

Stellungnahme

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

Prof. Dr. Ivo Bach, Göttingen

I. Vorbemerkungen

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

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

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

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

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

II. Umsetzungsdefizite

1. Ablaufhemmung

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

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

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

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

2. Regress bei gebrauchten Sachen

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

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

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

3. Ausnahme für öffentlich zugängliche Versteigerungen

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

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

III. Nutzung des Gestaltungsspielraums

1. Vorbemerkung

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

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

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

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

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

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

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

2. Haftungsdauer / Verjährung

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

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

Allerdings müssen verschiedene Aspekte Berücksichtigung finden:⁷

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

⁴ BR –Drs. 146/1/21, Ziff. 3.

⁵ BR –Drs. 146/1/21, Ziff. 12.

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

⁷ Ausführlich Bach/Wöbbeking, NJW 2020, 2672.

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

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

Für die konkrete Umsetzung ergeben sich drei Möglichkeiten:

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

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

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

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

3. Beweislastumkehr

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

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

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

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

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

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

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

4. Mitverursachung eines Mangels durch den Verbraucher

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

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

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

5. Regress in der Lieferkette

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

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

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

IV. Rechtstechnische Aspekte

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

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

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

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

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

V. Geltungsbereich der Umsetzungsregelungen

1. Überschießende Umsetzung

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

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

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

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

2. Ausnahme für den Kauf lebender Tiere

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Konkrete Änderungsvorschläge

§ 281

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

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

[Abs. 3, 4 und 5 rücken auf]

§ 441 Abs. 1

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

§ 445a

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

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

§ 445c

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

§ 474 Abs. 2

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

§ 475 Abs. 5

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

§ 475b

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

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

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

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

(4) [...]

(5) Eine Sache mit digitalen Elementen entspricht

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

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

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

§ 475c Abs. 1

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

§ 475e Abs. 3 [oder § 438 Abs. 2a]

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

§ 476 Abs. 2 S. 3 [oder Abs. 2a]

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

§ 476 Abs. 4

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

[Alternativ: Vorschrift streichen]

§ 477 Abs. 1

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