

Besonderes Schuldrecht

Brox / Walker

46., aktualisierte Auflage 2022

ISBN 978-3-406-77976-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

den dort genannten Aufwendungen im Rahmen einer Nacherfüllung hat, kann er gem. § 475 Abs. 4 vom Unternehmer einen Vorschuss verlangen.²¹ Der Anspruch besteht bereits vor Durchführung von Nacherfüllungsmaßnahmen, auch wenn noch gar nicht feststeht, ob der vom Käufer behauptete Mangel überhaupt vorliegt. Er soll den Verbraucher davor schützen, mit diesen vom Verkäufer zu tragenden Kosten in Vorlage treten zu müssen.²² Der BGH²³ hatte einen solchen Vorschussanspruch schon vor Inkrafttreten dieser Regelung am 1.1.2018 aufgrund einer entsprechenden Auslegung des § 439 Abs. 2 anerkannt; ohne einen Vorschussanspruch könnte der Verbraucher wegen der zunächst von ihm vorzulegenden Transportkosten von der Geltendmachung seiner Rechte abgehalten werden.

Stellt sich nach dem Transport zum Nacherfüllungsort aufgrund einer Untersuchung der Kaufsache heraus, dass diese gar keinen relevanten Mangel hat, lagen die Voraussetzungen für einen Kostenerstattungsanspruch nach § 439 Abs. 2 und für eine Vorschusspflicht nach § 475 Abs. 4 nicht vor. Der Verkäufer hat den Vorschuss dann ohne Rechtsgrund geleistet und kann nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall Rückzahlung verlangen.²⁴

g) Zeit und Durchführung der Nacherfüllung, § 475 Abs. 5²⁵ be- 7a
stimmt zwecks Umsetzung der Warenkaufrichtlinie (EU) 2019/771 ausdrücklich, dass der Unternehmer die Nacherfüllung in angemessener Frist ab Mitteilung des Mangels und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher durchführen muss. Dabei sind die Art der Sache sowie der Zweck, für den der Verbraucher die Ware benötigt, zu berücksichtigen.

Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass diese Vorgaben außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs nicht gelten.²⁶ Vielmehr kann der Käufer gem. § 323 Abs. 1 vom Vertrag zurücktreten, nachdem er dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist für die Nacherfüllung gesetzt hat. Ist ihm die Nacherfüllung (wegen erheblicher Unannehmlichkeiten) unzumutbar, ist gem. § 440 S. 1 ein Rücktritt auch ohne Fristsetzung möglich.

21 Zu den Voraussetzungen und Grenzen des Vorschussanspruchs BGH NJW 2021, 2277 Rn. 33 ff.

22 BT-Drs. 18/8486, 45.

23 So BGH NJW 2017, 2758 Rn. 29 ff. mAnm *Wendehorst*; mAnm *Riehm* JuS 2018, 291 und *Jaensch* JM 2018, 60.

24 *Wendehorst* NJW 2017, 2762.

25 Neu eingefügt durch Gesetz vom 25.6.2021 mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. I 2133 (2134)).

26 BT-Drs. 10/27424, 29.

- 7b h) Kosten und Nachweis der Rückgabe der Ware. Schließlich enthält § 475 Abs. 6²⁷ Sonderregeln für die Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs nach Vertragsbeendigung durch Rücktritt oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung. Abweichend von der Regel, wonach die Kosten der Rückgewähr nach § 346 der jeweilige Rückgewährschuldner zu tragen hat, muss bei der Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs der Unternehmer die Kosten der Rückgewähr der Ware tragen (§ 475 Abs. 6 S. 1). Darin liegt eine Abweichung von §§ 348, 320, wonach bei der Zug-um-Zug zu erfolgenden Rückabwicklung der Verkäufer die Rückzahlung des Kaufpreises so lange zurückhalten darf, bis der Käufer ihm die Kaufsache tatsächlich zurückgibt. Bei der Rückabwicklung eines Verbrauchsgüterkaufs muss der Unternehmer dagegen schon dann zahlen, wenn der Verbraucher ihm etwa durch Vorlage eines Posteinlieferungsscheins nachweist, dass er die Rücksendung veranlasst hat. Dieser Nachweis steht nämlich gem. § 475 Abs. 6 S. 2 der Rückgewähr der Ware gleich.

5. Anwendbares Recht bei Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte

- 7c Bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über digitale Produkte (§ 327 Abs. 1)²⁸ stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die zum 1.1.2022 neu eingefügten Spezialvorschriften der §§ 327ff. über den Verbrauchervertrag über digitale Produkte und die §§ 433 ff., 474 ff. über den Kauf und die Besonderheiten beim Verbrauchsgüterkauf zueinander stehen. Dazu trifft der ebenfalls zum 1.1.2022 eingefügte § 475a²⁹ eine differenzierte Regelung:

Auf Kaufverträge über einen körperlichen Datenträger (USB-Stick, CD, DVD), der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte (§ 327 Abs. 2; zB Textverarbeitungssoftware, Musik, Filme, Spiele) dient, schließt § 475a Abs. 1 S. 1 die wesentlichen Vorschriften des Kaufrechts aus. Stattdessen gelten gem. § 475a Abs. 1 S. 2 die §§ 327ff.

Falls die Ware dagegen nicht ausschließlich als Datenträger dient, sondern in der Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass sie ihre Funktion auch ohne diese digitalen Produkte erfüllen kann, gilt der weitgehende Ausschluss des

²⁷ Neu eingefügt durch Gesetz vom 25.6.2021 mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. I 2133 (2134)).

²⁸ Dazu Brox/Walker SchuldR AT § 19 Rn. 61 ff.

²⁹ Gesetz vom 25.6.2021, BGBl. I 2133 (2134).

Kaufrechts nur für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen (§ 475a Abs. 2 S. 1). Auf die anderen Vertragsbestandteile ist Kaufrecht einschließlich der Sonderregelungen über den Verbrauchsgüterkauf anwendbar. Das betrifft etwa ein Smartphone, das seine Funktion auch dann erfüllen kann, wenn eine bestimmte App zur Steuerung eines anderen Geräts nicht funktioniert. Gleiches gilt für ein Kraftfahrzeug mit einer defekten Navigationssoftware.³⁰ Bei einem Verbraucherkaufvertrag über derartige Waren können hinsichtlich der Mängelrechte nach § 475a Abs. 2 unterschiedliche Vorschriften zur Anwendung kommen, je nachdem, ob die Sache selbst (Hardware) oder das darin enthaltene oder damit verbundene digitale Produkt einen Mangel hat.³¹

6. Sachmangel und Mängelrechte bei Waren mit digitalen Elementen

Die §§ 475b und 475c³² enthalten ergänzende Regelungen zum Begriff des Sachmangels und zu den Mängelrechten bei Verbraucherkaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen. Das sind nach der Legaldefinition des § 327a Abs. 3 Sachen, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Ware ihre Funktion ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen kann. Dazu gehören beispielsweise ein Tablet, ein mobiles Navigationsgerät und eine Digitalkamera ohne funktionierendes Betriebssystem.

a) Begriff des Sachmangels bei Waren mit digitalen Elementen. 7e
§ 475b definiert in Abs. 2 bis 5 für Waren mit digitalen Elementen, bei denen sich der Unternehmer verpflichtet, dass er oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt, die Sachmängelfreiheit. Der Aufbau und die Terminologie der Vorschrift entsprechen dem § 434 über den Sachmangel beim Kauf.

Ob der Unternehmer zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen verpflichtet ist, muss durch Auslegung ermittelt werden. Nach der Auslegungsregel des § 475b Abs. 1 S. 2 iVm § 327a Abs. 3 S. 2 ist das im Zweifel anzunehmen. Wird etwa in einer Werbung angegeben, dass ein Smart-TV eine bestimmte Video-Anwendung enthält, ist deren Bereitstellung aufgrund des Kaufvertrags

³⁰ Lorenz NJW 2021, 2065 (2070).

³¹ BT-Drs. 19/27653, 83.

³² Neu eingefügt durch Gesetz vom 25.6.2021 mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. I 2133 [2134 f.]).

geschuldet. Das digitale Element muss nicht notwendig auf der Sache installiert sein. Es reicht aus, wenn es auf einem anderen Gerät heruntergeladen werden muss und mit der Kaufsache nur verbunden ist. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung eine intelligente Uhr (Smartwatch, Fitness Tracker), die ihre Funktionen nur mittels einer Anwendung erfüllen kann, die nach dem Kaufvertrag bereitzustellen ist, aber vom Verbraucher auf ein Smartphone heruntergeladen werden muss.³³ Die Anwendung auf dem Smartphone ist das verbundene digitale Element zur Uhr.

- 7g Die wichtigste Abweichung vom Sachmangelbegriff des § 434 hängt mit der Pflicht zur Aktualisierung der bereitzustellenden digitalen Inhalte zusammen. Diese besteht in der Regel erst nach Gefahrübergang. Deshalb gehört es gem. § 475b Abs. 3 und 4 sowohl zu den subjektiven als auch zu den objektiven Anforderungen, dass die für die digitalen Elemente vereinbarten oder von dem Verbraucher unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwartenden Aktualisierungen nicht nur bei Gefahrübergang vorliegen, sondern auch in dem vereinbarten oder vom Verbraucher vernünftigerweise zu erwartenden Aktualisierungszeitraum bereitgestellt werden. Außerdem gehört es zu den objektiven Anforderungen, dass der Verbraucher über die Aktualisierungen informiert wird (Abs. 4 Nr. 2). Für die Dauer der Aktualisierungspflicht sind mangels konkreter Vereinbarung neben den in Abs. 2 Nr. 2 genannten Kriterien ua die Höhe des Kaufpreises und die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer von Bedeutung.³⁴ Zu den erforderlichen Aktualisierungen gehören sowohl Funktions- als auch Sicherheitsupdates. Fehlende, fehlerhafte und unvollständige Aktualisierungen stellen einen Sachmangel dar.
- 7h Der Verbraucher ist nicht verpflichtet, bereitgestellte Aktualisierungen zu installieren. Wenn er darauf trotz Information über die Aktualisierungen verzichtet, kann er allerdings nicht erwarten, dass die Ware sachmangelfrei bleibt. Deshalb haftet der Unternehmer unter den Voraussetzungen des § 475b Abs. 5 nicht für einen Sachmangel, der allein auf das Fehlen der Aktualisierung zurückzuführen ist.
- 7i § 475b Abs. 6 ergänzt den § 434 Abs. 4 über die Montageanforderungen. Abs. 6 Nr. 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass bei Sachen mit digitalen Elementen eine Installation erforderlich ist. Die Sache entspricht den **Installationsanforderungen**, wenn die Installation

³³ Weitere Beispiele in BT-Drs. 19/27424, 30f.

³⁴ BT-Drs. 19/27424, 33.

der digitalen Elemente sachgemäß durchgeführt worden ist (Abs. 6 Nr. 2 a). Bei unsachgemäßer Installation entspricht die Ware nur dann den Installationsanforderungen, wenn sie weder auf einer unsachgemäßen Installation durch den Unternehmer noch auf einer fehlerhaften Installationsanleitung beruht (Abs. 6 Nr. 2 b). Das ist anzunehmen, wenn der Verbraucher die Installation unter Missachtung der fehlerfreien Anleitung selbst unsachgemäß vorgenommen hat.

b) Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen bei dauernder Bereitstellung der digitalen Elemente. Bei Verbraucherkaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen, bei denen deren dauerhafte Bereitstellung geschuldet ist, gehört zur Sachmängelfreiheit notwendigerweise, dass die digitalen Elemente nicht nur bei Gefahrübergang, sondern während des gesamten Bereitstellungszeitraums den Anforderungen nach § 475b Abs. 2 entsprechen (**§ 475c Abs. 2**). Das gilt etwa für die Verkehrsdaten in einem Navigationssystem oder eine Smartphone-App zur Nutzung verschiedener Funktionen iVm einer intelligenten Uhr (Smartwatch).³⁵ Der Bereitstellungszeitraum kann ausdrücklich oder konkludent vereinbart sein, beträgt aber gem. § 475c Abs. 2 mindestens zwei Jahre ab Ablieferung der Ware. Falls keine konkrete Dauer der Bereitstellung vereinbart ist (Bereitstellung über einen unbestimmten Zeitraum), ist gem. §§ 475c Abs. 1 S. 2 iVm § 475b Abs. 4 Nr. 2 die Dauer maßgeblich, die der Verbraucher unter Berücksichtigung aller Umstände erwarten kann. Auch dann gilt eine Mindestgrenze von zwei Jahren ab Ablieferung (**§ 475c Abs. 2**).

7. Erleichterungen bei Rücktritt, Minderung und Schadensersatz

§ 475d³⁶ regelt für den Verbrauchsgüterkauf abschließend, unter **7k** welchen Voraussetzungen der Käufer wegen eines Mangels vom Vertrag zurücktreten, den Kaufpreis mindern oder Schadensersatz verlangen kann, ohne vorher eine Frist zur Nacherfüllung setzen zu müssen. Nach der Überschrift des § 475d und dem Inhalt der Abs. 1 und 2 geht es zwar nur um Rücktritt und Schadensersatz. Da aber gem. § 441 Abs. 1 die Minderung nur statt des Schadensersatzes in Betracht kommt, gelten dessen Voraussetzungen auch für die Minderung.

³⁵ BT-Drs. 19/27424, 34 f.

³⁶ Neu eingefügt durch Gesetz vom 25.6.2021 mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. I 2133 [2135]).

- 71 Eine vorherige **Fristsetzung** ist für den Rücktritt und die Minde rung abweichend von den §§ 323 Abs. 2 und 440 und für den Scha densersatz abweichend von den §§ 281 Abs. 2 und 440 **in fünf Fällen entbehrlich** (§ 475d Abs. 1):

Nr. 1: wenn der Unternehmer trotz Ablaufs einer angemessenen Frist nach Information über den Mangel die Nacherfüllung nicht vorgenommen hat. Eine Information über den Mangel reicht also anstelle einer Fristsetzung aus. Mit „Nacherfüllung“ ist die Beseitigung des Mangels, die Rücknahme der er setzten Sache und Erstattung der Aus- und Einbaukosten gemeint.

Nr. 2: wenn sich trotz der vom Unternehmer versuchten Nacherfüllung ein Mangel zeigt. Unerheblich ist, ob es sich dabei um den ursprünglichen oder einen bei der Nacherfüllung verursachten neuen Mangel handelt. Die Rege lung konkretisiert den in § 440 verwendeten Begriff der fehlgeschlagenen Nachlieferung. Entgegen § 440 S. 2 muss der Verbraucher dem Unternehmer nicht immer zwei Nacherfüllungsversuche einräumen. Vielmehr hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob er sofort nach dem ersten fehlgeschlagenen Versuch die weiteren Mängelrechte geltend machen darf.³⁷

Nr. 3: wenn der Mangel derart schwerwiegend ist, dass ein sofortiger Rück tritt gerechtfertigt ist. Dabei ist etwa an ein Antivirenprogramm zu denken, das seinerseits mit Viren infiziert ist.³⁸

Nr. 4: wenn der Unternehmer eine ordnungsgemäße Nacherfüllung verwei gert hat. Das gilt sowohl für die unberechtigte als auch für die nach § 439 Abs. 4 berechtigte Verweigerung. Eine „ordnungsgemäße“ Nacherfüllung iSv §§ 439 Abs. 1 oder 2, 475 Abs. 5 ist schon dann verweigert, wenn der Unter nehmer erklärt, er werde die Nacherfüllung zwar vornehmen, aber nicht un entgeltlich, nicht innerhalb einer angemessenen Frist oder nicht ohne erhebli che Unannehmlichkeiten. In solchen Fällen kann der Verbraucher zwar die angebotene Form der Nacherfüllung akzeptieren, er kann aber auch auf einer ordnungsgemäßen Nacherfüllung bestehen oder vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern.

Nr. 5: wenn nach den Umständen offensichtlich ist, dass der Unternehmer nicht ordnungsgemäß (also unentgeltlich, innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten) nacherfüllen wird. Eine ausdrück liche oder konkludente Erklärung der Verweigerung ist also nicht erforder lich, sofern schon nach den Umständen offensichtlich ist, dass es nicht zu ei ner ordnungsgemäßen Nacherfüllung kommen wird.

³⁷ BT-Drs. 19/27424, 37.

³⁸ BT-Drs. 19/27424, 38.

8. Besondere Verjährungsregelungen

Für die Verjährung von Mängelansprüchen beim Verbrauchsgüter-
kauf enthält § 475e³⁹ Sonderregelungen. Sie ergänzen den § 438 über
die Verjährung von Mängelansprüchen beim Kauf.

Die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 endet bei Ansprüchen wegen Mängeln an dauerhaft bereitzustellenden digitalen Elementen (§ 475c Abs. 1 S. 1) nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach Ablauf des Bereitstellungszeitraums (§ 475e Abs. 1). Vergleichbar verjähren Ansprüche wegen Verletzung der Aktualisierungspflicht (§ 475b Abs. 3 und 4) nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach Ablauf des Aktualisierungszeitraums (§ 475e Abs. 2).

Hat sich der Mangel innerhalb der Verjährungsfrist gezeigt, endet die Verjährung nicht vor Ablauf von vier Monaten nach dem Zeitpunkt, in dem sich der Mangel erstmals gezeigt hat (§ 475e Abs. 3). Dabei handelt es sich um eine **allgemeine Regelung der Ablaufhemmung**, die nicht nur bei Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen, sondern bei jedem Verbrauchsgüterkauf gilt. Durch diese Ablaufhemmung soll erreicht werden, dass der Verbraucher seine Mängelrechte auch dann effektiv geltend machen kann, wenn sich der Mangel erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist zeigt. Der Verbraucher soll auch dann noch genügend Zeit für die Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen (Prüfung und Rüge des Mangels, Abwarten der Reaktion des Unternehmers, Verhandlungen und ggf. Klageerhebung) haben.

Vergleichbares gilt nach dem ebenfalls bei jedem Verbrauchsgüter-kauf geltenden § 475e Abs. 4, wenn der Verbraucher die mangelhafte Sache dem Unternehmer oder auf dessen Veranlassung einem Dritten zur Nacherfüllung oder zur Erfüllung von Garantieansprüchen übergeben hat. Dann tritt die Verjährung von Ansprüchen wegen des geltend gemachten Mangels nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die nachgebesserte oder ersetzte Sache dem Verbraucher übergeben wurde. Durch diese Ablaufhemmung wird verhindert, dass die Verjährungsfrist abläuft, während die Sache sich zur Nacherfüllung beim Unternehmer befindet. Das ist nur von Bedeutung, wenn sich der Mangel erst zum Ende der Verjährungsfrist zeigt und diese während der Durchführung der Nacherfüllung abzu laufen droht. Der Verbraucher hat auch dann noch genügend Zeit, die

³⁹ Neu eingefügt durch Gesetz vom 25.6.2021 mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. I 2133 [2135]).

Sache nach Rückerhalt zu prüfen und zu ermitteln, ob durch die Nacherfüllung seinem Anspruch abgeholfen wurde.⁴⁰

9. Vereinbarungen zur Einschränkung der Mängelrechte

- 8 § 476⁴¹ bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen beim Verbrauchsgüterkauf von den Vorschriften über die Mängelrechte des Verbrauchers durch Vertrag abgewichen werden darf.

a) **Unzulässigkeit im Voraus vereinbarter Haftungsbeschränkungen.** Der Unternehmer kann sich auf eine Vereinbarung, die bestimmte Rechte des Verbrauchers bei Mängeln der Kaufsache einschränkt, gem. § 476 Abs. 1 S. 1 nicht berufen, wenn sie vor der Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffen wurde. Das gilt auch dann, wenn eine solche Vereinbarung nicht schon gem. §§ 307 ff. (Inhaltskontrolle bei AGB) unzulässig ist.

Darin liegt eine Einschränkung der Vertragsfreiheit im Interesse des Verbrauchers. Sie ist durch die Warenaufrichtlinie (EU) 2019/771 vorgegeben. Wegen der Beschränkung auf Vereinbarungen vor Mitteilung des Mangels werden nachträglich abgeschlossene Vergleiche zwischen Verbraucher und Unternehmer nicht ausgeschlossen.

Dagegen modifiziert § 476 nicht die Voraussetzungen der Mängelrechte. Wenn der Verbraucher also mindern, zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will, muss er dem Unternehmer grundsätzlich vorher eine Frist zur Nacherfüllung setzen (§§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1, 441),⁴² soweit diese Fristsetzung nicht entbehrlich ist (§ 475d).

- 9 b) **Erhöhte Voraussetzungen für die Zulässigkeit negativer Be schaffenheitsvereinbarungen.** Von den objektiven Anforderungen nach § 434 Abs. 3 oder 475b Abs. 4 kann unter den Voraussetzungen des § 476 Abs. 1 S. 2 auch vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer durch Vertrag abgewichen werden. Dafür muss der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung „eigens“ (nicht nur im Rahmen einer Aufzählung von Sacheigenschaften im Rahmen einer Produktbeschreibung) davon in Kenntnis gesetzt werden, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderun-

⁴⁰ BT-Drs. 19/27424, 41f.

⁴¹ Neu gefasst durch Gesetz vom 25.6.2021 mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. I 2133 [2134]).

⁴² BGH ZIP 2011, 1571 (1574).