

RA Martin Egner, München und RAin Melina Gebhardt, München*

Die Aktualisierungspflicht nach § 475b BGB – Problemkonstellationen in der Lieferkette und Handlungsoptionen für die Praxis

Gerade in der Automotive- und Mobilitätsbranche, aber auch in vielen anderen Industriebereichen, sind mehrstufige Lieferketten an der Tagesordnung. Aufgrund der Tatsache, dass die mit § 475b BGB eingeführte Aktualisierungspflicht nur im Verhältnis zwischen dem unternehmerischen Verkäufer und einem Verbraucherkunden eingreift, ergeben sich im Rahmen der Lieferkette bestimmte Problemkonstellationen, die in der Praxis adressiert werden müssen. Dieser Beitrag soll insoweit Handlungsoptionen aufzeigen.

I. Einführung und Anwendungsbereich der Aktualisierungspflicht

Durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.6.2021¹ wurde im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) unter anderem die Vorschrift des § 475b eingefügt, die bei Kaufverträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbrauchsgüterkauf) über eine Ware mit digitalen Elementen eine Aktualisierungspflicht vorsieht. Die Norm dient der Umsetzung von Art. 5–7 der Richtlinie (EU) 2019/771 (Warenkaufrichtlinie) ins deutsche Recht und gilt gemäß Art. 229 § 58 EGBGB für alle Kaufverträge, die ab dem 1.1.2022 abgeschlossen werden.² Der deutsche Gesetzgeber geht davon aus, dass die Einführung dieser „Updateverpflichtung“ insbesondere auch die Wirtschaftszweige „Handel mit Kraftwagen“, „Handel mit Krafträdern, Kraftradteilen und -zubehör“ sowie „Großhandel mit Fahrrädern, Fahrradteilen und -zubehör“ betrifft.³

Hintergrund der Warenkaufrichtlinie war das Bestreben, bestimmte Aspekte von Verträgen über den Warenkauf zu harmonisieren, um unter der Prämisse eines hohen Verbraucherschutzniveaus einen echten digitalen Binnenmarkt für Europa zu erreichen.⁴ Der Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt sich angesichts dieser Zielsetzung konsequenterweise auf den Verbrauchsgüterkauf, weshalb auch nur insoweit eine Harmonisierungspflicht für den deutsche Gesetzgeber bestand. Dieser hat zwar die Möglichkeit einer überschießenden Umsetzung erkannt, angesichts der im Koalitionsvertrag vereinbarten 1:1-Umsetzung von EU-Vorhaben⁵ jedoch davon abgesehen.⁶ Bei Kaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen zwischen zwei Verbrauchern oder zwei Unternehmern gilt deshalb nach wie vor nur § 434 BGB, der keine gesetzlich normierte Aktualisierungspflicht enthält.⁷

Gleichzeitig mit der Warenkaufrichtlinie hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021⁸ zudem auch die Richtlinie (EU) 2019/770 (Digitale-Inhalte-Richtlinie) in deutsches Recht umgesetzt und dabei in den §§ 327 ff. BGB Neuregelungen für den Um-

gang mit digitalen Produkten geschaffen. Wie aus § 327a Abs. 3 S. 1 BGB folgt, sind auf Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen aber die kaufvertragsrechtlichen Normen anzuwenden.⁹

Je nach Art des betroffenen Kaufgegenstands existiert im deutschen Recht damit nunmehr ein dreigeteiltes Mängelrechtregime:

Tabelle 1: Mängelrechtregime

Kaufgegenstand	Mängelrechtregime
(1) Analoger Kaufgegenstand oder Ware mit digitalen Elementen außerhalb Verbrauchsgüterkauf	§§ 434, 435, 437 BGB
(2) Ware mit digitalen Elementen und Verbrauchsgüterkauf	U. a. ergänzende Anwendung von §§ 475b, 475c BGB
(3) Rein digitales Produkt	§§ 327 ff. BGB

Die für diesen Beitrag maßgebliche Aktualisierungspflicht des § 475b BGB kommt nur in der zweiten Konstellation zur Anwendung.

II. Begriff der „Ware mit digitalen Elementen“

Nach Art. 2 Nr. 3 der Digitale-Inhalte-Richtlinie handelt es sich bei Waren mit digitalen Elementen um *„bewegliche körperliche Gegenstände, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten“*. Diese Begriffsbestimmung hat der deutsche Gesetzgeber weitgehend wortgleich in § 327a Abs. 3 S. 1 BGB übernommen.¹⁰ Sog. „Smarte Produkte“ bestehen mithin aus einem körperlichen und einem digitalen Element (z. B. Software).¹¹

Der Kauf einer solchen „Ware mit digitalen Elementen“ setzt nach der gesetzlichen Konzeption ein funktionales und ein vertragliches Kriterium voraus.¹²

Das vertragliche Kriterium ist gemäß § 475b Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt, wenn sich der Verkäufer¹³ verpflichtet hat, das digitale Element entweder selbst oder durch einen

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. III.

1 BGBl. 2021, S. 2133 ff.

2 Saenger, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 475b, Rn. 1.

3 BT-Drucks. 19/27424, S. 16.

4 Richtlinie (EU) 2019/771, Erwägungsgründe 1 und 3.

5 Koalitionsvertrag 19. Legislaturperiode, S. 13, 56.

6 BT-Drucks. 19/27424, S. 30.

7 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 475b, Rn. 1.

8 BGBl. 2021, S. 2123 ff.

9 Metzger, in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2022, § 327a, Rn. 11.

10 BT-Drucks. 19/27653, S. 47; Wendland/Soritz, in: BeckOK, BGB, 67. Ed. 1.5.2023, § 327a, Rn. 14.

11 Schrader, JA 2022, 1, 5.

12 BT-Drucks. 19/27653, S. 46.

13 „Verkäufer“ meint in diesem Beitrag stets den unternehmerischen (End-)Verkäufer, der mit einem Verbraucherkunden einen Kaufvertrag über eine Ware mit digitalen Elementen abschließt.

Dritten bereitzustellen. Ob eine entsprechende Verpflichtung des Verkäufers besteht, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.¹⁴ Insoweit genügt es, wenn der Kaufvertrag nach der Verkehrsanschauung die Bereitstellung digitaler Produkte beinhaltet.¹⁵ Gemäß §§ 475b Abs. 1 S. 2, 327a Abs. 3 S. 2 BGB wird im Zweifel vermutet, dass die Bereitstellung des digitalen Elements von der Verkäuferpflicht umfasst ist.¹⁶

Unter dem funktionalen Kriterium versteht man die in § 327a Abs. 3 S. 1 BGB niedergelegte Funktionsnotwendigkeit des digitalen Produkts für die Ware, dass also das digitale Produkt in der Ware enthalten (oder mit ihr verbunden) ist und die Ware ihre Funktionen ohne das digitale Produkt nicht erfüllen kann.¹⁷

Konkretisierungsbedarf besteht dabei hinsichtlich der Frage, welche Anforderungen an die entsprechende Funktionsnotwendigkeit zu stellen sind. Dies gilt insbesondere für solche Konstellationen, in denen ein Fehlen des digitalen Elements zwar nicht die Grundfunktion der Ware beeinträchtigt, das digitale Element der Ware aber eine erhebliche Prägung gibt.¹⁸ In der Literatur wird bspw. diskutiert, dass ein Auto ggf. auch ohne „smarte“ Anwendungen noch als Fortbewegungsmittel nutzbar sei, während ein Smartphone ohne funktionierendes Betriebssystem seine jeweilige Grundfunktion gerade nicht ausüben könne.¹⁹

Der deutsche Gesetzgeber nimmt offensichtlich an, dass es sich u. a. bei Autos und E-Bikes um Geräte mit digitaler Komponente handelt.²⁰ Jedenfalls moderne Fahrzeuge, die bereits in ihrer Hauptfunktion der Fortbewegung aufgrund von sog. „Steuergeräte-Software“ von digitalen Produkten abhängig sind, dürften unzweifelhaft als „Ware mit digitalen Elementen“ im Sinne der §§ 327a Abs. 3 S. 1, 475b Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen sein.²¹

Es ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung hier zukünftig Leitlinien vorgeben wird.²² Eine Beschränkung auf Grundfunktionen der Ware dürfte insoweit nicht zu erwarten sein.²³ Vielmehr erscheint mit Blick auf den von der Warenkaufrichtlinie intendierten Verbraucherschutz im digitalen Umfeld²⁴ eine abstrakte und grundsätzlich weite Bestimmung der Funktionsbeeinträchtigung geboten, die jedenfalls dann vorliegt, wenn das Fehlen des digitalen Elements das „smarte“ Produkt zu einem bloßen analogen Gerät und damit zu einem aliud macht.²⁵

III. Problemkonstellationen in der Lieferkette und Handlungsoptionen für die Praxis

Die konkrete Ausgestaltung der Aktualisierungspflicht gemäß § 475b BGB ist vielfach auslegungsbedürftig und somit ungewiss.²⁶ In der Literatur wird deshalb die Entwicklung von klaren und belastbaren Leitlinien durch die Rechtsprechung gefordert.²⁷ Tatsächlich ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung – voraussichtlich aber erst in einigen Jahren²⁸ – belastbare Vorgaben für das Pflichtenprogramm des Verkäufers treffen wird. Bis dem so ist, bleibt es der Praxis vorbehalten, bestehende Unsicherheiten unter dem status quo zu lösen. Nachfolgend sollen daher bestimmte Problemkonstellationen dargestellt und insoweit Handlungsoptionen aufgezeigt werden.

1. Gegenstand, Zeitpunkt und Dauer der Aktualisierungspflicht

a) Gegenstand der Aktualisierungspflicht

In der Warenkaufrichtlinie sind zwei verschiedene Ausprägungen von Aktualisierungspflichten angelegt. Da digitale Inhalte kontinuierlich weiterentwickelt werden, können Verkäufer und Verbraucher zunächst die Bereitstellung von Aktualisierungen vereinbaren.²⁹ Losgelöst von etwaigen vertraglichen Vereinbarungen soll der Verkäufer zudem verpflichtet sein, diejenigen Updates bereitzustellen, die erforderlich sind, um den vertragsgemäßen Zustand der Ware zu erhalten.³⁰ Diese Vorgaben aus der Warenkaufrichtlinie hat der deutsche Gesetzgeber in § 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB (vereinbarte Aktualisierungen) und § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB (Erhalt der Vertragsmäßigkeit) übernommen.

aa) Vereinbarte Aktualisierungen

Die subjektive Anforderung an die Mangelfreiheit der Ware gemäß § 475b Abs. 3 Nr. 2 BGB kann je nach Parteivereinbarung jede Form von Aktualisierungen (auch Funktionserweiterungen oder -verbesserungen) erfassen.³¹ Maßgeblich ist insoweit allein die Bereitstellung der Aktualisierungen im vereinbarten Umfang und Zeitraum.³² Der Verkäufer muss sich also an dem festhalten lassen, worauf er sich mit dem Verbraucherkunden vertraglich verständigt hat. Wird keine gesonderte Vereinbarung getroffen, ist für etwaige Aktualisierungspflichten allein auf die objektiven Erfordernisse gemäß § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB abzustellen.

bb) Aktualisierungen zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit

Den objektiven Anforderungen des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB unterfallen nur solche Aktualisierungen, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, wozu gerade keine Verbesserungsmaßnahmen oder Funktionserweiterungen gehören.³³ Vielmehr geht auch der europäische Gesetzgeber davon aus, dass für die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit einer Ware grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Lieferung abzustellen ist. Insoweit sei aber zu berücksichtigen, dass sich das digitale Umfeld fortlaufend verändere, sodass nur durch bestimmte Aktualisierungsverpflichtungen sichergestellt werden könne, dass die Ware auch weiterhin so funktioniere, wie zum Zeitpunkt der Lieferung.³⁴

Zu den objektiv geschuldeten Aktualisierungen zählen insbesondere Sicherheitsupdates, die geeignet und erforder-

14 BT-Drucks. 19/27653, S. 47.

15 Richtlinie (EU) 2019/770, Erwägungsgrund 21; RL (EU) 2019/771, Erwägungsgrund 15.

16 Saenger, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 475b, Rn. 5.

17 BT-Drucks. 19/27653, S. 46.

18 Mayer/Möllnitz, RD 2021, 333, 337.

19 Lorenz, NJW 2021, 2065, 2070.

20 BT-Drucks. 19/27424, S. 20 f.

21 Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18, 19.

22 Tonner, VuR 2019, 363, 367; Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 4.

23 Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 4.

24 Richtlinie (EU) 2019/771, Erwägungsgründe 1 und 3.

25 Mayer/Möllnitz, RD 2021, 333, 337 f.

26 Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18, 20.

27 Paal/Wais, DStR 2022, 1164, 1168; Schrader, NZV 2021, 67, 69.

28 Wiesemann, MMR 2022, 343, 347.

29 Richtlinie (EU) 2019/771, Erwägungsgrund 28.

30 Richtlinie (EU) 2019/771, Erwägungsgrund 30.

31 Faust, in: BeckOK, BGB, 67. Ed. 1.8.2023, § 475b, Rn. 13.

32 Berger, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 475b, Rn. 7.

33 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

34 Richtlinie (EU) 2019/771, Erwägungsgrund 30.

lich sind, um die digitalen Elemente vor einem unberechtigten Zugriff durch Dritte zu schützen.³⁵ Die Verpflichtung zur Vornahme von zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlichen Aktualisierungen geht aber über derartige Sicherheitsupdates hinaus. Bei einem Navigationsgerät soll bspw. auch eine regelmäßige Aktualisierung des Kartenmaterials zu den Anforderungen des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB gehören.³⁶ Die Praxis muss sich folglich darauf einstellen, dass der konkrete Umfang der Aktualisierungsverpflichtung anhand des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen sein dürfte.

cc) *Exkurs: Dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente*

Eine Sonderkonstellation liegt vor, wenn die Parteien im Kaufvertrag nicht nur eine einmalige Lieferung des Produkts samt digitalen Elementen, sondern eine dauerhafte Bereitstellung der digitalen Elemente selbst und damit ein „Mehr“ gegenüber etwaigen Aktualisierungen vereinbart haben. In Betracht kommt hier bspw., dass der Verbraucherkunde ein Auto kauft und der Verkäufer sich vertraglich verpflichtet, für das darin enthaltene Navigationsgerät dauerhaft aktuelle Verkehrsdaten zur Verfügung zu stellen.³⁷ In einem solchen Fall gilt ergänzend die Vorschrift des § 475c BGB, die bei einer fehlenden Vereinbarung über den Zeitraum der „dauerhaften“ Bereitstellung auf eine entsprechende Anwendung des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB verweist.

b) *Zeitpunkt und Dauer der objektiv erforderlichen Aktualisierungen nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB*

Neben dem konkreten Inhalt sind auch Zeitpunkt und Dauer der Aktualisierungsverpflichtung grundsätzlich anhand von objektiven Kriterien zu bestimmen.³⁸

§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB verlangt, dass die Aktualisierungen während eines Zeitraums zur Verfügung gestellt werden, den der Verbraucher nach Art und Zweck der Ware sowie unter Berücksichtigung von Art und Umständen des Vertrages erwarten kann. Maßgeblich ist dabei der Erwartungshorizont eines Durchschnittskäufers.³⁹ Im Ergebnis fordert der Gesetzgeber eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung von verschiedenen Faktoren, zu denen u. a. Werbeaussagen oder auch Preis und Material der Ware gehören.⁴⁰ Ein wesentliches Auslegungskriterium soll zudem die übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer der Ware („life-cycle“) darstellen.⁴¹

Als Mindestmaß für die Dauer der Aktualisierungspflicht ist die jeweilige Gewährleistungsfrist heranzuziehen.⁴² Der Gesetzgeber geht im Übrigen davon aus, dass Updates im Durchschnitt, variierend nach Geräteart, für fünf Jahre bereitgestellt werden müssen.⁴³ Auch die Tatsache, dass die Ware noch vertrieben wird, soll in der Regel dafür sprechen, dass der Aktualisierungszeitraum noch nicht abgelaufen ist.⁴⁴

Angesichts der vagen gesetzlichen Vorgaben und der damit einhergehenden Einzelfallbetrachtung werden von Verbraucherschutzverbänden Tabellen gefordert, welche konkrete Zeiträume für einzelne Waren definieren.⁴⁵ Stimmen in der Literatur plädieren gar für eine Festlegung von Aktualisierungszeiträumen in Anlehnung an § 36 UrhG und eine diesbezügliche gesetzliche Verankerung.⁴⁶

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu konstatieren, dass für bestimmte Bereiche bereits Orientierungswerte existieren. Bei Autos kann bspw. die Rechtsprechung zur

Nutzungsdauer herangezogen werden, wonach von einem 12,5- bis 15-jährigen Aktualisierungszeitraum auszugehen wäre.⁴⁷

Nichtsdestotrotz verbleibt für Unternehmer und Verbraucher eine erhebliche Rechtsunsicherheit.⁴⁸ Dies gilt umso mehr, als neben dem Zeitraum der erforderlichen Aktualisierungen auch unklar ist, wie häufig bzw. zu welchen Zeitpunkten diese vorzunehmen sind. Der Gesetzgeber hat insoweit lediglich die Vorgabe gemacht, dass der Unternehmer die Aktualisierung in einem angemessenen Zeitrahmen nach Auftreten einer etwaigen Vertragswidrigkeit bereitstellen muss.⁴⁹ Die Literatur geht davon aus, dass eine Aktualisierung jedenfalls dann durchzuführen ist, wenn ohnehin eine neue Softwareversion auf den Markt kommt und im Übrigen mindestens eine jährliche Aktualisierung geboten erscheint.⁵⁰ Letztlich dürfte aber auch hier – wie bei der Bestimmung des Aktualisierungszeitraums – eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen sein.

c) *Vertragliche Vereinbarung über Gegenstand, Zeitpunkt und Dauer der Aktualisierungspflicht*

Nach den vorstehenden Ausführungen verbleiben mit Blick auf Gegenstand, Zeitpunkt und Dauer der Aktualisierungspflicht erhebliche Rechtsunsicherheiten. Bis zu einer Klärung der entsprechenden Einzelfragen durch höchstgerichtliche Entscheidungen oder gesetzgeberische Anpassungen, können diese Unsicherheiten nur durch konkretisierende Parteivereinbarungen beseitigt werden.⁵¹ Beim Abschluss einer solchen Vereinbarung sollten dabei stets – zumindest vorsorglich – die Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB beachtet werden, weil damit gerechnet werden muss, dass der Vertragsinhalt hinter den objektiv zu bestimmenden Anforderungen des § 475b Abs. 4 Nr. 2 zurückbleibt und derartige Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sind.⁵²

§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB setzt insoweit voraus, dass der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht (Nr. 1) und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (Nr. 2).

aa) *Hinweis und gesonderte Vereinbarung*

Aus der Anforderung, dass der Hinweis an den Verbraucherkunden „eigens“ erteilt werden muss, folgt, dass der Hinweis getrennt von anderen Informationen vorzuneh-

35 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

36 Faust, in: BeckOK, BGB, 67. Ed. 1.8.2023, § 475b, Rn. 19.

37 Faust, in: BeckOK, BGB, 67. Ed. 1.8.2023, § 475c, Rn. 1.

38 BT-Drucks. 19/27424, S. 32.

39 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

40 Ausführlich Wiesemann, MMR 2022, 343, 345.

41 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

42 Richtlinie (EU) 2019/771, Erwägungsgrund 31; Berger, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 475b, Rn. 9.

43 BT-Drucks. 19/27424, S. 19.

44 BT-Drucks. 19/27424, S. 33; Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 6.

45 Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18, 22.

46 Wiesemann, MMR 2022, 343, 347.

47 Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18, 23.

48 Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 6; Wiesemann, MMR 2022, 343, 347.

49 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

50 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 475b, Rn. 19.

51 Herrler, DNotz 2022, 491, 525; Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 6.

52 Herrler, DNotz 2022, 491, 525; Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 6.

men ist.⁵³ Eine separate Urkunde dürfte allerdings nicht notwendig sein.⁵⁴ Vielmehr wird lediglich ein allgemeiner Hinweis ausgeschlossen. Dieser muss sich also auf eine bestimmte Abweichung beziehen.⁵⁵ Bis der EuGH über die Thematik entschieden hat, wird zudem empfohlen, den Hinweis in Bezug auf jede einzelne Abweichung gesondert vom Verbraucher abzeichnen zu lassen.⁵⁶

Unklar ist in diesem Zusammenhang, welcher zusätzliche Regelungsgehalt dem Erfordernis einer gesonderten Vereinbarung im Sinne von § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zukommt.⁵⁷ Maßgeblich soll hier sein, ob ein ausreichender Abstand zur sonstigen Produktbeschreibung besteht.⁵⁸ Bloßer Fettdruck in einem Fließtext mit anderen Vereinbarungen wird dabei als unzureichend angesehen.⁵⁹ Bei hinreichender räumlicher Trennung soll demgegenüber keine optische Hervorhebung durch entsprechende drucktechnische Gestaltung erforderlich sein.⁶⁰

bb) Ausdrückliche Vereinbarung

„Ausdrücklich“ im Sinne des § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB bedeutet nicht, dass die Vereinbarung zwingend in Schriftform zu erfolgen hat, auch wenn aus Gründen der Beweisbarkeit zumindest die Textform zu empfehlen ist.⁶¹ Gesetzlich ausgeschlossen wird durch dieses Erfordernis lediglich die Annahme konkludenter Vereinbarungen. Die negative Abweichung von den objektiven Anforderungen des § 475b Abs. 4 BGB muss im Wortlaut der Vereinbarung zudem hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen und für den Verbraucherkunden klar erkennbar sein.⁶²

cc) Abschließende Bewertung

Ob eine vertragliche Konkretisierung der Aktualisierungspflicht gemäß § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB in Betracht kommt, bedarf anhand der vorstehend dargelegten Voraussetzungen einer sorgfältigen Prüfung im jeweiligen Einzelfall.

Im Bereich des Fahrzeughandels dürfte angesichts der regelmäßig individuellen Vertragsabwicklung die Erfüllung der Anforderungen des § 476 Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich möglich sein. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) kann die entsprechende Vereinbarung allerdings nicht erfolgen, weil im Interesse der Transparenz eine Abrede „im Kleingedruckten“ ausgeschlossen werden soll.⁶³ In einem individualisierten Hauptvertrag sind Vereinbarungen über die Aktualisierungspflicht aber selbst dann möglich, wenn die jeweilige Klausel als AGB zu qualifizieren ist, weil die Einordnung als AGB eine Erfüllung der Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB nicht per se ausschließt.⁶⁴

Schwieriger erscheint ein den Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB genügendes Vorgehen dagegen in Verkaufsräumen des stationären Handels.⁶⁵ Hier ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob und ggf. inwieweit sich vor dem Kauf eines Produkts mit digitalen Elementen (z. B. Smartwatch) gesonderte Vereinbarungen mit dem Kunden umsetzen lassen.

Im Onlinehandel wird nach der Gesetzesbegründung eine ausdrückliche und gesonderte Erklärung gefordert, die etwa dadurch herbeigeführt werden kann, dass auf der Webseite eine entsprechende Schaltfläche vorgesehen ist, welche der Verbraucher anklicken oder auf andere Weise betätigen kann.⁶⁶ Diese Anforderung sollte in der Praxis regelmäßig umsetzbar sein.

2. Information des Kunden über bereitstehende Aktualisierung

a) Art und Weise der Information

Zusätzlich zur Bereitstellung der Aktualisierung fordert § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB auch eine diesbezügliche Information des Verbraucherkunden. Umstritten ist, welche Anforderungen an Art und Weise dieser Information zu stellen sind.

Einzelne Stimmen plädieren prinzipiell für eine erforderliche individuelle Information, sodass grundsätzlich Anschrift oder E-Mail-Adresse des Kunden dokumentiert werden müssten.⁶⁷ Eine allgemeine Information (z. B. über eine Mitteilung auf der Unternehmenswebsite) soll demnach nur dann ausreichen, wenn eine individuelle Benachrichtigung (z. B. mangels Kontaktdaten) nicht möglich ist.⁶⁸ Nach anderer Auffassung besteht dagegen keine generelle Verpflichtung, jeden Kunden individuell zu informieren.⁶⁹ Dem ist zuzustimmen, weil auch der Gesetzgeber nicht allgemein von einer Pflicht zur individuellen Benachrichtigung ausgeht,⁷⁰ eine solche in der Praxis regelmäßig nur schwer umsetzbar sein dürfte⁷¹ und die Erfassung sowie Speicherung einer Vielzahl von Kundendaten datenschutzrechtliche Fragen aufwirft.⁷²

Richtigerweise ist daher mit dem Gesetzgeber⁷³ auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls abzustellen. Bei hochwertigen und individualisierten Produkten mit einem begrenzten Kundenkreis (z. B. Auto) erscheint dabei eher eine individuelle Benachrichtigung denkbar, als dies bei Massenprodukten (z. B. Spielzeug) der Fall ist, deren Eigentümer häufig kaum zu ermitteln sind bzw. in kurzen Abständen wechseln.

Sofern und soweit ein entsprechender Fernzugriff praktisch möglich ist, dürfte es letztlich am zielführendsten sein, die Information direkt an das betroffene Gerät selbst zu übermitteln (z. B. in Form einer Push-Nachricht).⁷⁴ Auf diese Weise lässt sich am ehesten gewährleisten, dass die Information den Kunden auch tatsächlich erreicht, da sich bspw. die Kontaktdaten des ursprünglichen Käufers oder auch der jeweilige Eigentümer der Sache ändern können.

Auch wenn der Gesetzgeber zur Bestimmung der konkreten Modalitäten der geschuldeten Information auf objektive Kriterien abstellen will,⁷⁵ erscheint es zudem denkbar, dass

53 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 476, Rn. 22.

54 Wilke, VuR 2021, 283, 285.

55 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 476, Rn. 22.

56 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 476, Rn. 22.

57 Herrler, DNotZ 2022, 491, 503.

58 Herrler, DNotZ 2022, 491, 503.

59 LG Essen, Urt. v. 17.4.2008 – 6 O 241/07, BeckRS 2008, 22400.

60 Herrler, DNotZ 2022, 491, 503.

61 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 476, Rn. 22.

62 Herrler, DNotZ 2022, 491, 502.

63 Herrler, DNotZ 2022, 491, 502.

64 Herrler, DNotZ 2022, 491, 502.

65 So auch Wiesemann, MMR 2022, 343, 346.

66 BT-Drucks. 19/27424, S. 42.

67 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 476, Rn. 22.

68 Faust, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 476, Rn. 22.

69 Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 6.

70 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

71 Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 6.

72 Spindler, MMR 2021, 451, 456.

73 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

74 So auch Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 6; Spindler, MMR 2021, 451, 456.

75 BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

sich der Verkäufer mit dem Verbraucherkunden auf eine bestimmte Form der Benachrichtigung verständigt.⁷⁶ Dies gilt insbesondere mit Blick auf den in Art. 5 Abs. 1c) DSGVO verankerten Grundsatz der Datenminimierung, wonach personenbezogene Daten dem Zweck nach angemessen und erheblich sowie auf das für die Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein müssen.

Sofern man dem Verbraucherkunden beim Vertragsschluss verschiedene Möglichkeiten der Informationsbereitstellung (z. B. postalische Kontaktaufnahme, Newsletter, Bekanntgabe auf Unternehmenswebsite) anbietet und dieser sich (z. B. durch Ankreuzen im Kaufvertrag oder Anklicken in einem Onlinebestellvorgang) für eine Alternative entscheidet, dürfte dies sowohl den gesetzlichen Anforderungen des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB als auch dem Grundsatz der Datenminimierung genügen.

b) Inhalt der Verbraucherinformation

Der Verkäufer muss den Verbraucherkunden nicht nur über die Verfügbarkeit der Aktualisierung, sondern auch über die Folgen einer unterlassenen Installation informieren.⁷⁷ Unterlässt der Verbraucherkunde trotz ordnungsgemäßer Information die Installation einer bereitgestellten Aktualisierung, so haftet der Verkäufer gemäß § 475b Abs. 5 BGB nicht für etwaige Mängel des Produkts, die allein auf das Fehlen der Aktualisierung zurückzuführen sind.⁷⁸ Den Verbraucherkunden trifft insoweit also eine Installationsobliegenheit.⁷⁹

Hat der Verkäufer die Installation des Updates selbst vorzunehmen, kommt ein entsprechender Haftungsausschluss bei unterlassenen Mitwirkungshandlungen des Verbraucherkunden in Betracht. Ein solcher Fall kann bspw. bei einem Auto vorliegen, wenn für die Aktualisierung das Aufspielen von Software durch einen Fachmann erforderlich ist und der Kunde sein Fahrzeug trotz entsprechender Aufforderung nicht in die Werkstatt bringt.⁸⁰

3. Problemkonstellation für den Verkäufer

Im Rahmen einer mehrstufigen Lieferkette ist der Verkäufer mit einer besonderen Problemstellung konfrontiert, weil nur ihn allein im Verhältnis zu seinem Verbraucherkunden die Aktualisierungspflicht des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB trifft.⁸¹ Für den Hersteller oder ggf. weitere vorgelagerte Stufen der Lieferkette besteht keine Aktualisierungsverpflichtung.⁸² Auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dessen Lieferanten findet § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB daher keine Anwendung.⁸³ § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB begründet auch keinen Direktanspruch des Verbraucherkunden gegenüber dem Hersteller.⁸⁴



Abbildung 1: Aktualisierungspflicht in der Lieferkette

Stellt der Verkäufer dem Verbraucherkunden objektiv erforderliche Aktualisierungen im Sinne des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB nicht zur Verfügung, liegt ein Produkt- bzw. Sachmangel vor. Der Verbraucherkunde könnte dann Nacherfüllung verlangen bzw. unter den Voraussetzungen

des § 475d BGB vom Vertrag zurücktreten oder mindern und ggf. sogar Schadensersatz fordern.⁸⁵

Der Verkäufer befindet sich insoweit in einem Dilemma, weil er im Regelfall nicht Entwickler bzw. Betreiber des digitalen Elements der Ware ist und es ihm deshalb schon rein tatsächlich nicht möglich sein dürfte, die geschuldeten Aktualisierungen bereitzustellen.⁸⁶ Ohne Mitwirkung des Herstellers kann der Verkäufer seiner Aktualisierungspflicht daher regelmäßig nicht nachkommen.⁸⁷ Einen Anspruch auf eine entsprechende Mitwirkung hat der Verkäufer jedoch nicht.⁸⁸

Angesichts dessen plädieren *Hofmann/Löffler* für eine analoge Anwendung von § 475b Abs. 4 BGB auf den vorgelagerten Stufen der Lieferkette, wenn der Letztabnehmer ein Verbraucher ist und daher insoweit ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt.⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass der Gesetzgeber aufgrund der Vereinbarungen im Koalitionsvertrag bewusst auf eine überschießende Umsetzung der Warenkaufrichtlinie auch auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr verzichtet hat.⁹⁰ Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke erscheint daher zumindest fraglich. Nach *Schrader* ist eine analoge Anwendung von § 475b auf den unternehmerischen Bereich aus diesem Grund ausgeschlossen.⁹¹ Wie diese Frage zukünftig in der Rechtsprechung beurteilt werden wird, ist derzeit noch vollkommen ungewiss. Insbesondere auch im Interesse der Rechtssicherheit sollte sich die Praxis daher nicht auf etwaige Analogien verlassen, sondern vielmehr versuchen, die bestehenden Unwägbarkeiten mittels vertraglicher Vereinbarungen zu beseitigen.

a) Abbedingung von § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB

Die vorstehend beschriebene Zwangslage des Verkäufers ließe sich am einfachsten dadurch auflösen, dass dieser im Kaufvertrag mit dem Verbraucherkunden einen Ausschluss der Aktualisierungsverpflichtung vereinbart. § 475b Abs. 4 BGB ist grundsätzlich abdingbar.⁹² Sofern – wie in den in diesem Beitrag behandelten Konstellationen – jedoch ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, muss eine solche Abbedingung den besonderen Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB genügen, weil eine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB in diesem Fall auf der Hand liegt. Die Einzelheiten hierzu wurden mit Blick auf konkretisierende Vereinbarungen bereits ausführlich unter III.1.c) behandelt.

76 *Dubovitskaya*, MMR 2022, 3, 6.

77 *Faust*, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 475b, Rn. 37.

78 *Faust*, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 475b, Rn. 33.

79 *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 4.

80 *Faust*, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 475b, Rn. 30, 35.

81 *Lorenz*, NJW 2021, 2065, Rn. 20.

82 *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 2.

83 *Staudinger/Artz*, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Rn. 110.

84 *Berger*, in: Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 475b, Rn. 6.

85 *Faust*, in: BeckOK, BGB, 68. Ed. 1.11.2023, § 475b, Rn. 32; *Schrader*, JA 2022, 1, 9.

86 *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 2; *Paal/Wais*, DStR 2022, 1164, 1168.

87 *Dubovitskaya*, MMR 2022, 3, 6; *Staudinger/Artz*, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Rn. 109.

88 *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 11.

89 *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 11.

90 BT-Drucks. 19/27424, S. 30.

91 *Schrader*, JA 2022, 1, 2.

92 BT-Drucks. 19/27424, S. 34.

§ 476 Abs. 6 BGB stellt klar, dass die entsprechenden Anforderungen nicht durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden können. Unbeachtlich ist vor diesem Hintergrund bspw. eine etwaige Vereinbarung der Parteien, ein nach den gesetzlichen Bestimmungen als Verbrauchsgüterkauf zu qualifizierender Vertrag sei tatsächlich kein Verbrauchsgüterkauf.⁹³

b) Ausschluss der Pflicht zur Bereitstellung der digitalen Elemente

Wie bereits dargelegt, setzt der Kauf einer „Ware mit digitalen Elementen“ neben einem funktionalen auch ein vertragliches Kriterium voraus. Der Verkäufer muss sich also verpflichtet haben, das digitale Element entweder selbst oder durch einen Dritten bereitzustellen (s. o. unter II.).

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass der Verkäufer diese Pflicht durch entsprechende Vertragsklauseln im Verhältnis zum Verbraucherkunden ausschließen könne.⁹⁴ Auch die Auslegungsregel der §§ 475b Abs. 1 S. 2, 327a Abs. 3 S. 2 BGB, wonach die Verpflichtung des Verkäufers im Zweifel auch die Bereitstellung der digitalen Inhalte umfasst, stehe dem nicht entgegen, weil eine Auslegungsregel ausdrückliche Vertragsvereinbarungen nicht außer Kraft setzen könne.⁹⁵

Dem dürfte im Regelfall nicht zu folgen sein. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich betont, dass an die Gestaltung von Vertragsinhalt und Abschlussituation durch den Verkäufer generell hohe Anforderungen zu stellen sind, sofern dieser eine vertragliche Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts nicht übernehmen will.⁹⁶ Nach dieser Prämisse ist grundsätzlich durch Auslegung zu ermitteln, ob die Bereitstellung digitaler Elemente Bestandteil des Kaufvertrages sein soll.⁹⁷ Das ist insbesondere dann anzunehmen, wenn dies bei Waren der gleichen Art üblich ist und der Verbraucher es in Anbetracht der Warenbeschaffenheit erwarten kann. Zu berücksichtigen sind dabei auch etwaige öffentliche Äußerungen, die von Beteiligten der Lieferkette (z. B. Verkäufer oder Hersteller) vor Vertragsschluss abgegeben wurden.⁹⁸ Sprechen diese Umstände für eine Verpflichtung des Verkäufers zur Bereitstellung der digitalen Elemente, dürfte eine entgegenstehende vertragliche Vereinbarung mit dem Verbraucherkunden rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich sein bzw. ein widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) darstellen.

Dies gilt umso mehr, als die Auslegungsregel der §§ 475b Abs. 1 S. 2, 327a Abs. 3 S. 2 BGB nach dem gesetzgeberischen Willen gerade künstliche Vertragsaufspaltungen und Umgehungen verhindern soll.⁹⁹ Die Einführung dieser Auslegungsregel erfolgte in Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 der Warenkaufrichtlinie, die gerade darauf abzielt, auf Unionsebene ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten.¹⁰⁰ Auch in der Literatur wird deshalb das Bedürfnis gesehen, bei der Auslegung des jeweiligen Vertrages maßgeblich auf die objektiven Verbrauchererwartungen abzustellen, um einer Aushöhlung des § 475b BGB vorzubeugen.¹⁰¹

c) Interessenausgleich durch Vereinbarungen mit dem Vorlieferanten/Hersteller

Sofern eine Abbedingung der Aktualisierungspflicht gemäß § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB aufgrund der hohen Anforderungen und damit verbundenen Umsetzungsschwierigkeiten (s. o. unter III.3.a)) nicht in Betracht kommt, kann

der Verkäufer sein Dilemma ggf. noch dadurch lösen, dass er mit dem Hersteller vertraglich eine Bereitstellung von Aktualisierungen für einen bestimmten Zeitraum vereinbart.¹⁰² Diese vertragliche Vereinbarung kann dabei in der Form ausgestaltet sein, dass der Hersteller die Aktualisierungen dem Verkäufer zur Verfügung stellt oder auch dergestalt, dass der Hersteller die Aktualisierungen unmittelbar dem Verbraucherkunden bereitstellt.¹⁰³ Der Abschluss einer solchen vertraglichen Vereinbarung dürfte grundsätzlich im Interesse von Verkäufer und Hersteller liegen.

aa) Interessenlage des Verkäufers

Das Interesse des Verkäufers an einer vertraglichen Verpflichtung des Herstellers liegt auf der Hand, weil er seine eigene gesetzliche Aktualisierungspflicht gegenüber dem Verbraucherkunden sonst regelmäßig nicht erfüllen kann (s. o. unter III.3.). Ohne Mitwirkung des Herstellers bliebe dem Verkäufer letztlich nur die Möglichkeit, das erforderliche Update gesondert zu erwerben oder sich ggf. selbst um die Entwicklung eines solchen Updates zu bemühen. Sollte dies überhaupt gelingen, dürfte der hierzu erforderliche Aufwand regelmäßig unverhältnismäßig sein. Des Weiteren sind in diesem Zusammenhang auch etwaige urheberrechtliche Herausforderungen zu beachten.¹⁰⁴ In der Praxis kann die Aktualisierungspflicht daher nur dann effektiv erfüllt werden, wenn die Pflicht, Aktualisierungen bereitzustellen, durch die Lieferkette bis zum Hersteller weitergereicht wird.¹⁰⁵

bb) Interessenlage des Herstellers bzw. Vorlieferanten des Verkäufers

(1) Wirtschaftliches Eigeninteresse des Herstellers

Auch der Hersteller dürfte mit Blick auf den Schutz der Qualität seiner Produkte und seiner damit verbundenen Reputation regelmäßig ein Interesse daran haben, dass die Bereitstellung von funktionserhaltenden Updates (v. a. Sicherheitsupdates) gegenüber dem Verbraucherkunden gewährleistet ist. Die betroffenen Produkte sind zudem regelmäßig in die technische Infrastruktur des Herstellers integriert, sodass die Aktualisierungen auch den Schutz und die Aufrechterhaltung von ergänzenden Absatzmöglichkeiten (z. B. mobile Zahlungsdienste oder kostenpflichtige Apps) bezwecken.¹⁰⁶

(2) Etwaiger Regressanspruch des Verkäufers

Sofern der Hersteller zugleich der Vorlieferant des Verkäufers ist, hat der Hersteller auch deshalb ein Interesse an der Erfüllung der Aktualisierungspflicht, weil ihm ansonsten ggf. ein Regress des Verkäufers nach § 445a Abs. 1 BGB

93 BGH, Urt. v. 19.7.2017 – VIII ZR 278/16, NJW 2017, 2758, Rn. 17.

94 *Dubovitskaya*, MMR 2022, 3, 4.

95 *Dubovitskaya*, MMR 2022, 3, 4.

96 BT-Drucks. 19/27653, S. 47.

97 BT-Drucks. 19/27653, S. 47.

98 BT-Drucks. 19/27424, S. 30.

99 BT-Drucks. 19/27424, S. 31.

100 Richtlinie (EU) 2019/771, Erwägungsgrund 5.

101 *Paal/Wais*, DStR 2022, 1164, 1168.

102 So auch *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 2.

103 Die Bereitstellung gegenüber dem Verbraucherkunden muss nicht unmittelbar durch den Verkäufer, sondern kann auch durch einen Dritten wie den Hersteller erfolgen, BT-Drucks. 19/27424, S. 32.

104 *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 9 f.

105 *Staudinger/Artz*, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Rn. 109.

106 *Hoffmann/Löffler*, ZfPW 2023, 1, 8.

droht.¹⁰⁷ Nach dieser Vorschrift kann der Verkäufer von seinem Vorlieferanten u. a. auch dann Ersatz etwaiger Aufwendungen für die Mängelgewährleistung gegenüber dem Verbraucherkunden verlangen, wenn der Mangel auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht des § 475b Abs. 4 BGB beruht. Obwohl den Vorlieferanten des Verkäufers selbst keine Aktualisierungsverpflichtung trifft (s. o. unter III.3.), haftet er gegenüber dem Verkäufer also für etwaige Mängel, die darauf beruhen, dass der Verkäufer seine gesetzliche Aktualisierungspflicht gegenüber dem Verbraucherkunden verletzt.¹⁰⁸

Auch wenn sich dieser Regressanspruch des Verkäufers gemäß § 445a Abs. 1 BGB nur auf Aufwendungen aus einer etwaigen Nacherfüllung gegenüber dem Verbraucherkunden und damit nicht auf sonstige Mängelrechte wie Rücktritt oder Minderung bezieht,¹⁰⁹ lässt sich nicht ausschließen, dass der Verkäufer im Einzelfall versucht, dem Verbraucherkunden die Updates ohne Mitwirkung des Herstellers zur Verfügung zu stellen (s. o. unter III.3.c)aa)). Etwaige – ggf. unverhältnismäßig hohe – Aufwendungen für einen gesonderten Einkauf der Updates oder gar eine eigene Entwicklung könnte der Verkäufer dann grundsätzlich über § 445a Abs. 1 BGB ersetzt verlangen. Im Übrigen dürfte dem Hersteller aus Reputationsgründen auch rein faktisch daran gelegen sein, eine etwaige Geltendmachung von Mängelrechten hinsichtlich der eigenen Produkte zu vermeiden.

(3) Vorschlag einer neuen Produkthaftungsrichtlinie

Schließlich ist aus der Perspektive des Herstellers zu beachten, dass in Art. 10 Abs. 2c) des Vorschlags für eine neue Produkthaftungsrichtlinie¹¹⁰ eine Fehlerhaftigkeit des betreffenden Produkts auch für den Fall vorgesehen ist, dass Software-Updates oder Upgrades, die zur Aufrechterhaltung der Sicherheit notwendig gewesen wären, unterblieben sind. Sollte der Vorschlag in dieser Form umgesetzt werden, müsste der Hersteller zukünftig ohnehin für erforderliche Updates sorgen, um einer möglichen Haftung nach den Vorschriften des Produkthaftungsrechts zu entgehen.

(4) Mehr als dreistufige Lieferkette

Im Rahmen einer mehr als dreistufigen Lieferkette (Hersteller – Zwischenhändler – Verkäufer – Verbraucher) dürfte auch der Zwischenhändler ein Interesse an entsprechenden vertraglichen Vereinbarungen haben. Dies folgt zunächst daraus, dass negative Kundenreaktionen auf die vertriebenen Produkte regelmäßig auch für ihn geschäftsschädigend sind. Zudem wäre der Zwischenhändler ggf. Regressansprüchen des Verkäufers ausgesetzt, obwohl er – ohne vertragliche Vereinbarung mit dem Hersteller – im Regelfall weder faktisch zur Bereitstellung von Aktualisierungen in der Lage ist noch ihm ein eigener Regressanspruch gegen den Hersteller zusteht. Ein solcher Regressanspruch des Zwischenhändlers scheidet aus, weil er selbst gegenüber dem Verkäufer keine Aktualisierungspflicht hat und ihm daher aus einer etwaigen Verletzung dieser Pflicht auch keine Aufwendungen im Sinne des § 445a Abs. 1 BGB entstehen können.

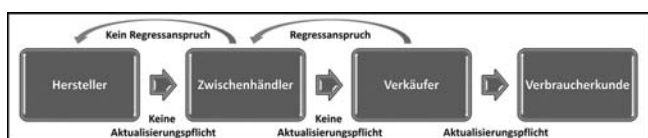


Abbildung 2: Aktualisierungspflicht bei mehr als dreistufiger Lieferkette

Im Ergebnis besteht daher auf allen Ebenen einer mehrstufigen Lieferkette regelmäßig ein Interesse und Bedürfnis für eindeutige Regelungen dahingehend, wer die Aktualisierungen gegenüber dem Verbraucherkunden bereitzustellen hat und unter welchen Voraussetzungen etwaige Regressansprüche in der Lieferkette weitergereicht werden können.

cc) Konkrete Ausgestaltung der vertraglichen Vereinbarung
Vor Abschluss der vertraglichen Vereinbarung sollte zunächst sorgfältig geprüft werden, welche Updates zur Erhaltung der zum Lieferzeitpunkt vorhandenen Funktionsfähigkeit des betroffenen Produkts tatsächlich erforderlich sind, um sodann den Inhalt der Vereinbarung möglichst konkret fassen zu können.

(1) Vereinbarung zur Bereitstellung der Aktualisierungen

Die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Hersteller (dreistufige Lieferkette) bzw. zwischen dem Verkäufer und seinem Vorlieferanten (vierstufige Lieferkette) sollte zunächst vorsehen, dass der Hersteller bzw. Vorlieferant dem Verkäufer die gemäß § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB gegenüber dem Verbraucherkunden geschuldeten Aktualisierungen für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung stellt.¹¹¹ Entsprechend der durchgeführten Vorprüfung sollten die erforderlichen Aktualisierungen dabei im Interesse der Rechtssicherheit möglichst konkret bezeichnet werden. Sofern der Verkäufer mit dem Verbraucherkunden eine Vereinbarung über die Dauer der Aktualisierungsverpflichtungen getroffen hat oder dies beabsichtigt ist (s. o. unter III.1.c)), dürfte es zweckmäßig sein, auch die Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Hersteller bzw. zwischen dem Verkäufer und seinem Vorlieferanten an diesem Zeitraum auszurichten. Andernfalls ist für die Bestimmung des maßgeblichen Zeitraums in erster Linie auf die voraussichtliche Haltbarkeit und Nutzungsdauer des betreffenden Produkts und – wenn möglich – insoweit vorhandene Orientierungshilfen (z. B. höchstrichterliche Rechtsprechung oder Stellungnahmen von Verbänden) abzustellen.

Ergänzend sollte zudem vorgesehen werden, dass der Hersteller auch eine etwaig erforderliche Installationsanleitung für die Aktualisierung zur Verfügung stellt, da dies – wie die Aktualisierung selbst – regelmäßig nur dem Hersteller, nicht aber dem Verkäufer, möglich sein dürfte.

Die erforderliche Information des Verbraucherkunden über die verfügbare Aktualisierung (s. o. unter III.2.) kann, je nach Interessenlage, ebenfalls unmittelbar durch den Hersteller oder durch den Verkäufer erfolgen.¹¹² In der Regel dürfte es zweckmäßig und sinnvoll sein, die Information durch diejenige Partei vornehmen zu lassen, die dem Verbraucherkunden auch die Aktualisierung selbst zur Verfügung stellt.

(2) Abbedingung von § 445a Abs. 1 BGB im Rahmen der Lieferkette

Hat sich der Hersteller oder Vorlieferant des Verkäufers vertraglich zur Bereitstellung der gemäß § 475b Abs. 4

107 Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, Rn. 109.

108 Dubovitskaya, MMR 2022, 3, 7.

109 Schrader, JA 2022, 1, 9.

110 COM 495 final, 2022/0302.

111 Siehe auch Hoffmann/Löffler, ZfPW 2023, 1, 2.

112 Hoffmann/Löffler, ZfPW 2023, 1, 8.

Nr. 2 BGB erforderlichen Aktualisierungen verpflichtet, erscheint es sachgerecht, im Gegenzug einen etwaigen Regressanspruch des Verkäufers aus § 445a Abs. 1 BGB insoweit auszuschließen. Stimmen in der Literatur plädieren gar für eine teleologische Reduktion der Regressvorschrift, wenn die unterlassene Bereitstellung von Aktualisierungen beim Verbraucherkunden allein aus der Sphäre des Verkäufers selbst herrührt und nicht auf den Hersteller oder einen sonstigen Dritten zurückzuführen ist.¹¹³

§ 445a Abs. 1 BGB ist grundsätzlich dispositiv.¹¹⁴ Steht am Ende der Lieferkette allerdings ein Verbrauchsgüterkauf, ist eine abweichende Parteivereinbarung gemäß § 478 Abs. 2 BGB nur dann wirksam, wenn dem potentiellen Regressgläubiger (hier dem Verkäufer) ein „gleichwertiger Ausgleich“ eingeräumt wird.¹¹⁵

Diese Erstreckung des § 478 Abs. 2 BGB auch auf die Fälle der §§ 445a Abs. 1, 475b Abs. 4 BGB wird in der Literatur unter Verweis auf einen lediglich „lapidaren Hinweis“ des Gesetzgebers als „schwer nachvollziehbar“ bezeichnet.¹¹⁶ Jedenfalls dürfte aber dann, wenn Verkäufer und Hersteller bzw. Verkäufer und dessen Vorlieferant eine Bereitstellung der gemäß § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB notwendigen Aktualisierungen gegenüber dem Verbraucherkunden vereinbart haben, ein „gleichwertiger Ausgleich“ für die Beschränkung der Regressmöglichkeit des Verkäufers vorliegen.

Erforderlich ist insoweit eine kalkulatorische Gleichwertigkeit ex-ante,¹¹⁷ wobei zu berücksichtigen ist, dass sich ein etwaiger Regressanspruch des Verkäufers vorliegend nur auf Aufwendungen aus einer Erfüllung der Aktualisierungspflicht bzw. einer diesbezüglichen Nacherfüllung erstreckt (s. o. unter III.3.c)bb)(2)). Hat sich der Hersteller oder Vorlieferant des Verkäufers in einem Vertrag mit dem Verkäufer zur Bereitstellung der erforderlichen Aktualisierungen unmittelbar gegenüber dem Verbraucherkunden verpflichtet, dürfte in dieser vertraglichen Vereinbarung folglich ein kalkulatorisch gleichwertiger Anspruch des Verkäufers zu sehen sein. Dies deshalb, weil dem Verkäufer in diesem Fall an sich keine Aufwendungen aus einer Erfüllung der Aktualisierungspflicht bzw. einer diesbezüglichen Nacherfüllung entstehen können oder er bei einer unterbliebenen oder unzureichenden Bereitstellung der Aktualisierungen durch seinen Vorlieferanten gegenüber diesem einen vertraglichen Schadensersatzanspruch hätte. Wertungsmäßig kann dann nichts Anderes gelten, wenn der Hersteller bzw. Vorlieferant des Verkäufers eine vertragliche Verpflichtung zur Bereitstellung der Aktualisierungen an den Verkäufer eingegangen ist, weil die „Weiterleitung“ der Aktualisierung an den Verbraucherkunden in diesem Fall allein vom weiteren Verhalten des Verkäufers abhängt.

(3) Abschließende Bewertung der vertraglichen Vereinbarung

Im Ergebnis sollte die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Hersteller (dreistufige Lieferkette) bzw. zwischen dem Verkäufer und seinem Vorlieferanten (vierstufige Lieferkette) daher aus zwei Elementen bestehen:

(1) Vereinbarung, dass der Hersteller bzw. der Vorlieferant des Verkäufers diesem (oder alternativ unmittelbar dem Verbraucherkunden) die gemäß § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB

erforderlichen Aktualisierungen für einen bestimmten Zeitraum zur Verfügung stellt, und

(2) Ausschluss eines etwaigen Regressanspruchs des Verkäufers gemäß § 445a Abs. 1 BGB gegenüber seinem Vorlieferanten bzw. dem Hersteller, soweit dieser Anspruch auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht gemäß § 475b Absatz 4 BGB beruht.

Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Verkäufer seiner gesetzlichen Aktualisierungspflicht gegenüber dem Verbraucherkunden genügen kann. Der Vorlieferant des Verkäufers bzw. der Hersteller kann sich im Gegenzug darauf verlassen, dass er mit Bereitstellung der Aktualisierungen seine Pflicht erfüllt hat und nicht ohne eigenes Zutun etwaigen Regressansprüchen des Verkäufers ausgesetzt ist.

Sofern der Hersteller der Ware nicht zugleich auch Hersteller der digitalen Komponente (z. B. Software) ist, sollte dieser ergänzend seine entsprechenden Zulieferer im Rahmen von sog. „Long Term Support Agreements“ verpflichten, funktionserhaltende Aktualisierungen für den voraussichtlichen Bereitstellungszeitraum zur Verfügung zu stellen.¹¹⁸

IV. Summary

This essay has shown that the specific application of the seller's obligation to provide updates concerning goods with digital elements in accordance with section 475b para 4 No. 2 of the German Civil Code is, in many respects, still unclear and requires interpretation. Members of the scientific community are therefore emphasizing the need for clear judicial guidelines. Individual voices even request the legislator to issue a „repair amendment“.¹¹⁹ Although the criticism regarding the newly implemented rules is understandable and in its essence justified, this does not change the fact that practitioners have to deal with the status quo and are asked to find solutions in this respect. Possible options on how to deal with various problem areas in connection with the update obligation under section 475b para 4 No. 2 of the German Civil Code have been outlined in this essay. If one relies solely on future judicial assessments, there might be a rude awakening if companies, which are not taking precautionary measures today, are then potentially burdened with recourse claims from their supply chain.

113 Lorenz, NJW 2021, 2065, Rn. 20.

114 Lorenz, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2019, § 445a, Rn. 66.

115 Lorenz, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2019, § 445a, Rn. 65.

116 Lorenz, NJW 2021, 2065, Rn. 22.

117 Lorenz, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2019, § 478, Rn. 20.

118 Wiesemann, MMR 2022, 343, 346.

119 Hoffmann/Löffler, ZFPW 2023, 1, 23.