

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff, Thorsten Feldmann, Kerstin Gießübel, Dr. David Jahn

19. @kit-Kongress –

9. Forum „Kommunikation & Recht“

**Digital-Veranstaltung vom
18. – 19. März 2021**

diesem Beitrag betrachteten Bestimmungen zu Beschwerde-mechanismen und zur unabhängigen Streitbeilegung. Auch der im Entwurf vorgeschlagene Risikomanagement-Ansatz bedarf noch weiteren Feinschliffs.

Unbedingt sollten im Gesetzgebungsprozess die zentralen Begriffe der „Anbieter von Vermittlungsdiensten“ und „Online-Plattform“ sowie der Adressatenkreis der Sorgfaltspflichten korrigiert werden. So ist beispielsweise nicht nachvollziehbar, weshalb sich sowohl die Regeln zur Streitbeilegung als auch die Risikomanagementpflichten nur an Host Provider richten und damit u. a. den bedeutsamen Werbe- und Informationsmittler Google nicht erfassen. Zu befürworten sind die Bestrebungen der Europäischen Kommission, die bislang weitgehend im Verborgenden liegenden Prozesse sehr großer Diensteanbieter einer stärkeren gesellschaftlichen Kontrolle zu unterziehen. Die von dem Verordnungsentwurf vorgesehene Risikobewertung nehmen bedeutsame Diensteanbieter bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt durchaus intern vor, doch fallen Strategien der Risikominimierung oftmals dem Gewinnstreben zum

Opfer.⁶⁸ Eine höhere Transparenz ermöglicht sowohl gesellschaftlichen Druck zur Beseitigung von Missständen⁶⁹ als auch die künftige Entwicklung passgenauerer Regulierungsinstrumente.

68 *Horwitz/Seetharaman*, Facebook Executives Shut Down Efforts to Make the Site Less Divisive, Wall Street Journal, 26. 5. 2020, <https://www.wsj.com/articles/facebook-knows-it-encourages-division-top-executives-nix-d-solutions-11590507499>; *Hao*, We read the paper that forced Timnit Gebru out of Google. Here's what it says., MIT Technology Review, 4. 12. 2020, <https://www.technologyreview.com/2020/12/04/1013294/google-ai-ethics-research-paper-forced-out-timnit-gebru/>; *Hao*, How Facebook got addicted to spreading misinformation, MIT Technology Review, 11. 3. 2021, <https://www.technologyreview.com/2021/03/11/1020600/facebook-responsible-ai-misinformation>.

69 Zur Bedeutung gesellschaftlichen Drucks siehe *Roose*, In Pulling Trump's Megaphone, Twitter Shows Where Power Now Lies, 9. 1. 2021, <https://www.nytimes.com/2021/01/09/technology/trump-twitter-ban.html>; *Perez*, Facebook denies its algorithms are a problem, but launches a tool to more easily view a non-algorithmic News Feed, 31. 3. 2021, <https://techcrunch.com/2021/03/31/facebook-denies-its-algorithms-are-a-problem-but-launches-a-tool-to-more-easily-view-a-non-algorithmic-news-feed>.

Prof. Dr. Paul T. Schrader, LL.M. oec.*

Mindesthaltbarkeit smarter Produkte

Kurz und Knapp

Die Haltbarkeit von Produkten wird durch die Einstandspflicht des Verkäufers maßgeblich beeinflusst. Während der Gewährleistungsfrist wird dem Verkäufer das Risiko eines auftretenden Mangels zugewiesen, flankiert mit einer teilweisen Beweislastumkehr. Smarte Produkte weisen die Besonderheit auf, dass die Funktionen der Kaufsache von digitalen Elementen – oftmals bereitgestellt durch Dritte – abhängig sind. Für diese Elemente hat der Verkäufer künftig ebenfalls einzustehen, was die Haltbarkeit von smarten Produkten zumindest im Normalfall auf zwei Jahre sicherstellen sollte.

I. Problemstellung und Lösungsansatz in der Rechtsentwicklung

Das traditionelle Kaufrecht zeichnet sich durch ein singuläres Leistungsaustauschverhältnis aus. Der Verkäufer schuldet die Lieferung einer im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfreien Sache. Der Verkäufer haftet für Mängel der Kaufsache, die bereits bei Gefahrübergang vorhanden waren und sich während der Gewährleistungsfrist zeigen, wobei zugunsten von Verbrauchern derzeit eine sechsmonatige Beweislastumkehr gilt, § 477 BGB.

Smarte Produkte erfüllen Funktionen, für deren Realisierung zusätzlich zur Ware selbst (Hardware) auch noch digitale Elemente (Software) erforderlich sind. Diese werden oft nicht vom Verkäufer, sondern von Dritten erbracht. Beispiele sind Fitnessarmbänder, intelligente Armbanduhren (smart watches), Navigationsgeräte, Mobiltelefone aber auch teilweise Kraftfahrzeuge.¹ Durch die funktionelle Verbindung der Software mit der Hardware wird die Haltbarkeit smarter Produkte häufig nicht bloß durch den Ver-

schleiß der Hardware, sondern auch durch die Funktionsfähigkeit der Software bestimmt. Bislang ist der Kaufvertrag der Hardware von dem Vertrag über die Erbringung digitaler Dienste unabhängig. Insbesondere bestehen keine zwingenden Regelungen für ein Gewährleistungssystem bei der Erbringung digitaler Dienste. Von der kaufvertraglichen Pflicht sind die von Dritten zu erbringenden digitalen Elemente i. d. R. nicht erfasst.

Die EU hat im Mai 2019 zwei Richtlinien verabschiedet: Die Eine, die ein zwingendes Gewährleistungssystem für die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen („Digitale Inhalte“-Richtlinie, (EU) 2019/770) vorsieht, die Andere, die bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, insbesondere Waren mit digitalen Elementen, regelt (Warenkaufrichtlinie, (EU) 2019/771).² Beide Richtlinien erfassen nur B2C-Verträge, sind damit reines Verbraucherschutzrecht.³ Sie verfolgen einen vollharmonisierenden Ansatz.⁴ Die umgesetzten Regeln des nationalen Rechts sind für Verträge anzuwenden, die ab 1. 1. 2022 geschlossen werden.⁵

Die der Richtlinienumsetzung dienenden geplanten BGB-Neuregelungen des „Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen“⁶ sowie der „Bereitstellung digitaler Inhalte

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 60.

1 Vgl. ErwGr 14 f. Warenkauf-RL mit weiteren Bsp.

2 Ferner wird durch die Warenkauf-RL die bekannte Verbrauchsgüterkauf-RL (1999/44/EG) aufgehoben, Art. 23 Warenkauf-RL.

3 Für das Bedürfnis einer Regelung bei B2B-Verträgen, *Kupfer/Weiß*, ZVrtriebsR 2021, 21, 23; zur unterschiedlichen Behandlung von B2B und B2C auch kritisch, vgl. Stellungnahme i. R. d. Gesetzgebungsverfahrens durch den ADAC, zu §§ 475b ff. BGB-E, S. 3.

4 Art. 4 Warenkauf-RL; Art. 4 Digitale-Inhalte-RL.

5 Art. 24 Abs. 1 S. 2 Warenkauf-RL; Art. 24 Abs. 1 S. 2 Digitale-Inhalte-RL.

6 Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (RegE (Warenkauf vom 9. 3. 2021, BT-Drs. 19/27424)), zur Umsetzung der RL (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (ABl. L 136 S. 28).

und digitaler Dienstleistungen“⁷ beschränken sich auf eine 1:1-Umsetzung der Richtlinien.⁸ Daher erfassen diese Regelungen auch in der Umsetzung in nationales Recht ausschließlich Verbraucherverträge. In diesem Rahmen werden in den §§ 327, 327a-u BGB-E die Regelungen bzgl. der Verträge über digitale Produkte und hauptsächlich in den §§ 475b ff. BGB-E die Regelungen über Sachen mit digitalen Elementen (sog. „smarte Produkte“) eingefügt sowie die §§ 434 ff. BGB ergänzt.

II. Regelungen zur Mindesthaltbarkeit von Kaufsachen

Haltbarkeit einer Sache bedeutet, dass die Funktionen und Leistungen einer Sache bei normaler Verwendung über eine Zeitspanne hinweg erhalten bleiben.⁹ Ob der Verlust der Funktionsfähigkeit einer Sache zu Gewährleistungsrechten des Käufers führt, hängt maßgeblich von zwei Faktoren ab: Die fehlende Haltbarkeit muss 1. einen Mangel darstellen und 2. im maßgeblichen Zeitpunkt vorliegen.

1. de lege lata

Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB muss der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben, damit Gewährleistungsansprüche des Käufers bestehen. Es genügt nicht, dass der Mangel (während der Gewährleistungsfrist) nach Gefahrübergang auftritt. Hierfür hilft allerdings bei Verbraucherverträgen die Beweislastumkehr gem. § 477 BGB, wonach vermutet wird, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag, wenn sich der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang zeigt.¹⁰ Wegen des gebotenen weiten Verständnisses der auf Art. 5 Abs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL zurückgehenden Vermutungsregel¹¹ kann man insoweit von einer faktischen Haltbarkeitsgarantie während der Beweislastumkehr ausgehen.¹²

Schwierig erweist sich nach derzeitiger Rechtslage allerdings die Bestimmung der kaufgewährleistungsrechtlich relevanten Anforderungen an die Haltbarkeit einer Kaufsache. Freilich können die Kaufvertragsparteien eine Beschaffenheit vereinbaren, die einen Zustand beschreibt, der es erforderlich macht, dass die Funktionen der Kaufsache auch nach Gefahrübergang erhalten bleiben. Allerdings sind solche Vereinbarungen der Beschaffenheit ebenso selten wie Abreden zum Verwendungszweck.¹³ Bei der mangels Abrede verbleibenden Variante der Bestimmung des Mangels anhand der üblichen Beschaffenheit, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB), stellt sich das Problem, dass es schlicht an (objektiven) Erfahrungswerten und festgelegten Kriterien für diese objektive Käufererwartung im Hinblick auf die Haltbarkeit von Waren fehlt.

2. Ab 1. 1. 2022 nach Umsetzung der Warenkauf-RL

a) Gleichwertige objektive und subjektive Anforderungen an die Kaufsache

Mit der Umsetzung der Warenkauf-RL wird das zuvor geltende (und ins BGB europarechtlich zweifelhaft umgesetzte)¹⁴ Stufenverhältnis zwischen subjektiven und objektiven Beschaffenheitsanforderungen an die Kaufsache in § 434 Abs. 1 BGB zumindest für B2C-Verträge zugunsten gleichrangig ausgestalteter Anforderungen abgelöst, § 434 Abs. 1 BGB-E.¹⁵ Objektive Anforderungen stehen nunmehr gleichwertig neben subjektiven (insbesondere vereinbarten) Anforderungen. Gegenüber Verbrauchern ist eine Vereinbarung, mit der von den objektiven Anforderungen abgewichen wird, an die besondere Form des § 476 Abs. 1 S. 2

BGB-E geknüpft. Danach muss der Verbraucher von der Abweichung eines Merkmals der Kaufsache von den objektiven Anforderungen zuvor in Kenntnis gesetzt worden sein (Nr. 1) und die Abweichung „im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart“ werden (Nr. 2).¹⁶

b) Haltbarkeit als objektive Anforderung an die Kaufsache

Zu den objektiven Anforderungen gehören gemäß § 434 Abs. 3 S. 2 BGB-E neben Menge und Qualität auch „sonstige Merkmale der Sache, einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit“. Das Erfordernis der Haltbarkeit der Sache stammt aus Art. 7 Abs. 1 lit. d Warenkauf-RL. Der Begriff der Haltbarkeit wird in Art. 2 Nr. 13 Warenkauf-RL als „die Fähigkeit der Waren ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten“, definiert. In der Gesetzesbegründung des geplanten Umsetzungsaktes wird dazu ausgeführt, dass mit § 434 Abs. 3 S. 2 BGB-E beabsichtigt ist, „dass der Verkäufer dafür einzustehen hat, dass die Sache zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Fähigkeit hat, ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten“. ¹⁷ Ausdrücklich soll damit aber „keine gesetzliche Haltbarkeitsgarantie“ begründet werden, d. h., der Verkäufer haftet „nicht dafür, dass die Sache tatsächlich ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung behält“. ¹⁸

c) Gefahrübergang weiterhin Zeitpunkt für das Vorliegen des sich während der Gewährleistungsfrist zeigenden Mangels

Für die Sachmängelhaftung bleibt vielmehr weiterhin der Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgeblich: Zu diesem Zeitpunkt (Gefahrübergang) muss die Sache „die Fähigkeit“ aufweisen, dass die Sache ihre erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung behält, um das Erfordernis der „Haltbarkeit“ zu erfüllen.¹⁹ Im Hinblick auf den Sachmangelbegriff wird dies noch einiger Konkretisierung im Einzelfall (vor allem in der Rechtsprechung) erfordern. Eine Sache erfüllt das (objektive) Erfordernis der Haltbarkeit jedenfalls dann nicht, wenn die Sache (bspw. wegen qualitativer Einschränkungen) nicht die Fähigkeit hat, die „erforderlichen Funktionen und ihre Leistung bei normaler Verwendung zu behalten“. Hierfür trägt bekanntlich der Verkäufer bereits derzeit die Beweislast für die ersten sechs Monate ab Gefahrübergang (§ 477 BGB). Dieser Zeitraum wird künftig ein Jahr ab Gefahrübergang

7 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (RegE (Digitale Inhalte vom 17. 3. 2021, BT-Drs. 19/27653)): betrifft die RL (EU) 2019/770 (ABl. L 136 S. 1).

8 Die 1:1-Umsetzung von EU-Vorhaben geht auf eine Vereinbarung im Koalitionsvertrag der CDU, CSU und SPD zurück, Begr. zu Nr. 7 (§§ 475b bis 475e BGB-E), BT-Drs. 19/27424, S. 30.

9 Begr. zu § 434 Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 24 sowie Art. 2 Nr. 13 Warenkauf-RL.

10 Faust, in: BeckOK BGB, 56. Ed. Stand: 1. 11. 2020, BGB, § 477 Rn. 9 f.

11 EuGH, 4. 6. 2015 – C-497/13, NJW 2015, 2237, 2240 f. Rn. 69 ff. – Faber.

12 Bach/Wöbbecking, NJW 2020, 2672, 2673, Rn. 11.

13 Bach/Wöbbecking, NJW 2020, 2672, 2673 f., Rn. 13, 14.

14 Faust, in: BeckOK BGB (Fn. 10), § 434 Rn. 48 ff. m. w. N.

15 Dieses Stufenverhältnis wird wegen der klaren Regelung in Art. 7 Abs. 1 Warenkauf-RL aufgegeben, dazu Tonner, VuR 2019, 363, 364; ferner ErwGr 29 Warenkauf-RL.

16 Teilweise als ausufernder Formalismus kritisiert, da die ausdrückliche Vereinbarung individueller Eigenschaften der Kaufsache im Fahrzeughandel der Regelfall sei, vgl. Stellungnahme i. R. d. Gesetzgebungsverfahrens durch den Zentralverband Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e. V. (ZDK), S. 1.

17 Begr. zu § 434 Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 24.

18 Begr. zu § 434 Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 24.

19 Begr. zu § 434 Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 24.

betragen, § 477 Abs. 1 BGB-E.²⁰ Mithin trifft den Verkäufer ein Jahr nach Gefahrübergang die Beweislast dafür, dass die Kaufsache i. d. R. bei der Übergabe keinen Mangel aufweist, insbesondere auch keine „Sollbruchstelle“ hat (sog. geplante Obsoleszenz). Zeigt sich erst nach Ablauf eines Jahres während der verbleibenden Gewährleistungsfrist ein Mangel, trägt der Käufer die Beweislast für die bei Gefahrübergang nicht vorhandene Haltbarkeit.²¹ Zeigt sich der Mangel erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, haftet der Verkäufer nicht mehr.

Eine Besonderheit ist die „maßvolle“ Erweiterung der Ausschöpfungsmöglichkeiten der Gewährleistungsfrist durch die Verschiebung des Verjährungsfristendes gem. § 475e Abs. 3 BGB-E. Danach verjähren Gewährleistungsrechte des Verbrauchers nicht vor Ablauf von zwei Monaten, wenn sich der Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist gezeigt hat.²² Damit haftet der Verkäufer dem Verbraucher nunmehr während des gesamten Gewährleistungszeitraums und die Geltendmachung der aus dem Mangel folgenden Rechte ist auch noch nach Ablauf des Gewährleistungszeitraums von zwei Jahren ab Ablieferung der Sache (§ 438 Abs. 2 BGB) möglich. Diese Ausdehnung ist auf die Vorgabe des EuGH zur Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL zurückzuführen, wonach zwischen einer Haftungsdauer²³ des Verkäufers (S. 1) und der Verjährungsfrist²⁴ (S. 2) zu unterscheiden sei.²⁵ Diese Unterscheidung ist zwar durch Art. 10 Abs. 5 und 6 Warenkauf-RL ausdrücklich aufgegeben worden. Dennoch zeigt sich durch die Regelung in § 475 Abs. 3 BGB-E die gleiche Differenzierung der beiden Fristen bei der Gewährleistungshaftung für die Sachen mit digitalen Elementen in abgeschwächter Ausprägung,²⁶ obwohl eine Unterscheidung zwischen Haftungsdauer und Verjährungsfrist an sich keinen Eingang in die Regeln des BGB finden sollte.²⁷

III. Gewährleistungshaftung für smarte Produkte

1. de lege lata

Beim Erwerb „smarter Produkte“ sind i. d. R. die Person des Verkäufers der Hardware und die Person des Bereitstellers digitaler Dienste im Zusammenhang mit dem Gerät nicht identisch. Daher verlief bisher auch die Gewährleistungshaftung unabhängig voneinander:

Der Verkäufer haftet für die vertraglich vereinbarten bzw. objektiv zu erwartenden Funktionen der Kaufsache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Zu diesem Zeitpunkt müssen die „smarten“ Eigenschaften der Kaufsache vorliegen. Meist wird jedoch nicht einmal vereinbart, dass die Eigenschaften der Kaufsache tatsächlich funktionieren, wenn diese von der Erbringung eines Dienstes eines Dritten abhängen, sondern lediglich, dass die Möglichkeit besteht, mit einem Dritten einen Vertrag über die Nutzung von Diensten abzuschließen, mit denen (bspw. in der Werbung) angekündigte Funktionen der Kaufsache nutzbar sind. Der Verkäufer schuldet daher allenfalls eine funktionierende Hardware und das Bestehen der Möglichkeit (im Zeitpunkt des Gefahrübergangs), Dienste eines Dritten i. R. e. gesonderten Vertragsverhältnisses mit der gekauften Hardware nutzen zu können, wobei sich der Zeitraum dieser Möglichkeit (entsprechend dem kaufvertraglichen Pflichtenprogramm) auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs beschränkt.

Der Vertrag mit dem Dritten über die auf dem gekauften Gerät bereitzustellenden Dienstleistungen ist von dem Kaufvertrag des Gerätes unabhängig. Für diesen Vertragstypus fehlt zu-

dem ein (zwingendes) Gewährleistungssystem, was dazu führt, dass üblicherweise jegliche Gewährleistung für die Erbringung dieser Dienste ausgeschlossen wird, was mangels eines gesetzlichen Leitbildes i. d. R. auch einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB standhält.²⁸

Die Problematik ist seit langem bekannt und vor allem im Rahmen der Diskussion um eine Pflicht zur Bereitstellung von Updates diskutiert worden.²⁹ Durch fehlende Updates reduziert sich die Haltbarkeit des smarten Produktes, weil die Funktionsfähigkeit der Softwarekomponente (bspw. wegen nachträglich auftretender Sicherheitsaspekte) die Funktionsfähigkeit des gesamten Produktes beeinträchtigt: Die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Softwarekomponente hängt oft von der Verfügbarkeit von Updates ab, während die Hardware üblicherweise nur verschleißbedingt altert und wesentlich länger funktionsfähig bleibt. Daraus ergibt sich häufig das Problem des softwarebedingt überholenden Veraltens des Produktes.³⁰

Zugespielt kann es nach derzeitiger Rechtslage dazu kommen, dass die gekaufte Hardware mangelfrei ist, weil im Zeitpunkt der Ablieferung die Möglichkeit bestand, angekündigte Dienste Dritter auszuführen. Die künftige (auch unmittelbar im Anschluss an den Gefahrübergang erfolgende) Einstellung der Dienste des Dritten richtet sich ausschließlich nach dem Vertragsverhältnis mit diesem Dritten, in dem üblicherweise die weitere Bereitstellung in das Belieben des Dritten gestellt wird. Sind die Dienste allerdings für die Nutzung der Kaufsache notwendig (z. B. Anmeldung an einem Server mit einem Kundenkonto zur Inbetriebnahme eines Mobiltelefons), verliert die Kaufsache jeden zugeordneten Nutzwert, wenn der Dienst eingestellt wird. Eine Kompensation steht dem Käufer wegen der Unabhängigkeit der beiden Verträge weder gegen den Verkäufer noch gegen den (in dem Fall: ehemaligen) Dienstanbieter zu.

2. Ab 1. 1. 2022 nach Umsetzung der Warenkauf-RL

a) Unionsrechtlich vorgegebener Vorrang des Kaufrechts

Von der Konzeption der Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie ist vorgegeben, dass die Regelungen der Warenkauf-RL bei einem Kaufvertrag über Waren mit digitalen

20 Art. 8 Abs. 3 Warenkauf-RL sieht eine optionale Verlängerung auf 2 Jahre vor; im Detail hierzu *Wilke*, BB 2019, 2434, 2439.

21 Dies folgt aus § 363 BGB, wonach denjenigen, der eine Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Beweislast trifft, dass die Leistung bei Gefahrübergang mangelhaft war, *Fetzer*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, BGB, § 363 Rn. 2.

22 Für eine Ausweitung von zwei auf drei Monaten spricht sich der Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz des Bundesrats aus, vgl. Empfehlung der Ausschüsse des Bundesrats zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 16. 3. 2021, BR-Drs. 146/1/21, S. 11.

23 Innerhalb der Haftungsdauer muss die Vertragswidrigkeit auftreten.

24 Innerhalb der Verjährungsfrist muss der Verbraucher seine (während der Haftungsdauer entstandenen) Rechte tatsächlich ausüben (können).

25 EuGH, 13. 7. 2017 – C-133/16, DAR 2018, 254 – Ferenschild (Vorlage eines belgischen Gerichts).

26 *Schrader*, NZV 2021, 67, 69 f.

27 Begr. zu § 475e BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 39: keine Einführung einer gesonderten Gewährleistungsfrist, sondern bloß einer Verjährungsfrist, deren Ende jedoch gem. § 475e Abs. 1 BGB-E aufgeschoben wird.

28 Bei der Prüfung einer Vertragsklausel eines Leasingvertrags i. R. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB kann das fehlende gesetzliche „Leitbild“ i. S. d. „wesentlichen Grundgedankens“, von dem abgewichen wird, durch eine Orientierung an den mietrechtlichen Vorschriften erfolgen, vgl. BGH, 7. 1. 2004 – VIII ZR 103/03, NJW-RR 2004, 558, 589, was aber bei Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte i. d. R. nicht möglich ist.

29 *Raue*, NJW 2017, 1841; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356; *Wendehorst*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2018, S. 111 ff.; *Wiesemann/Mattheis/Wende*, MMR 2020, 139 (zum Produkthaftungsrecht); *Armbrüster/Kosich*, r+s 2020, 384, 388 ff.

30 Vgl. OLG Koblenz, 30. 4. 2009 – 6 U 268/08, BeckRS 2009, 14285.

Elementen vorrangig vor denen der Digitalen-Inhalte-RL sind, Art. 2 Nr. 5 lit. b i. V. m. Art. 3 Abs. 3 S. 2 Warenkauf-RL sowie Art. 2 Nr. 3 i. V. m. Art. 3 Abs. 4 Digitale-Inhalte-RL. Voraussetzung für den Anwendungsvorrang des Kaufrechts ist, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen „gemäß einem diese Waren betreffenden Kaufvertrag mit diesen Waren bereitgestellt werden, unabhängig davon, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Verkäufer oder von einem Dritten bereitgestellt werden“ und, „dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten“. Die unionsrechtlichen Vorgaben beschränken sich auf Verbraucherschutzrecht. Der Umsetzungsgesetzgeber verfestigt diese Beschränkung, daher gelten die Gewährleistungsregeln für Waren mit digitalen Elementen ausschließlich im B2C-Bereich.

b) *Umsetzung: Umfassende Gewährleistungshaftung des Verkäufers nach Kaufrecht auch für digitale Elemente im B2C-Bereich*

„Smarte Produkte“ sind nach der Gesetzeterminologie „Sachen mit digitalen Elementen“,³¹ die sich dadurch kennzeichnen, dass (der Verkäufer oder üblicherweise) ein Dritter „digitale Elemente bereitstellt“ und die Sache „ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen kann“, § 475b Abs. 1 S. 2 BGB-E.³² Liegt ein Kaufvertrag über eine Sache mit digitalen Elementen vor, wird gemäß § 475b Abs. 1 S. 3 BGB-E vermutet, dass den Verkäufer auch die Pflicht zur Bereitstellung der digitalen Inhalte und Dienstleistungen trifft.³³ Im Verhältnis zwischen Verbraucher und Verkäufer gelten hinsichtlich der digitalen Produkte, die in dem Kaufgegenstand enthalten sind und gemäß dem Kaufvertrag bereitgestellt werden, *nicht* die §§ 327, 327a-u BGB-E, die die Regeln bzgl. Verträgen über digitale Produkte³⁴ enthalten, sondern gem. § 327a Abs. 3 BGB-E *ausschließlich* die § 475b ff. BGB-E, welche §§ 434 ff. BGB erweitern.³⁵ Das Verhältnis zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer, der die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen erbringt, richtet sich dagegen nach den §§ 327, 327a ff. BGB-E.

c) *Sachmängelhaftung des Verkäufers auch für digitale Inhalte bei smarten Produkten*

aa) Anforderungen an die Kaufsache mit digitalen Elementen, insbesondere bzgl. Aktualisierungen

Die Sachmängelgewährleistung des Verkäufers richtet sich grundsätzlich nach den §§ 437, 434 BGB. Dieser Grundsatz gilt auch für Sachen mit digitalen Elementen.³⁶ Daher muss die Kaufsache auch die bereits skizzierten objektiven Haltbarkeitsanforderungen gemäß § 434 Abs. 3 S. 2 BGB-E erfüllen. Zusätzlich zu den Anforderungen aus § 434 BGB-E werden an eine Kaufsache mit digitalen Elementen bei einem Verbrauchsgüterkauf die Anforderungen gemäß § 475b Abs. 2 bis Abs. 6 BGB-E gestellt. Diese Absätze konkretisieren das Vorliegen eines Mangels einer Sache mit digitalen Elementen: Sie ist gemäß § 475b Abs. 2 BGB-E frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang³⁷ den subjektiven (§ 475b Abs. 3 BGB-E) und objektiven (§ 475b Abs. 4 BGB-E) Anforderungen, sowie den Montageanforderungen (§ 475b Abs. 2, Abs. 6 Nr. 1, § 434 Abs. 4 S. 1 BGB-E) entspricht. Im Hinblick auf die besonderen Anforderungen an die Sache mit digitalen Elementen sticht § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E hervor: Danach müssen dem Verbraucher „Aktualisierungen bereitgestellt werden, die

für den Erhalt³⁸ der Vertragsmäßigkeit der Sache erforderlich sind, und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert“ werden.³⁹ Die Bemessung des Zeitraums erfolgt ausschließlich objektiv, d. h. die Aktualisierungen sind „während des Zeitraums, den er [der Verbraucher] aufgrund der Art und des Zwecks der Sache und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann“,⁴⁰ bereitzustellen, § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E.⁴¹ Dadurch wird im Hinblick auf die Haltbarkeit der Sache mit digitalen Elementen sichergestellt, dass die veraltete Software weder die Nutzung der Sache unsicher macht noch die Haltbarkeitsdauer der Sache (Hardware) bestimmt (sog. überholendes Veralten).⁴² Den Parteien ist die Bestimmungsmacht über den konkreten Zeitraum der Aktualisierungspflicht im Wege der einfachen Beschaffenheitsvereinbarung entzogen.⁴³

- 31 In Art. 2 Nr. 6 lit. b Warenkauf-RL wird dagegen der Begriff „Waren mit digitalen Elementen“ verwendet. Der nationale Gesetzgeber verwendet den Begriff „Sachen“ sowohl i. R. d. Umsetzung der Warenkauf-RL als auch der Digitalen-Inhalte-RL, um auch unbewegliche Kaufgegenstände zu erfassen, bspw. verbaute Teile von „Smart Home“-Lösungen oder Heizungen, vgl. Begr. zu § 327a Abs. 2 und 3, BT-Drs. 19/27653, S. 46.
- 32 Durch § 475b Abs. 1 BGB-E werden die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Art. 2 Abs. 5 lit. b Warenkauf-RL umgesetzt und u. a. der Sachmangel einer Sache mit digitalen Elementen geregelt, vgl. Begr. zu § 475b Abs. 1 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 30.
- 33 Diese Auslegungsregel wird der Bedeutung des digitalen Elements bei vernetzten Sachen gerecht, bei denen das Eigentum ohne funktionierende Software vollständig entwertet ist, vgl. Begr. zu § 475b Abs. 1 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 31.
- 34 *Spindler/Sein*, MMR 2018, 415 f. mit weiteren Details zu digitalen Produkten nach der Digitale-Inhalte-RL.
- 35 Begr. Art. 1 Nr. 7 (§§ 475b bis 475e BGB-E), BT-Drs. 19/27424, S. 28 sowie Begr. zu § 327a Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27653, S. 47.
- 36 Zur Umsetzung der Vorgaben der Warenkauf-RL an die Vertragsmäßigkeit von Waren wird § 434 BGB lediglich angepasst, Begr. zu Nr. 1 (§ 434 BGB-E), BT-Drs. 19/27424, S. 22. Ein selbstständiges Gewährleistungsregime für Sachen mit digitalen Elementen wird nicht eingeführt, sondern lediglich § 434 BGB-E ergänzt, Begr. zu Nummer 7 (§§ 475b bis 475e BGB-E), BT-Drs. 19/27424, S. 30.
- 37 In Bezug auf eine Aktualisierungspflicht gilt anstelle des Gefahrübergangs der Zeitraum nach § 475b Abs. 2 Nr. 2 BGB-E und § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E.
- 38 Auf Kritik stößt die Aktualisierungspflicht im Hinblick auf Abgrenzungsschwierigkeiten bzgl. des Umfangs, insbesondere bei Updates, die sowohl der Erhaltung und Verbesserung dienen, vgl. Stellungnahme vom 7. 1. 2021 i. R. d. Gesetzgebungsverfahrens durch den Verband der Internationalen Kraftfahrzeughersteller (VDIK), zu § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E, S. 3.
- 39 Teils wird sich dafür ausgesprochen, der Informationspflicht zu genügen, indem über Aktualisierungen per einfachem Newsletter informiert wird, vgl. Stellungnahme vom 12. 1. 2021 i. R. d. Gesetzgebungsverfahrens durch den Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e. V. (bev), S. 2.
- 40 Mit der Folge, dass der Verbraucher bei hochpreisigen Produkten einen längeren Aktualisierungszeitraum erwartet, vgl. *Vander*, K&R 2021, Heft 2 Editorial. Als Aspekte der Verbrauchererwartung werden neben dem Preis auch Aussagen in der Werbung, verwendete Materialien, die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer, ein etwaiger weiterer Vertrieb der Sache und Risiken bei fehlender Aktualisierung in Betracht zu ziehen sein, vgl. Begr. zu § 475b Abs. 4 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 33; Mit der Bitte zur Prüfung möglicher weiterer Voraussetzungen zur Bestimmung der Verbrauchererwartung im Gesetzgebungsverfahren, vgl. Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz des Bundesrats, BR-Drs. 146/1/21, S. 8.
- 41 Gefordert wird teilweise eine „praktikable“ Ausgestaltung der Aktualisierungspflicht, da bei Einzelhändlern nicht die notwendigen technischen Möglichkeiten vorhanden seien und insofern eine Abhängigkeit zu Herstellerinformationen bestehe, vgl. Stellungnahme vom 6. 1. 2021 i. R. d. Gesetzgebungsverfahrens durch den Handelsverband Deutschland (HDE), zu § 434b Abs. 4 BGB-E (gemeint wohl § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E), S. 5; im Rahmen des Regierungsentwurfs wird im Gegensatz zum Referentenentwurf erwohnen, die Bereitstellung der Aktualisierung durch einen Dritten (z. B. Hersteller) gemäß § 267 BGB zu ermöglichen, vgl. Begr. zu § 475b Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 32.
- 42 Von der Aktualisierungspflicht sind nur funktionserhaltende (und damit insbesondere Sicherheitsupdates), nicht aber funktionserweiternde Aktualisierungen umfasst, Begr. zu § 475b Abs. 4 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 33.
- 43 Insbesondere keine Beschaffenheitsvereinbarung im Rahmen von AGB, hierzu *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415, 417.

Der Zeitraum der Aktualisierungspflicht wird ausschließlich objektiv bestimmt, kann allerdings vertraglich geändert werden.⁴⁴ Für eine solche Vereinbarung des Ausschlusses bzw. die Unterschreitung des objektiv zu erwartenden Zeitraums der Aktualisierungspflicht ist gem. § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB-E eine *ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung*⁴⁵ der Abweichung von den objektiven Anforderungen nötig. Dies schließt die Information des Verbrauchers über die fehlende Bereitstellung objektiv erwartbarer Aktualisierungen vor Vertragsschluss ein, § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB-E. Nachdem bereits die Aktualisierungsverpflichtung gem. § 476 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 BGB-E formwirksam ausgeschlossen werden kann, besteht auch die Möglichkeit, dass die Parteien eine Vereinbarung treffen, (welche und) über welchen Zeitraum Aktualisierungen gem. § 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB-E bereitgestellt werden, auch wenn dieses Leistungsprogramm von dem objektiv zu erwartenden abweicht. Gleiches gilt auch für die zeitliche Untergrenze der Aktualisierungen gem. § 475c Abs. 3 BGB-E, wonach bei fortlaufender Bereitstellung der digitalen Elemente der Bereitstellungszeitraum maßgeblich für den Aktualisierungszeitraum ist, der grundsätzlich auf nicht weniger als zwei Jahre begrenzt ist,⁴⁶ jedoch gem. § 476 Abs. 1 S. 2 BGB bzgl. der Aktualisierungen ebenfalls durch ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung ausgeschlossen werden kann, wenn der Verbraucher vor Vertragsschluss von der Abweichung informiert wurde.

bb) Vereinbarung über den Bereitstellungszeitraum der digitalen Elemente an sich

Wie lange das digitale Element, das mit der Sache verbunden ist, generell zu funktionieren hat, ist allerdings grundsätzlich einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien überlassen, §§ 475b Abs. 3 Nr. 1, 434 Abs. 2 BGB-E. Allerdings unterliegt diese Vereinbarung der Einschränkung des § 475c BGB-E, wenn die digitalen Elemente dauerhaft (d. h. fortlaufend) bereitgestellt werden (müssen), damit die Sache mit digitalen Elementen ihre Funktionen erfüllen kann.⁴⁷ In diesem Fall ist zu unterscheiden, ob die Parteien eine Vereinbarung über den Bereitstellungszeitraum für die digitalen Elemente getroffen haben oder eine solche Vereinbarung fehlt.

Liegt eine solche Vereinbarung über den Bereitstellungszeitraum vor, gilt gem. § 475c Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB-E die Einschränkung, dass der Verkäufer mindestens zwei Jahre ab Ablieferung der Sache dafür haftet, dass die digitalen Elemente den oben genannten (objektiven und subjektiven) Anforderungen entsprechen. Umgekehrt formuliert kann die Bereitstellungspflicht für digitale Inhalte, für die der Verkäufer haftet, nicht vertraglich auf einen kürzeren Zeitraum als zwei Jahre begrenzt werden. Von dieser Pflicht kann auch nicht mittels ausdrücklicher und gesonderter Vereinbarung abgewichen werden, da § 475c Abs. 2 BGB-E nicht in § 476 Abs. 1 S. 2 BGB-E aufgeführt ist. Anders ausgedrückt bedeutet das, dass, soweit eine dauerhafte Bereitstellung (das „Ob“) nicht wirksam ausgeschlossen wurde, der Zeitraum für die Bereitstellung jedenfalls zwei Jahre betragen muss.

cc) Fehlende Vereinbarung über den Bereitstellungszeitraum der digitalen Elemente

Fehlt eine Vereinbarung des Bereitstellungszeitraums, obwohl die Bereitstellung der digitalen Elemente für die Funktionen der Kaufsache notwendig ist, enthält § 475c Abs. 1 S. 2 BGB-E einen Verweis auf § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB-E, der „entsprechend anzuwenden“ sei.⁴⁸ Diese Norm regelt

im Rahmen der objektiven Anforderungen an eine Sache mit digitalen Elementen, dass sich auch die Bemessung des Bereitstellungszeitraums nach der Verbrauchererwartung aufgrund der Art und des Zwecks der Sache und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags richtet. Anders ausgedrückt haftet der Verkäufer bei fehlender Vereinbarung über den Bereitstellungszeitraum für die Bereitstellung der digitalen Elemente einer Sache über einen Zeitraum, der objektiv erwartbar ist. Dieser Zeitraum beträgt gem. § 475c Abs. 2 BGB-E mindestens zwei Jahre.

d) Zwischenfazit: Künftige sachliche und zeitliche Einstandspflicht des Verkäufers smarter Produkte

Der Verkäufer haftet auch weiterhin für die Vertragsmäßigkeit des Kaufgegenstandes grundsätzlich nur im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, § 434 Abs. 1 BGB-E. In diesem Zeitpunkt muss die Sache den objektiven Anforderungen (§ 434 Abs. 3 S. 2 BGB-E) auch im Hinblick auf die Haltbarkeit genügen. Die Haltbarkeit ist die Fähigkeit der Sache, ihre erforderlichen Funktionen bei normaler Verwendung zu behalten.

Verkauft ein Unternehmer eine Sache mit digitalen Elementen an einen Verbraucher, erweitert dies den Pflichtenkreis des Verkäufers sachlich und zeitlich. Der Verkäufer haftet künftig mindestens zwei Jahre, einerseits für die Bereitstellung von Aktualisierungen des digitalen Elements der Kaufsache (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. § 475c Abs. 3 BGB-E) und andererseits für die Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c Abs. 1 und 2 BGB-E).⁴⁹ Sowohl für die Bereitstellung von Aktualisierungen als auch der digitalen Elemente kann ein längerer Zeitraum als zwei Jahre vereinbart werden. Die Bereitstellung von Aktualisierungen als auch der digitalen Elemente kann jedoch gänzlich ausgeschlossen werden, dies aber nur in der Form des § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB-E, indem der Verbraucher vor Vertragsschluss von der Abweichung der objektiven Anforderungen im Hinblick auf ein bestimmtes Merkmal (fehlende Aktualisierung oder digitale Elemente führen zur eingeschränkten Haltbarkeit) eigens in Kenntnis gesetzt wurde und diese Abweichung ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde.⁵⁰

IV. Durchsetzung der Gewährleistungshaftung des Verkäufers smarter Produkte

Neben dem Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen eines Mangels innerhalb der zeitlichen Grenzen hängt die Haltbarkeit von Sachen mit digitalen Elementen maßgeblich von der Verteilung der Beweislast für das Vorliegen eines Mangels zu einem bestimmten Zeitpunkt ab, denn

44 Begr. zu § 475b Abs. 4 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 32 f.

45 Zu den konkreten Erwägungen des Gesetzgebers bzgl. der Anforderungen an die Vereinbarung, vgl. Begr. zu § 476 Abs. 1 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 42/43.

46 Von der Öffnungsklausel für mitgliedstaatliche Regelungen wurde kein Gebrauch gemacht, vgl. Art. 10 Abs. 3 Warenkauf-RL; ErwGr 41 Warenkauf-RL.

47 Die Verpflichtung zur dauerhaften Bereitstellung ist bei Kaufverträgen untypisch, da diese grundsätzlich einen einmaligen Leistungsaustausch vorsehen, dies soll jedoch nichts an der Einordnung solcher Verträge als Kaufverträge ändern, vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. b, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 3 Warenkauf-RL, Begr. zu § 475c Abs. 1 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 34.

48 Die Begriffe der „dauerhaften Bereitstellung“ und des „Bereitstellungszeitraums“ werden in § 327b Abs. 5 BGB-E legaldefiniert, vgl. Begr. zu § 475c Abs. 1 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 34.

49 Die Mindestdauer dient der Umsetzung von Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL zur Verhinderung der Umgehung bzw. Verkürzung der Haftungsdauer, vgl. Begr. zu § 475c Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 35.

50 Vgl. Begr. zu § 475c Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 35.

dies bestimmt die faktische Durchsetzbarkeit der Einstandspflicht des Verkäufers und damit dessen ökonomisches Interesse.⁵¹

1. Verjährung als Haltbarkeitseinschränkung

a) Haftungszeitraum und Durchsetzungsfrist

Der Bereitstellungszeitraum der digitalen Elemente ist eine besondere Form eines Haftungszeitraums. Üblicherweise war das Leistungsaustauschprogramm des Kaufvertrags auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs fokussiert. Zu diesem Zeitpunkt muss der Mangel vorliegen, damit Gewährleistungsansprüche des Käufers entstehen.⁵² Dieser Zeitpunkt ist in Form des Bereitstellungszeitraums ausgedehnt worden.⁵³

Von dem Zeitpunkt (bzw. Zeitraum), zu dem der Mangel vorliegen muss, ist der Zeitraum zu unterscheiden, zu dem sich der Mangel zeigen muss, damit Gewährleistungsansprüche des Käufers bestehen. Das bloße Auftreten eines Mangels nach Gefahrübergang löst Gewährleistungsansprüche nur dann aus, wenn der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, wobei allerdings die Beweislastumkehr in § 477 BGB dem Verbraucher als Käufer bekanntlich (auch nach derzeitiger Rechtslage) hilft.

Der Mangel muss zusätzlich innerhalb des Haftungszeitraums des Verkäufers aufgetreten sein. Dieser Haftungszeitraum hat seinen Ursprung in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGKRL) und ist im nationalen Recht in Form der Verjährungsvorschrift (§ 438 BGB) umgesetzt worden.⁵⁴ Der EuGH hat im Rahmen der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 VGKRL allerdings eine Differenzierung bezüglich des Haftungszeitraums Art. 5 Abs. 1 S. 1 VGKRL und der Durchsetzungsfrist Art. 5 Abs. 1 S. 2 VGKRL vorgenommen.⁵⁵ Während der Haftungszeitraum den Zeitraum beschreibt, in dem der Mangel (der bei Gefahrübergang vorgelegen haben muss) aufgetreten ist, erfasst die Durchsetzungsfrist den Zeitraum, in dem der Verbraucher seine Rechte geltend machen kann.⁵⁶ Beide Zeiträume sind nicht identisch, was sich insbesondere in den Fällen auswirkt, bei welchen sich der Mangel kurz vor Ablauf der Haftungsdauer zeigt.⁵⁷ Zwar ist die in Art. 5 Abs. 1 VGKRL enthaltene Differenzierung zwischen Haftungszeitraum und Durchsetzungsfrist in Art. 10 Abs. 5, 6 WKRL ausdrücklich aufgegeben worden.⁵⁸ Dennoch zeigt sich eine Differenzierung der Zeiträume insbesondere bei Sachen mit digitalen Elementen, denn in diesen Fällen beginnt kein starrer Haftungszeitraum mit Ablieferung der Sache, sondern der Verkäufer hat während des vereinbarten oder objektiv zu erwartenden (aber mindestens zwei Jahre betragenden) Bereitstellungszeitraums für die digitalen Elemente einzustehen.⁵⁹

b) Umsetzung als flexibilisierte Verjährungsvorschriften

Der nationale Umsetzungsgesetzgeber hat jedoch bewusst davon abgesehen, zwei unterschiedliche Fristensysteme zu regeln und hat stattdessen die zeitliche Dimension der Einstandspflicht des Verkäufers für digitale Elemente der Kaufsache nur der Verjährungsfrist unterworfen.⁶⁰ Diese ist jedoch sowohl zu Beginn als auch an deren Ende flexibilisiert worden.

Grundsätzlich beginnt die Verjährungsfrist mit Ablieferung der Sache, § 438 Abs. 2 BGB. Ist bei Sachen mit digitalen Elementen das digitale Element mangelhaft, beginnt die zweijährige Verjährungsfrist bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente (§ 475c Abs. 1 S. 1 BGB-E) frühestens nach Ablauf des Bereitstellungszeitraums, (d. h. nicht früher als zwei Jahre nach Ablieferung der Sache), § 475e

Abs. 1 Nr. 1 BGB-E. Liegt der Mangel in der Verletzung der Aktualisierungspflicht (§ 475b Abs. 3, 4 BGB-E), so beginnt die zweijährige Verjährungsfrist erst, wenn der Zeitraum für Aktualisierungen abgelaufen ist.

Damit der Unternehmer für Mängel, die während des gesamten Haftungszeitraums auftreten können, einzustehen hat, ist das Ende des Haftungszeitraums nicht identisch mit dem des Durchsetzungszeitraums. Andernfalls könnte der Verbraucher für am Ende des Haftungszeitraums auftretende Mängel seine Gewährleistungsrechte nicht mehr geltend machen. Daher tritt die Verjährung nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach Auftreten des Mangels ein, wenn sich innerhalb der Verjährungsfrist (d. h. des Haftungszeitraums) der Mangel gezeigt hat, § 475e Abs. 3 BGB-E.⁶¹

2. Beweislastverteilung als „Haltbarkeitsgarantie“

Die Verteilung der Beweislast für das Vorliegen eines Mangels zu einem bestimmten Zeitpunkt wird zu Recht als entscheidender Umstand für die Haltbarkeit einer Sache im Rahmen der Gewährleistungshaftung angesehen.⁶² Die bekannte Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers bezüglich des Vorliegens des Mangels zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, wenn sich der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach diesem zeigt, wird künftig auf ein ganzes Jahr ausgedehnt, § 477 Abs. 1 BGB-E.⁶³ Diese Beweislastregel betrifft den Mangel an der Sache selbst (Hardware).

Hinsichtlich der digitalen Inhalte gilt eine wesentlich umfassendere Beweislastumkehr: Werden die digitalen Elemente nach dem Kaufvertrag dauerhaft bereitgestellt und zeigt sich während des vereinbarten Bereitstellungszeitraums bzw. mindestens innerhalb der ersten zwei Jahre seit Gefahrübergang ein abweichender Zustand der digitalen Elemente von den Anforderungen gemäß § 434 BGB-E oder § 475b BGB-E, „so wird vermutet, dass die digitalen Elemente während der bisherigen Dauer der Bereitstellung mangelhaft waren“, § 477 Abs. 2 BGB-E.⁶⁴ Der Verkäufer muss daher künftig beweisen, dass die digitalen Elemente

51 Zum Problem der Durchsetzungsentschlossenheit des Verbrauchers bei Rechtsunsicherheit, Schrader, NZV 2021, 67, 69.

52 Teilweise wird auch auf die Annahme der Sache als Erfüllung gem. § 363 BGB abgestellt, m. w. N. Westermann, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, BGB, § 437 Rn. 6.

53 Besonders deutlich wird dies durch § 475c Abs. 3 BGB-E im Hinblick auf die Aktualisierungspflicht, die für den Bereitstellungszeitraum besteht.

54 Arnold, in: BeckOGK, Stand: 15. 1. 2021, BGB, § 438 Rn. 7.

55 EuGH, 13. 7. 2017 – C-133/16, DAR 2018, 254 – Ferenschild (Vorlage eines belgischen Gerichts).

56 EuGH, 13. 7. 2017 – C-133/16, DAR 2018, 254 Rn. 33 ff. – Ferenschild.

57 In dem Vorlageverfahren stand die Frage der vertraglichen Verkürzung der beiden Fristen (bei Gebrauchsgütern) im Fokus, was dem EuGH zufolge nur für die Haftungsdauer, nicht jedoch für die Verjährungsfrist möglich ist.

58 Die VGKRL wird mit der Warenkauf-RL aufgehoben, daher kommt es künftig nur noch auf die Warenkauf-RL an.

59 Hierzu Schrader, NZV 2021, 67, 69 f.

60 Begr. zu § 475e BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 39.

61 Mit § 475e Abs. 3 BGB-E wird Art. 10 Abs. 5 S. 2 Warenkauf-RL umgesetzt, wonach eine innerstaatliche Verjährungsregelung nicht zur Verhinderung der Geltendmachung der Mängelrechte führen darf, soweit sich dieser im Haftungszeitraum gezeigt hat, vgl. Begr. zu § 475e Abs. 3 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 40 f.

62 Regelung der Beweislast ist die Gretchenfrage für die Steuerung der Haltbarkeit einer Ware: Bach/Wöbbecking, NJW 2020, 2672, 2675.

63 Damit wird die Vorgabe aus Art. 11 Abs. 1 Warenkauf-RL umgesetzt. Von einer Verlängerung auf zwei Jahre wurde abgesehen, da dies in Bezug auf die Hardware „unangemessen“ sei, vgl. Begr. zu § 477 Abs. 1 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 44; Dagegen spricht sich der Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz des Bundesrats für eine Beweislastumkehr von 2 Jahren aus, BR-Drs. 146/1/21, S. 12.

64 Durch die Definition einer Mindestfrist für die Beweislastumkehr soll ausgeschlossen werden, dass durch eine Vereinbarung über den Bereitstellungszeitraum die Beweislastumkehr verkürzt wird, vgl. Begr. zu § 477 Abs. 2 BGB-E, BT-Drs. 19/27424, S. 44.

den vertraglich geschuldeten Voraussetzungen entsprochen haben, wenn eine Einschränkung der nach dem Kaufvertrag geschuldeten Funktion der Sache vorliegt.

V. Fazit

Art und Umfang der Gewährleistungshaftung hat entscheidenden Einfluss auf die Haltbarkeit von verkauften Produkten. Die derzeitigen Anforderungen an die Haltbarkeit einer verkauften Sache werden zwar bereits jetzt im Rahmen der objektiven Anforderungen an die Beschaffenheit relevant, jedoch steht dort der punktuelle Leistungsaustausch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Vordergrund. Auch künftig wird für die Haltbarkeit einer Kaufsache der Zustand zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs maßgebend sein, und zwar als die Fähigkeit der Sache, ihre Funktionen bei normaler Nutzung zu behalten.

Eine erhebliche Erweiterung der Einstandspflicht des Verkäufers ist für den Verkauf von Sachen mit digitalen Inhalten von einem Unternehmer an einen Verbraucher vorgesehen, indem der Verkäufer auch für diese digitalen Elemente einzustehen hat – unabhängig davon, ob er selbst oder ein Dritter diese bereitstellt. Diese sachlich erweiterte Gewährleistungshaftung wird mit einer ausgedehnten Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers flankiert. Die vertragliche Verein-

barung eines Bereitstellungszeitraumes von digitalen Elementen, die für die kaufvertraglich vereinbarten Funktionen der Kaufsache erforderlich sind, ist auf minimal zwei Jahre begrenzt. Der gänzliche Ausschluss der Verkäuferhaftung für die digitalen Elemente ist möglich, unterliegt jedoch der besonderen Formvorschrift § 476 Abs. 1 S. 2 BGB-E (ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung).

Durch diese geplante sachliche und zeitliche Erweiterung der Gewährleistungshaftung des Verkäufers von Sachen mit digitalen Elementen wird zumindest im B2C-Bereich künftig von einer Mindesthaltbarkeit von zwei Jahren für solche smarten Produkte auszugehen sein müssen. Damit rückt das Ziel einer Stärkung nachhaltiger Produkte nur eingeschränkt näher,⁶⁵ vielmehr steht zu befürchten, dass der Produktlebenszyklus langlebiger Produkte künstlich verkürzt wird.⁶⁶

65 Zum Ziel der Nachhaltigkeit der Warenkaufrichtlinie, vgl. ErwGr 32 Warenkauf-RL; kritisch zur Erreichung des Ziels durch die Richtlinie, *Bach/Wöbbeking*, NJW 2020, 2672; *Micklitz*, VuR 2019, 281, 282; *Rudloff*, VuR 2018, 323, 325; Mit der Empfehlung für eine Verlängerung der Verjährungsfrist für bestimmte Produktgruppen auf drei Jahre, unter anderem aufgrund des Aspekts der Nachhaltigkeit, vgl. Empfehlung des Rechtsausschusses sowie Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz, BR-Drs. 146/1/21, S. 4 f.

66 Für den Kraftfahrzeugbereich *Schrader*, NZV 2021, 67, 72.

RA Philipp M. Kühn*

DSGVO vs. AGILE? – Datenschutz im Rahmen agiler Arbeitsweisen und agiler Organisationen

Kurz und Knapp

Oft wird im Rahmen einer agilen Vorweise oder einer agilen Entwicklung der Datenschutz vernachlässigt. Daher wird nachfolgend erörtert, wie dieser effektiv berücksichtigt werden kann; aber auch muss.

I. Einleitung

Mit der Einführung der Datenschutzgrundverordnung und spätestens seitdem europäische Datenschutzbehörden immer höheren Bußgeldern verhängen, sollte Datenschutz-Compliance integraler Bestandteil der Unternehmenskulturen sein. Dabei bleiben aber gerade agile Projekte, die auch immer breiter in den Unternehmensprozessen zu finden sind, oft unbeachtet. Daher erläutert dieser Aufsatz zunächst, in welchen Belangen der Datenschutz im Rahmen der agilen Entwicklung eine Rolle spielt (Ziff. II.), um dann darzustellen, wie diese im Rahmen eines iterativen Vorgehens umgesetzt werden können (Ziff. III) und im Anschluss daran den Mehrwert eines datenschutzrechtlich geprägten agilen Mindsets (Ziff. IV.) aufzuzeigen.

II. Rechtliche Rahmenbedingungen agiler Projekte

Auch wenn agile Methoden¹ und das agile Mindset von dem Grundsatz geprägt sind, dass Individuen und Zusammenarbeit wichtiger sind, als Prozesse,² sind dennoch gerade im

deutschen Rechtsraum unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen (auch) bei der agilen Programmierung zu berücksichtigen. Neben der vertragstypologischen Einordnung eines agilen Entwicklungsvertrags,³ die eher vor der Umsetzung eine Rolle spielt, sind dies Anforderungen aus dem Datenschutz- und dem Arbeitsrecht, die es hier mit zu betrachten gilt. Im Rahmen der datenschutzrechtlichen Betrachtung eines agilen Projektes kann grundsätzlich zwischen den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Arbeitsorganisation auf der eine Seite und denen an die eigentliche Entwicklung und Software auf der anderen Seite unterschieden werden. Bei letzterer ist insbesondere auch der Arbeitnehmerdatenschutz zu beachten.

1. Datenschutz im Rahmen der Entwicklung

Neben den allgemeinen Regelungen der DSGVO sind im Rahmen der Entwicklung insbesondere die in Art. 25 DSGVO verankerten Grundsätze des „Privacy by Design“

* Der Beitrag stellt eine aktualisierte Version des Beitrags von *Kühn/Weaver*, BB 2019, 2485 ff. dar. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 60. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 4. 5. 2021.

1 An dieser Stelle soll betont werden, dass „Agile“ und „Scrum“ nicht gleichzusetzen sind, sondern dass Scrum lediglich eine der Ausprägungen des agilen Verfahrens darstellt, vgl. hierzu bspw. *Denning*, <https://www.forbes.com/sites/stevedenning/2019/08/25/why-the-future-of-agile-is-bright/#2b757e8e2968>.

2 Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Kühn/Ehlentz*, CR 2018, 139, 142 sowie <http://agilemanifesto.org>.

3 Siehe hierzu mit ausführlicher Einführung und Besprechung der verschiedenen Ansätze *Kühn/Ehlentz*, CR 2018, 139 ff., sowie *Kühn*, *ReThinking-law* 5/2019, 67 ff.