nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Wir begrüßen daher den klarstellenden Hinweis auf die Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung in § 434 Abs. 3 BGB. Mit der Klarstellung ist den Bedenken, die der HDE in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf geäußert hat, hinreichend Rechnung getragen worden.

Weitergehende abweichende Regelungen für das B2B-Verhältnis halten wir nicht für erforderlich. Aus Sicht des HDE sollte im Hinblick auf den Lieferantenregress insbesondere vermieden werden, dass der gesetzliche Mangelbegriff des § 434 BGB bei Verbraucherprodukten in den B2B-Geschäften der Lieferkette und beim Vertrag mit dem Verbraucher auseinanderfällt.

- § 434 Abs. 4 Nr. 2 BGB-E regelt, dass eine Sache den Montageanforderungen entspricht, wenn diese zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Montage durch den Verkäufer noch auf einem Mangel in der vom Verkäufer übergebenen Anleitung beruht.

Dies könnte so verstanden werden, dass bei jeder unsachgemäßen Montage zunächst grundsätzlich von einem Mangel ausgegangen wird und es dem Verkäufer generell obliegen soll, die Mangelfreiheit der Montageanleitung oder deren fehlende Kausalität darzulegen und zu beweisen. Von der Formulierung des Gesetzentwurfs könnten danach zunächst sogar sog. Hacks erfasst sein, also Montagen, die vom Hersteller oder Verkäufer gar nicht vorgesehen sind und nicht dem Verwendungszweck entsprechen. Der Gesetzesbegründung zufolge soll der Gesetzestext der Regelung des bisherigen § 434 Abs. 2 BGB entsprechen, die eine solche Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nicht vorsieht. Die in der Begründung (Seite 23 unten) gewählte Formulierung, dass die Kaufsache mangelhaft ist, wenn „b) die vom Käufer vorzunehmende Montage von diesem getätigt worden ist und die unsachgemäße Montage auf einem Mangel in der vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Anleitung zurückzuführen ist“, ist insoweit klarer und entspricht eher der geltenden Regelung des § 434 Abs. 2 BGB.



- Die Warenkaufrichtlinie gibt in Art. 5 vor, dass die Waren nur soweit anwendbar die subjektiven, objektiven und Montageanforderungen erfüllen müssen. Diese Einschränkung findet sich in § 434 BGB-E nicht wieder. Der Wortlaut kann so verstanden werden, dass alle Waren stets sowohl den subjektiven, objektiven als auch den Montageanforderungen entsprechen müssen, obwohl es eine Vielzahl von Waren gibt, für die sich keine sinnvollen Montageanforderungen aufstellen lassen oder für die eine Montage nicht vorgesehen ist. Zudem werden oftmals gerade im Verbrauchsgüterkauf keine subjektiven Anforderungen vereinbart. Daher sollte unserer Ansicht nach klargestellt werden, dass die subjektiven Anforderungen nur als Maßstab heranzuziehen sind, wenn eine entsprechende Vereinbarung vorliegt, und Montageanforderungen nur zu berücksichtigen sind, wenn auch eine Montage erforderlich und vom Verkäufer vorgesehen ist.

#### **4. Streichung der Begrenzung des Regressanspruchs, § 445b Abs. 2 S. 2 BGB-E**

Die beabsichtigte Streichung des § 445 Abs. 2 S. 2 BGB, mit der die Ablaufhemmung für Regressansprüche des Verkäufers auf maximal fünf Jahre ab Ablieferung der Sache durch den Lieferanten an den Verkäufer begrenzt ist, um den Lieferantenregress vollumfänglich sicherzustellen, wird ausdrücklich begrüßt. Auch im Übrigen ist aus Sicht des HDE von sehr großer Bedeutung, dass der Lieferantenregress vollumfänglich sichergestellt wird.

#### **5. Zur Aktualisierungspflicht, § 475b Abs. 4 BGB-E**

Die neuen Aktualisierungsverpflichtungen müssen praktikabel gestaltet werden. Da der Einzelhändler nicht über die notwendigen technischen Möglichkeiten für Updates verfügt, er deren Erforderlichkeit nicht beurteilen kann und insofern von Herstellerinformationen abhängig ist, sollte der Anspruch des Verbrauchers gegen den Einzelhändler mit einem direkten Anspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller ergänzt werden. Dies wünscht sich nach einer repräsentativen Befragung des Instituts für Demoskopie Allensbach (Gewährleistungsrechte in der Praxis, 2019) auch ein großer Teil der Verbraucher (40 Prozent).

Die Informationspflichten über „Updates“ müssen vom Händler unbürokratisch gegenüber den Verbrauchern erbracht werden können. Hierzu sollte z. B. eine klare, eindeutige und leicht auffindbare Information auf der Homepage des Händlers ausreichen. Eine Verpflichtung des Händlers, den Kunden persönlich anzusprechen, ist in der Praxis dagegen nicht umsetzbar. Insbesondere stationären Einzelhändlern liegen die Namen und Adressen der Kunden nämlich nicht vor. Dies sollte im Umsetzungsgesetz berücksichtigt werden.

#### **6. Zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB-E**

§ 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB-E führt ein neues sofortiges Rücktrittsrecht ein, wenn ein „schwerwiegender“ Mangel vorliegt. Die Einführung dieses sofortigen Rücktrittsrechts durch Art. 13



Abs. 4 c) Warenkaufrichtlinie sehen wir sehr kritisch, da es den Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung schwächt.

Der im Umsetzungsgesetz gewählte Begriff des „schwerwiegenden“ Mangels folgt zwar dem Wortlaut der Richtlinie, wird aber zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und Streitigkeiten in den Vertragsbeziehungen führen. Auch die Gesetzesbegründung räumt ein, dass in der Praxis eine „Abwägung der widerstreitenden Interessen von Käufer und Verkäufer im Einzelfall“ erforderlich sein wird. Die Festlegung der Voraussetzungen für die Abwägung wird bewusst der Rechtsprechung überlassen. Dies ist aber für die Praxis völlig unbefriedigend.

Die geplante Lösung könnte dazu führen, dass die Einzelhändler zur Vermeidung von Rechtstreitigkeiten den Rücktritt immer akzeptieren, wenn der Kunden diesen wegen eines Mangels geltend macht. Nur bei besonders hochwertigen Gütern mag es in Einzelfällen zur gerichtlichen Klärung kommen. Wir sehen die Gefahr, dass mit dieser Regelung ein allgemeines Umtauschrecht bei Vorliegen eines (nicht offensichtlich völlig unbedeutenden) Sachmangels eingeführt werden könnte.

Um Rechtssicherheit zu gewährleisten, besteht der Bedarf klarzustellen, dass über den Mangel und die damit einhergehende Beeinträchtigung der Funktion hinaus besondere Umstände vorliegen müssen, die einen sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Daher sollte unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 52 klargestellt werden, dass ein schwerwiegender Mangel vorliegt, wenn der Käufer wegen des Mangels kein Vertrauen in die Fähigkeit des Verkäufers, den vertragsgemäßen Zustand im Rahmen der Nacherfüllung herzustellen, haben kann. § 475d Abs. 1 Nr. 3 BGB-E könnte dementsprechend wie folgt formuliert werden:

*„der Mangel derart schwerwiegend ist, dass der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist; dies ist der Fall, wenn der Käufer wegen der Art des Mangels kein Vertrauen in die Fähigkeit des Verkäufers haben kann, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen,“*

## **7. Zur Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen, insbesondere bei gebrauchten Waren, § 476 Abs. 2 BGB-E**

Zunächst begrüßen wir, dass ab dem 01.01.2022 wieder von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden können soll, die Verjährungsfrist und nicht nur die Haftungsfrist für gebrauchte Waren auf ein Jahr verkürzen zu dürfen.

Die hohen formellen Anforderungen an die Wirksamkeit der Vereinbarung der verkürzten Verjährungsfrist sehen wir jedoch sehr kritisch. Danach muss der Verbraucher vor der Abgabe seiner Erklärung von der Verkürzung der Verjährungsfrist eigens in Kenntnis gesetzt werden und die Verkürzung muss im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart werden.

Damit sollen die gleichen Vorgaben gelten wie für eine Abweichung von den objektiven Anforderungen beim Kauf einer neuen Sache. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass davon ausgegangen wird, dass eine Verkürzung der Aktualisierungspflicht dieser formalen



Anforderungen bedarf, weil diese gerade nicht von Art. 10 Abs. 6 WK-RL erfasst wird und unterschiedliche Anforderungen für die Verkürzung der Verjährungsfrist und die Verkürzung der Aktualisierungsfrist vermieden werden sollen.

Die in § 476 Abs. 2 S. 2 BGB-E vorgesehenen Anforderungen an die Vereinbarung würden jedoch auch bei gebrauchten Waren erforderlich, die über keine digitalen Elemente verfügen wie z. B. Möbel und einfache elektrische Geräte. In diesen Fällen würden die hohen Anforderungen an die Vereinbarkeit einer kürzeren Verjährungsfrist die Marktfähigkeit von gebrauchten Produkten beeinträchtigen, die unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten gerade gewünscht wird.

Wir möchten auch darauf hinweisen, dass die beiden Sätze des § 476 Abs. 2 BGB-E jeweils unterschiedliche Vereinbarungen meinen, was zu Verständnisproblemen führen kann. Während die Vereinbarung in Satz 1 die unzulässige Vereinbarung meint, stellt Satz 2 die Bedingungen für die zulässige Vereinbarung auf. Gleichwohl beginnt Satz 2 mit den Worten „Die Vereinbarung...“, so dass sich zunächst der Eindruck eines Widerspruchs ergibt, der nicht intendiert ist.

### III. Fazit

---

Der HDE begrüßt, dass die Bundesregierung eine „Eins-zu-eins“-Umsetzung der Warenkauf-richtlinie vorschlägt. Dies ist angesichts der Belastungen für den Einzelhandel, die sich bereits aus der umzusetzenden Warenkauf-Richtlinie ergeben, und aufgrund der noch über Jahre hinaus fortbestehenden Auswirkungen der Corona-Pandemie von großer Bedeutung für den Einzelhandel.

Eine Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist, der Beweislastumkehr oder die Bestimmung von Nutzungs- bzw. Lebensdauern, während derer der Verkäufer vollumfänglich für die Funktionsfähigkeit eines Produktes haften soll, lehnen wir entschieden ab.

Folgende Änderungen schlagen wir vor:

- Im Hinblick auf den Mangelbegriff des § 434 BGB sollte klargestellt werden, dass die subjektiven Anforderungen und die Montageanforderungen nur maßgeblich sind, wenn eine Vereinbarung getroffen wurde bzw. eine Montage erforderlich ist.
- Im Hinblick auf die Aktualisierungspflicht plädieren wir ergänzend zum Anspruch gegen den Händler für einen direkten Anspruch gegen den Hersteller. Die Informationspflicht sollte so ausgestaltet werden, dass eine klare, eindeutige und leicht auffindbare Information auf der Homepage des Händlers ausreicht.
- Die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 475d Abs. 1 Nr.3 BGB-E sollte so konkretisiert werden, dass ein schwerwiegender Mangel nur vorliegt, wenn der Käufer wegen des Mangels kein Vertrauen in die Fähigkeit des Verkäufers, den vertragsgemäßen Zustand im Rahmen der Nacherfüllung herzustellen, haben kann.



- Auch wegen eines Mangels am digitalen Element sollte die Verjährungsfrist bereits mit Gefahrübergang beginnen. Ein Verjährungsbeginn erst nach Ende des Aktualisierungs- bzw. Bereitstellungszeitraums erfordert die Warenkaufrichtlinie unserer Auffassung nach nicht. Um die Anforderungen der Warenkaufrichtlinie zu erfüllen, würde es ausreichen, im Hinblick auf die digitalen Elemente ergänzend festzulegen, dass die Verjährung nicht vor Ablauf des Aktualisierungs- bzw. Bereitstellungszeitraums eintritt. Ggfs. kann auch hier eine Ablaufhemmung vorgesehen werden.
- Die formellen Anforderungen an eine Vereinbarung zur Verkürzung der Verjährungsfrist bei gebrauchten Waren auf ein Jahr sollten abgesenkt werden, um die Marktfähigkeit gebrauchter Produkte nicht zu beeinträchtigen.

# WARENKAUF IM DIGITALEN ZEIT- ALTER ANGEKOMMEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (vzbv) anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses Recht und Verbraucherschutz am 05.05.2021 zum Gesetzentwurf zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

26. April 2021

## Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Team

Recht und Handel

Rudi-Dutschke-Straße 17

10969 Berlin

recht-und-handel@vzbv.de

# INHALT

<b>I. ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>3</b>
<b>II. GEWÄHRLEISTUNGSDAUER</b>	<b>5</b>
1. Problem: Zweijährige Gewährleistungsdauer ist zu kurz .....	5
2. Lösung: Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte .....	6
<b>III. BEWEISLASTUMKEHR</b>	<b>9</b>
1. Problem: Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf ist zu kurz .....	9
2. Lösung: Dauer der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf auf zwei Jahre verlängern .....	9
<b>IV. UPDATE-PFLICHT</b>	<b>10</b>
1. Gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einführen .....	10
2. Dauer der Erwartbarkeit von Updates konkretisieren .....	11
3. Trennung der verschiedenen Update-Arten.....	12
<b>V. ABDINGBARKEIT UND GARANTIEN</b>	<b>13</b>
1. Abdingbarkeit .....	13
1.1 Von objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit.....	14
1.2 Von der Update-Pflicht .....	14
1.3 Beobachtung der künftigen Praxis .....	14
2. Garantien .....	15

# I. ZUSAMMENFASSUNG

Der Erwerb von Waren - insbesondere mit digitalen Elementen - ist heutzutage ein wichtiger Bestandteil des Verbraucheralltags sowie der deutschen und internationalen Wirtschaft. Entsprechend wichtig sind gute Regelungen für die Rechte von Verbraucherinnen und Verbrauchern<sup>1</sup> für Produkte, einschließlich Produkte mit digitalen Elementen. Die Warenkauf-Richtlinie (WKRL)<sup>2</sup>, im Folgenden WKRL, und die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL)<sup>3</sup>, im Folgenden DIRL, schaffen erstmals einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen für den Erwerb digitaler Güter. Ihre Umsetzung in deutsches Recht ist daher ein wichtiger Schritt zur Verbesserung des Verbraucherschutzes in Deutschland mit Blick auf das Vertragsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer.

Auf EU-Ebene wurde die WKRL zusammen mit der DIRL verhandelt, da sich beide Richtlinien ergänzen. Die WKRL ist anwendbar beim Kauf von Waren, einschließlich Waren mit digitalen Elementen, die einen digitalen Inhalt oder eine digitale Dienstleistung benötigen, um Ihre Funktionen erfüllen zu können (zum Beispiel: Smartwatch). Die DIRL dagegen ist anwendbar für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, die unabhängig von körperlichen Waren, beispielsweise auf einem eigenen Datenträger, vertrieben werden (zum Beispiel: Antiviren-Software).<sup>4</sup> Maßgeblich für die Unterscheidung ist der zugrundeliegende Kaufvertrag; im Zweifel soll die WKRL und nicht die DIRL anwendbar sein.<sup>5</sup> Die WKRL ist ebenso wie die DIRL vollharmonisierend, lässt den Mitgliedstaaten jedoch auch einige wesentliche nationale Spielräume bei deren Umsetzung. Darüber hinaus löst die WKRL die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999<sup>6</sup> ab. Eine der wichtigsten Neuerungen der beiden Richtlinien ist aus Sicht des Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv), die Pflicht, beim Verkauf von Waren mit digitalen Elementen oder rein digitalen Inhalten, über Aktualisierungen zu informieren und diese bereitzustellen (Update-Pflicht).

Der vzbv hat zum Referentenentwurf zur Umsetzung der DIRL<sup>7</sup> am 30. November 2020 eine Stellungnahme<sup>8</sup> abgegeben. Aus Sicht des vzbv hat der deutsche Gesetzgeber

---

<sup>1</sup> Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

<sup>4</sup> Vgl. vertiefend Erwägungsgrund 13 der WKRL (EU) 2019/771

<sup>5</sup> Vgl. vertiefend Erwägungsgrund 15 der WKRL (EU) 2019/771 und Erwägungsgrund 21 der DIRL (EU) 2019/770

<sup>6</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter

<sup>7</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2\\_cid289?\\_\\_blob=publicationFile&v=3, 04.01.2021](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3, 04.01.2021)

<sup>8</sup> Vertragsrecht im digitalen Zeitalter angekommen, Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverband zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 30. November 2020, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/12/01/20-11-27\\_vzbv\\_stn\\_umsetzung\\_digitale\\_inhalte\\_rl.pdf, 30.12.2020](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/12/01/20-11-27_vzbv_stn_umsetzung_digitale_inhalte_rl.pdf, 30.12.2020)

die Regelungen gut in die deutsche Gesetzgebungssystematik übertragen. Die Einführung eines neuen Mängelbegriffs, datenschutzrechtlicher Grundsätze wie Datensparsamkeit als Konformitätskriterium sowie der Datenportabilität bei Vertragsbeendigung sind neben der Update-Pflicht wichtige Neuerungen mit Blick auf die vertragsrechtlichen Regelungen von Software. Gleichwohl sieht der vzbv insbesondere in Bezug auf die Update-Pflicht noch Verbesserungspotential und Konkretisierungsbedarf.

Zentrale Elemente sind für den vzbv in der Umsetzung der WKRL vor allem die Verlängerung der Gewährleistungsdauer, die Verlängerung der Dauer der Beweislastumkehr sowie die Update-Pflicht.

Bedauerlicherweise sind die vorliegenden Regelungsvorschläge aus Verbrauchersicht unbefriedigend. Die von der WKRL mittels Öffnungsklauseln eingeräumten Spielräume bezüglich der Verlängerung der Gewährleistungsdauer und der Beweislastumkehr wurden bisher nicht genutzt. Insoweit enthält das Gesetzesvorhaben derzeit nur das von der WKRL vorgegebene Minimum. Die eingeräumten Spielräume sind aus Verbrauchersicht besonders wichtig und müssen deshalb aus Sicht des vzbv im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens genutzt werden. Bei einer 1:1 Umsetzung darf es nicht bleiben.

Die WKRL ermöglicht den Mitgliedstaaten zum einen die Dauer der Gewährleistung, über die derzeit geltenden zwei Jahre hinaus, zu verlängern. Zum anderen kann die Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf auf zwei Jahre ausgeweitet werden. Die derzeit geltende zweijährige Gewährleistungsdauer ist für langlebige Produkte unverhältnismäßig kurz und entspricht nicht der überwiegenden Verbrauchererwartung. Die zu kurze Beweislastumkehr von derzeit einem halben Jahr führt in der Praxis zudem dazu, dass Verbraucher ihre Gewährleistungsrechte im Streitfall oftmals nicht durchsetzen. Die Verlängerung der Gewährleistungsdauer und die Verlängerung der Beweislastumkehr würden neben der Verbrauchererwartung auch dem Gedanken der Nachhaltigkeit Rechnung tragen. Insoweit würden die Verlängerungen wirtschaftliche Anreize für die Entwicklung und den Vertrieb von langlebigen und reparierbaren Produkten schaffen. Längere Gewährleistungsfristen führen zudem keineswegs ausschließlich zu Belastungen der Wirtschaft. Im Gegenteil: Sie stärken den Wettbewerb um die qualitativ besten Produkte, erhöhen das Vertrauen der Verbraucher in das jeweilige Produkt und Unternehmen und stärken die Wahlfreiheit. Von diesen wohlfahrtssteigernden Effekten profitiert letztendlich die Wirtschaft als Ganzes.

Der vzbv fordert für die Gewährleistung und die Beweislastumkehr folgende Anpassungen:

- ❖ die Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte, die sich an der Nutzungs-/Lebensdauer der Produkte orientiert: Die Nutzungs-/Lebensdauer muss gut sichtbar auf dem Produkt oder bei den Produktbeschreibungen angebracht werden.
- ❖ die Verlängerung der Beweislastumkehr von einem Jahr auf zwei Jahre beim Verbrauchsgüterkauf

Im Rahmen der Umsetzung der WKRL wird der Verkäufer nunmehr auch zur Bereitstellung von Software-Updates verpflichtet. Der Verkäufer einer Ware mit digitalen Elementen wird häufig - anders als der Hersteller – jedoch keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden. Waren mit digitalen Elementen sind zumindest die digitalen Elemente betreffend typischerweise stärker mit ihrem Hersteller verbunden als rein physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich, sodass die

Auslieferung von Updates ohne nennenswerte logistische Kosten erfolgen kann. Die Update-Pflicht sollte bei Waren mit digitalen Elementen somit genauso deren Hersteller treffen. Daneben müssen nach der WKRL Updates solange erfolgen, wie der Vertrag geschlossen wurde oder solange der Verbraucher dies erwarten kann. Insoweit ist es grundsätzlich richtig, keine festen Zeiträume vorzugeben. Dennoch sollte der deutsche Gesetzgeber weitere Kriterien zur Auslegung der Erwartungshaltung in die Gesetzesbegründung aufnehmen. Solche Kriterien wären beispielsweise, ob das zu aktualisierende Produkt noch auf dem Markt verkauft wird und folglich noch Umsätze mit dem Produkt erzielt werden. Auch eine weit verbreitete Nutzung und eine Betrachtung des Gesamtrisikos auf Nutzerseite sollten als Kriterien in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden. Im Übrigen sollten die Update-Arten, soweit technisch möglich und sinnvoll, voneinander getrennt und separat ausgeliefert werden.

Der vzbv fordert im Rahmen der Update-Pflicht folgende Anpassungen:

- die Einführung einer gewährleistungsähnlichen Herstellerhaftung bei der Update-Pflicht
- die Aufnahme weiterer Kriterien in die Gesetzesbegründung hinsichtlich der erwartbaren Dauer der Update-Pflicht
- eine Trennung zwischen verschiedenen Update – Arten (funktionserhaltend, funktionsändernd, Sicherheit, Content), soweit technisch möglich und sinnvoll, sowie die Information der Verbraucher über deren Auswirkungen

Abschließend müssen die Möglichkeit gemäß § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E, unter bestimmten Voraussetzungen von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache und bei Waren mit digitalen Elementen hinsichtlich der Update-Pflicht abweichende Vereinbarungen zu treffen, in der Praxis im Blick behalten werden. Soweit durch diese Abdingbarkeit die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und die Update-Pflicht zu sehr ausgehöhlt werden, sollten Änderungen bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene diskutiert und angestoßen werden.

Der vzbv fordert:

- Die Handhabung in der Praxis ist hinsichtlich der Abdingbarkeit zu beobachten. Insbesondere die Update-Pflicht darf für Verbraucher in der Praxis nicht ausgehöhlt werden.

## II. GEWÄHRLEISTUNGSDAUER

### 1. PROBLEM: ZWEIJÄHRIGE GEWÄHRLEISTUNGSDAUER IST ZU KURZ

Die Dauer der Gewährleistungsfrist (zwei Jahre) trägt aktuell nicht dazu bei, dass langlebige Produkte gefördert werden, da diese Frist unabhängig von der erwarteten oder angepriesenen Lebensdauer des gekauften Produkts gilt. Insbesondere für langlebige Güter ist diese Frist unverhältnismäßig kurz und damit nicht nur schlecht für den Geldbeutel der Verbraucher, sondern belastet auch die Umwelt. Eine Studie des Ökoinstituts im Auftrag des vzbv, die die Lebenserwartung von Smartphones, Waschmaschinen, Notebooks und TVs bewertet hat, belegt das eindrücklich. Eine Haltbarkeit, wie

von Verbrauchern gewünscht, würde 3,93 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub> und 3,67 Milliarden Euro pro Jahr sparen.<sup>9</sup>

Hinzu kommt, dass eine Anpassung der Gewährleistungsfristen ebenfalls dem Verbraucherwillen entspricht. Nach einer repräsentativen Umfrage der hopp Marktforschung im Auftrag des Projekts „Wirtschaftlicher Verbraucherschutz der Verbraucherzentralen“ halten 58 Prozent der Befragten es für sinnvoll, für unterschiedliche Produkte auch unterschiedliche Gewährleistungsfristen einzuführen. Noch stärker ist dieser Trend bei den 16 bis 29-Jährigen: Hier sprechen sich 73 Prozent für eine Differenzierung der Gewährleistungsfristen aus. Die Länge der unterschiedlichen Gewährleistungsfristen sollte nach Meinung der Befragten, die eine Differenzierung befürworten, in erster Linie von der Produktklasse<sup>10</sup> (68 Prozent) und/oder der zu erwartenden Lebensdauer des Produkts (67 Prozent) abhängig sein.<sup>11</sup>

Eine zukunftsorientierte Fortentwicklung des Gewährleistungsrechts mit Blick auf Nachhaltigkeit und Langlebigkeit wird mit dem Beibehalten der starren zweijährigen Frist unterbunden.

Die einheitliche zweijährige Gewährleistungsdauer ist für langlebige Produkte unverhältnismäßig kurz und entspricht nicht der überwiegenden Verbrauchererwartung. Ein Großteil der Verbraucher befürwortet längere Gewährleistungsfristen in Abhängigkeit der zu erwartenden Lebensdauer.

## 2. LÖSUNG: VERLÄNGERUNG DER GEWÄHRLEISTUNGSDAUER FÜR LANGLEBIGE PRODUKTE

Der vzbv fordert eine Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte, die sich an der vom Hersteller bzw. Verkäufer einzuschätzenden Lebensdauer der Produkte orientiert. Die Lebensdauer muss gut sichtbar auf dem Produkt oder bei den Produktbeschreibungen angebracht werden. Die WKRL zielt zwar auf eine Vollharmonisierung ab, gibt den Mitgliedstaaten in Art. 10 Absatz 3 WKRL jedoch die Möglichkeit, die Gewährleistungsdauer über das Mindestmaß von zwei Jahren hinaus zu verlängern. Diesen Spielraum sollte der nationale Gesetzgeber bei der anstehenden Umsetzung nutzen. Dass dieser Spielraum im Referentenentwurf bisher nicht genutzt wurde, wird von Seiten des vzbv sehr kritisch gesehen. Eine Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte wäre ein großer und sehr wichtiger Schritt für einen besseren Verbraucherschutz in Deutschland. Dies wäre auch geboten mit Blick auf die Leistungsparität zwischen dem Käufer, der berechtigter Weise auf eine Langlebigkeit

<sup>9</sup> Prakash & Rüdener, Ökonomische und ökologische Auswirkungen einer Verlängerung der Nutzungsdauer von elektrischen und elektronischen Geräten, Öko-Institut e.V., November 2020, S. 54, <https://www.oeko.de/fileadmin/oe-kodoc/vzbv-Verlaengerung-Nutzungsdauer.pdf>, 04.01.2021

<sup>10</sup> Eine Produktklasse kennzeichnet Produkte oder Services mit gleichen Merkmalen oder Eigenschaften. Den Befragten wurden hier die Beispiele Technik, Haushaltswaren und Kleidung vorgegeben

<sup>11</sup> Onlinebefragung (CAWI, panelbasiert), n: 1.000 Personen, Statistische Fehlertoleranz: max. +/- 3,1 Prozentpunkte in der Gesamtstichprobe, Befragungszeitraum: 18. bis 28. September 2020

vertraut und dafür einen im Vertrag festgelegten Preis zahlt, und dem Verkäufer, der einen Preis für ein entsprechend langlebiges Produkt erhält.<sup>12</sup> Darüber hinaus führen längere Gewährleistungsfristen keineswegs ausschließlich zu Belastungen der Wirtschaft. Im Gegenteil: Sie stärken den Wettbewerb um die qualitativ besten Produkte, erhöhen das Vertrauen der Verbraucher in das jeweilige Produkt und Unternehmen und stärken die Wahlfreiheit. Von diesen wohlfahrtssteigernden Effekten profitiert letztendlich die Wirtschaft als Ganzes.

Im Weiteren ist auch zu berücksichtigen, dass mit der Einführung längerer Gewährleistungsfristen keine Haltbarkeitsgarantie übernommen wird. Bei einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist über zwei Jahre hinaus, kann der Käufer nur dann einen Anspruch auf Mängelgewährleistung geltend machen, wenn die Ware bereits bei Ablieferung einen Mangel hatte und nicht, wenn sie während der zwei Jahre mangelhaft wird.<sup>13</sup> Anders ist dies bei einer Haltbarkeitsgarantie, wonach eine Haftung auch ohne das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit bei Übergabe der Sache übernommen wird.<sup>14</sup> Mit Verlängerung der Gewährleistungsdauer wird dem Käufer aber beispielsweise bei einem technischen Defekt einer Waschmaschine nach neuneneinhalb Jahren, bei einer zehnjährigen Gewährleistungsdauer, die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche nicht von vornerein abgeschnitten. Ein Automatismus dergestalt, dass wegen des Ausfalls der Waschmaschine bereits nach neuneneinhalb Jahren zum Beispiel ein Reparaturanspruch bestünde, geht damit nicht einher.<sup>15</sup>

In Anlehnung an die Rechtslage in den Niederlanden und Finnland sollte sich die Gewährleistungsfrist an der zu erwartenden Lebensdauer des jeweiligen Produkts orientieren, sodass für bestimmte Produkte deutlich längere Fristen als zwei Jahre gelten würden. Da die übliche Haltbarkeitsdauer schwer zu bestimmen ist und zu erheblicher Rechtsunsicherheit bzw. jahrelangen Gerichtsverfahren führen würde, sollte ein Bestimmungsrecht des Verkäufers bzw. Herstellers in Form einer Nutzungs- bzw. Lebensdauer (gut sichtbar auf Produkt oder im Versandhandel in den Produktbeschreibungen) eingeführt werden. Dies würde der Vielfältigkeit der auf dem Markt befindlichen Produkte auch innerhalb einer bestimmten Produktgruppe gerecht werden. So würde beispielsweise eine hochwertig verarbeitete Waschmaschine vom Verkäufer/Hersteller eine längere Nutzungs-/Lebensdauer zugewiesen bekommen, als eine geringwertig verarbeitete Waschmaschine. Die Flexibilität einer solchen Vorgehensweise sorgt für ein faires und angemessenes Schutzniveau für die Verbraucher. Aufgrund der dargestellten Vorteile einer individuellen Bestimmbarkeit der Lebensdauer und damit der Gewährleistungsdauer, wird ein Modell, das die Gewährleistungsdauer anhand einer Produktgruppe bestimmt, vom vzbv kritisch gesehen.

---

<sup>12</sup> Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 11, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06\\_broenneke\\_gutachten\\_gewaehrleistung.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf), 07.01.2021

<sup>13</sup> Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 8-9, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06\\_broenneke\\_gutachten\\_gewaehrleistung.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf), 07.01.2021

<sup>14</sup> Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 33, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06\\_broenneke\\_gutachten\\_gewaehrleistung.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf), 07.01.2021

<sup>15</sup> Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv, 2019, S. 16, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06\\_broenneke\\_gutachten\\_gewaehrleistung.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf), 07.01.2021

Darüber hinaus würde mit einer an die Haltbarkeit-/Lebensdauer geknüpften Gewährleistungsdauer keine generelle Verlängerung der Gewährleistungsfrist eingeführt. Vielmehr sollen Produkte, von denen eine lange Lebensdauer erwartet werden kann, eine längere Gewährleistungsfrist erhalten. Für Waren, die von vornherein nicht auf Langlebigkeit ausgelegt sind (beispielsweise Lebensmittel, Kosmetika), besteht kein Bedarf, über die zweijährige Gewährleistungsdauer hinauszugehen, sodass diese Waren der derzeit geltenden kurzen Verjährungsfrist von zwei Jahren unterworfen bleiben können.<sup>16</sup>

Eine Gewährleistungsfrist, die der erwartbaren Lebensdauer entspricht, würde auch dem Gedanken der Nachhaltigkeit Rechnung tragen, da sie wirtschaftliche Anreize für die Entwicklung und den Vertrieb von langlebigen und reparierbaren Produkten schafft. Gerade Produkte, von denen eine lange Lebensdauer erwartet wird, benötigen oft große Mengen an Ressourcen für die Herstellung. Diese zu reparieren, anstatt sie durch ein neues Produkt zu ersetzen, schont die Ressourcen und spart dem Verbraucher bares Geld. Daneben wird mit einer Angabe der Lebensdauer auch der Second-hand-Markt gefördert, indem Verbraucher beim Kauf von gebrauchten Produkten einen Hinweis haben, wie lange das jeweilige Produkt noch halten wird, und somit stärker auch gebrauchte Produkte nachfragen werden.

Schließlich würde eine längere Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte auch den kollektiven Rechtsschutz stärken. Zu geringe Streitwerte wirken sich auf das Klageverhalten der Verbraucher dergestalt aus, dass diese von einer Klage in der Regel absehen. Würde es sich um einen massenweise vorkommenden Mangel eines Produkts handeln, würden die Möglichkeiten des kollektiven Rechtsschutzes relevant. In einem derartigen Fall könnten klagebefugte Verbraucherverbände entscheiden, die Angelegenheit mittels eines ihrer kollektiven Rechtsschutzinstrumente vor Gericht klären zu lassen, damit betroffene Verbraucher in den Genuss ihrer tatsächlich bestehenden Rechte kommen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die klagebefugten Verbände mit ihrem Klageetat meist sehr vorsichtig umgehen und es dementsprechend nicht zu einer Welle unberechtigter Klagen kommt. Mithilfe des kollektiven Rechtsschutzes erhalten verlängerte Gewährleistungsfristen somit eine höhere praktische Wirksamkeit, mit der sie die Durchsetzbarkeit der versprochenen Lebensdauer eines Produktes ermöglichen.<sup>17</sup>

#### **DER VZBV FORDERT:**

Mit der Umsetzung der WKRL muss eine Verlängerung der Gewährleistungsdauer für langlebige Produkte einhergehen, die sich an der Nutzung-/Lebensdauer der Produkte orientiert. Die Nutzungs-/Lebensdauer muss gut sichtbar auf dem Produkt oder bei den Produktbeschreibungen angebracht werden.

<sup>16</sup> Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv 2019, S. 13-14, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06\\_broenneke\\_gutachten\\_gewaehrleistung.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf), 07.01.2021

<sup>17</sup> Prof. Dr. Brönneke, Tobias: Anpassung der Gewährleistungsfristen im Kaufrecht, Gutachten im Auftrag des vzbv 2019, S. 16-17, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06\\_broenneke\\_gutachten\\_gewaehrleistung.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/01/07/21-01-06_broenneke_gutachten_gewaehrleistung.pdf), 07.01.2021

## III. BEWEISLASTUMKEHR

### 1. PROBLEM: BEWEISLASTUMKEHR BEIM VERBRAUCHSGÜTERKAUF IST ZU KURZ

Verbrauchern steht nach aktueller Rechtslage eine Gewährleistung von zwei Jahren mit einer Beweislastumkehr von sechs Monaten bei einem Verbrauchsgüterkauf zu. In der Praxis führt die Beweislastumkehr von sechs Monaten jedoch oft dazu, dass Verbraucher ihre Rechte danach faktisch nicht mehr durchsetzen können, da die erforderlichen Beweise in vielen Fällen nicht oder nur unter erheblichem Kostenaufwand geführt werden können. Insbesondere bei technisch komplexen Geräten müssten etwa Sachverständigengutachten eingeholt werden, die teils mit erheblichen Kosten verbunden sind und zunächst vom Verbraucher getragen werden müssen. Dies hat einen nicht zu unterschätzenden Abschreckungseffekt, der dazu führt, dass Verbraucher im Streitfall davon absehen, ihre Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

Diese kurze Beweislastumkehr schafft darüber hinaus keine Anreize zur Herstellung langlebiger Produkte, da Verbraucher nach Ablauf der sechs Monate im Streitfall von einem Prozess eher absehen werden. Die Notwendigkeit bessere bzw. langlebigere Produkte herzustellen steigt mit zunehmender Dauer der Beweislastumkehr.

Die sechsmonatige Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf ist zu kurz. In der Praxis können danach Gewährleistungsrechte oftmals kaum noch oder nur erschwert durchgesetzt werden.

### 2. LÖSUNG: DAUER DER BEWEISLASTUMKEHR BEIM VERBRAUCHSGÜTERKAUF AUF ZWEI JAHRE VERLÄNGERN

Die WKRL sieht zwar in Art. 11. Absatz 1 WKRL eine Verlängerung der Beweislastumkehr von sechs Monaten auf ein Jahr vor, allerdings eröffnet Art. 11 Absatz 2 WKRL dem nationalen Gesetzgeber auch die Möglichkeit eine Frist von zwei Jahren einzuführen. Im Entwurf zur Umsetzung der WKRL ist in § 477 Absatz 1 BGB-E lediglich das Mindestmaß der Verlängerung auf ein Jahr vorgenommen worden. Aus Sicht des vzbv muss die Frist im Rahmen der nationalen Umsetzung auf zwei Jahre ausgedehnt werden. Diese Ausweitung würde zu einer deutlichen Verbesserung des Verbraucherschutzniveaus führen, da die Bereitschaft der Verbraucher, ihre Rechte/Ansprüche im Streitfall durchzusetzen, gesteigert wird. Darüber hinaus ist eine Verlängerung der Beweislastumkehr auf zwei Jahre auch aus Nachhaltigkeitsgesichtspunkten besonders geboten. Diese Aspekte werden auch deutlich in der Gesetzesbegründung genannt, wonach es heißt:

*„...Durch die Verlängerung der Beweislastumkehr bei Mängeln soll zudem ein Anreiz zur Herstellung langlebiger Produkte gesetzt werden. .... Dies ist im Sinne des Nachhaltigkeitsziels 12 der UN-Agenda 2030, wonach nachhaltige Konsum- und Produktionsmuster anzustreben sind. Auch das dritte Leitprinzip der Deutschen Nachhaltigkeitsstrategie verlangt die Stärkung nachhaltigen Wirtschaftes.“<sup>18</sup>*

<sup>18</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Seite 13, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2\\_cid289?\\_\\_blob=publicationFile&v=3https](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3https), 04.01.2021

Insbesondere unter Berücksichtigung der Nachhaltigkeitsaspekte erscheint die Entscheidung, lediglich die von der WKRL vorgegebene Mindestdauer der Beweislastumkehr auf nur ein Jahr anzuheben, als unangemessen kurz. Der Spielraum der WKRL muss voll ausgeschöpft werden und auf zwei Jahre verlängert werden.

Eine Ausweitung der Beweislastumkehr würde zudem auch nicht zu unverhältnismäßigen Kosten auf Seiten der Händler führen. Dieser Befund wird durch eine im Auftrag des vzbv durchgeführte Studie zu den ökonomischen Auswirkungen einer Verbesserung des deutschen Gewährleistungsrechts gestützt. Die Autoren kommen zu dem Schluss, dass es in den Mitgliedstaaten, die die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – etwa hinsichtlich der Beweislastumkehr – übererfüllt haben, nicht zu systematischen Preissteigerungen als Folge kam und diese daher auch in Deutschland bei einer Ausweitung der Gewährleistungsrechte nicht zu erwarten sind.<sup>19</sup>

Aus Sicht des vzbv wäre es für ein besseres Verbraucherschutzniveau von erheblicher Bedeutung, die Beweislastumkehr entsprechend dem von der Richtlinie eingeräumten Spielraum auf zwei Jahre zu verlängern. Darüber hinaus sollte bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene die Einführung von einer über die zwei Jahre hinausgehenden Beweislastumkehr diskutiert und eingeführt werden. Sollte der vom vzbv vorgeschlagene Ansatz längerer Gewährleistungsfristen für langlebige Produkte im Gesetzgebungsverfahren eine Mehrheit finden, wäre es von entscheidender Bedeutung, auch die Beweislastumkehr synchron mit auszuweiten, da die Ausweitung der Gewährleistungsdauer sonst in der Praxis weitgehend ins Leere liefere. Aus Sicht des vzbv sollte für die gesamte Zeit der Gewährleistung auch eine Beweislastumkehr greifen.

#### **DER VZBV FORDERT:**

§ 477 Absatz 1 BGB-E sollte im aktuellen Gesetzgebungsprozess geändert und die Verlängerung der Beweislastumkehr von einem Jahr auf zwei Jahre beim Verbrauchsgüterkauf eingeführt werden.

## **IV. UPDATE-PFLICHT**

### **1. GEWÄHRLEISTUNGSÄHNLICHE HERSTELLERHAFTUNG EINFÜHREN**

Ähnlich wie bei der Umsetzung der DURL in § 327 f Absatz 1, Satz 1 BGB-E schuldet auch bei der Umsetzung der WKRL nach den §§ 434, 475 b, 475 c BGB-E der Verkäufer/Unternehmer die Bereitstellung von Software-Updates, was in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen wird. Der Verkäufer einer Ware mit digitalen Elementen wird häufig - anders als der Hersteller - keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden. Waren mit digitalen Elementen sind, zumindest die digitalen Elemente betreffend, typischerweise stärker mit ihrem Hersteller verbunden als rein physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich, sodass die Auslieferung von Updates ohne nennenswerte logistische Kosten erfolgen kann. Die Update-Pflicht sollte bei Waren mit digitalen Elementen genauso deren Hersteller treffen. Sie muss spätestens dann greifen, wenn Sicherheitslücken offenbar werden – wenn also

<sup>19</sup> Die Ökonomischen Auswirkungen einer Verbesserung des Deutschen Gewährleistungsrechts – Studie im Auftrag des vzbv, 2016, S. 39, [http://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv\\_studie\\_verbesserung\\_des\\_deutschen\\_ge-waehrleis-tungsrechts.pdf](http://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_studie_verbesserung_des_deutschen_ge-waehrleis-tungsrechts.pdf), 30.12.2020

der Hersteller davon Kenntnis haben muss, etwa weil der Warn- und Informationsdienst des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie (BSI)<sup>20</sup> die Sicherheitslücke publiziert.

Nach der WKRL soll die Frage, ob der Verbraucher auch direkt Ansprüche wegen Vertragswidrigkeit (die auf das Unterlassen einer notwendigen Aktualisierung zurückzuführen ist) gegen eine Person in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette geltend machen kann, von der WKRL nicht geregelt werden.<sup>21</sup> Insoweit obliegt das „Ob“ den Mitgliedstaaten und hindert den deutschen Gesetzgeber somit nicht daran, diese aus Verbrauchersicht sinnvolle und erforderliche gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einzuführen.

### **DER VZBV FORDERT:**

Nicht nur Verkäufer, sondern vor allem Hersteller von Waren mit digitalen Elementen sind dafür verantwortlich und dazu in der Lage, Software-Aktualisierungen zu entwickeln und bereitzustellen. Deswegen müssen auch Hersteller im Wege einer gewährleistungsähnlichen Haftung zur Bereitstellung von Aktualisierungen verpflichtet werden. Diese Pflicht muss mindestens immer dann greifen, wenn Sicherheitslücken bei Waren mit digitalen Elementen offenbar werden.

## **2. DAUER DER ERWARTBARKEIT VON UPDATES KONKRETISIEREN**

Die neu einzuführende Update-Pflicht ist für viele Verbraucher von großem Interesse. Im Gegensatz zu rein körperlichen Gegenständen können Waren mit digitalen Elementen ohne entsprechende Updates ihre Funktionsfähigkeit jederzeit verlieren. Insbesondere fehlende Sicherheitsaktualisierungen können zur völligen Unbrauchbarkeit eines Produkts mit digitalen Inhalten oder zur weiteren Nutzung eines unsicheren Produkts mit erheblichen Folgeschäden für Verbraucher führen (beispielsweise Online-Banking über das Smartphone, das keine Sicherheits-Updates mehr erhält).

Gemäß § 475 c Absatz 3 BGB-E müssen Updates bei der dauerhaften Bereitstellung von digitalen Elementen für den angegebenen Bereitstellungszeitraum, mindestens aber zwei Jahre ab Ablieferung und bei einer einmaligen Bereitstellung gemäß § 475 b Absatz 4 BGB-E für die Dauer des erwartbaren Zeitraums bereitgestellt werden. Unternehmen müssen dadurch unter Umständen deutlich länger Updates zur Verfügung stellen, als dies bisher der Fall ist. Feste Zeiträume abhängig von Produkten oder Update-Arten werden hiernach nicht vorgegeben.

Aus Sicht des vzbv ist es grundsätzlich richtig, keine festen Zeiträume für die Update-Pflicht vorzugeben, zumal die WKRL diesen Spielraum auch nicht zulässt. Aufgrund des schnellen technologischen und digitalen Fortschritts werden Produkte mit digitalen Elementen stetig fortentwickelt, sodass fest vorgegebene Zeiträume für die Update-Pflicht schwer zu bestimmen sind. Für die Bestimmung der erwartbaren Update-Dauer eines Produkts mit digitalen Elementen werden in der Gesetzesbegründung bereits gute Kriterien genannt. So können für die Ermittlung der erwartbaren Update-Dauer

---

<sup>20</sup> Zuständig dafür ist der Warn- und Informationsdienst des Computer Emergency Response Team des BSI (CERT-Bund), <https://www.cert-bund.de/wid>, 30.12.2020

<sup>21</sup> Vgl. vertiefend Erwägungsgrund 63 der WKRL (EU) 2019/771

beispielsweise Werbeaussagen, der Preis oder Erkenntnisse über die übliche Nutzungsdauer für Sachen der jeweiligen Art („life-cycle“) herangezogen werden.<sup>22</sup> Aus Sicht des vzbv sollte der deutsche Gesetzgeber weitere Kriterien zur Auslegung der Erwartungshaltung in der Gesetzesbegründung aufnehmen.

Zu diesen Kriterien sollte gehören:

- Ob das zu aktualisierende Produkt vom Unternehmer oder von vergleichbaren Unternehmern noch auf dem Markt verkauft wird. Wenn mit einem Produkt mit digitalen Elementen noch durch den Vertrieb an den Verbraucher Geld verdient wird, bedeutet das im Umkehrschluss, dass auch Updates zur Verfügung gestellt werden müssen.
- Wie weit verbreitet die Nutzung des Produkts ist und.
- Wie groß das Gesamtrisiko für Nutzer einzuschätzen ist, welches im Falle eines konkret ausbleibenden Updates droht. Damit ist vor allem zu bewerten, ob Sicherheits-Updates auch nach langen Zeiträumen noch geschuldet werden.

Der vzbv begrüßt, dass die Kriterien eins und drei zwischenzeitlich in die Gesetzesbegründung aufgenommen wurden. Dies sollte so beibehalten und darüber hinaus um das zweite Kriterium erweitert werden.

Im Weiteren sollte bei Überprüfung der WKRL auf europäischer Ebene (spätestens am 12.06.2024) die Bereitstellungsfrist für Updates anhand der Entwicklungen in der Praxis überprüft werden. Aus Sicht des vzbv könnte eine Koppelung der Dauer der Update-Pflicht an die Produktlebensdauer sinnvoll sein. Dies sollte wenigstens die funktionserhaltenden Updates und die Sicherheits-Updates betreffen. Sollte der vom vzbv vorgeschlagene Ansatz längerer Gewährleistungsfristen für langlebige Produkte im Gesetzgebungsverfahren eine Mehrheit finden, würde, neben einer bestenfalls synchron mitlaufenden Beweislastumkehr, eine an die Lebensdauer gekoppelte Dauer der Update-Pflicht die Anforderungen an das jeweilige Produkt stimmig abrunden.

#### **DER VZBV FORDERT:**

Die Dauer der in § 475 b Absatz 4 BGB-E genannten Update-Pflicht sollte mit Blick auf die Erwartungshaltung der Verbraucher in der Gesetzesbegründung mithilfe weiterer Kriterien besser konkretisierbar gemacht werden.

### **3. TRENNUNG DER VERSCHIEDENEN UPDATE-ARTEN**

Über Updates haben in der Regel die Hersteller die Möglichkeit, ein digitales Produkt zu verändern, auch nachdem der Verbraucher es erhalten hat. Dadurch unterscheiden sich Waren mit digitalen Elementen von rein körperlichen Waren. Insgesamt lassen sich Updates in vier Kategorien einordnen:

- **Funktionserhaltende Updates:** Aktualisierungen, die dafür sorgen, dass die Funktion oder Kompatibilität des aktualisierten Produkts erhalten bleibt, es also weiter funktionieren kann.

<sup>22</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Seite 32, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2\\_cid289?\\_\\_blob=publicationFile&v=3https](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3https), 04.01.2021

- Funktionsändernde Updates: Aktualisierungen, durch die das Produkt erweitert oder eingeschränkt wird, zum Beispiel indem neue Funktionen hinzugefügt oder bestehende entfernt werden.
- Sicherheitsupdates: Aktualisierungen, die für die technische Sicherheit des Produkts sorgen, damit es beispielsweise weniger anfällig für Hackerangriffe ist.
- Content-Updates: Neue digitale Inhalte (zum Beispiel: Streams, neues Kartenmaterial), die Inhalt der jeweiligen Verträge sind und keinen direkten Einfluss auf die Funktionsweise und Sicherheit der genutzten Software haben.

Diese Arten von Updates sollten, soweit technisch möglich und sinnvoll, voneinander getrennt werden. Die Trennungsmöglichkeit und Sinnhaftigkeit kann je nach digitalem Element variieren. So ist beispielsweise bei einem anstehenden Betriebssystemupdate für vernetzte Geräte eine Trennung oft nicht möglich, sehr wohl aber für Standalone-Programme, sofern der Hersteller allein über die Versionierung und die funktionale Fortentwicklung entscheidet. Es sollte stets auch für den Verbraucher bei der Bereitstellung jedes Updates deutlich erläutert werden, was sich mit dem betreffenden Update genau ändert und um welche Art des Updates es sich handelt, insbesondere wenn es sich um Sicherheitsupdates handelt. Dies ist für den Verbraucher besonders relevant, da er mangels technischen Sachverstands und Einblick in die Systemarchitektur weder die technische Notwendigkeit der Bereitstellung von Updates in der Regel zuverlässig beurteilen, noch rechtssicher beweisen kann.

Bei Sicherheits-Updates sollten die Verbraucher ausdrücklich darauf hingewiesen werden, welche Sicherheitslücken bestehen und welche Folgen sich aus der Nicht-Installation des Sicherheits-Updates ergeben. Nur mit Hilfe dieser Informationen können Verbraucher entscheiden, ob sie Updates installieren wollen oder nicht. Auch nur dann kann § 475 Absatz 5 BGB-E seine Wirkung entfalten, wonach Verbraucher ihre Haftungsansprüche gegenüber dem Unternehmer verlieren, wenn sie bereitgestellte Aktualisierungen nicht rechtzeitig installieren. Ohne ausreichende Information an den Verbraucher ist diese Rechtsfolge nicht sachgerecht. Die Art der Bereitstellung wird von der WKRL im Übrigen auch nicht geregelt, sodass der deutsche Gesetzgeber hier den nötigen Umsetzungsspielraum hat.

#### **DER VZBV FORDERT:**

Die Arten von Updates (funktionserhaltend, funktionsändernd, Sicherheit, Content) müssen, soweit technisch möglich und sinnvoll, voneinander getrennt und separat ausgeliefert werden. Jedem Update müssen die Informationen darüber beiliegen, was genau dadurch am Produkt verändert wird und insbesondere, ob es sich um ein Sicherheits-Update handelt.

## **V. ABDINGBARKEIT UND GARANTIEN**

### **1. ABDINGBARKEIT**

Die Richtlinie sieht in Art. 8 Absatz 5 WKRL die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache und bei Waren mit digitalen Elementen hinsichtlich der Update-Pflicht, abweichende Vereinbarungen zu treffen. Dies wurde in § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E umge-

setzt. Auch wenn der nationale Gesetzgeber aufgrund der Vollharmonisierung hier keinen Umsetzungsspielraum hat, sollten die Entwicklungen in der Praxis im Blick behalten werden und bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene mit in die Beurteilung einfließen. Soweit durch die Abdingbarkeit die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und die Update-Pflicht zu sehr ausgehöhlt werden, sollten Änderungen auf europäischer Ebene diskutiert und angestoßen werden.

### 1.1 Von objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

§ 476 Absatz 1, Satz 2, Nummer 1 und 2 BGB-E regelt, dass beim Verbrauchsgüterkauf eine vertragliche Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache, eine gesonderte Information durch den Verkäufer sowie eine gesonderte und ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers erfordert. Vereinbaren die Parteien also, dass die Kaufsache auch vertragsgemäß sein soll, wenn sie eine schlechtere als die übliche Beschaffenheit hat (sogenannte negative Beschaffenheitsvereinbarung), so ist die besondere Form des § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E einzuhalten. Die Gesetzesbegründung geht von jährlich rund 5,9 Millionen solcher abweichenden Beschaffenheitsvereinbarungen aus. Darüber hinaus wird davon ausgegangen, dass im stationären Handel seitens der Verkäufer ein vorgedrucktes Formular verwendet wird.<sup>23</sup> Online würde das Ganze beispielsweise mittels einer Checkbox gelöst werden. Da die objektiven Anforderungen an die Kaufsache mit der Umsetzung der WKRL nicht mehr nur hilfsweise (wie nach dem geltenden § 434 BGB) zur Anwendung kommen, sondern neben subjektiven Anforderungen auch objektiv erfüllt sein müssen, werden diese objektiven Anforderungen an die Kaufsache künftig eine größere Bedeutung erlangen.<sup>24</sup> Das wiederum könnte eine vermehrte Abdingbarkeit des § 434 Absatz 3 BGB-E in der Praxis zur Folge haben und ist demnach im Blick zu behalten.

### 1.2 Von der Update-Pflicht

Wie bereits unter Punkt IV. 2 dargestellt sind Updates für Sachen mit digitalen Elementen bei einmaliger oder dauerhafter Bereitstellung ein notwendiges Instrument, das sicherstellt, dass die Sache ihre Funktionsfähigkeit nicht verliert. Die Update-Pflicht ist im Rahmen des § 476 Absatz 1, Satz 2 BGB-E ebenfalls abdingbar. Auch hier ist die Beobachtung der Handhabung in der Praxis sehr wichtig, da dies nicht dazu führen darf, dass die Update-Pflicht größtenteils ausgehöhlt wird und durch fehlende Updates die Funktionsfähigkeit von Waren künstlich eingeschränkt wird. Dies gilt es unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten und mit Blick auf den Geldbeutel der Verbraucher in besonderem Maße zu vermeiden.

### 1.3 Beobachtung der künftigen Praxis

Die Entwicklungen in der Praxis müssen im Blick behalten werden und bei Überprüfung der WKRL (spätestens am 12.06.2024) auf europäischer Ebene mit in die Beurteilung

---

<sup>23</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Seite 13, 15; [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2\\_cid289?\\_\\_blob=publicationFile&v=3https](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=5D81171E28BC4DB3734B7FB748967D26.2_cid289?__blob=publicationFile&v=3https), 04.01.2021

<sup>24</sup> Prof. Dr. Tonner, Klaus, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, 10/2019, VuR, S. 364

einfließen. Soweit durch die Abdingbarkeit die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und die Update-Pflicht zu sehr ausgehöhlt werden, sollten Änderungen auf europäischer Ebene diskutiert und eingeführt werden.

**DER VZBV FORDERT:**

Die Handhabung in der Praxis ist hinsichtlich der Abdingbarkeit zu beobachten. Insbesondere die Update-Pflicht darf für Verbraucher in der Praxis nicht ausgehöhlt werden.

**2. GARANTIEN**

Für Verbraucher gute Neuerungen betreffen die in § 479 BGB-E vorgesehenen Pflichten hinsichtlich einer vom Händler oder Hersteller eingeräumten Garantie. So muss die Garantieerklärung, neben erweiterten inhaltlichen Anforderungen, dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt werden und nicht wie bisher nur auf Verlangen des Verbrauchers.

# VERTRAGSRECHT IM DIGITALEN ZEITALTER ANGEKOMMEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (vzbv) anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses Recht und Verbraucherschutz am 05.05.2021 zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

26. April 2021

## Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Team

Recht-und-Handel

Rudi-Dutschke-Straße 17

10969 Berlin

[recht-und-handel@vzbv.de](mailto:recht-und-handel@vzbv.de)

# INHALT

<b>I. ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>3</b>
<b>II. BESTE WIRKUNG FÜR UPDATE-PFLICHT</b>	<b>4</b>
1. Gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einführen .....	4
2. Update-Pflicht: Konkretisierung der Dauer .....	5
3. Trennung von verschiedenen Update-arten .....	6
<b>III. VERTRAGSRECHT UND DATENSCHUTZRECHT IM GUTEN EINKLANG</b>	<b>7</b>

# I. ZUSAMMENFASSUNG

Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen sind ein wichtiger Bestandteil des Verbraucheralltags sowie der deutschen und internationalen Wirtschaft. Sie stellen aber auch das geltende Vertragsrecht vor große Herausforderungen, da sie sich einer klaren Vertragstypisierung entziehen. Nach geltendem Recht ist beispielsweise nicht eindeutig geklärt, welche Rechte Verbraucherinnen und Verbrauchern<sup>1</sup> bei fehlerhafter Software zustehen. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie<sup>2</sup> schafft hier erstmals einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen für den Erwerb digitaler Güter. Ihre Umsetzung in deutsches Recht ist daher ein wichtiger Schritt zur Verbesserung des Verbraucherschutzes in Deutschland mit Blick auf das Vertragsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie wurde auf der EU-Ebene zusammen mit der Warenkauf-Richtlinie<sup>3</sup> verhandelt. Beide Richtlinien regeln Aspekte von Verträgen über Software, wobei der Vertragstyp (Miete, Kauf, Lizenz) nicht entscheidend ist. Die Warenkauf-Richtlinie ist anwendbar auf Software, die in körperlichen Waren enthalten oder mit ihnen verbunden ist, sodass die Waren ihre Funktionen ohne diese Software nicht erfüllen könnten (z.B. ein auf einem Smart-TV vorinstalliertes Betriebssystem). Die Digitale-Inhalte-Richtlinie dagegen ist anwendbar auf Software, die unabhängig von körperlichen Waren, z.B. auf einem eigenen Datenträger, vertrieben wird (z.B. eine Antiviren-Software). Maßgeblich für die Unterscheidung ist der zugrundeliegende Kaufvertrag; im Zweifel soll die Warenkauf-Richtlinie (also nicht die mit dem vorliegenden Entwurf umzusetzenden Digitale-Inhalte-Richtlinie) anwendbar sein.<sup>4</sup> Bedauerlicherweise liegt für die Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie noch kein Referentenentwurf vor, so dass eine Prüfung auf Konsistenz der Regelungen nicht möglich ist.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) hat den Erlass der Digitale-Inhalte-Richtlinie auf EU-Ebene begrüßt.<sup>5</sup> Die Regelungen der Richtlinie sind vollharmonisierend, sodass der deutsche Gesetzgeber wenig Spielraum bei der Umsetzung hat. Aus Sicht des vzbv hat der deutsche Gesetzgeber die Regelungen gut in die deutsche Gesetzgebungssystematik übertragen. Die Einführung eines neuen Mängelbegriffs, datenschutzrechtlicher Grundsätze wie Datensparsamkeit als Konformitätskriterien sowie der Datenportabilität bei Vertragsbeendigung sind wichtige Neuerungen mit Blick auf die vertragsrechtlichen Regelungen von Software.

Gleichwohl sieht der vzbv noch Verbesserungspotenzial. Eine der wichtigsten Neuerungen der Richtlinie aus Sicht des vzbv ist die Pflicht, beim Verkauf von Software über Aktualisierungen zu informieren und diese bereitzustellen (§ 327 f BGB-E).

---

<sup>1</sup> Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG

<sup>4</sup> Vgl. vertiefend Erwägungsgründe 21 und 22 der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770.

<sup>5</sup> Online-Meldung des vzbv vom 26.03.2020, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/meldung/eu-verbessert-gewaehrleistung-recht-fuer-verbraucher> (abgerufen am 17.11.2020).

Im Rahmen der Update-Pflicht fordert der vzbv folgende Anpassungen:

- ❖ Die Update-Pflicht gilt nur für den Verkäufer von Software. Der Verkäufer hat jedoch oft nur geringen Einfluss auf die Entwicklung und Bereitstellung von Updates. Der Hersteller der Software, der Entwickler, muss daher im Wege einer **gewährleistungsähnlichen Herstellerhaftung** ebenfalls zur Bereitstellung von Updates verpflichtet werden.
- ❖ Der deutsche Gesetzgeber sollte in der Gesetzesbegründung Kriterien aufnehmen, um die **Dauer der Update-Pflicht zu konkretisieren**.
- ❖ **Verschiedene Update-Arten** (funktionserhaltend, funktionserweiternd, Sicherheit) sollten, soweit möglich, technisch voneinander getrennt werden müssen.
- ❖ Die durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie vorgesehene Abdingbarkeit der Update-Pflicht muss so ausgestaltet werden, dass in der Praxis die **Update-Pflicht nicht vollständig ausgehöhlt** werden kann.

Für den vzbv ist neben der Update-Pflicht das verbraucherfreundliche Zusammenspiel von Vertragsrecht und Datenschutzrecht von hoher Bedeutung. Den wichtigsten Grundsatz, dass der Unternehmer keine vertragsrechtlichen Ersatzansprüche geltend machen kann, wenn der Verbraucher seine datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft, hat der deutsche Gesetzgeber mit § 327 q BGB-E umgesetzt. Das begrüßt und unterstützt der vzbv sehr. Lediglich hinsichtlich § 327 q Abs. 2 BGB-E bleiben für den vzbv weiterhin Fragen offen.

- ❖ Der vzbv regt eine **Konkretisierung von § 327 q Abs. 2 BGB-E** an, um klarzustellen, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Insbesondere die Gefahr, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht, sollte Berücksichtigung finden.

## II. BESTE WIRKUNG FÜR UPDATE-PFLICHT

### 1. GEWÄHRLEISTUNGSÄHNLICHE HERSTELLERHAFTUNG EINFÜHREN

Gem. § 327f Abs. 1 S. 1 BGB-E ist der Unternehmer, nicht aber der Hersteller zur Bereitstellung von Software-Updates verpflichtet. Dies wird in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen. Der Verkäufer wird häufig - anders als der Hersteller - keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden.

Digitale Inhalte sind typischerweise generell stärker mit ihrem Hersteller verbunden als physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich; die Auslieferung von Updates erfolgt ohne nennenswerte logistische Kosten. Hinzu kommt, dass auch nur der Hersteller die Vertragsdaten des Nutzers hat. Diese Verbundenheit und Profitmöglichkeit muss sich auch in dem Pflichtenkatalog des Herstellers niederschlagen. Die Update-Pflicht sollte genauso den Hersteller treffen wie auch den Verkäufer, nur dann kann sie in der Praxis Wirkung entfalten. Sie muss spätestens dann greifen, wenn Sicherheitslücken offenbar werden – wenn also der Hersteller davon Kenntnis haben muss, etwa

weil der Warn- und Informationsdienst des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie (BSI)<sup>6</sup> die Sicherheitslücke publiziert.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie hindert den deutschen Gesetzgeber ausdrücklich nicht daran, diese aus Verbrauchersicht sinnvolle und erforderliche gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einzuführen.<sup>7</sup>

Das wäre auch aus Sicht des deutschen Gesetzgebers nur konsequent. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD haben die Parteien vereinbart, „klare Regelungen für die Produkthaftung in der digitalen Welt“ aufzustellen; dabei sollen u.a. „die Hersteller und Anbieter digitaler Produkte und Dienstleistungen [...] Sicherheitslücken bekanntmachen und schnellstmöglich beheben“.<sup>8</sup> Der vzbv hat diese Ansätze begrüßt.<sup>9</sup> Der Referentenentwurf sollte nun diesen Worten auch Taten folgen lassen und nicht nur Verkäufer, sondern auch Hersteller in die Update-Pflicht mit einbeziehen.

#### **DER VZBV FORDERT:**

Nicht nur Verkäufer, sondern vor allem Hersteller sind dafür verantwortlich und dazu in der Lage, Software-Aktualisierungen zu entwickeln und bereitzustellen. Deswegen müssen Hersteller im Wege einer gewährleistungsähnlichen Haftung zur Bereitstellung von Aktualisierungen entsprechend § 327f BGB-E verpflichtet werden. Diese Pflicht muss mindestens immer dann greifen, wenn Sicherheitslücken in digitalen Produkten offenbar werden.

## **2. UPDATE-PFLICHT: KONKRETISIERUNG DER DAUER**

Insbesondere eine gesetzlich vorgeschriebene Update-Pflicht ist für viele Verbraucher von großem Interesse. Im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen können digitale Produkte ohne entsprechende Updates ihre Funktionsfähigkeit jederzeit verlieren. Insbesondere fehlende Sicherheitsaktualisierungen können zur völligen Unbrauchbarkeit eines digitalen Produktes und darüber hinaus zu Schäden an den Rechtsgütern des Verbrauchers und der Allgemeinheit führen.

Nach einer repräsentativen Umfrage der hopp Marktforschung wünschen sich Verbraucher, dass bei gekaufter Software der Hersteller im Durchschnitt 4,1 Jahre Aktualisierungen bereitstellt. 40 Prozent aller Befragten finden eine Aktualisierung von fünf Jahren oder mehr als angemessen.<sup>10</sup>

Gem. § 327f Abs. 1 S. 2 BGB-E müssen Updates bei der dauerhaften Bereitstellung von digitalen Produkten für den Bereitstellungszeitraum und in allen anderen Fällen entsprechend der Erwartungshaltung des Verbrauchers bereitgestellt werden. Unternehmen müssen dadurch unter Umständen deutlich länger Updates zur Verfügung stellen, als dies bisher der Fall ist.

---

<sup>6</sup> Zuständig dafür ist der Warn- und Informationsdienst des Computer Emergency Response Team des BSI (CERT-Bund), abrufbar unter <https://www.cert-bund.de/wid>, abgerufen am 19.11.2020

<sup>7</sup> Erwägungsgrund 13 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

<sup>8</sup> Koalitionsvertrag 2018, Zeilen 1987ff., abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>, abgerufen am 17.11.2020.

<sup>9</sup> Onlinemeldung des vzbv vom 08.05.2018, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/meldung/produkthaftung-digitale-herausforderungen-anpassen>, abgerufen am 17.11.2020.

<sup>10</sup> Onlinebefragung (CAWI, panelbasiert), n: 1.000 Personen, Statistische Fehlertoleranz: max. +/- 3,1 Prozentpunkte in der Gesamtstichprobe, Befragungszeitraum: 18. bis 28. September 2020

Aus Sicht des vzbv ist es grundsätzlich richtig, keine festen Zeiträume für die Update-Pflicht vorzugeben, zumal die Digitale-Inhalte-Richtlinie diesen Spielraum auch nicht zulässt. Gleichwohl sollte der deutsche Gesetzgeber weitere Kriterien zur Auslegung der Erwartungshaltung in der Gesetzesbegründung aufnehmen.

Zu diesen Kriterien sollte gehören:

- Ob das zu aktualisierende Produkt vom Unternehmer oder von vergleichbaren Unternehmern noch auf dem Markt verkauft wird. Wenn mit einem digitalen Inhalt noch durch den Vertrieb an den Verbraucher Geld verdient wird, bedeutet das im Umkehrschluss, dass auch Updates zur Verfügung gestellt werden müssen.
- Wie weit verbreitet die Nutzung des Produkts ist und ob ggf. durch diese Nutzung verwertbare Daten beim Unternehmer oder beim Hersteller anfallen, die für diese einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen.
- Wie groß das Gesamtrisiko für Nutzer einzuschätzen ist, welches im Falle eines konkret ausbleibenden Updates droht. Damit ist vor allem zu bewerten, ob Sicherheits-Updates auch nach langen Zeiträumen noch geschuldet werden.

Der vzbv begrüßt, dass die Kriterien eins und drei zwischenzeitlich in die Gesetzesbegründung aufgenommen wurden. Dies sollte so beibehalten und darüber hinaus um das zweite Kriterium erweitert werden.

#### **DER VZBV FORDERT:**

Die Dauer der Update-Pflicht in § 327f BGB-E mit Blick auf die Erwartungshaltung der Verbraucher sollte in der Gesetzesbegründung mithilfe eines nicht abschließenden Kriterienkatalogs besser konkretisierbar gemacht werden.

### **3. TRENNUNG VON VERSCHIEDENEN UPDATE-ARTEN**

Über Updates haben Hersteller und Verkäufer die Möglichkeit, ein digitales Produkt zu verändern, auch nachdem der Verbraucher es erhalten hat. Dadurch unterscheiden sich digitale Inhalte von klassischen körperlichen Waren.

Das bedeutet aber auch, dass ein Produkt durch Updates auch nachteilige Eigenschaften erhalten kann. Dazu könnte die Erhebung zusätzlicher persönlicher Daten oder eine Funktionseinschränkung gehören. Insgesamt lassen sich Updates in drei Kategorien einordnen:

- Funktionserhaltende Updates: Aktualisierungen, die dafür sorgen, dass die Funktion oder Kompatibilität des aktualisierten Produkts erhalten bleibt, es also weiter funktionieren kann.
- Funktionsändernde Updates: Aktualisierungen, durch die das Produkt erweitert oder eingeschränkt wird, z.B. indem neue Funktionen hinzugefügt oder bestehende entfernt werden.
- Sicherheitsupdates: Aktualisierungen, die für die technische Sicherheit des Produkts sorgen, damit es beispielsweise weniger anfällig für Hackerangriffe ist.

Diese Arten von Updates sollten, soweit technisch möglich, voneinander getrennt werden. Es sollte stets auch für den Verbraucher bei der Bereitstellung jedes Updates deutlich erläutert werden, was sich mit dem betreffenden Update genau ändert und um

welche Art des Updates es sich handelt, insbesondere wenn es sich um Sicherheitsupdates handelt. Dies ist für den Verbraucher besonders relevant, da er mangels technischen Sachverstands und Einblick in die Systemarchitektur weder die technische Notwendigkeit der Bereitstellung von Updates in der Regel zuverlässig beurteilen, noch rechtssicher beweisen kann.

Bei Sicherheitsupdates sollten die Verbraucher ausdrücklich darauf hingewiesen werden müssen, welche Sicherheitslücken bestehen und welche Folgen aus der Nicht-Installation des Sicherheitsupdates folgen. Nur mit Hilfe dieser Informationen können Verbraucher entscheiden, ob sie Updates installieren wollen oder nicht. Auch nur dann ergibt § 327f Abs. 2 BGB-E Sinn, wonach Verbraucher ihre Haftungsansprüche gegenüber dem Unternehmer verlieren, wenn sie bereitgestellte Aktualisierungen nicht rechtzeitig installieren. Ohne ausreichende Informationen an den Verbraucher ist diese Rechtsfolge ansonsten nicht sachgerecht.

Die Art der Bereitstellung wird von der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Übrigen auch nicht geregelt, sodass er deutsche Gesetzgeber hier den nötigen Umsetzungsspielraum hat.

#### **DER VZBV FORDERT:**

Die Arten von Updates (funktionserhaltend, funktionsändernd, Sicherheit) müssen, soweit technisch möglich, voneinander getrennt und separat ausgeliefert werden. Jedem Update müssen die Informationen darüber beiliegen, was genau dadurch am Produkt verändert wird und insbesondere, ob es sich um Sicherheits-Updates handelt.

### **III. VERTRAGSRECHT UND DATENSCHUTZRECHT IM GUTEN EINKLANG**

Für den vzbv war bei den Verhandlungen zum digitalen Vertragsrecht stets von hoher Bedeutung, dass die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss keine Auswirkungen auf den Vertrag haben. Zudem darf der Unternehmer keine vertragsrechtlichen Ersatzansprüche geltend machen, wenn der Verbraucher seine datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft. Beides hat der deutsche Gesetzgeber mit § 327q BGB-E umgesetzt, was der vzbv sehr begrüßt. Der Gesetzgeber macht in seiner Begründung auch noch einmal besonders deutlich, dass der Verbraucher seine datenschutzrechtlichen Befugnisse ungehindert ausüben können muss, ohne hierdurch rechtliche Nachteile fürchten zu müssen.

Hinsichtlich § 327q Abs. 2 BGB-E bleiben für den vzbv allerdings weiterhin Fragen offen. Insbesondere ist unklar, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Denn wäre die Datenverarbeitung für die Erbringung des Vertrags tatsächlich erforderlich, hätte die Datenverarbeitung auf der Rechtsgrundlage des Art. 6 (1) b DSGVO durchgeführt werden können. Fraglich ist daher, ob mit dieser Regelung nicht eine neue Art der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung entsteht und somit die Gefahr besteht, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht. Daraus folgend stellen sich Fragen zum Verhältnis zu den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung,

insbesondere Art. 7 (4) DSGVO. Kann eine Einwilligung in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die nicht zur Erbringung des Dienstes erforderlich sind, als freiwillig erachtet werden, wenn der Dienst jederzeit gekündigt werden kann, sobald der Betroffene seine Einwilligung widerruft? Auch formuliert Art. 21 (2) und (3) DSGVO ein bedingungsloses Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der Direktwerbung. Unterläuft es also nicht den Bestimmungen der DSGVO, dass Unternehmer Verträge kündigen können, wenn Verbraucher ihr Recht auf Widerspruch gegen die Verarbeitung ihrer Daten zu Zwecken der Direktwerbung wahrnehmen?

### **DER VZBV FORDERT**

Der vzbv regt eine Konkretisierung von § 327q Abs. 2 BGB-E an, um klarzustellen, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Insbesondere die Gefahr, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht, sollte Berücksichtigung finden.



---

Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf zur

**Umsetzung der Richtlinie über  
bestimmte vertragsrechtliche  
Aspekte  
der Bereitstellung digitaler Inhalte  
und digitaler Dienstleistungen.**

Drucksache 19/ 27653

---

Emmanouil Kampitakis

4. Mai 2021

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Änderungsvorschläge</b>	<b>4</b>
2.1	§327r . . . . .	4
2.2	§327q . . . . .	4
<b>3</b>	<b>Ergänzungen</b>	<b>5</b>
3.1	Technisch einwandfreien Elektroschrott vermeiden . . . . .	5
3.1.1	Geräte unabhängig von Hersteller*innen betreiben . . . . .	5
3.1.2	Angabe eines garantierten Updatezeitraums . . . . .	6
3.2	Recht auf Reparatur . . . . .	6
3.3	Datensparsame Zahlungsoptionen . . . . .	6
3.4	Identifikationsmerkmal reservieren . . . . .	6
3.5	Information über Abonnementumfang . . . . .	7
3.6	Nachvollziehbare Änderungen der AGB . . . . .	7

# 1 Einleitung

Wie schon zum Referentenentwurf geschrieben, begrüßt der Chaos Computer Club, dass die Rechte der Verbraucher\*innen bei digitalen Diensten und Dienstleistungen fester Bestandteil des BGB werden sollen. Diesen Schritt betrachten wir als notwendig, wie bereits in der Vergangenheit häufig betont wurde.

Auch wenn wir der Überzeugung sind, dass der veröffentlichte Gesetzesentwurf in die richtige Richtung geht, gibt es in unserer Ansicht nach Punkte die Verbesserungspotential bieten.

## 2 Änderungsvorschläge

Der folgende Absatz thematisiert Vorschläge zur Änderung oder Anpassung von Punkten, die bereits im Gesetzentwurf enthalten sind.

### 2.1 §327r

In Absatz 1 Punkt 3 wird die Forderung formuliert dass Verbraucher\*innen “klar und verständlich über Änderungen informiert” werden sollen. Hier könnte die Form dieser Informationen festgelegt werden. Einerseits würde dadurch eine einheitliche Darbietungsform gewährleistet werden, was das Verarbeiten der Informationen erleichterte, und andererseits könnte vermieden werden, dass Verbraucher\*innen durch geschickte Gestaltung der Information von eventuellen Nachteilen überrascht sind.

### 2.2 §327q

In §327q Art. 2 wird Diensteanbieter\*innen das Recht eingeräumt, einen Vertrag ohne Berücksichtigung von Kündigungsfristen zu kündigen, sollten Verbraucher\*innen einer Datenverarbeitung nachträglich widersprechen – z. B. wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zumutbar ist. Da die Datenverarbeitungen, denen hier widersprochen werden kann, gar nicht essentiell für die Erbringung einer Dienstleistung sind, sehen wir hier einen Widerspruch zu Art. 7 Abs. 4 DSGVO.

## 3 Ergänzungen

Der folgende Absatz thematisiert Aspekte des Verbraucherschutzes, die noch nicht im Gesetzentwurf (folgend Entwurf) berücksichtigt – und daher ergänzt werden sollten.

### 3.1 Technisch einwandfreien Elektroschrott vermeiden

Eine der im Entwurf nicht abgebildeten Kernproblematiken ist der Verkauf von Geräten, die an einen digitalen Dienst gekoppelt sind, z. B. Smart-Watches, Smart-Home-Geräte wie Thermostate, Leuchtmittel oder Rolladensteuerungen. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass solche Geräte zu nutzlosem Elektroschrott werden, wenn der Anbieter den gekoppelten Cloud-Dienst einstellt<sup>1</sup>, selbst wenn sie rein technisch weiterhin einwandfrei funktionieren würden.

Ferner werden sehr häufig technisch einwandfreie Geräte entsorgt, weil der Hersteller deren Gerätesoftware nicht mehr aktualisiert. Dies ist unter gleich zwei Gesichtspunkten problematisch: Nicht nur müssen die Verbraucher\*innen neue Geräte erwerben, auch wird die Umwelt mit der Herstellung der neuen und der Entsorgung der alten Geräte unnötig belastet.

#### 3.1.1 Geräte unabhängig von Hersteller\*innen betreiben

Den genannten Punkten könnte der Gesetzgeber entgegenwirken, indem Anbieter\*innen dazu verpflichtet werden, Geräteschnittstellen technisch offenzulegen. Desweiteren müsste gesetzlich vorgesehen sein, dass Anbieter im Falle einer Insolvenz, einer Einstellung des Dienstes oder dem Ende der Wartung der Gerätesoftware die notwendigen Software-Komponenten unter einer freien Lizenz, nach OSI<sup>2</sup> oder FSF<sup>3</sup>, zur Verfügung stellen müssen. Dadurch würden Verbraucher\*innen und Entwickler\*innen freier und offener Software in die Lage versetzt werden, diese Geräte weiter betreiben zu können. Ebenfalls hätte dies den Nebeneffekt, dass der Markt für weitere Dienste geöffnet würde, die

---

<sup>1</sup><https://www.cnet.com/news/google-discontinues-the-nest-secure-alarm-system/>

<sup>2</sup><https://opensource.org/licenses>

<sup>3</sup><https://www.fsf.org/licensing/education>

mit diesen Produkten kommunizieren könnten. Viele Geräte werden ohnehin mithilfe großer Mengen freier Software betrieben.

### **3.1.2 Angabe eines garantierten Updatezeitraums**

Generell sollten Hersteller\*innen von Produkten, in denen Software zum Einsatz kommt, verpflichtet werden, den garantierten Update-Zeitraum klar anzugeben<sup>4</sup> – insbesondere wenn die Software einen signifikanten Teil des Funktionsumfangs des Produkts darstellt. So können Verbraucher\*innen bereits beim Einkauf erkennen, wie lange das Gerät bedenkenlos betrieben werden kann und nachhaltigere Kaufentscheidungen treffen. Hersteller\*innen mit einem auf Langlebigkeit ausgerichteten Produktionsmodell würden hierdurch gefördert werden.

## **3.2 Recht auf Reparatur**

Sehr oft werden Geräte wegen grundsätzlich behebbarer Mängel entsorgt, die allein deswegen nicht behoben werden können, weil Hersteller\*innen den Zugang zu Ersatzteilen streng überwachen und die Kunden sich für eine Reparatur an exklusive und meist sehr teure Vertragspartner\*innen der Hersteller\*innen wenden müssen. Dies lässt eine triviale Reparatur oft exorbitant teuer werden. Hier sollten die Hersteller\*innen dazu verpflichtet werden, Ersatzteile und Reparaturhandbücher auf dem freien Markt zu zumutbaren Preisen anzubieten.

## **3.3 Datensparsame Zahlungsoptionen**

Desweiteren sind wir der Überzeugung, dass Nutzer\*innen das Recht gegeben werden soll, eine Zahlung für einen digitalen Dienst datensparsam durchzuführen. Dies bedeutet, dass zur Durchführung einer Zahlung nur diejenigen personenbezogenen Daten angegeben werden müssen, die dafür unbedingt notwendig sind, bspw. wie bei Überweisung oder Barzahlung.

## **3.4 Identifikationsmerkmal reservieren**

Nutzer\*innen werden im Netz immer mehr durch Pseudonyme oder E-Mail-Adressen identifiziert. Häufig sind die Nutzer\*innen einander nur durch dieses Identifikations-

---

<sup>4</sup><https://heise.de/-3583224>

merkmal bekannt. Sollte das Konto einer Person gelöscht werden – egal ob vom Dienst oder der Person selbst –, so sollte das Identifikationsmerkmal des Kontos (Nickname, Username, Email-Adresse etc.) für einen Zeitraum von mindestens 6 Monaten vor der Zuweisung zu einer anderen Person geschützt werden.

### **3.5 Information über Abonnementumfang**

Bei Abschluss eines Abonnements sollten Verbraucher\*innen über den Umfang des Abonnements in Kenntnis gesetzt werden. Bei einer nachträglichen Einschränkung des Angebots sollte Verbraucher\*innen zudem ein Sonderkündigungsrecht zustehen.

### **3.6 Nachvollziehbare Änderungen der AGB**

Wenn Dienstanbieter\*innen ihre AGB ändern, müssen die Verbraucher\*innen die oft sehr umfangreichen und intransparent formulierten AGB erneut durchlesen, um festzustellen, ob sie damit noch einverstanden sind. Dies ist für Personen, die nicht über den nötigen Hintergrund im Umgang mit juristischer Sprache verfügen, kaum zu leisten. Hier sollen die Dienstanbieter\*innen die AGB – und insbesondere die AGB-Änderungen – so aufbereiten, dass Verbraucher\*innen einfach ersichtlich ist, was sich geändert hat.

---

**Stellungnahme  
zu den Entwürfen  
eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digi-  
talen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags  
sowie  
eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte  
vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte  
und digitaler Dienstleistungen**

*Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel  
Direktor der Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV)  
Universität Bayreuth<sup>1</sup>*

**Inhaltsverzeichnis**

I.	Zum Verfahren	2
II.	Strukturentscheidungen der Gesetzentwürfe	3
	1. Keine Umsetzung der Kaufrechtsrichtlinie im allgemeinen Schuldrecht	3
	2. Weitgehende Beschränkung auf Verbraucherverträge	4
	3. Spaltung des Mangelbegriffs beim Kauf	5
	4. Beibehaltung der Nachfristlösung beim Kauf	6
	5. Keine besonderen Rechtsbehelfsregelungen beim Kauf mit digitalen Elementen	7
	a) Unklarheit des Erfüllungsanspruchs bei vorbeugenden Aktualisierungen	7
	b) Dauerschuldcharakter und Ungeeignetheit der §§ 346 ff. BGB	8
	6. Digitale Produkte im allgemeinen Schuldrecht	9
III.	Unzureichender Mittelstandsschutz, insbesondere in den Regreßketten	10
	1. Dispositives Recht als Mittelstandsschutz	10
	2. Unzureichende Regreßregeln	10
	3. Fehlende Abbildung der Internationalität digitaler Märkte	11

---

<sup>1</sup> Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Verbraucherrecht an der Universität Bayreuth.

IV. Einzelpunkte	12
1. Einzelpunkte zur Kaufrechtsumsetzung	12
2. Einzelpunkte zu digitalen Produkten	14
3. Sonstiges	16

### **I. Zum Verfahren**

Kaufrecht ist das tägliche Recht des Bürgers. Das neue Digitalvertragsrecht betrifft mit dem Smartphone das vielleicht neue liebste Kind der großen Mehrheit der Bürger. Für Kaufrecht wie Digitalvertragsrecht bedeuten die vorliegenden Gesetzentwürfe epochale Eingriffe. Sie kommen in ihrem Umfang nicht an die Eingriffe durch die Schuldrechtsmodernisierung von 2001/2002 heran, in ihren strukturellen Konsequenzen für das Schuldvertragsrecht vermutlich aber schon. Die entsprechenden Rechtssetzungserfordernisse sind seit 2015 absehbar und seit 2019 durch die beiden EU-Richtlinien 2019/770 und 2019/771 determiniert. Angesichts dieser Ausgangslage sind zwei Stunden und acht bis neun Sachverständige für eine Anhörung im Rechtsausschuß des deutschen Bundestages unzureichend – zum Vergleich, 2001 nahm sich der Ausschuß zwei volle Tage Zeit und hörte erheblich mehr Sachverständige.

Die Kürze der Befassung ist sowohl wegen der erheblichen Eingriffe in das Kaufrecht (etwa wird die Reihe der in § 437 BGB genannten Normen noch unvollständiger als bisher) bedauerlich, als auch wegen der mE bislang deutlich unterschätzten Bedeutung der Neuregelung zu digitalen Produkten. Diese beschränkt sich nämlich nicht allein auf digitale Inhalte, sondern erfaßt auch große Teile der bestehenden Angebote an Social Media-Plattformen sowie die interaktiven Elemente zahlreicher Handelsplattformen und Bewertungsportale sowie sämtliche Cloudleistungen an Verbraucher. Die durch die Richtlinie und ihre geplante Umsetzung vorgenommenen Eingriffe bis hin zu möglichen Kollisionen respective Sondereffekten mit der laufenden Urheberrechtsumsetzung sowie dem NetzDG sind bislang nicht hinreichend ausgelotet. Für Social-Media-Plattformen steht zudem möglicherweise ein Wechsel der verfassungsrechtlichen Grundlagen zahlreicher Löschvorgänge von den Grundrechten des Grundgesetzes hin zu denen der Europäischen Grundrechtecharta bevor. Das verdient mehr Aufmerksamkeit.

## II. Strukturentscheidungen der Gesetzentwürfe

Beide Entwürfe sind politisch wie normativ sehr eng miteinander verzahnt. Gleichwohl sind das ihnen zugrundeliegende Schuldrechtsdenken wie auch die verwendete Regelungstechnik verschieden.

Der Kaufrechtsentwurf versucht nach Kräften, die bisherige Struktur des Kaufrechts wie auch dessen Sprache zu erhalten und muß daran scheitern, weil neue Grundparadigmata des Kaufrechts – insbesondere der verabschiedete Substanzbezug beim Mangelbegriff, das zunehmende Abgehen von der Punktualität des Leistungsaustauschs auch für den Kauf und die Besonderheiten des weitgehend vollharmonisierten Rechtsbehelfsarsenals – einschließlich der unionsrechtlichen Anforderungen an die Richtlinienumsetzung nicht hinreichend beachtet werden. Um so wichtiger ist es, daß sich der Kaufrechtsentwurf zurecht gegen Änderungen im allgemeinen Schuldrecht entschieden hat.

Der Entwurf zu den digitalen Produkten betritt hingegen bewußt sprachlich wie systematisch mit Recht schuldrechtliches Neuland. Zu begrüßen sind dabei insbesondere die Umsetzung als „allgemeines besonderes Vertragsrecht“ im allgemeinen Schuldrecht (und ganz überwiegend auch deren Absicherung vor den *lex specialis*-Wirkungen des besonderen Schuldrechts durch entsprechende Ausnahmeklauseln), die Abbildung der changierenden Grundstruktur der betreffenden Verträge zwischen Dauerschuldverhältnis und punktuellm Austausch in der Schaffung eines neuen Vertragsaufhebungsrechts der „Vertragsbeendigung“ und in der Beantwortung einiger besonders drängender Fragen des Datenvertragsrechts durch den neuen § 327q BGB-RegE mit differenzierender und konsequenter Umsetzung der Realität der Kommerzialisierung personenbezogener Daten in das Vertragsrecht.

### 1. Keine Umsetzung der Kaufrechtsrichtlinie im allgemeinen Schuldrecht

Anders als bei der Umsetzung der bislang maßgebenden VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG schlägt der Kaufrechtsentwurf keine Umsetzung im allgemeinen Schuldrecht vor. Das ist einschränkungslos zu begrüßen. Insbesondere ist zu begrüßen, daß keine Änderungen der §§ 280 ff. und §§ 323 ff. BGB geplant sind. Zahlreiche Auslegungskonflikte und -unsicherheiten des geltenden allgemeinen Schuldrechts beruhen gerade darauf, daß dieses viel zu sehr in Kategorien des Kaufrechts denkt und Dienstleistungen, Gebrauchsüberlassungen und generell Dauerschuldverhältnisse dadurch vernachlässigt. Besonders gut läßt sich das an dem (für Kaufverträge passenden) Verweis des § 281 V BGB ins Rücktrittsrecht erkennen, der bei anderen als Sachleistungen und bei Dauerschuldverhältnissen zu unangemessenen Ergebnissen führt. Nicht umsonst vermeidet § 327m III 2 BGB-RegE für digitale Produkte die Vorschrift vollständig und ersetzt sie durch eine eigene Lösung.

Völlig untauglich ist zudem die seinerzeit vorgenommene Modifikation von § 323 II Nr. 3 BGB weit über die Vorgaben des Unionsrechts hinaus.

Der Gesetzgeber sollte auch bei eventuellen Modifikationen des Kaufrechtsentwurfs einen Eingriff in das allgemeine Schuldrecht in jedem Falle vermeiden. Das rechtspolitische Grundziel muß (auch angesichts des zunehmenden Bedeutungsverlusts des klassischen punktuellen Kaufrechts, wie er sich auch in den vorliegenden Entwürfen zeigt) sein, das allgemeine Schuldrecht von kaufrechtlichen Sondernormen frei zu halten, die im Zusammenspiel mit anderen Vertragstypen oder (aus klassischer Perspektive) atypischen Kaufsituationen erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

## 2. *Weitgehende Beschränkung auf Verbraucherverträge*

Beide Entwürfe beschränken sich weitgehend auf eine Umsetzung der Richtlinien nur für Verbraucherverträge. Das ist zunächst im Blick auf kleinste und kleinere unternehmerische Einheiten bedauerlich, weil insoweit vergleichbare Regelungsbedarfe bestehen. Das gilt insbesondere für die Abbildung der Digitalisierung und Digitalprodukte durch das Vertragsrecht. Warum insoweit – abgesehen von Zwingendstellungen – für B2C-Verträge und B2B-Verträge unterschiedliche Regelungssysteme bei der Behandlung digitaler Elemente (iSv §§ 327a III, 475b I BGB-RegE) und digitaler Produkte (iSv § 327 I BGB-RegE) gelten sollen, wird in den Entwurfsbegründungen allenfalls ansatzweise diskutiert.

Dabei wäre es schon ordnungspolitisch wünschenswert, wenn für Unternehmen außerhalb der Kerndigitalbranchen über Vertragssystematiken und Vertragsinhalte bei der Beschaffung digitaler Produkte mehr Klarheit geschaffen würde. Das in Schrifttum und Rechtsprechung hier häufig genutzte Urheberrecht und sonstige Recht des geistigen Eigentums (vor allem für Software der §§ 69a-69g UrhG) ist völlig an Rechteinhabern orientiert und ähnelt insoweit hinsichtlich seiner vertragsrechtlichen Bestimmungen strukturell eher Regelungsansätzen des Lehensrechts oder Privilegienwesens des *ancien regime* als dem Interessenausgleich durch dispositives Privatrecht. Hier sollte spätestens für die kommende Legislaturperiode unbedingt nachgearbeitet werden. Ein solcher Bedarf besteht nicht zuletzt auch aus der Perspektive des Verbraucherschutzes, soweit es um Regreßansprüche der mit den Verbrauchern kontrahierenden Unternehmen gegen deren Lieferanten (§§ 445a ff. BGB[-RegE]) und Vertriebspartner (§ 327t f. BGB-RegE) geht, um die betroffenen Unternehmen vor entstehenden Regreßfällen zu bewahren und damit die Durchsetzbarkeit von Verbraucherrechten zu erleichtern (dazu noch unten sub III.).

### 3. Spaltung des Mangelbegriffs beim Kauf

Eine Fehlkonstruktion bildet die Aufspaltung des Mangelbegriffs in §§ 434, 475b BGB-RegE, weil sie ohne Bedacht auf die systematischen Folgewirkungen erfolgt. Diese systematischen Folgewirkungen beschränken sich nicht allein auf die Pflichten des Verkäufers. Sondern durchziehen auch das insoweit unmodifiziert bleibende Rechtsbehelfssystem (s.u. sub 5).

Ein für den Mangelbegriff zentrales Problem ergibt sich zunächst daraus, daß § 475b BGB-RegE seine Ergänzungsfunktion nicht hinreichend erkennen läßt und dadurch – nicht zuletzt zu Lasten der professionellen Käufer – Umkehrschlüsse geradezu nahelegt. Da § 475b BGB-RegE regelungstechnisch in seinem Anwendungsbereich § 434 BGB-RegE vollständig verdrängt, ist der Hinweis auf die ergänzende Wirkung in § 475b I 1 BGB technisch falsch und damit bei einer systematischen Auslegung keine Hilfe.

Zur Behebung des Problems läßt sich nicht auf § 474 II BGB-RegE verweisen, weil diese Vorschrift den Ergänzungscharakter der §§ 474 ff. BGB (-RegE) behauptet, was angesichts der zahlreichen verdrängenden Wirkungen offensichtlich falsch ist. § 474 II BGB-RegE beschreibt das Verhältnis der §§ 433 ff. zu §§ 474 ff. BGB unrichtig, weil auch jenseits der ausdrücklichen Verdrängungsanordnungen<sup>2</sup> Regeln des allgemeinen Schuldrechts und des allgemeinen Kaufrechts verdrängt werden und verdrängt werden sollen<sup>3</sup> – einschließlich der besonderen Regelungen zur Zwangstellung in § 476 I, II BGB-RegE. Für die Auslegung einzelner Vorschriften der §§ 474 ff. BGB hinsichtlich ihres systematischen Verhältnisses zu §§ 433 ff. BGB ist § 474 II BGB-RegE daher bereits im Ansatz wertlos.

Ganz im Gegenteil sind die Einzelformulierungen von § 475b BGB-RegE dazu angetan, Argumente einer ungewollten systematischen Restriktion des § 434 BGB-RegE zu nähren. Die ausdrückliche Kumulation der zusätzlichen subjektiven Anforderungen wie auch zusätzlichen der objektiven Anforderungen in § 475b III, IV, VI BGB jeweils mit § 434 II, III, IV BGB-RegE legt nämlich die Frage nach dem Umkehrschluß mehr als nahe: Offenbaren die in § 475b III Nr. 2, IV Nr. 2, VI Nr. 2 BGB-RegE genannten zusätzlichen Anforderungen für digitale Elemente ein gesetzgeberisches Verständnis, welches (im Umkehrschluß) eben diese Anforderungen aus § 434 II, III, IV BGB-RegE gerade ausschließt? Eine ergänzende Norm wäre nämlich handwerklich anders zu formulieren, und eine solche (etwa mit dem Wort „insbesondere“ verbundene) Klarstellung sollte § 475b bei fortgeführter Spaltung des Mangelbegriffs auch erhalten.

---

<sup>2</sup> Insbes. §§ 475a, 475d I, II BGB-RegE, ferner etwa §§ 475 I, III 2, 475e BGB.

<sup>3</sup> Siehe etwa die „mit der Maßgabe“-Bestimmungen in § 475 II, III 1, VI BGB oder die Beweislastumkehr nach § 477 BGB. Zur unklaren Bedeutung von § 475 V BGB-RegE s. unten sub IV 1 (c).

Auch wenn sich das dadurch für § 434 BGB ergebende Auslegungsproblem durch Umkehrschluß aus § 475b BGB-RegE vornehmlich für den unternehmerischen Geschäftsverkehr ergibt, so träfe eine entsprechend restriktive Auslegung des Mangelbegriffs des allgemeinen Kaufrechts auch Verbraucher in Fällen, in denen sich Funktionsdefizite oder andere Defizite aus digitalen Produkten ergeben, welche die Schwelle zum digitalen Element nach §§ 327a III, 475b I BGB-RegE nicht überschreiten. Eine entsprechende Restriktion von § 434 BGB-RegE wäre in diesem Fall sogar richtlinienwidrig. Aus den Regeln über Mischverträge nach § 327a I, II BGB-RegE ergibt sich insoweit nichts anderes, weil die dort berufenen Regeln zur geschuldeten Qualität nach §§ 327d ff. BGB-RegE lediglich die Qualität des Vertragsteils digitale Produkte erfassen, nicht aber die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, soweit diese etwa aus fehlendem Zubehör oder aus fehlender Funktionalität folgt.

Auch wenn dies beim aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens erheblichen Aufwand verursacht, sollte die entstandene Spaltung unbedingt vermieden werden. Wenn sich insoweit kein Konsens über eine überschießende Umsetzung erzielen läßt, sollte die Umsetzung auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt bleiben. Die gewählte Mischlösung bildet insoweit die schlechteste aller möglichen Umsetzungen.

#### *4. Beibehaltung der Nachfristlösung beim Kauf*

Die Integration der Umsetzung der WarenkaufRL in das geltende Schuldrecht schließt nach dem Regierungsentwurf für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung und statt der ganzen Leistung die Beibehaltung der Nachfristlösung nach §§ 323, 281 BGB ein. Jedenfalls für den Rücktritt und die Minderung ist dies richtlinienwidrig. Die Richtlinie sieht nämlich in Art. 14 IV lit. a-e eine Liste von Minderungs- und Aufhebungsgründen vor, die kraft Vollharmonisierung für den Gesetzgeber bindend ist. Das Fristsetzungsmodell findet sich darunter nicht. Es läßt sich auch nicht unter einen der geschriebenen Aufhebungsgründe subsumieren, weil es den Verbraucher stärker schützt, als die Richtlinie dies vorsieht und gestattet.

Der Regierungsentwurf trägt dieser Richtlinienvorgabe gleich in doppelter Hinsicht nicht hinreichend Rechnung: Weder ist die Fristsetzung als solche vorgesehen oder richtlinienkonform, noch entspricht die Formulierung der Aufhebungs- und Minderungsgründe in § 475d I BGB-RegE als Fälle der Entbehrlichkeit der Fristsetzung der von der Richtlinie vorgesehenen Funktion dieser Bestimmungen. Das sollte unter den Bedingungen der Vollharmonisierung schon aus Gründen der Umsetzungs Klarheit so nicht stehenbleiben. Der einzig korrekte Umsetzungsfall ist die Formulierung von § 326 V BGB, soweit man sie mit einer verbreiteten Auffassung als eigenen Rücktrittsgrund versteht.

Für den Schadensersatz kommt dem Gesetzgeber selbstverständlich ein erheblicher größerer Spielraum zu, weil die Richtlinie insoweit eine Öffnungsklausel in

Art. 3 VI WarenkaufRL enthält. Allerdings erörtert die Entwurfsbegründung die durchaus wichtige Frage nicht, ob diese Öffnungsklausel auch ein Überspielen der von der Richtlinie vorgegebenen Rücktrittsvoraussetzungen gestattet. Das erscheint mir zwar nicht völlig unvertretbar zu sein, jedoch liegt es angesichts der Singularität der deutschen Quisquilien um den Schadensersatz statt der ganzen Leistung eher fern, daß der Europäische Gerichtshof einer Schadensersatzlösung zustimmt, welche die vollharmonisierten Anforderungen an die Vertragsbeendigung überspielt.

5. *Keine besonderen Rechtsbehelfsregelungen beim Kauf mit digitalen Elementen*

Besonders negativ wirkt sich der Umstand aus, daß der Gesetzentwurf auf die Konsequenzen der Einbeziehung der digitalen Elemente in den kaufrechtlichen Mangelbegriff für das Rechtsbehelfsregime nicht hinreichend eingeht. Das betrifft sowohl die fehlenden Lösungen als auch die unterbliebene Auseinandersetzung mit der Problematik in der Entwurfsbegründung.

a) *Unklarheit des Erfüllungsanspruchs bei vorbeugenden Aktualisierungen*

Trotz der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Änderungen des Rechtsbehelfsregimes fehlt es an Klarheit darüber, auf welcher Basis Verbraucher ihnen geschuldete Aktualisierungen einfordern können. Insoweit schreibt sich die schon zum Mietrecht mit § 535 I 2 BGB bestehende Unklarheit fort, soweit es um vorbeugende Instandhaltung und nicht erst um Instandsetzung der digitalen Elemente durch Aktualisierungen geht. Für letztere ergibt sich der Nacherfüllungsanspruch tatsächlich zwanglos aus § 439 I BGB, weil mit dem Zeitpunkt der Qualitätsabweichung die Mangelhaftigkeit bereits eingetreten ist und daher die Vorschrift bereits ihrem Wortlaut nach eingreift.

Anders steht es mit vorbeugenden Aktualisierungen, welche nach §§ 475b III Nr. 2, IV Nr. 2, 475c BGB ebenfalls geschuldet sein können. Das ergibt sich bereits aus der Überlegung, daß dem Verbraucher Ausfallzeiten häufig nicht zumutbar sein werden, wenn das entstehende Problem vorab erkennbar war oder erkennbar gewesen wäre. Streng genommen handelt es sich hier um einen Ausfluß der Erhaltungspflicht, welche Gegenstand der ursprünglichen Leistungspflicht ist und damit – zumindest im Ausgangspunkt – nicht dem Rechtsbehelfsarsenal unterfällt, welches in § 437 BGB (künftig nur noch sehr unvollständig) beschrieben ist. Diese dogmatische Einordnung könnte freilich dazu führen, daß der vorbeugende Nacherfüllungsanspruch im Sinne einer Instandhaltung der digitalen Elemente aus dem Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB und deren Modifikationen durch die §§ 474 ff. BGB(-RegE) herausfiele. Das freilich wäre wiederum richtlinienwidrig. Mit viel gutem Willen ließe sich dieses Problem zwar unter Rückgriff auf den Regelungsort auch der vorbeugenden Instandhaltungspflichten im Mangelbegriff lösen, zwingend

ist dies aber nicht und sollte daher mit einer gesetzgeberischen Klarstellung bedacht werden.

Für den nationalen Gesetzgeber wohl nicht auflösbare Schwierigkeiten wird zudem in den Aktualisierungskonstellationen das unglückliche Wahlrecht des Käufers hinsichtlich der Art der Nacherfüllung bereiten. Letztlich wird man hier – rechtspolitisch und vielleicht auch rechtsdogmatisch – dazu kommen müssen, daß die Wahl der Ersatzlieferung nur in Bezug auf die Sache selbst möglich sein wird und digitale Elemente nur insoweit einschließt, als sie darin enthalten sind. Dieses Problem ist freilich bereits in der Richtlinie angelegt, sodaß es nicht dem Umsetzungsentwurf anzukreiden ist. Im Gegenteil gestattet die insoweit unaufgeregte Umsetzung zwanglos auch die Übernahme entsprechender EuGH-Rechtsprechung durch richtlinienkonforme Auslegung von § 439 I BGB.

b) Dauerschuldcharakter und Ungeeignetheit der §§ 346 ff. BGB

Übergangen hat der Entwurf den Umstand, daß das Rücktritts- und Rücktrittsfolgenrecht für wichtige Teile der Anwendungsfälle des Kaufs mit digitalen Elementen nicht paßt. Über den Sachmangelbegriff wird vielmehr der betreffende Kaufvertrag hier mit Dauerschuldverhältniselementen aufgeladen, die sich von ihrer Grundstruktur nach in §§ 346 ff. BGB nicht abbilden lassen, ohne erhebliche Verwerfungen nach sich zu ziehen.

Das Problem ist in der bisherigen Rechtsprechung zu Softwarekäufen auch deshalb nicht aufgetreten, weil §§ 346 ff. BGB hier über § 453 I BGB bislang nur „entsprechende Anwendung“ findet. Mit dieser Form der entsprechenden Anwendung steht dem Richter ein Modifikationsinstrument zur Verfügung, welches bei der unmittelbaren Anwendung auf den Sachkauf nicht greift, weswegen Modifikationen der §§ 346 BGB allenfalls mit teleologischen Klimmzügen erfolgen können. Dies ist angesichts des ohnehin diffizilen Systems der Rücktrittsfolgen eine Zumutung für Normstruktur und Rechtsanwender.

Schon in der reinen Kaufrechtssituation ist die Anwendung des Rücktrittsfolgenrechts nicht sachgerecht. Digitale Elemente, die nicht in der Sache enthalten sind, sondern gesondert bereitgestellt werden und dann der Installation bedürfen, sind von vornherein nicht nach § 346 I Fall 1 BGB rückabwicklungsfähig und führen damit zum Wertersatzanspruch nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB in (voller) Höhe des entsprechenden Anteils am Kaufpreis (schlimmstenfalls neben einem Nutzungersatzanspruch nach § 346 I Fall 2 BGB). Das ist glatt richtlinienwidrig. Das außerhalb des Kaufs mit digitalen Elementen zur Verfügung stehende Instrumentarium über die „entsprechende Anwendung“ von § 346 BGB (über § 453 I BGB) scheidet in diesem Fall wiederum aus. An dieser Stelle muß jedenfalls nachgebessert werden.

Erst recht gilt das, soweit die Abreden über die digitalen Elemente – gegebenenfalls auch über §§ 475b III Nr. 2, 475c BGB-RegE – Dauerschuldcharakter aufweisen. Gerade bei Embedded Software wird dies ebenso regelmäßig der Fall sein,

wie bei für den Betrieb der Ware erforderlichen digitalen Dienstleistungen. In diesen Fällen widerstreitet die Idee der §§ 346 ff. BGB einer möglichst vollständigen wertmäßigen Rückabwicklung des Vertrages den Vorgaben und dem Regelungsziel der Richtlinie. Auch insoweit ist daher unbedingt Abhilfe zu schaffen.

Denkbar wäre in beiden Fällen der Verweis auf das Rückabwicklungs- respective Abwicklungsregime des Beendigungsfolgenrechts in den §§ 327m ff. BGB-RegE, wobei die weiteren Beratungen des Entwurfs zumindest die Möglichkeit einer Analogie zu diesen Vorschriften nicht versperren sollten.

#### 6. *Digitale Produkte im allgemeinen Schuldrecht*

Sehr positiv ist hingegen die Umsetzung der zweiten Richtlinie im Bereich des allgemeinen Schuldrechts hinsichtlich ihrer Grundkonzeption zu bewerten. Der Regierungsentwurf hat sich nicht nur ausführlich über die verschiedenen Umsetzungsalternativen Gedanken gemacht, die alle wegen der querschnittsartigen Regelungsmaterie mit zum Teil erheblichen Verwerfungen zu kämpfen haben, sondern auch die bestmögliche Lösung ausgewählt:

Zu begrüßen ist insbesondere die Umsetzung im allgemeinen Schuldrecht. Sie hat zwar erheblich mit der Systematik und dem kraft Spezialität grundsätzlich bestehenden Vorrang des besonderen Vertragsrechts zu kämpfen, ist aber der einzige systemkonforme Weg zur Erreichung der gebotenen Vollständigkeit der Richtlinienumsetzung. Auch eine Umsetzung in einem Sondergesetz könnte hier nicht anders verfahren, als klarstellende Vorrangregelungen zugunsten des Umsetzungsrechts und in Abweichung von den entsprechenden Regeln des besonderen Vertragsrechts zu etablieren.

Kritik an der Umsetzung ergibt sich hier im wesentlichen im Detail (etwa bei der fehlenden Berücksichtigung des Leihvertrages) sowie aus dem Umstand, daß die Beschränkung auf eine 1:1-Umsetzung der Richtlinie zu Merkwürdigkeiten im Zusammenspiel mit dem übrigen anwendbaren Vertragsrecht führt. Hier wäre dem Vorschlag mehr Mut zu wünschen gewesen. So läßt sich schlecht erklären, warum die Regeln betreffend die Beendigung eines Vertrags über die Bereitstellung einer digitalen Dienstleistung auf der Folgenseite der Beendigung davon abhängen werden, ob der Unternehmer eine Pflicht im Anwendungsbereich des Mangelbegriffs oder eine sonstige Pflicht verletzt hat. Diese Problematik läßt sich bei Pflichtverletzungen des Unternehmers zwar vielfach durch eine großzügige Auslegung des Mangelbegriffs bewältigen, stellt sich jedoch genauso für Fälle der Vertragsbeendigung wegen Zahlungsverzögerung, Kooperationsdefiziten oder sonstigem Fehlverhalten des Verbrauchers etwa auf einer Social Media-Plattform. Angesichts des bestehenden Zeitdrucks kann man für diese merkwürdigen Mischlagen nur Verständnis haben. Allerdings liegt hier eine ganz erhebliche Aufgabe des Gesetzgebers für die kommenden Legislaturperioden.

### **III. Unzureichender Mittelstandsschutz, insbesondere in den Regreßketten**

#### *1. Dispositives Recht als Mittelstandsschutz*

Verträge in der digitalen Welt leiden unter großen Unsicherheiten und Orientierungsdefiziten in der Vertragsgestaltung, aber auch in der Rechtsprechung. Das gilt auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr und hat seine Ursache nicht zuletzt darin, daß Gewißheiten über den Stand des dispositiven Rechts und damit auch über die maßgebenden Standards etwa einer AGB-Kontrolle bislang nicht bestehen.

Teilweise wird – nicht nur bei Softwareverträgen – auch gezielt im Interesse von Rechteinhabern und Anbietern mit den Mitteln des geistigen Eigentums operiert, wobei die so benannten Lizenzverträge häufig weder der deutschen Regelungstradition entsprechen noch für einen sachgerechten Interessenausgleich im unternehmerischen Geschäftsverkehr geeignet sind. Insoweit steht es nicht anders als bei Kauf und Miete von Sachen in der analogen Welt, bei denen der vertragliche Interessenausgleich schuldrechtlich und damit getrennt von der dinglichen Ebene in Pflichten abgebildet wird.

In diesem Sinne wäre es hilfreich gewesen, mittelständischen Unternehmen bei der Beschaffung von Leistungen mit Digitalbezug durch eine Öffnung der einschlägigen Vorschriften sowohl des Kaufrechts für digitale Elemente als auch des Rechts der digitalen Produkte eine Grundkonzeption für die Vertragsgestaltung zur Verfügung zu stellen. Dies hätte selbstverständlich im Ausgangspunkt keine Zwingendstellungen eingeschlossen, wenn man von dem Schutz der Regreßwege einmal abieht.

#### *2. Unzureichende Regreßregeln*

Mit §§ 445a-445c, 478 BGB-RegE sowie §§ 327t f. BGB-RegE haben die beiden Regierungsentwürfe erhebliche Mühen auf die Regreßwege der Vertragspartner der Verbraucher verwendet. Soweit diese Rückgriffsbestimmungen tatsächlich vorhanden sind, entwickeln sie das bisherige Regime hilfreich weiter und sind sie zu begrüßen.

Allerdings ist der Regierungsentwurf zum Kaufrecht hier regelrecht in die Kaufrechtsfalle gegangen. Der Regreß insbesondere hinsichtlich digitaler Elemente iSv §§ 475b, 475c BGB-RegE funktioniert nämlich nach §§ 445a ff., 478 BGB nur dann, wenn der Vertrag des Unternehmers (insbesondere also des Händlers) mit dem Lieferanten als Kaufvertrag zu qualifizieren ist. Diese Beschränkung hat sich – auch bei den zurückliegenden Überlegungen der Jahre 2017/2018 – grundsätzlich bewährt und ist für die Aus- und Einbaukosten sachgerecht gewesen. Die Beschränkung von

§ 445a BGB auf neu hergestellte Sachen ist freilich in vielfach Hinsicht nicht sachgerecht und sollte entfallen.

Jedoch tritt nun für den Fall ein erhebliches Defizit auf, daß zwischen dem Unternehmer und seinem Vertragspartner im Regreßverhältnis kein Kaufvertrag besteht, sondern das Leistungsverhältnis anderweitig vertragstypologisch erfaßt wird – etwa als Lizenz-, Miet-, Dienst- oder (Dauer-)Werkvertrag. §§ 445a ff., 478 BGB finden in diesem Falle keine Anwendung und ein Rückgriff auf die §§ 327t f. BGB-RegE ist durch den Verweis auf § 327a BGB-RegE gleichfalls ausgeschlossen. Dieses Problem betrifft auch alle weiteren Glieder der Lieferkette. Insoweit unterscheidet sich die kaufrechtliche Situation des Regierungsentwurfs ganz erheblich von den vorgesehenen Regelungen in § 327u BGB-RegE, welcher die Regreßkette weitestgehend vertragstypenunabhängig sichert. Die Lücke im Kaufrechtsentwurf ist umso erstaunlicher, als § 578b IV BGB-RegE das Verhältnis von §§ 327t f. BGB-RegE zum Mietrecht explizit klärt.

Gerade für den stationären und Online-Handel für Sachen mit digitalen Elementen entstehen hier gefährliche Regreßlücken, die unbedingt noch geschlossen werden sollten. Bei digitalen Elementen ist nämlich der Bezug im Wege des Kaufs alles andere als selbstverständlich.

### *3. Fehlende Abbildung der Internationalität digitaler Märkte*

Eine Schwäche beider Rückgriffsregime bildet die fehlende und offenbar unterschätzte Internationalität digitaler Märkte, welche in Rückgriffsverhältnissen vergleichsweise schnell zum Ausschluß auch der Zwingendstellungen nach §§ 327u IV BGB-RegE und 478 II BGB durch die Anwendung fremden Rechts führen. Die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Anbieterrechts, wie sie sich nicht nur für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (in Artt. 3, 4 Rom I-Verordnung) findet, sondern auch international sehr verbreitet ist, wird regelmäßig dazu führen, daß dem regressierenden Händler der Schutz dieser Zwingendstellungen bei grenzüberschreitenden Geschäften entzogen wird. Das gilt zumindest teilweise auch bei Anwendung des internationalen UN-Kaufrechts CISG.

Eine zusätzliche Schwierigkeit ergibt sich zudem daraus, daß immaterialgüterrechtliche Positionen von Beteiligten aus der Regreßkette unmittelbar gegen den Verbraucher geltend gemacht werden könnten und so den Unternehmer in eine erhebliche Zwangslage zwischen Verbraucher und Rechteinhaber brächten. Auch diese Möglichkeit der Berufung auf eigene Immaterialgüterrechte von weiteren Teilen der Regreßkette zur Abwehr des Rückgriffs stellt insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext eine Schwäche der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Regelung dar. Es handelt sich insoweit auch um eine Schwäche, die sich für den klassischen Anwendungsbereich von § 478 BGB in der analogen Welt so bislang nicht ergeben hat, sondern die für das Digitalvertragsrecht neu ist.

Ein mögliches Vorbild für eine Abhilfe könnte insoweit das Regime von Artt. 3, 7 der PortabilitätsVO 2017/1128 sein, das für einen sehr kleinen Teilbereich des Regreßproblems bereits eine Lösung vorhält. Diese Lösung besteht in einer internationalen Zwingendstellung der einschlägigen Regreßnormen im Sinne von Art. 9 Rom I-VO sowie in einem Überspielen der immaterialgüterrechtlichen Positionen durch schuldrechtliche Pflichten in der Regreßkette. Aus Sicht des deutschen Handels (und letztlich auch der auf entsprechende schlagkräftige Durchsetzung der Regresse mit angewiesenen Verbraucher) wäre eine entsprechende kollisionsrechtliche Lösung sehr wünschenswert.

#### **IV. Einzelpunkte**

##### *1. Einzelpunkte zur Kaufrechtsumsetzung*

(a) Bei der Umsetzung des Mangelbegriffs verzichtet der Kaufrechtsentwurf auf eine Modifikation von § 435 BGB. Eine ausdrückliche Begründung dafür enthält der Entwurf nicht. Das wird den Anforderungen von Art. 9 WarenkaufRL nicht gerecht, weil der Verbraucher weitergehend geschützt wird, als die vollharmonisierende Richtlinie dies gestattet. Für einen Rechtsmangel nach geltendem Recht genügt, daß Dritte Rechte in Bezug auf die Sache geltend machen können. Art. 9 WarenkaufRL verlangt jedoch, daß die Nutzung der Waren durch die Rechte Dritter tatsächlich verhindert oder eingeschränkt wird. § 327g BGB-RegE ist insoweit besser formuliert. In diesem Punkt bedarf der Entwurf der Ergänzung.

(b) Außerdem fehlt in § 435 BGB der von der Richtlinie vorgegebene Verweis auf § 434 BGB zur Konkretisierung der vom Unternehmer geschuldeten Rechtsposition des Verbrauchers. Diese Frage der für die Konkretisierung von § 435 BGB maßgebenden Mechanismen spielte bislang wegen des Vollrechtscharakters des nach § 433 I 1 BGB zu verschaffenden Eigentums vor allem bei Anwendung über § 453 I BGB eine Rolle. Bei die digitalen Elementen iSv § 475b I BGB-RegE kann die Vollrechtsverschaffung schon immaterialgüterrechtlich vielfach nicht gelingen (was theoretisch auch eine Anpassung von § 433 I 1 BGB erforderlich macht). Vor allem aber bedarf § 435 BGB im Hinblick auf die geschuldeten Rechtspositionen insoweit der Konkretisierung.

(c) Die Regelung des Zeitpunkts der Nacherfüllung in § 475 V BGB-RegE dient lediglich der Sicherstellung der Qualität der Nacherfüllung. Sie sollte daher so gestaltet sein, daß dem Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers (wie unter §§ 535 I 2, 536c BGB im Hinblick auf die Mängelanzeige) weder die Fälligkeit (und damit Pflichtverletzungseignung für Folgeschäden und Verzug, vor allem bei Verzug vor

Bereitstellung) noch die Durchsetzbarkeit (und damit etwa das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Restkaufpreises) genommen wird. Das ist derzeit nicht sichergestellt.

(d) Die allgemeinen Rücktrittsfolgen werden durch § 475 VI BGB-RegE zum Zwecke der Richtlinienumsetzung angepaßt. Die Anwendbarkeit im Rahmen von § 281 V BGB beim Schadensersatz statt der ganzen Leistung wird jedoch – versehentlich – nicht sichergestellt, sodaß es hier zu Wertungswidersprüchen und möglichen Konfliktsituationen kommt. Eine entsprechende Klarstellung sollte in § 475 VI BGB-RegE erfolgen.

(e) In § 475d BGB sind §§ 281 III, 323 III BGB nicht hinreichend bedacht. Wegen des teilweise anzunehmenden Dauerschuldcharakters der auf die Bereitstellung (vgl. § 327b BGB-RegE) digitaler Elemente gerichteten Pflichten, dürften beide Bestimmungen hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs zusätzlich an Bedeutung gewinnen können. Mit der WarenkaufRL wäre dies allenfalls hinsichtlich des Schadensersatzes statt der Leistung respective statt der ganzen Leistung zu vereinbaren, nicht aber für die Minderung und den ohnehin problematischen Rücktritt.

(f) Für den Rücktrittsfall ändert der Regierungsentwurf nichts an der Ersatzpflichtigkeit der vom Verbraucher gezogenen Nutzungen nach § 346 I Fall 2 BGB. Im Hinblick auf die dem Käufer nach § 446 S. 2 BGB bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung zustehenden Nutzungen erscheint dies als eine fragwürdige Anomalie („Selbstschädigung durch Rücktritt“), die sich historisch nur durch den gegenläufigen Nutzungsersatzanspruch des Verbrauchers hinsichtlich der aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen rechtfertigen läßt – eine Rechtfertigung, welcher in einer Niedrigzinsphase freilich jede praktische Grundlage fehlt. Das gilt um so mehr, als der Nutzungsersatzanspruch des Unternehmers im Falle des Vertretenmüssens des Unternehmers durch den Anspruch des Verbrauchers auf den Ersatz des Nutzungsausfallschadens kompensiert wird und damit letztlich entfällt.<sup>4</sup> Es handelt sich also – wie bei § 439 III BGB und beim Ausschluß der Selbstvornahme – um eine der unheilvollen und hier nicht unvermeidbaren Folgewirkungen des Verschuldensprinzips. Hinzu kommt nun, daß der Nutzungsersatz zu einer Verminderung der Rückzahlungsverpflichtung des Kaufpreises nach Art. 16 III 1 lit. b Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 führt. M.E. ist die Fortschreibung der bisherigen Lösung des Nutzungsersatzanspruchs des Unternehmers bei Rücktritt daher richtlinienwidrig. Im Hinblick auf die nur begrenzte Verbreitung des Verschuldensprinzips in der besonders verkäuferfreundlichen deutschen Prägung ist das Risiko daher sehr hoch, daß

---

<sup>4</sup> Verlangt der Unternehmer die Nutzungen nach § 346 I Fall 2 BGB ersetzt, entsteht schadensrechtlich spätestens dadurch ein Nutzungsausfallschaden des Verbrauchers, den dieser – unabhängig von der richtigen Qualifikation unter § 280 I-III BGB – (nur) bei Vertretenmüssen des Unternehmers kompensiert verlangen kann. Der Wertungswiderspruch (nicht nur) zu § 446 S. 2 BGB ist bei mangelbedingtem Rücktritt offensichtlich.

der EuGH die Fortschreibung der bisherigen Lösung für richtlinienwidrig erklären wird. § 476 VI BGB-RegE sollte den Nutzungersatz hinsichtlich der Kaufsache (und auch des Kaufpreises) daher ausschließen.

## 2. Einzelpunkte zu digitalen Produkten

(a) Die Regelungsgehalte von § 327 III BGB-RefE und § 312 Ia BGB-RefE sollten getauscht werden.

(b) Die Regelung unterbliebener Bereitstellung ist – weitgehend als Folge der Richtlinienvorgaben – komplex geraten, aber gelungen. Daß die anwendbaren Rückabwicklungsregeln in § 327n IV 2-5 BGB-RegE nicht gesondert erwähnt werden, ist unschädlich, sollte aber den Gesetzgeber dazu bewegen, das Regime in einer gesonderten Vorschrift zu verselbständigen.

(c) Die Regelung des Zeitpunkts der Nacherfüllung in § 327i I 2 BGB-RegE dient lediglich der Sicherstellung der Qualität der Nacherfüllung und sollte so gestaltet sein, daß dem Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers (wie unter §§ 535 I 2, 536c BGB im Hinblick auf die Mängelanzeige) weder die Fälligkeit (und damit Pflichtverletzungseignung für Folgeschäden und Verzug, vor allem bei Verzug vor Bereitstellung) noch die Durchsetzbarkeit (und damit etwa das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Restkaufpreises) genommen wird. Das ist derzeit nicht sichergestellt.

(d) Der Ausschluß der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 327i II 1 Fall 2 BGB-RegE sollte nicht *ipso iure* eingreifen, sondern als Verweigerungsrecht des Unternehmers ausgestaltet sein. Das ist richtlinienkonform möglich und geboten. Ansonsten könnte der Verbraucher in manchen Fällen dem trotz hoher Kosten nacherfüllungsbereiten Unternehmer das Recht zur zweiten Andienung nehmen oder ihn zumindest im Wege einer sekundären Darlegungslast zur Offenlegung seiner Kostenstruktur zwingen, um die fehlende Unzumutbarkeit belegen zu können.

(e) Die Regelungen des besonderen Vertragsrechts, welche die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB-RegE sicherstellen, sind im Hinblick auf Leihe und Auftrag für die Konstellationen des Phänomens „Zahlen mit Daten“ (im weiteren Sinne des § 327 III BGB-RegE nicht des § 327q BGB-RegE) unvollständig. Das ist mißlich, weil sich einige Anbieter digitaler Dienstleistungen ausdrücklich auf Auftragsrecht berufen und in der Vertragsgestaltung gerade für manche App-Verträge die Anwendbarkeit der §§ 598 ff. BGB vertreten wird. Zumindest sollte der Gesetzgeber (bei Stillschweigen zu Leihe und Auftrag) auf § 516a BGB verzichten und damit systematische Argumente kleinhalten.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Ohne § 516a BGB ließe sich argumentieren, daß in den Fällen des § 327 III BGB das Unentgeltlichkeitserfordernis für §§ 516 ff., 598 ff., 662 ff. BGB seinem Zweck nach in den Fällen

(f) Die Regelung des § 548a BGB-RegE sowie die Anpassung von § 580a BGB sind zu begrüßen. Allerdings sollte erwogen werden, die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für anfängliche Mängel nach § 536a I Var. 1 BGB für unanwendbar zu erklären. Das erscheint auch im Hinblick auf § 578b I 1 Nr. 1 BGB-RegE und den Umstand geboten, daß zugunsten des Verbrauchers keine entsprechende verschuldensunabhängige Haftung begründet wird. Mit dem EU-rechtlichen Äquivalenzprinzip – also dem Verbot der Schlechterstellung unionsrechtlich begründeter Positionen – wäre dies wohl nicht zu vereinbaren.

(g) Bedenken begegnet auch der Ausschluß der Selbstvornahmrechte von Mieter und Werkbesteller nach §§ 536a II, 637 BGB durch §§ 578b I 1 Nr. 1, 650 II 1 BGB-RegE. Aus der Sicht des Unionsrechts und der Richtlinie 2019/770 sind diese Selbstvornahmrechte und die zugehörigen Aufwendungsersatzansprüche als auf die Mängelbeseitigungskosten beschränkte Schadensersatzansprüche zu qualifizieren. Für diese enthält jedoch Art. 3 X der Richtlinie eine Öffnungsklausel, so daß die Mitgliedstaaten grundsätzlich zu einer autonomen Regelung befugt bleiben, die freilich ihrerseits im übrigen unionsrechtskonform sein muß. Durch die mit der Verdrängung der §§ 536a II, 637 BGB begründeten Schlechterstellung der Verbraucher gegenüber anderen Vertragspartnern von Vermieter respective Werkunternehmer digitaler Produkte kommt es hier gleichfalls zu einem Verstoß gegen das unionsrechtliche Äquivalenzgebot. Im Übrigen erscheint mir die Schlechterstellung auch rechtspolitisch nicht erklärbar zu sein.

(h) Der Gesetzgeber sollte eine ausdrückliche Regelung im Vertragsschlußrecht des BGB aufnehmen, welche das Verhältnis datenschutzrechtlicher Einwilligungen zu einem Rechtsbindungswillen des Verbrauchers klärt. Es sollte dazu jenseits der reinen Richtlinienumsetzung auch eine Regelung zur Rechtsgeschäftslehre getroffen werden, nach welcher eine datenschutzrechtliche Einwilligung die Vermutung für einen Rechtsbindungswillen begründet. Die praktische Bedeutung einer solchen Regelung ginge deutlich über die im Zentrum stehenden Social Media-Angebote und Cloud-Dienstleistungen hinaus und würde – zumindest in Teilen – auch etwa Suchmaschinen, Handelsplattformen und Bewertungsportale betreffen. Gerade angesichts der Vielfalt der betreffenden Gestaltungen erscheint eine ausdrückliche Regelung im nationalen Recht angemessen.

(i) Für Vertragsschlüsse im elektronischen Geschäftsverkehr sollte eine an § 312j II, IV BGB orientierte Button Lösung auch für das “Zahlen mit Daten” eingeführt werden.

---

des § 327 III BGB-RegE nicht erfüllt sei; alternativ käme auch eine Gesamtanalogie zur „Lückenschließung“ (Lücke in den Regeln zur Organisation einer Lücke, die durch §§ 327 ff. BGB-RegE dann geschlossen würde). Ob das die Gerichte überzeugen würde bliebe ggf. abzuwarten. Sinnvoller ist daher die gesetzgeberische Klarstellung durch entsprechende Regelungen in §§ 598 ff., 662 ff. BGB.

(j) Die Trennung und Abstraktion der Regelungsebenen des Vertragsrechts einerseits und des Datenschutzrechts andererseits wird durch den vorgelegten Entwurf gezielt gestärkt (§ 327q I BGB-RefE). Das ist sehr zu begrüßen, weil die Trennung nicht nur die Schutzinstrumente von Verbraucher- und Datenschutz auseinanderhält, sondern auch erheblich zur Regelungsklarheit beiträgt.

### 3. Sonstiges

(a) Die Änderungen des Anwendungsbereichs der §§ 312 ff. BGB führen dazu, daß (nicht vergütete) Bürgschaften durch Verbraucher – und damit vor allem die klassischen Bürgschaften vermögensloser Angehöriger – sowie sonstige von Privat gestellte Drittsicherheiten nunmehr gesichert aus dem Anwendungsbereich auch des Widerrufsrechts nach § 312g BGB sowie der Informationspflichten nach §§ 312a/312d BGB herausfallen.<sup>6</sup> In der Entwurfsbegründung steht dazu kein Wort. Die damit getroffene rechtspolitische Entscheidung sollte jedoch bewußt erfolgen. Die Rechtsprechung – getrieben durch das Bundesverfassungsgericht – hat über § 138 I BGB hierzu hilfreiche Lösungen entwickelt, die freilich in ihrer technischen Qualität – notwendig – hinter den allgemeinen Standards des Verbrauchervertragsrechts zurückbleiben. Insoweit erscheint eine gesetzgeberische Klärung als geboten, die freilich im Bewußtsein der Meinungsdivergenzen erfolgen sollte.

(b) Beide Entwürfe sind bislang nicht auf die anstehende Umsetzung des neuen Art. 11a UGP-Richtlinie abgestimmt. Hier sollte Sorge getragen werden, daß sich insoweit kein Sondervertragsrecht etabliert. Dafür wären die vorliegenden Entwürfe eine gute Gelegenheit.

---

<sup>6</sup> Gegen eine Anwendung zuletzt BGH NJW 2020, 3649 (anders noch OLG Hamburg, BKR 2020, 412) gegen weite Teile des Schrifttums, vgl. BeckOGK/*Busch* § 312 Rn. 18 ff.; Palandt/*Grüneberg* § 312 Rn. 5; *Hoffmann*, ZIP 2015, 1365; *Meier*, ZIP 2015, 1156; HK-BGB/*Schulte-Nölke* § 312 Rn. 5; *Jauernig/Stadler* § 312 Rn. 6; *PWW/Stürmer* § 312 Rn. 7. Für eine analoge Anwendung *MüKo/Wendehorst* § 312 Rn. 34 f. S. auch BeckOK/*Martens* § 312 Rn. 12 (Unvertretbarkeit der BGH-Entscheidung wegen Nichtvorlage an den EuGH).