

Betriebs Berater

BB

8 | 2022

Neue BGB-Vorschriften ... Vorsteuer ... Körperschaftsteueroption ... Insolvenzgeld ... Recht ...

21.2.2022 | 77. Jg.
Seiten 385–448

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann, RA/FAHaGesR/FAInsR/FAStR/StB

Auswahl des Insolvenzverwalters: Liste nach Laune?

WIRTSCHAFTSRECHT

Tobias Lunk, LL.M. oec., RA, und **Felix Meurer**, RA

Digital und analog – Dringender Handlungsbedarf für Unternehmen durch neue BGB-Vorschriften | 387

STEUERRECHT

Andreas Walter, RA, und **Malte J. Mehrgardt**, LL.M.

Die Vorsteuer in Immobilien-KVGen – Quo Vadis? | 407

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Martin Bünning, RA/StB

Bilanzsteuerliche Fallstricke und Praktikabilitätsfragen bei der Ausübung der Körperschaftsteueroption | 427

ARBEITSRECHT

Dr. Nick Marquardt, RA

Insolvenzgeld bei gescheiterter Sanierung – zugleich ein Beitrag zur fortlaufenden Plausibilitätskontrolle von höchstrichterlicher Rechtsprechung | 436

Tobias Lunk, LL.M. oec., RA, und Felix Meurer, RA

Digital und analog – Dringender Handlungsbedarf für Unternehmen durch neue BGB-Vorschriften

Der Beitrag gibt einen praxisorientierten Überblick über einige der in Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (DI-RL) sowie der Warenkauf-Richtlinie (WK-RL) neu gefassten BGB-Vorschriften. Zunächst werden die Ziele der Richtlinien und der Umsetzungsgesetze skizziert (I.). Sodann erfolgt eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Vorschriften über digitale Produkte bei Verbraucherverträgen (II.). Weiter folgt eine Darstellung der neuen Systematik des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffs (III.) sowie der neuen Aspekte des Kaufrechts (IV.) und der Vorschriften über digitale Produkte (V.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (VI.).

I. Unionsrechtliche Ziele und nationale Umsetzung

Zur Umsetzung der DI-RL¹ hat der deutsche Gesetzgeber insbesondere in den §§ 327–327u BGB zahlreiche neue Vorschriften für Verträge über digitale Produkte geschaffen. Daneben wurden im Kaufrecht in Umsetzung der WK-RL² Vorschriften über „Waren mit digitalen Elementen“ in die besonderen Vorschriften für Verbrauchsgüterkäufe eingefügt. Zudem hat der deutsche Gesetzgeber die Systematik des kaufrechtlichen Sachmangels in richtlinienüberschießender Weise reformiert, sodass Letzteres für sämtliche Kaufverträge und nicht allein für Verbraucherverträge gilt. Die neuen Vorschriften, die am 1.1.2022 in Kraft getreten sind, haben einen weiten Anwendungsbereich und erfassen eine Vielzahl unterschiedlicher Vertragsverhältnisse.

1. DI-RL

Die DI-RL sowie die WK-RL verfolgen beide das Ziel einer Harmonisierung vertragsrechtlicher Aspekte, um den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen in der Union und somit den europäischen Binnenmarkt weiter zu stärken. Insbesondere zur Erreichung eines echten digitalen Binnenmarktes ist es aus Sicht der Union erforderlich, bestimmte Aspekte von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) zu harmonisieren, wodurch ein hohes Verbraucherschutzniveau sowie mehr Rechtssicherheit für Unternehmen geschaffen wird.³

Zur Verbesserung des digitalen Binnenmarktes sollen die Vorschriften der DI-RL einen klaren vertragsrechtlichen Rahmen für die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen in der Union schaffen. Durch eine technologieneutrale Ausgestaltung sollen die Vorschriften zudem zukunftssicher gestaltet sein und neuen technologischen Entwicklungen gerecht werden. Im Fokus der neuen Vorschriften stehen Regelungen über (i) die Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, (ii) die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit oder nicht erfolgter Bereitstellung sowie (iii) die Änderung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.⁴ Zur Verbesserung

des Verbraucherschutzniveaus sollen Verbraucher klare, obligatorische Rechte haben, wenn sie von einem beliebigen Ort in der Union digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen erhalten.⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorgaben der DI-RL insbesondere in einem neuen „Titel 2a – Verträge über digitale Produkte“ im allgemeinen Schuldrecht des BGB umgesetzt (§§ 327–327u BGB). Die Vorschriften, die sich primär auf Verbrauchergeschäfte (B2C) beziehen, statuieren neben diversen Anwendungsvorschriften (§§ 327, 327a BGB) insbesondere Vorgaben für die vertragsmäßige Bereitstellung digitaler Produkte sowie Gewährleistungsrechte der Verbraucher (§§ 327b–327p BGB). Daneben wurden Vorschriften bezüglich Änderungen digitaler Produkte während der Vertragslaufzeit (§ 327r BGB) sowie Rechtsfolgen datenschutzrechtlicher Erklärungen der Verbraucher (§ 327q BGB) etabliert. In Ergänzung der Vorschriften für Verbraucherverträge wurden zudem Regelungen hinsichtlich etwaiger Rückgriffsrechte der Unternehmer im Rahmen ihrer Vertragskette geschaffen (§§ 327t–327u BGB).

2. WK-RL

Bei der Ausgestaltung der WK-RL hat sich die Union darum bemüht, ein ausgewogenes Verhältnis zu schaffen zwischen der Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus auf der einen Seite und der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen auf der anderen. Dies soll durch eine Harmonisierung bestimmter kaufrechtlicher Aspekte des Warenhandels erreicht werden, mehr unionsweite Rechtssicherheit und die Senkung von Transaktionskosten, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU).⁶

Mit der weitergehenden Harmonisierung von Verbrauchervorschriften setzt die Union ihren bisherigen Kurs fort. Trotz der Angleichung kaufrechtlicher Vorschriften durch die Verbraucherrechte-RL,⁷ vor allem bei Fernabsatzverträgen, war das europäische Kaufrecht aus Sicht der Union weiterhin zu fragmentiert. Besonders für KMU sei es schwierig, EU-weit unterschiedlichste Verbraucherschutzzvorschriften zu beachten. Dies könne dazu führen, dass Unternehmen vor grenzüberschreitendem Handel zurückschrecken oder sich auf nur wenige

1 RL (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 1–27).

2 RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG (ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 28–50).

3 Vgl. ErwGr. 2-11 DI-RL.

4 Art. 1 DR-RL.

5 Vgl. ErwGr. 2-11 DI-RL.

6 Vgl. ErwGr. 2-10 WK-RL; *Estner*, ZVertriebsR 2020, 178.

7 RL (EU) 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 1–25).

Ausfuhrländer beschränken. Dies soll durch die Harmonisierung verhindert werden.⁸

Die Vorgaben der WK-RL hat der deutsche Gesetzgeber teilweise überschießend im allgemeinen Kaufrecht ausgestaltet. Die meisten Neuerungen betreffen aber Geschäfte gegenüber Verbrauchern. So wurde der allgemeine Begriff des Sachmangels (§ 434 BGB) umgestaltet. Bei Verbrauchergeschäften über „Waren mit digitalen Elementen“ gelten ergänzende Anforderungen nach §§ 475b–475c BGB. Ferner gelten für Verbraucher neue Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz (§ 475d BGB), Verjährung (§ 475c BGB) und Garantien (§ 479 BGB).

II. Anwendungsbereiche der Vorschriften über digitale Produkte bei Verbraucherverträgen

Der europäische Gesetzgeber hat die DI-RL sowie WK-RL so ausgestaltet, dass die Regelungsinhalte der beiden Richtlinien einander ergänzen.⁹ Im Hinblick auf Verbraucherverträge über digitale Produkte bedeutet dies, dass solche in jedem Fall dem Regelungsgehalt einer der beiden Richtlinien und folglich auch der entsprechenden Umsetzungsgesetze unterfallen. Während die DI-RL Vorschriften über bestimmte Anforderungen an Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen enthält, statuiert die WK-RL spezifische Anforderungen an Verträge über den Warenhandel, insbesondere für Verträge über „Waren mit digitalen Elementen“.¹⁰

Die Regelungsinhalte der WK-RL fokussieren sich auf Kaufverträge. Dementgegen ist die DI-RL vertragstypologieneutral ausgestaltet.¹¹ Die Rechtsnatur von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen wird demnach nicht durch die DI-RL und somit auch nicht durch die §§ 327 ff. BGB bestimmt. Die vertragstypologische Einordnung solcher Verträge bleibt dem nationalen Recht überlassen.¹² Da Verträge über digitale Produkte somit verschiedenen Vertragstypen zugeordnet werden könnten, hat der deutsche Gesetzgeber die entsprechenden Vorschriften im allgemeinen Schuldrecht implementiert. Sofern ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen als Kaufvertrag typologisiert werden kann, bedarf es regelmäßig einer Abgrenzung des anwendbaren Rechts. Es stellt sich insoweit die Frage, ob ein Vertrag über den Verkauf digitaler Produkte den Vorschriften der §§ 327 ff. BGB oder den Vorschriften für Verbrauchsgüterkaufverträge über „Waren mit digitalen Elementen“ (§§ 475b ff. BGB) unterfällt.¹³

1. Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB

Die neuen Vorschriften der §§ 327 ff. BGB finden grundsätzlich nur Anwendung auf Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge), welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises durch den Verbraucher zum Gegenstand haben (§ 327 Abs. 1 BGB). Anstelle der Zahlung eines Preises kann unter Umständen auch die Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher ausreichend sein (§ 327 Abs. 3 BGB; s. unten V. 1.).

Keine Anwendung finden die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB generell, sofern der Verbraucher in keiner Weise zu einer Gegenleistung verpflichtet ist, sowie in Bezug auf bestimmte Vertragsinhalte (§ 327 Abs. 6 BGB).¹⁴ Im Hinblick auf etwaige Rückgriffsansprüche des Unternehmers gegenüber seinem Vertriebspartner wurden mit §§ 327t,

327u BGB ergänzende Vorschriften für Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern geschaffen.

Die Vorschriften für Verbraucherverträge über digitale Produkte betreffen grundsätzlich zwei verschiedene Vertragsgegenstände, nämlich Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte sowie Verträge über die Bereitstellung digitaler Dienstleistungen. Die Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“ werden in der DI-RL größtenteils einheitlich verwendet, wodurch ein möglichst weit gefasster Anwendungsbereich der Vorschriften erreicht werden soll.¹⁵ Im deutschen Recht werden die beiden Begriffe unter dem Oberbegriff „digitale Produkte“ zusammengefasst.

Sofern sich der Gegenstand eines Vertrags auf die Bereitstellung eines digitalen Produkts beschränkt, finden die §§ 327 ff. BGB Anwendung. Nur ergänzend gelten vereinzelte Vorschriften des jeweils einschlägigen Vertragstyps (vgl. §§ 453 Abs. 1, 475a, 516a, 548a, 578b, § 650 BGB).

a) Digitale Dienstleistungen

„Digitale Dienstleistungen“ werden definiert als Dienstleistungen, die dem Verbraucher entweder die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen (§ 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB), oder die dem Verbraucher die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen (§ 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB).

Verträge über die Bereitstellung digitaler Dienstleistungen können sowohl eine alleinige als auch eine mit anderen Nutzern gemeinsame Nutzung von Daten betreffen, wie beispielsweise die Nutzung von Video- und Audioinhalten oder Spielen, die in einer Cloud-Computing-Umgebung oder sozialen Netzwerken angeboten werden, sowie Software-as-a-Service-Angebote.¹⁶

b) Digitale Inhalte

„Digitale Inhalte“ definiert das Gesetz als Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB). Der Inhalt der Daten ist nicht relevant. Das Merkmal der digitalen Bereitstellung von Daten ist primär maßgeblich, da eine digitale Bereitstellung von Daten regelmäßig eine digitale Erstellung – gegebenenfalls in Bezug auf zuvor analog erstellte Daten – voraussetzt.

Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte, wie beispielsweise Computerprogramme (Software) oder Smart Device-Apps, Bild-, Video- oder Audiodateien, digitale Spiele oder Bücher (E-Books) oder andere Formen digitaler Publikationen, können je nach Art und Weise ihrer Bereitstellung beispielsweise als Kauf-, Werk- oder Mietvertrag typologisiert werden.

2. Datenträger als Träger digitaler Daten

Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB fokussieren sich grundsätzlich auf Verträge über die Bereitstellung digitaler Produkte. Daher müssen

8 Vgl. ErwGr. 2-10 WK-RL; *Estner*, ZVertriebsR 2020, 178.

9 Vgl. ErwGr 20 DI-RL; ErwGr 13 WK-RL.

10 Art. 2 Nr. 5 lit. b WK-RL; ErwGr 13 WK-RL.

11 Vgl. *Wendehorst*, NJW 2021, 2913.

12 Vgl. ErwGr 12 DI-RL.

13 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 45; vgl. *Pech*, GRUR-Prax 2021, 509.

14 Vgl. *Schöttle*, DSRITB 2021, 431; *Wendehorst*, NJW 2021, 2913.

15 Vgl. ErwGr 10, 19 DI-RL; *Pech*, GRUR-Prax 2021, 509.

16 Vgl. ErwGr 19 DI-RL; *Pech*, GRUR-Prax 2021, 509; *Wendehorst*, NJW 2021, 2913.

derartige Verträge von Verträgen über die Datenträger, auf denen die Daten gespeichert sind, grundsätzlich unterschieden werden, da es sich bei Datenträgern um Sachen handelt, auf deren Bereitstellung regelmäßig beispielsweise kaufrechtliche Vorschriften Anwendung finden.

Bei Verträgen über die Bereitstellung körperlicher Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen (z. B. Film-DVDs), finden die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB mit Ausnahme der Vorschriften über die Bereitstellung (§§ 327b, 327c BGB) jedoch einheitliche Anwendung (§ 327 Abs. 5 BGB). Insoweit gelten beispielsweise Vorschriften des Kaufrechts oder des Werkvertragsrechts nur ergänzend (vgl. § 475a Abs. 1, § 650 Abs. 3 BGB). Durch diese Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 327 ff. BGB auch auf die Sache sollen die Geltung eines einheitlichen Rechtsregimes für Verträge über körperliche Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen, sowie die digitalen Inhalte als solche sichergestellt werden.

Die erforderlichen Voraussetzungen des § 327 Abs. 5 BGB liegen nur vor, sofern ein Datenträger tatsächlich als Träger digitaler Inhalte dient. Die bloße Eignung als Träger digitaler Inhalte (z. B. leere DVDs) ist nicht ausreichend. Zudem muss ein Datenträger „ausschließlich“ als Träger digitaler Inhalte dienen. Sofern ein Datenträger daneben weitere Funktionen erfüllt, liegen die Voraussetzungen des § 327 Abs. 5 BGB nicht vor. In letzterem Fall orientiert sich die Prüfung der anwendbaren Vorschriften an § 327a Abs. 2 BGB.

3. Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind

Gemäß § 327a Abs. 2 BGB sind die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB auch auf Verbraucherverträge über Sachen anzuwenden, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, sofern die Sache ihre jeweilige Funktion auch ohne das digitale Produkt erfüllen kann. Die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB finden insoweit jedoch nur auf denjenigen Teil des Vertrags Anwendung, welcher die digitalen Produkte betrifft. Auf den übrigen Vertragsgegenstand finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung (vgl. § 475a Abs. 2, § 650 Abs. 4 BGB).

Gleiches gilt für Verträge, die in einem einheitlichen Vertrag zwischen denselben Parteien neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung weiterer Leistungen zum Gegenstand haben (sog. Paketverträge, § 327a Abs. 1 BGB). Auch insoweit finden die §§ 327 ff. BGB nur auf denjenigen Vertragsbestandteil, der die digitalen Produkte betrifft, Anwendung.

Diese Regelungssystematik hat zur Folge, dass das jeweils anwendbare Rechtsregime bei Verträgen über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, möglicherweise divergiert. Folglich gelten regelmäßig unterschiedliche rechtliche Vorschriften für die Sache und die darin enthaltenen oder damit verbundenen digitalen Produkte. Die Unterschiede betreffen insbesondere die gesetzlichen Anforderungen an die Art und Weise der Bereitstellung, die Mängelfreiheit sowie die jeweiligen Gewährleistungsrechte.

Im Hinblick auf Datenträger, die nicht ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen, sondern daneben noch weitere Funktionen erfüllen, bedeutet dies beispielsweise, dass die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB nur auf die digitalen Inhalte Anwendung finden, nicht jedoch auf den Datenträger als solchen. Je nach Ausgestaltung eines konkreten Vertrags könnten auf den Datenträger daher beispielsweise spezifische kaufvertragliche Bestimmungen anwendbar sein.

Sinn und Zweck dieser Regelungssystematik ist die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Es soll sichergestellt werden, dass Verbrauchern in allen Konstellationen des Vertriebs digitaler Produkte die jeweiligen Rechte zustehen. Unternehmern soll insbesondere die Möglichkeit genommen werden, diesbezügliche Verbraucherrechte durch vertragliche Konstruktionen zu umgehen oder einzuschränken.¹⁷

4. Verbrauchsgüterkaufverträge über „Waren mit digitalen Elementen“

In Abgrenzung zu den zuvor dargestellten Sachverhalten finden die §§ 327 ff. BGB demgegenüber keine Anwendung auf (Verbraucher-) Kaufverträge über Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, sodass die Waren ihre Funktionen ohne das digitale Produkt nicht erfüllen können („Waren mit digitalen Elementen“, § 327a Abs. 3 BGB). Für derartige Verbraucherverträge gelten die in Umsetzung der WK-RL neu geschaffenen Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts, sodass insoweit einheitlich kaufrechtliche Vorschriften Anwendung finden (§§ 475b ff. BGB).

Die spezifischen Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts finden mithin Anwendung auf Verträge über „Waren mit digitalen Elementen“, wenn zwei Kriterien kumulativ erfüllt sind.¹⁸ Zum einen dürfte die Ware, die ein digitales Produkt enthält oder mit ihm verbunden ist, ihre Funktion ohne das digitale Produkt nicht erfüllen können (sog. funktionales Kriterium). Das funktionale Kriterium könnte beispielsweise bei „smarten“ Armbanduhren (Smartwatches) anzunehmen sein, sofern diese ihre Funktion – die Anzeige der Zeit – ohne das Fehlen des digitalen Produkts, nämlich der enthaltenen Software, nicht erfüllen könnten. Anders könnte die Beurteilung bei einem „smarten“ Kühlschrank ausfallen, soweit dessen Funktion – das Kühlen von Lebensmitteln – auch noch ohne eine enthaltene Software, die etwaige Zusatzfunktionen bietet, erfüllt werden könnte. Durch diese Beispiele wird deutlich, dass die erforderliche Beurteilung und die damit einhergehende Abgrenzung der anwendbaren Vorschriften in Zeiten der Digitalisierung und des „Internet of Things“ regelmäßig schwierig sein kann.

Neben dem funktionalen Kriterium setzt die Anwendbarkeit der Vorschriften über „Waren mit digitalen Elementen“ weiter voraus, dass die Ware sowie das digitale Produkt in einem einheitlichen Kaufvertrag bereitgestellt werden (sog. vertragliches Kriterium). § 327a Abs. 3 S. 2 BGB enthält insoweit eine Zweifelsregelung, wonach das Vorliegen des vertraglichen Kriteriums in Gestalt der Bereitstellungsverpflichtung des Verkäufers auch bezüglich des digitalen Produkts im Zweifel anzunehmen ist. Sofern sich Verkäufer nicht zu einer Bereitstellung des digitalen Produkts verpflichten wollen, resultieren aus dieser Zweifelsregelung hohe Anforderungen an die Vertragsgestaltung sowie den Vertragsschluss.¹⁹

Ist eines der beiden Kriterien nicht erfüllt, gilt hingegen die Regelung des § 327a Abs. 2 BGB, wonach die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB auf das digitale Produkt Anwendung finden, im Übrigen die allgemeinen Vorschriften. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, sofern eine „Ware mit digitalen Elementen“ nicht verkauft, sondern vermietet wird, sodass es bereits an einem Kaufvertrag mangeln würde.

¹⁷ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 46.

¹⁸ Vgl. ErwGr 21 DI-RL, ErwGr 15 WK-RL; Schöttle, DSRITB 2021, 431; teilweise werden drei Kriterien benannt, vgl. Wendehorst, NJW 2021, 2913.

¹⁹ Vgl. Schöttle, DSRITB 2021, 431.

III. Neuer Sachmangelbegriff im allgemeinen Kaufrecht

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, fundamental in das allgemeine Kaufrecht einzugreifen und den dort verankerten Begriff des Sachmangels in § 434 BGB umzugestalten. Eine Beschränkung auf Verbrauchergeschäfte (B2C), wie sie die WK-RL vorsieht,²⁰ gibt es nicht.²¹ Damit wirkt sich die Umgestaltung dogmatisch in gleicher Weise auch auf reine Unternehmergeschäfte aus (B2B) – wenn auch die praktischen Auswirkungen im B2B-Bereich dank besserer vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten deutlich geringer ausfallen.

1. Unbekannte Begriffe, altbekannte Inhalte

Der neue Mangelbegriff hat auf den ersten Blick wenig gemeinsam mit der Vorgängerfassung, die von 2002 bis 2021 galt. Er setzt sich zusammen aus den drei Bausteinen „subjektive Anforderungen“, „objektive Anforderungen“ und „Montageanforderungen“ (§ 434 Abs. 1 BGB). Auf den zweiten Blick spiegeln diese Bausteine jedoch weitestgehend Altbekanntes wider.²² Die subjektiven Anforderungen umfassen unter anderem die vereinbarte Beschaffenheit sowie die Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung und die „objektiven Anforderungen“ die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit. Die „Montageanforderungen“ greifen die als „IKEA-Klausel“ bezeichnete Regelung²³ nach § 434 Abs. 2 BGB der Vorgängerfassung auf.

2. Ende des Vorrangs der Beschaffenheit?

Die wesentlichste Neuerung sind nicht die Bausteine selbst, sondern ihr Verhältnis zueinander. Nach altem Recht galt: Entspricht die Sache der vereinbarten Beschaffenheit, ist sie mangelfrei – auch wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder nicht der üblichen Beschaffenheit entspricht. Deshalb konnten sich Unternehmer auf die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Spezifikationen konzentrieren und mussten nicht eruieren, ob die jeweilige Spezifikation womöglich hinter den üblichen Standards zurückbleibt. Nach neuem Recht stehen die subjektiven, objektiven und Montageanforderungen gleichrangig nebeneinander.²⁴ Eine Sache ist also auch dann mangelhaft, wenn sie der vereinbarten Beschaffenheit entspricht, aber nicht die objektiven Anforderungen erfüllt.

a) Abweichungen erlaubt

Während die Feststellung, welche Erwartungen Verbraucher üblicherweise an eine Sache haben, bereits im B2C-Bereich regelmäßig schwierig sein dürfte, dürfte sich die übliche Verwendung und Beschaffenheit bei manchen reinen Unternehmergeschäften nur ungleich schwerer ausmachen lassen. Die gute Nachricht: Dieses Problem hat auch der deutsche Gesetzgeber erkannt und es den Vertragsparteien gesetzlich freigestellt, ausdrücklich oder konkludent eine Beschaffenheit der Kaufsache zu vereinbaren, die von den objektiven Anforderungen abweicht (§ 434 Abs. 3 BGB). Insbesondere können die Parteien weiterhin eine negative Beschaffenheitsvereinbarung treffen, wonach die Sache (hinsichtlich bestimmter Merkmale) eine schlechtere als die übliche Beschaffenheit haben darf.²⁵

b) Strenge Anforderungen im B2C-Bereich

Hinsichtlich der Anforderungen an abweichende Vereinbarungen trennt das Gesetz scharf zwischen Verbraucher- und Unternehmereg-

schäften: Händler und Lieferant können ohne bestimmte Formerfordernisse von den objektiven Anforderungen abweichen. Gegenüber Verbrauchern sind solche Abweichungen hingegen nur ausnahmsweise unter Einhaltung strenger Anforderungen möglich. Der Verbraucher muss von den Abweichungen eigens in Kenntnis gesetzt werden und die Abweichungen müssen im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart werden (§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB).

c) Folgen für die Vertragsgestaltung

Dennoch bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung damit umgehen wird, wenn sich aus Bestellung und Auftragsbestätigung nicht eindeutig ergibt, ob die gesetzlich vorgesehenen objektiven Anforderungen abbedungen sind. Daher sind vor allem Lieferanten bzw. Verkäufer in jedem Fall gut beraten, rechtssichere Formulierungen in ihre Rahmenverträge und Allgemeinen Liefer- bzw. Verkaufsbedingungen aufzunehmen.

Einkaufsseitig besteht hingegen kein vergleichbarer Anpassungsbedarf, da Einkäufer im Zweifel von der Geltung zusätzlicher gesetzlicher Anforderungen an die Sache profitieren.

3. Subjektive Anforderungen

Die vertraglichen Spezifikationen zwischen den Vertragsparteien finden über § 434 Abs. 2 BGB Berücksichtigung bei der Frage der Mangelhaftigkeit. Die Kaufsache muss der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien entsprechen.

a) Streitfrage: Was ist vereinbart?

Streitpotenzial bietet in diesem Zusammenhang die Frage, zu welchen Merkmalen einer Sache die Parteien eine Beschaffenheit vereinbart haben und welche Merkmale nicht Teil der Beschaffenheitsvereinbarung sein sollen. „Beschaffenheit“ meint jegliche Merkmale einer Sache, „die der Sache selbst anhaften oder sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben.“²⁶ § 434 Abs. 2 S. 2 BGB stellt klar, dass nicht nur die Qualität Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein kann, sondern auch sonstige Merkmale wie etwa die Kompatibilität. Dabei dürfte es regelmäßig im Interesse des Lieferanten bzw. Verkäufers liegen, solche Merkmale von der Beschaffenheitsvereinbarung auszunehmen. Gleichzeitig stellt das Gesetz klar, dass die Merkmale „vereinbart“ sein müssen. Mehr denn je ist es geboten, Lieferverträge entsprechend klar, eindeutig und rechtssicher zu formulieren.

b) Zubehör und Anleitungen

Das Gesetz stellt klar, dass sich die subjektiven Anforderungen auch auf das vereinbarte Zubehör und die vereinbarten Anleitungen beziehen. Dabei hatte der europäische Richtlinienggeber vor Augen, dass Waren häufig vom Verbraucher montiert oder installiert werden, bevor sie vom Verbraucher bestimmungsgemäß verwendet werden können.²⁷ Die Klarstellung betrifft aufgrund der überschießenden Umsetzung aber ebenso den B2B-Bereich. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Anleitungen an einen anderen Adressatenkreis

20 Vgl. Art. 3 Abs. 1 WK-RL.

21 Weidenkaff, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 434, Rn. 1.

22 Vgl. Wilke, VuR 2021, 283.

23 Haas, BB 2001, 1313.

24 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/27424, 23.

25 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/27424, 23.

26 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27424, 22.

27 ErwGr. 34 WK-RL.

(häufig Fachleute) richten und entsprechend anders ausgestaltet sein dürfen.

4. Objektive Anforderungen

Die objektiven Anforderungen werden insbesondere bestimmt durch die übliche Beschaffenheit einer Sache. Welche Merkmale darunterfallen, ist in § 434 Abs. 3 S. 2 BGB detailliert – aber nicht abschließend! – aufgezählt. Erwartungsgemäß wird etwa die „Qualität“ der Sache genannt.

a) Neues Merkmal „Haltbarkeit“

Außerdem gehört zu der üblichen Beschaffenheit auch die „Haltbarkeit“ der Sache. Der Begriff ist neu. Dahinter steckt der Gedanke, im Sinne der Nachhaltigkeit eine längere Haltbarkeit von Waren zu befördern.²⁸ Ob dies gelingt, ist mindestens fraglich. Aller Voraussicht nach wird dem Merkmal der „Haltbarkeit“ gegenüber den sonstigen Anforderungen kaum eine eigene Bedeutung zukommen. Der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt, auch für die Haltbarkeit, ist weiterhin der Gefahrübergang;²⁹ häufig die Übergabe bzw. Ablieferung der Sache. Es kommt also darauf an, ob zu diesem Zeitpunkt bereits feststeht, dass die Lebensdauer der Sache kürzer ist als üblicherweise zu erwarten. In diesem Fall dürfte die Sache gleichzeitig auch nicht die üblicherweise zu erwartende „Qualität“ aufweisen, ebenfalls ein Merkmal der objektiven Anforderungen.

Hinzu kommt, dass die weiterhin geltende zweijährige Verjährungsfrist auch greift, wenn die Lebensdauer der Sache länger als zwei Jahre sein soll. Zeigt sich nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, dass die Sache nicht „hält“, kann sich der Verkäufer auf Verjährung berufen.

b) Proben und Muster

Zu beachten ist, dass sich die Beschaffenheit von Proben und Mustern, die oder das der Verkäufer *bei Vertragsschluss* zur Verfügung stellt, über die objektiven Anforderungen relevant werden kann. Auch hierbei hatte der Richtliniengeber Verbraucherprodukte im Sinn. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die deutsche Regelung grundsätzlich auch bei reinen Unternehmensgeschäften gilt. Im B2B-Bereich werden Proben und Muster häufig *vor Vertragsschluss* bzw. auf dem Weg dorthin ausgetauscht und sollen gerade nicht die objektiven (oder subjektiven) Anforderungen bestimmen. Dies sollten die Vertragsparteien im Zweifel vertraglich festhalten.

IV. Weitere Neuerungen im Kaufrecht

1. Neue Sonderbestimmungen für Verbrauchergarantien

Nicht zu unterschätzen sind die angepassten Sonderbestimmungen für Garantien gegenüber Verbrauchern (§ 479 BGB).

a) Strengere Formvorschriften

Für alle Verbrauchergarantien gelten strengere Formvorschriften. Bereits nach altem Recht musste der Verbraucher darauf hingewiesen werden, dass ihm bei Mängeln gesetzliche Rechte zustehen, die durch die Garantie nicht eingeschränkt werden. Darüber hinaus muss nunmehr der Hinweis enthalten sein, dass die Inanspruchnahme dieser Rechte unentgeltlich ist.

Außerdem muss dem Verbraucher die Garantieerklärung nunmehr auf einem „dauerhaften Datenträger“ zur Verfügung gestellt werden

(§ 479 Abs. 2 BGB). Der Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ ist legaldefiniert in § 126b S. 2 BGB. Die gängigsten, als solche allgemein anerkannten „dauerhaften Datenträger“ sind Papier und E-Mails. Das bloße Bereitstellen auf der Homepage genügt hingegen regelmäßig nicht.³⁰ In zeitlicher Hinsicht muss die Erklärung dem Verbraucher spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung der Ware zur Verfügung gestellt sein, nicht schon bei Vertragsschluss. Daher kann die Garantieerklärung beispielsweise per E-Mail zusammen mit der Auftragsbestätigung oder der Rechnung übermittelt werden, außer der Verbraucher erhält die Rechnung erst nach Lieferung.

b) Mindestinhalt von Haltbarkeitsgarantien des Herstellers

Die neuen inhaltlichen Anforderungen an den Mindestgehalt betreffen vom Hersteller gegenüber dem Verbraucher übernommene Haltbarkeitsgarantien (§ 479 Abs. 3 BGB), also solche, bei denen eine bestimmte Eigenschaft der Sache für einen bestimmten Zeitraum garantiert wird.³¹ Für den reinen Verkäufer, der nicht auch Hersteller ist, gilt der Mindestgehalt nicht.

Im Grundgedanken sieht der gesetzliche Mindestgehalt an Haltbarkeitsgarantien des Herstellers vor, dass sich die gesetzlichen Gewährleistungsrechte auf den Garantiezeitraum verlängern. Im Garantiefall muss der Hersteller die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen tragen, im Falle der Nachlieferung das reklamierte Produkt auf eigene Kosten zurücknehmen und auch die Ausbaukosten des reklamierten Produkts sowie die Einbaukosten des Ersatzprodukts tragen. Ungeklärt ist noch, ob der Hersteller die Art der Nacherfüllung (Nachbesserung oder Nachlieferung) wählen darf oder ob dieses Wahlrecht dem Verbraucher zusteht.³²

c) Folgen für Hersteller

Die potenziellen Folgen für Hersteller sind enorm. Dass dem Verbraucher bei Mängeln umfangreiche gesetzliche Rechte zustehen, ist bekannt und längst in die Preiskalkulation der Hersteller eingeflossen. Diese Rechte standen dem Verbraucher aber bisher nur begrenzt auf den Gewährleistungszeitraum von zwei Jahren zu. Haltbarkeitsgarantien werden in einigen Branchen für weit längere Zeiträume übernommen. Konnte der Hersteller das wirtschaftliche Risiko früher dadurch beschränken, dass er den Gehalt der Garantie einschränkt, ist diese Möglichkeit nunmehr weggefallen. Von dem gesetzlichen Mindestgehalt darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden (§ 476 Abs. 1 S. 1 BGB). Potenziell besonders stark betroffen sind Hersteller, deren Produkte üblicherweise in anderen Sachen eingebaut werden und bei denen der Ein- und Ausbau im Verhältnis zum Produktpreis mit hohen Kosten verbunden ist.

2. Erleichterte Durchsetzung gesetzlicher Gewährleistungsrechte

Verbrauchern wurde zusätzlich die Durchsetzung ihrer gesetzlichen Rechte bei Mängeln nochmals erleichtert.

28 ErwGr. 32 WK-RL.

29 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27424, 23.

30 Begr. RegE, BT-Drs. 17/12637, 44; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 126b, Rn. 3.

31 *Weidenkaff*, in: *Grüneberg*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 443, Rn. 9.

32 Vgl. *Wilke*, *VuR* 2021, 283.

a) Fristablauf ohne Fristsetzung

Ab dem Zeitpunkt, indem der Verkäufer durch seinen Kunden von einem Mangel erfährt, sollte er sich um die Mangelbeseitigung bemühen. Denn nunmehr wird von dem Verbraucher nicht mehr erwartet, eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen, sondern nur noch, über den Mangel zu „unterrichten“ (§ 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die Frist beginnt in diesem Fall automatisch zu laufen. Lässt sich der Verkäufer mit der Nacherfüllung unangemessen lange Zeit, riskiert er, den Kaufpreis Zug-um-Zug gegen Rücknahme der mangelhaften Sache zurückzahlen zu müssen.

b) Ablaufhemmung bei Verjährung

In Fällen, bei denen der Mangel erst gegen Ende der Gewährleistungszeit auftritt, kann sich die Gewährleistungszeit durch eine neu eingeführte Ablaufhemmung bei der Verjährung (§ 475e BGB) wesentlich verlängern. Diese sieht vor, dass Gewährleistungsansprüche grundsätzlich nicht vor Ablauf von vier Monaten nach erstmaligem Auftreten des Mangels verjähren. Für „Waren mit digitalen Elementen“ dauert die Ablaufhemmung sogar zwölf Monate nach Ende des Bereitstellungszeitraums bzw. Ende der Aktualisierungspflicht an. Als absolute Höchstgrenze für die Geltendmachung bleibt nur die Zehn-Jahres-Frist nach § 199 Abs. 4 BGB.³³

c) Folgen für Verkäufer

Verkäufer sollten die vorgenannten Punkte bei der Aushandlung von (Rahmen-)Verträgen mit ihren Lieferanten berücksichtigen. Soweit es die eigene Marktposition ermöglicht, sollten insbesondere zeitliche Lücken vermieden werden, innerhalb derer eine Haftung gegenüber dem Kunden besteht, aber keine Regressmöglichkeit (mehr) gegenüber dem Lieferanten.

V. Wesentliche Aspekte für Verträge über digitale Produkte

Die Vorschriften für Verträge über die Bereitstellung digitaler Produkte (§§ 327 ff. BGB) enthalten einige wesentliche Neuerungen, die nachfolgend übersichtshalber dargestellt werden sollen. Ihre Relevanz ergibt sich insbesondere dadurch, dass die Vorschriften grundsätzlich einen zwingenden Charakter aufweisen (vgl. § 327s BGB).

1. Bezahlen mit personenbezogenen Daten

Die Vorschriften für Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte finden Anwendung, sofern der Verbraucher dem Unternehmer als Gegenleistung einen Preis zu zahlen hat. Der Anwendungsbereich kann daneben jedoch auch eröffnet sein, sofern der Verbraucher dem Unternehmer anstelle eines Preises personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet („Bezahlen mit personenbezogenen Daten“, §§ 327 Abs. 3, 312 Abs. 1a BGB). Die Möglichkeit der Bereitstellung personenbezogener Daten als Gegenleistung, deren Rechtsnatur der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich offengelassen hat,³⁴ besteht mithin verständlicherweise nur, sofern der Unternehmer diese Art der Gegenleistung anbietet.

a) Bereitstellung personenbezogener Daten

Die Eröffnung des Anwendungsbereichs setzt insoweit voraus, dass personenbezogene Daten bereitgestellt werden. Die Bereitstellung sonstiger, nicht-personenbezogener Daten ist nicht ausreichend.³⁵

Der Begriff der „Bereitstellung“ soll weit zu verstehen sein und sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten des Verbrauchers durch den Unternehmer im Zusammenhang mit dem Vertrag erfassen. Eine aktive Datenübermittlung durch den Verbraucher ist nicht zwingend vorausgesetzt.³⁶ Zwar statuiert der Wortlaut des § 327 Abs. 3 BGB nicht, dass es sich um personenbezogene Daten bezüglich des Verbrauchers, der Partei des jeweiligen Vertrags ist, handeln muss. Jedoch dürften Verbraucher datenschutzrechtlich regelmäßig nicht zur Bereitstellung personenbezogener Daten Dritter berechtigt sein. Die Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 327 ff. BGB im Falle des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ gilt ausnahmsweise nicht, wenn der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen (§§ 327 Abs. 3, 312 Abs. 1a S. 2 BGB). Das bedeutet, die Qualifizierung der Bereitstellung personenbezogener Daten als Gegenleistung setzt voraus, dass der Unternehmer die Daten zu weitergehenden Zwecken (z. B. Werbezwecken) verarbeiten will.³⁷

b) Kündigungsrecht des Unternehmers

Im Falle des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ ergeben sich im Rahmen des Vertragsrechts auch datenschutzrechtliche Implikationen.³⁸ Die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss lassen die Wirksamkeit des Vertrags unberührt (§ 327q Abs. 1 BGB). Widerruft der Verbraucher eine erteilte Einwilligung oder widerspricht er der weiteren Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten, steht dem Unternehmer ein Kündigungsrecht zu (§ 327q Abs. 2 BGB).

Das Kündigungsrecht setzt einerseits voraus, dass sich der Vertrag nicht in einer einmaligen Bereitstellung eines digitalen Produkts erschöpft. Daneben muss dem Unternehmer die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses, insbesondere unter Berücksichtigung des weiterhin zulässigen Umfangs der Datenverarbeitung, unzumutbar sein (§ 327q Abs. 2 BGB). Insbesondere hinsichtlich des Merkmals der Zumutbarkeit sind zukünftig Konkretisierungen durch die Rechtsprechung zu erwarten.³⁹ Etwaige Ersatzansprüche des Unternehmers infolge derartiger datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers sind gesetzlich ausgeschlossen (§ 327q Abs. 3 BGB).

c) Analoge Anwendung für andere Verbraucherverträge

Die Möglichkeit der Gegenleistung in Form des „Bezahlens mit personenbezogenen Daten“ gilt nicht nur für Verträge über digitale Produkte. Durch § 312 Abs. 1a BGB wird deklariert, dass der Anwendungsbereich der Vorschriften über Verbraucherverträge (§§ 312 ff. BGB) ebenfalls eröffnet sein kann, wenn der Verbraucher anstelle eines Preises personenbezogene Daten bereitstellt. Da § 327q BGB, der die vertragsrechtlichen Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen statuiert, jedoch systematisch nur für Verträge über digitale Produkte gilt, könnte bezüglich anderer Verbraucherverträge eine analoge Anwendung des § 327q BGB erforderlich werden.

33 Weidenkaff, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 475e, Rn. 2.

34 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 40; vgl. Meurer/Fanderl, DSB 2021, 296.

35 Vgl. Wendehorst, NJW 2021, 2913.

36 Vgl. Meurer/Fanderl, DSB 2021, 296; Wendehorst, NJW 2021, 2913.

37 Vgl. Meurer/Fanderl, DSB 2021, 296.

38 Vgl. Wendehorst, NJW 2021, 2913.

39 Vgl. Meurer/Fanderl, DSB 2021, 296.

2. Gewährleistungsrecht für digitale Produkte

Die neuen Vorschriften über digitale Produkte normieren ein eigenes Gewährleistungsrecht für derartige Verträge – eine systematische Besonderheit, da gewährleistungsrechtliche Vorschriften bislang nur im besonderen Schuldrecht normiert waren. Im Falle von Mängeln der digitalen Produkte stehen Verbrauchern die üblichen Gewährleistungsrechte zu (vgl. § 327i BGB).

a) Produktmängel digitaler Produkte

Neben den Anforderungen an die Bereitstellung digitaler Produkte und den Rechten der Verbraucher bei unterbliebener Bereitstellung (§§ 327b, 327c BGB) normiert § 327d BGB die Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte. Demnach müssen digitale Produkte frei von Produkt- und Rechtsmängeln bereitgestellt werden. Der Begriff „Produktmangel“ erfasst in Anlehnung an den Oberbegriff der „digitalen Produkte“ sowohl Mängel digitaler Inhalte als auch digitaler Dienstleistungen.

Die Voraussetzungen eines Produktmangels (§ 327e BGB) sind weitestgehend parallel zu den dargestellten Voraussetzungen des neuen kaufrechtlichen Sachmangels (s. oben III.). Demgemäß müssen digitale Produkte ebenfalls subjektiven sowie objektiven Anforderungen entsprechen. Insoweit kann bei digitalen Produkten auch die Nichteinhaltung datenschutzrechtlicher Anforderungen (z.B. Privacy by Design, Privacy by Default) unter Umständen einen Produktmangel begründen.⁴⁰ Daneben bestehen spezifische Anforderungen an die Integration digitaler Produkte.

b) Abweichende Vereinbarungen

Abweichende Vereinbarungen über Produktmerkmale, die die objektiven Anforderungen betreffen, sind nur sehr eingeschränkt zulässig. Derartige Vereinbarungen setzen voraus, dass der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal des digitalen Produkts von den objektiven Anforderungen abweicht, und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (§ 327h BGB).⁴¹ Pauschale Aussagen zu möglichen Einschränkungen der Vertragsmäßigkeit als auch abweichende Vereinbarungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind insoweit nicht zulässig.⁴² Allgemein können sich Unternehmer auf Vereinbarungen mit einem Verbraucher, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften der §§ 327 ff. BGB abweichen, nicht berufen, sofern eine solche Vereinbarung nicht erst nach der Mitteilung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer über die unterbliebene Bereitstellung oder über den Mangel des digitalen Produkts getroffen wurde (§ 327s Abs. 1 BGB).

c) Anforderungen an die Integration digitaler Produkte

Spezifisch für digitale Produkte – und insoweit abweichend von der kaufrechtlichen Sachmangelvorschrift – statuiert § 327e Abs. 4 BGB die Anforderung einer ordnungsgemäßen Integration des digitalen Produkts. Der Begriff „Integration“ meint die Ver- bzw. Einbindung eines digitalen Produkts mit den bzw. in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers (z.B. Hardware oder Software), damit das digitale Produkt ordnungsgemäß genutzt werden kann (vgl. § 327e Abs. 4 S. 2 BGB). Die Anforderungen der Integration sind mithin erfüllt, wenn das digitale Produkt nach der Integration eine Vertragsmäßigkeit im Sinne des § 327d BGB aufweist.

3. Aktualisierungspflicht (§ 327f BGB)

Zur Gewährleistung der subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit digitaler Produkte sind Unternehmer während des maßgeblichen Zeitraums zur Bereitstellung von Aktualisierungen der digitalen Produkte verpflichtet (sog. Updatepflicht, § 327f BGB). Diese Pflicht dürfte für Unternehmer nicht nur mit rechtlichen Herausforderungen einhergehen, da eine Abbedingung dieser Pflicht nur unter den erschwerten Bedingungen des § 327h BGB möglich ist. Auch in praktischer Hinsicht könnte die Aktualisierungspflicht für Unternehmen Schwierigkeiten bereiten. Sofern sie nicht selbst Hersteller eines digitalen Produkts sind, müssen Unternehmen durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit ihren Lieferanten sicherstellen, dass sie zur Erfüllung der Aktualisierungspflicht in der Lage sind.⁴³

a) Umfang der Aktualisierungspflicht

Eine Aktualisierungspflicht besteht nicht nur, wenn die Bereitstellung von Aktualisierungen vertraglich vereinbart ist (vgl. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB), sondern auch unabhängig von derartigen vertraglichen Vereinbarungen als Merkmal der objektiven Anforderungen der Produktmangelfreiheit (vgl. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB).

Der Unternehmer hat insoweit sicherzustellen, dass dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind (z.B. Sicherheitsupdates), bereitgestellt werden und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird (§ 327f Abs. 1 BGB). Der Begriff „Aktualisierungen“ dient als Oberbegriff und umfasst als solcher sowohl „Updates“ als auch „Upgrades“ digitaler Produkte.⁴⁴

Die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen erstreckt sich nur auf solche Aktualisierungen, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind. Dadurch soll sichergestellt werden, dass digitale Produkte während des maßgeblichen Zeitraums in einem vertragsgemäßen Zustand und sicher bleiben. Insoweit sind auch Sicherheitsmängel, die faktisch keine Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des digitalen Produkts haben, durch Bereitstellung geeigneter Aktualisierungen zu beheben.⁴⁵ Unternehmer sind jedoch grundsätzlich nicht zu Verbesserungen der digitalen Produkte, die über die jeweilige Vertragsmäßigkeit hinausgehen, verpflichtet. Insoweit sind allerdings die objektiven Anforderungen der Vertragsmäßigkeit und die diesbezügliche Verbrauchererwartung während des maßgeblichen Zeitraums zu berücksichtigen.

Neben der Bereitstellung der Aktualisierung als solcher sind Unternehmer auch zu einer diesbezüglichen Information der Verbraucher verpflichtet (§ 327f Abs. 1 S. 1 BGB). Unternehmer müssen Verbraucher sowohl über die Verfügbarkeit einer Aktualisierung als auch über die Folgen einer unterlassenen Installation informieren.

b) Maßgeblicher Zeitraum

Der maßgebliche Zeitraum, während dessen die Aktualisierungspflicht besteht, ist abhängig von der Art des jeweiligen Vertrags. Bei

40 Vgl. ErwGr 48 DI-RL; Pech, GRUR-Prax 2021, 509.

41 Vgl. ErwGr 49 DI-RL; Schöttle, DSRITB 2021, 431.

42 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 62; Pech, GRUR-Prax 2021, 509; Wendehorst, NJW 2021, 2913.

43 Vgl. Pech, GRUR-Prax 2021, 509.

44 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 58.

45 Vgl. ErwGr 47 DI-RL.

einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts (z.B. Mietvertrag) besteht die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen während des gesamten Bereitstellungszeitraums (§ 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB). Die Aktualisierungspflicht kann unter Umständen auch über den Gewährleistungszeitraum hinausgehen.⁴⁶ Bei anderen Verträgen, insbesondere auch bei solchen, die sich in einer einmaligen Bereitstellung eines digitalen Produkts erschöpfen (z.B. Kaufverträge), ist derjenige Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, maßgeblich für die Beurteilung des zeitlichen Umfangs der Aktualisierungspflicht (§ 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB). Daraus folgt, dass auch bei Verträgen, die sich grundsätzlich in einem einmaligen Leistungsaustausch erschöpfen, Pflichten des Unternehmers für einen gewissen Zeitraum fortbestehen. Die Beurteilung des insoweit maßgeblichen Zeitraums soll anhand eines objektiven Maßstabs erfolgen („Durchschnittsverbraucher“).⁴⁷ Diese Beurteilung ist allerdings recht unbestimmt, wodurch sich Rechtsunsicherheiten für die verpflichteten Unternehmer ergeben könnten.

c) Folgen von Verstößen

Unterlässt der Unternehmer die Bereitstellung erforderlicher Aktualisierungen oder eine diesbezügliche Information, begründet dies einen Produktmangel durch Verstoß gegen die objektiven Anforderungen, sodass dem Verbraucher die jeweiligen Gewährleistungsrechte des § 327i BGB zustehen (vgl. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB).⁴⁸

Im Gegenzug dazu haftet der Unternehmer nicht (mehr) für Produktmängel, wenn es der Verbraucher unterlässt, eine bereitgestellte Aktualisierung innerhalb angemessener Frist zu installieren (§ 327f Abs. 2 BGB). Der Haftungsausschluss bezieht sich jedoch zum einen nur auf solche Produktmängel, die allein auf das Fehlen der Aktualisierung zurückzuführen sind. Zum anderen gilt der Haftungsausschluss nur, sofern der Unternehmer den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation informiert hat und die Tatsache, dass der Verbraucher die Aktualisierung nicht oder unsachgemäß installiert hat, nicht auf eine dem Verbraucher bereitgestellte mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist.

4. Änderungen digitaler Produkte während der Vertragslaufzeit

In der Praxis stellt sich für Anbieter digitaler Produkte (z.B. Software, Apps) regelmäßig die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sie zu einer (einseitigen) Änderung des digitalen Produkts und dessen Beschaffenheit während der Vertragslaufzeit berechtigt sind, wenn sie ihr jeweiliges Produkt weiterentwickeln wollen. Bislang wurde dieser Aspekt regelmäßig durch die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts adressiert, wobei solche Vereinbarungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind (vgl. § 308 Nr. 4 BGB).

a) Änderungsvorbehalt

Die neue Vorschrift des § 327r BGB adressiert nunmehr Änderungen digitaler Produkte bei auf Dauer angelegten Verträgen. Danach können Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen zu Änderungen eines digitalen Produkts, die nicht allein der Aufrechterhal-

tung der Vertragsmäßigkeit durch Aktualisierungen dienen, berechtigt sein. Voraussetzung für die Zulässigkeit derartiger Änderungen ist zum einen, dass der jeweilige Vertrag die Möglichkeit zur Vornahme von Änderungen sowie einen „triftigen Grund“ dafür vorsieht (§ 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB). Sofern betriebstechnische Gründe, wie beispielsweise die Anpassung eines digitalen Produkts an eine neue technische Umgebung oder erhöhte Nutzerzahlen, Änderungen des digitalen Produkts erforderlich machen, können derartige Umstände einen „triftigen Grund“ begründen.⁴⁹ Es ist davon auszugehen, dass Änderungen insoweit vorgenommen werden dürfen, soweit diese aufgrund des konkreten „triftigen Grundes“ erforderlich sind, nicht jedoch darüber hinaus.

Zum anderen setzen Änderungen digitaler Produkte während der Vertragslaufzeit weiter voraus, dass den Verbrauchern aufgrund der Änderungen keine zusätzlichen Kosten entstehen und die Verbraucher klar und verständlich über die Änderungen informiert werden (§ 327r Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 BGB). Sofern die Änderung eines digitalen Produkts dazu führt, dass die Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers auf das digitale Produkt oder dessen Nutzbarkeit beeinträchtigt wird, sind solche Änderungen nur unter der weitergehenden Voraussetzung zulässig, dass der Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist vor dem Zeitpunkt der Änderung mittels eines dauerhaften Datenträgers über die Merkmale und den Zeitpunkt der Änderung sowie seine diesbezüglichen Rechte informiert wird (§ 327r Abs. 2 BGB).

b) Kündigungsrecht des Verbrauchers

Sofern die Änderung eines digitalen Produkts die Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers oder die Nutzbarkeit beeinträchtigt, steht den Verbrauchern das gesetzliche Recht zu, den Vertrag innerhalb von 30 Tagen ab dem Zugang der entsprechenden Information bzw. dem Zeitpunkt der Änderung unentgeltlich zu beenden (§ 327r Abs. 3 BGB). Dieses Kündigungsrecht des Verbrauchers besteht ausnahmsweise jedoch nicht, sofern die Beeinträchtigung der Zugriffsmöglichkeit bzw. Nutzbarkeit nur unerheblich ist oder, wenn der Unternehmer es dem Verbraucher alternativ ermöglicht, die bisherige Version des digitalen Produkts ohne zusätzliche Kosten unverändert beizubehalten (§ 327r Abs. 4 BGB).

VI. Fazit

Die in Umsetzung der DI-RL sowie der WK-RL neu in das BGB eingefügten Vorschriften haben weitreichende Relevanz. Für Unternehmen ergibt sich daraus ein dringender Handlungsbedarf, da insbesondere Auftrags- und Vertragsdokumente sowie allgemeine Geschäfts- und Nutzungsbedingungen den neuen gesetzlichen Anforderungen angepasst werden müssen. Dies gilt nicht nur für Verträge gegenüber den eigenen Kunden, sondern auch für Verträge mit Lieferanten. Zudem sollten Unternehmen im Hinblick auf Verträge über digitale Produkte mit Verbrauchern für Klarheit bezüglich des jeweils anwendbaren Rechtsregimes sorgen.

⁴⁶ Vgl. ErwGr 47 DI-RL; Pech, GRUR-Prax 2021, 509; Schöttle, DSRITB 2021, 431.

⁴⁷ Vgl. ErwGr 46 DI-RL.

⁴⁸ Vgl. Schrader, JA 2022, 1.

⁴⁹ Vgl. ErwGr 75 DI-RL; Pech, GRUR-Prax 2021, 509.

Eine mangelhafte Umsetzung der neuen Vorschriften, insbesondere mit Blick auf die neuen Anforderungen an die Mangelfreiheit, könnte dazu führen, dass sich Unternehmen zukünftig vermehrt mit Gewährleistungsrechten der Kunden auseinandersetzen müssen. Dies gilt besonders für solche Produkte, die der neuen Aktualisierungspflicht unterfallen. Unter Umständen können Verbrauchern sogar gesetzliche Kündigungsrechte zustehen. Zudem ergeben sich aus den neuen gesetzlichen Vorschriften zahlreiche Informationspflichten für Unternehmen, deren Nichtbeachtung ebenfalls diverse Rechte und Ansprüche der Kunden begründen könnte.

Betroffenen Unternehmen ist abschließend zu empfehlen, die Entwicklungen der Rechtsprechung in Bezug auf die neuen Vorschriften zu beobachten. Es ist zu erwarten, dass bislang noch offene Fragen sukzessive durch die Rechtsprechung beantwortet werden.

Tobias Lunk, LL.M. oec., RA, ist Associate bei Orth Kluth Rechtsanwälte am Standort Düsseldorf und Teil der Praxisgruppe Verträge, Handel & Vertrieb. Er berät Unternehmen in den Bereichen Vertrags- und Handelsrecht und vertritt sie in zivilrechtlichen Streitverfahren bei komplexen Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten.



Felix Meurer, RA, ist Associate bei Orth Kluth Rechtsanwälte am Standort Berlin (Praxisgruppe IP/IT/Datenschutz). Er berät Mandantinnen und Mandanten insbesondere im IT- und Datenschutzrecht, zu Rechtsfragen des Telekommunikations- und Telemedienrechts sowie im Bereich des Urheberrechts mit IT-rechtlichen Bezügen (z. B. Softwarerecht).



BGH: Bestellung eines besonderen Vertreters zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen wegen Pflichtverletzung des Geschäftsführers

BGH, Urteil vom 30.11.2021 – II ZR 8/21
ECLI:DE:BGH:2021:301121UII ZR8.21.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2022-321-2](#)
unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHER LEITSATZ

Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die mit einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers begründet werden, kann ein besonderer Vertreter bestellt werden, auch wenn nicht der Geschäftsführer selbst, sondern eine von ihm mittelbar beherrschte Gesellschaft in Anspruch genommen werden soll.

GmbHG § 46 Nr. 8

SACHVERHALT

Die Klägerin, eine GmbH, hat drei Gesellschafterinnen. 50% ihres Stammkapitals hält die C. GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer R. ist. Weitere 40% des Stammkapitals hält die insolvente H. GmbH (im Folgenden: H.), deren Alleingesellschafter W. ist. Die übrigen 10% entfallen auf die insolvente Hl. mbH (im Folgenden: Hl.). Geschäftsführer der Klägerin war bis Juni 2008 W., ab Ende 2008 zudem R., im August 2010 wurde Ri. zum weiteren Geschäftsführer der Klägerin bestellt.

Alleingesellschafterin der beklagten GmbH ist die L. GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer wiederum R. ist.

Bereits 1999 schloss die Klägerin mit der Ha. GmbH (im Folgenden: Käuferin) einen Unternehmenskaufvertrag über die Veräußerung von Anteilen an einer weiteren Gesellschaft. In der Folge kam es zwischen den Kaufvertragsparteien zum Streit. Die Klägerin, R. und die W. mbH als Zessionarin der Ansprüche des W. erhoben daraufhin im Jahr 2010 gemeinsam eine Teilschiedsklage gegen die Käuferin. Zur Finanzierung ihrer Prozessführung schloss die Klägerin, vertreten durch ihre Geschäftsführer R. und Ri., auf der Grundlage eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses am 21./22. Februar 2011 mit der Beklagten, diese wiederum vertreten durch R., einen Prozessfinanzierungsvertrag. Darin verpflichtete sich die Beklagte zur Über-

nahme der Verfahrenskosten der Klägerin bis zu einer bestimmten Höhe, im Gegenzug versprach die Klägerin der Beklagten im Falle eines Prozess Erfolgs eine 30%ige Erlösbeteiligung. Spätestens 2015 kam es zwischen den Gesellschafterinnen der Klägerin bzw. deren Insolvenzverwaltern zum Streit über die Wirksamkeit des Prozessfinanzierungsvertrags.

Die Gesellschafterinnen der Klägerin fassten am 14./15. Juni 2016 im Umlaufverfahren einen Beschluss, in dem der Insolvenzverwalter der Gesellschafterin H., Rechtsanwalt B., ermächtigt wurde, die Rechtsanwälte H. mit der Erhebung einer Klage gegen die Beklagte auf Feststellung der Unwirksamkeit des Prozessfinanzierungsvertrags vom 21./22. Februar 2011 zu beauftragen.

In der Folge erhob die Klägerin, vertreten durch den besonderen Vertreter B., gegen die Beklagte eine entsprechende Feststellungsklage. Das LG hat die Klage als unbegründet abgewiesen, wogegen sich die Klägerin mit ihrer Berufung gewandt hat.

Während des Berufungsverfahrens haben am 9. Dezember 2019 die Gesellschafterinnen der Klägerin einstimmig den Beschluss gefasst, dass der Insolvenzverwalter der H. in dem Beschluss vom 15./16. Juni 2016 als besonderer Vertreter „i. S. d. § 46 Nr. 8 Var. 2 GmbHG (analog) ermächtigt worden ist und werden sollte“. Am 17. Dezember 2019 hatten die H. und die Hl. gegen die Stimmen der C. GmbH u. a. für eine Neufassung und Ergänzung des Beschlusses vom 15./16. Juni 2016 gestimmt, insbesondere für die vorsorgliche Ermächtigung des besonderen Vertreters zur Klageerhebung als besonderer Vertreter im Sinne von § 46 Nr. 8 Fall 2 GmbHG (analog) rückwirkend auf den 15. Juni 2016 (TOP 4 Nr. 1), zur Ausschöpfung des Instanzenwegs (TOP 4 Nr. 2), zur Erhebung einer Leistungsklage, gerichtet auf die Rückzahlung der auf den Prozessfinanzierungsvertrag erbrachten Zahlungen (TOP 4 Nr. 3), und einer negativen Feststellungsklage (TOP 4 Nr. 4). Die Klägerin hat die Klage um den Antrag auf Rückzahlung der von der Klägerin auf den Prozessfinanzierungsvertrag geleisteten 5.873.896,55 € und um den Antrag auf Feststellung, dass der Beklagten gegenüber der Klägerin ein Anspruch aus dem Prozessfinanzierungsvertrag nicht zusteht, erweitert.