

# Das neue Schuldrecht 2022

Langkamp

2022

ISBN 978-3-86752-813-9

Alpmann Schmidt

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://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](https://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](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Altes Recht	Neues Recht	Anmerkungen
§ 434	§ 434	Kein Vorrang der vereinbarten Beschaffenheit mehr, sondern nunmehr Gleichrang der subjektiven Anforderungen, der objektiven Anforderungen und der Montageanforderungen
§ 439	§ 439	Neue Ergänzungen des Nacherfüllungsanspruchs, nämlich Beschränkung des Ersatzes der Aus- und Einbaukosten bei Kenntnis des Käufers vom Mangel, Zurverfügungstellung der Kaufsache zum Zweck der Nacherfüllung und Pflicht zur Rücknahme der ersetzten mangelhaften Kaufsache
§ 445 a	§ 445 a	Nur geringfügige Anpassungen
§ 445 b	§ 445 b	Obergrenze der Ablaufhemmung ersatzlos gestrichen
noch nicht belegt	§ 445 c	Keine Anwendung der §§ 445 a, 445 b, 478 BGB, wenn letzter Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchervertrag über Bereitstellung digitaler Produkte ist
§ 453	§ 453	Bestimmung der anwendbaren Vorschriften beim Verbrauchervertrag über den Kauf digitaler Inhalte
§ 474	§ 474	Neue Legaldefinition des Verbrauchsgüterkaufs, maßgebender Kaufgegenstand nunmehr keine bewegliche Sache mehr, sondern eine Ware i.S.d. § 241 a Abs. 1 BGB; außerdem wird im Gegensatz zur Vorgängerregelung nun für den Begriff der öffentlich zugängliche Versteigerung auf die Legaldefinition in § 312 g Abs. 2 Nr. 10 BGB verwiesen; besondere Informationspflichten bei Ausnahme für gebrauchte Sachen
§ 475	§ 475	Besondere Bestimmungen für den Bereich des Verbrauchsgüterkaufs, die von der Ausgestaltung der Gewährleistung im allgemeinen Kaufrecht abweichen; kein Ausschluss der Totalverweigerung mehr; neue Sonderregelungen für Rückgabe und Rückgewähr der Kaufsache
noch nicht belegt	§ 475 a	Abgrenzungsregelung, welche die anwendbaren Vorschriften beim Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte bestimmt.

Verwendet der Verkäufer zur Beschreibung des Kaufgegenstands bestimmte **Begriffe**, so ist durch **Auslegung** zu ermitteln, welchen Inhalt die Beschaffenheitsangabe hat.

### Beispiele

1. Verkauft ein Kraftfahrzeughändler einen Gebrauchtwagen als „**Jahreswagen**“, entspricht es nicht mehr der vereinbarten Beschaffenheit, wenn zwischen der Herstellung und der Erstzulassung mehr als 12 Monate liegen. Die vereinbarte Beschaffenheit „Jahreswagen“ ist nach der Verkehrsauffassung dahingehend zu verstehen, dass es sich um ein Gebrauchtfahrzeug aus erster Hand handelt, welches von einem Werksangehörigen ein Jahr von der Erstzulassung an gefahren worden ist.<sup>17</sup>

2. Bei einem „**Werkswagen**“ handelt es sich nach dem maßgeblichen Verständnis der beteiligten Kreise um ein Fahrzeug eines Automobilherstellers, das entweder im Werk zu betrieblichen Zwecken genutzt oder von einem Mitarbeiter vergünstigt gekauft, eine gewisse Zeit genutzt und dann auf dem freien Markt wieder verkauft wird. Demnach liegt ein Sachmangel vor, wenn ein tatsächlich als gewerblich genutztes Mietfahrzeug als vermeintlicher „Werkswagen“ verkauft wird.<sup>18</sup>

3. Ein Pferd entspricht dann nicht der zwischen den Parteien vereinbarten Beschaffenheit „**für einen Reitanfänger geeignet**“ zu sein, wenn es insgesamt scheu, nervös und unberechenbar ist sowie Angst vor Menschen hat.<sup>19</sup>



RÜ-Video 03/20

Beim **Grundstückskauf** ist zu beachten, dass **auch** die **Beschaffenheitsvereinbarung** der **notariellen Beurkundung** (§ 311 b Abs. 1 S. 1 BGB) bedarf. Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt deshalb in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung.<sup>20</sup>

Die **Beschaffenheitsvereinbarung** ist zu **unterscheiden von** der **Beschaffenheitsgarantie**. Während die Beschaffenheitsvereinbarung lediglich die geschuldete Qualität festlegt, kann die Beschaffenheitsgarantie neben anderen Auswirkungen auf den Gewährleistungsanspruch (z.B. §§ 442, 444 BGB) auch die Folge haben, dass der Verkäufer verschuldensunabhängig (§ 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB) haftet.

Ist im Kaufvertrag eine negative Beschaffenheit vereinbart, begründet deren Vorliegen keinen Mangel. Eine **negative Beschaffenheitsvereinbarung** liegt beispielsweise vor, wenn ein Kfz im Kaufvertrag als „Unfallwagen“ bezeichnet wird (zu den Voraussetzungen einer solchen Vereinbarung im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs unten S. 39).

17 Vgl. NJW 2006, 2694.

18 OLG Koblenz RÜ 2020, 137 mit RÜ-Video unter t1p.de/o0om.

19 Vgl. OLG Oldenburg RÜ 2018, 681.

20 OLG München RÜ 2020, 69, 71.

Dritten reicht nicht aus. Außerdem muss sich die Vereinbarung auf den mitgeteilten Mangel beziehen. **Nur** bzgl. des **mitgeteilten Mangels**, nicht aber wegen anderer (noch verdeckter) Mängel, ist die abweichende Vereinbarung nämlich wirksam.

Geht man vom Wortlaut des Gesetzes aus, so ist eine abweichende Vereinbarung nicht etwa unwirksam, der Unternehmer kann sich auf sie nur nicht „berufen“. Unabhängig davon, ob man die verbotswidrige Vereinbarung tatsächlich für wirksam oder unwirksam hält, wird durch die Formulierung jedenfalls klargestellt, dass eine solche Vereinbarung nicht zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags gemäß § 139 BGB führt.

***Hinweis:** Die Unterscheidung ist allerdings insoweit relevant, als dass sich u.U. ein Verbraucher auf die Vereinbarung berufen möchte, was nur möglich wäre, wenn sie nicht unwirksam ist. In aller Regel wird sie für ihn dann allerdings nicht nachteilig sein, sodass § 476 BGB gar nicht eingreift.*

Wird der **Gewährleistungsausschluss** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (**AGB**) vereinbart, ist er ebenfalls gemäß § 476 BGB unwirksam. Die strikten Verbote des § 476 BGB gehen nämlich sogar den Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit in § 309 BGB vor, wie sich aus dem einleitenden Satz dieser Vorschrift ergibt: „Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam“.

## 2. Anforderungen an negative Beschaffenheitsvereinbarungen

Die Regelung in **§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB** ist ohne Entsprechung im bisherigen Recht und dient der Umsetzung der Richtlinienvorgabe aus **Art. 7 Abs. 5 WKRL**.

***Hinweis:** Nach der bis zum 31.12.2021 geltenden Rechtslage war die Zulässigkeit von negativen Beschaffenheitsvereinbarungen, also Vereinbarungen über eine Beschaffenheit, die unterhalb der Anforderungen des objektiven Fehlerbegriffs liegt, aber auch im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts grundsätzlich anerkannt.<sup>96</sup>*

Neu ist mithin nicht, dass der Verbraucher mit dem Unternehmer eine, den objektiven Anforderungen vorgehende, negative Beschaffenheitsvereinbarung, also eine Erklärung, dass die Sache nicht die gewöhnliche oder nach objektiven Kriterien erwartbare Beschaffenheit aufweist, treffen kann, sondern dass diese Möglichkeit und ihre Voraussetzungen **nunmehr ausdrücklich geregelt** sind.

Ziel der **Neuregelung** in **§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB** ist es, einerseits für ausreichende Flexibilität zu sorgen und den Parteien insbesondere auch bei dem Verkauf von gebrauchten Sachen die Möglichkeit zu geben, eine **Abweichung von den objektiven Anforderungen** an die Vertragsmäßigkeit zu vereinbaren, andererseits aber auch Rechtssicherheit zu schaffen.<sup>97</sup> Dabei wird die Neuregelung dahingehend interpretiert, dass der letztendlich verfügbare Freiraum für negative Beschaffenheitsvereinbarungen derselbe

---

<sup>96</sup> Vgl. Lorenz, NJW 2021, 2065, 2072.

<sup>97</sup> Vgl. Begr. z. RegE, S. 42.

### a) Modifizierter subjektiver Fehlerbegriff

Gemäß der Regelung in **§ 475 b Abs. 3 BGB** entspricht eine Ware mit digitalen Elementen den subjektiven Anforderungen, wenn

- sie den **Anforderungen des § 434 Abs. 2 BGB** entspricht (§ 475 b Abs. 3 **Nr. 1** BGB) und für
- die digitalen Elemente die im Kaufvertrag **vereinbarten Aktualisierungen** während des nach dem Vertrag maßgeblichen Zeitraums **bereitgestellt** (§ 475 b Abs. 3 **Nr. 2** BGB) werden.

Damit verweist die Vorschrift für den subjektiven Fehlerbegriff auf die entsprechende allgemeine Regelung in § 434 Abs. 2 BGB und ordnet ferner an, dass die für die digitalen Elemente der Ware vereinbarten Aktualisierungen im vereinbarten Zeitraum **bereitgestellt** werden **und funktionsfähig** sein müssen.

Die Vereinbarung ist dabei auch für die **Dauer und den Umfang der Aktualisierungspflicht** maßgeblich. Die Parteien können nämlich vereinbaren, für welchen Zeitraum Aktualisierungen bereitgestellt werden müssen und welchen Umfang sie haben sollen. Die im Kaufvertrag vereinbarten Aktualisierungen können die digitalen Elemente der Sache verbessern, ihre Funktionen erweitern, sie an die technischen Entwicklungen anpassen, sie gegen neue Sicherheitsbedrohungen schützen oder auch anderen Zwecken dienen.<sup>129</sup>

#### Beispiel

1. Bei einer vereinbarten Aktualisierungsverpflichtung können die Parteien bestimmen, dass lediglich Sicherheitsupdates bereitgestellt werden.
2. Die Parteien können vereinbaren, dass die digitalen Elemente durch Upgrades verbessert und im Leistungsumfang ausgeweitet werden, etwa indem vereinbart wird, dass ein bestimmtes Gerät immer die aktuellste Betriebssoftware erhalten soll.<sup>130</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden den in der Richtlinienvorgabe verwendeten Begriff der Aktualisierung zu übernehmen und nicht durch den geläufigen Begriff „**Update**“ zu ersetzen. Dadurch soll klargestellt werden, dass der Unternehmer seiner Verpflichtung ggf. auch dadurch nachkommen kann, dass er die Aktualisierung im Rahmen eines Versionswechsels („**Upgrades**“) vornimmt.<sup>131</sup>

Eine Aktualisierung ist **bereitgestellt**, sobald der digitale Inhalt oder die geeigneten Mittel für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem **Verbraucher** unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung **zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht** worden ist, vgl. **§ 327 b Abs. 3 BGB**. Die Aktualisierung ist dem Verbraucher „zur Verfügung gestellt“, wenn ihm eine eigenstän-

129 Vgl. Begr. z. RegE, S. 31 f.

130 Begr. z. RegE, S. 32.

131 Vgl. Begr. z. RegE, S. 31 f.

### 3. Abschnitt: Dreiteilung des Sachmangelrechts

Durch die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie und der Digitale-Inhalte-Richtlinie kommt es ab dem 01.01.2022 **bei Kaufverträgen** zu einer „Dreiteilung“ des Sachmangelrechts:

- für **einfache analoge Kaufgegenstände** (z.B. Kauf eines Tisches) bestimmt sich die Sachmangelfreiheit allein nach **§ 434 BGB**; gleiches gilt für alle Kaufverträge über digitale Elemente, die kein Verbrauchervertrag sind, also Verträge zwischen Unternehmern (**B2B**), zwischen Verbrauchern (**C2C**) und Kaufverträge, bei denen der Verkäufer ein Verbraucher ist (**C2B**).
- für **Verbrauchsgüterkaufverträge über Waren mit digitalen Elementen** (z.B. Kauf eines Notebooks mit Betriebssystem), bei denen gemäß **§ 327 a Abs. 3 S. 1 BGB** eine qualifizierte Verbindung zwischen Kaufsache und digitalem Element vorliegt (dazu unten Seite 89), gilt ebenfalls **§ 434 BGB**, allerdings ergänzt um die oben dargestellten Regelungen der **§§ 475 b, 475 c BGB**;
- liegt bei einem **Verbrauchervertrag keine qualifizierte Verbindung zwischen Kaufsache und digitalem Element** vor (z.B. Kauf eines Notebooks mit Bildbearbeitungsprogramm), bestimmt sich gemäß **§ 327 a Abs. 2 S. 2 BGB** die Mangelfreiheit des digitalen Elements nach §§ 327 ff. BGB (dazu unten ausführlich 2. Teil); auf die Kaufsache ist dann **§ 434 BGB** anzuwenden.

Diese Dreiteilung bringt für die **Prüfung und Praxis** einige Herausforderungen und vor allem **Abgrenzungsschwierigkeiten** mit sich. Die maßgebenden Abgrenzungsvorschriften für Kaufverträge sind die **§§ 327, 327 a, 453 und 475 a BGB**. Für die Abgrenzung empfiehlt sich die folgende Vorgehensweise, die sich in **sieben Schritten** unterteilen lässt.<sup>208</sup>

- 1** Zunächst klären, ob der Kauf (auch) ein **digitales Produkt** betrifft, was in **§ 327 Abs. 2 BGB** legaldefiniert wird. Falls nicht, ist allein § 434 BGB maßgebend.
- 2** Betrifft der Kauf (auch) ein digitales Produkt, ist weiterhin maßgeblich, ob ein **Verbrauchsgüterkauf** gemäß **§ 474 BGB** vorliegt.
- 3** Fehlt die **B2C-Konstellation**, gilt allein **§ 434 BGB**; fehlt es an einer Ware i.S.d. § 241 a Abs. 1 BGB (z.B. bei unbeweglichen Sachen), gelten die §§ 475 b f. BGB nicht. Aber Vertrag gemäß **§ 327 a Abs. 2 BGB** möglich, weil dazu eine **Sache (nicht Ware)** mit digitalen Elementen erforderlich ist. (z.B. Smart-Home-Equipment, was mit vom Unternehmer verkauften Immobilie verbunden ist).<sup>209</sup>

<sup>208</sup> Vgl. dazu Gelbrich/Timmermann, NJOZ 2021, 1249, 1256.

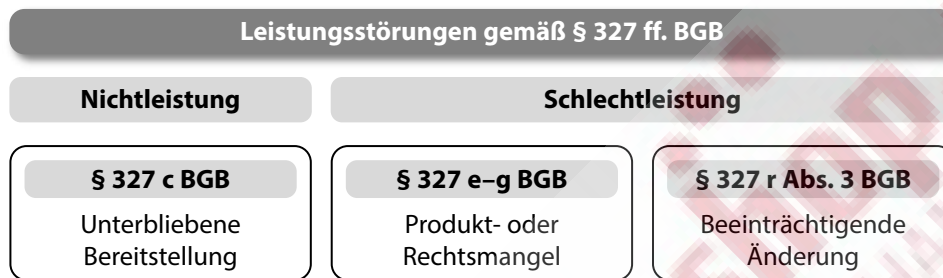
<sup>209</sup> Wendehorst NJW 2021, 2913, 2914.



einer **Weiternutzung** des digitalen Produkts, ohne für sie nachteilige Änderungen der Geschäftsbedingungen akzeptieren zu müssen.<sup>478</sup>

### 3. Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung

Für den Fall der Vertragsbeendigung nach § 327 r Abs. 3 S. 1 BGB bestimmt **§ 327 r Abs. 5 BGB**, dass die Regelungen über die Vertragsrückabwicklung nach den §§ 327 o und 327 p BGB entsprechende Anwendung finden. Der Verbraucher erhält danach einen **Anspruch auf Erstattung des Preises**, der dem Zeitraum ab der Änderung des digitalen Produkts entspricht.<sup>479</sup>



### IV. Keine Anwendung auf bestimmte Paketverträge

Die Bestimmungen der Absätze 1 bis 5 des § 327 r BGB finden nach **§ 327 r Abs. 6 BGB** keine Anwendung auf Paketverträge i.S.d. § 327 a Abs. 1 BGB, bei denen der andere Bestandteil des Paketvertrags die Bereitstellung eines Internetzugangsdienstes oder eines öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdienstes im Rahmen eines Paketvertrags im Sinne des § 66 Abs. 1 TKG zum Gegenstand hat.<sup>480</sup>

#### Beispiel

Das kann etwa bei der Kombination aus einem Internetzugangsvertrag mit einem Videokonferenzdienst der Fall sein.<sup>481</sup>

### G. Vertragsrechtliche Folgen datenschutzrechtlicher Erklärungen

Gemäß **§ 327 q Abs. 1 BGB** lassen die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss die **Wirksamkeit des Vertrags** grundsätzlich **unberührt**.

478 Vgl. Begr. z. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 78.

479 Begr. z. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 79.

480 Fellner MDR 2021, 976, 981.

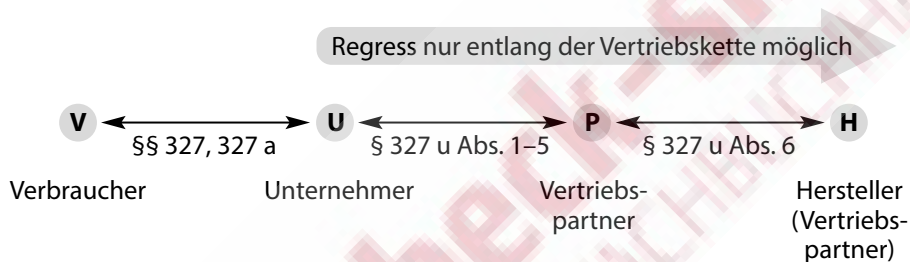
481 Vgl. Begr. z. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 79.

Kaufrecht und somit sind in Bezug auf den Regress des Verkäufers die §§ 445 a ff. BGB einschlägig.<sup>490</sup>

## B. Rückgriff des Unternehmers

In **§ 327 u BGB** wird ein möglicher Rückgriff des Unternehmers bei dem Vertragspartner statuiert, von dem er das digitale Produkt bezogen hat. Hintergrund ist – ebenso wie beim kaufrechtlichen Regressanspruch gemäß § 445 a BGB – die Erwägung, dass derjenige, der für eine Leistungsstörung **verantwortlich ist**, auch die Konsequenzen daraus tragen soll und nicht der letzte Unternehmer beim Vertrieb an den Endkunden.<sup>491</sup>

Allerdings setzt der Regress gemäß § 327 u BGB – abweichend von der Parallelregelung in § 445 a BGB – voraus, dass der letzte Vertrag in der Vertragskette ein Verbrauchervertrag gemäß §§ 327, 327 a BGB ist. Deshalb ordnet § 445 c BGB den **Anwendungsvorrang** des § 327 u BGB **gegenüber** den Regelungen in den **§§ 445 a, 445 b und 478 BGB** für den Fall an, dass der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchervertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte ist.



### § 327 u BGB (neu)

(1) <sup>1</sup>Der Unternehmer kann von dem Unternehmer, der sich ihm gegenüber zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet hat (Vertriebspartner), Ersatz der Aufwendungen verlangen, die ihm im Verhältnis zu einem Verbraucher wegen einer durch den Vertriebspartner verursachten unterbliebenen Bereitstellung des vom Vertriebspartner bereitzustellenden digitalen Produkts aufgrund der Ausübung des Rechts des Verbrauchers nach § 327 c Absatz 1 Satz 1 entstanden sind. <sup>2</sup>Das Gleiche gilt für die nach § 327 I Absatz 1 vom Unternehmer zu tragenden Aufwendungen, wenn der vom Verbraucher gegenüber dem Unternehmer geltend gemachte Mangel bereits bei der Bereitstellung durch den Vertriebspartner vorhanden war oder in einer durch den Vertriebspartner verursachten Verletzung der Aktualisierungspflicht des Unternehmers nach § 327 f Absatz 1 besteht.

(2) <sup>1</sup>Die Aufwendungsersatzansprüche nach Absatz 1 verjähren in sechs Monaten. <sup>2</sup>Die Verjährung beginnt

1. im Fall des Absatzes 1 Satz 1 mit dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher sein Recht ausgeübt hat,

<sup>490</sup> Dazu Wendehorst JZ 2021, 974, 980.

<sup>491</sup> Brönneke/Föhlisch/Tonner § 5 Rn. 11.