Vertrieb und Vertrag an der Schwelle zur digitalen Dienstleistungswirtschaft

Herausgegeben von
Gregor Albers und Hanjo Hamann

Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften im 21. Jahrhundert 8

Mohr Siebeck

Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften im 21. Jahrhundert

Herausgegeben von

Nils Goldschmidt, Jan-Otmar Hesse und Boris Holzer

8



Vertrieb und Vertrag an der Schwelle zur digitalen Dienstleistungswirtschaft

Herausgegeben von

Gregor Albers und Hanjo Hamann

Mohr Siebeck

Gregor Albers ist Universitätsprofessor für Privatrechtsgeschichte und romanistische Grundlagen an der Johannes-Kepler-Universität Linz.
orcid.org/0000-0002-7055-8822

Hanjo Hamann ist Qualifikationsprofessor für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht (EBS Law School), Oestrich-Winkel.

Veröffentlichung und Verbreitung dieses Werks wurden ermöglicht durch die EBS Universität für Wirtschaft und Recht (Wiesbaden) sowie die Stiftung für die Wissenschaft (Bonn).

ISBN 978-3-16-163450-5 / eISBN 978-3-16-164418-4
DOI 10.1628/978-3-16-164418-4

ISSN 2569-457X / eISSN 2569-4588
(Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften im 21. Jahrhundert)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *https://dnb.dnb.de* abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025. www.mohrsiebeck.com

© Gregor Albers, Hanjo Hamann (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt.

Printed in Germany.

Die interdisziplinäre Durchleuchtung des Handels im (digitalen) Wandel – zur Einführung

Der Handel verändert sich. Den schon lange spürbaren Druck auf den traditionellen Einzelhandel hat die Digitalisierung nochmals verstärkt. Sie stellt zum einen in Frage, welchen Beitrag der Handel zur Wertschöpfungskette leistet. Seine klassischen Funktionen verlieren an Bedeutung oder werden durch andere Akteure übernommen: Endkunden sind nicht mehr auf einen Intermediär angewiesen, der Raum und Zeit für sie überbrückt, sondern bestellen nun schlicht online. An die Stelle der Gestaltung des Sortiments und der Beratung durch Verkaufspersonal treten Vergleichsportale, Suchmaschinen und Kundenbewertungen. Sogar bei der Montage und Inbetriebnahme können Onlineforen und Erklärvideos helfen.

Auch das Modell des Warenumsatzes selbst steht unter Druck. Zweifel werden laut, ob der bloße Austausch von Gütern überhaupt Wert schafft: Solcher entstehe nicht im Austausch (*value in exchange*), sondern im Gebrauch von Gegenständen (*value in use*). Endkunden wollen nicht mehr unbedingt exklusiv über Güter verfügen, sondern nehmen lieber konkrete Bedürfnisse in den Blick. Die Beziehungen zur Marktgegenseite werden enger; Probleme wollen gelöst, Erlebnisse kreiert werden. Dazu können Güter auch dienen, ohne dass sie endgültig den Eigentümer wechseln. In den Vordergrund treten Gebrauchsvorteil und Dienstleistung. Auch diesen Trend verstärkt die Digitalisierung: Mochte man beim Kauf eines Programms auf einem Datenträger noch von dessen endgültiger Überlassung zur exklusiven Nutzung sprechen, erfordern netz- und cloudbasierte Geschäftsmodelle die andauernde Unterstützung durch einen Anbieter, vielfach auch die Interaktion mit anderen Nutzern. Selbst körperliche Güter wie das vernetzte Fahrzeug oder der smarte Kühlschrank verlieren ihren Nutzwert, wenn ihre Software nicht aktiv bleibt und regelmäßig aktualisiert wird.

Die neuen Aufgaben drängen alle Beteiligten in neue Rollen. Wirtschaftliche Beziehungen zwischen ihnen werden ebenso neu geordnet wie das Recht: Risiken und Chancen, Rechte und Pflichten sind neu zu verteilen, wenn die Parteien neuartige Verträge miteinander schließen oder alte Vertragsformen neue Funktionen übernehmen. Der Kaufvertrag als Dreh- und Angelpunkt des klassischen Schuldrechts verliert an Bedeutung, umgekehrt gewinnen Miet- und Lizenzverträge an praktischer Relevanz und wissenschaftlichem Interesse. Solche rechtsinternen Verschiebungen haben ihrerseits Potenzial, die wirtschaftliche

Entwicklung und jene Formen mitzugestalten, in denen sich wirtschaftliche Transaktionen vollziehen.

Diesem Wechselspiel war eine Tagung unter dem Titel „Handel im Wandel" gewidmet, deren Finanzierung wir dem Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZiF) ebenso verdanken wie den geeigneten Rahmen im ZiF-Raumschiff am Bielefelder Wellenberg. Ausgehend von der Beobachtung, dass die oben skizzierten Entwicklungen, wenn überhaupt, nur isoliert innerhalb der davon betroffenen Disziplinen (besonders der Betriebswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft) erörtert werden, wollten wir neue Wege der interdisziplinären Kollaboration beschreiten. Wir wählten die Themen der Tagung so, dass sie nicht nur aufeinander aufbauen – von den großen Entwicklungslinien auf drei Handelsstufen hin zu konkreten Vertriebsmodellen – sondern auch komplementäre Perspektiven der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften erfordern. Solche Komplementarität anzuregen, scheint uns die große Herausforderung jedes interdisziplinären Projektes. Wir wollten Gespräche über Disziplingrenzen hinweg – miteinander, aufeinander zu, statt aneinander vorbei. Deshalb gestalteten wir die Tagung von Vornherein nicht als einmalige Präsenzveranstaltung, sondern luden die Eingeladenen schon ein Jahr zuvor zu Zoom-Workshops ein, in denen das Rahmenthema erörtert werden und je zwei zum selben Thema eingeladene Vertreter:innen der Betriebswirtschaftslehre sowie der Rechtswissenschaft einander kennenlernen konnten. Dies ermöglichte es den Teilnehmenden, ihre Referate aufeinander zu beziehen und abzustimmen. Wir hoffen, dass das Resultat dadurch „interdisziplinärer" wurde, dass also die Perspektiven wechselseitig enger verzahnt werden konnten als in herkömmlichen Tagungsformaten.

Der Präsenzteil unserer Tagung, der schließlich am ZiF unter dem Titel „Handel im Wandel" am 23. und 24. März 2023 stattfand, wurde erheblich durch die anregende und offene Atmosphäre des Zentrums geprägt. Aus unseren lebhaften Diskussionen der Vorträge, die im Jahr nach der Tagung verschriftlicht wurden, gingen die in diesem Band versammelten Beiträge hervor. Getreu dem Tagungskonzept, das nur durch einzelne Ausfälle von Beiträgern beeinträchtigt wurde, steht kein Text allein, sondern sollen die einander abwechselnden wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Beiträge jeweils zusammengelesen werden, um ein mehrdimensionales Bild von den untersuchten Phänomenen zu gewinnen.

Der aus der ersten Hälfte der Präsenztagung hervorgegangene erste Teil des Bandes behandelt unter der Überschrift „Neue Vertriebswege für den Kauf" Veränderungen und künftige Trajektorien des Warenvertriebs. Einleitend geben die Wirtschaftsgeograph:innen *Cordula Neiberger* und *Christopher Herb* einen Überblick über die Restrukturierung von Wertschöpfungsketten unter dem Einfluss der Digitalisierung am Beispiel der deutschen Schuhbranche. Im zweiten einleitenden Beitrag nähert sich Rechtswissenschaftler *Gregor Albers* der

vom Recht für Verkäufer vorgesehenen Rolle, indem er die Entwicklung der Haftung für Mängel der Kaufsache nachzeichnet – vom römischen Sklaven bis zum smarten Kühlschrank und darüber hinaus.

Sodann richtet sich der Blick zunächst auf die Hersteller. Der Betriebswirt *Hendrik Schröder* beschreibt die ökonomische Realität, dass Hersteller vermehrt als Einzelhändler auftreten, und stellt die betriebswirtschaftliche Grundlage des Verbraucherschutzes durch Widerrufsrechte in Frage. Rechtswissenschaftler *Wolfram Buchwitz* erörtert die aus dieser veränderten Rolle des Herstellers herrührende Rechtsfrage, welche Besonderheiten für Kaufverträge gelten, in denen der Verkäufer zugleich Hersteller ist – anders gewendet: in denen der Hersteller direkt vertreibt.

Nach den Herstellern geht es um die mittlere Handelsstufe, also nicht-produzierende Absatzmittler. Im Vordergrund stehen dabei die Probleme, die sich ergeben, wenn der Händler gegenüber seinem Abnehmer für Mängel der Ware einzustehen hat, die eigentlich der Hersteller zu verantworten hat. Der Wirtschaftshistoriker *Sebastian Teupe* beleuchtet das Problem des Händlerregresses anhand der historischen Verhältnisse in der Fernsehgeräteindustrie der alten Bundesrepublik. Die Rechtswissenschaftler:innen *Yeşim Atamer* und *Cyrill Chevalley* untersuchen dementsprechend die aktuellen rechtlichen Herausforderungen durch Mängelhaftung und Regress in der Lieferkette.

Schließlich rücken Endkunden als letzte Handelsstufe in den Fokus. Wie Verbraucher damit umgehen, dass (digital) erweiterte Märkte ihnen ganz neue Optionen bieten, untersucht die Betriebswirtin *Hanna Schramm-Klein*. Sie zeigt, dass „wendige Kunden" auch den Handel ganz anders herausfordern. Diese Situation sucht das europäisch geprägte Privatrecht auf vielfältige Weise zu regulieren. Ob dies Verbraucher überfordert oder sie gegenüber dem Handel sogar übermächtig werden lässt, untersucht Rechtswissenschaftler *Felix Wilke* mit Blick auf kollisionsrechtliche Aspekte, auf das Widerrufsrecht und das Kaufrecht mit besonderem Augenmerk auf Online-Marktplätze.

Der zweite Teil des Bandes steht unter der Überschrift „Neue Formen der Wertschöpfung". Einleitend diagnostiziert und beschreibt der Rechtswissenschaftler *Martin Schmidt-Kessel* den schon länger zu beobachtenden Trend „Vom Austauschvertrag zum Dauerschuldverhältnis", der mit dem Übergang zur digitalen Dienstleistungswirtschaft einhergeht.

Beim *Sharing* geht es um die vorübergehende Nutzung physischer Waren, also tangibler Güter. Der Betriebswirt *Tobias Schäfers* schildert, wie Nachfragende solche Dienstleistungen wahrnehmen und wie deren Inanspruchnahme das Verhalten von Endkunden verändert. Welche Rechte die Kunden haben, wenn solche Vertragsverhältnisse Probleme bereiten, diskutiert der Rechtswissenschaftler *Martin Fries* durch einen eingehenden Vergleich von Miet- und Kaufrecht.

Rein digitale Produkte wiederum ermöglichen noch ganz andere Geschäftsmodelle. Welche das sind und wie sie sich auf die Rolle des Handels auswirken, erörtert die Betriebswirtin *Rahild Neuburger*. Der Gesetzgeber hat reagiert und Regeln für Verbraucherverträge über digitale Produkte geschaffen, die kurz vor unserer Tagung Anfang 2022 in Kraft traten. Der Rechtswissenschaftler *Markus Artz* präsentiert und bewertet diese allgemeinen Regeln. Den Beispielfall des *Streaming*-Vertrags analysiert Tristan Radtke, ebenfalls Rechtswissenschaftler, indem er die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wichtiger Anbieter auswertet und kritisch kontextualisiert.

Angesichts unseres Bemühens um ein disziplinübergreifendes und im besten Sinne gemeinschaftsstiftendes Format sind wir besonders dankbar für die Aufnahme unseres Bandes in die Reihe „Einheit der Gesellschaftswissenschaften im 21. Jahrhundert"; den Herausgebern (namentlich *Jan-Otmar Hesse*) danken wir ebenso herzlich wie dem Verlag Mohr Siebeck für die gewohnt gute Zusammenarbeit und der EBS Universität für Wirtschaft und Recht für die Übernahme der Veröffentlichungskosten, die es uns ermöglicht, den Band zeitgleich Open Access erscheinen zu lassen. Der „Stiftung für die Wissenschaft" danken wir für einen Zuschuss zum Erwerb zusätzlicher Belegexemplare.

Bei den aufwändigen redaktionellen Arbeiten, die die Vereinheitlichung von Beiträgen aus unterschiedlichen Disziplinen mit ihren je eigenen Zitierstandards mit sich bringt (bis hin zur ungewohnten, aber für disziplin- und länderübergreifende Lesbarkeit alternativlosen Tilgung fast aller Zeitschriftenabkürzungen), unterstützten uns studentische Hilfskräfte am Institut für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte der Universität Bonn; besonders engagierten sich *Christoph Berlet*, *Paul Eberhard* und *Lea Janßen*, die die Arbeiten zielführend koordiniert haben. Wir bedanken uns herzlich für all diese Unterstützung. Vor allem danken wir allen Beiträger:innen, dass sie sich auf dieses durchaus anspruchsvolle und langwierige Experiment eingelassen haben. Gut drei Jahre sind vergangen seit dem ersten Entwurf unseres Tagungskonzeptes; diese Reise wäre ohne den guten Willen und den Langmut aller Beteiligten nicht zu bewältigen gewesen.

Bonn und Wiesbaden im September 2024
Gregor Albers und Hanjo Hamann

Inhaltsverzeichnis

Die interdisziplinäre Durchleuchtung des Handels im (digitalen) Wandel – zur Einführung V
Abkürzungsverzeichnis XI

Teil 1 – Neue Vertriebswege für den Kauf

Einführung

Cordula Neiberger und Christopher Herb
Neue Rollen für Akteure auf dem Weg vom Hersteller zum Kunden. Einflüsse der Digitalisierung 3

Gregor Albers
Geschichte und Zukunft der Verkäuferhaftung für Sachmängel. Von der Minderung am römischen Sklavenmarkt zum Update des Kühlschranks 17

Hersteller – Akteure der ersten Handelsstufe

Hendrik Schröder
Wenn Hersteller vermehrt zu Einzelhändlern werden. Eine ökonomische Bestandsaufnahme und zur Frage des Verbraucherschutzes durch ein Widerrufsrecht 49

Wolfram Buchwitz
Kaufen vom Hersteller: ein besonderer Vertragstyp? 65

Händler – Akteure der mittleren Handelsstufen

Sebastian Teupe
Wer trägt die Kosten der Reparatur? Hersteller-Händler-Verhältnisse in der alten Bundesrepublik und das Problem des Händlerregresses am Beispiel der Fernsehgeräteindustrie, 1950–1990 81

Yeşim M. Atamer und Cyrill A. H. Chevalley
Mängelhaftung und Regress.
Eine Herausforderung für Händler? 105

Verbraucher – Akteure der letzten Handelsstufe

Hanna Schramm-Klein
Der „wendige Kunde".
Konsumentenverhalten auf erweiterten Märkten 129

Felix M. Wilke
Der kaufende Verbraucher: überfordert oder übermächtig? 141

Teil 2 – Neue Formen der Wertschöpfung

Einführung

Martin Schmidt-Kessel
Vom Austauschvertrag zum Dauerschuldverhältnis 177

Sharing – eine neue Nutzungsform für rivale Güter

Tobias Schäfers
Sharing is Caring?
Wahrnehmungen und Verhalten der Nachfrager im Rahmen
zugangsbasierter Dienstleistungen 207

Martin Fries
Das Recht der Sharing Economy im Vergleich zum Kaufrecht 217

Digitale Produkte – der Weg zur Nicht-Rivalität

Rahild Neuburger
Geschäftsmodelle bei digitalen Produkten und ihre Auswirkungen
auf den Handel 225

Markus Artz
Verträge über digitale Produkte im Vergleich mit dem
herkömmlichen Kaufrecht 241

Streaming – die neue nicht-rivale Nutzungsform

Tristan Radtke
Das Recht des Streamings im Vergleich mit dem herkömmlichen Kaufrecht 249

Autorenverzeichnis 271

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
BArch	Bundesarchiv
BayAGBGB	Gesetz zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Bayern)
BeckOGK	beck-online.Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
belCc	Code Civil (Belgien)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH LM	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bull.civ.	Bulletin civil
C.	Codex
Cass.	Entscheidungen des Cour de cassation/Hof van Cassatie (Belgien)
Cass.civ.	Entscheidungen der Zivilkammer des Cour de cassation (Frkr.)
Cass.com.	Entscheidungen der Handelskammer des Cour des cassation (Frkr.)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (UN-Kaufrecht)
D.	Digesten
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DI-RL	Digitale-Inhalte-Richtlinie EU 2019/770
DJT	Deutscher Juristentag
estLOA	Law of Obligations Act (Estland)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
frzCc	Code civil (Frankreich)
FS	Festschrift
GEKR-VO-E	Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
HGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland)
HRP	Handbuch des Römischen Privatrechts
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
TK-KodexRL	Telekommunikations-Kodex Richtlinie EU 2018/1972
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UKHL	United Kingdom House of Lords
ZPO	Zivilprozessordnung

Teil 1

Neue Vertriebswege für den Kauf

Neue Rollen für Akteure auf dem Weg vom Hersteller zum Kunden

Einflüsse der Digitalisierung

Cordula Neiberger und Christopher Herb

I.	Einführung	3
II.	Globale Wertschöpfungsketten und deren Analyse	3
III.	Die deutsche Schuhbranche im Restrukturierungsprozess	6
IV.	Sportschuhhersteller als Vorreiter der Digitalisierung	9
V.	Die schwierige Situation der klassischen Hersteller	10
VI.	Neue Akteure erlangen Bedeutung	11
VII.	Fazit	13
	Literaturverzeichnis	14

I. Einführung

Die mit der Digitalisierung einhergehenden neuen Möglichkeiten für Unternehmen weltweit haben zu Restrukturierungsprozessen innerhalb von Wertschöpfungsketten geführt, die nicht nur die Produktionsbeziehungen betreffen, sondern in besonderem Maße auch die Absatzbeziehungen zum Endkunden.

Der folgende Beitrag möchte aufzeigen, welche gravierenden Restrukturierungsprozesse im Bereich zwischen Konsumgüterhersteller und Handel zurzeit stattfinden. Im Mittelpunkt steht dabei die Schuhbranche in Deutschland, welche schon seit geraumer Zeit starken Restrukturierungsprozessen unterliegt.

II. Globale Wertschöpfungsketten und deren Analyse

Schon seit geraumer Zeit organisieren die zentralen Akteure der Globalisierung, internationale, multinationale und transnationale Unternehmen, ihre internationalen Produktionsprozesse nicht mehr nur im eigenen Unternehmen, sondern greifen verstärkt auf fremde Unternehmen zurück, um Investitionskosten zu sparen und ihre Produktion zu flexibilisieren. Dies geschieht häufig im Rahmen von Subkontrakten, bei denen die Partner zwar nicht rechtlich, aber technisch-organisatorisch an die Unternehmen angebunden werden.

Diese globalen Unternehmensbeziehungen können mithilfe des Konzeptes der globalen Wertschöpfungskette (Globale Value Chain)[1] analysiert werden. Eine globale Wertschöpfungskette beschreibt dabei den Prozess der arbeitsteiligen Kombination von Ressourcen, Arbeit und Technologien zur Herstellung und Vermarktung von Gütern. Dabei können Unternehmen nur an einer Stufe der Wertschöpfungskette partizipieren oder über mehrere Stufen hinweg.[2] Der Ansatz versucht, neben den Produktionsverflechtungen (input-output-Struktur) und der Standorte der Betriebe auch die Beziehungen zwischen den in der Wertschöpfungskette eingebundenen Unternehmen (Governance) zu analysieren. Zudem finden die lokalen Gegebenheiten einer Wertschöpfungskette durch die Betrachtung der Möglichkeiten des Upgradings von Unternehmen innerhalb von Wertschöpfungsketten, dem institutionellen Kontext sowie der Analyse möglicher Stakeholder Beachtung.

Die Beziehungen zwischen den Unternehmen werden dabei in Abhängigkeit von den Ausprägungen verschiedener Determinanten gebildet. Diese beziehen sich auf die Art der notwendigen Transaktion zwischen den Unternehmen, insbesondere deren Komplexität im Sinne eines notwendigen Wissenstransfers zwischen den Vertragspartnern und der Kodifizierbarkeit dieser Informationen. Ebenso spielt die Fähigkeit der (potenziellen) Zulieferer eine Rolle.[3]

Dabei werden fünf verschiedene, empirisch nachgewiesene Governance-Formen unterschieden:

1. Die marktliche Governance, welche eine Transaktionsorganisation über den Preis bezeichnet. Hier ist die Wissenskomplexität niedrig, bei gleichzeitig hoher Kodifizierbarkeit des Wissens.
2. Die hierarchische Governance, die eine Produktionsabwicklung innerhalb eines Unternehmens meint, welches die gesamte Wertschöpfung durch die vertikale Integration verschiedenster Unternehmensteile, auch über Ländergrenzen hinweg abdeckt.
3. Die relationale Governance, in der relativ ausgeglichene Machtverhältnisse vorherrschen, wodurch es eher zu gegenseitigen Abhängigkeiten kommt und die Beziehungen als soziale Netzwerke ausgeprägt sind.[4]
4. Die modulare Governance, bei der es zwar auch Leitunternehmen gibt, diese aber Lieferanten mit hohen technologischen Fähigkeiten gegenüberstehen, die dadurch eine gewisse Autonomie gegenüber den Leitunternehmen erlangt haben. Entsprechende Ketten wurden in der Elektronikindustrie beobachtet.[5]

---

[1] *Gereffi/Humphrey/Sturgeon*, Review of International Political Economy 12 (2005), 78.
[2] *Bathelt/Glückler*, Wirtschaftsgeographie, 308.
[3] *Ponte/Sturgeon*, Review of International Political Economy 21 (2014), 195 (202 ff.).
[4] *Schamp*, Geographische Rundschau 60 (2008), 4.
[5] *Sturgeon*, Industrial and Corporate Change 11 (2002), 451; *Zademach/Knogler/Haas*, Geographische Zeitschrift 94 (2006), 185.

5. Die gebundene Governance, in der Lieferanten in einem langfristigen abhängigen Verhältnis zu großen, sog. Leitunternehmen stehen. Diese können die Standards innerhalb der Wertschöpfungskette setzen ebenso wie die Preise und üben eine starke Kontrolle über die gesamte Kette aus. Solche Ketten entstanden in den letzten Jahrzehnten bei dem Vorhandensein starker Marken oder Handelsunternehmen häufig in der Konsumgüterproduktion.[6] Hierfür werden in der wissenschaftlichen Literatur eine Vielzahl von Beispielen aus unterschiedlichen Branchen präsentiert, wie Textilherstellung, Lederproduktion, Elektroindustrie oder Möbelherstellung.

Die empirische Forschung zeigt immer wieder, dass Wertschöpfungsketten keine statischen Beziehungsketten von Unternehmen sind, sondern ständig durch (Leit-)Unternehmen modifiziert werden. Von großer Bedeutung sind aber auch die Möglichkeiten der unternehmerischen Akteure, ihre Position innerhalb und zwischen Wertschöpfungsketten zu verbessern. Hierbei wird zwischen verschiedenen Upgrading-Formen unterschieden, wie Prozess-Upgrading (Einsatz verbesserter Technologien), Produkt-Upgrading (Entwicklung von werthaltigeren Produkten) und intersektorales Upgrading (Übergang in andere Wertschöpfungsketten). Von besonderer Bedeutung ist das sog. funktionale Upgrading, welches eine Erhöhung der eigenen Fähigkeiten durch die Aneignung neuer Funktionen beinhaltet. Dies kann erhebliche Veränderungen innerhalb einer Wertschöpfungskette hervorrufen, da durch die Übernahme neuer Funktionen eines Akteurs dessen Machtstellung in der Regel größer wird.

Wichtige Veränderungen ergaben sich in den letzten Jahrzehnten auch durch die Einführung von Produkt- und Prozessstandards.[7] Diese können durch Gesellschaft, Regierungen und den Leitunternehmen selbst angestoßen sein. Hierzu gehören beispielsweise Umweltstandards, Standards zu Arbeitsbedingungen und Standards, die die Sicherheit und Gesundheit der Verbraucher garantieren sollen.[8] Ein aktuelles Beispiel ist das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, welches die Unternehmen dazu verpflichtet, die Einhaltung von Menschenrechten, wie den Schutz vor Kinderarbeit, das Recht auf einen fairen Lohn oder den Schutz der Umwelt, entlang der gesamten Wertschöpfungskette zu garantieren.

Die Einführung von Standards bedeutet die Erhöhung der Anforderungen an die Unternehmen hinsichtlich Know-how und Ressourcen und können damit auch als „Koordinationsmechanismus" verstanden werden, der darüber entscheidet, welche Akteure an Wertschöpfungsketten teilnehmen können.[9] Unternehmen, die nicht in der Lage sind, die erforderlichen Standards zu erfüllen

[6] *Schamp*, Geographische Rundschau 60 (2008), 4.

[7] *Nadvi/Wältring*, in: Schmitz (Hrsg.), Local Enterprises in the Global Economy, 2004, 53; *Kaplinsky*, in: Weiss/Tribe (Hrsg.), Routledge Handbook of Industry and Development, 2016, 194.

[8] *Kaplinsky*, The role of standards, 2f.

[9] vgl. *Ponte/Gibbon*, Economy and Society 34 (2005), 1 (3); *Sturgeon*, in: Bair (Hrsg.),

werden ausgeschlossen bzw. haben keine Möglichkeit, in eine solche aufgenommen zu werden.[10]

III. Die deutsche Schuhbranche im Restrukturierungsprozess

Bei der Betrachtung einer gesamten Branche fällt auf, dass hier vielfältige und häufig sehr unterschiedlichen Akteure tätig sind, die auch in mehrere, in ihrer Governance unterschiedliche Wertschöpfungsketten eingebunden sein können. In der Schuhbranche können wir beobachten, dass schon in den letzten Jahrzehnten Restrukturierungen stattgefunden haben, die insbesondere die Bildung von globalen Wertschöpfungsketten in der Schuhproduktion und damit verbunden die Entstehung von Leitunternehmen beinhalten.

Ein gutes Beispiel für eine gebundene Wertschöpfungskette und die Steuerungsmacht eines Leitunternehmens bietet das Unternehmen Nike. Dieses wurde 1962 in Beaverton (Oregon) als „Blue Ribbon Sports Company" gegründet und vertrieb zunächst Sportschuhe der japanischen Marke „Tiger". Nach Spannungen in der Partnerschaft nahm das Unternehmen zwei unabhängige japanische Schuhhersteller unter Vertrag und firmierte 1970 in Nike Corporation um. Danach baute Nike kontinuierlich die Produktpalette aus und erweiterte und modifizierte damit auch sein Produktionsnetzwerk. Dabei hat das Unternehmen (bis auf eine kurze Episode in den 1970er Jahre) nie selbst Schuhe hergestellt. Nachdem die Lohnkosten in Japan zu hoch wurden, ging man zunächst nach Taiwan und Südkorea. Als auch dort die Kosten stiegen, wurde vermehrt auf Produktionsunternehmen in China, Indonesien und Thailand zurückgegriffen. Heute werden die Produkte in 36 verschiedenen Ländern hergestellt, die Anteile Chinas und Vietnams sind hierbei besonders hoch.[11] Dabei unterscheidet Nike drei Herstellertypen: developed partners, volume producers und developing sources. Developed partners sind in der Produktentwicklung eingebunden und arbeiten exklusiv für Nike. Sie stellen die neuesten und teuersten Produkte her und befinden sich häufig in Taiwan und Südkorea. Dabei greifen sie in der Regel auf lokale Lieferanten von Komponenten und Material zu. Sie sind es auch, die die „developing partners" durch Joint Ventures darin unterstützen, die erforderlichen Fähigkeiten, qualitativ und technologisch hochwertige Produkte herstellen zu können, zu erlangen. Dagegen stellen die Volume Producers standardisierte Schuhe in großen Mengen her und befinden sich daher auch in den Ländern mit niedrigeren Produktionskosten. Sie fertigen

---

Frontiers of Commodity Chain Research, 2009, 125; *Kaplinsky*, in: Weiss/Tribe (Hrsg.), Routledge Handbook of Industry and Development, 2016, 194.

[10] *Dannenberg*, Wirkung und Umsetzung von Standards.

[11] Nike, Manufacturing Map, https://manufacturingmap.nikeinc.com/ (zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

nicht exklusiv für Nike, sondern auch für andere Marken. Sie nutzen meist unternehmensintern gefertigte Materialien und Komponenten.

Nike selbst übernimmt die Aufgaben von Design, Produktentwicklung, Marketing und Vertrieb. Durch den wertvollen Markennamen hat das Unternehmen den Zugang zu den Märkten und kann gleichzeitig durch sein globales Produktionsnetz die weltweiten Lohnkostenunterschiede nutzen.[12]

Über ein ähnliches Zuliefernetzwerk verfügt heute auch der Sportschuhhersteller Adidas, der sich allerdings von einem (in Deutschland) produzierenden Unternehmen hin zu einem Leitunternehmen entwickelt hat. Adidas greift 2024 auf 362 (Tier 1-)Zulieferer in 38 Ländern (zum Großteil in Asien) zurück.[13] Auch Adidas strebt langfristige Partnerschaften mit ausgewählten Zulieferunternehmen an. Die Qualität der Produkte wird dabei mittels Betriebs- und Qualitätskontrollen, eigener Standards und Nachverfolgungssystemen über die gesamte Zulieferkette gesichert.[14]

Neben der Schaffung von Zulieferketten wird es im steigenden Wettbewerb für Herstellerunternehmen immer wichtiger, einen direkten Zugang zu den Kunden zu erlangen. Die Überbrückungs- und Warenfunktion des Handels ist für sie auch ein „Flaschenhals" auf den Weg zu den Konsumenten. Sie können nicht über die Sortimentsgestaltung, des Handels, die Art der Präsentation ihrer Waren sowie die Beratungsqualität entscheiden. Zudem ist die Preisgestaltung ein ständiges Konfliktfeld zwischen den Marktpartnern. Aus diesen Gründen werden seit den 1990er Jahren stationäre Betriebsformen von Herstellern, wie Mono-Brand-Shops und Flagship-Stores entwickelt, die eine Präsentation des gesamten Sortiments sowie die Ausbildung von Identität und Image ermöglichen.

Mit der Übernahme der Verkaufsfunktion werden die Hersteller zu Wettbewerbern ihrer Kunden. Ein Vorgehen, welches seitens des Handels nicht begrüßt wird, da Umsätze verloren gehen und die eigene Verhandlungsmacht gegenüber den Herstellern geschwächt wird. Eine Reaktion des Handels könnte eine Auslistung der Produkte der Hersteller sein, was aber im Falle von bekannten Markenprodukten, welche die Kunden im Handel vorzufinden erwarten, eher nicht möglich ist.

Aber auch Handelsunternehmen begannen schon früh, eigene Wertschöpfungsketten zu formen. So entstanden schon in den 1970er Jahren erste Handelsmarken, die seitdem stetig an Bedeutung gewinnen. Unter Handelsmarken (auch Eigenmarken) werden Waren verstanden, die im Auftrag des Handels her-

---

[12] *Schamp*, Vernetzte Produktion, 96 f.; *Giese/Mossig/Schröder*, Globalisierung der Wirtschaft, 157–160.

[13] Adidas, Global Factory List 2024, https://www.adidas-group.com/en/sustainability/transparency/supplier-lists (zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

[14] Adidas, Geschäftsbericht 2023, 71, https://report.adidas-group.com/2023/de/_assets/downloads/annual-report-adidas-gb23.pdf (abgerufen am 04.08.2024).

gestellt und exklusiv vertrieben werden (z. B. „Graceland" von Deichmann). Damit übernehmen die Handelsunternehmen klassische Funktionen der Hersteller, wie Design und Setzung der Qualitätsstandards und gehen in direkten Wettbewerb zu diesen.[15] Seit den 1980er Jahren übernehmen Händler zunehmend auch vorgelagerte Wertschöpfungsaktivitäten wie Produktentwicklung, Produktion und logistische Leistungen. Sie vergrößern damit ihren Anteil an der strategischen Steuerung der WSK und formen wiederum selbst gebundene Wertschöpfungsketten. Bertram[16] beschreibt eine solche Entwicklung am Beispiel des Schuhhändlers Deichmann, welches sich von einem 1913 gegründeten klassischen Fachhändler zu einem vertikalisierten Unternehmen (Leitunternehmen in einer gebundenen Wertschöpfungskette) mit eigenen Kollektionen, sowie eigener Logistik im Niedrigpreissektor (Discounter) entwickelte. Die Schuhe lässt Deichmann heute in rund 40 verschiedenen Ländern herstellen. Das Unternehmen unterhält rund 4.700 Filialen in 34 Ländern.[17]

Sportschuhhersteller haben erst mit dem Erfolg der Sneaker als Alltagsschuhe eine große Bedeutung erlangt. Daneben gibt es natürlich auch heute noch Hersteller von sog. „brown shoes" (hier: klassische Hersteller), deren Produktionsstätten allerdings in den letzten Jahrzehnten ebenfalls aus Deutschland heraus verlagert wurden. Sie haben allerdings keine globalen Wertschöpfungsketten mit einer Reihe abhängiger Zulieferer aufgebaut, sondern greifen heute häufig auf in Eigenbesitz befindliche Produktionsanlagen in Osteuropa (Bosnien, Kroatien, Polen, Rumänien, Slowakei und Ungarn) sowie teilweise in Westeuropa (Portugal, Spanien), aber auch Nordafrika (Tunesien) und Asien (Bangladesch, China, Indien, Kambodscha, Vietnam) zurück. Fremdzulieferungen bestehen nur im Bereich der Rohwaren.

Der klassische Vertriebskanal dieser Hersteller ist der Facheinzelhandel, der als sog. Inhabergeführter Einzelhandel (meist nur ein Ladengeschäft) und als Filialunternehmen vertreten ist. Die Unternehmen der ersten Gruppe sind aufgrund der geringen Einkaufsmengen sehr häufig und schon seit geraumer Zeit Mitglieder in Verbundsystemen, die Preisvorteile im Einkauf durch die Bündelung der Händlernachfrage erzielen und die Transaktionen zwischen Herstellern und Händlern finanziell absichern (Delkredere).

Daneben haben sich Filialunternehmen wie Görtz, Salamander oder Leiser mit bis zu 200 Filialen etabliert, die direkt bei den Herstellern einkaufen. Einige lassen wie die Discounter selbst fertigen („COX" und „Belmondo" von Görtz), allerdings längst nicht in so einem großen Umfang. Letztendlich können die

[15] *Bruhn*, in: Zentes/Swoboda/Morschett/Schramm-Klein (Hrsg.), Handbuch Handel, 556; GfK, Consumer Index 03/2017, 2.

[16] *Bertram*, Geographische Rundschau 60 (2008), Heft 9, 12.

[17] Deichmann, Unternehmensseite, https://corpsite.deichmann.com/de/unternehmen/ (zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

Beziehungen zwischen klassischen Schuhherstellern und Facheinzelhandel als marktlich bezeichnet werden.

IV. Sportschuhhersteller als Vorreiter der Digitalisierung

Nachdem sich Sportschuhhersteller bereits in den letzten Jahrzehnten eigene Vertriebsstrukturen in den Städten aufgebaut hatten, konnten sie diese Unabhängigkeit vom Einzelhandel durch den Aufbau eigener Onlineshops in letzter Zeit noch immens verstärken. Sportschuhersteller vertreiben heute ihre Produkte zu einem großen Teil über eigene Onlineshops (z. B. Adidas über 50%), die ihnen Daten zum Einkaufsverhalten der Konsumenten liefern ebenso wie die Möglichkeit, die Darstellung und Inszenierung der Produkte in der eigenen Hand zu haben, und dies weltweit. Damit werden diese Unternehmen heute auch zu erfolgreichen Handelsunternehmen und Konkurrenz des klassischen Einzelhandels. Deutlich wird die hohe Bedeutung des Onlinehandels auch im Abbau der Ladenstruktur der Sportschuhersteller. So unterhielt Adidas 2015 noch über 2.700 Ladengeschäfte weltweit, 2023 sind es nur noch 1.863.[18]

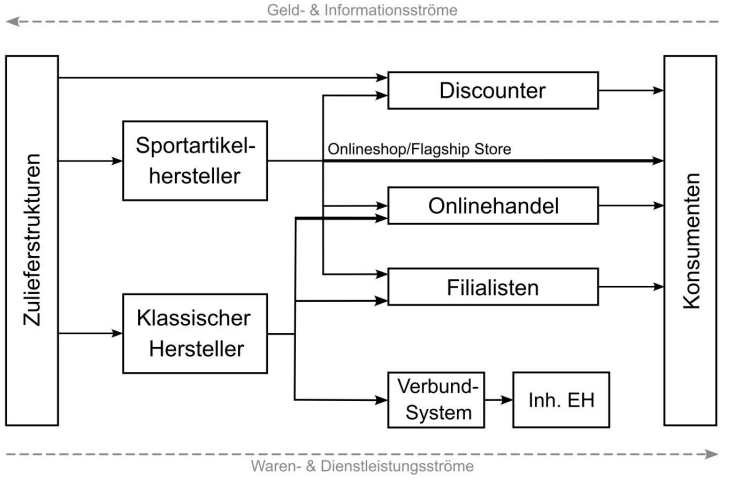


Abbildung: Wertschöpfungskettenstruktur und -beziehungen von Schuhherstellern in Zeiten der Digitalisierung (verändert nach Herb/Neiberger 2021)

Eine direkte Folge der Zunahme der Umsatzanteile des Onlinehandels ist die abnehmende Abhängigkeit von den klassischen Vertriebsformen des Einzelhan-

[18] Adidas, Geschäftsbericht 2015, 59, https://www.boersengefluester.de/wp-content/uploads/assets/annuals/2015/A1EWWW.pdf (abgerufen am 04.08.2024); Geschäftsbericht 2023, 68 https://report.adidas-group.com/2023/de/_assets/downloads/annual-report-adidas-gb23.pdf (abgerufen am 04.08.2024).

dels und damit die Zunahme der Verhandlungsmacht gegenüber diesen. Dies bedeutet auch, dass auf klassische Vertriebswege verzichtet werden kann (Channeling). Besonders betroffen hiervon ist der inhabergeführte Facheinzelhandel, der aufgrund seines geringen Umsatzes für die Sportartikelhersteller zunehmend ohne Bedeutung ist und daher aus der Belieferungskette ausgeschlossen wird. Für die Fachhandelsunternehmen ist das ein großes Problem, da gerade in diesen bekannte Sportschuhmarken nachgefragt werden.

Neben den traditionellen Fachhandelsunternehmen sind auch die Schuhfilialisten durch das Upgrading der Sportartikelhersteller betroffen. Zwar erhalten sie noch Ware, sind aber aufgrund der großen Marktmacht der Sportartikelhersteller gezwungen, die Standards dieser hinsichtlich ihrer digitalen Prozesse im elektronischen Datenaustausch (Bestell- und Informationsdienste) zu nutzen, klare Vorgaben hinsichtlich Warenpräsentation zu befolgen und Restriktionen bei der Auswahl der angebotenen Produkte hinzunehmen.

Eine etwas andere Situation ergibt sich bei den Discountern, die aufgrund ihrer großen Absatzmenge nicht von den Sportartikelherstellern umgangen werden können, sondern häufig über exklusive Verträge verfügen. Für diese werden preiswerte Sportschuhe in Asien unter den bekannten Markennamen hergestellt.

V. Die schwierige Situation der klassischen Hersteller

Für klassische Hersteller war über Jahrzehnte der Fachhandel der entscheidende Vertriebskanal. Allerdings ist dieser seit rund zwanzig Jahren durch einen drastischen Rückgang der Anzahl der Unternehmen geprägt; allein seit 2012 sind etwa 2.000 Unternehmen verlorengegangen (2012: 4.792; 2022: 2.838)[19]. Zurückzuführen ist das auf unterschiedliche Gründe, wie ungeklärte Generationswechsel, fehlende Modernisierungen in den Ladengeschäften, die Konkurrenz des Onlinehandels und nicht zuletzt eine fehlende Digitalisierung.

Insbesondere letztere macht es auch für klassische Hersteller immer unattraktiver, mit dem inhabergeführten Fachhandel zusammen zu arbeiten. Ein wesentlicher Punkt sind fehlende digitale Warenwirtschaftssysteme, was es den Händlern unmöglich macht, an den EDI-Systemen der Industrie teilzunehmen und das Angebot einer digitalen Regalverlängerung zu betreiben (Zugriff der Händler auf das digitale Lager der Hersteller, um den Kunden eine bessere Pro-

[19] Statistisches Bundesamt, Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen) 2012, 21, https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00012998/2140810127004.pdf; Umsatzsteuerstatistik (Voranmeldungen) 2022, https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Steuern/Umsatzsteuer/Publikationen/Downloads-Umsatzsteuern/statistischer-bericht-umsatzsteuer-2140810227005.xlsx?__blob=publicationFile (jeweils zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

duktverfügbarkeit zu bieten). Zudem hindert dies die Händler an einer gezielten Kundenansprache mittels Customer-Relationship-Managements und nicht zuletzt am eigenen Onlinevertrieb, sei es über Marktplätze oder einen eigenen Onlineshop. Somit verliert der inhabergeführte Fachhandel für die klassischen Hersteller an Bedeutung, der anderen Vertriebskanälen zunehmend einen höheren Stellenwert beimisst.

Schuhfilialisten dagegen sind stärker in der Lage, die notwendige Digitalisierung durchzuführen und eine digitale Anbindung an die Herstellerunternehmen zu gewährleisten. Hoch problematisch ist jedoch deren derzeitige prekäre Situation, die neben unzureichender Corona-Hilfen, gestiegenen Energiepreisen und Kaufzurückhaltung aufgrund der Inflation auch unter der zunehmenden Onlinekonkurrenz leidet. So musste beispielsweise das Unternehmen Leiser 2017 in ein Schutzschirmverfahren, Görtz hat nach einem Insolvenzverfahren von ehemals 160 Filialen nur noch 45 Ladengeschäfte.[20] Zwar unterhalten auch diese Unternehmen mittlerweile Onlineshops, die sich aber gegenüber den großen erfolgreichen Plattformen nur schwer behaupten und die Umsatzverluste des stationären Handels nicht wettmachen können.

Der Eigenvertrieb der klassischen Herstellerunternehmen dagegen spielt sowohl stationär (Mono-Marken-Stores) als auch über das Internet (eigener Onlineshop) keine so prägende Rolle wie bei den Sportschuhherstellern. Trotzdem können nennenswerte Umsatzanteile generiert werden (in der Spitze 20–25%) und gleichzeitig wichtige Kundendaten gewonnen werden. Limitierend wirkt die begrenzte Markenbekanntheit und das begrenzte Sortiment, das im Gegensatz zu dem von Sportartikelherstellern keine weiteren Produkte wie Bekleidung und Accessoires enthält und oftmals aufgrund der spezialisierten Produktpalette sogar nur auf einen Schuhtyp ausgerichtet ist. Trotzdem verkaufen einige Hersteller Teile ihres Sortiments exklusiv über ihre eigenen Onlineshops, was wiederum die Attraktivität des Fachhandels schmälert.

VI. Neue Akteure erlangen Bedeutung

Mit der Digitalisierung traten neue Akteure auf den Markt, die im stationären Handel bisher keine Rolle spielten. Sogenannte Internet Pure Player (IPP) wurden häufig schon in den 1990er Jahren als reine Onlineshops von Personen aus der IT-Branche gegründet und sind auch durch die Entwicklung hin zu Marktplattformen bis heute sehr erfolgreich (Amazon, ebay). Während zunächst davon ausgegangen wurde, dass Bekleidung und Schuhe aufgrund der fehlenden Möglichkeit des Anprobierens und haptischen Prüfens keine großen Anteile im

[20] *Vieth-Entus*, Berliner Schuhhaus „Leiser" am Tauentzien gibt auf, Tagesspiegel vom 26.03.2022; Görtz – Leidenschaft für Schuhe seit 1875, https://goertz-corporate.de/unternehmen/, abgerufen am 04.08.2024.

Onlinehandel erwerben werden, hat heute die Branche „Fashion & Accessoires" im deutschen Markt einen Online-Anteil von 42,9% (2022).[21] Hierzu tragen nicht zuletzt auch deutsche Onlinehändler und -plattformen wie Otto und Zalando bei, zudem eine Anzahl weiterer Onlineshops, die teilweise auch von stationären Handelsunternehmen unterhalten werden.

In Deutschland sind vor allem die Plattformen Zalando und Amazon im Schuhhandel erfolgreich. Sie treten sowohl als Einzelhändler auf, als auch als Verkaufsplattform für andere Händler und Schuhhersteller. Verbunden mit den steigenden Umsatzzahlen werden sie zu zentralen Dreh- und Angelpunkten zwischen Angebot und Nachfrage. Dies bedeutet, dass sie für Sportartikelhersteller sehr wichtige Marktpartner sind, wenngleich sich die Beziehungen zurzeit offenbar noch in der Entwicklung befinden. Aufgrund der hohen Kompetenz beider Marktakteure wäre eine modulare Beziehung denkbar.[22]

Für die klassischen Hersteller dagegen sind die großen Plattformen mittlerweile zu unverzichtbaren Marktpartnern geworden, da hier ein Großteil des Absatzes generiert wird. Das ist einerseits eine Chance, die Schwäche des stationären Handels zu kompensieren, gleichzeitig befinden sie sich jedoch in starker Abhängigkeit. Die digitalen Standards (Schnittstellenvorgabe, Datenstandards etc.) werden von den Plattformen diktiert, was bei unterschiedlichen Systemen der Plattformen erhebliche Aufwände für die Hersteller bedeutet. Hier ist durchaus zu befürchten, dass die marktlichen Beziehungen zum Fachhandel ersetzt werden durch neue Abhängigkeiten gegenüber den Onlineplattformen.

Aber auch kleinere Akteure nutzen die Chancen der Digitalisierung. So versuchen nun Verbundgruppen, die in den letzten Jahrzehnten eher passive Unterstützer des Fachhandels waren, eine Erweiterung ihrer Funktionen zu erlangen. Beispielsweise hat die ANWR-Gruppe ein Produkt entwickelt, mit dem sie den Fachhändlern einen Vertrieb von Sportschuhen ermöglicht, ohne dass diese direkt beliefert werden. Die sogenannte „Sneakerwand", eine Präsentation von Sportschuhen verschiedener Marken in den Ladengeschäften, wird von ANWR durch direkten Kauf bei den Herstellern bestückt und via Warenwirtschaftssystem der ANWR automatisch in den Ladengeschäften aufgefüllt. Damit hat der Facheinzelhandel zwar keinen Einfluss auf das Sortiment, kann aber aktuelle Produkte anbieten. Mit der Auswahl und dem Kauf der Produkte, der Bestückung der Wand und der Organisation der Logistik wird der Einkaufsverbund zum Zwischenhändler. Ein neues Konzept, welches den stationären Facheinzelhandel stärkt.

---

[21] Handelsverband Deutschland (HDE), Online-Monitor 2023, 14, https://einzelhandel.de/online-monitor (zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

[22] *Herb/Neiberger*, Zeitschrift für Wirtschaftsgeographie 65 (2021), 147 (156).

VII. Fazit

Die Möglichkeiten der Digitalisierung werden von Unternehmen unterschiedlich genutzt. Im Bereich des Absatzes von Konsumgütern sind einerseits inner- und zwischenbetriebliche Vernetzungen (wie EDI und Warenwirtschaftssysteme) von Bedeutung und andererseits eröffnen Onlineshops neue Möglichkeiten, direkt und ortsunabhängig an die Kunden heranzutreten.

Wie die Ausführungen gezeigt haben, wird durch die höchst unterschiedlichen Fähigkeiten der Akteure, Digitalisierung als Chance zu nutzen eine gesamte Branche restrukturiert, was letztlich Auswirkungen auf alle Wertschöpfungsstufen – und nicht zuletzt auf unsere Innenstädte – hat.

Die Gewinner der Entwicklung sind zweifellos einerseits die großen Leitunternehmen der Sportschuhbranche, die nach der Bildung gebundener Zulieferketten nun durch die Möglichkeiten der Onlineshops den Absatz weltweit zunehmend in die eigene Hand nehmen können – und gleichzeitig den inhabergeführten Facheinzelhandel ausschließen.

Andererseits haben sich neue Akteure etabliert, die erst mit dem Internet entstanden sind und dessen Möglichkeiten durch Marktplätze konsequent nutzen. Sie können aufgrund ihrer großen Beliebtheit bei den Kunden heute große Marktanteile auf sich vereinen.

Beide Akteure setzen gleichzeitig den stationären Fachhandel unter Druck. Dieser zeigte sich nicht in der Lage, die Möglichkeiten der Digitalisierung umfangreich zu nutzen. Selbst längst zum Standard gehörende technische Systeme wie EDI und Warenwirtschaftssysteme wurden heute noch nicht von allen Unternehmen eingeführt. Damit haben sie eine Chance verpasst, die Vorteile des stationären Handels mit den Vorteilen der Digitalisierung zu verbinden. Als Beispiel sei hier die „verlängerte Ladentheke" genannt, also die Möglichkeit, im Laden nicht mehr verfügbare Größen schnell bei den Herstellern nachzubestellen.

Die klassischen Hersteller haben sich Jahrzehnte (und vielleicht zu lange) auf den Vertriebsweg Facheinzelhandel verlassen und müssen heute angesichts dessen Krise neue Wege zu den Kunden finden. Dies ist aufgrund ihrer geringen Markenbekanntheit nicht ganz einfach über eigene Onlineshops (und damit die Umgehung des Einzelhandels) möglich, vielmehr sind sie auf etablierte Marktplätze angewiesen.

Die unterschiedliche Nutzung der Möglichkeiten der Digitalisierung führt somit zur Umstrukturierung von Wertschöpfungsketten, die einerseits durch die Einbindung neuer Akteure (Marktplattformen) und andererseits den Ausschluss alter Akteure (Facheinzelhandel) gekennzeichnet ist.

Literaturverzeichnis

Bathelt, Harald/Glückler, Johannes, Wirtschaftsgeographie. Ökonomische Beziehungen in räumlicher Perspektive, 4. Aufl., Stuttgart 2018.

Bertram, Heike, Local Customers – Global Buyers: Der deutsche Schuhfachhandel zwischen den Fronten, Geographische Rundschau 60 (2008), Heft 9, 12–19.

Bruhn, Manfred, Handelsmarken – Erscheinungsformen, Potentiale und strategische Stoßrichtungen, in: Zentes, Joachim/Swoboda, Bernhard/Morschett, Dirk/Schramm-Klein, Hanna (Hrsg.), Handbuch Handel, 2. Aufl., Wiesbaden 2012, 543–563.

Dannenberg, Peter, Wirkung und Umsetzung von Standards in internationalen Wertschöpfungsketten, Münster 2012.

Gereffi, Gary/Humphrey, John/Sturgeon, Timothy, The governance of global value chains, Review of International Political Economy 12 (2005) 78–104.

GfK, Consumer Panels, Käufer suchen den Mehrwert, Consumer Index 03/2017.

Giese, Ernst/Mossig, Ivo/Schröder, Heike, Globalisierung der Wirtschaft, Paderborn 2011.

Herb, Christopher/Neiberger, Cordula, Intermediation, Disintermediation und Cybermediäre: Zum Einfluss der Digitalisierung auf Wertschöpfungsketten in der Schuhbranche, Zeitschrift für Wirtschaftsgeographie 65 (2021), 147–164.

Kaplinsky, Raphael, The role of standards in global value chains and their impact on economic and social upgrading (2010), World Bank Policy Research Working Paper No. 5396, https://oro.open.ac.uk/22235/2/Kaplinsky_WB_report.pdf (zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

ders., Global value chains in manufacturing industry, Where they came from, where they are going and why this is important, in: Weiss, John/Tribe, Michael (Hrsg.), Routledge Handbook of Industry and Development, London/New York 2016, https://doi.org/10.4324/9780203387061, 184–203 (zuletzt abgerufen am 17.02.2025).

Nadvi, Khalid/Wältring, Frank, Making Sense of Global Standards, in: Schmitz, Hubert (Hrsg.), Local Enterprises in the Global Economy, Cheltenham/Northampton 2004, 53–94.

Neiberger, Cordula, Beziehungen zwischen Hersteller und Handel, in: Neiberger, Cordula/Hahn, Barbara (Hrsg.): Geographische Handelsforschung, Heidelberg 2020, 49–60.

Ponte, Stefano/Gibbon, Peter, Quality standards, conventions and the governance of global value chains, Economy and Society 34 (2005) 1–31.

Ponte, Stefano/Sturgeon, Timothy, Explaining governance in global value chains: A modular theory-building effort, Review of International Political Economy 21 (2014) 195–223.

Schamp, Eike W., Vernetzte Produktion. Industriegeographie aus institutioneller Perspektive. Darmstadt 2000.

ders., Globale Wertschöpfungsketten: Umbau von Nord-Süd-Beziehungen in der Weltwirtschaft, Geographische Rundschau 60 (2008), Heft 9, 4–11.

Sturgeon, Timothy J., From Commodity Chains to Value Chains: Interdisciplinary Theory Building in an Age of Globalization, in: Bair, Jennifer (Hrsg.), Frontiers of Commodity Chain Research, Stanford 2009, 110–135.

ders., Modular production networks: A new American model of industrial organization, Industrial and Corporate Change 11 (2002) 451–496.

Vieth-Entus, Susanne, Ehemals größtes Schuhgeschäft der Stadt, Berliner Schuhhaus „Leiser" am Tauentzien gibt auf, Tagesspiegel vom 26.03.2022, https://www.tagesspiegel.de/berlin/legendares-berliner-schuhhaus-leiser-am-tauentzien-gibt-auf-5139121.html (zuletzt abgerufen am 04.08.2024).

Zademach, Hans-Martin/Knogler, Monika/Haas, Hans-Dieter, Zur Inwertsetzung modularer Produktionsnetzwerke: Potentiale, Grenzen und räumliche Implikationen am Beispiel der Halbleiterindustrie, Geographische Zeitschrift 94 (2006), 185–208.

Geschichte und Zukunft der Verkäuferhaftung für Sachmängel

Von der Minderung am römischen Sklavenmarkt zum Update des Kühlschranks[1]

Gregor Albers

I. Wieso Geschichte eines Vertragstyps? 18
II. Vom alten Rom bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 – Verkäufer und Käufer in gleichem Abstand zur Sache 19
1. Haftung auf dem Vieh- und Sklavenmarkt der Stadt Rom 20
2. Gewährleistung abseits des römischen Marktes 22
3. Überblick: Gewährleistung ohne Gattungskauf 25
4. Das BGB: Römisches Recht mit Gattungskauf 27
5. Zur Fahrlässigkeitshaftung von Verkäufern und Herstellern 29
III. Die internationale Entwicklung und das Bürgerliche Gesetzbuch von 2002 – der Verkäufer als Arm des Herstellers 32
1. Frankreich 32
2. England 33
3. CISG 33
4. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 34
5. Schuldrechtsreform 35
IV. In Zukunft ein Vermieter? – Verkäufer als Garant für die andauernde Nutzbarkeit 37
1. Beweislastumkehr 37
2. Aktualisierungspflicht 37
3. Nachhaltigkeit und Recht auf Reparatur 38
V. Fazit 39
1. Die Rolle des Verkäufers im Wandel 39
2. Gegenwärtige Trends und unreflektierte Rollenbilder 41
3. Ein Vorschlag zur Differenzierung 42
Literaturverzeichnis 44

[1] Für wertvolle Hinweise und Korrekturen bedanke ich mich bei Sebastian Fuchs, Birke Häcker, Lea Janßen, Lukas Klever, Martin Schermaier, Andrey Shirvindt und Martin Schmidt-Kessel.

I. Wieso Geschichte eines Vertragstyps?

Eine wichtige Leistung der Jurisprudenz ist die Abstraktion: Wir erfassen die Mannigfaltigkeit des Lebens in Kategorien. Zu diesen Kategorien gehören die Vertragstypen, in die wir die vielgestaltigen Vereinbarungen einordnen, die in der Praxis begegnen: Kauf, Miete, Werk und so weiter. Solche Kategorien dienen dazu, Regeln daran zu knüpfen. So soll Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden.

Bei den Vertragstypen[2] geschieht diese Steuerung auf recht sanfte Weise: Nur wenige Regeln sind zwingend. Von ihnen dürfen die Parteien in ihrer Vereinbarung nicht abweichen. Dazu gehört die Gewährleistung des Händlers beim Verbrauchsgüterkauf.[3] Von anderen Regeln können die Parteien abweichen. Teilweise bedarf es dazu einer individuellen Vereinbarung, teils genügen einseitig gesetzte allgemeine Geschäftsbedingungen.[4] Solche Regeln haben vor allem die Funktion, die Verhandlungen und die Vereinbarung zwischen den Parteien zu entlasten: Sie müssen nicht, wie üblicherweise in angelsächsischen Rechtskulturen,[5] hundertseitige Bedingungen ausformulieren, sondern sie können sich darauf verlassen, dass im Fall eines Streits dispositive Regeln angewendet werden, die für derartige Verträge eine meist passende Lösung bereithalten.

In der Abstraktion liegt aber auch eine Gefahr, weil man zu weit abstrahieren kann, mit der Folge, dass man Ungleiches gleichbehandelt. Beim Kauf ist das möglicherweise geschehen, denn es handelt sich dabei um eine sehr weite Kategorie, zu der ganz unterschiedliche Sachverhalte gehören. Das Regime des Kaufvertrags greift zum Beispiel, wenn jemand auf dem Flohmarkt einen alten Schrank kauft. Es greift aber auch, wenn eine Supermarktkette bei einem Importeur eine große Menge Tomaten einer bestimmten Sorte zu einem bestimmten Zeitpunkt bestellt, und der Importeur veranlasst, dass sein Lieferant direkt an den Supermarkt ausliefert. Um einen Kaufvertrag handelt es sich schließlich auch, wenn eine Anwältin für ihre Kanzlei einen neuen Kühlschrank bei einem Fachhändler kauft, der den Kühlschrank seinerseits aufgrund eines Rahmenvertrags direkt vom Hersteller bezieht. Einzelne Sonderregeln gelten, wenn der Kühlschrank smart und selbständig neue Lebensmittel bestellen soll. Ein wichtiger Unterschied dieser Sachverhalte liegt in der jeweiligen Nähe der Verkäufer zur Sache. Das zeigt sich besonders, wenn die Sache einen Mangel hat: Es sind Motten im Schrank, die sich durch die Kleidung fressen, die Tomaten sind faul geliefert worden, und der Kühlschrank bestellt den falschen Nachschub.

---

[2] Grundlegend *Charmatz*, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung.

[3] § 476 BGB.

[4] Vgl. die §§ 307–309 BGB.

[5] Zu Vertragstypen im *Common Law* siehe *Samuel*, in: Andrés Santos/Baldus/Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, 2011, 117–152.

Obwohl die drei Verkäufer in unterschiedlicher Distanz zur gelieferten Ware stehen, gelten für ihre Gewährleistung und Haftung jedenfalls im Ansatz dieselben Regeln. Nur einzelne Besonderheiten sind für den Handelskauf oder den Verbrauchsgüterkauf angeordnet. Doch die Regeln des einheitlichen Vertragstyps „Kauf" passen nicht auf alle Verkäufer gleich gut. Durch den Vertragstyp werden sie in gewissem Maße in die gleiche Rolle gedrängt.

Dieses Set an Regeln und mit ihm auch die Rolle hat sich im Laufe der Zeit erheblich verändert. Damit gehen andere Vorstellungen davon einher, was ein „normaler" Verkäufer ist und was man von ihm erwarten kann. Jedenfalls liegen der Gesetzgebung nun andere solche Rollenerwartungen zugrunde. Die geltenden Regeln sind bestimmten Verkäufertypen angepasst, anderen passen sie nicht mehr so gut.

Diese Entwicklung des Vertragstyps „Kauf" und der dahinterstehenden Rollenerwartung an den Verkäufer soll im Folgenden beleuchtet werden.[6] Die Darstellung konzentriert sich dabei auf das Problem der Haftung für Sachmängel. Der Fokus liegt auf dem deutschen Recht, doch geht der Blick zurück bis nach Rom und weitet sich über die Landesgrenzen hinaus.

Drei Phasen möchte ich unterscheiden. Die erste reicht vom alten Rom bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900. Die zweite dauert vom Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung von 1900 bis zur Schuldrechtsreform von 2002; danach beginnt die dritte, die in die Zukunft weist.

II. Vom alten Rom bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 – Verkäufer und Käufer in gleichem Abstand zur Sache

Der Kaufvertrag basiert auf dem Tausch. Er entsteht als Spotgeschäft: Jeder gibt, was er entbehren kann und der andere benötigt, und die Güter wechseln Zug um Zug den Besitzer. Mit dem Geld kommt der Kaufvertrag auf. Er ermöglicht, dass jemand Güter abgibt, obwohl der Empfänger in diesem Moment nicht das anbieten kann, was der Leistende braucht, sondern bloß Geld.[7] Dass

[6] Vgl. mit ähnlichem Ansatz *Schermaier*, in: Ebers/Jansen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 77–104. – In jüngerer Zeit hat Wolfgang Ernst die Geschichte des Kaufs durch eine Reihe von Arbeiten erschlossen. Einen Überblick geben seine Kommentierung des Kaufrechts (vor § 433 und §§ 433–449) in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch Kritischer Kommentar zum BGB, Band III, 2013, und sein Beitrag über die Klagen aus Kauf (§ 79) in: Babusiaux et al. (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts (HRP), 2023 (siehe insb. Rn. 295–423).

[7] So sahen das schon die römischen Juristen, vgl. Paulus (33 *ad edictum*) D. 18,1,1 pr.: *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio diffi-*

ein Vertrag Leistungspflichten für die Zukunft begründet, weil einer dem anderen Kredit gibt oder beide sich darauf verständigen, demnächst ihre Sachleistungen oder eine Sachleistung gegen Geld eintauschen zu wollen, ist demgegenüber wohl eine jüngere Vorstellung.[8]

Auch die Vorstellung, dass der vollzogene Austausch noch Gewährleistungspflichten nach sich ziehen konnte, ist wohl keine ursprüngliche. Im Rom der klassischen Zeit begegnet sie allerdings schon als fest etabliert. Das römische Recht prägt mit Begriffen wie Mangel und Zusicherung, Minderung und Rücktritt aber die künftige Debatte und setzt auch Wertungen, die bis in die Gegenwart nachwirken, das Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 sogar noch beherrschen.

1. Haftung auf dem Vieh- und Sklavenmarkt der Stadt Rom

Eine ganze Reihe von Kaufverträgen aus römischer Zeit sind uns auf Urkunden überliefert. Nicht selten geht es um Sklavenkäufe; schließlich waren Sklaven bewegliche Güter von erheblichem Wert. Als Beispiel kann ein Papyrus aus dem Jahr 166 n. Chr. dienen, der in Ägypten gefunden wurde, aber aus dem Norden von Syrien stammt. Darauf steht unter anderem:

„Gaius Fabullius Macer […] auf der Triere ‚Tigris', hat einen Knaben gekauft, […] mit Namen Abbas, auch Eutyches oder mit welchem Namen er sonst noch gerufen wird, etwa 7 Jahre alt, für 200 Denare zuzüglich des Hafenzolls, von Q. Iulius Priscus, einem Soldaten derselben Flotte […]. Daß dieser Knabe gesund sei gemäß dem Edikt […], hat Fabullius Macer gefordert, Quintus Iulius Priscus versprochen".[9]

---

cultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Übersetzung: „Kaufen und Verkaufen haben ihren Ursprung im Tauschen. Einst gab es nämlich noch nicht wie heute Geld, und man pflegte noch nicht die eine Sache Ware, die andere Preis zu nennen; vielmehr tauschte ein jeder nach den Bedürfnissen der jeweiligen Zeiten und Umstände Entbehrliches gegen Nützliches, weil es sich häufig ergibt, daß das, was der eine übrig hat, bei dem anderen fehlt. Da es jedoch nicht immer und nicht leicht zusammentrifft, daß dann, wenn du etwas hast, was ich haben will, auch ich etwas habe, was du dafür anzunehmen bereit bist, wurde ein Stoff gewählt, dessen allgemeine und dauerhafte Wertschätzung den Schwierigkeiten des Tauschverkehrs durch die Gleichheit der Menge abhelfen sollte. Und dieser mit staatlicher Prägung versehene Stoff gewährt uns demnach Gebrauchswert und Eigentum nicht so sehr durch seinen Stoff als durch seine jeweilige Menge, und man bezeichnet nicht länger beides als Ware, sondern das eine als Preis". Text und Übersetzung aus *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis, Band 3 (Vorübersetzer: Heinrich Honsell). – Im klassischen Recht war dann umstritten, ob der Tausch, für den es keine eigene Klage gab, unter den Kauf subsumiert werden konnte. Dazu etwa *Behrends*, Historische Anthropologie 10 (2002) 245–266 = Institut und Prinzip II, 2004, 629–653.

[8] Zur Geschichte der Verpflichtungsgeschäfte siehe *Albers*, in: Albers/Harst/Kaesling (Hrsg.), Wortgebunden. Zur Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur, 2021, 29–88.

[9] Aus den Papyri des Britischen Museums (P.Lond. 229) in FIRA III, Nr. 132: *C. Fabullius Macer [...] (triere) Tigride, emit puerum [...] nomine Abban quem <et> Eutychen sive quo alio*

Zwei römische Soldaten dienten auf demselben Schiff, und im Winterlager an der Mündung des Orontes verkaufte der eine dem anderen einen Sklavenjungen. Dabei ließ sich der Käufer vom Verkäufer versprechen, dass der Junge gesund sei „gemäß dem Edikt": *Eum puerum sanum esse ex edicto […] stipulatus est Fabullius Macer, spopondit Q. Iulius Priscus*. Was verbirgt sich hinter dieser Verabredung und der Bezugnahme auf das „Edikt"?

Es geht um eine Verordnung der Ädilen, also der Beamten der Stadt Rom, die unter anderem die Gerichtsherrschaft über den dortigen Sklaven- und Viehmarkt innehatten.[10] Über dieses Edikt erfahren wir viel aus den Digesten des byzantinischen Kaisers Justinian aus dem sechsten Jahrhundert – also in dem Gesetzgebungswerk, das Schriften der klassischen Juristen zusammentrug und dessen Wiederentdeckung im Mittelalter zur Gründung der Universität in Bologna führte und zu den Anfängen unseres heutigen Jurastudiums.[11] Der Jurist Ulpian, der gegen Ende des zweiten Jahrhunderts nach Christus lebte, überliefert den folgenden Auszug:

„Die Ädilen sagen: Diejenigen, die Sklaven verkaufen, müssen die Käufer darüber aufklären, was jeder Sklave an Krankheiten oder Mängeln hat, wer zur Flucht neigt oder ein Herumtreiber ist oder von einer Schadenstat nicht befreit ist. Und sie müssen all dies, wenn solche Sklaven zum Verkauf kommen, öffentlich und wahrheitsgemäß anzeigen. Ist aber ein Sklave entgegen diesen Bestimmungen verkauft worden oder entgegen dem, was beim Verkauf erklärt oder versprochen worden war, sofern zu sagen ist, daß nach Zivilrecht dafür eingestanden werden muß, werden wir dem Käufer und allen, die diese Angelegenheit betrifft, eine Klage darauf gewähren, daß dieser Sklave zurückgegeben wird".[12]

Auf dem Sklaven- und Viehmarkt der Stadt Rom mussten Verkäufer also über einige bestimmte Umstände aufklären. Dazu gehörten neben körperlichen Fehlern eines Sklaven wie Krankheit auch charakterliche Mängel wie die Neigung zur Flucht, aber auch, wenn der Sklave Haftung gegenüber Dritten auf sich geladen hatte, für die sein jeweiliger Eigentümer einstehen musste. Klärte der Ver-

---

nomine vocatur, annorum circiter septem, pretio denariorum ducentorum et capitulario portitorio, de Q. Iulio Prisco, milite classis eiusdem et triere eade[m]. Eum puerum sanum esse ex edi[cto], […] stipulatus est Fabullius Macer, spopondit Q. Iulius Priscus. Text und Übersetzung aus *Eck/Heinrichs*, Sklaven und Freigelassene in der Gesellschaft der römischen Kaiserzeit, Nr. 47.

[10] Umfassend zu Amt und Funktion – unter Einschluss der Marktgerichtsbarkeit – nun *Daguet-Gagey*, Splendor aedilitatum, 2015.

[11] Klassisch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., §§ 2 und 3.

[12] Ulpian (1 *ad edictum aedilium curulium*) D. 21,1,1,1: *Aiunt aediles: Qui mancipia venduntcertiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur...* Text und Übersetzung aus Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends, Corpus Iuris Civilis, Band 4 (Vorübersetzer: Berthold Kupisch). – Die Minderung wurde gesondert gewährt.

käufer nicht auf oder waren seine Angaben objektiv falsch, dann haftete der Verkäufer, unabhängig davon, ob er es eigentlich besser wusste, immerhin auf Rückzahlung des Preises gegen Rückgabe des Sklaven. Unter denselben Voraussetzungen konnte der Käufer den Preis auch um den Betrag mindern, um den der Sklave wegen des Mangels weniger wert war.[13] Wie die Haftung prozessual umgesetzt wurde, ist sehr umstritten.[14]

Der unterlassenen Aufklärung über einen der aufgezählten Mängel stand es gleich, wenn der Verkäufer etwas falsch zugesichert hatte: Wenn der Verkäufer zusagte, der Sklave könne dieses und jenes, dann musste er auch dafür in derselben Weise einstehen. Die Rechtsfolgen – Minderung und Rücktritt – bleiben weit hinter den Rechtsbehelfen zurück, die wir heute bei solchen Zusicherungen gewähren würden.[15]

2. Gewährleistung abseits des römischen Marktes

Aber auch Käufer, die andere Ware, oder Käufer, die Sklaven und Vieh, aber nicht im Sprengel des Ädilen gekauft hatten, die also sein Gericht nicht anrufen konnten, blieben nicht schutzlos. Seit der hohen Republik schützte der Prätor als allgemeiner Gerichtsherr Käufer mit einer nach Treu und Glauben zu beurteilenden Klage, der *actio empti*.[16] Jedenfalls um die Zeitenwende konnte ein Verkäufer auch hiernach, also abseits des ädilizischen Gerichts, für Mängel haften, von denen er nichts wusste. So berichtet es jedenfalls der Jurist Marcian, der zwar erst etwa 200 nach Christus lebte, aber zwei Juristen zitiert, die zu Beginn des Prinzipats gewirkt hatten. Der Text Marcians ist uns wieder in den Digesten überliefert:

„Labeo schreibt in einem Buch seiner nachgelassenen Schriften, wenn jemand gebrauchte Kleidung als neue gekauft hat, sei Trebatius der Meinung, dem Käufer sei das Interesse zu ersetzen, falls er die gebrauchte Kleidung unwissentlich gekauft hat. Diese Ansicht billigt auch Pomponius, und sie wird von Julian ebenfalls vertreten, welcher sagt, wenn

---

[13] Siehe Gaius (1 *ad edictum aedilium curulium*) D. 21,1,18 pr.: *Si quid venditor de mancipio adfirmaverit idque non ita esse emptor queratur, aut redhibitorio aut aestimatorio (id est quanto minoris) iudicio agere potest…* Auf Deutsch: „Wenn ein Verkäufer hinsichtlich des Sklaven etwas versichert hat und der Käufer sich beklagt, es treffe nicht zu, kann der Käufer entweder mit der Wandlungsklage oder mit der Schätzungsklage (das heißt mit der Klage auf Minderung) vorgehen…". Text und Übersetzung aus *Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends*, Corpus Iuris Civilis, Band 4 (Vorübersetzer: Berthold Kupisch).

[14] Siehe zum Meinungsstand knapp *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl., § 52 Rn. 43; *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi (Hrsg.), Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates, 2019, 15–31 (19 f. mit Fn. 10); ausführlich *Ernst*, § 79, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), HRP, Rn. 314–393.

[15] Nämlich insbesondere Schadenersatz, sofern der Verkäufer eine Garantie übernommen oder auch nur ins Blaue hinein Zusagen gemacht hat.

[16] Zu den beschränkten früheren Formen der Verkäuferhaftung und der Entwicklung der Käuferklage nach Treu und Glauben siehe *Schermaier*, in: Zimmermann/Whittaker (Hrsg.), Good Faith in European Contract Law, 2000, 66–77.

der Verkäufer es nicht wußte, hafte er nur wegen des Wertes der Sache selbst – wenn er es wußte, auch für Schaden, der daraus entstanden ist – wie zum Beispiel jemand, der unwissentlich ein Gefäß aus Messing als golden verkauft hat, auf den Wert des Goldes haftet, das er verkauft hat".[17]

Über die Auffassung des ältesten Zeugen Trebatius gibt der Text keine sichere Auskunft: Ob die Qualität der Kleidung in seinem Fall zwischen den Parteien vereinbart oder bloß vorausgesetzt wurde und ob der Jurist sich den Verkäufer als arglistig vorgestellt hat, geht aus der Quelle nicht hervor. Zweifelhaft erscheint auch, ob Trebatius eine Haftung auf das volle Interesse an der fehlerfreien Leistung im Sinn hatte.

Julian jedenfalls soll Anfang des zweiten Jahrhunderts nach Christus vorgeschlagen haben, bei der Rechtsfolge danach zu unterscheiden, ob der Verkäufer den Mangel kannte. Über diese Differenzierung erfahren wir aus einem anderen Digestentext mehr, der wieder von Ulpian stammt:

„Julian macht im 15. Buch [seiner Digesten] zwischen dem, der eine Sache in Kenntnis und dem, der sie in Unkenntnis [ihres Mangels] verkauft hat, einen Unterschied bei der Verurteilung aus Kauf. Er sagt nämlich, daß derjenige, der ein krankes Stück Vieh oder einen mangelhaften Balken verkauft hat, dann, wenn er dies in Unkenntnis des Mangels getan hat, aufgrund der Klage aus Kauf lediglich das leisten müsse, um wieviel weniger ich gekauft hätte, wenn ich die Beschaffenheit der Sache gekannt hätte; wenn er jedoch den Mangel wissentlich verschwiegen und den Käufer getäuscht hat, dann müsse er dem Käufer für allen Schaden einstehen, den dieser aus diesem Kauf erleidet. Stürzt daher das Haus aufgrund des Mangels des Balkens ein, so ist für den Schätzwert des Hauses einzustehen; geht Vieh infolge von Ansteckung durch das kranke Stück Vieh ein, so ist für das Interesse des Käufers daran einzustehen, daß dies nicht geschehen wäre". [18]

Wenn der Verkäufer von dem Mangel nichts wusste, sollte er nur eine Minderung des Kaufpreises hinnehmen müssen. Eine solche Minderung lässt sich da-

[17] Marcian (4 *regularum*) D. 18,1,45: *Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.* Text und Übersetzung aus *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis, Band 3 (Vorübersetzer: Heinrich Honsell). Ich würde allerdings das Ende übersetzen: „[so] haftet, dass er für das Gold einsteht, das er verkauft hat". Jedenfalls nach Julian wird der Verkäufer nicht den objektiven Minderwert zu ersetzen haben, sondern den Minderungsbetrag im Sinne von D. 19,1,13 pr. (siehe sogleich).

[18] Ulpian (32 *ad edictum*) D. 19,1,13 pr.: *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.* Text und Übersetzung aus *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis, Band 3 (Vorübersetzer: Okko Behrends).

durch rechtfertigen, dass der Preis für die intakte Sache vereinbart worden war, also in dieser Höhe für die mangelhafte nicht geschuldet.[19] Kannte er hingegen den Mangel, so sollte der Verkäufer den Käufer schadlos halten. Hier begegnet eine Haftung auf das Integritätsinteresse, also das Interesse, dass das Vermögen des Käufers und seine übrigen Rechtsgüter nicht durch die mangelhafte Sache geschädigt werden.

Für welche Fehler ein Verkäufer abseits des stadtrömischen Vieh- und Sklavenmarkts einstehen musste, bleibt damit für uns fraglich und war vielleicht auch in der römischen Praxis ungewiss. Auch mochte ein Käufer sich nicht mit Minderung und Rücktritt zufriedengeben wollen. Vielfach wäre es wohl darauf angekommen, ob er dem Verkäufer Arglist nachweisen konnte, also Kenntnis des Mangels.

Die Vertragspraxis begegnete der Beschränktheit der Verkäuferhaftung seit alters her damit, dass der Käufer sich eine weitergehende Haftung explizit ausbedang. Schon Varro schrieb im ersten Jahrhundert vor Christus in seinem Ratgeber für Landwirte: „Bei ihrem Kauf [beim Kauf von Sklaven, G.A.] pflegt das förmliche Versprechen hinzugefügt zu werden, dass er gesund ist und nicht für Diebstahl oder Schädigung haftet."[20] Das Handbuch empfahl, sich eine Garantie geben zu lassen. Nach dem, was archäologische Funde zeigen, hat man genau das auch regelmäßig gemacht. Ein Beispiel gibt der eingangs zitierte syrische Papyrus aus dem Jahr 166 nach Christus.[21]

Immer wieder finden sich dieselben Formulierungen. So heißt es auf einer Wachstafel aus Herculaneum, die beim Vesuvausbruch 79 nach Christus verschüttet wurde: „dass dafür eingestanden werde, dass dieser Sklave gesund und von Haftung für Diebstahl und Schädigung frei sei, hat er sich versprechen lassen".[22] Auf einer anderen Tafel aus demselben Fund heißt es: „dafür einzustehen, dass dieses Sklavenmädchen gesund und von Haftung für Diebstahl frei und keine Entlaufene und keine Herumtreiberin sei".[23] Die Beispiele überspannen Raum und Zeit. Auf einer Wachstafel auf Siebenbürgen aus dem Jahr 142 nach Christus steht ganz ähnlich: „dafür einzustehen, dass dieser Knabe ge-

---

[19] Der Text gilt als Beleg dafür, dass die Juristen und der Prätor beim Verständnis von Tatbestand und Rechtsfolgen der *actio empti* die marktgerichtliche Praxis der Ädilen rezipiert haben. Für einen Überblick über die schwierige Frage siehe *Ernst*, § 79, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), HRP, Rn. 394–411.

[20] Varro, De re rustica, 2,10,5: *In horum emptione solet […] stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum*; zitiert nach der Ausgabe mit Übersetzung von William Davis Hooper, überarbeitet von Harrison Boyd Ash.

[21] Siehe oben bei Fn. 9.

[22] Tabulae Herculanenses Nr. 61: *…hunc hominem sanum furtis noxisque solutum esse praestari […] stipulatus est*; zitiert nach *Camodeca*, in: Manthe/Krampe (Hrsg.), FS für Joseph Georg Wolf, 2000, 53–76.

[23] Tabulae Herculanenses Nr. 62: *…eamque pupellam […] sanam furtis noxaque solutam esse fugitivam erronem non esse praestari…*; zitiert nach *Camodeca* (Fn. 22).

sund übergeben wurde, nicht für Diebstahl oder Schädigung haftet, kein Herumtreiber, Entlaufener oder Epileptiker ist".[24]

Diese Klauseln bewirkten, dass der Verkäufer, wenn sein Versprechen sich als falsch herausstellte, dem Käufer ersetzen musste, was er dadurch als Schaden erlitt und was ihm als Vorteil entging. Das belegt ein anderer Digestentext von Ulpian. Im Rahmen einer theoretischen Abhandlung zur Unmöglichkeit der Leistung wirft der Jurist die rhetorische Frage auf, ob nicht ein Versprechen unwirksam sei, das dem Sklaven eine Qualität zuschreibe, die dieser nun einmal nicht habe. Wirksam sei solch ein Versprechen richtigerweise deswegen, weil es das Interesse zum Gegenstand habe, das der andere an dieser Beschaffenheit des Sklaven hat. Der Verkäufer verspricht also nicht etwa unsinnigerweise, aus dem Dieb einen Nicht-Dieb zu machen, sondern für den Mangel finanziell einzustehen und dem Käufer sein Interesse an der Mangelfreiheit zu ersetzen.[25]

3. Überblick: Gewährleistung ohne Gattungskauf

Das klassische römische Recht bietet also das folgende Bild: Bei verborgenen Mängeln oder bei falschen Zusicherungen musste der Verkäufer eine Minderung des Preises hinnehmen oder den Gesamtpreis gegen Rückgabe des Kaufgegenstandes erstatten. Auf dem römischen Sklaven- und Viehmarkt ergaben sich die relevanten Mängel aus dem Edikt der Ädilen.

Das volle Interesse des Verkäufers, also den Schaden und den entgangenen Gewinn, musste der Verkäufer nach der *actio empti* ersetzen, wenn er einen

---

[24] *...eum puerum sanum traditum esse furtis noxaque solutum, erronem fugitivum caducum non esse prestari*; FIRA III, Nr. 88.

[25] Ulpian (42 *ad Sabinum*) D. 21,2,31: *Si ita quis stipulanti spondeat „sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem „furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse" utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum „praestari", multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit*. Auf Deutsch: „Wenn jemand dem Käufer [eines Sklaven] in Stipulationsform wie folgt verspricht: ‚daß er gesund, kein Dieb, kein Leichenträger ist' und so weiter, dann halten einige die Stipulation für unwirksam, weil entweder unmöglich ist, was versprochen wird – wenn nämlich der verkaufte Sklave die Eigenschaft hat [deren Abwesenheit versprochen wird], oder sinnlos – wenn er die Eigenschaft nicht hat [deren Abwesenheit versprochen wird]. Ich dagegen halte es für ganz richtig, daß die Stipulation ‚daß er kein Dieb, kein Leichenträger ist, daß er gesund ist', wirksam ist. Inhalt der Stipulation ist nämlich, daß ein Interesse daran besteht, daß diese Eigenschaften vorliegen oder daß sie nicht vorliegen. Wenn aber zusätzlich erklärt wird: ‚daß dafür eingestanden wird', hat die Stipulation um so größere Bestandskraft. Andernfalls wäre die Stipulation, die von den Ädilen vorgesehen ist, unwirksam, was schlechterdings kein vernünftiger Mensch annehmen wird". Text und Übersetzung aus *Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends*, Corpus Iuris Civilis, Band 4 (Vorübersetzer Berthold Kupisch). – Dazu näher *Albers*, Perpetuatio obligationis, 335 f. – Zur ausnahmsweisen Übernahme einer Haftung auf das Doppelte für Sachmängel siehe *Platschek*, in: Babusiaux/Igimi (Hrsg.), Messages from Antiquity, 2019, 22 f.

Mangel arglistig verheimlicht hatte, und auch unabhängig von seiner Kenntnis, wenn sich eine Zusicherung als falsch herausstellte – und zwar wohl nicht nur dann, wenn es sich dabei um ein förmliches Versprechen gehandelt hatte.[26]

Klassisches römisches Recht	
Rechtsfolgen	*Voraussetzung*
1.) Minderung 2.) Erstattung des Preises gegen Rückgabe	– verborgene Mängel – oder falsche Zusicherungen
3.) Ersatz des vollen Interesses – Schäden an anderen Gütern – entgangener Gewinn	 – Mangel arglistig verheimlicht – oder falsche Zusicherungen

Man merkt diesem Regime noch den Ursprung im Tausch an: Ihm lag die Vorstellung zugrunde, dass vorhandene Gegenstände *on the spot* übergeben werden. Der Verkäufer schuldete nicht Beschaffung, er musste nicht erst in Zukunft irgendwelchen Aufwand entfalten,[27] sondern das Geschäft geschah an Ort und Stelle. Vielleicht kreditierte der Verkäufer den Preis, auch musste die Ware nicht sofort übergeben werden, aber sie lag bereits vor.[28] Daher bezog sich das Geschäft auch immer auf bestimmte Gegenstände, es war ein Stückkauf, kein Gattungskauf. Ein beschränkter Gattungskauf begegnete allerdings als Kauf aus einem Vorrat: Es wurde aus einem Kornspeicher, aus einer Herde oder auch aus der erwarteten Ernte eines bestimmten Gutes verkauft. Ein reiner Gattungskauf ist nicht belegt, es hat ihn vermutlich nicht gegeben. Um gattungsmäßig bestimmte Verpflichtungen für die Zukunft einzugehen, stand den Römern zwar statt des Kaufs theoretisch das Instrument des förmlichen Schuldversprechens (Stipulation) zur Verfügung. Wir haben aber keine Anzeichen dafür, dass die Stipulation tatsächlich in größerem Umfang eingesetzt wurde, um solche

[26] Dass der Verkäufer auch bei einer arglos falschen formlosen Zusicherung (bloßes *dictum*, nicht *promissum*) auf das Interesse haftete, bezweifelt *Ernst*, § 79, in: Babusiaux et al. (Hrsg.), HRP, Rn. 399, weil in den Texten über falsche Zusicherung Arglist zu unterstellen sei. Bei D. 18,1,45 bleibt die Position von Trebatius und Labeo unsicher, auch bei Paulus (33 *ad edictum*) D. 19,1,21,2 mag man zweifeln, ob das *interesse* nicht nur die Minderung meint. Doch nach Pomponius (9 *ad Sabinum*) D. 19,1,6,4 kontrastierte Sabinus in einer Abwandlung die Haftung für eine Zusage mit einer Haftung, die *dolus malus* voraussetzt.

[27] Eine Ausnahme bildet der Hoffnungskauf, bei dem zum Beispiel der Fang eines erst zu unternehmenden Fischzugs erworben wurde. Siehe dazu Pomponius (9 *ad Sabinum*) D. 18,1,8,1 und *Knütel*, in: Jakab/Ernst (Hrsg.), Kaufen nach Römischem Recht, 2008, 139–148.

[28] Siehe Pomponius (9 *ad Sabinum*) D. 18,1,8 pr.: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi...*; man kann sich ohne einen verkauften Gegenstand kein Kaufen oder Verkaufen vorstellen.

Austauschverpflichtungen einzugehen. Kamen die Römer wirklich im Handel ohne Gattungsschulden aus? Wolfgang Ernst hat mögliche Erklärungen zusammengestellt: [29] Hersteller kauften nicht zu, sondern erzeugten erforderliche Vorprodukte selbst und verkauften auch direkt an den Endkunden. Es gab zwar Lieferketten, die aber durch Handel ab Lager, an Häfen oder auf Märkten immer wieder neu geknüpft wurden und sich auf präsente Ware bezogen. Für die staatliche Getreidebeschaffung – und damit einen wesentlichen Teil der Landwirtschaft – galten ohnehin besondere Regeln.[30] Spuren des Gattungshandels finden sich allerdings in modifizierten Darlehensvereinbarungen (ein in Geld gegebener Kredit soll in Ware zurückgegeben werden).

Den Charakter des römischen Kaufs und die daran geknüpften Rechtsfolgen prägte jedenfalls der Umstand, dass er als Kauf über präsente Ware abgeschlossen wurde. Man sah Käufer und Verkäufer in Äquidistanz zur Ware, über die sie sich im Grundsatz selbstständig ein Urteil bildeten. Nur mit Blick auf bestimmte Mängel nahm man den Verkäufer als typischen Inhaber privilegierten Wissens über die Sache in beschränktem Umfang in die Verantwortung. Die Haftung basierte auf der enttäuschten Erwartung des Käufers.[31]

4. Das BGB: Römisches Recht mit Gattungskauf

Dieses Modell hat das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 im Prinzip erhalten. Die verfassungsändernde *lex Miquel-Lasker* vom 20. Dezember 1873 hatte dem Deutschen Reich die Kompetenz zur Gesetzgebung über das bürgerliche Recht gegeben.[32] Mit Ausnahme des Obligationenrechts und des Handels- und Wechselrechts hatte diese Kompetenz bislang den Gliedstaaten zugestanden. In verschiedenen Gebieten galt teils das preußische Allgemeine Landrecht, das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch oder der Code civil, teils aber auch das sogenannte gemeine Recht, also das seit dem Mittelalter durch die Universitäten tradierte und praktisch fortentwickelte römische Recht. Das gemeine Recht bildete die Basis für das nun entstehende Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, das am ersten Januar 1900 in Kraft trat.[33] In der ersten Kommission wirkte unter anderem Bernhard Windscheid, berühmter Verfasser des verbrei-

---

[29] Zum Befund und den Erklärungsansätzen siehe *Ernst*, ZRG RA 114 (1997), 272–344 (insb. 339–343); *ders*., Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1999, 583 (600–606).

[30] Siehe Sirks, Food for Rome, 1991.

[31] Siehe Ulpian (1 *ad edictum aedilis curulis*) D. 21,1,1,6: *Si intellegatur vitium morbusve mancipii … potest dici edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur*: Das Edikt kommt nicht in Betracht, wenn der Käufer den Mangel kannte, denn es dient nur dazu, ihn vor Enttäuschungen zu schützen.

[32] RGBl. 1873, S. 379.

[33] Einen aktuellen Überblick über die Geschichte der Kodifikation bietet *Haferkamp*, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022, 13–104.

teten Lehrbuchs[34] über die Digesten Kaiser Justinians, die unter ihrer griechischen Bezeichnung „Pandekten" Gegenstand und Namensgeber für die wichtigste Vorlesung des Rechtsstudiums waren. Danach hatte man den im Jahr 1888 veröffentlichten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs als „kleinen Windscheid" betitelt.[35]

Die Orientierung am römischen Recht trat bei den Regeln zum Kaufrecht offen zu Tage:

§ 462 BGB 1900: „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer […] zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaupreises (Minderung) verlangen."

§ 463 BGB 1900: „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat."

Das entspricht im Wesentlichen noch dem römischen Regime. Dass ein Stückkäufer wegen eines Mangels unter geringen Voraussetzungen Wandelung und Minderung verlangen konnte, aber nicht mehr als das, wurde unterschiedlich erklärt. Nach der zunächst herrschenden Auffassung beruhten diese Gewährleistungsrechte auf dem Gesetz: Der Verkäufer verspreche die Lieferung der Sache nur so, wie sie sei, doch beeinträchtige der (objektiv vorliegende) Mangel die (vereinbarte) Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, was das Gesetz ausgleiche.[36] Hingegen plädierte Werner Flume dafür, die Sache sei als mangelfreie Gegenstand des Vertrags. Der Mangel ergebe sich also daraus, dass Vereinbarung und Realität nicht übereinstimmten; dieser subjektive Mangelbegriff sollte sich später durchsetzen. Dass die Mangelfreiheit Vertragsinhalt war, implizierte für Flume allerdings noch nicht, dass der Verkäufer verpflichtet gewesen wäre, die Sache mangelfrei zu liefern; insofern reduziere das Gesetz die Wirkung der Parteivereinbarung.[37]

Das römische Regime des Stückkaufs wurde im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 um Regelungen für den Gattungskauf ergänzt.[38] Nur beim Gattungskauf übernimmt der Verkäufer das Risiko dafür, dass er die versprochene Sache auch beschaffen kann.[39] Zu der Aufgabe, die Ware auf dem Markt zu beschaf-

[34] Die letzte Auflage aus eigener Hand ist *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bände, 7. Aufl. 1891. Später fügte Theodor Kipp Vergleiche zum BGB hinzu.

[35] *Bähr*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 30 (1888), 326 f.; dazu *Schröder/Thiessen*, Juristenzeitung 2002, 325 (325–327).

[36] Insbesondere *Süß*, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung.

[37] *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, insb. 47–55. Anders das neue Schuldrecht.

[38] Zur Entwicklung des Gattungskaufs *Ernst*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1999, 583 (607–641).

[39] Vgl. § 279 BGB 1900: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt,

fen, korrespondiert eine verschärfte Haftung bei Mängeln. Denn der Verkäufer muss fehlerfreie Ware beschaffen. Ist die Ware mangelhaft, hat er stattdessen mangelfreie Ware zu liefern. Das ist die Nachlieferung, die es beim Gattungskauf schon damals gab:

§ 480 Abs. 1 Satz 1 BGB 1900: „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird."

Nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser sollte sich hierin die Verkäuferhaftung erschöpfen: Die erste Kommission sah die Haftung des arglosen Verkäufers durch die Regeln des Gewährleistungsrechts „beschränkt".[40] Die zweite Kommission lehnte eine Garantiehaftung gewerblicher Verkäufer mit der Begründung ab, eventuelle Haftungslücken seien durch Deliktsrecht oder dadurch zu schließen, dass man eine stillschweigende Zusicherung konstruiere – dass der Verkäufer vertraglich über Arglist hinaus, etwa für bloße Fahrlässigkeit haften könnte, zog man gar nicht in Betracht.[41]

5. Zur Fahrlässigkeitshaftung von Verkäufern und Herstellern

Die Rechtsprechung unterzog den Verkäufer dennoch der allgemeinen Verschuldenshaftung,[42] die später als im Bürgerlichen Gesetzbuch vermeintlich fehlend mit dem Etikett „positive Forderungsverletzung" belegt werden sollte.[43] Ob die kaufrechtlichen Regeln einen Rückgriff auf dieses Institut des allgemeinen Schuldrechts sperrten, erörterte das Reichsgericht zunächst nicht. Doch seit einer Entscheidung aus dem Jahr 1940 beschränkte die Rechtsprechung die Haftung für fahrlässige Schlechtleistung auf mittelbare Schäden.[44] Der Bundesgerichtshof formulierte später, dass der Verkäufer wegen Fahrlässig-

---

so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt".

[40] Motive II, 228 f. = *Mugdan* II, 126.

[41] Protokolle I, 689 f. = *Mugdan* II, 670 f. Siehe dazu Soergel-*Huber*, vor § 459 Rn. 9–12 und 39, 12. Aufl., Köln 1991.

[42] Siehe die Leitentscheidung RG, Urteil vom 13.06.1902, II 26 169/02, RGZ 52, 18.

[43] Die Haftung des Schuldners für Verschulden ergab sich unter dem BGB 1900 schon aus § 276 Abs. 1 BGB, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit „zu vertreten" hatte. Dass Hermann Staub diese Haftung neu entdeckt haben wollte, ist wirklich „ein Treppenwitz der rund 2000 Jahre alten Zivilistik" (so *Rückert*, in: FS für Wolfgang Kilian, 2004, 722 = Ausgewählte Aufsätze in zwei Bänden, 2012, Band 2, 628).

[44] RG, Urteil vom 08.11.1940, III 27/40, Deutsches Recht 1941, 638 (mit Anm. *Herschel*). Schon im Urteil vom 05.10.1939, V 87/39, RGZ 161, 337–340 – Venusberg – hatte das Reichsgericht den Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung als auf einen „über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden" gerichtet definiert (RGZ 161, 338), der Sache nach aber einen Nichterfüllungsschaden zugesprochen. – Der BGH übernahm die Abgrenzung des Reichsgerichts im Urteil vom 18.12.1964, V ZR 68/63, Neue Juristische Wochenschrift 1965, 532 (533).

keit nur auf das Integritätsinteresse hafte, also das Interesse an der Unversehrtheit anderer Rechtsgüter, aber nicht auf das Interesse am Erhalt der fehlerfreien Leistung, das Äquivalenzinteresse – dafür solle eine Zusicherung oder Arglist erforderlich sein.[45] Die Literatur hingegen postulierte vielfach eine allgemeine Verkäuferhaftung für Fahrlässigkeit;[46] jedenfalls beim Gattungskauf.[47]

In der Haftungserweiterung auf Fahrlässigkeit lag ein konzeptioneller Umschwung, dessen praktische Konsequenzen aber geringer waren, als man auf den ersten Blick vermuten könnte. Denn der Begriff der Fahrlässigkeit verweist wertungsoffen auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB). Ob der Verkäufer tatsächlich für durch Sachmängel verursachte Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Käufers haftete, hing also davon ab, welche Sorgfalt in Bezug auf die Kaufsache man als erforderlich von ihm verlangte.

Rechtsprechung und Lehre blieben hierzu auf dem Standpunkt, dass ein Händler in der Regel nicht dazu verpflichtet war, seine Ware auf gefährliche Mängel zu überprüfen. Auch für Verschulden des Herstellers musste er nicht einstehen, weil er nicht die Herstellung der Ware schuldete, sondern sie nur über ein Glied der Lieferkette zu transportieren hatte.[48] Zwar hatte das Reichsgericht einmal einem Verkäufer zur Last gelegt, Schrott aus einer Zeit geliefert zu haben, aus der viel chromhaltiger Schrott im Umlauf war, der die Öfen des kaufenden Stahlwerks beschädigte.[49] Doch der Bundesgerichtshof entnahm dieser Entscheidung, die auf besondere Umstände gestützt war, den umgekehrten Grundsatz, dass auch bei Gattungskäufen den Verkäufer normalerweise keine Untersuchungspflicht treffe.[50]

Der Standpunkt des deutschen Rechts ist daher, dass der Kläger sich wegen seines Integritätsinteresses regelmäßig nicht an den Verkäufer halten kann, dafür aber direkt an den Hersteller. Die Rechtsprechung setzt ganz auf das Recht der unerlaubten Handlung, das sie für die sogenannte Produzentenhaftung nur geringfügig modifiziert: Bei Produktionsfehlern wird vermutet, dass den Hersteller hierfür ein Verschulden trifft.[51] In die gleiche Kerbe schlägt die auf euro-

---

[45] Diese Ausdrücke verwendet BGH, Urteil vom 02.06.1980, VIII ZR 78/79, BGHZ 77, 215 (wo allerdings „Integrationsinteresse" für Integritätsinteresse verschrieben ist).

[46] So etwa Soergel-*Huber*, BGB, vor § 459 Rn. 55–58.

[47] Eine allgemeine Verschuldenshaftung des Gattungsverkäufers war schon zum gemeinen Recht vertreten worden, siehe etwa *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, § 394 Anm. 23.

[48] Zur Neubewertung dieser Frage siehe unten bei Fn. 71.

[49] RG, Urteil vom 26.06.1929, I 17/29, RGZ 125, 78.

[50] BGH, Urteil vom 25.09.1968, VIII ZR 108/66, Neue Juristische Wochenschrift 1968, 2238 – Treibstoff.

[51] Grundlegend für einen deliktischen Direktanspruch gegen den Hersteller und dessen Begründung aus allgemeinen Regeln BGH, Urteil vom 26.11.1968, VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 – Hühnerpest.

päischem Recht beruhende Produkthaftung,[52] die Hersteller und Importeure für durch fehlerhafte Produkte verursachte Schäden an gewissen Rechtsgütern verschuldensunabhängig haftbar macht. Im Kontext des Dieselskandals hat die deliktische Haftung des Herstellers jüngst eine neue Qualität erreicht: Weil er bestimmte europäische Vorschriften über die Gestaltung von Kraftfahrzeugen nach Maßgabe des Europäischen Gerichtshofs auslegen musste, hat der Bundesgerichtshof dem Letztkäufer gegen den Hersteller wegen bloßer Fahrlässigkeit einen Anspruch auf den Minderwert des Fahrzeugs gewährt.[53]

Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 ergänzte also das römische System der Verkäuferhaftung um die Dimension des Gattungskaufs mit Beschaffungsrisiko und Nachlieferungspflicht; die Praxis dehnte auch beim Stückkauf die Haftung für Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers auf Fahrlässigkeit aus. Im Übrigen blieben die Rechtsfolgen aber von der Anschauung getragen, dass der Verkäufer der Sache nicht nähersteht als der Käufer: Dies zeigt sich an der Zurückhaltung, Fahrlässigkeit anzunehmen, und an der weiterhin eingeschränkten Haftung für Mangelschäden der Sache selbst und für das darüberhinausgehende positive Interesse des Käufers an der mangelfreien Erfüllung.

BGB 1900 *(nach der Praxis seit Mitte des 20. Jahrhunderts)*	
Rechtsfolgen	*Voraussetzung*
1.) Nachlieferung	– Mangel beim Gattungskauf
2.) Minderung 3.) Erstattung des Preises gegen Rückgabe	– verborgene Mängel – oder falsche Zusicherungen
4.) Ersatz des vollen Interesses – Schäden an anderen Gütern – entgangener Gewinn	 – Mangel arglistig verheimlicht – oder falsche Zusicherungen
5.) Ersatz von Schäden an anderen Gütern	– Fahrlässigkeit vor oder nach Vertragsschluss

[52] Vgl. die Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 und das darauf basierende Produkthaftungsgesetz.

[53] Die genannten Vorschriften wurden dazu als Schutzgesetze ausgelegt: BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Neue Juristische Wochenschrift 2023, 2259, nach der Entscheidung des EuGH vom 21.03.2023, C-100/21.

III. Die internationale Entwicklung und das Bürgerliche Gesetzbuch von 2002 – der Verkäufer als Arm des Herstellers

Auch nachdem die einzelstaatlichen Kodifikationen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts den paneuropäischen Diskurs über das gemeine Recht abgeschnitten hatten, überschritt der Handel die staatlichen Grenzen. Das unterstütze im zwanzigsten Jahrhundert ein Interesse an der Vergleichung nationaler Rechtsordnungen und führte zu dem Bemühen, sich insbesondere auf dem Gebiet des Kaufrechts über ein Einheitsrecht zu verständigen.[54] Die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen wirkten auf diese Weise aufeinander ein. Das wurde besonders deutlich, als gegen Ende des Jahrhunderts einige dieser Gesetzbücher reformiert wurden, so auch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch mit der Schuldrechtsreform im Jahr 2001. Im Folgenden kann nur auf das französische und das englische Recht kurz eingegangen werden; vor diesem Hintergrund ist die Entwicklung verständlich, die Veränderungen im deutschen Recht angeregt hat.

1. Frankreich

Der französische Code civil von 1804 hatte an den römischen Prinzipien teilweise festgehalten. Einen eigenen Weg geht das französische Recht hinsichtlich des Schadensersatzes. Hierfür nimmt es zum einen den Verkäufer ohne Weiteres in die Haftung, wenn er die Kaufsache selbst hergestellt hat oder ein professioneller Händler ist. Das hatte schon der Rechtsgelehrte Robert-Joseph Pothier vertreten, an dem sich der Code civil vielfach orientierte: Ein solcher professioneller Händler müsse seine Ware kennen.[55] Zum anderen gewähren die französischen Gerichte dem Käufer wegen Schäden an anderen Rechtsgütern einen Direktanspruch gegen den Hersteller. Dieser Anspruch wird nicht als deliktisch, sondern als Anspruch aus dem Kaufvertrag qualifiziert: Der Ersatzanspruch wird nicht durch die Kette der Kaufverträge bis zum Hersteller durchgereicht, sondern der Endkäufer darf den Hersteller direkt in Anspruch nehmen (*action directe*).[56]

Das ist vor allem für den Fall wichtig, dass einer der dazwischengeschalteten Verkäufer insolvent ist. Eine bevorstehende Reform des besonderen

---

[54] Zugleich den Beleg und eine noch immer maßgebliche Fundgrube bietet *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs.

[55] *Pothier*, Traité du contrat du vente, n. 214: „il ne doit exposer en vente que de bonnes marchandises; il doit s'y connaître". Siehe für die Rechtsprechung zum Beispiel Cour de cassation, chambre commerciale, 27.11.1973, Bull. civ. 1973, IV, Nr. 345; aus der aktuellen Literatur *Collart Dutilleul/Delebecque*, Contrats civils et commerciaux, 11. Aufl. 2019, Rn. 280.

[56] Cour de cassation chambre civile, 12.11.1884, Dalloz 1885, I. 357. – Siehe zur *action directe* auch bei *Schermaier*, Producer's Liability, 95–96, 97–104; sowie zu den Wurzeln in der Rechtsmängelhaftung *ders.*, in: FS für Detlef Liebs, 2011, 543–573.

Vertragsrechts wird die Entwicklungen in der Rechtsprechung möglicherweise kodifizieren.[57] Zur Debatte steht, die Kenntnis professioneller Verkäufer nur noch widerleglich zu vermuten, wodurch diese erheblich entlastet würden.[58]

2. England

Das englische Recht ist von der römischen Tradition weniger stark abhängig. Der Verkäufer haftet für Fehler der Sache, wenn eine *warranty* oder eine *condition* vereinbart wurde. Von einem Verschulden ist seine Haftung dann nicht abhängig; dies entspricht dem allgemeinen Vertragsrecht.[59] Im englischen Recht haftet man aus Vertrag stets verschuldensunabhängig; bei Übernahme einer Garantie allerdings auch im deutschen. Die *condition* geht über die *warranty* dadurch hinaus, dass der Käufer sich bei einer Verletzung vom Vertrag lösen kann.[60] Außerdem lassen auch die englischen Gerichte einen Direktanspruch gegen den Hersteller zu, wenn der Käufer Schäden an seinen übrigen Rechtsgütern erlitten hat; dieser Anspruch wird wie in Deutschland nach allgemeinen deliktsrechtlichen Grundsätzen konzipiert.[61]

3. CISG

Die *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* vom 11.4.1980 (UN-Kaufrecht) hat die verschuldensunabhängige Haftung des englischen Rechts übernommen. Wenn der Verkäufer nicht ordnungsgemäß leistet, kann der Käufer nicht nur mindern und Vertragsaufhebung verlangen, sondern auch Schadenersatz sowie Nachbesserung oder – beim Gattungskauf[62] – Nachlieferung.

---

[57] Siehe Art. 1612 f. (action directe) und Art. 1642 Abs. 2 (Vermutung der Kenntnis) des 2022 veröffentlichten Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux der von Philippe Stoffel-Munck geleiteten Kommission (https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/avant_projet_brut_juillet2022.pdf, zuletzt abgerufen am 23.12.2024). Dazu *Köhler*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2023, 809–842.

[58] Dazu *Köhler*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2023, 809–842 (829).

[59] Sale of Goods Act 1893 (= Sale of Goods Act 1979) 53: „(1) Where there is a breach of warranty by the seller, or where the buyer elects, or is compelled, to treat any breach of a condition on the part of the seller as a breach of warranty, the buyer is not by reason only of such breach of warranty entitled to reject the goods; but he may (a) set up against the seller the breach of warranty in diminution or extinction of the price; or (b) maintain an action against the seller for damages for the breach of warranty".

[60] Auch spezifisch zum Kauf *Peel*, The Law of Contract, 15th edition, 2020, Rn. 18–043 bis 18–066; vgl. aber nun *English*, Law Quarterly Review 137 (2021), 630–657.

[61] Grundlegend für die *manufacturer's duty of care towards consumers*: Donoghue v Stevenson [1932] UKHL 100.

[62] Die Einschränkung ist nicht unbestritten; siehe aber *Huber*, Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, 1991, 14 („selbstverständlich").

Schadenersatz schließt das UN-Kaufrecht zwar aus, wenn eine Partei beweist, „that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences".[63] Ob dieser Ausschlussgrund für Ansprüche wegen mangelhafter Ware überhaupt gilt, ist umstritten; jedenfalls wird allgemein angenommen, dass er hier praktisch nicht greift.[64]

UN-Kaufrecht	
Rechtsfolgen	*Voraussetzung*
1.) Nachlieferung, Nachbesserung (Art. 46) 2.) Minderung (Art. 50) 3.) Vertragsaufhebung (Art. 49)	If the seller fails to perform any of his obligations… (Art. 45 Abs. 1)
4.) Schadenersatz (Artt. 45 Abs. 1 b, 74–77)	Außer: Hindernis konnte vernünftigerweise nicht vorhergesehen, vermieden oder überwunden werden (Art. 79)

4. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Die europäische Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus dem Jahr 1999 schließlich[65] ließ die Frage des Schadenersatzes offen. Minderung und Rücktritt sollten dem Käufer für mindestens zwei Jahre ab Lieferung offenstehen, während er den Verkäufer nach deutschem Gewährleistungsrecht bis dahin nur sechs Monate in Anspruch nehmen konnte. Vor allem sollte der Käufer grundsätzlich und vorrangig Nachlieferung oder Nachbesserung verlangen können. Die Nachlieferung sollte allerdings bei gebrauchten Gütern ausgeschlossen sein;[66] darauf ließ sich gründen, sie bei Stückschulden im Allgemeinen als ausgeschlossen zu sehen.[67]

[63] Art. 79 Abs. 1; nach Abs. 5 bezieht sich der Artikel nur auf Schadenersatz.

[64] *Huber*, Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, 1991, 15 f., 22–29; Kommentar zum UN-Kaufrecht/*Schwenzer*, Art. 79 Rn. 6.

[65] Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999.

[66] Erwägungsgrund 16: „Gebrauchte Güter können aufgrund ihrer Eigenart im allgemeinen nicht ersetzt werden. Bei diesen Gütern hat der Verbraucher deshalb in der Regel keinen Anspruch auf Ersatzlieferung. […]".

[67] In diesem Sinne *Schermaier*, in: ders. (Hrsg.), Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, 2003, 3–25 (20 f.).

Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Art. 3	
Rechtsfolgen	*Voraussetzung*
1.) Nachbesserung, Ersatzlieferung („unentgeltlich“)	
2.) Minderung 3.) Rücktritt	Nachbesserung oder Ersatzlieferung unmöglich, unverhältnismäßig oder nicht binnen angemessener Frist erfolgt
4.) weitergehende Ansprüche?	– dem nationalen Recht überlassen (Art. 8 Abs. 1) – im BGB: bei Verschulden oder Garantieübernahme
BGB 2002 *Umgesetzt für alle Kaufverträge (nicht nur den Verbrauchsgüterkauf)*	

5. Schuldrechtsreform

Mit der am 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform hat Deutschland diese Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überschießend umgesetzt, nämlich ausgedehnt auf alle Kaufverträge. Für den Verbrauchsgüterkauf gelten nur einzelne Sonderregeln; vor allem können die Parteien nicht zu Lasten des Verbrauchers vom gesetzlichen Regime abweichen.[68] Der Verkäufer soll nach dem Gesetzeswortlaut nun die Lieferung der mangelfreien Sache schulden (§ 433 Abs. 1 Satz 2); dadurch wollte man das Gewährleistungsrecht ins allgemeine Leistungsstörungsrecht eingliedern.[69] Damit verließ man den Boden von *Flumes* Deutung des alten Rechts: Auch er hatte betont, dass den Verkäufer beim Stückkauf hinsichtlich der Sachmängel keine Erfüllungspflicht trifft.[70]

Nun hat jeder Verkäufer für Mängel Ersatz zu leisten, wenn er nicht zeigen kann, dass ihm keine Fahrlässigkeit zur Last fällt (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 Satz 2, 276 Abs. 1 BGB).[71] Das Maß der erforderlichen Sorgfalt hat das Gesetz weiterhin offengelassen; *prima facie* bleibt es bei der Rechtsprechung, wonach der Verkäufer die Ware nicht untersuchen muss.

Noch weitergehend hat der Gattungskauf den Stückkauf als Modell abgelöst: Der Verkäufer muss grundsätzlich in Form der Nachlieferung dafür einstehen,

[68] Siehe schon oben Fn. 3.

[69] BT-Drs. 14/6040, 94.

[70] *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 48. Nach *Flumes* damaligen Gegnern war die mangelhafte Sache nicht einmal vertragswidrig. Siehe oben bei Fn. 36.

[71] Schon diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast kritisierte *Finkenauer*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2003, 665–669.

dass der Käufer am Ende eine mangelfreie Sache hat.[72] Darüber hinaus wird dem Verkäufer wie einem Werkunternehmer die Nachbesserung auferlegt. Damit wird der Verkäufer beinahe wie ein Hersteller behandelt. Offenbar rückt man ihn als Glied der Lieferkette in dessen Lager. Denn nur wenn man die Kette bis zum Hersteller mitbedenkt, erscheint die Annahme plausibel, dass ein Verkäufer typischerweise zur Reparatur der Kaufsache in der Lage und dass sie ihm zumutbar ist.[73]

Im Ergebnis legt das Gesetz dem Verkäufer bei wirtschaftlicher Betrachtung eine recht weitgehende Garantiehaftung für die Mangelfreiheit der Sache auf.[74] Ihn treffen die Kosten der Nacherfüllung.[75] Bei Kaufsachen, die dazu bestimmt sind, eingebaut zu werden, muss der Verkäufer auch den Ausbau und den Wiedereinbau der Ersatzsache bezahlen; so hatte es der Europäische Gerichtshof für Verbrauchsgüterkäufe entschieden[76] und steht es jetzt für alle Käufe im Gesetz.[77] Schäden an anderen Gütern sind in die Nacherfüllung also ein Stück weit einbezogen; das könnte man als Haftung auf das Integritätsinteresse bewerten. Die Verpflichtung zur Nachbesserung hat auch zur Folge, dass der Verkäufer nicht einmal frei wird, wenn die ganze Gattung – etwa die gesamte Serie – mangelhaft ist, solange nur das verkaufte Stück repariert werden kann.

Trotzdem wird weiter als Grundsatz aufrechterhalten, dass der Verkäufer sowohl das außerhalb der Sache liegende Erfüllungsinteresse als auch Schäden an anderen Rechtsgütern nur bei Verschulden zu ersetzen hat.[78] Eine Gegenauffassung gewinnt allerdings an Anhängern, die den Verkäufer zwar nicht verschuldensunabhängig in die volle Haftung nehmen, ihm aber ein Verschulden des Herstellers zurechnen möchte: Weil der Verkäufer die Sache jedenfalls bei der

---

[72] Siehe dazu *Dieckmann*, Der Nacherfüllungsanspruch. Beleg für einen Systemwechsel. – Für Nachlieferung auch beim Stückkauf BGH, Urteil vom 07.06.2006, VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64; auf die Spitze getrieben von *Bitter*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 1881–1889.

[73] Zur „Mehrbelastung des Handels" durch „Verbesserung des Verbraucherschutzes" *Wendehorst*, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 94 (96). Vergleiche zu den Problemen des Regresses die Beiträge von *Teupe* und *Atamer/Chevalley* in diesem Band, 81–103 und 105–128.

[74] Ähnlich *Ehmann*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 191 f.

[75] Siehe § 439 Abs. 2 und 3 BGB.

[76] EuGH, Urteil vom 16.06.2011, C-87, 65/09 (Gebr. Weber GmbH gegen Jürgen Wittmer; Ingrid Putz gegen Medianess Electronics GmbH).

[77] In § 439 Abs. 3; seit dem Gesetz vom 28.4.2017, BGBl. I S. 969. Siehe die Begründung, BR-Drs. 123/16, S. 39. Vgl. jetzt auch Art. 14 Abs. 3 der Warenkaufrichtlinie vom 20.5.2019 (Richtlinie (EU) 2019/771).

[78] Man muss allerdings hierbei auch beachten, dass die Reform im allgemeinen Teil des Schuldrechts als Grundsatz annimmt, dass der Schuldner durch ein zufälliges nachträgliches Leistungshindernis nur bei absoluter Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht freiwerde. Insofern soll jeder Schuldner für seine Leistungsfähigkeit grundsätzlich dem Gläubiger das Nichterfüllungsinteresse garantieren (nicht notwendig allerdings das Verzögerungsinteresse). Dazu *Albers*, in: ders./Patti/Perrouin-Verbe (Hrsg.), Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, 2022, 598–606.

Nacherfüllung mangelfrei beschaffen und dafür notfalls auch reparieren muss, kann ihr Hersteller als sein Erfüllungsgehilfe erscheinen.[79]

IV. In Zukunft ein Vermieter? – Verkäufer als Garant für die andauernde Nutzbarkeit

In Zukunft wird sich die Rolle des Verkäufers vermutlich der eines Vermieters oder Dienstleisters im Dauerschuldverhältnis annähern.[80] Seit der Schuldrechtsreform hat sich nämlich die Haftung des Verkäufers weiter verschärft: Ansätze gehen dahin, dass er nicht mehr nur für den Zustand der Sache bei Übergabe einstehen muss, sondern auch für ihre andauernde Nutzbarkeit. Das ergibt sich beim Verbrauchsgüterkauf schon aus der Vermutung, dass ein Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag, bei der neuen Aktualisierungspflicht und einem eventuellen Recht auf Reparatur tritt die Tendenz offen hervor.

1. Beweislastumkehr

Den ersten Schritt machte die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit der Vermutung, dass ein erst später aufgetretener Mangel bei Gefahrübergang vorlag. Damals galt das für sechs Monate, dies wurde inzwischen auf ein Jahr verlängert.[81] Wenn die Sache nicht ein Jahr lang mangelfrei bleibt, steht der Verkäufer also vor einem Problem: Er muss dann dartun, dass der Mangel bei Übergabe noch nicht vorlag. Praktisch kann daraus folgen, dass er für das Andauern der Tauglichkeit der Sache über diesen Zeitraum einstehen muss.

2. Aktualisierungspflicht

Eine weitere Verschärfung der Verkäuferhaftung brachte das „Recht auf Updates".[82] Seit dem 1.1.2022 muss der Verkäufer bei digitalen Produkten und Waren mit digitalen Elementen Aktualisierungen bereitstellen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind. Das gilt für einen vereinbarten Zeit-

---

[79] Im Sinne von § 278 BGB. Dafür etwa *Weller*, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 2312–2317; *Schirmer*, Archiv für die civilistische Praxis 222 (2022), 572–603.

[80] Dazu *Schmidt-Kessel*, in: Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, 2020, 9–31 (11–19); *ders*., in diesem Band, 177–205.

[81] § 477 Abs. 1 BGB.

[82] Siehe für Verträge über digitale Produkte (egal welchen Vertragstyps) §§ 327e Abs. 3 Nr. 5, 327f BGB, für Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB. Zur Abgrenzung etwa *Wendehorst*, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 2913–2919 (2914). – Die Belastung des Verkäufers kritisiert *Firsching*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, 210–220. – Umfassend mit Fokus auf das österreichische Recht *Fida*, Updates, Patches & Co.

raum oder den Zeitraum, den der Verbraucher erwarten darf.[83] Der Verkäufer des smarten Kühlschranks kann diesen natürlich nicht selbst updaten, sondern ist darauf angewiesen, dafür seinen eigenen Lieferanten und schließlich den Hersteller in Anspruch zu nehmen. Damit gerät er in Abhängigkeit von der Vertriebsstruktur des Herstellers. Der Kauf als einmaliger Austausch ohne weitere Geschäftsbeziehung dankt ab: Der Verkäufer muss sich nach der Übergabe weiterhin zur Verfügung halten, um dem Käufer den andauernden Gebrauch der Ware zu gewährleisten.

3. Nachhaltigkeit und Recht auf Reparatur

Im Dienst der Nachhaltigkeit soll die Nutzungsdauer von Gütern erhöht werden. Damit liegt eine weitere Verlängerung der Verkäuferhaftung in der Luft.

Diskutiert wird auch ein „Recht auf Reparatur".[84] Bereits jetzt sind Hersteller in gewissem Umfang verpflichtet, Waren reparierbar zu gestalten. Zusätzlich will die Europäische Union ihnen auferlegen, diese Güter auch tatsächlich zu reparieren.[85] Die Hersteller sollen aber selbst entscheiden dürfen, ob sie die Reparatur unentgeltlich vornehmen oder gegen Entgelt; das soll zum Gegenstand von Werbung und Wettbewerb werden.

Weil sie Hersteller und Verbraucher direkt ins Verhältnis setzt, könnte eine solche Reparaturpflicht grundsätzlich Händler entlasten. Nach dem Vorschlag der Kommission soll eine Herstellerpflicht nur bestehen, wenn der Defekt erst nach Gefahrübergang eintritt oder erst nach Ablauf der Haftung des Verkäufers offenbar wird.[86] Wenn der Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts gegenüber dem Verkäufer eröffnet ist, bleibt also der Hersteller weiterhin außen vor. Diese Regelung ist unglücklich und auch inkonsequent: Soll der Hersteller zur Reparatur verpflichtet sein, wenn gar kein Mangel vorlag, aber nicht, wenn der Käufer einer mangelhaften Sache versäumte, den Verkäufer vor Ablauf der Frist in Anspruch zu nehmen?

Der Vorschlag der Kommission sollte auch den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch modifzieren: Die Nachbesserung soll gegenüber der Nachlieferung den Vorrang haben, sofern sie nicht teurer ist (wie es allerdings häufig der Fall sein wird). Hier sollten Verbraucherrechte einmal auch eingeschränkt wer-

---

[83] § 475c BGB.

[84] Gefordert vom Beschluss des Europäischen Parlaments vom 7.4.2022, 2022/2515(RSP): Resolution on the Right to Repair. – Dazu insb. *Specht-Riemenschneider/Mehnert*, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht 2022, 313–338; *Neumayr* in Klever/Schiestel et. al., Nachhaltigkeit im Privatrecht, 97–120; *Arnold*, Recht auf Reparatur, 2024.

[85] COM (2023) 155: Proposal for a directive of the European parliament and of the council on common rules promoting the repair of goods. Ein veränderter Text wurde am 13.6.2024 von Parlament und Rat unterzeichnet. Er sieht auch die Nachlieferung mit reparierter Ware vor; dazu *Schwamberger* in Klever/Schiestel et. al., Nachhaltigkeit im Privatrecht, 121–142.

[86] Siehe Art. 1 Abs. 2 von Vorschlag und Richtlinie und die dazugehörige Erläuterung.

den: Damit nicht so viel weggeworfen wird, sollte der Verbraucher nicht länger die Nachlieferung wählen dürfen.[87] Der von Parlament und Rat unterzeichnete Text ist hiervon wieder abgerückt. Stattdessen wird angeordnet, dass der Haftungszeitraum des Verkäufers sich bei einer Reparatur um 12 Monate verlängert und der Verkäufer den Käufer hiervon vor der Entscheidung unterrichten muss. So soll ein Anreiz geschaffen werden, sich für Reparatur zu entscheiden.[88] Die Anreizwirkung erscheint aus deutscher Sicht als begrenzt, weil die Nachlieferung ebenso wie die Nachbesserung zum Neubeginn der Verjährung führen kann, sofern sie nicht aus Kulanz erfolgen, sondern damit ein Anerkenntnis des Anspruchs auf Nacherfüllung erklärt wird.[89]

Die Fokussierung auf die Reparatur rückt Händler noch näher an Hersteller heran; die Händler müssen sich der Mitwirkung der Hersteller versichern.[90] Entlastet werden könnten Händler allerdings faktisch, wenn es ihnen gelänge, die Kunden mit ihrem Nachbesserungsverlangen an den Hersteller zu verweisen – wie Händler es heute vielfach versuchen, wenn der Hersteller eine Garantie abgegeben hat. Die Hersteller, die sich ohnehin auf Reparaturen einzustellen haben, werden solche vielleicht auch für dann anbieten, wenn der Mangel einer Gewährleistung unterliegt.

V. Fazit

Der Überblick über die Entwicklung ergibt das folgende Gesamtbild.

1. Die Rolle des Verkäufers im Wandel

Vergleicht man die Rolle des Verkäufers in den hier gebildeten drei Phasen, so zeichnet sich die Orientierung in eine bestimmte Richtung ab. Zunächst erscheinen Verkäufer und Käufer im gleichen Abstand zur Sache. Der Verkäufer wurde weder wie jemand angesehen, der die Sache hergestellt hat und deswegen dafür einstehen muss, noch als jemand, der die Sache im Besitz oder schon lange

---

[87] Vgl. Art. 12 des Vorschlags; deutlicher Erwägungsgrund 28. – Dass Art. 12 nach seinem Wortlaut nur die Verteidigungsmöglichkeiten des Verkäufers ausschließe, wie *Arnold*, Reparatur, 103, meint, erscheint mir angesichts des Wortlauts des dadurch ergänzten Art. 13 der Richtlinie (EU) 2019/771 unzutreffend; hier ist nicht nur – wie in § 439 Abs. 4 BGB – ein Verteidigungsmittel des Verkäufers geregelt, sondern die Beziehung insgesamt. Eine andere Formulierung wäre gleichwohl wünschenswert.

[88] Art. 16 ändert die Richtlinie (EU) 2019/771 (neu eingefügt werden Art. 10 Ab. 2a und 13 Abs. 2a); dazu Erwägungsgründen 40–41.

[89] Siehe – mit allerdings anderem Zungenschlag – BGH, Urteil vom 05.10.2005, VIII ZR 16/05, BGHZ 164, 196 (Rn. 16). Es ist unglücklich, diese Rechtsfolge von einer Willenserklärung des Verkäufers abhängig zu machen, statt sie durch Rechtssatz anzuordnen. Die Auswirkungen des Nacherfüllungsversuchs auf die Verjährung sind dementsprechend umstritten.

[90] Siehe oben bei Fn. 73.

verwendet hat und deswegen kennt. Als normal erschien, dass auch der Verkäufer die Sache nur gekauft hat und sie nun an einem anderen Ort oder zu einer anderen Zeit wieder veräußert. Dem so gedachten Verkäufer mutete man bei einem Sachmangel grundsätzlich nur Minderung und Rücktritt zu.

Das Bild änderte sich nicht grundlegend, als der Gattungskauf hinzukam. Im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 schuldete der Verkäufer hierbei Beschaffung einer mangelfreien Sache aus der Gattung, haftete aber nach wie vor im Ergebnis regelmäßig nicht für Schäden des Käufers: Zwar sollte die allgemeine Haftung für Verschulden jedenfalls bei Schäden am Integritätsinteresse neben dem gewährleistungsrechtlichen Ersatzanspruch angewendet werden dürfen, nach Teilen der Literatur auch bei anderen Schäden. Doch traf den Verkäufer nur unter besonderen Umständen ein Verschulden für Fehler der Sache, weil er diese nicht herzustellen hatte und regelmäßig auch nicht kontrollieren musste.

Bei Schäden an anderen Rechtsgütern half die Rechtsprechung, indem sie im Rahmen deliktischer Ansprüche des Käufers gegen den Hersteller unter Umständen dessen Verschulden vermutete. Das französische und das englische Recht gewähren in solchen Situationen ähnliche Direktansprüche gegen den Hersteller, die allerdings in Frankreich vertraglich konzipiert werden.

In der zweiten Phase – die andere Rechtsordnungen früher erreicht haben, das deutsche Recht aber erst gegen Ende des zwanzigsten Jahrhunderts – erscheint der Verkäufer als verlängerter Arm des Herstellers: Er muss in größerem Maße für die Sache einstehen und muss dann die Kette hinauf regressieren. Nach französischem Recht müssen professionelle Verkäufer ohne weiteres für Schäden einstehen, die durch fehlerhafte Produkte verursacht werden. Wenn der Verkäufer im englischen Recht überhaupt für Mängel einstehen muss, dann aufgrund einer Garantie, die ihn verschuldensunabhängig zum Ersatz sowohl des negativen als auch des positiven Interesses verpflichtet. Das UN-Kaufrecht hat diesen verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch übernommen.

Durch die Ausdehnung der Nacherfüllungspflicht auf den Stückkauf und um die Nachbesserung hat das deutsche Recht sich dieser verschuldensunabhängigen Einstandspflicht ein Stück weit angenähert. Als Grundsatz wird das Verschuldensprinzip aber weiterhin hochgehalten. Die Abwicklung der Nacherfüllung kann eine Kooperation des Verkäufers mit dem Hersteller erforderlich machen. Diese Notwendigkeit der Kooperation mag den Trend befeuern, dass Wertschöpfungsketten durch einzelne Leitunternehmen dominiert werden.[91]

Die dritte, sich mit der zweiten überlappende Phase ist gekennzeichnet durch die Verantwortlichkeit des Verkäufers für die andauernde Nutzbarkeit der Sache. Mehr und mehr muss der Verkäufer nicht nur den Zustand bei Übergabe, sondern auch die dauerhafte Nutzbarkeit der Sache durch den Käufer sicherstellen. Den ersten Schritt in diese Richtung ging schon die Umkehr der Beweislast

[91] Siehe dazu *Neiberger/Herb*, in diesem Band 3–15.

dafür, dass ein Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag. Einen entscheidenden zweiten Schritt geht der Anspruch auf Aktualisierungen bei digitalen Produkten und Waren mit digitalen Elementen. Ambivalent sind die Überlegungen zu einem Recht auf Reparatur: Einerseits droht den Verkäufern mehr Streit über die von ihnen präferierte Art der Nacherfüllung, andererseits kann es die Verkäufer entlasten, wenn den Kunden alternativ ein Direktanspruch gegen die Hersteller zur Verfügung steht.

2. Gegenwärtige Trends und unreflektierte Rollenbilder

Deutlich ist der Trend, dass der Letztkäufer die dauerhafte Nutzbarkeit der erworbenen Ware verlangen kann. Schon angesichts der Alltagsbeobachtung, dass Produkte immer kürzer halten, wird man das nur begrüßen können – jedenfalls bei massenhaft hergestellter Ware.

Weniger klar erkennbar erscheint ein Trend in der Frage, gegenüber wem der Käufer Ansprüche wegen Mängeln geltend machen muss. Wegen seines Integritätsinteresses kann und muss er sich heute bereits vielfach an den Hersteller wenden, im Übrigen setzen die Rechtsordungen auf Abwicklung entlang der Kette. Die Rechtspolitik diskutiert das Thema nicht grundsätzlich.

Die Frage des Abwicklungsverhältnisses erhellt sich, wenn man sie unter dem Gesichtspunkt der Veränderung des Rollenbilds des Verkäufers betrachtet. Nur wenn man den Verkäufer als Glied einer Lieferkette ansieht, kann man überhaupt in Betracht ziehen, anders als über ihn abzuwickeln; nur dann bietet sich der Hersteller als Gegner für Rechtsbehelfe des Käufers an. Die Abwicklung über den Verkäufer ist demgegenüber geprägt von der Vorstellung eines unabhängig agierenden Händlers, dessen Ware vielleicht auf gar keinen bestimmten Hersteller zurückgeführt werden kann.

Was Voraussetzungen und Inhalt der dem Käufer wegen Mängeln zustehenden Rechtsbehelfe angeht, wirkt die Vorstellung eines unabhängigen Händlers – wie gezeigt – nicht mehr typenprägend: Der Verkäufer garantiert recht weitgehend für die Nutzbarkeit der Sache, als habe er sie im Rahmen eines Werkvertrags für den Käufer hergestellt; oder als sei er eine Außenstelle des Herstellers. Es ist aber eben diese Vorstellung vom unabhängig agierenden Händler, die es uns weiterhin selbstverständlich erscheinen lässt, dass der Käufer sich wegen eines Mangels an ihn halten soll.

Zugespitzt lässt sich beobachten: Voraussetzungen und Inhalt unserer Käuferrechtsbehelfe passen auf den Erwerb massenhaft hergestellter und über eine Kette von Kaufverträgen vertriebener Güter. Dass aber diese Behelfe nicht gegen den Hersteller gerichtet werden, sondern gegen den Verkäufer, passt auf die Vorstellung unabhängiger Händler, die Gegenstände gerade nicht als Massenvertrieb von Neuware verkaufen.

3. Ein Vorschlag zur Differenzierung

Angebracht erscheint eine Differenzierung:[92] Wo es nicht um den Massenvertrieb von Neuware geht, dürfte das ältere Regelungsmodell der Rolle des Verkäufers eher gerecht werden. Danach müsste ein solcher Verkäufer für die Nutzbarkeit der Sache grundsätzlich nur im Wege von Rücktritt und Minderung einstehen, beim Gattungskauf auch durch Nachlieferung. Mehr kann selbst von unternehmerischen Verkäufern nicht ohne weiteres erwartet werden. Ansprüche auf Nachbesserung oder Schadenersatz erscheinen – abgesehen von Zusicherungen, Arglist und einem Verschulden bei der Vertragserfüllung – nur gerechtfertigt, wenn der Verkäufer im Lager des Herstellers steht. Die gegenwärtige Rechtspraxis hingegen überfordert Verkäufer, die nicht bei einem Hersteller regressieren können, mit Gewährleistungsrechten.

Bei neu hergestellten Gütern sollten Gerichte und Gesetzgeber nicht davor scheuen, auch Ansprüche wegen der Gebrauchstüchtigkeit der Sache gegen den Hersteller zu richten.[93] Der Hersteller hat die ursprüngliche Qualität seiner Produkte in der Hand, gerade bei den hochtechnisierten, besonders bei den von Software und Daten abhängigen Produkten kann nur er ihre Verwendbarkeit auf Dauer sicherstellen. Der Endabnehmer – sei er Verbraucher oder Unternehmer – sollte nicht das Risiko der Regresskette tragen müssen: Die kann nämlich unterbrochen sein, etwa wenn ein Verkäufer zahlungsunfähig geworden ist, oder auch nur sein Geschäft aufgegeben und das Land verlassen hat, oder – als juristische Person – nicht mehr existiert.

Direktansprüche gegen den Hersteller sollten sowohl auf den Erhalt der zu erwartenden Gebrauchstauglichkeit gerichtet werden können, als auch auf den Ersatz von Schäden. Anknüpfungspunkt wäre stets das fehlerhafte Inverkehrbringen. Die Fehlerhaftigkeit darf natürlich nicht mit Blick auf eine Vereinbarung zwischen dem späteren Verkäufer und dem späteren Käufer bestimmt werden. Zu stützen wäre die Haftung vielmehr entweder auf eine stillschweigende Garantie oder auf eine besondere Form der gesetzlichen Haftung. Als deliktisch sollte man diese Haftung auch wegen ihres Tatbestandes nicht beschreiben. In der Rechtsfolge ginge sie schon mit Blick auf die Nacherfüllung über das Integritätsinteresse hinaus. Maßstab wäre die objektiv – unter Einbeziehung von

---

[92] Für eine Differenzierung verschiedener Kaufvertragstypen auch *Huber*, in: FS für Peter Ulmer, 2003, 1165–1197.

[93] Vgl. auch den Vorschlag für eine Direkthaftung des Herstellers von *Wendehorst*, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 94–99 und 138–144. Der österreichische Gesetzgeber hat sich Bedenken von *Brigitta Zöchling-Jud* angeschlossen und ist dem Vorschlag nicht gefolgt: „Rechtsdogmatisch wäre es ein heikler, in seinen Folgewirkungen nicht gänzlich einschätzbarer Weg", auf dem Österreich auch aus Wettbewerbsgründen nicht vorangehen solle (Erläuterung der Regierungsvorlage zum Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz, 949 der Beilagen XXVII. Geschäftsperiode, S. 8 f.).

Äußerungen in der Werbung und so weiter – zu erwartende Qualität und Nutzbarkeit des Produkts. Im Umfang der Nacherfüllung könnte der Hersteller verschuldensunabhängig, weitergehend nur bei Verschulden haften.[94] Herstellerhaftung bedeutet Ablösung vom einzelnen Kaufvertrag. Das klingt gravierender, als es angesichts der geringen tatsächlichen Bedeutung ist, die vertragliche Abreden im Massengeschäft haben.

Angesichts der auszubauenden Direktansprüche gegen den Hersteller sollte man erwägen, den Verkäufer auch im Rahmen des Vertriebs neu hergestellter Güter ein Stück weit aus der Haftung zu entlassen. Die Beziehung zwischen Käufer und Verkäufer muss immer dann maßgeblich bleiben, wenn es wirklich auf den Kaufvertrag ankommt: Weil ein Rechtsbehelf tatbestandlich an bestimmte Zusagen oder Vereinbarungen oder an Arglist des Verkäufers anknüpft, oder weil die Rechtsfolge – von Wandelung und Rücktritt – auf den Preis gerichtet ist, dessen Höhe mit dem Verkäufer vereinbart und der ja auch an diesen geleistet wurde.[95] Was eine Ersatzhaftung des Verkäufers angeht, so sollte man von einer Zurechnung des Herstellers absehen, wenn nun ein Direktanspruch zu Gebot steht. Eine Haftung für eigenes Verschulden des Händlers, etwa beim Transport, bleibt aber möglich. Die Nachlieferung kann beim Gattungskauf auch mit Blick auf Fehler gerechtfertigt sein, die erst entstanden sind, nachdem der Hersteller die Ware in Verkehr gebracht hat. Wann der Fehler entstanden ist, kann der Käufer nicht erkennen, das rechtfertigt einen umfassenden Nachlieferungsanspruch gegen den Gattungsverkäufer. Die Nachbesserung hingegen dürfte durch den Direktanspruch gegen den Hersteller obsolet werden. Es wäre ein besonderes Privileg für den Käufer, ihm für dieses Begehren zwei Schuldner zur Auswahl zu geben, gegen den Händler eigentlich nur für den Fall, dass der Hersteller ausfällt. Just in diesem Fall blieben der Händler und seine Vormänner auf der Verpflichtung zur Reparatur sitzen, weil ein Vorgehen gegen den Hersteller scheiterte; das erscheint nicht gerechtfertigt.

Die zu erwartende weitere Technisierung und Vernetzung des Konsums lässt erwarten, dass zukünftig das Bedürfnis noch steigt, Ansprüche wegen Mängeln der Nutzbarkeit direkt gegen die Hersteller von Produkten und die Betreiber digitaler „Ökosysteme“ zu richten, anstatt dafür Mittelsleute in die Haftung zu nehmen. Die Devise muss sein: Zurück zum Verkäufer als bloßen Händler, weg von der kaufvertraglichen Nachbesserung und hin zu einem die Nachbesserung umfassenden Direktanspruch gegen den Hersteller wegen fehlerhafter Produkte!

---

[94] So auch *Wendehorst* in §§ 3 Abs. 1 und 4 ihres Vorschlags.

[95] Hingegen will *Wendehorst* gegen den Hersteller auch Ansprüche auf Ausgleich des mangelbedingten Minderwerts und auf Erstattung des Wertes gegen Rückstellung gewähren (§ 3 Abs. 2 ihres Vorschlags). Das interferiert meines Erachtens zu stark mit dem Kaufvertrag.

Literaturverzeichnis

Albers, Gregor, Perpetuatio obligationis. Verurteilung trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht, Köln 2019.

ders., Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich, in: Albers, Gregor/Harst, Joachim/Kaesling, Katharina (Hrsg.), Wortgebunden. Zur Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur, Frankfurt am Main 2021, 29–88.

ders., Der Einfluss unerwarteter Ereignisse auf den Vertrag nach deutschem Recht, in: Albers, Gregor/Patti, Francesco Paolo/Perrouin-Verbe, Dorothée (Hrsg.), Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens, Tübingen 2022, 573–635.

Arnold, *Stefan*, Recht auf Reparatur. Vertragliche Umsetzung und Herausforderung für das Handwerk, Baden-Baden 2024.

Atamer, Yeşim M./Chevalley, Cyrill A. H., Mängelhaftung und Regress. Eine Herausforderung für Händler?, in diesem Band, 105–128.

Bähr, Otto, Besprechung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 30 (1888), 321–414, 481–570.

Behrends, Okko, Der ungleiche Tausch zwischen Glaukos und Diomedes und die Kauf-Tausch-Kontroverse der römischen Rechtsschulen, Historische Anthropologie 10 (2002), 245–266 = ders., Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze, Band 2, Göttingen 2004, 629–653.

Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, Band 3, Heidelberg 1999.

Bitter, Georg, Der Nachlieferungsanspruch beim Stück-, Vorrats- und Gattungskauf in Sachmängelfällen sowie beim Untergang der Sache. Aufbruch zu neuem Denken im reformierten Schuldrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2007, 1881–1889.

Camodeca, Giuseppe, Tabulae Herculanenses: riedizione delle emptiones di schiavi, in: Manthe, Ulrich/Krampe, Christoph (Hrsg.), Quaestiones Iuris. Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag, Berlin 2000, 53–76.

Charmatz, Hans, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, Unveränderter Neudruck Frankfurt am Main 1968.

Collart Dutilleul, François/Delebecque, Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11. Aufl., Paris 2019.

Daguet-Gagey, Anne, Splendor aedilitatum. L'édilité à Rome (Ier s. avant J.-C.–IIIe siècle après J.-C.), Rom 2015.

Dieckmann, Andreas, Der Nacherfüllungsanspruch. Beleg für einen Systemwechsel im Schuldrecht von der Stück- zur Gattungsschuld, Baden-Baden 2007.

Eck, *Werner/Heinrichs*, *Joachim Johannes*, Sklaven und Freigelassene in der Gesellschaft der römischen Kaiserzeit, Darmstadt 1993.

Ehmann, Horst, Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung?, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, 165–217.

English, *Jordan*, The Nature of „Promissory Conditions", Law Quarterly Review 137 (2021), 630–657.

Ernst, *Wolfgang*, Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht, ZRG RA 114 (1997), 272–344.

ders., Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1999, 583–641.

ders., Kommentierung des Kaufrechts (vor § 433 und §§ 433–449), in: Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Historisch Kritischer Kommentar zum BGB, Band 3, Tübingen 2013.

ders., Klagen aus Kauf (§ 79) in: Babusiaux, Ulrike/Baldus, Christian/Ernst, Wolfgang/Meissel, Franz-Stefan/Platschek, Johannes/Rüfner, Thomas (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Tübingen 2023, 2039–2288.

Fida, Sophia, Updates, Patches & Co. Zivilrechtliche Fragen zur Softwareaktualisierung, Wien 2022.

Finkenauer, *Thomas*, „Garantiehaftung" des Verkäufers für Sachmängel?, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2003, 665–669.

FIRA (Fontes Iuris Romani Antejustiniani), Band 3, herausgegeben von Vincenzo Arangio-Ruiz, Florenz 1943.

Firsching, Lukas, Der Kauf von Sachen mit digitalen Elementen. Kommentar zum Referentenentwurf des BMJV zu einem Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, 210–220.

Flume, Werner, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948.

Haferkamp, *Hans-Peter*, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 1. Aufl., Köln 2022.

Herschel, Wilhelm, Anmerkung zu RG, Urteil vom 08.11.1940, III 27/40, Deutsches Recht 1941, 638.

Huber, *Ulrich*, Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, Berlin/New York 1991.

ders., Die Haftung des Vertragshändlers gegenüber seinem Abnehmer nach neuem Kaufrecht, in: Habersack, Mathias/Hüfferr, Uwe/Hommelhoff, Peter/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2.1.2003, Berlin 2003, 1165–1197.

Kaser, *Max/Knütel*, *Rolf/Lohsse*, *Sebastian*, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 22. Aufl., München 2021.

Knütel, *Rolf*, Hoffnungskauf und Eviktionshaftung, in: Jakab, Eva/Ernst, Wolfgang (Hrsg.), Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin 2008, 139–148.

Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann/Behrends, Okko, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, Band 4, Heidelberg 2005.

Köhler, *Ben*, Das Kaufvertragsrecht im Vorentwurf zur Reform des französischen besonderen Vertragsrechts, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2023, 809–842.

Leenen, Detlef, Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin/Leipzig 1888.

Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Neiberger, Cordula/Herb, Christopher, Neue Rollen für Akteure auf dem Weg vom Hersteller zum Kunden. Einflüsse der Digitalisierung, in diesem Band 3–15.

Neumayr, Uwe, Ein neues Right to Repair – Bestehende Regelungen und Alternativen de lege ferenda, in: Klever, Lukas/Schiestl, Julia M. et al. (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Privatrecht. Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft Linz 2022, Baden-Baden 2023, 97–120.

Peel, *Edwin*, The Law of Contract, 15. Aufl., London 2020.

Platschek, *Johannes*, Strict Liability for Defects as to Quality of an Object Sold. Application and Exclusion in Roman and Contemporary German Law, in: Babusiaux, Ulrike/Igimi, Mariko (Hrsg.), Messages from Antiquity. Roman Law and Current Legal Debates, Köln 2019, 15–31.

Pothier, Robert-Joseph, Traité du contrat du vente, in: Dupin, M. (Hrsg.), Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français, Band II, Paris 1823.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles/Spahn/Gebhard, Band 1, Berlin 1897.

Rabel, *Ernst*, Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung, 2 Bände, Berlin Tübingen 1958 (Band 1: unveränderter Nachdruck aus 1936).

Rückert, Joachim, Leistungsstörungen und Juristenideologien heute und gestern – ein problemgeschichtlicher Beitrag zum Privatrecht in Europa, in: Taeger, Jürgen/Wiebe, Andreas (Hrsg.), Informatik – Wirtschaft – Recht. Regulierung in der Wissensgesellschaft. Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2004, 705–744 (= Ausgewählte Aufsätze in zwei Bänden, Stockstadt 2012, Band 2, 613–646).

Samuel, Geoffrey, Classification of contracts: A view from a common lawyer, in: Andrés Santos, Francesco/Baldus, Christian/Dedek, Helge (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, Berlin 2011, 117–152.

Schermaier, Martin, Bona fides in Roman contract law, in: Zimmermann, Reinhard/Whittaker, Simon (Hrsg.), Good Faith in European Contract Law, Cambridge 2000, 63–92.

ders., Rechtsangleichung und Rechtswissenschaft im kaufrechtlichen Sachmängelrecht, in: ders. (Hrsg.), Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, München 2003, 3–25.

ders., New Law Based on Old Rules: Antecedents and Paragons of the Modern Law on Producers' Liability, in: Ebers, Martin/Jansen, André/Meyer, Olaf (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability. Direct Producers' liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress, München 2009, 77–104.

ders., Auctorem auctoris laudare? Historisches und Vergleichendes zur „action directe" im Kaufrecht, in: Muscheler, Karlheinz (Hrsg.), Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, Berlin 2011, 543–573.

Schirmer, Jan Erik, Hersteller sind Erfüllungsgehilfen, Archiv für die civilistische Praxis 222 (2022), 572–603.

Schmidt-Kessel, Martin, Wandlungen des Privatrechts. Erwartungen an ein Privatrecht 2050, in: Beyer, Elena/Erler, Katharina et al. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, Baden-Baden 2020, 9–31.

ders., Vom Austauschvertrag zum Dauerschuldverhältnis, in diesem Band 177–205.

Schröder, *Rainer/Thiessen*, *Jan*, Von Windscheid zu Beckenbauer – die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag, Juristenzeitung 2002, 325–329.

Schwamberger, Sebastian, Die Ersatzlieferung durch „refurbished goods", in: Klever, Lukas/Schiestl, Julia M. et al. (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Privatrecht. Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2022, Baden-Baden 2023, 121–142.

Schwenzer, Ingeborg/Schroeter, Ulrich G. (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl., München 2019.

Sirks, *Boudewijn*, Food for Rome. The Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople, Amsterdam 1991.

Soergel, Hans Theodor (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3: Schuldrecht II, 12. Aufl., Berlin/Köln 1991.

Specht-Riemenschneider, Louisa/Mehnert, Victor, Updates und das „Recht auf Reparatur". Zum Zusammenspiel vertragsrechtlicher Aktualisierungspflichten und der Ökodesign-Richtlinie, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht 2022, 313–338.

Stoffel-Munck, Philippe et al., Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, 2022, https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/avant_projet_brut_juillet2022.pdf (zuletzt abgerufen am 24.06.2024).

Süß, Theodor, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleistung, Leipzig 1931.

Teupe, Sebastian, Wer trägt die Kosten der Reparatur? Hersteller-Händler-Verhältnisse in der alten Bundesrepublik und das Problem des Händlerregresses am Beispiel der Fernsehgeräteindustrie, 1950–1990, in diesem Band 81–103.

Varro, Marcus Terentius, De re rustica, zitiert nach der Ausgabe mit Übersetzung von Hooper, William Davis, überarbeitet von Ash, Harrison Boyd, On Agriculture, London/Cambridge (Mass.) 1967.

Weller, Matthias, Die Verantwortlichkeit des Händlers für Herstellerfehler, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 2312–2317.

Wendehorst, Christiane, Direkthaftung des Herstellers. Eine Machbarkeitsstudie für die Umsetzung der neuen Gewährleistungs-RL in Österreich, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 94–99 und 138–144.

dies., Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 2913–2919.

Wieacker, *Franz*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1996.

Windscheid, *Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bände, 7. Aufl., Frankfurt am Main 1891.

Wenn Hersteller vermehrt zu Einzelhändlern werden

Eine ökonomische Bestandsaufnahme und zur Frage des Verbraucherschutzes durch ein Widerrufsrecht[1]

Hendrik Schröder

I. Wissen schaffen – einige Vorbemerkungen 49
II. Nominaldefinitionen für dieses Thema 51
III. Eine Systematik für den Direktvertrieb von Herstellern und Entwicklung der Ausprägungen 52
1. Direktvertrieb nach dem Residenzprinzip 53
2. Direktvertrieb nach dem Domizilprinzip 55
3. Direktvertrieb nach dem Treffprinzip 56
4. Direktvertrieb nach dem Distanzprinzip 56
5. Direktvertrieb durch die Kombination verschiedener Kontaktprinzipien. 57
IV. Das Widerrufsrecht und der Direktvertrieb nach verschiedenen Kontaktprinzipien 58
V. Fazit 62
Literaturverzeichnis 63

I. Wissen schaffen – einige Vorbemerkungen

Die Wirtschaftswissenschaften lassen sich als Realwissenschaft verstehen: Sie befassen sich mit realen Phänomenen. Gemeint sind Vorgänge, die sinnlich wahrnehmbar sind, also einer Beobachtung zugänglich sind. Wirtschaftswissenschaften untersuchen solche Beobachtungen im Licht von Theorien. Eine Theorie kann man verstehen als „das Netz, das wir auswerfen, um die Welt einzufangen – sie zu rationalisieren, zu erklären und zu beherrschen. Wir arbeiten daran, die Maschen des Netzes immer enger zu machen."[2]

Ein Vorschlag ist, den Vorgang des Schaffens von Wissen in vier Phasen einzuteilen.[3] Im ersten Schritt geht es darum, für die realen Phänomene Begriffe zu definieren und Systematiken festzulegen, mit denen sich eine Vielzahl von Er-

[1] Gregor Albers herzlichen Dank für die kritische Durchsicht des Manuskriptes und wertvolle Anregungen.

[2] *Popper*, Logik der Forschung, 31.

[3] *Kornmeier*, Wissenschaftstheorie und wissenschaftliches Arbeiten, 24 f.

scheinungen in der Realität zusammenfassen lässt, um die Komplexität zu reduzieren und so die Arbeit in den weiteren Schritten zu erleichtern. Der zweite Schritt nimmt Theorien zum Ausgangspunkt, um Ursache-Wirkungs-Beziehungen zwischen Realphänomenen zu beschreiben, zu erklären und zu prognostizieren. Der dritte Schritt untersucht, mit welchen Mitteln sich bestimmte Ziele des Wirtschaftens erreichen lassen. Der vierte Schritt geht der Frage nach, ob die geplanten Ziele bzw. die vorgesehenen Maßnahmen aus der Sicht bestimmter sozialer Gruppen erwünscht sind bzw. ob sie unerwünschte Nebenwirkungen aufweisen.

Wir befassen uns im Folgenden zunächst mit dem *ersten Schritt* und legen für die weiteren Ausführungen zunächst fest, wie wir die *Begriffe des Themas definieren* und welche *Systematik* wir verwenden, um die verschiedenen Formen, in denen Hersteller zu Einzelhändlern werden, zu erfassen. So legen wir offen, wie unser Verständnis für das Thema ist. Dies ist vor allem dann notwendig, wenn – wie in diesem Fall – Vertreter verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen in einen Gedankenaustausch eintreten. Aber selbst wenn es Vertreter derselben Disziplin sind, ist dieser Schritt für die Grundlegung eines gemeinsamen Begriffsverständnisses und die sich daran anschließende Diskussion unerlässlich.

Wir gehen von *Nominaldefinitionen* aus. Dies sind Sprachregelungen, die festlegen, welche Begriffe einen Sachverhalt beschreiben. Nominaldefinitionen zeichnen sich durch die Eigenschaften aus, dass sie niemals vollständig sein können, da jeder verwendete Begriff wiederum zu definieren wäre, dass sie weder wahr noch falsch sind, dass ihre Verwendung sinnvoll oder nicht sinnvoll sein kann und dass ihre Verwendung keinen Selbstzweck verfolgt, sondern, wie bereits oben angesprochen, die Grundlage für das Verständnis von Lesern und Zuhörern ist.[4]

Die Festlegung von Nominaldefinitionen kann dazu führen, dass dieselben Begriffe mit unterschiedlichen Inhalten belegt oder verschiedene Begriffe für denselben Inhalt verwendet werden.

Des Weiteren geben wir für die einzelnen Fallgruppen der Systematik *Fallbeispiele aus der Realität* und machen Angaben über ihre Entwicklung. Wir ziehen dann aber keine Theorie heran, um zu begründen, warum es zu einem Anstieg oder Abstieg des Beobachteten kommt. Zum Schluss folgt ein Blick auf das Widerrufsrecht der Endkunden, da unsere vorangegangenen Überlegungen zeigen, dass nicht allein das Kontaktprinzip und damit der Ort, sondern auch die Eigenschaften von Waren in der jeweiligen Situation für die Verträge von Herstellern mit Endkunden relevant sind.

---

[4] *Nienhüser/Magnus*, Die wissenschaftliche Bearbeitung personalwirtschaftlicher Problemstellungen, 10.

II. Nominaldefinitionen für dieses Thema

Wenn Hersteller vermehrt zu Einzelhändlern werden, so sei damit gemeint, dass sie – die Hersteller – Endkunden als Vertragspartner haben und somit die Wirtschaftsstufe(n) des *institutionellen Einzelhandels* überspringen bzw. ausschalten. Diese vertragliche Beziehung wird auch als direkter Vertrieb bezeichnet. Vertreibt dagegen ein Hersteller seine Ware zunächst an Händler und diese die Ware schlussendlich an Endkunden, so sei von indirektem Vertrieb gesprochen. Überspringt ein Hersteller die Großhandelsstufe und verkauft die Ware an Einzelhändler, so sei dies als einstufiger Vertrieb, im anderen Fall als mehrstufiger Vertrieb bezeichnet. Vertreibt ein Hersteller seine Ware über verschiedene Absatzkanäle, etwa über Onlineshops und über stationäre Geschäfte, an Kunden derselben Wirtschaftsstufe, hier Endkunden, so finden sich dafür die Begriffe mehrgleisiger Vertrieb und speziell bezogen auf die Endkunden: Multi-, Omni- und Cross-Channel-Retailing..[5]

Ein Hersteller sei ein Betrieb, der Einsatzprodukte so kombiniert bzw. verändert, dass daraus neue Produkte entstehen. In jedem Fall betreibt ein Hersteller – sofern er die erstellten Waren nicht selbst verbraucht – *Handel im funktionalen Sinne*, womit der wirtschaftliche erwerbsstrebige Güteraustausch durch die Übertragung von Verfügungsrechten von Person zu Person gemeint sei.

Ein Händler sei ein auf den Güteraustausch spezialisierter Betrieb, der bewegliche Sachgüter (Waren) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung kauft und verkauft. Bei so definierten Handelsbetrieben sprechen wir von *Handel im institutionellen Sinne*. Ein Großhandelsbetrieb sei ein Handelsbetrieb, der Waren an Wiederverkäufer (Einzelhändler), gewerbliche Kunden oder Großabnehmer verkauft. Ein Einzelhandelsbetrieb sei ein Handelsbetrieb, der Waren an Endkunden verkauft. Ein Endkunde sei der letzte Käufer einer Ware.

Die letzten Jahrzehnte haben gezeigt, dass immer wieder neue Begriffe für identische Inhalte verwendet werden. Als einen wesentlichen Treiber dieser Entwicklung kann man Unternehmensberatungen identifizieren, die versuchen, mit neuen Begriffen eine vermeintlich alleinstehende Leistung zu markieren und zu vermarkten. Ein anderer wesentlicher Treiber, durchaus verknüpft mit dem ersten, ist die Digitalisierung von Prozessen im Handel. So finden sich zum Beispiel die Begriffe *Dis-Intermediation* für die Ausschaltung der Handelsstufe und *Re-Intermediation* für die Wiedereinschaltung der Handelsstufe.[6] Für Endkunden tauchen auf einmal die Begriffe Shopper, Customer oder Consumer auf. Teilweise erschließt sich nicht unmittelbar, ob mit Consumer ein Verbraucher oder ein Endkunde gemeint ist. Dies mutet ein bisschen wie die

---

[5] *Schröder/Ahlert*, Stichwort: Vertriebswegepolitik, in: Diller (Hrsg.), Vahlens Großes Marketinglexikon, 1809ff.

[6] *Barth/Hartmann/Schröder*, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 43.

Fernsehserie aus den 1960er und 1970er Jahren an: „Daß (k)einer des anderen Sprache verstehe“.[7] Im Übrigen kann es durchaus sinnvoll und geboten sein, zwischen „Käufern“ und „Verbrauchern“ zu unterscheiden.

Auch bei der Betrachtung der beiden Disziplinen Jura und Wirtschaftswissenschaften lässt sich feststellen, dass die Verwendung von Nominaldefinitionen nicht unbedingt zu einem unmittelbar nachvollziehbaren Verständnis beiträgt – muss es auch nicht, man muss nur wissen, dass es so ist. So differenziert die Baunutzungsverordnung (BauNVO) begrifflich zwischen „Läden“ und „Einzelhandelsbetrieben“, meint mit Läden aber auch Betriebe des Einzelhandels. In den Gesetzen der Länder zu den Ladenöffnungszeiten findet sich als zentraler Begriff „Verkaufsstellen“, worunter unter anderem „Ladengeschäfte aller Art“ zu verstehen sind. Nicht findet sich der Begriff „Einzelhandelsbetriebe“. Wie schon erwähnt: „Daß (k)einer des anderen Sprache verstehe“.

III. Eine Systematik für den Direktvertrieb von Herstellern und Entwicklung der Ausprägungen

Nominaldefinitionen und Systematiken sollen zweckorientiert sein. Der Zweck der interdisziplinären Veranstaltung unter dem Titel „Vertrieb und Vertrag an der Schwelle zur Dienstleistungswirtschaft“ ist die Beantwortung der Frage, ob Änderungen in der Realität es erforderlich machen zu prüfen, inwieweit vorhandene Vertragsregeln auf diese Änderungen angewandt werden können oder ob es neuer Regelungen bedarf, um entsprechende Verträge auszugestalten.

In diesem Beitrag geht es um das Thema „Wenn Hersteller vermehrt zu Einzelhändlern werden“. Wir verwenden, um die verschiedenen Formen des Direktvertriebs zu erfassen, eine Systematik, die sich an *Kontaktprinzipien* ausrichtet. Gemeint sei damit der *Ort*, an dem es zu einem Vertrag zwischen einem Hersteller und einem Endkunden kommt. Es lassen sich vier Kontaktprinzipien unterscheiden: das Residenzprinzip, das Domizilprinzip, das Treffprinzip und das Distanzprinzip.[8] Beim *Residenzprinzip* sucht der Endkunde den Hersteller in dessen „Residenz“ auf; es handelt sich dann um stationären Einzelhandel. Beim *Domizilprinzip* sucht der Hersteller den Endkunden in dessen „Domizil“ auf. Beim *Treffprinzip* findet der Vertragsabschluss zwischen Hersteller und Endkunde außerhalb der Residenz des Herstellers und des Domizils des Endkunden statt; teilweise wird in diesem Fall auch von halbstationärem Einzelhandel gesprochen. Beim *Distanzprinzip* treten Hersteller und Endkunde phy-

[7] https://www.fernsehserien.de/dass-keiner-des-anderen-sprache-verstehe (zuletzt abgerufen am 01.06.2023).

[8] Siehe hierzu und zum Folgenden *Barth/Hartmann/Schröder*, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 89 sowie *Schröder*, in: Tomczak/Belz/Schögel/Birkhofer (Hrsg.), Alternative Vertriebswege.

sisch nicht in Kontakt; in diesem Fall wird auch von Versand- oder Distanzhandel gesprochen.

Je nach angewandter Systematik (Klassifizierung oder Typisierung, Art und Anzahl der Merkmale und Merkmalsausprägungen) können sich unterschiedliche Resultate für die gebildeten Gruppen ergeben.[9] Sie werden häufig als Betriebsformen bzw. Betriebstypen bezeichnet.[10] Je nach Systematik finden sich unterschiedliche Inhalte für dieselben Begriffe von Betriebsformen bzw. Betriebstypen.

In der Realität ist zum einen zu beobachten, dass Hersteller ausschließlich eines der Prinzipien anwenden, um den Direktvertrieb zu gestalten. Zum anderen ist zu beobachten, dass Hersteller mehrere Prinzipien parallel anwenden bzw. kombinieren; teilweise lassen sie auch die Durchlässigkeit zwischen ihren Absatzkanälen zu, was die Gestaltung der Güter-, Geld- und Informationsströme betrifft. Ein Beispiel: Wenn der Kaufvertrag in einem Onlineshop abgeschlossen wurde, also nach dem Distanzprinzip, kann der Anbieter seinen Kunden im Fall des Widerrufs die Möglichkeit einräumen, die Ware in einem seiner stationären Geschäfte zurückzugeben, also nach dem Residenzprinzip.

Im Folgenden geben wir zunächst Beispiele für die vier Kontaktprinzipien und treffen Aussagen über die zahlenmäßige Entwicklung in der Realität. In vielen Fällen handelt es sich um Hersteller, die mehrere Prinzipien für den Direktvertrieb kombinieren, worauf wir in dem fünften Punkt eingehen.

1. Direktvertrieb nach dem Residenzprinzip

Wenn ein Hersteller seine Waren im stationären Einzelhandel direkt an die Endkunden vertreiben will, bieten sich zahlreiche Betriebsformen bzw. Betriebstypen an.[11] Wir greifen hier einige Ausprägungen auf, die Hersteller häufig für den Direktvertrieb nutzen.

Der *Popup-Store* bietet Ware in begrenzter Menge und in einer begrenzten Zeit an, etwa wenige Tage oder Wochen.[12] Die Begrenzung der Ware und der Zeit können Kunden als psychologischen Kaufdruck wahrnehmen: Die bewusste Verknappung kann zu der Sorge führen, etwas zu verpassen (Fear Of Missing Out).[13]

---

[9] Z.B. *Hansen*, Absatz- und Beschaffungsmarketing des Einzelhandels, 30; *Berekoven*, Erfolgreiches Einzelhandelsmarketing, 28; *Müller-Hagedorn*, Der Handel, 45; *Barth/Hartmann/Schröder*, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 88 ff.

[10] *Barth/Hartmann/Schröder*, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 81.

[11] Siehe zur Übersicht *Barth/Hartmann/Schröder*, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 91 ff.

[12] *Ausschuss für Definitionen zu Distribution und Handel* (Hrsg.), Katalog E, 53.

[13] https://www.popupstores.de/magazin/pop-up-stores-das-bietet-das-konzept-fuer-unternehmen.html (zuletzt abgerufen am 05.07.2023).

Der *Flagship-Store* ist ein Vorzeigegeschäft, das als Aushängeschild für die Marke(n) des Herstellers zu verstehen ist und einen Beitrag zur Darstellung und Vermittlung von Lifestyle leisten soll.[14]

Die Bezeichnungen *Factory-Outlet*, *Outlet-Store* und *Fabrikverkauf*[15] werden offenbar insbesondere dann gewählt, wenn den Endkunden ein Preisvorteil im Vergleich zum Kauf in anderen Geschäften vermittelt werden soll. Es ist zu beobachten, dass diese Geschäfte Ware aus Überproduktion und Restposten sowie B-Ware (zweite Wahl) anbieten. Teilweise gibt es Belege dafür, dass für diese Geschäfte spezielle Ware produziert und angeboten wird, die von geringerer Qualität ist als die Ware derselben Marken in anderen Absatzkanälen.[16]

Ein *Factory-Outlet-Center* sei zu verstehen als eine Agglomeration von Einzelhandelsgeschäften verschiedener Hersteller in einem Gebäudekomplex, die von einer Betreibergesellschaft geplant, entwickelt und bewirtschaftet wird.[17]

Zur Entwicklung: Bereits seit mehreren Jahrzehnten nutzen Hersteller verschiedener Branchen das Residenzprinzip, um ihre Produkte den Endkunden anzubieten und zu verkaufen. Dazu gehören zum Beispiel Jägermeister, Nike, Frosta, Milram, Beiersdorf, Maggi, Puma, Bose sowie Bang & Olufsen. Beobachtungen in der jüngeren Vergangenheit belegen, dass die Tendenz zunimmt. Hier einige Beispiele:[18]

- Adidas: Der Flagship-Store von Adidas wurde Ende 2021 in der Tauentzienstraße in der Berliner City West neu eröffnet. Auf über 1400 Quadratmetern bietet der exklusive Laden seinem Publikum ein interaktives Markenerlebnis mit personalisierten Angeboten und digitalen Elementen.
- Apple: Flagship-Stores mit dem aktuellen Sortiment betreibt Apple in mehreren deutschen Großstädten. Der modernste Apple Flagship-Store Deutschlands findet sich in der Schildergasse in Köln.
- Held: Als Hersteller für Motorradbekleidung hat Held seinen Flagship-Store direkt an einer oft von Bikern frequentierten Bundesstraße im bayerischen Sonthofen errichtet.
- Lego: Der Flagship-Store von Lego wurde 2022 auf der Kaufingerstraße in München eröffnet.

---

[14] *Ausschuss für Definitionen zu Distribution und Handel* (Hrsg.), Katalog E, 49.

[15] *Ausschuss für Definitionen zu Distribution und Handel* (Hrsg.), Katalog E, 47.

[16] https://www.focus.de/finanzen/news/mode-fuer-den-outlet-boom-zweite-wahl-und-extra-produziert-woher-die-ware-im-outlet-center-kommt_id_6905781.html, https://www.ndr.de/ratgeber/verbraucher/Outlet-Center-Oft-schlechtere-Qualitaet-als-im-Geschaeft,outlet252.html (zuletzt abgerufen am 04.07.2023).

[17] *Ausschuss für Definitionen zu Distribution und Handel* (Hrsg.), Katalog E, 81 f.

[18] *Zacherl*, Flagship-Store: Die 6 bekanntesten Beispiele aus Deutschland, https://blog.hubspot.de/sales/flagship-store (zuletzt abgerufen am 31.05.2023).

Seinen ersten Flagship-Store eröffnete Vorwerk 2011 in Hamburg,[19] 2023 gibt Vorwerk knapp 60 solcher Verkaufsniederlassungen an.[20]

Ein weiterer Beleg für die Zunahme des Direktvertriebs nach dem Residenzprinzip ist die Entwicklung von Factory-Outlet-Centern (FOC) in Deutschland. Mitte der 1990er Jahre entstand mit dem Director-Outlet-Centern in Berlin das erste FOC. Für das Jahr 2023 wird ihre Zahl mit 21 angegeben, zusätzlich vier in Planung;[21] die bestehenden FOC haben 2023 eine Verkaufsfläche von knapp 265.000 qm.[22]

2. Direktvertrieb nach dem Domizilprinzip

Beim Domizilprinzip suchen Verkaufsorgane des Herstellers die Wohnungen potenzieller oder aktueller Endkunden auf, um dort ihre Waren zu verkaufen. Ein bekanntes Beispiel für dieses Prinzip ist die Firma Vorwerk.

Etwas schwieriger einzustufen ist das Geschäftsmodell der Firma Tupperware.[23] Das Grundprinzip besteht darin, dass Menschen sich in einer Wohnung zusammenfinden und sich von einer Person Produkte vorführen lassen, die dann gekauft werden können. Für diese Form des Vertriebs ist der Begriff *Partyverkauf* geprägt worden. Beschreibungen des Geschäftsmodells von Tupperware sprechen von Housewife Sales Force.[24] Wenn die Gastgeberin einer solchen Party *nicht* zum Verkaufspersonal von Tupperware gehört und eine andere Teilnehmerin im Auftrag von Tupperware die Ware anbietet und verkauft, dürfte ein Direktvertrieb nach dem Domizilprinzip vorliegen. Wie aber ist der Fall zu bewerten, wenn die Gastgeberin zugleich zum Verkaufspersonal von Tupperware gehört? Wenn ihre Wohnung als Geschäftsraum von Tupperware angesehen wird, dürfte es sich um Direktvertrieb nach dem Residenzprinzip handeln. Ähnliche Überlegungen dürften bei Herstellern wie etwa Ha-Ra anzustellen sein: „Als Gastgeber/in einer Ha-Ra Party bekommst Du ein tolles Geschenk und kannst Dir – je nach Umsatz der Party – noch zusätzliche Produkte GRATIS auswählen."[25]

---

[19] *Möbel-Kultur*, www.moebelkultur.de/news/vorwerk-1_flagshipstore_in_hamburg_erffnet/15383.html, abgerufen am 31.05.2023.

[20] *Vorwerk*, www.vorwerk.com/de/de/c/home/produkt-vorfuehrung/stores/locator, abgerufen am 31.05.2023.

[21] www.handelsdaten.de/shopping-center-und-foc/anzahl-der-shopping-center-und-grossflaechen-deutschland, abgerufen am 02.04.2024.

[22] www.handelsdaten.de/factory-outlet-center/gesamtverkaufsflaeche-der-factory-outlet-center-europa-nach-laendern-zeitreihe, abgerufen am 02.04.2024.

[23] *Barth/Hartmann/Schröder*, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 97.

[24] https://www.strategyzer.com/library/tupperware-business-model (zuletzt abgerufen am 03.04.2024).

[25] https://ha-ra.de/de/party-machen/gastgebergeschenk (zuletzt abgerufen am 02.06.2023).

Die Geschäfte nach dem Domizilprinzip sind als stark rückläufig einzustufen. Bereits 2016 wurde berichtet: „Die Staubsaugervertreter von Vorwerk gehen heute nicht mehr von Tür zu Tür, denn das lohnt sich nicht mehr."[26] Bei Tupperware drohte im Juni 2023 die Insolvenz, im September 2023 wurde mit dem Einstieg in den indirekten Vertrieb ein Wechsel der Vertriebsstrategie mitgeteilt.[27]

3. Direktvertrieb nach dem Treffprinzip

Beim Treffprinzip treffen sich Hersteller und Endkunde außerhalb seiner Residenz bzw. seines Domizils. Als Ausprägungen für das Treffprinzip findet man die Begriffe Messen, Marktplätze, Verkaufswagen, Ausstellungen und Ähnliches. Man kann auch von beweglichen Geschäftsräumen des Herstellers sprechen. Zahlen des Ausstellungs- und Messe-Ausschusses der deutschen Wirtschaft (AUMA) sowie andere Quellen belegen, dass Deutschland ein Standort zahlreicher internationaler, regionaler und lokaler Messen ist.[28]

Sieht man einmal von Corona-bedingten Rückgängen ab, so ist von einem hohen Niveau an Kontakten zwischen Herstellern und Endkunden nach dem Treffprinzip auszugehen. Während Zahlen für Fachmessen und Fachbesucher vergleichsweise leicht zu erheben sind, ist dies für alle Erscheinungsformen des Treffprinzips, bei denen Hersteller auf Endkunden treffen, kaum möglich. Als Indikatoren bieten sich die Veröffentlichungen über Messetermine und Besucherzahlen an.[29]

4. Direktvertrieb nach dem Distanzprinzip

Handel nach dem Distanzprinzip wird auch als Versandhandel bezeichnet und hat zwei Ausprägungen: der Versand von Katalogen mit schriftlicher, telefonischer oder elektronischer Bestellung und der Kauf in Onlineshops. Onlineshops von Herstellern finden sich in allen Branchen, angefangen bei Food-Artikeln, wie z. B. Haribo, über Hersteller von Non-Food-Artikeln, wie z. B. Wilkinson, Sportartikelhersteller, wie z. B. Adidas, Elektro- und Elektronik-

---

[26] *Ratzesberger*, Warum Vorwerk-Vertreter nicht mehr an jeder Tür klingeln, https:/www.sueddeutsche.de/muenchen/handel-warum-vorwerk-vertreter-nicht-mehr-an-der-tuer-klingeln-1.3137470 (zuletzt abgerufen am 02.06.2023).

[27] *Schwanitz,* Tupperware soll es künftig fast überall geben, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/tupperware-meldete-insolvenz-an-die-neue-strategie-des-unternehmens-19148215.html (zuletzt abgerufen am 26.03.2024).

[28] www.auma.de/de/zahlen-und-fakten/messeplatz-deutschland; www.messen.de/de/1275/branche/verbrauchermesse; www.messeninfo.de/Verbrauchermessen-Deutschland-FSL404-L55-S1.html, abgerufen am 31.05.2023.

[29] Z. B. https://www.messeninfo.de/Verbrauchermessen-Deutschland-FSL404-L55-S1.html (zuletzt abgerufen am 05.07.2023).

hersteller, wie z. B. Miele und Bose, Spielwarenhersteller, wie z. B. Lego, bis hin zu Herstellern von Autoreifen, wie z. B. Goodyear.

Teilweise bieten die Hersteller Produkte an, mit denen sie den institutionellen Einzelhandel nicht beliefern, wie z. B. Haribo. Teilweise personalisieren Hersteller die Produkte, wie z. B. die Brauerei Fürstenberg mit Etiketten, die die Endkunden auswählen können, oder die Wiesensteiger Glaswerkstätte, die Brauereigläser mit persönlicher Gravur anbietet.

Ein anderes Geschäftsmodell ist, dass Hersteller ihre Produkte mit Dienstleistungen von Dritten kombinieren, wie z. B. den Online-Kauf von Reifen und deren Montage vor Ort. So schreibt Goodyear: „Zur Beratung stehen unsere Experten im Callcenter gerne für Sie bereit. Ordern Sie die Montage und andere gewünschte Leistungen online. Ca. 800 deutschlandweit verteilte Monteure. Keine versteckten Kosten – kein Bezahlvorgang in der Werkstatt. Der Goodyear-Monteur überprüft die Größe bei der Montage nochmals. Es kann nichts schiefgehen."[30] Dieses Geschäftsmodell wird auch als Solution Selling bezeichnet.[31] Denn das Problem aus der Sicht des Kunden, eine Ware mit einer Dienstleistung zu kombinieren, was sich üblicherweise auf zwei Anbieter verteilt, löst der Hersteller dadurch, dass er beide Leistungen anbietet bzw. eine Leistung, nämlich die Dienstleistung, vermittelt.

5. Direktvertrieb durch die Kombination verschiedener Kontaktprinzipien

Die Kombination mehrerer Absatzkanäle nach verschiedenen Kontaktprinzipien bietet dem Hersteller die Möglichkeit, die Endkunden in verschiedenen Situationen zu erreichen, etwa in ihren Residenzen, im Domizil der Endkunden oder an irgendeinem anderen Ort. Und die Endkunden haben die Möglichkeit, ihren Kaufprozess – auch Customer Journey genannt – auf verschiedene Kanäle zu verteilen, etwa die Beratung im stationären Geschäft, den Kauf im Onlineshop und gegebenenfalls bei Inanspruchnahme des Widerrufsrechts die Rückgabe der Ware im stationären Geschäft.

So kombiniert *Vorwerk* die Absatzkanäle stationärer Einzelhandel, Onlineshop und Haustürverkauf, *Adidas* den stationären Einzelhandel und Onlineshop, *Tupperware* den stationären Einzelhandel, Onlineshop und Partyverkauf.

Was die Durchlässigkeit der Kanäle anbelangt, bietet Adidas seinen Kunden im Onlineshop an, „Artikel direkt in unseren Stores zurückzugeben – halte dafür bitte deine Bestellnummer bereit."[32] Offenbar gibt es aber nicht die Möglichkeit, diese Produkte bei Betrieben des institutionellen Einzelhandels zurückzugeben.

---

[30] https://www.goodyear.eu/de_de/shop.html (zuletzt abgerufen am 31.05.2023).

[31] *Ahlert/Wangenheim/Kawohl/Zimmer*, The Concept of Solution Selling: Theoretical Considerations and Methods, 1.

[32] https://www.adidas.de/bestellverfolgung (zuletzt abgerufen am 31.05.2023).

IV. Das Widerrufsrecht und der Direktvertrieb nach verschiedenen Kontaktprinzipien

Das Widerrufsrecht für Verbraucher räumt den Verbrauchern einen Schutz ein, wenn die Verträge unter bestimmten Bedingungen zustande kommen. Diese Bedingungen sind vor allem die spezielle Verkaufs- bzw. Kaufsituation sowie der Umfang an Informationen und Beratungen beim Verkauf bzw. Kauf nach verschiedenen Kontaktprinzipien. Die Frage ist, ob ein Hersteller nicht grundsätzlich ein Mehr an Informationen und Beratungsmöglichkeiten anbieten kann als ein Einzelhändler, weil er seine Produkte besser kennt als ein Einzelhändler, und ob nicht gerade im Fernabsatz – vor allem in Onlineshops – mehr technische Möglichkeiten vorhanden sind, die Kunden zu informieren und zu beraten, als es stationäre Einzelhändler können bzw. tun.

Eine Anmerkung vorab: Zu der Entwicklung des Widerrufsrechts für Verbraucher schreibt Grüneberg, dass sich dieses Widerrufsrecht langwierig und wenig gradlinig entwickelt habe.[33]

Für Einzelhandel nach dem *Distanzprinzip* wurde zum Schutz der Verbraucher das Fernabsatzgesetz (FernAbsG) entwickelt, das am 30.6.2000 in Kraft trat und mit dem die europäische Fernabsatzrichtlinie von 1997[34] umgesetzt wurde. Der Referentenentwurf formulierte 1999, „daß der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen bestimmte Informationen zu erhalten hat und ohne Angaben von Gründen den Vertrag binnen 7 Werktagen widerrufen kann. Derartige Regelungen sieht das deutsche Recht für den Fernabsatz grundsätzlich bislang nicht vor."[35] In § 3 FernAbsG wurde den Verbrauchern ein *Widerrufsrecht* und wahlweise ein *Rückgaberecht* eingeräumt. Abweichend vom Referentenentwurf betrug die Widerrufsfrist nach § 361a Abs. 1 Satz 2 BGB 14 Tage, seit dem 1.1.2002 in § 355 Abs. 2 BGB verankert. Das zunächst nach § 361 b BGB eingeräumte Rückgaberecht wurde mit der Umsetzung der Europäischen Verbraucherrichtlinie 2011/83/EU (VRR) im Jahr 2012 gestrichen.

Die Intention solcher Regelungen bestand und besteht darin, die Käufer zu schützen, wenn sie Waren in einer Form des Distanzhandels bzw. Fernabsatzes erworben haben, die sie vor dem Kauf nicht prüfen konnten und für die sie keine ausreichende Beratung erhalten haben. Interessant ist, dass es solche Regelungen zum Verbraucherschutz nicht bereits in einer Zeit gegeben hat, als es noch keine Onlineshops gab, der Katalog-Versandhandel aber einen Anteil von 4,5% (1986) am Gesamtumsatz im Einzelhandel hatte und 1996, also zu Beginn

---

[33] *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, vor § 355 Rn. 1.

[34] Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

[35] Bundesministerium der Justiz Stand: 31. Mai 1999, Referat I B 2, 3420/124.

der Verbreitung von Onlineshops, von knapp 6%.[36] Erst die Digitalisierung von Verkaufs- bzw. Kaufprozessen ist dann offenbar der Anlass gewesen, auch den Schutz der Kunden von Katalogversendern rechtlich abzusichern.

Onlineshops bieten heute eine Vielzahl verschiedener Formen von Informationen und Beratungen an bzw. können sie anbieten, etwa Foren, Blogs und Communities mit Produktbeurteilungen und Kundenmeinungen, Antworten auf Frequently Asked Questions, 3-D-Animationen, Produktbeschreibungen und Produktvergleiche sowie Live-Chats, Chatbots, Call-Back-Funktion und Videoberatungen,[37] ein deutliches Mehr als das, was in der Regel im stationären Einzelhandel an Möglichkeiten geboten wird.[38] Hieraus ergibt sich die Frage, inwieweit das Schutzbedürfnis wegen nicht ausreichender Information bzw. Beratung tatsächlich noch im Distanzhandel vorhanden ist. Anders formuliert: Kann eine Informationsasymmetrie zu Lasten des Verbrauchers angenommen werden, die das Widerrufsrecht rechtfertigt?[39]

Hinweise für eine differenzierte Betrachtung der Eigenschaften von Produkten – und damit verbunden die Frage nach einem nach Waren differenzierten Widerrufsrecht – könnte das Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2016 zum Kauf eines Katalysators in einem Onlineshop bieten.[40] Es ging dabei um die Frage, ob der widerrufende Käufer dem Verkäufer die Wertminderung ersetzen muss, die der Katalysator dadurch erlitten hatte, dass der Käufer eine Probefahrt durchgeführt hatte.[41] Der Gerichtshof stellt fest: „Weiter ist allerdings zu berücksichtigen, dass dem Verbraucher beim Kauf von Waren im Fernabsatz gegenüber dem Kauf im Ladengeschäft selbst dann ein Nachteil verbleibt, wenn der Kunde die gekaufte Ware im Ladengeschäft nicht auspacken, aufbauen und ausprobieren kann […]. Denn für den Kauf im Ladengeschäft ist typisch, dass dort zumindest Musterstücke ausgestellt sind, die es dem Kunden ermöglichen, sich einen unmittelbaren Eindruck von der Ware zu verschaffen und diese auszuprobieren. Das ist bei einem Vertragsabschluss im Fernabsatz, bei dem der Verbraucher sich allenfalls Fotos der Ware anschauen kann, nicht der Fall […]. Der Umstand, dass beim Fernabsatz im Rahmen einer Prüfung der

---

[36] https://de.statista.com/statistik/daten/studie/70751/umfrage/anteil-vom-versandhandel-am-einzelhandel-1986-2009 (zuletzt abgerufen am 29.06.2023).

[37] *Schröder/Jäger*, in: Bruhn/Hadwich (Hrsg.), Servicetransformation – Entwicklung vom Produktanbieter zum Dienstleistungsunternehmen, 697–724.

[38] Klappstein spricht bei Anbietern von Vertrauensbildung durch Organisation und Verfahren und bei Nachfragern durch Informationsbeschaffung; *Klappstein*, in: Albers/Harst/Kaesling (Hrsg.), Wortgebunden. Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur, 191.

[39] *Klappstein*, in: Albers/Harst/Kaesling (Hrsg.), Wortgebunden. Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur, 192.

[40] BGH, Urteil vom 12.10.2016 – VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248. Dazu etwa: *Mörsdorf* LMK 2017, 385441; *Rätze*, Multimedia und Recht 2017, 111.

[41] Heute: § 357a Abs. 1 Nr. 1 BGB; siehe dazu etwa *Mörsdorf* in BeckOGK-BGB 01.10.2023, § 357a Rn. 15–28.

Ware zu Hause solche im stationären Handel vielfach üblichen Vergleichs-, Vorführ- und Beratungsmöglichkeiten fehlen, ist daher durch die Einräumung angemessener Prüfungsmöglichkeiten zu Hause auszugleichen (BT-Drucks. 17/5097, S. 15)."[42]

Dass sich Verbraucher allenfalls Fotos der Ware anschauen können, trifft – wie oben belegt – schon länger nicht mehr zu, auch schon vor 2016 nicht mehr. Es dürfte nun von den Eigenschaften einer Ware abhängen, ob und inwieweit sie in einem Geschäft nach dem *Distanzprinzip* – Fernabsatzgeschäft – physisch vor dem Kauf geprüft werden können. So müssten beispielsweise nach dem Kauf Fahrräder Probe gefahren, Schuhe und Bekleidung anprobiert werden dürfen. Für Elektro- und Elektronikgeräte und vergleichbare Produkte bestünde dagegen ein solches Recht auf Probe nicht, wenn dies im stationären Einzelhandel auch nicht möglich ist. Wenn der Käufer trotzdem eine weitergehende Probe durchführt, müsste er die dadurch entstehende Wertminderung ersetzen.[43] So hat es auch der Bundesgerichtshof im Fall des Katalysators entschieden, der im Laden angesehen, aber nicht Probe gefahren werden kann: Der Fernabsatzkunde muss nicht besser stehen als der im Laden.

In solchen Fällen, in denen keine ausreichenden Informations- und Beratungsmöglichkeiten für die Kunden bestehen, ist aber umgekehrt zu fragen, ob es nicht auch im Einzelhandel nach dem *Residenzprinzip* ein Widerrufsrecht geben müsste. Denn die oben angesprochene Informationsasymmetrie kann sich vom Sinn und Zweck her nicht auf Außergeschäftsraum- und Fernabsatzverträge, so wie von *Klappstein* dargestellt,[44] beschränken. Die Informationsasymmetrie dürfte vor allem in Selbstbedienungsgeschäften auftreten, so auch in großflächigen Betrieben des Lebensmitteleinzelhandels, wie Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser, die teilweise zwei Drittel ihrer Fläche mit Non-Food-Produkten bestücken.

Für Kaufverträge, die nach dem *Domizilprinzip* abgeschlossen werden, steht den Käufern nach § 312 g i. V. m. § 355 BGB ein Widerrufsrecht zu. Hierfür dürften aber weniger Informations- und Beratungsmöglichkeiten der ausschlaggebende Grund sein, sondern der Umstand, dass der Kaufabschluss in den Räumen des Käufers – also außerhalb der Geschäftsräume des Verkäufers – zustande gekommen ist und er sich dort möglicherweise einem psychologischen Kaufzwang ausgesetzt gefühlt und keine Möglichkeit gesehen hat, dem ausweichen zu können, wie etwa durch das Verlassen eines Geschäftsraumes.

---

[42] BGH, Urteil vom 12.10.2016 – VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248, Rn. 23.

[43] Beispiele nach *Schirmbacher*, BGH: Wertersatzanspruch des Händlers bei Ausprobieren der Ware, 2016, http://www.online-marketing-recht.de/bgh-wertersatzanspruchs-des-handlers-bei-ausprobieren-der-ware/ (abgerufen am 29.06.2023).

[44] *Klappstein*, in: Albers/Harst/Kaesling (Hrsg.), Wortgebunden. Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur, 193.

Bei der Frage, ob den Käufern bei Kaufverträgen nach dem *Treffprinzip* ein Widerrufsrecht zusteht, wird das Vorliegen eines Geschäftsraumes geprüft. Mit dieser Frage befasste sich der Europäische Gerichtshof 2018 im Fall eines Messestandes. Ein Messestand wird dann als Geschäftsraum qualifiziert, wenn „das konkrete Erscheinungsbild dieses Standes […] sich in den Augen eines Durchschnittsverbrauchers als ein Ort darstellt, an dem der Unternehmer, der ihn innehat, seine Tätigkeiten, einschließlich saisonaler, für gewöhnlich ausübt, so dass ein solcher Verbraucher vernünftigerweise damit rechnen kann, dass er, wenn er sich dorthin begibt, zu kommerziellen Zwecken angesprochen wird."[45] Unter diesen Voraussetzungen gilt für dort abgeschlossene Kaufverträge das Widerrufsrecht nicht. Mit dem Inhalt des Begriffes „gewöhnlich" ist die Annahme verbunden, dass die Kunden nicht von dem Angebot überrascht werden; überraschende Situationen und psychischer Druck seien dann ausgeschlossen, folglich sei kein Schutzzweck gegeben, der das Widerrufsrecht rechtfertigt.[46] Das Urteil zeigt, dass für den Anspruch auf das Widerrufsrecht nicht der Ort maßgeblich ist, sondern die Bedingungen, unter denen es zum Kaufvertrag kommt.

Eine interessante Konstellation ergibt sich, wenn ein Hersteller seine Waren über mehrere Absatzkanäle seinen Kunden anbietet und verkauft, insbesondere dann, wenn er den stationären Einzelhandel mit dem Vertrieb über einen Onlineshop kombiniert. Beim Kauf über den Onlineshop steht dem Käufer ein Widerrufsrecht zu, generelle Ausnahmen einmal ausgenommen, etwa bei individuell angefertigter bzw. personalisierter Ware, beim Kauf im stationären Einzelhandel dagegen nicht. Empirische Belege zeigen, dass Kunden verschiedene Kanäle nutzen, um sich zu informieren bzw. beraten zu lassen und dann den Kauf abzuschließen.

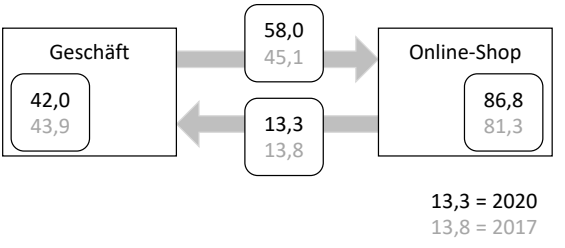


Abbildung: Informations- und Kaufverhalten von Kunden in Geschäften des stationären Einzelhandels und in Onlineshops von Multichannel-Einzelhändlern (Grafik nach: *Stüber/Buschmann/Groten/Weinand*, Cross-Channel – Quo Vadis?, Köln 2020, 16.)

[45] EuGH, Urteil vom 07.08.2018 – C-485/17, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht *2018*, *742*.

[46] Wenn auf das Konstrukt des „Durchschnittsverbrauchers" abgestellt wird, so sind seine Definition und Operationalisierung festzulegen, um aussagekräftige empirische Untersuchungen durchführen zu können.

So zeigen die Ergebnisse einer Studie des Instituts für Handelsforschung (IFH) aus dem Jahr 2020, dass sich die Kunden bei gut 13% ihrer Käufe in einem Onlineshop zuvor in einem stationären Geschäft des Multichannel-Einzelhändlers informiert haben. Bei knapp 87% der Käufe in einem Onlineshop haben sich die Kunden nur dort informiert.

In den Fällen, in denen sich Kunden zunächst in einem stationären Geschäft informieren und beraten lassen, unabhängig davon, wie umfangreich die Informationen und die Beratung sind, und dann in einem Onlineshop kaufen, genießen sie das Widerrufsrecht. Auch wenn sie nicht die Möglichkeit der Information und Beratung in einem stationären Geschäft nutzen, dies aber könnten, stellt sich die Frage nach dem Schutzbedürfnis, wenn sie den Kauf in einem Onlineshop abschließen.

So weit die Überlegungen eines Wirtschaftswissenschaftlers, der zwar juristisch eher laienhaft spricht, aber mit dem Einzelhandel und dem Kaufverhalten der Endkunden durchaus vertraut ist.

V. Fazit

Der Direktvertrieb von Herstellern nach dem Residenz-, Treff- und vor allem Distanzprinzip hat in den letzten Jahren deutlich zugenommen, mit zahlreichen Facetten, nach dem Domizilprinzip dagegen abgenommen.

Betrachtet man das Widerrufsrecht und fragt nach der Notwendigkeit des Verbraucherschutzes, so zeigt sich, dass nach wie vor gute Gründe für einen solchen Verbraucherschutz bestehen, um die Kunden vor Überrumpelung oder bei fehlenden Ausweichmöglichkeiten zu schützen. Dies wird bislang für den Vertrieb nach dem Distanz-, dem Domizil- und dem Treffprinzip angenommen. In diesem Beitrag ist es der Direktvertrieb von Herstellern.

Wenn man von dem Sinn und Zweck des Widerrufsrechts ausgeht, Verbraucher in Situationen einer Informationsasymmetrie zu schützen, dann drängen sich die Fragen auf, ob diese Informationsasymmetrie grundsätzlich bei Fernabsatzgeschäften (Distanzprinzip) besteht und ob sie nicht auch im stationären Einzelhandel (Residenzprinzip) bestehen kann.

Des Weiteren stellt sich Frage, wie es um die Informationsasymmetrie steht, wenn ein Hersteller zwei Kontaktprinzipien kombiniert: Kunden können den Kauf in einem Onlineshop abschließen (Vertrieb nach dem Distanzprinzip), haben aber grundsätzlich die Möglichkeit, sich zuvor in einem stationären Einzelhandelsgeschäft desselben Herstellers ausführlich(er) zu informieren und beraten zu lassen (Vertrieb nach dem Residenzprinzip).

Das geltende Widerrufsrecht stellt vornehmlich auf den Ort des Vertragsabschlusses ab. Allerdings weicht spätestens das Urteil des Europäischen Gerichtshofs von 2018 den reinen Ortsbezug auf, wenn es die Sichtweise und

Wahrnehmung der Verbraucher zum Maßstab nimmt. Dies kommt dem Schutzzweck des Widerrufsrechts am nächsten: Schutz vor Informationsasymmetrie zu Lasten des Verbrauchers. Führt man diesen Gedanken, dieses Prinzip konsequent weiter, so sind es bestimmte Situationen, nicht zwingend Orte, in denen Verbraucher des Schutzes bedürfen, vor allem Situationen, in denen sich die Frage stellt, ob die Verbraucher hinreichend Möglichkeiten haben, die Eigenschaften der Ware vor dem Kauf prüfen zu können.

Literaturverzeichnis

Ahlert, Dieter/Wangenheim, Florian/Kawohl, Julian/Zimmer, Marcus, The Concept of Solution Selling: Theoretical Considerations and Methods, Münster 2008.

Ausschuss für Definitionen zu Distribution und Handel (Hrsg.), Katalog E: Definitionen zu Handel und Distribution, 2. Aufl., Köln 2006.

Bakkenbüll, Ann-Brit, Outlet-Center: Oft schlechtere Qualität als im Fachhandel (2022), Norddeutscher Rundfunk, https://www.ndr.de/ratgeber/verbraucher/Outlet-Center-Oft-schlechtere-Qualitaet-als-im-Geschaeft,outlet252.html (zuletzt abgerufen am 04.07.2023).

Barth, Klaus/Hartmann, Michaela/Schröder, Hendrik, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 7. Aufl., Wiesbaden 2015.

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2023.

Berekoven, Ludwig, Erfolgreiches Einzelhandelsmarketing, 2. Aufl., München 1995.

Grassl, Tatjana, Zweite Wahl und extra produziert: Woher die Ware im Outlet-Center kommt (2017), Focus online, https://www.focus.de/finanzen/news/mode-fuer-den-outlet-boom-zweite-wahl-und-extra-produziert-woher-die-ware-im-outlet-center-kommt_id_6905781.html (zuletzt abgerufen am 03.12.2024).

Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl., München 2022.

Hansen, Ursula, Absatz- und Beschaffungsmarketing des Einzelhandels, 2. Aufl., Göttingen 1990.

Klappstein, Verena, Moderne Unverbindlichkeit? Ein gesellschaftliches Phänomen und seine rechtliche Begleitung, in Albers/Harst/Kaesling (Hrsg.), Wortgebunden. Verbindlichkeit von Versprechen in Recht und Literatur, Frankfurt am Main 2021, 169–209.

Kornmeier, Martin, Wissenschaftstheorie und wissenschaftliches Arbeiten – Eine Einführung für Wirtschaftswissenschaftler, Heidelberg 2007.

Mörsdorf, Oliver, Anmerkung zu BGH, 12.10.2016, VIII ZR 55/15, LMK 2017, 385441.

Müller-Hagedorn, Lothar, Der Handel, Stuttgart 1998.

Nienhüser, Werner/Magnus, Marcel, Die wissenschaftliche Bearbeitung personalwirtschaftlicher Problemstellungen: Eine Einführung, Essener Beiträge zur Personalforschung Nr. 2, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Duisburg-Essen, Essen 2003.

Popper, Karl, Logik der Forschung. Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften, Band 4, 8. Aufl., Tübingen 1994.

Ratzesberger, Pia, Warum Vorwerk-Vertreter nicht mehr an jeder Tür klingeln (2016), Süddeutsche Zeitung, https://www.sueddeutsche.de/muenchen/handel-warum-vor

werk-vertreter-nicht-mehr-an-der-tuer-klingeln-1.3137470 (zuletzt abgerufen am 02.06.2023).

Rätze, Martin, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.10.2016 – VIII ZR 55/15, Wertersatz nach Widerruf im Online-Kauf, Multimedia und Recht 2017, 111.

Schirmbacher, Martin, BGH: Wertersatzanspruch des Händlers bei Ausprobieren der Ware, 2016, http://www.online-marketing-recht.de/bgh-wertersatzanspruchs-des-handlers-bei-ausprobieren-der-ware (zuletzt abgerufen am 29.06.2023).

Schröder, Hendrik, Neue Formen des Direktvertriebs und ihre Rechtsprobleme, in: Tomczak, Torsten/Belz, Christian/Schögel, Marcus/Birkhofer, Ben (Hrsg.), Alternative Vertriebswege, St. Gallen 1999, 60–76.

Schröder, Hendrik/Ahlert, Dieter, Stichwort: Vertriebswegepolitik, in: Diller, Hermann (Hrsg.), Vahlens Großes Marketinglexikon, 2. Aufl., München 2001, 1809 ff.

Schröder, Hendrik/Jäger, Daniel, Online-Shops im Einzelhandel – von Produktanbietern zu Problemlösern, in: Bruhn, Manfred/Hadwich, Karsten (Hrsg.), Servicetransformation – Entwicklung vom Produktanbieter zum Dienstleistungsunternehmen, Wiesbaden 2016, 697–724.

Schwanitz, Johanna, Tupperware soll es künftig fast überall geben (2023), Frankfurter Allgemeine Zeitung, https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/tupperware-meldete-insolvenz-an-die-neue-strategie-des-unternehmens-19148215.html (zuletzt abgerufen am 26.03.2024).

Stüber, Eva/Buschmann, Sabine/Groten, Jonas/Weinand, Anne Lisa, Cross-Chanel – Quo vadis?, Köln 2020.

Zacherl, Maximilian, Flagship-Store: Die 6 bekanntesten Beispiele aus Deutschland (2023), Hubspot, https://blog.hubspot.de/sales/flagship-store (zuletzt abgerufen am 31.05.2023).

Kaufen vom Hersteller: ein besonderer Vertragstyp?

Wolfram Buchwitz

I. Einführung 65
II. Vertragstypologie 65
III. Fallkonstellationen 67
IV. Historische Gründe 68
V. Der Werklieferungsvertrag in der Kodifikation des BGB 69
VI. Der Werklieferungsvertrag in der Schuldrechtsreform 70
1. Internationale Einflüsse 71
2. Die Vereinfachung durch die Schuldrechtsreform 72
VII. Vertragspflichten und Haftung des Herstellers 73
VIII. Sicherungsrechte 77
IX. Rügeobliegenheit beim Handelskauf 77
X. Fazit 78
Literaturverzeichnis 79

I. Einführung

Wer vom Hersteller kauft, hat es mit einem besonderen Vertragspartner zu tun: Anders als ein Händler, der die Sache bloß weiterveräußert, hat der Hersteller die Sache selbst geschaffen. Dies legt es nahe, ihm eine größere rechtliche Verantwortlichkeit für die Beschaffenheit der hergestellten Sache als einem Händler aufzuerlegen. Andererseits ist es für den Käufer häufig irrelevant, ob er die Sache von einem Händler oder einem Hersteller erwirbt, solange er sie nur so erhält, wie er sie erwarten durfte. Ob sich die tatsächlichen Unterschiede zwischen Händler und Hersteller auch bei der rechtlichen Bewertung dieses Vertragstyps auswirken sollten, ist daher Gegenstand einer lebhaften Diskussion, die bis auf die römische Antike zurückreicht und gegenwärtig durch die Zunahme des Direktvertriebs im B2C-Verkehr an Bedeutung gewinnt.

II. Vertragstypologie

Eine zentrale rechtliche Weichenstellung liegt dabei in der Unterscheidung von Kaufvertrag (§ 433 BGB) und Werkvertrag (§ 631 BGB). Während die einfache Lieferung einer Sache in der Regel als Kaufvertrag anzusehen ist, stellt die Her-

stellung einer Sache oft einen Werkvertrag dar. Verkompliziert wird die Situation durch die besondere Vorschrift über den Werklieferungsvertrag (§ 650 BGB), der eigentlich genau die hier vorliegende Konstellation des Kaufs vom Hersteller umfasst, allerdings in seiner seit 2002 geltenden Fassung die meiste Unterscheidungskraft verloren hat.

Bevor auf die genauen inhaltlichen Fragen, die sich aus diesen Normen ergeben, eingegangen wird, muss man sich den Sinn und Zweck der gesetzlichen Vertragstypologie und die Vielfalt der zugrundeliegenden Fallkonstellationen vor Augen halten. Die Typen, welche das Gesetz definiert, also etwa der Kaufvertrag und der Werkvertrag, sind grundsätzlich nicht zwingend. Im modernen Vertragsrecht herrscht Typenfreiheit, was bedeutet, dass es den vertragsschließenden Parteien offensteht, alle Arten von Verträgen abzuschließen, die sie wünschen, ohne auf bestimmte Typen festgelegt zu sein. Dies zeigt sich besonders deutlich beim Leasingvertrag, der seit Jahrzehnten in der Praxis etabliert und in seiner rechtlichen Bewertung von Rechtsprechung und Literatur klar definiert worden ist, ohne dass er jemals eine gesetzliche Typisierung erfahren hätte.[1] Für die hier zu untersuchenden Konstellationen des Kaufens vom Hersteller bedeutet dies, dass es den Parteien freisteht, das jeweilige Pflichtenprogramm der Vertragsparteien frei zu definieren, ohne vom Gesetz an bestimmte Typen gebunden zu sein.

Der Sinn und Zweck der gesetzlichen Typisierung von Verträgen liegt vielmehr darin, eine Erleichterung für den Rechtsverkehr zu bewirken: Der Gesetzgeber nimmt an, dass in bestimmten, typischen Fallkonstellationen die Interessen der Parteien normalerweise in eine bestimmte Richtung gehen, und legt daher Regelungen für Vertragstypen fest, sodass die Parteien nicht in jedem Einzelfall eine umfangreiche Vertragsgestaltung selbst erarbeiten müssen. Dies reduziert die Transaktionskosten für normale Vertragsschlusssituationen.[2] Besonders deutlich zeigen sich die Vorteile des gesetzlichen Vertragstypensystems im Vergleich mit dem englischen Recht, wo viele Verträge nicht gesetzlich typisiert sind, was dazu führt, dass Vertragsdokumente unter Geltung englischen Rechts häufig außerordentlich umfangreich und detailliert ausgearbeitet werden müssen.[3]

Andererseits führt die gesetzliche Typisierung der Verträge bei bestimmten Sachfragen aber auch zu Regelungen, die nicht der freien Disposition der Parteien unterliegen. Diese Arten von gesetzlichen Regelungen – das sogenannte zwingende Recht – umfasst beim Kauf vom Hersteller etwa die Verjährungsfristen bei Leistungsstörungen, die Rügeobliegenheit beim Handelskauf, außerdem Sicherheiten und andere Rechte, auf die später noch im Einzelnen einzuge-

[1] Dazu etwa BeckOGK-BGB/*Herresthal*, 01.09.2023, § 311 Rn. 80, 80.1.
[2] Vgl. etwa *Kötz*, Juristische Schulung 2013, 289 (290).
[3] *Kötz*, Juristische Schulung 2013, 289.

hen ist. In diesen Fragen hat die Einordnung einer Vereinbarung in einen bestimmten Vertragstyp daher eine entscheidende Bedeutung.

III. Fallkonstellationen

Um den Kauf vom Hersteller rechtlich einordnen zu können, muss man verschiedene tatsächliche Konstellationen unterscheiden. Die rechtliche Bewertung geschieht abhängig von unterschiedlichen Faktoren. Daher sollen hier vier Beispiele gebildet werden, um die Vielgestaltigkeit des Kaufens vom Hersteller zumindest teilweise veranschaulichen zu können:

1) Kauf standardisierter Produkte vom Hersteller. In der ersten Konstellation erwirbt ein Kunde ein standardisiertes Produkt direkt vom Hersteller, das es so in dieser Form vielfach gibt und das für einen potentiell unbegrenzten Kundenkreis gefertigt wird. Beispiel: Der Kunde kauft sich einen Motorroller vom Hersteller.

2) Kauf standardisierter Produkte vom scheinbaren Hersteller. In dieser Konstellation erwirbt der Kunde ebenfalls ein standardisiertes Produkt, allerdings gibt sich der Verkäufer nur dadurch als Hersteller aus, dass er sein Logo an der Ware anbringt oder die Waren einheitlich unter seiner Handelsmarke vertreibt.[4] Beispiel: Beispiel: Der Kunde kauft sich einen Motorroller vom Hersteller. Der Hersteller lässt die Maschinen allerdings komplett von einem Unternehmer in Asien fertigen und bringt nur sein Logo darauf an.

3) Kauf eines individuellen Produkts vom Hersteller. In diesem Fall geht es um ein Produkt, das im Einzelfall speziell für den Kunden angefertigt wird. Beispiel: Der Kunde hat spezielle Anforderungen an den Motorroller, z. B. wegen einer Behinderung, und lässt sich daher ein auf seine Bedürfnisse zugeschnittenes Fahrzeug anfertigen.

4) Kauf eines individuellen Produkts vom Hersteller aus Material des Käufers. Auch hier wird das Produkt speziell für den Kunden angefertigt, der aber zusätzlich das Material dafür zur Verfügung stellt. Beispiel: Der Kunde hat kein Geld für einen Motorroller. Er sucht sich daher auf Schrottplätzen diverse Einzelteile. Als er nach einigen Monaten alles beisammen hat, lässt er sich von einem befreundeten Kfz-Mechaniker daraus einen funktionsfähigen Motorroller zusammenbauen.

Der Vergleich dieser Konstellationen zeigt, dass wir es beim „Kaufen vom Hersteller" mit sehr unterschiedlichen tatsächlichen Situationen zu tun haben können. Im dritten und vierten Fall fällt es schon sprachlich schwer, von einem Kauf zu sprechen. Gleichwohl erfolgt die rechtliche Bewertung durch das BGB seit 2002 sehr pauschal und ordnet alle vier genannten Fälle dem Kaufvertrag zu. Diese vertragstypologische Vereinfachung ist nicht unbedingt sachgerecht, wie im Folgenden gezeigt wird.

---

[4] Die wettbewerbsrechtlichen Implikationen sollen hier nicht vertieft werden, vgl. dazu OLG Köln, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis 2020, 267.

IV. Historische Gründe

Zwischen 1900 und 2002 wies das BGB noch eine relativ ausführliche, differenzierende Behandlung des Kaufens vom Hersteller auf, wonach die verschiedenen Konstellationen auch zu unterschiedlichen vertragsrechtlichen Folgen führten. Neben dem Kaufvertrag kamen insbesondere der Werkvertrag und der Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB 1900) in Betracht.

Der Ursprung dieser gesetzlichen Regelung lag teilweise in einer Übernahme des römischen Rechts. In der römischen Antike hatten sich die Juristen ebenfalls die Frage gestellt, wie der Kauf vom Hersteller rechtlich einzuordnen sei. Während der Kaufvertrag – damals wie heute – schlicht vom Austausch einer Ware gegen Geld geprägt war, stellte sich beim Erwerb vom Hersteller die besondere Situation, dass der Hersteller die Ware zunächst selbst herstellen musste, bevor er sie der anderen Vertragspartei übertragen konnte. Wegen dieser besonderen Leistungsverpflichtung wurde der Vertrag nicht immer als Kaufvertrag (*emptio venditio*), sondern in manchen Fällen als ein anderer Vertragstyp angesehen, nämlich als Werkvertrag (*locatio conductio*).

Schulbeispiel für den Kauf vom Hersteller war im Römischen Recht der Vertrag mit einem Goldschmied: Wer zum Goldschmied geht, um sich von diesem einen Ring anfertigen zu lassen, den kann man sowohl als einen Käufer ansehen, da es ihm um das fertige Produkt geht, als auch als einen Werkbesteller, da er bei seinem Vertragspartner eine Arbeitsleistung in Auftrag gibt, die zu einem bestimmten Erfolg führen soll. Dementsprechend war die rechtliche Einordnung unter den römischen Juristen umstritten.[5] Die sabinianische Rechtsschule sah die Vereinbarung als einen gemischten Vertragstyp an, der sowohl aus einem Kauf- als auch aus einem Werkvertrag bestand. Mit der Zeit setzte sich aber eine differenzierende Lösung durch, die darauf abstellte, wer das Material, also das rohe Gold, zur Verfügung stellte: Sollte der Goldschmied den Ring aus eigenem Gold anfertigen, so handelte es sich um einen einheitlichen Kaufvertrag. Stellte dagegen der Kunde das Gold zur Verfügung, lag ein einheitlicher Werkvertrag vor.[6]

Mit dieser Lösung hatte das römische Recht eine taugliche Abgrenzung gefunden, die auf die Eigenarten der Vertragstypen Rücksicht nimmt: Da das Wesen des Kaufs in einer Eigentumsübertragung besteht, ist ein Vertrag, bei dem der Hersteller das Material zur Verfügung stellt, einem Kaufvertrag nahe. Stammt das Material dagegen vom Kunden, geht es nur um die Arbeitsleistung des Herstellers, sodass es konsequent war, einen Werkvertrag anzunehmen. Dementsprechend wurde auch der Vertrag über den Bau eines Hauses als Werkvertrag eingeordnet, da der Kunde hier das Ausgangsmaterial, nämlich Grund

[5] Vgl. *Kaser*, Das römische Privatrecht, Band 1, 548.
[6] I. 3,24,4; Gai. 2 rer. cott. D. 19,2,2,1.

und Boden, zur Verfügung stellt, wogegen der Vertrag über die Herstellung von Ziegeln aus Rohstoffen des Herstellers als ein Kaufvertrag angesehen wurde.[7]

Die römische Lösung ist allerdings im Kontext des römischen Rechtssystems zu verstehen: Für die römischen Juristen der klassischen Zeit war die Einordnung als Kaufvertrag oder Werkvertrag von entscheidender Bedeutung, um im Klageverfahren die richtige Prozessformel auswählen bzw. beantragen zu können. Davon hingen Erfolg oder Misserfolg der Klage ab. Folgte man der sabinianischen Ansicht, musste man also zwei verschiedene Klagen erheben, eine aus Kauf und die andere aus Werkvertrag, womit dann jeweils Teilbeträge der geschuldeten Vergütung hätten eingeklagt werden können. Dies ist offensichtlich unpraktisch. Dieser Aspekt ist aber für uns heute in einem System der Typenfreiheit nicht mehr von Bedeutung. Gleichwohl hat auch heute noch die Abgrenzung der Vertragstypen für verschiedene Fragen des zwingenden Rechts eine ausschlaggebende Bedeutung. Zudem ist die römische Lösung in der weiteren Rechtsgeschichte die Grundlage des Werklieferungsvertrags geworden, der die Frage des „Kaufens vom Hersteller" hauptsächlich geregelt hat.

V. Der Werklieferungsvertrag in der Kodifikation des BGB

Bei der Kodifikation des BGB im Jahre 1900 wurden die verschiedenen rechtlichen Lösungen, welche für Herstellungsverträge möglich sind, gegeneinander abgewogen.[8] Angesichts der Vielzahl dieser Lösungen wurde sogar erwogen, auf eine gesetzliche Regelung ganz zu verzichten und die Vertragsgestaltung der Parteidisposition im Einzelfall zu überlassen, doch hielt man wegen der Häufigkeit dieser Verträge dennoch eine gesetzgeberische Entscheidung für wünschenswert.[9] Diese fiel erstaunlich differenziert aus: Zunächst übernahm der Gesetzgeber die grundlegende Unterscheidung des römischen Rechts, das nach der Herkunft der Ausgangsmaterialien unterschied. Stammte der Stoff vom Kunden, so lag auch nach der Regelung des BGB von 1900 ein Werkvertrag vor, und nur in den Fällen, in denen der Hersteller den Stoff lieferte, bestand ein Kauf- oder ein Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB 1900).[10] Im oben gebildeten Beispielsfall 4 würde die Konstellation also jedenfalls nach Werkvertragsrecht beurteilt: Wer sich vom Kfz-Mechaniker seines Vertrauens aus selbst beschafften Teilen einen Motorroller zusammenbauen lässt, schließt einen Werkvertrag. Er liefert selbst den Stoff und der Kfz-Mechaniker steuert nur seine Arbeitsleis-

---

[7] Iav. 11 epist. D. 18,1,65.

[8] Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. *Alisch*, Der Werklieferungsvertrag als Handelskauf, 19–24; *Teichmann*, Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Gutachten A für den 55. Deutschen Juristentag, A 34 f.

[9] Vgl. Mot. 475 (Mugdan II 265).

[10] Dazu *Feilen*, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, 121 ff.

tung bei. Anders verhält es sich in den Beispielsfällen 1 bis 3: Hier stammt der Stoff vom Hersteller, sodass kein Werkvertrag gegeben ist.

Für diese Fälle 1 bis 3 führte das BGB 1900 aber eine weitere Differenzierung ein: Es kam nun zusätzlich darauf an, ob die hergestellte Sache vertretbar oder nicht vertretbar war. Vertretbare Sachen sind solche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 91 BGB), also austauschbar sind.[11] Unvertretbare Sachen werden dagegen nach dem individuellen Stück gehandelt und sind demnach nicht untereinander austauschbar. Bei Herstellung vertretbarer Sachen wurde der Vertrag als Kaufvertrag behandelt, bei Herstellung unvertretbarer Sachen dagegen als ein besonderer, neu eingeführter Vertragstyp, nämlich als Werklieferungsvertrag.[12] In den Beispielsfällen 1 und 2 werden vertretbare Sachen hergestellt, da es sich hier um standardisierte Motorroller handelt, bei denen ein Stück nach Belieben gegen ein anderes aus der gleichen Produktion ausgetauscht werden könnte. Es handelt sich demnach um Kaufverträge. Anders verhält es sich dagegen in Beispielsfall 3: Hier ist der Motorroller individuell nach Kundenvorstellungen hergestellt worden, sodass er nicht anderweitig abgesetzt werden könnte. In Beispielsfall 3 lag nach dem BGB 1900 demnach ein Werklieferungsvertrag vor. Für den Werklieferungsvertrag hatte der Gesetzgeber angeordnet, dass verschiedene Regelungen des Kaufvertragsrechts durch das Werkvertragsrecht ersetzt werden, und auf diese Weise eine gelungene Synthese beider Vertragstypen geschaffen.

Im Ergebnis wurde damit nach der Fassung des BGB von 1900 den tatsächlichen Unterschieden bei den verschiedenen Arten des „Kaufens vom Hersteller" in differenzierter Art und Weise rechtlich Rechnung getragen.[13] Gleichzeitig ermöglichte diese Regelung eine trennscharfe Einordnung von verschiedenen Konstellationen, die für Rechtssicherheit sorgte.

VI. Der Werklieferungsvertrag in der Schuldrechtsreform

Eine grundlegende Neukonzeption erfuhr die vertragstypologische Einordnung im Zuge der Schuldrechtsreform von 2002. Anlass für die Schuldrechtsreform war die Neuordnung des Verbraucherkaufrechts, doch wurden im Zuge der Gesetzesreform auch andere Entwicklungen mit berücksichtigt, die sich seit der Kodifikation 1900 ergeben hatten.

---

[11] BGH, Urteil vom 29.09.1966, VII ZR 160/64, Neue Juristische Wochenschrift 1966, 2307; Soergel-BGB/*Buchwitz*, § 650 Rn. 28.

[12] *Feilen*, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen. 123 f.; *Teichmann*, Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Gutachten A für den 55. Deutschen Juristentag, 39–41.

[13] Kritik aber schon bei *Ehrenberg*, in: JherJb 27, 253 (254 ff).

1. Internationale Einflüsse

Ein wichtiger Faktor, der bei der Neufassung des Kaufrechts 2002 mit einbezogen werden sollte,[14] war die zwischenzeitlich erfolgte Ratifikation des Wiener UN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf von 1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG).[15] Durch diesen internationalen Vertrag, der in Deutschland seit 1991 in Kraft ist, wurden Kaufverträge zwischen Vertragspartnern aus verschiedenen Staaten international einheitlich geregelt. Mittlerweile ist das CISG von 97 Staaten weltweit ratifiziert worden.[16]

Zur Frage der Abgrenzung zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag enthält das CISG eine klare Regelung, wonach auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware dem Kaufvertrag gleichstehen, es sei denn, dass der Käufer den Stoff zur Verfügung zu stellen hat (Art. 3 Abs. 1 CISG). In diesem Fall hat die andere Vertragspartei nämlich überwiegend Arbeiten bzw. Dienstleistungen zu erbringen, sodass es sich nicht mehr um einen Kaufvertrag handelt und das CISG folglich auch keine Anwendung mehr darauf findet (Art. 3 Abs. 2 CISG).[17] Die seit der Antike grundlegende Unterscheidung nach der Herkunft des Stoffes, aus dem die Sache angefertigt wird, wird also auch vom CISG aufgegriffen und für die Frage des Vertragstyps, die hier gleichzeitig über die Anwendbarkeit des Übereinkommens entscheidet, fruchtbar gemacht.[18]

Die vorliegend gebildeten Beispielsfälle würde man folglich nach dem CISG nur in zwei Kategorien einordnen: Fall 1 (Kauf eines standardisierten Produkts vom Hersteller), Fall 2 (Kauf eines standardisierten Produkts vom scheinbaren Hersteller) und Fall 3 (Kauf eines individuellen Produkts vom Hersteller) sind Kaufverträge, Fall 4 (Kauf eines individuellen Produkts vom Hersteller aus Material des Käufers) ist dagegen ein Werkvertrag. Die besondere Kategorie des Werklieferungsvertrags entfällt hier, da sie natürlich nicht Gegenstand des CISG ist, aber auch da sie für die Einordnung in die Vertragstypologie nicht zwingend erforderlich ist. Während es zwar sinnvoll ist, wie im BGB 1900 auf alle Herstellungsverträge zumindest zum Teil die besonderen Regeln des Werkvertragsrechts anzuwenden, so hat die Regelung des CISG immerhin den Vorteil der Einfachheit für sich.

Im Ergebnis führt das internationale Kaufrecht damit zu einer einfachen und in den meisten Fällen auch interessengerechten Lösung: Stellt der Käufer den Stoff zur Verfügung, handelt es sich nicht mehr um einen Kaufvertrag. In allen anderen Fällen liegt ein Kaufvertrag vor, wobei es unerheblich ist, ob der Ver-

---

[14] Dazu *Rudolph*, Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht, 53 f.

[15] BGBl. 1989 II S. 586, 588, ber. 1990 II S. 1699.

[16] Vgl. https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (zuletzt abgerufen am 15.02.2024).

[17] Dazu näher BeckOGK/*Wagner*, 01.02.2024, Art. 3 CISG Rn. 5–7.

[18] *Feilen*, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, 265.

käufer die Sache nur als Zwischenhändler weitervertreibt oder sie selbst hergestellt hat.

2. Die Vereinfachung durch die Schuldrechtsreform

Das CISG sollte bei Neufassung des BGB im Jahre 2002 eigentlich Pate stehen, doch wurde es hinsichtlich der hier zu behandelnden Frage gerade nicht herangezogen.

Als für den deutschen Gesetzgeber in den Jahren 2000/2001 die Notwendigkeit aufkam, den Verbrauchsgüterkauf neu zu regeln, nahm man dies zum Anlass, das gesamte Kaufrecht neu zu fassen. Es musste die Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs ins deutsche Recht umgesetzt werden, was bedeutet hätte, das Kaufrecht für Verbraucherverträge zu ändern. Der deutsche Gesetzgeber kodifizierte allerdings das gesamte Kaufrecht zum 1.1.2002 neu, auch soweit es keine Verbraucherkäufe betrifft. Daher hatte die verfehlte Konzeption der Richtlinie[19] Auswirkungen auf das gesamte Kaufrecht. Im Zuge dessen wurde die Regelung zum Werklieferungsvertrag ersatzlos gestrichen, was die Bundesregierung auch damit begründete, dass sie zu einer *„unübersichtlichen Verweisung auf einzelne Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts*“ führte.[20] Stattdessen wurden alle Verträge einheitlich dem Kaufrecht unterstellt, auch wenn der Verkäufer die Sache herzustellen hatte und sogar dann, wenn der Käufer den Stoff dafür zu liefern hatte (damals als § 651 BGB normiert).[21] An der unübersichtlichen Verweistechnik hielt der Gesetzgeber gleichwohl entgegen seiner Ankündigung fest: Auch die Neuregelung enthält eine für Laien kaum verständliche Verweiskette auf verschiedene Vorschriften des Werkvertragsrechts, die im Falle nicht vertretbarer Sachen Anwendung finden. Diese Regelung ist sachlich auch erforderlich, da die tatsächlichen Unterschiede zwischen der Herstellung vertretbarer und nicht vertretbarer Sachen durchaus unterschiedliche gesetzliche Regelungen erfordern. Wie *Feilen* zu Recht anmerkt, war die Vorschrift des § 651 BGB 1900 weniger in der Sache, als vielmehr in der Gesetzgebungstechnik Kritik im Schrifttum ausgesetzt.[22] Die Absicht des Gesetzgebers nach Vereinfachung wurde jedoch gerade nicht umgesetzt und stattdessen die sachlich richtige und seit Jahrhunderten erprobte Abgrenzung nach dem Ursprung des Stoffes aufgegeben. Dadurch ignorierte man auch das CISG, welches angeblich das Vorbild für die Neuschöpfung des Kaufrechts im BGB sein sollte.

---

[19] Dazu näher *Feilen*, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, 136 f.

[20] Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/6040, S. 268; zustimmend wohl *Rodorff*, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, 47.

[21] Kritisch dazu auch *Nietsch*, Archiv für die civilistische Praxis 211 (2011), 737 (751 f).

[22] *Feilen*, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, 125.

Seit der Neuregelung im Jahr 2002 wird damit – zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes – jede Art des Erwerbs vom Hersteller dem Kaufrecht unterstellt. Sogar der obige Beispielsfall 4, in dem der Kunde die Einzelteile selbst zusammensucht und sich dann daraus einen Motorroller von einem befreundeten Kfz-Mechaniker zusammenbauen lässt, ist seit der Neuregelung ein Kaufvertrag, obwohl dies den beteiligten Personen wohl äußerst befremdlich vorkäme, wenn sie davon durch einen Juristen in Kenntnis gesetzt würden.

VII. Vertragspflichten und Haftung des Herstellers

Die Konsequenzen der gesetzgeberischen Änderungen zeigen sich in vielerlei Hinsicht. Zunächst ergeben sich daraus dogmatische Fragen im Hinblick auf die Vertragspflichten, die der Hersteller von Sachen gegenüber dem Käufer jeweils hat. In Beispielsfall 1 ist die Sachlage insofern im Ausgangspunkt klar: Der Hersteller, der ein standardisiertes Produkt verkauft, wird jedenfalls als Verkäufer behandelt und schuldet damit die Übergabe der Sache und die Verschaffung des Eigentums an der Sache (§ 433 Abs. 1 BGB). Ob er allerdings auch die Herstellung der Sache schuldet, ist eine Frage, die weniger leicht zu beantworten ist. Einerseits hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass er als Verkäufer grundsätzlich nicht zur Herstellung verpflichtet ist,[23] andererseits ergibt sich in der konkreten Fallkonstellation, in der ein Käufer vom Hersteller kauft, im Einzelfall durchaus die Erwartung des Käufers, dass der Hersteller die Sache auch selbst herstellen werde. Da das Pflichtenprogramm eines Vertrags in erster Linie durch die Parteien selbst definiert wird, kann die Herstellungspflicht in dieser Situation daher vom Kaufvertrag mit umfasst sein, auch wenn sie beim Kauf von einem bloßen Händler nicht Vertragsbestandteil wäre.[24]

Entscheidend wird diese Frage in Beispielsfall 2: Hier stellt der Hersteller nicht selbst her, sondern durch einen Subunternehmer, und bringt lediglich sein Logo auf dem Motorroller an. In einer solchen Situation ist weniger klar, ob er auch die Herstellung schuldet. Allerdings ist die berechtigte Erwartung des Käufers auch in dieser Situation identisch: Ein Verkäufer, der als Hersteller auftritt, macht sich die Herstellung damit zu eigen und tritt nach außen als Hersteller auf, auch wenn er die Sache tatsächlich nicht selbst hergestellt hat. Für die Vertragsbeziehung der Parteien macht dies jedoch keinen Unterschied, sodass auch der Kauf vom scheinbaren Hersteller damit ein Vertrag ist, bei dem der Verkäufer die Herstellung schuldet. Natürlich muss er die Herstellung nicht

[23] BGH, Urteil vom 21.06.1967, VIII ZR 26/65, BGHZ 48, 118 = Neue Juristische Wochenschrift 1967, 1903 (1904).

[24] BeckOK-BGB/*Voit*, § 650 Rn. 13; Erman-BGB/*Schwenker/Rodemann*, 650 Rn. 10.

höchstpersönlich durchführen, sondern kann sich dafür Hilfspersonen bedienen, im vorliegenden Beispielsfall des asiatischen Subunternehmers.[25]

Die Frage der Vertragspflichten ist auch nicht rein theoretischer Natur, sondern hat gravierende Konsequenzen für die Haftung des Verkäufers im Falle von Mängeln der gelieferten Sache. Schuldet der Verkäufer die Herstellung der Sache, ist er für alle Mängel verantwortlich, die bei der Herstellung entstanden sind. Bei herstellungsbedingten Mängeln wird er sich auch in aller Regel nicht von der Verschuldensvermutung (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) entlasten können, sodass er dem Käufer auf Schadensersatz haftet (§§ 437 Nr. 3, 280, 281, 283, 311a Abs. 2 BGB).[26]

Schuldet der Verkäufer dagegen nur die Lieferung, so ist er für herstellungsbedingte Mängel grundsätzlich nicht verantwortlich.[27] Anders würde man nur dann entscheiden müssen, wenn er Anlass hatte, die Sache zu überprüfen und der Mangel bei einer solchen Untersuchung hätte erkannt werden müssen. Normalerweise kann ein Verkäufer, der die Herstellung nicht schuldet, also ein normaler Händler, aber darauf vertrauen, dass der Hersteller die Sachen ordnungsgemäß angefertigt hat.

Diese Abgrenzungskriterien ergeben sich aus der berühmten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu einem defekten Motorroller aus dem Jahr 1956.[28] Der dortige Kläger hatte einen Motorroller gekauft und war damit einen Tag später mit seiner Frau auf dem Soziussitz verunglückt, weil der Lenker nicht fest genug mit dem Rad verbunden war. Seine Schadensersatzklage gegen den Verkäufer wurde abgewiesen, da diesen kein Verschulden traf. Der Herstellungsfehler war nämlich bei der dem Verkäufer allenfalls obliegenden oberflächlichen Kontrolle und kurzen Prüfungsfahrt nicht erkennbar. Das Verschulden lag vielmehr beim Hersteller, doch war dieses dem Verkäufer nicht zurechenbar, da dieser eben nicht die Herstellung, sondern nur die Lieferung – genauer gesagt, die Übergabe und Eigentumsverschaffung – schuldete. Anders wäre folglich zu entscheiden gewesen, wenn der Kläger den Motorroller direkt vom Hersteller gekauft hätte: Dann würde sein Vertragspartner auch die Herstellung schulden und selbstverständlich für die mangelhafte Fertigung des Motorrollers haften.

Entsprechend ist auch in unseren vorliegend gebildeten Beispielsfällen zu entscheiden: Der Kunde erwirbt den Motorroller in jedem der vier Fälle direkt vom Hersteller, sodass dieser in jedem Fall für etwaige Mängel zu haften hat. Dies gilt gerade auch in Fall 2, wo der Kunde nur vom scheinbaren Hersteller kauft. Denn wer sein Logo auf einem Produkt anbringt und damit nach außen als

---

[25] Ob er sich dann noch als „Hersteller" bezeichnen darf, ist eine andere Frage, vgl. OLG Köln, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis 2020, 267.

[26] EBJS-HGB/*Achilles*, Vor § 377 Rn. 90.

[27] EBJS-HGB/*Achilles*, § 377 Rn. 91.

[28] BGH, Urteil vom 15.03.1956, 2 ZR 284/54, Versicherungsrecht 56, 259 = Beck'sche Rechtsprechungssammlung 1956, 31379102.

Hersteller auftritt, muss sich auch so behandeln lassen, als hätte er das Produkt selbst hergestellt. In der arbeitsteiligen Wirtschaft ist die Fertigung durch diverse Vorproduzenten ohnehin eine Selbstverständlichkeit, sodass eine rein naturalistische Betrachtungsweise, die darauf abstellen würde, wer tatsächlich das Produkt herstellt, fehlgehen würde. Auch bei Einsatz von Subunternehmern bleibt der Hersteller natürlich für deren etwaiges Verschulden verantwortlich (§ 278 BGB).[29] Entscheidend ist nur, ob der Käufer nach seiner berechtigten Erwartung davon ausgehen kann, von einem Hersteller zu kaufen und nicht von einem bloßen Händler. Wer vom Hersteller kauft, hat größere Erwartungen in seinen Vertragspartner als jemand, der von einem Händler kauft. Aus diesem Grunde ist auch den neuerdings wieder vertretenen Ansichten eine Absage zu erteilen, die das Verschulden des Herstellers in jedem Fall dem Verkäufer zurechnen wollen.[30] Dies würde die tatsächlichen Unterschiede zwischen Herstellern und Händlern in geradezu grotesker Weise nivellieren. Von einem Händler kann man vernünftigerweise nicht mehr erwarten, als dass er die Ware mit einem kurzen, kritischen Blick überprüft und sie ansonsten so weiterverkauft, wie sie ihm vom Hersteller geliefert worden ist. Würde man den Hersteller immer als Erfüllungsgehilfen des Händlers ansehen (§ 278 BGB), liefe dies auf eine ausufernde Haftung für Händler hinaus, die der typische Kunde auch gar nicht erwartet: Wer einen Motorroller mit einem Produktionsfehler gekauft hat, wird deswegen natürlicherweise den Hersteller, nicht den Händler für verantwortlich halten.

Keine Abgrenzungsfragen zum Händler stellen sich in den Fällen, in denen der Hersteller die Sache sowohl tatsächlich als auch nach außen erkennbar selbst herstellt. In den obigen Beispielsfällen 3 (Erwerb eines individuell hergestellten Produkts) und 4 (Erwerb eines individuell hergestellten Produkts aus Material des Käufers) gehört daher die Herstellung zweifellos zu den Vertragspflichten, sodass der Hersteller hier auch bei jeder Art von Produktionsmangel für sein (dann eigenes) Verschulden haftet.[31]

Problematischer stellen sich in diesen Fällen dagegen die Vertragspflichten dar, nämlich bei Annahme eines Kaufvertrags die Übergabe und Eigentumsverschaffung. Während diese bei der Anfertigung des Motorrollers aus eigenen Materialien des Herstellers noch möglich und damit auch geschuldet sind,

---

[29] Anders BGH, Urteil vom 21.06.1967, VIII ZR 26/65, BGHZ 48, 118 = Neue Juristische Wochenschrift 1967, 1903, aber zu Unrecht, vgl. MüKo-BGB/*Busche*, § 650 Rn. 8 m. w. N.

[30] So *Schirmer*, Archiv für die civilistische Praxis 222 (2022), 572 (572 ff.); MüKo-BGB/*Grundmann*, § 278 Rn. 31; *Weller*, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 2312 (2312); anders die st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 02.04.2014, VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 m. w. N. und h. L., vgl. Grüneberg/*Grüneberg*, § 278 Rn. 13; Erman-BGB/*Schwenker/Rodemann*, § 650 Rn. 11; BeckOGK-BGB/*Schaub*, 01.12.2023, § 278 Rn. 68.1 f.; HK-BGB/*Schulze*, § 278 Rn. 10; EBJS-HGB/*Achilles*, § 377 Rn. 91.

[31] Dazu näher Soergel-BGB/*Buchwitz*, § 650 Rn. 20; *Rodorff*, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, 192–194.

scheitert die Eigentumsverschaffung bei der Anfertigung des Motorrollers aus Materialien des Kunden (Fall 4) daran, dass der Verkäufer niemals Eigentum erworben hat: Die Materialien standen ursprünglich im Eigentum des Kunden und wurden auch durch den Verarbeitungsprozess nicht gemäß § 950 BGB vom Kfz-Mechaniker zu Eigentum erworben, da er die Herstellung nicht für sich selbst, sondern für den Kunden vorgenommen hat.[32] Die Verschaffung des Eigentums, die er einem Käufer eigentlich schuldet (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), ist ihm daher unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB).[33] Schon daran zeigt sich, dass die Klassifikation dieses Sachverhalts als Kaufvertrag durch die Neufassung des BGB seit 2002 verfehlt ist (jetzt § 650 BGB). Es handelt sich vielmehr der Sache nach um einen Werkvertrag und sollte auch als solcher behandelt werden.[34] Das Mittel, um zu diesem einzig sachgerechten Ergebnis zu kommen, ist die vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung praktizierte typologische Abgrenzung von Werkvertrag und Werklieferungsvertrag,[35] die nun richtigerweise auch auf die Abgrenzung zum Kaufvertrag nach neuem Schuldrecht zu übertragen ist. Danach ist es entscheidend, ob sich die wesentliche Wertschöpfung des Vertrages nach der Vorstellung der Parteien in Herstellung und Lieferung einer Sache erschöpft oder ob die Schöpfung eines Werks mit bestimmten funktionalen Eigenschaften im Vordergrund steht.[36] Nach dieser typologischen Abgrenzung besteht damit kein Zweifel, dass in Fall 4 kein Kauf, sondern ein Werkvertrag vorliegt, auch wenn die Lektüre des § 650 BGB etwas anderes nahezulegen scheint. Selbst in Fall 3 kann dies anzunehmen sein, wenn im Einzelfall die Anpassung des Motorrollers an die Bedürfnisse des Käufers deutlich stärker im Vordergrund stehen sollte als die Lieferung des Motorrollers als solche.

Im Ergebnis können also die besonderen rechtlichen Erfordernisse, die an die verschiedenen Konstellationen des „Kaufens vom Hersteller" jeweils gestellt werden, nicht durch eine gesetzgeberische Vereinfachung überspielt werden. Vielmehr ist durch eine sinnvolle typologische Einstufung der jeweiligen Einzelfälle der Interessenlage der Vertragsparteien Rechnung zu tragen.

---

[32] Die Herstellereigenschaft des Kunden kann nach e.A. durch Vereinbarung geregelt werden, vgl. etwa BGH, Urteil vom 03.03.1956, IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159 = Neue Juristische Wochenschrift 1956, 788; OLG Celle, Beschl. v. 08.06.2009, 5 W 73/08, NZI 2009, 726, bzw. würde sich nach a. A. aus den hier vorliegenden objektiven Umständen ergeben, dazu umfassend BeckOGK-BGB/*Schermaier*, 01.12.2023, § 950 Rn. 28 ff., 34.

[33] Zu diesem Problem näher *Feilen*, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, 157–164, mit kritischer Bewertung 239; *Rudolph*, Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht, 120 ff.

[34] Soergel-BGB/*Buchwitz*, § 650 Rn. 23; wohl auch BeckOK-BGB/*Voit*, § 650 Rn. 8.

[35] Vgl. etwa zusammengefasst in BGH, Urteil vom 07.12.2017, VII ZR 101/14, ZfBR 2018, 236, Rz. 49; zur Rechtsprechungsentwicklung *Feilen*, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen, 166 ff.

[36] Darauf stellt auch *Nietsch*, Archiv für die civilistische Praxis 211 (2011), 737 (744 f.), ab; ähnlich MüKo-BGB/*Busche*, § 631 Rn. 10.

VIII. Sicherungsrechte

Von großer Bedeutung ist die rechtliche Einordnung des „Kaufens vom Hersteller" auch für die Frage, ob dem Hersteller Sicherungsrechte zustehen, wenn der Käufer nicht zahlt. Beim Kaufvertrag bestehen grundsätzlich keine gesetzlichen Sicherungsrechte.[37] Vielmehr muss sich der Verkäufer vertraglich das Eigentum vorbehalten oder anderweitige Sicherheiten verlangen, wenn er um die Zahlungswilligkeit oder -fähigkeit des Käufers fürchtet. Anders verhält es sich beim Werkvertrag: Hier ist seit dem Jahr 2000 ein gesetzliches Recht auf Abschlagszahlungen normiert, das dem Werkunternehmer die Möglichkeit gibt, auch ohne gesonderte Vereinbarung schon vor Fertigstellung und Abnahme des Werkes Abschlagszahlungen zu verlangen, deren Höhe sich nach den bereits erbrachten Leistungen richtet (§ 632a BGB). Wenn man die Beispielsfälle 3 und 4 also als Werkverträge einordnet, hat der Hersteller des Motorrollers noch während der Herstellungsphase das Recht, vom Kunden Abschlagszahlungen zu verlangen – zumindest dann, wenn er ihm Sicherheit leistet. Auch wenn dies bei einem Motorroller praktisch weniger relevant wird, hat es doch bei größeren und kostspieligeren Vorhaben seine praktische Berechtigung.

Des Weiteren besteht nur beim Werkvertrag ein Pfandrecht des Werkunternehmers an Sachen des Bestellers (§ 647 BGB).[38] Auch insofern hat die typologische Einordnung also zentrale Bedeutung. In den hier gebildeten Beispielsfällen wird dies in Fall 4 relevant, wo der Kunde seine eigenen Sachen dem Hersteller übergibt, nämlich die von ihm zusammengesuchten Einzelteile, aus denen der Hersteller dann den Motorroller fertigt. In einer solchen Situation hat der Hersteller ein Pfandrecht an der hergestellten Sache. Zahlt der Kunde nicht, kann er die Sache also versteigern lassen und sich aus dem Erlös befriedigen.

IX. Rügeobliegenheit beim Handelskauf

Von noch größerer praktischer Bedeutung ist die Einordnung als Kauf- oder Werkvertrag hinsichtlich der Rügeobliegenheit.[39] Nur beim Kaufvertrag hat der Käufer im Handelsverkehr die Obliegenheit, die erhaltene Sache auf Mängel zu überprüfen und etwaige Mängel unverzüglich dem Verkäufer anzuzeigen (§ 377 HGB). Versäumt er dies, verliert er sämtliche Rechte wegen der Mangelhaftigkeit der Sache. Liegt dagegen ein Werkvertrag vor, kann er auch noch nach mehreren Jahren etwaige Sachmängel geltend machen, selbst wenn diese bei der Ablieferung der Sache durch eine nähere Untersuchung erkennbar gewesen wären.

---

[37] *Rudolph*, Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht, 282 ff.
[38] *Rudolph*, Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht, 114, 282.
[39] Soergel-BGB/*Buchwitz*, § 650 Rn. 4.

Nach dem Wortlaut der seit 2002 geänderten gesetzlichen Vorschriften (§ 650 BGB und der insoweit gleichlautende § 381 Abs. 2 HGB) ist nun allerdings jede Herstellung oder Erzeugung von Sachen dem Kaufrecht zu unterstellen. Dass dies nicht richtig sein kann, wurde bereits anhand der Vertragspflichten gezeigt, und wird auch in der Literatur stillschweigend vorausgesetzt. Auch in der Literatur zum Handelsrecht ist nämlich weiterhin anerkannt, dass Kauf- und Werkvertrag anhand typologischer Kriterien voneinander abgegrenzt werden müssen.[40] Dafür wird unter anderem maßgeblich darauf abgestellt, wer den Ausgangsstoff zur Verfügung gestellt hat. Stammt der Stoff vom Hersteller, liegt ein Kaufvertrag vor, hat dagegen der Kunde den Stoff zur Verfügung gestellt, handelt es sich um einen Werkvertrag.[41] Dadurch wird das Kriterium, das sich schon in römischer Zeit als sachlich treffend herausgestellt hatte, wieder aufgegriffen, auch wenn der Gesetzgeber es in übereifriger Vereinfachung fallen gelassen hat.

In den vorliegenden Beispielsfällen wäre demnach jedenfalls Fall 4 als Werkvertrag anzusehen, sodass den Kunden keine Rügeobliegenheit trifft. Anders würde es sich in den Fällen 1 und 2 verhalten, die jedenfalls nach Kaufrecht zu beurteilen sind, und gegebenenfalls auch in Fall 3. Die Anpassung des Motorrollers an die individuellen Verhältnisse kann sich noch als Kaufvertrag darstellen, je nach der Interessenlage der Parteien aber auch als Werkvertrag einzustufen sein. Das Oberlandesgericht Hamm hat etwa den Umbau eines Kraftfahrzeugs zum Leichenwagen und dessen anschließende Lieferung noch als Kaufvertrag angesehen.[42] Daher kam es hier auch auf die Einhaltung der Rügeobliegenheit des § 377 HGB an. Die Lieferung und Installation einer Anlage zur Herstellung von Kartoffelchips wurde dagegen durch den Bundesgerichtshof als Werkvertrag qualifiziert.[43] Durch diese mit der Vertragstypologie begründete Entscheidung wurde dem Kunden die Geltendmachung von Mängelrechten erst ermöglicht, die ansonsten an der Rügeobliegenheit gescheitert wäre.

X. Fazit

Die vertragsrechtliche Einstufung des „Kaufens vom Hersteller“ ist für viele verschiedene Folgefragen von entscheidender Bedeutung. Dabei ist das „Kaufen vom Hersteller“ aber weniger als ein besonderer Vertragstyp anzusehen. Vielmehr kann der Erwerb einer Sache vom Hersteller je nach Einzelfall unter den

[40] „Reine Werkverträge“ sollen schon von der Norm nicht erfasst sein, Hopt-HGB/*Leyens*, § 381 Rn. 4.

[41] Vgl. etwa MüKo-HGB/*Grunewald*, § 381 Rn. 4; s.a. BeckOK-BGB/*Voit*, § 650 Rn. 9.

[42] OLG Hamm, Urteil vom 21.01.2010, 28 U 178/09, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2010, 930.

[43] Siehe oben Fn. 35.

Kaufvertrag, den Werkvertrag oder den Werklieferungsvertrag fallen. Von der vertragsrechtlichen Einordnung hängt unter anderem die Frage ab, ob der Käufer im Handelsverkehr verpflichtet ist, etwaige Mängel unverzüglich zu rügen, aber auch die Frage, ob der Hersteller Sicherheiten für die Zahlung der Vergütung verlangen kann. Soweit keine zwingenden gesetzlichen Vorgaben bestehen, können die Vertragsparteien auch unabhängig von der vertragsrechtlichen Einstufung den Inhalt der Vereinbarung privatautonom festlegen, was allerdings in der Praxis nicht immer erfolgt, weil es oft einen unzweckmäßig hohen Aufwand mit sich bringt. Die Schadensersatzhaftung für Herstellungsfehler ist jedenfalls in allen Konstellationen des „Kaufens vom Hersteller" grundsätzlich gegeben und entfällt nur bei einem „Kauf vom Händler".

Die gegenwärtige gesetzliche Regelung des Werklieferungsvertrags (§ 650 BGB) ist misslungen. Sie schafft im Vergleich zu der Vorgängervorschrift kein höheres Maß an Rechtssicherheit, sondern führt zu Folgeproblemen infolge ihrer unzweckmäßigen Vereinfachung. In der Praxis muss daher die Einstufung in verschiedene Vertragstypen anhand typologischer Kriterien im Einzelfall vorgenommen werden, um den Interessen des Käufers und des Herstellers Genüge zu tun. Liefert der Kunde den zur Herstellung erforderlichen Ausgangsstoff, ist der Vertrag jedenfalls nicht als Kauf, sondern als Werkvertrag zu klassifizieren.

Literaturverzeichnis

Alisch, Kurt, Der Werklieferungsvertrag als Handelskauf, Mühlhausen 1930.

BeckOK-BGB, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 69. Edition, München 2023.

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2023.

BeckOGK UN-Kaufrechts-Übereinkommen (CISG), Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2024.

Boujong, Karlheinz/Ebenroth, Carsten Thomas (Begr.), Handelsgesetzbuch, Band 2, Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.), 4. Aufl., München 2020.

Ehrenberg, Victor, Kauf und Werkvertrag. Zugleich Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in: von Jhering, Rudolf/Ehrenberg, Viktor et al. (Hrsg.), Jherings Jahrbücher 27, Jena 1889, 253–292.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Band 1, 17. Aufl., Köln 2023.

Feilen, Anna, Verträge über die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen und deren rechtliche Einordnung, Frankfurt am Main 2015.

Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Aufl., München 2024.

Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina et al. (Hrsg.), 11. Aufl., Baden-Baden 2021.

Hopt, Klaus J./Kumpan, Christoph Leyens/Patrick C./Merkt, Hanno/Roth, Markus, Handelsgesetzbuch, 43. Aufl., München 2024.

Kaser, Max, Das römische Privatrecht, Band 1, 2. Aufl., München 1971.
Kötz, Hein, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, Juristische Schulung 2013, 289–296.
Mugdan, Benno (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Bände 2 und 6, 9. Aufl., München 2022–2023.
Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Band 5, 5. Aufl., München 2021.
Nietsch, Michael, Werklieferungen im Spannungsverhältnis zwischen Vertragstypisierung und Parteiautonomie, Archiv für die civilistische Praxis 211 (2011), 737–767.
Rodorff, Christian, Die Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, Baden-Baden 2011.
Rudolph, Jochen, Die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB, Baden-Baden 2009.
Schirmer, Jan-Erik, Hersteller sind Erfüllungsgehilfen, Archiv für die civilistische Praxis 222 (2022), 572–603.
Soergel, Hans Theodor (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 9/2, Schuldrecht 7/2: §§ 631–651y, 13. Aufl., Stuttgart 2022.
Teichmann, Arndt, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Gutachten A für den 55. Deutschen Juristentag, 1984, A 34f.
Weller, Matthias, Die Verantwortlichkeit des Händlers für Herstellerfehler, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 2312–2317.

Wer trägt die Kosten der Reparatur?

Hersteller-Händler-Verhältnisse in der alten Bundesrepublik und das Problem des Händlerregresses am Beispiel der Fernsehgeräteindustrie, 1950–1990

Sebastian Teupe

I. Einleitung 81
II. Alte und neue Händler: Die Lieferkette im Wandel 85
III. Defekte Geräte: ein Sachmangel im Sinne des BGB? 87
IV. (Vertragliche) Lösungsansätze: Gewährleistungsausschluss und Vertriebsbindungen 91
1. Die Preis- und Vertriebsbindungen der 1960er und 70er Jahre 92
2. AGB-Gesetz und Entwicklung seit den 1980er Jahren 96
V. Fazit 98
Literaturverzeichnis 101

I. Einleitung

Seit einigen Jahren sehen sich die Händler in der Bundesrepublik mit massiven Umbrüchen im Kaufrecht konfrontiert. Die mit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 begründeten Neuerungen im Händlerregress stellen eine massive Abkehr von lang etablierten Normen dar. Die 2022 eingeführte Aktualisierungspflicht im Verbrauchsgüterkaufrecht gem. § 475b Abs. 4 BGB bindet Hersteller, Händler und Verbraucher i. V. m. § 445a BGB weit über den punktuellen Moment des Tausches hinaus.[1] Dieses Reformtempo steht in einem auffälligen Kontrast zu der Stetigkeit, die das Kaufrecht im 20. Jahrhundert kennzeichnete. Das für die Praxis vergleichsweise unbedeutende AGB-Gesetz von 1977 galt einem zeitgenössischen Beobachter bereits als „die einschneidendste Änderung des allgemeinen Zivilrechts seit Inkrafttreten des BGB“[2] im Jahr 1900.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur werden die Neuerungen als eine Folge technologischer Veränderungen diskutiert. Die Warenwelt wird immer digitaler und durch neu entstehende Handelsformen vertrieben. Zum anderen

[1] *Schmidt-Kessel*, Verbraucher und Recht 2023, 121–122; *Hoffmann/Löffler*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 1–24.

[2] *Müller-Graff*, Juristenzeitung 1977, 245 (246).

werden die Reformen als Folge eines zunehmend umfassenden Verbraucherschutzes im Kaufrecht und europarechtlicher Vorgaben betrachtet. Weiterhin berücksichtigen die neueren Reformen Kritikpunkte, die schon seit der Schuldrechtsmodernisierung von 2002 im Schrifttum kursierten und die sich aus Sicht des Gesetzgebers praktisch bestätigten. Diese Argumente sind an sich schlüssig, werfen aber auch die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis strukturellen Wandels und rechtlicher Reformen auf.[3] Technologischer Wandel in der Warenwelt und ein Strukturwandel im Einzelhandel prägten jedenfalls auch schon das 20. Jahrhundert, ohne dass daraus Reformen im Kaufrecht folgten. Unklar scheint auch, welche Folgen der Reformen für das privatvertragliche Verhältnis von Herstellern, Händlern und Verbrauchern zu erwarten sind.

Der folgende Beitrag nähert sich dem Zusammenhang von kaufrechtlichen Normen und Hersteller-Händler-Verhältnissen aus einer wirtschaftshistorischen Perspektive. Dies soll es erstens ermöglichen, in langfristiger Perspektive die konkreten Bezüge zwischen Normen, Rechtspraxis und unternehmerischem Handeln in Abhängigkeit technologischer Innovationen und sich wandelnder Handelsstrukturen zu untersuchen. Zweitens lassen sich auf diese Weise die privatvertraglichen Lösungsversuche skizzieren, die Akteure im Rahmen des BGB entwickelten und deren konkrete Inhalte aus einer rein dogmenhistorischen Perspektive notwendigerweise nicht erfasst werden können. Der Fokus liegt auf der Geschichte der Fernsehgeräteindustrie, die seit der Mitte des 20. Jahrhunderts die Konsumgeschichte der Bundesrepublik entscheidend prägte und zwischen den 1950er und 70er Jahren geradezu der Inbegriff technologischen Fortschritts darstellte.[4] Zugleich drängte bei den teuren Fernsehgeräten von Beginn an das Problem des Sachmangels auf eindringliche Weise in den Vordergrund. Abschließende Antworten auf die oben angesprochenen Fragen sind aus der Perspektive eines Fallbeispiels nicht zu erwarten. Zugleich dürfte es ohne eine solche „realwirtschaftliche" Hintergrundfolie kaum möglich sein, die zu erwartenden wirtschaftlichen Auswirkungen der Kaufrechtreformen adäquat zu erfassen.

Der 2002, 2018 und schließlich 2022 erneut reformierte Händlerregress ist eines der Problemfelder, das sowohl rechtsdogmatisch als auch mit Blick auf die praktischen Auswirkungen in den letzten Jahren besonderes Interesse gefunden hat.[5] Es war zunächst nicht einmal klar, welchen Regelungszweck der Regress hatte. Der Schutz der kleinen und schwachen Händler schien ein naheliegendes

[3] Allgemeine Überlegungen zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht in *Pahlow/Teupe*, Zeitschrift für Unternehmensgeschichte 66 (2021), 161–189.

[4] *Teupe*, Schaffung eines Marktes; *Reindl*, Wachstum und Wettbewerb.

[5] *Matthes*, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2505–2510. Siehe auch *Schubel*, Juristenzeitung 2001, 1113–1120; *Schubel*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, 2061–2071; *Schmidt*, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 427–455; *Jacobs*, Juristenzeitung 2004, 225–232; *Hoffmann/Löffler*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 1–24.

Argument.[6] Matthes geht dagegen schon 2002 davon aus, dass ein solches Schutzbedürfnis angesichts der gestiegenen Handelsmacht zu diesem Zeitpunkt schon gar nicht mehr existierte.[7] Fries wiederum lehnt eine Typisierung von Marktmacht angesichts „der sich stetig wandelnden Ausprägung moderner Wirtschaftsbeziehungen" aus rechtswissenschaftlicher Sicht ab und betont die „richtige Verantwortungsallokation".[8] Sendmeyer widerspricht dem Argument der gerechten Kostenverteilung und stellt, wie auch Matthes, die verbraucherschützenden Aspekte in den Vordergrund.[9]

Mit Blick auf die praktischen Folgen der Schuldrechtsmodernisierung ließen sich mitunter abstruse Auswirkungen denken.[10] Das waren jedoch eher theoretische Überlegungen als empirisch gefestigte Analysen. Die Vertragsgestaltungen entlang der Lieferkette wurden stets so konstruiert, dass sie die Rechtsprobleme verdeutlichten, also „praktisch zwar seltene, dogmatisch aber durchaus relevante Fälle"[11] diskutierten. Dies trug zu einer Erhellung der rechtsdogmatischen Probleme bei. Es half jedoch kaum bei der Einschätzung der tatsächlichen Folgen für die Hersteller-Händler-Beziehungen. Auch die Geschichte des Händler- bzw. Unternehmerregresses ist trotz der großen praktischen Bedeutung des Sachmangels bisher fast ausschließlich aus rechtsdogmatischer Perspektive betrachtet worden.[12]

Von praktischer Bedeutung war und ist der Regress vor allem deshalb, weil er den Umgang mit einem zentralen ökonomischen Risiko adressiert. Die im Kauf stets als Möglichkeit vorhandene Mangelhaftigkeit der Sache stellte nicht nur ein Ärgernis des Käufers dar, sondern je nach rechtlicher Regelung auch eine schwerwiegende Verteilungsfrage der damit verbundenen Kosten. Dass die der-

---

[6] *Sendmeyer*, Unternehmerregress, 45. Hier wird allerdings auch sogleich festgestellt, dass dies keineswegs der Hauptzweck gewesen sei.

[7] *Matthes*, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2505 (2505). So auch *Schmidt*, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 427–455.

[8] *Fries*, Archiv für die civilistische Praxis 217 (2017), 534 (573).

[9] „Durch die Regressvorgabe soll dabei verhindert werden, dass der Letztverkäufer auf Grund der gestiegenen Gewährleistungskosten insolvent wird und als Anspruchsgegner des Verbrauchers ausfällt. Es geht bei dieser Regelung also nicht darum, die entstandenen Gewährleistungskosten in der Lieferkette gerecht zu verteilen und an den Unternehmer weiterzuleiten, der den Mangel zu verantworten hat." *Sendmeyer*, Unternehmerregress, 55; *Matthes*, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2505 (2505). Diese Interpretation dürfte durch die 2018 in Kraft getretene Änderung an Überzeugungskraft verloren haben. Siehe auch BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 445b Rn. 19; *Heinrich/Freyler*, in: FS für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag (Band 1), 427–434, sowie Begr. des RegE, BT-Drs. 18/8486, 42.

[10] Siehe etwa das Beispiel der Händler von Büromöbeln bei *Schubel*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, 2061 (2061). Zu einer nüchternen Analyse mit Blick auf die praktischen Lösungen der „Regressfalle" in Industrie und Handel zum Zeitpunkt der Schuldrechtsreform, siehe *Schmidt*, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 429 ff.

[11] *Heinrich/Freyler*, in: FS für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag (Band 1), 431 f.

[12] Siehe insb. *Fries*, Archiv für die civilistische Praxis 217 (2017), 534 (534) und *Sendmeyer*, Unternehmerregress.

zeitige Regressregelung im Kaufrecht gegenüber dem 20. Jahrhundert zunehmend konkretisiert worden ist, bedeutet für die Praxis jedoch nicht zwangsläufig eine vergleichbare Revolution. Eben weil das BGB stets dem Grundsatz der Privatautonomie gefolgt ist, fanden sich schon in der Vergangenheit vielfältige Formen privatvertraglicher Regelungen zum Umgang mit der „Regressfalle", insbesondere Rabatte im Austausch gegen den Ausschluss der Gewährleistung oder pauschale Ersatzleistungen.[13] Noch immer lassen § 478 BGB bzw. § 445a BGB den Händlern und Herstellern diesen dispositiven Spielraum.[14] Darüber hinaus führen umfassende Herstellergarantien zu einer Redundanz des Gewährleistungsproblems entlang der Lieferkette. Der „Bedarf der Praxis nach erschöpfenden gesetzlichen Regressregeln"[15] galt in den letzten Jahren daher auch keineswegs als selbstverständlich. In einer Zeit des beschleunigten Normenwandels und nach wie vor ungeklärter rechtlicher Fragen kann eine historische Perspektive helfen, ein besseres Verständnis der meist komplexen realwirtschaftlichen Dynamik zu gewinnen, die für die privaten und rechtlichen Lösungen der Reparatur- oder Ersatzkosten ausschlaggebend waren.

Der Beitrag zeigt, wie sich im Kontext des Strukturwandels im Einzelhandel und technologischer Innovationen nicht nur die Händler und Geräte veränderten, sondern auch Verkehrsauffassungen und Verbrauchererwartungen bezüglich des Sachmangels. Die Übergänge vom Schwarz-Weiß- zum Farbfernseher und anschließend zu den Videokonsolen brachten jeweils vergleichbare Entwicklungen im Käufer-Verkäufer-Verhältnis mit sich. Insbesondere die Bedeutung der Kundenberatung nahm in Folge von Gewöhnungseffekten ab. Dies schwächte den traditionellen Facheinzelhandel. Hinzu kam, dass die Produzenten für die meisten Produkte immer mehr auf Stetigkeit und Produktaustausch setzten als auf Reparaturen. Parallel explodierten die Lohnkosten für Reparaturen absolut und relativ. Dadurch stieg theoretisch die Bedeutung einer rechtlich kodifizierten Mängelgewährleistung, deren konkrete Umsetzung wiederum die Gefahr der Regressfalle vergrößerte.[16] Der Regress selbst bedurfte in dem hier betrachteten Kontext vor 2002 zunächst keiner erschöpfenden gesetzlichen Regelung, weil Reparaturen und Mängelgewährleistung in dem größeren Zusammenhang vertraglich geregelter Hersteller-Händler-Beziehungen standen, wozu bis in die 1980er Jahre insbesondere die Vertriebsbindung zählte. Diese etablierten Regelungen entlang der traditionellen Lieferkette lösten sich im Zuge des Strukturwandels und aufgrund kartellrechtlicher Bedenken auf. Technologischer Wandel, Auflösung traditioneller Vertriebsstrukturen und die Reform der Mängelgewährleistung begründeten demnach im Zusammenspiel die

[13] *Matthes*, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2505 (2507); *Schmidt*, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 429 ff.
[14] *Sendmeyer*, Unternehmerregress, 51–52.
[15] *Fries*, Archiv für die civilistische Praxis 217 (2017), 534 (573).
[16] *Sendmeyer*, Unternehmerregress, 62.

Einführung eines effektiven Regressrechts, das im Fall der Fernsehgeräteindustrie aufgrund umfassender Herstellergarantien aber keine praktische Rolle spielte.

II. Alte und neue Händler: Die Lieferkette im Wandel

Die in § 478 Abs. 1 BGB genannte Lieferkette hat sich in den letzten Jahrzehnten stark gewandelt. Das in den rechtspolitischen Überlegungen zum Händlerregress vertretene Argument eines schützenswerten Mittelstands hat seinen Ursprung in der traditionellen Ausprägung dieser Lieferkette. Historisch galt seit der Industrialisierung und der Entstehung nationaler und international agierender Herstellerunternehmer zumindest für den Konsumgütersektor lange Zeit der Regelfall sukzessiv abnehmender Größe. Von den Herstellern über die Großhändler und die Einzelhändler hin zum Verbraucher verringerten sich Schritt für Schritt Kapitalstärke und Marktmacht. Die Einzelhändler waren in erster Linie selbständige Einbetriebunternehmen. Dieser „traditionelle" Facheinzelhandel fokussierte auf klare Segmente wie Lebensmittel (Tante-Emma-Läden), Fotos, Bücher oder eben Unterhaltungselektronik.[17] Das „Wirtschaftswunder" der 1950er und 60er Jahre spielte sich in einer Welt der traditionellen Einzelhändler ab, in denen Kunden einen direkten Kontakt zum Verkäufer hatten. Ein wesentlicher Grund dafür war, dass „den neuen Massen-Konsumgütern in dieser ‚take-off'-Phase der Konsumgesellschaft keine vergleichbaren Massen an Informationen gegenüber[standen], die Auskunft über eine kostengünstige, produktive und sichere Produktnutzung ermöglichten".[18]

Natürlich gab es schon im späten 19. Jahrhundert Ausnahmen von dieser Regel, zunächst vor allem die großen Kaufhäuser wie Karstadt oder insbesondere in den USA die früh expandierenden Versandhändler wie Sears. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts setzte in den westlichen Konsumgesellschaften aber ein Strukturwandel ein, der die dominante Stellung der mittelständischen Händler grundsätzlich in Frage stellte.[19] In den 1960er und 70er Jahren waren die eigentlichen Gewinner dieses Strukturwandels die Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser sowie die Filialunternehmen, die vor allem im Bereich der Lebensmittel bedeutsam waren. Der Versandhandel und die schon länger existie-

---

[17] Für das 19. und frühe 20. Jahrhundert, siehe insb. *Spiekermann*, Entstehung und Entwicklung des modernen Kleinhandels in Deutschland 1850–1914. Zum 20. Jahrhundert *Kopper*, Handel und Verkehr im zwanzigsten Jahrhundert.

[18] *Kleinschmidt*, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 47/1 (2006), 13 (16).

[19] *Banken*, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 48/2 (2007), 117–146; *Logemann*, Trams or Tailfins.

renden Waren- und Kaufhäuser stagnierten dagegen, jedenfalls gemessen an den Umsatzanteilen.

In Markt für Fernsehgeräte waren es in den 1970er Jahren vor allem die Verbrauchermärkte, die dem traditionellen Facheinzelhandel das Leben schwermachten. Ende der 1960er Jahre hielt der Facheinzelhandel noch rund 66 Prozent Marktanteil im Handel mit Rundfunk-, Fernseh- und Phonogeräten. Die C&C-Betriebe, zu denen die Statistik neben den Verbrauchermärkten auch das Handwerk zählte, hatten dagegen bereits knapp 13 Prozent Marktanteil. Warenhäuser (11%), Versandhandel (5%) und (direkt verkaufender) Fachgroßhandel (5%) teilten sich den Rest. Mitte der 1970er Jahre betrug der Umsatzanteil der Verbrauchermärkte (+ Handwerk) bereits 18,5%.[20]

In den 1980er Jahren nahm insbesondere der Anteil der Fachmärkte zu, die ihren Umsatzanteil innerhalb von nur zehn Jahren von rund zwei auf über 10 Prozent steigern konnten.[21] Für den Bereich der Unterhaltungselektronik markierte dieser Zeitraum den Beginn des Aufstiegs von Media Markt und Saturn.[22] Der Hintergrund hierfür war eine bereits stark veränderte Situation im Markt für Unterhaltungselektronik. Die deutschen Wirtschaftswunderunternehmen, die eine wesentliche Stütze des traditionellen Vertriebsmodells waren, scheiterten am technologischen Wandel hin zu Videorekordern und fielen hinter die japanischen Unternehmen zurück.[23] Importe spielten eine zunehmend wichtige Rolle. Das galt nicht nur für die Unterhaltungselektronik, sondern insgesamt. Relativ zum BIP stieg die Einfuhr in der BRD von 12% im Jahr 1950 auf über 20% in den 1980er Jahren. Der Anteil der für den Handel bedeutsamen Fertigwaren stieg im selben Zeitraum von rund 12% aller Importe im Jahr 1950 auf über 50% im Jahr 1980.[24] Traditionelle Facheinzelhändler hatten bei dem kostengünstigen Bezug von Importen das Nachsehen, weil sie hier noch stärker als ohnehin schon auf den Großhandel angewiesen waren. Der Großhandel ging jedoch seinerseits dazu über, sich durch den Aufbau eines Filialnetzes als Letztverkäufer zu positionieren.

Rein quantitativ konnte der traditionelle Fach-Einzelhandel seine dominante Position noch erstaunlich lange halten, auch wenn der Trend gegen ihn sprach. Der Grund dafür lag vor allem darin, dass insbesondere die neu eingeführten Produkte der Unterhaltungselektronik beratungsintensiv und reparaturanfällig waren. Beides spielte den Fach-Einzelhändlern in die Hände. Hinzu kam, dass auch die deutschen Hersteller zunächst kein Interesse an der Abkehr von der

[20] *Greipl*, Wettbewerbssituation und -entwicklung, 149.

[21] *Banken*, Schneller Strukturwandel, 132.

[22] Media Markt wurde 1979 gegründet und expandierte in den frühen 1980er Jahren zuerst im Münchener Umland; Saturn wurde bereits in den 1960er Jahren gegründet, aber expandierte ebenfalls erst ab den 1980er Jahren.

[23] *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 75ff.

[24] *Lampe/Wolf*, in: Rahlf (Hrsg.), Deutschland in Daten: Zeitreihen zur historischen Statistik, 288 und 291.

traditionellen Vertriebsstruktur hatten, weil sie sich auf ein funktionierendes Reparatur- und Servicenetzwerk entlang der Handelskette angewiesen sahen. Das den Kern der Regressfrage bildende Grundproblem, die Mangelhaftigkeit der hergestellten Sache, bildete schon frühzeitig den Fluchtpunkt marketingtechnischer Überlegungen.

III. Defekte Geräte: ein Sachmangel im Sinne des BGB?

Fernsehgeräte waren in den ersten Jahren ihrer Geschichte extrem fehleranfällig. Eine Untersuchung des Herstellers Telefunken ergab noch 1961, also etwa acht Jahre nach Aufnahme der Produktion in der BRD, den Ausfall von 80 Prozent aller erworbenen Geräte im Verlauf nur eines Jahres.[25] Fünf Jahre später berichtete ein Facheinzelhändler aus Fürth, dass er bei 161 von 260 verkauften Fernsehempfängern eine Reparatur durchgeführt habe.[26] Mit der Einführung des Farbfernsehens setzten sich die Probleme fort. Ein Report der Stiftung Warentest, der über fünf Jahre nach Einführung des Farbfernsehens veröffentlicht wurde, bestätigte die Bedeutung eines funktionierenden Servicenetzwerks. Die Besitzer eines solchen Geräts müssten damit rechnen, dass ihr Apparat bereits während des ersten halben Jahres mindestens einmal kaputtgehe.[27]

Angesichts solcher Aussichten stellte die Zuverlässigkeit der Geräte ein Element unternehmerischer Wettbewerbsstrategien dar. Den Herstellern war wichtig, Vertrauen zu stiften. Ende der 1960er Jahre schaltete der Hersteller Graetz eine Anzeige, die den Prüfer Karl Stahl aus dem Werk Bochum mit dem Slogan zeigte: „Jedes unserer Fernsehgeräte kommt bei ihm unter den Hammer."[28] Der Hersteller ging offen mit der Tatsache um, dass nicht jedes neu hergestellte Gerät die „Funktions- und Gehäuseprüfung" im Werk überstehe. Er garantierte jedoch zugleich als „eisernes Gesetz", dass ein Gerät ohne eine sogenannte Prüfgarantiekarte gar nicht erst das Werk verlasse: „Weil für uns", so versicherte Graetz, „ein Gerät erst dann perfekt ist, wenn alle Einzelteile und Funktionen ihre unbedingte Zuverlässigkeit bewiesen haben."[29] Bezeichnenderweise war diese Anzeige nicht direkt an die Verbraucher gerichtet, sondern an die Fachhändler. Das von Graetz eingeführte Prüfsystem sei dazu da, „damit

---

[25] Untersuchungen über Reparaturhäufigkeit bei Telefunken-Fernseh-Geräten, Hannover, den 3. Februar 1962, Deutsches Technikmuseum Berlin, Bestand AEG, Signatur GS 922; *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 123.

[26] Werksgarantie – Sorgenkind des Fachhandels, Radio-Fernseh-Händler, Dezember 1966, 414; *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 124.

[27] „test"-Report, Kundendienst bei Farbfernsehgeräten, Radio-Fernseh-Händler, November 1975, 16.

[28] Anzeige Graetz: „Jedes unserer Fernsehgeräte kommt bei ihm unter den Hammer.", Radio-Fernseh-Händler 1968, 18.

[29] Ebd.

Sie und Ihre Kunden sich unbedingt auf die Qualität jedes Graetz-Gerätes verlassen können".[30] Die Anzeige machte insofern deutlich, wie wichtig die Qualität der Geräte im Geschäftsalltag der Händler und in ihren Kundenbeziehungen war. Graetz war dabei kein Einzelfall, kommunizierte sein Prüfsystem aber besonders offensiv.

Mit Blick auf den im BGB kodifizierten Sachmangel war die Prüfgarantie dagegen ein zweischneidiges Schwert. Denn der Hersteller machte damit auch deutlich, dass bei Gefahrübergang alles seine Ordnung hatte. Es ist schwer vorstellbar, wie ein von der Rügeobliegenheit betroffener Kaufmann bei der Annahme Mängel aufdecken sollte, die von dem Prüfsystem unerkannt geblieben waren. Es gab sicher Fälle offensichtlicher Mängel durch Lücken im Prüfverfahren oder Transportschäden.[31] Diese standen jedoch in keinem Verhältnis zu der Allgegenwärtigkeit erst nach der Inbetriebnahme kaputt gegangener Geräte. Eine Umkehr der Beweislast existierte vor 2002 nicht.

Lag also ein Sachmangel vor, wenn das Fernsehgerät acht oder zwölf Wochen nach Inbetriebnahme nicht mehr funktionierte? Anders als heute war diese Frage in den 1950er und 60er Jahren schwer zu beantworten. Daran zeigt sich auch, dass die auf den ersten Blick statisch wirkende Definition eines objektiv begründeten „Sachmangels" im Sinne des BGB historisch äußerst dynamisch war. Jedenfalls hätte die heutige Normierung der Beweislastumkehr die Preise für Fernsehgeräte stark in die Höhe getrieben. Zugleich entstand durch die Anfälligkeit der Geräte aber natürlich ein immenses Konfliktpotential mit entsprechendem Regelungsbedarf. Die Gewährleistungsrechte des BGB spielten jedoch eine gegenüber der privatvertraglichen Regelung untergeordnete Rolle.

Angesichts der Konflikte, die bezüglich der Feststellung eines Sachmangels zu erwarten waren, schlossen die Händler die Gewährleistungsrechte (Wandelung und Minderung) durch AGB lieber aus und glichen den Verlust durch das Zugeständnis eines Nachbesserungsrechts aus. Diese privatrechtliche Regelung der Reparaturbedürftigkeit spiegelte sich denn auch in den Gerichtsurteilen dieser Zeit, und berührte insofern zumindest indirekt allgemeine rechtliche Fragen der Gewährleistung. 1963 entschied das Oberlandesgericht Celle in einem Fall, in dem ein Kunde lieber von dem Kaufvertrag zurücktreten wollte als eine weitere Nachbesserung seines Fernsehgeräts über sich ergehen lassen zu müssen. Das OLG gestand dem Käufer zu, dass dieser keineswegs „eine unbegrenzte Zahl von Reparaturen" dulden müsse. Es sei

„beim Kauf eines Fernsehgerätes […] jedoch zu berücksichtigen, daß Fernsehgeräte noch in der Entwicklung befindlich, technisch ‚hochgezüchtet' und entsprechend kompliziert, empfindlich und anfällig sind. Ihr wiederholtes Versagen ist gerade in der ersten

[30] Ebd.

[31] Zur Verpflichtung des Händlers, die Produkte vor dem Hintergrund der Schuldrechtsreform auf Herstellungsmängel zu untersuchen, siehe *Schubel/Koch*, Der Betrieb 2004, 119 (120).

Zeit nach der Aufstellung keine ungewöhnliche Erscheinung. Der Käufer eines Fernsehgerätes muß daher bereits bei dessen Kauf damit rechnen, daß dieses nicht von Anfang an seinem Zweck vollkommen und einwandfrei gerecht wird."[32]

Bereits ein Jahr zuvor hatte das OLG Stuttgart entschieden, dass im Fall des Ausschlusses von Gewährleistungsansprüchen durch ein Recht auf Nachbesserung „der Anspruch des Käufers auf Wandlung oder Minderung wieder auf[lebe], wenn Mängel trotz mehrfacher Reparaturen durch den Verkäufer nicht beseitigt werden".[33] Das Definitionsproblem der Mangelhaftigkeit war durch den Ausschluss der Gewährleistungsrechte freilich nur auf eine andere Ebene verschoben. Viele Facheinzelhändler versuchten von Anfang an, die Kosten einer zu erwartenden Reparatur in den Verkaufspreis einzurechnen, weil die Kunden zwar kein dauerhaft intaktes Gerät, wohl aber eine kostenlose Reparatur erwarteten. Es ist allerdings historisch kaum zu ermitteln, welche Zeithorizonte die Kunden dabei konkret im Blick hatten.

Herstellergarantien, die diesbezüglich Klarheit geschaffen hätten, gab es zunächst keine. Noch in den 1970er Jahren übernahmen die Hersteller bei Fernsehgeräten lediglich eine Garantie für die Materialkosten, nicht für die notwendigen Reparaturen. Nur wenn ein Fernsehgerät innerhalb der ersten Tage kaputt ging, also ganz offensichtlich bei Gefahrübergang nicht frei von Mängeln gewesen sein konnte, zahlten die Hersteller den Händlern die Kosten für sogenannte Übernahme-Garantie-Reparaturen.[34] Oft mussten sich die Händler mit verärgerten Kunden herumschlagen, welche die Garantiebestimmungen falsch verstanden hatten. Grundig führte vor diesem Hintergrund 1974 eine Garantiekarte ein, die für eine transparente Regelung bezüglich der Kosten für An- und Abtransport, Fahrtkosten, Verpackung oder Arbeitslohn zwischen dem Fachhändler und dem Käufer sorgen sollte.[35]

Die Garantiebestimmungen sorgten zugleich dafür, den besonderen Vorteil des Kaufs beim Facheinzelhändler herauszustellen. Denn die Reparaturanfälligkeit der Geräte begründete zugleich ein zwar nicht rechtlich begründetes aber faktisch entstandenes „Dauerschuldverhältnis" zwischen Händler und Verbraucher, das so etwas wie die Pflicht zur Reparaturannahme vorsah. Ökonomisch relevant war ein solches Pflichtverhältnis natürlich nur unter der Bedingung knapper Serviceressourcen, was zumindest in den 1960er Jahren der Fall war und auch dem Kampf der Facheinzelhändler gegen neu aufkommende Handelsformen geschuldet war. So wurde Anfang der 1960er Jahre ein Händler verklagt, der mit der Angabe geworben hatte: „Kundendienst für alle Geräte durch Urkunde auf Lebenszeit der Geräte garantiert". Der Kläger hatte darin

[32] OLG Celle, Urteil vom 02.05.63 – 1 U 29/63.
[33] OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.1962 – 1 U 142/62.
[34] Garantieabwicklung. Neue Regelung bei Grundig, Radio-Fernseh-Händler, Januar 1974, 15; *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 125.
[35] *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 126 f.

eine irreführende Werbung gesehen. Das Landgericht Tübingen wies die Klage ab. Der Kunde vermute in der Aussage keinen kostenlosen Service. Vielmehr beschrieb das Gericht die aktuelle Situation wie folgt:

„Heutzutage ist die Bezahlung von solchen Kundendienstleistungen die geringere Schwierigkeit gegenüber der anderen, sie überhaupt zu erhalten. Bekanntermaßen ist es die wirkungsvollste Waffe des Einzelhandels gegenüber dem Versandhandel, an dessen, oft billigeren Geräten den Kundendienst zu verweigern, auch wenn ihn der Kunde bezahlen will […] Die Möglichkeit, einen Kundendienst überhaupt zu erhalten, wird im Verkehr zunehmend für wichtiger angesehen, als Preisunterschiede und die Entgeltlichkeit."[36]

Tatsächlich zeigten Umfragen, dass die Rolle des Preises bei der Auswahl der Werkstatt erstaunlich gering bewertet wurde. Die Radio- und Fernsehfachgeschäfte und die Radio- und Fernsehtechniker reparierten einer Schätzung zu Folge über 60 Prozent aller verkauften Geräte selbst, im Fall der Farbfernsehgeräte sogar etwa 80 Prozent.[37] Die besondere Bedeutung der vergleichsweise neuen und relativ teuren Farbfernsehgeräte in den Kundenbeziehungen des Fachhandels ist kein Zufall. Eine von Telefunken Mitte der 1970er Jahre bei Ernest Dichter in Auftrag gegebene Studie kam zu dem Ergebnis, dass der Farbfernseher ein „Problem-Gerät" sei, dessen Kauf und Verkauf „für den Kunden und den Verkäufer ein Risiko" darstellten. Der Käufer würde darauf „mit einem starken Sicherheitsbedürfnis" reagieren:

„Er sucht somit für den Kauf eines Farbfernsehers eher den Fachhändler auf als den Grossverteiler. Grossverteiler geben auch zu, dass die Mehrzahl der Käufer mehr Vertrauen zum ‚Fachhändler' aufbringt. Der direkte, intensive Kontakt, den der Käufer mit dem Händler hat, wird als eine Art zusätzliche Garantie erlebt. Gegenüber der ‚Anonymität' eines Verkäufers im Warenhaus, übernimmt der Fachhändler die psychologische Rolle eines technisch versierten Beraters, der sich dazu noch ‚persönlich engagiert'. Solange der Farbfernseher nicht zu einem relativ ‚problemlosen' Artikel wie ein Schwarz/Weiss-Gerät geworden ist, kann der Fachhandel mit Sicherheit seine Stellung behaupten. Eine Vernachlässigung dieser Betriebe durch einen Hersteller wäre in diesem Sinne falsch. ‚Fachhandel' bedeutet für viele Käufer ‚Qualität und Sicherheit'."[38]

---

[36] Werbung mit Preisgegenüberstellungen, Wettbewerb in Recht und Praxis, Januar 1963, 21; *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 126.

[37] *Rühl/Hantsch/Wagner*, Strukturuntersuchung in den Elektrohandwerken (Band 1), 220–224; *Tietz*, Der Markt für Haushaltselektrik und -elektronik 1960 bis 1990, 861; *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 126.

[38] Motiv- und Marketingstudie für Farbfernseher in Frankreich, Telefunken Fernseh und Rundfunk GmbH 1974, 20–21, Hagley Museum and Library – Ernest Dichter Papers. Signatur Box 118 2788 C (Color TV Telefunken).

IV. (Vertragliche) Lösungsansätze: Gewährleistungsausschluss und Vertriebsbindungen

Die insbesondere in der Anfangszeit ausgesprochen starke Reparaturanfälligkeit der Geräte, ihre Neuigkeit und die damit zusammenhängende Notwendigkeit eines funktionierenden Servicenetzwerks begründeten eine spezifische Gestaltung der Lieferkette. Das Absatzsystem war vom Hersteller bis hin zum Verbraucher durch weit über den punktuellen Kauf hinausgehende wechselseitige Abhängigkeiten geprägt.[39] Fernsehgeräte waren schon angesichts ihrer hohen Anschaffungskosten auf eine lange Lebensdauer hin angelegt. Einen Nutzen konnten sie jedoch nur in mangelfreiem Zustand stiften, so dass der ganze Markt ohne ein funktionierendes Servicenetzwerk gar nicht hätte entstehen können. Theoretisch hätten die Hersteller diese Aufgabe übernehmen können und die Groß- und Einzelhändler zu bloßen Absatzmittlern degradieren können. Die Hersteller kannten sich mit den Geräten am besten aus und an sich konnten auch Reparaturen ein lukratives Geschäft darstellen. Angesichts der hohen Kosten, die der Aufbau eines solchen zentralisierten Systems bedeutet hätte, war es für die Hersteller aber sinnvoller, die Erfüllung dieser Aufgabe dem Groß- und Einzelhandel zu überlassen. Bei dieser Lösung des Serviceproblems fielen Kauf und Service weitgehend beim Facheinzelhandel zusammen, der sich eben gerade dadurch auszeichnete, dass er neben dem Verkauf auch Beratungs- und Reparaturleistungen anbot, für die er entsprechende Ressourcen bereitstellen musste.

Für die Verbraucher war die Idee des Zusammenfallens von Verkauf und Service dagegen keineswegs zwingend. Wer auf eine ausführliche Beratung und individuelle Vorführung verzichtete, konnte Geld beim Kauf sparen. Schon frühzeitig betrachtete der traditionelle Fachhandel sorgenvoll den Aufbau von alternativen Vertriebsstrukturen, die auf ein solches Kaufverhalten abzielten. Waren dies in den 1950er Jahren noch vereinzelte „Discounter", entstanden in den 1960er Jahren neue Absatzmöglichkeiten durch die großen SB-Warenhäuser. Für die Facheinzelhändler waren solche Konkurrenten existenzgefährdende Trittbrettfahrer. Für die Hersteller waren sie zwar einerseits zusätzliche Absatzmöglichkeiten. Andererseits waren sie auf die Existenz des Facheinzelhandels angewiesen. So stellte ein Bericht der Unternehmensleitung Nordmendes noch Ende der 1970er Jahre fest: „Stärkung des Fachhandels – dieses Postulat verlangt auch, daß dessen technische Leistungsfähigkeit weiter gefördert wird; insbesondere auch mit Rücksicht darauf, daß sich nur dann langfristig Service-Kosten im Interesse der Verbraucher einsparen lassen."[40] Der Fachhandel

[39] *Schmidt*, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 430 spricht von Vertragshändlersystemen, „in denen ein vernetztes Garantie- und Regreßsystem […] Gang und Gäbe" sei.

[40] Bericht der Unternehmensleitung, Referat Dr. Franz Hermann Vogt, Pressekonferenz

war aber nicht nur eine wesentliche Stütze des Servicenetzwerks. Er hatte auch einen direkten Zugang zum Verbraucher. Ein Hersteller, dem mangelnde Loyalität vorgeworfen wurde, konnte kaum mit Unterstützung bei der Kaufberatung rechnen. Die Fachzeitschriften der Unterhaltungselektronik sind daher voll mit Anzeigen, in denen die Hersteller ihre „Treue" zum Facheinzelhandel bekunden. Aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeit von Herstellern und Händlern gab es eine ganze Reihe von vertraglichen Schutzmaßnahmen, um das etablierte Verkaufssystem zu bewahren. Im Zentrum standen die Preis- und Vertriebsbindungen, die ihrerseits zunehmend in das Spannungsfeld kartellrechtlicher Verbote gerieten.

1. Die Preis- und Vertriebsbindungen der 1960er und 70er Jahre

Die vertikalen Preisbindungen waren zusätzliche Vertragsbestimmungen, mit denen die Verkäufer den Händler im Rahmen des Verkaufs der Fernsehgeräte zur Einhaltung eines bestimmten Preises (oder Mindestpreises) verpflichteten.[41] Was auf den ersten Blick als Druckmittel mächtiger Hersteller erscheinen mag, ging zu mindestens gleichen Teilen auf ein Schutzbedürfnis der traditionellen Facheinzelhändler zurück. Angesichts der Lösung des Serviceproblems sollte der Preis gerade nicht den Wettbewerb im Markt für Fernsehgeräte bestimmen. Dazu kam eine noch weit verbreitete Kartellmentalität, die Preise lieber zentral festlegte, um „Unordnung" und „Schleuderpreise" zu verhindern.[42] Diese Haltung und ihr Ausdruck in zwischenzeitlich weithin gebundenen Preisen biss sich zunehmend mit der „Abkehr vom Kartelldenken"[43] und der Durchsetzung einer modernen Wettbewerbswirtschaft. War die vertikale Preisbindung trotz zwischenzeitlich gegenteiliger Pläne im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957 noch ausgespart geblieben, schien ihr politisches Schicksal spätestens seit Ende der 1960er Jahre in Gefahr, was sich dann auch mit der zweiten Novelle des GWB von 1973 bestätigte.[44]

28./29. Juni 1979, „Wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens Nordmende – Vermerke, Bilanzauswertungen, Prüfungsberichte, Zeitungsartikel, 1977–1980", BArch – Signatur B 331-HB/63.

[41] *Teupe*, Zeitschrift für Unternehmensgeschichte, 59 (2014), 47–72. Zur zeitgenössischen Einschätzung der Situation im Einzelhandel in den späten 1950er Jahren: *Gross*, Preisbindung im Handel. Zum konsumpolitischen Kontext der 1950er Jahre *Schröter*, in: Berghoff (Hrsg.), Konsumpolitik: Die Regulierung des privaten Verbrauchs im 20. Jahrhundert, 113–134.

[42] Dazu jetzt auch *Hennecke*, Wettbewerbsregulierung im Wirtschaftswunder. Siehe auch *Hennecke/Teupe*, in: Großbölting/Große Kracht (Hrsg.), Verwaltungslogik und kommunikative Praxis, 145–182.

[43] *Hesse*, in: Hockerts/Schulz (Hrsg.), Der „Rheinische Kapitalismus" in der Ära Adenauer, 29–51.

[44] Für die weitere Entwicklung und ihren Bezug zur Fernsehgeräte-Industrie aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, siehe *Budich*, Der Geltungsbereich des kartellrechtlichen Preisbindungsverbotes nach § 15 GWB.

Vor diesem Hintergrund schrieb der Betreiber einer Fachwerkstatt und Fachhändler für Unterhaltungselektronik Ende der 1960er Jahre einen Brief an Bundeswirtschaftsminister Schiller, der die Sorge und Mentalität der Facheinzelhändler sehr deutlich zum Ausdruck brachte:

„Ist Ihnen nicht bewußt, daß die Preisbindung die Existenzgrundlage des Klein- und Fachhändlers ist? Nur sie kann uns vor diktatorischem Geschäftsgebaren der Kaufhauskonzerne, der Discounthäuser, des Versandhandels sowie der Geschäftemacher ohne technische Fachausbildung schützen."[45]

Die ohnehin stets fragile Preisbindung war Mitte der 1970er Jahre Geschichte. Weil die wechselseitige Abhängigkeit von Herstellern und traditionellen Fachhändlern aber noch existierte, oder zumindest von beiden Seiten so wahrgenommen wurde, rückte mit der Vertriebsbindung eine weitere restriktive Form der Vertragsgestaltung in den Fokus der rechtlichen Debatte. Die Vertriebsbindung verfolgte ebenfalls das Ziel einer Stabilisierung der traditionellen Vertriebsstrukturen.[46] Sie war zugleich, wie ein Referent des Bundesministeriums für Wirtschaft 1981 bemerkte, eine der schwierigsten Fragen des Kartellgesetzes. Die Regierung war der Überzeugung, dass es nicht die Aufgabe der Hersteller sei, den Händlern „eine bestimmte Verdienstspanne zu sichern".[47] Eben das war aber letztlich die zentrale ökonomische Komponente der Vertriebsbindung, deren tiefere Ursache in der Arbeits- und Kostenaufteilung entlang der Wertschöpfungskette lag. Von Seiten der Regierung drohte den Befürwortern der Vertriebsbindung anders als bei der Preisbindung aber keine Gefahr. „Da die Ziele in unserer Wirtschaftsordnung grundsätzlich durch Markt und Wettbewerb, nicht aber durch staatliche Maßnahmen erreicht werden sollen", so führte der Referent aus, „habe die Bundesregierung gegenüber dem Kartellamt die äußerste Vorsicht betont, mit der ein Kontrahierungszwang durchzusetzen sei und das Kartellamt habe auch Zurückhaltung geübt".[48]

Dass die rechtspolitische Frage des Kontrahierungszwangs trotzdem in den späten 1970er Jahren virulent wurde, hing mit dem Strukturwandel im Einzelhandel zusammen. Die ihre Marktanteile auch bei Fernsehgeräten stetig ausbauenden SB-Warenhäuser sahen sich in den 1970er Jahren mit dem Problem konfrontiert, dass sich die Hersteller aus Rücksicht auf den Facheinzelhandel weigerten, sie mit Geräten zu beliefern. Sie zogen daraufhin vor Gericht. Beson-

[45] F. Mäser (Fachwerkstätte und Fachhandel Fernsehen Rundfunk, etc.) an Herrn Prof. Schiller, Augsburg, den 29.6.1968, 1. Akte: „Stellungnahmen und Äußerungen zur Preisbindung", Band 2 (1968–1969), BArch – Signatur: B 102/140423.

[46] Zum zeitgenössischen Verständnis der Vertriebsbindung, siehe *Niens*, Die Vertriebsbindung als absatzpolitisches Instrument der Markenartikel-Industrie, 1968.

[47] I B 5, Vermerk, Betr.: Selektiver Vertrieb von Markenwaren; hier: Aufzeichnung des ZVEI zur Problematik des kartellrechtlichen Lieferzwanges nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, Bonn, den 30. Juni 1981 (Stahl). Akte: „Wirtschaftliche Situation der deutschen Unterhaltungselektronikindustrie", Band 18, BArch – Signatur B 102/232219.

[48] Ebd.

ders im Rampenlicht standen die beiden Hersteller Saba und Nordmende, die verbissen und bis hinauf zum BGH für die Vertriebsbindung kämpften. Der prominenteste Gegner in diesem Schauspiel war die allkauf, eines jener SB-Warenhäuser, die seit den 1970er Jahren den Facheinzelhändlern Marktanteile streitig machten. Intern vermerkte ein Mitarbeiter Nordmendes, der

„Grundsatzprozeß, den Nordmende zwecks Verweigerung der Belieferung gegen All-Kauf SB Warenhäuser führt, hat das Ansehen der Mende-Firma in Fachhandelskreisen erheblich gestärkt, weil gegen einen unerwünschten Konkurrenten prozessiert wird."[49]

Grundig habe in einem vergleichbaren Fall nachgegeben.

Die komplizierte wettbewerbsrechtliche Problematik muss angesichts des Fokus dieses Beitrags unbeleuchtet bleiben. Die Vertriebsbindung stand aber auch in einem engen Bezug zu kaufrechtlichen Fragen im Verhältnis von Herstellern und Händlern. Denn die Vertriebsbindungen waren zunächst einmal wechselseitige privatrechtliche Vereinbarungen. Man kann sie als schuldrechtliche Verpflichtungen in Form eines Revers bezeichnen, welche Kaufverträge zwischen Herstellern und ausgewählten Händlern flankierten. So musste das Geschäft im Fall Sabas seinen Umsatz „zu mehr als 50% aus dem Verkauf von Erzeugnissen der Unterhaltungselektronik erzielen, oder eine Fachabteilung speziell für den Verkauf von Erzeugnissen der Unterhaltungselektronik eingerichtet haben". Der Händler musste „zu jeder Zeit" sicherstellen, dass es „mit zu Diensten stehendem Fachpersonal" besetzt war. Dieses musste zudem „ausschließlich auf dem Sektor Unterhaltungselektronik für Kundenberatung, Vorführung und Verkauf dieser Erzeugnisse" tätig sein. Die Vorführung der SABA-Geräte musste „technisch einwandfrei und sachgerecht, frei von jeglichen störenden Einflüssen" erfolgen. Auch sollte der Händler „einen fachgerechten technischen Kundendienst (Service) gewährleisten sowie gegenüber Endverbrauchern Garantie leisten". Die Kundendienstleistungen mussten darüber hinaus „an jedem Werktag" durch eine technisch voll ausgestatte Werkstatt durchgeführt werden können. Alternativ war es möglich, dass der Händler „den fachgerechten Kundendienst und Service durch Vereinbarungen mit einer qualifizierten, technisch und personell entsprechend ausgestatteten Vertragswerkstatt" sicherstellte.[50]

Das Vertriebsbindungsrevers machte ferner Aussagen zum Garantieservice, der sich in den späten 1970er Jahren gegenüber der Anfangszeit des Fernsehens bereits grundlegend gewandelt hatte. Die Saba-Facheinzelhändler hatten die Kosten der „Arbeitsleistung und sonstige erforderlichen Nebenleistungen so-

[49] Vermerk, Betr.: Norddeutsche Mende Rundfunk KG, Bremen, den 20. Februar 1980, „Wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens Nordmende – Vermerke, Bilanzauswertungen, Prüfungsberichte, Zeitungsartikel, 1977–1980", BArch – Signatur B 331-HB/63.

[50] Zu den Inhalten des Revers, siehe BGH, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 1987, 929.

wie den Ersatz des fehlerhaften Materials“ zu tragen. Weiter waren sie zum „kostenlose(n) Abholen und Zufahren des Gerätes“ angehalten, jedenfalls „soweit es sich dabei um ein ‚nicht tragbares‘ Gerät handelt.“[51] Im Gegenzug erhielten die Händler eine kostendeckende Spanne, die von diesen auch als angemessener Ausgleich für den Verzicht auf Gewährleistungsrechte akzeptiert wurde.[52] Die über den Handel abgewickelten Herstellergarantien machten das Gewährleistungsproblem also bereits redundant, standen aber zugleich in einem engem Bezug zu der spezifischen Handelsform des Facheinzelhandels. Dies war nur möglich, weil durch die Vertriebsbindung zugleich sichergestellt werden sollte, dass Kunden gar nicht erst auf andere Vertriebswege zurückgreifen konnten.

Der BGH kam in einem differenzierten Urteil Mitte der 1980er Jahre zu dem Schluss, dass Vertriebsbindungen grundsätzlich zulässig seien, sofern sie keine Preisbindung durch die Hintertür darstellten. Auch müssten diejenigen Händler tatsächlich beliefert werden, welche die im Revers genannten Kriterien erfüllten. Der BGH kritisierte das BerGer dafür, dass dieses die Argumente des beklagten Herstellers nicht hinreichend gewürdigt habe. So habe die Beklagte

> „substantiiert vorgetragen, daß die Warenpräsentation darunter leide, daß die Abteilungen für Unterhaltungselektronik in den Verkaufsstätten der Kl. einen unaufgeräumten Eindruck machten und ein hoher Geräuschpegel – verursacht durch Einkaufswagen und Lautsprecherdurchsagen – eine sachgerechte Vorführung der Geräte ebenso erschwere wie ein – wegen der Enge der jeweiligen Räumlichkeiten – zu geringer Abstand der Geräte zu interessierten Kunden.“[53]

Dieser Vortrag erschien dem BGH vor allem deshalb als „erheblich, weil der Vertriebsbindungsrevers neben einem repräsentativen und gepflegten Gesamtcharakter die Möglichkeit verlangt, die Geräte ‚technisch einwandfrei und sachgerecht, frei von jeglichen störenden Einflüssen vorzuführen‘.“[54] Dahinter schien nichts weniger als die für das Kaufrecht zentrale Möglichkeit des Käufers zu stehen, die Sache bei Gefahrübergang eingehend zu untersuchen. Angesichts der mittlerweile umfassenden Herstellergarantie beziehungsweise der Garantieübernahme durch die Händler war die Kostengefahr für den Kunden aber gering. Dass die Hersteller versuchten, die SB-Warenhäuser von einer Belieferung auszunehmen, hatte vor allem wettbewerbspolitische bzw. vertriebsstrategische Gründe, die nur im Zusammenhang mit der gesamten Wertschöpfungskette einen Sinn ergeben. Der Verkauf eines Fernsehgerätes war eben kein rein punktuelles Zusammentreffen von Käufer und Verkäufer. Sollte ein Kunde nach

---

[51] Ebd.

[52] Zwar finden sich in den Quellen immer wieder Konflikte bezüglich der Festsetzung der Handelsspannen (dazu *Teupe*, Schaffung eines Marktes). Ein dokumentierter Rechtsstreit über die Angemessenheit des Ausgleichs ist dem Autor dagegen nicht bekannt.

[53] BGH, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 1987, 929.

[54] Ebd.

dem Kauf mit der Beschaffenheit des Geräts oder den angebotenen Garantieleistungen unzufrieden sein, so fiel dies auch zwangsläufig auf den Hersteller zurück. Darüber hinaus befürchteten gerade die „Qualitätshersteller" von einer Öffnung der Vertriebswege einen generellen Preisverfall, der das etablierte Vertriebsmodell und damit auch die Einbeziehung der Garantieleistungen in die Hersteller-Händler-Beziehungen grundsätzlich in Frage gestellt hätte.[55]

2. AGB-Gesetz und Entwicklung seit den 1980er Jahren

Anfang der 1990er Jahre musste sich der BGH einmal mehr mit einer dem Markt für Fernsehgeräte entstammenden Rechtsfrage auseinandersetzen. Der Rechtsstreit hatte seinen Ursprung in dem AGB-Gesetz von 1977, wirft zugleich aber ein Schlaglicht auf das mittlerweile veränderte Problem des Sachmangels bei Fernsehgeräten. Mit der wachsenden Bedeutung von organisierten Verbraucherinteressengruppen kam es zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, die sich losgelöst vom einzelnen Kauf um die Rechtmäßigkeit bestimmter Klauseln drehten. Dies betraf schließlich auch die AGB im Markt für Fernsehgeräte, die branchenübergreifend durch den Bundesinnungsverband für das Radio- und Fernsehtechniker-Handwerk sowie den Radio- und Fernseh-Einzelhandel als Empfehlungen entworfen worden waren. In dem Rechtsstreit bemängelte die Klägerin den Ausschluss von Fehlern, „die durch Beschädigung, falschen Anschluß oder falsche Bedienung durch den Kunden verursacht werden, schlechte Empfangsqualität durch ungünstige Empfangsbedingungen oder mangelhafte Antennen".[56]

Die AGB lassen erkennen, mit welchen Problemen der Fachhandel mittlerweile konfrontiert war. Sie machten aber auch deutlich, dass es durchaus strittig sein konnte, was der Käufer als Beschaffenheit der Sache seiner Meinung nach erwarten konnte – sofern eben nicht etwas anderes vertraglich vereinbart worden war. Dies war vor allem deshalb relevant, weil auch die Herstellergarantie Mängel dieser Art ihrerseits nicht abdeckte. In dieser Hinsicht stellten die AGB von Beginn an einen mit der Zeit anpassbaren Katalog „objektiver Anforderungen" bereit, der allerdings – wie in diesem Fall – gelegentlich durch Verbraucherverbände in Frage gestellt wurde. 1992 entschied der BGH, dass der Ausschluss zulässig sei. Er führte dazu aus:

„Der Verkäufer eines Radio- oder Fernsehgeräts kann grundsätzlich nur dafür einstehen, daß das verkaufte Gerät in sich frei von Mängeln ist, nicht aber dafür, daß am Aufstellungsort auch diejenigen Empfangsbedingungen und Empfangseinrichtungen (wie z. B. Antennen) bestehen, die für den Betrieb eines Geräts mit üblichen Eigenschaften erforderlich sind und die Geeignetheit des Geräts als solche nicht in Frage stellen. Diese fallen in die Sphäre des Käufers und es ist im Regelfall nicht ersichtlich, unter welchem

[55] *Teupe*, Schaffung eines Marktes.
[56] BGH, Urteil vom 20.10.1992 – X ZR 74/91.

Gesichtspunkt der Verkäufer gem. §§ 459 ff. BGB hierfür sollte einstehen müssen. Dieses Verständnis der angegriffenen Klausel erschließt sich auch dem Durchschnittskunden, wie er für das Verständnis einer AGB als gedachte Person fingiert werden muß."[57]

Das „klassische" Problem eines oft defekten und entsprechend reparaturbedürftigen Fernsehgeräts spielte angesichts des technologischen Wandels zu diesem Zeitpunkt längst nicht mehr die zentrale Rolle, die es noch in den 1960er Jahren gespielt hatte. Die Reparaturbedürftigkeit bzw. die Zahl der tatsächlich durchgeführten Reparaturen war kein historisch statischer Dauerzustand. Fernsehgeräte waren in dieser Hinsicht lediglich Träger eines allgemeinen Trends. Eine Reparatur erfolgte zunehmend nur noch bei Dingen mit einem „hohen emotionalen Wert"[58]. Seit dem letzten Drittel des 20. Jahrhunderts verlor daher „auch das Reparaturhandwerk an Bedeutung, dessen Tätigkeitsschwerpunkt sich ohnehin immer stärker dem Austausch als der Reparatur zuneigte"[59]. Die abnehmende Bedeutung der Reparatur lässt sich bei Fernsehgeräten anhand des Verhältnisses zwischen dem Preis der Geräte und den Kosten ihrer Reparatur klar bestätigen. 1962 entsprach der Fabrikabgabepreis eines durchschnittlichen SW-Geräts Reparaturkosten in Höhe von rund 60 Stunden. Bei diesem Verhältnis war eine Reparatur offenkundig lohnenswert, auch ohne emotionale Bindung. 20 Jahre später sah die Situation schon anders aus. Der Wert eines SW-Fernsehgeräts entsprach Anfang der 1980er Jahre nicht einmal mehr den Kosten von 10 Stunden Reparatur![60] Das hatte einen doppelten Grund: während die Lohnkosten stark gestiegen waren, waren die Stückkosten stark gefallen. Da sich die Geräte zudem technisch stetig weiterentwickelten und auch eine sorgfältige Reparatur niemals den Ursprungszustand wiederherstellen konnte, wurde eine Reparatur immer unwahrscheinlicher. Überraschend war diese Entwicklung aber kaum, da der für die Massenkonsumgesellschaft zentralen Idee der kostensparenden Massenproduktion keine vergleichbare Struktur der Massenreparatur gegenüberstand.

Dass die Facheinzelhändler auch noch in den 1980er Jahren eine nennenswerte Rolle spielten lag einerseits daran, dass in den späten 1970er Jahren ohnehin kaum noch jemand ein SW-Gerät kaufte. Der Markt konzentrierte sich auf die deutlich teureren Farbgeräte, die dann in den 1980er Jahren als zentrale Innovation von der sogenannten „Bildkonserve" abgelöst wurden. Auch bei diesen Innovationen drifteten mit der Zeit Preis- und Reparaturkosten auseinander. Andererseits widersetzte sich die Fernsehgeräteindustrie mit ihren relativ teuren Produkten durch eine zunehmende Transistorisierung seit den 1960er Jahren zunächst dem allgemeinen Trend der „Unreparierbarkeit". Das Bausteinprinzip ermöglichte in vielen Fällen Austausch statt Reparatur im engeren Sinne und

[57] BGH, Urteil vom 20.10.1992 – X ZR 74/91.
[58] *Logemann/Kreis*, Konsumgeschichte, 246.
[59] Ebd.
[60] Zu den Daten, siehe *Teupe*, Schaffung eines Marktes, 68 und 127.

begründete auch das oben diskutierte Garantiesystem der 1970er Jahre.[61] Mit der Zeit fiel die Reparaturfähigkeit von Fernsehgeräten aber ebenfalls der Zunahme „verschweißter und verklebter Komponenten und der Nichtverfügbarkeit von Ersatzteilen“[62] zum Opfer, welche die massentauglichen Produktionsweisen seit den 1970er Jahren zunehmend kennzeichneten.

Aus technik- und wirtschaftshistorischer Perspektive kam die Schuldrechtsmodernisierung von 2002 also zu einer Zeit, in der sich das Problem der Mängelgewährleistung – jedenfalls aus Sicht der Unterhaltungselektronik – grundlegend verändert hatte. Reparaturanfällige Geräte waren weniger reparaturanfällig, zugleich aber auch nicht mehr im selben Maße reparaturfähig. Die traditionelle Handelsstruktur mit dem Facheinzelhändler als Fixpunkt löste sich auf. Zugleich ließ sich die Beschaffenheit der Geräte erst durch eine längere Inbetriebnahme zuverlässig testen. Ein Sachmangel stellte nicht länger den Normalfall dar, ließ sich umgekehrt aber auch nicht mehr ohne Weiteres durch Reparatur oder Austausch beheben. Die Kosten konnten im Fall eines Sachmangels daher durchaus hoch sein. Vor diesem Hintergrund schien eine Neuregelung im Sinne des Verbrauchers geboten. Praktische Bedeutung hatte die Schuldrechtsmodernisierung für die Unterhaltungselektronik aber schon deshalb kaum, weil die zunehmende Zuverlässigkeit der Geräte und der Wettbewerb zwischen den Produzenten die Herstellergarantie als Standard etabliert hatten.[63]

V. Fazit

Gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen. In dem hier betrachteten Zeitraum zwischen den 1950er und 1990er Jahren sind die Verkäufer von Fernsehgeräten dieser Pflicht der Gewährleistung oft nicht nachgekommen. Die Geräte gingen wenige Wochen oder Monate nach dem Kauf defekt und wurden reparaturbedürftig. Wie Hersteller und Händler mit diesem offenkundigen Problem umgingen, das Kosten, Aufwand und Ärger bedeutete, war historisch veränderbar. Gleichzeitig spielte das Gewährleistungsrecht des BGB durchgängig eine praktisch nur unbedeutende Rolle im Markt für Fernsehgeräte.

Die erste Phase war durch eine allgemeine Akzeptanz defekter Geräte und hoher Reparaturkosten gekennzeichnet. Der Reiz des Neuen schien gegenüber dem Ärger zu überwiegen und die Tatsache, dass nahezu alle Geräte fehleran-

---

[61] Zur Transistorisierung, siehe *Fickers*, „Der Transistor“ als technisches und kulturelles Phänomen; *Hein*, Die Zeit der Transistoren und Schaltkreise bis zum bitteren Ende.

[62] *Logemann/Kreis*, Konsumgeschichte, 246.

[63] So auch allgemein der Befund bei *Schmidt*, in: Dauner-Lieb et al. (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 430.

fällig waren, bildete den Erfahrungshintergrund der Bestimmung objektiver Anforderungen. Dem Gewährleistungsrecht des BGB kam in diesem Kontext höchstens eine Randbedeutung zu. Bevor sich dies durch abnehmende Fehleranfälligkeit der Geräte und gewachsene Kundenansprüche änderte, führten die Hersteller in der zweiten Phase mit Hilfe der Händler freiwillige Garantien und kostenlose Reparaturen ein, die zugleich die lang etablierte Vertriebsstruktur mit dem traditionellen Facheinzelhandel stärken sollte. Gestützt wurde dies nach der 1974 für illegal erklärten Preisbindung vor allem durch Vertriebsbindungen. Die Vertriebsbindungen waren mit Einschränkungen rechtlich zulässig, verloren ihre Bedeutung aber durch den Strukturwandel im Einzelhandel, der den traditionellen Facheinzelhandel an den Rand drängte. In der dritten Phase verloren Reparaturen durch den technologischen Wandel hin zu verschweißten und verklebten Komponenten im Markt für Fernsehgeräte generell an Bedeutung. Herstellergarantien waren zu diesem Zeitpunkt aber bereits so etabliert, dass dem BGB bei der Gewährleistung weiterhin keine praktische Bedeutung zukam. Dem Händler kam im Wesentlichen die Rolle zu, die defekten Garantiefälle anzunehmen und gegen Neuware auszutauschen. Sowohl der technologische Wandel der Geräte als auch der Strukturwandel im Einzelhandel prägten also die praktische Lösung des Gewährleistungsproblems unabhängig von den Bestimmungen des BGB.

Diese Entwicklungen im Markt für Fernsehgeräte spiegeln allgemeine Trends in der Produktentwicklung und der Einzelhandelsstruktur wider. In vielen Fällen fanden die Markteilnehmer Lösungen, die Ansprüche auf Grundlage des BGB an den Rand der praktischen Bedeutungslosigkeit verbannten. Hier spielten und spielen insbesondere die freiwilligen Herstellergarantien eine zentrale Rolle. Es ist schwer vorstellbar, dass die Entwicklungen im Kaufrecht ohne entsprechende, bereits etablierte Gepflogenheiten eine ähnlich verbraucherfreundliche Richtung eingeschlagen hätten. Dafür waren freilich nicht die Großzügigkeit der Hersteller verantwortlich, sondern technologischer Wandel und Wettbewerb. Umgekehrt ist nicht zu verkennen, dass der rechtliche Rahmen nicht nur eine bedeutende Orientierung für unternehmerische Entscheidungen darstellte, sondern im Kaufrecht auch gerade für diejenigen Fälle besondere Relevanz entfaltete, die eben nicht durch anderweitige Regelungen der Redundanz anheimfielen. So macht die Perspektive des Fallbeispiels eben auch deutlich, dass die Lösungen der grundsätzlichen Probleme des Sachmangels und der Regressansprüche kaum verallgemeinerbar sind. Nicht ohne Grund stand die Reform des Händlerregresses von 2018 im Kontext einer Reform des Bauvertragsrechts, wo die für die Unterhaltungselektronik und andere Branchen zentrale Bedeutung der Herstellergarantien keine vergleichbare Entsprechung hatte.

Geht man im Zuge der umfassenden Digitalisierung von einem „erneuten fundamentalen Paradigmenwechsel in der industriellen Produktion“[64] aus, lässt sich die aktuelle Situation der Warenwelt am ehesten mit der Situation in den 1950er Jahren vergleichen. Auch in dieser Zeit prägten viele unbekannte Hersteller und noch unbekannte Produkte den Markt. Zugleich mussten Verbraucher davon ausgehen, dass die gekaufte Sache innerhalb kurzer Zeit ihre Funktion verlieren könnte, ob nun durch Geräteschaden wie in den 1950er Jahren oder ausbleibende Softwareupdates wie heute. Die Handelsstruktur hat sich dagegen radikal gewandelt, so dass die privatvertraglichen Lösungsansätze der 1960er und 70er Jahre keine Grundlage mehr haben. Auch wenn der Absage einer rechtswissenschaftlichen Typisierung von Marktmacht zuzustimmen ist, steht doch die zunehmende Dominanz einzelner Handelsunternehmen außer Frage. Die Marktmacht des einzelnen Verbrauchers hat sich dagegen rein strukturell kaum verändert. Seine Organisationsmöglichkeiten sind überschaubar. Umso wichtiger erscheint der rechtliche Rahmen, innerhalb dessen der Verbraucher seine Käufe tätigen und Mängel reklamieren kann. Vor diesem Hintergrund erscheint es historisch betrachtet nachvollziehbar, die Schuldrechtsmodernisierung und die ihr folgenden Reformen auch im Sinne des Verbraucherschutzes zu interpretieren. Dass die technologischen Neuerungen kaufrechtliche Reformen nach sich ziehen, die in der alten Bundespublik keine Entsprechung hatten, scheint also nicht zuletzt dem gewandelten und europarechtlich gestärkten verbraucherpolitischen Bewusstsein geschuldet zu sein. Sie folgen aber auch aus der Tatsache, dass die Vertriebsstrukturen vielfältiger und die Ansprüche an die Mangelfreiheit der Produkte größer geworden sind. Die Reparierbarkeit im klassischen Sinne ist dagegen zwar geringer geworden. Dafür haben Digitalisierung und die Notwendigkeit regelmäßiger Aktualisierungen dem Problem des „Gerätedefekts“ eine völlig neue Bedeutung gegeben.

Die Reform von 2022 stellte insofern eine echte Neuerung dar, als das BGB Ansprüche begründete, die weder durch etablierte unternehmerische Praxis noch durch die Rechtsprechung entsprechend „vorgefedert“ waren, wie dies Peter-Christian Müller-Graff einst für das AGB-Gesetz konstatierte.[65] Die Gefahr überschießender Regulierung ist vorhanden, lässt sich derzeit aber kaum abschließend bewerten. Andererseits war das Versprechen der Abwesenheit von Konflikten zwischen Herstellern, Händlern und Verbrauchern mit dem BGB ohnehin nie verbunden. Viele Hersteller und Händler dürften die Aktualisierungspflicht als zusätzlichen Anreiz sehen, den Weg zwischen Produktion und Konsum zu verkürzen, was insbesondere den umsatzstärkeren Anbietern besser gelingen wird. Wie auch schon in den 1970er Jahren werden daher weder die

[64] *Lasi/Fettke/Kemper/Feld/Hoffmann*, Industrie 4.0, Wirtschaftsinformatik 56/4 (2014), 261 (261).

[65] *Müller-Graff*, Juristenzeitung 1977, 245 (246); *Hoffmann/Löffler*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 1–24.

Lösungen noch die Probleme rein kauf- bzw. privatrechtlicher Natur sein, sondern auch im Zusammenhang mit Fragen des GWB zu diskutieren sein.

Literaturverzeichnis

Banken, Ralf, Schneller Strukturwandel trotz institutioneller Stabilität: Die Entwicklung des deutschen Einzelhandels, 1949–2000, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 48/2 (2007), 117–146.

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2024.

Budich, Mikael, Der Geltungsbereich des kartellrechtlichen Preisbindungsverbotes nach § 15 GWB beim Warenabsatz über Verkaufsagenten unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes und der Gerichte zu den Telefunken-Vertriebsverträgen, Dissertation Universität Saarbrücken 1992.

Fickers, Andreas, „Der Transistor" als technisches und kulturelles Phänomen: Die Transistorisierung der Radio- und Fernsehempfänger in der deutschen Rundfunkindustrie 1955 bis 1965, Bassum 1998.

Fries, Martin, Nacherfüllung in der vertragstypübergreifenden Absatzkette, Archiv für die civilistische Praxis 217 (2017), 534–578.

Greipl, Erich, Wettbewerbssituation und -entwicklung des Einzelhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1977.

Gross, Herbert, Die Preisbindung im Handel: Neue Eindrücke aus Nordamerika und Westeuropa, Düsseldorf 1957.

Hein, Bernhard, 1968 bis 1990: Die Zeit der Transistoren und Schaltkreise bis zum bitteren Ende, Dessau 2004.

Heinrich, Christian/Freyler, Carmen, Die Neugestaltung des Händlerregresses, in: Boele-Woelki, Katharina/Faust, Florian/Jacobs, Matthias/Kuntz, Thilo/Röthel, Anne/Thorn, Karsten/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band 1, München 2019, 427–434.

Hennecke, Raphael, Wettbewerbsregulierung im Wirtschaftswunder: Die Kartellrechtspraxis in Westdeutschland unter den alliierten Dekartellierungsgesetzen, 1947–1957, Unveröffentlichte Dissertation, Universität Bayreuth 2023.

Hennecke, Raphael/Teupe, Sebastian, Neue Wirtschaftspolitik, alte Richter. Wettbewerbsregulierung in der frühen Bundesrepublik aus Sicht der Rechtsprechung, in: Großbölting, Thomas/Große Kracht, Klaus (Hrsg.), Verwaltungslogik und kommunikative Praxis. Wirtschaft, Religion und Gesundheit als Gegenstand von Bürokratie in Deutschland 1930–1960, Stuttgart 2022, 145–182.

Hesse, Jan-Otmar, Abkehr vom Kartelldenken? Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als ordnungspolitische und wirtschaftstheoretische Zäsur der Ära Adenauer, in: Hockerts, Hans Günter/Schulz, Günther (Hrsg.), Der „Rheinische Kapitalismus" in der Ära Adenauer, Paderborn 2016, 29–51.

Hoffmann, Jochen/Löffler, Emma, Die Aktualisierungspflicht in der Lieferkette, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 4 (2023), 1–24.

Jacobs, Matthias, Der Rückgriff des Unternehmers nach § 478 BGB, Juristenzeitung 2004, 225–232.

Kleinschmidt, Christian, Konsumgesellschaft, Verbraucherschutz und Soziale Marktwirtschaft: Verbraucherpolitische Aspekte des „Modell Deutschland" (1947–1975), Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 47/1 (2006), 13–28.

Kopper, Christopher, Handel und Verkehr im zwanzigsten Jahrhundert, München 2002.

Lampe, Markus/Wolf, Nikolaus, Binnenhandel und Außenhandel, in: Rahlf, Thomas (Hrsg.), Deutschland in Daten: Zeitreihen zur historischen Statistik, Bonn 2022, 282–297.

Lasi, Heiner/Fettke, Peter/Kemper, Hans-Georg/Feld, Thomas/Hoffmann, Michael, Industrie 4.0, Wirtschaftsinformatik 56 (2014), 261–264.

Logemann, Jan, Trams or Tailfins? Public and private prosperity in postwar West Germany and the United States, Chicago 2013.

Logemann, Jan/Kreis, Reinhild, Konsumgeschichte, Berlin/Boston 2022.

Matthes, Jens, Der Herstellerregress nach § 478 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – ausgewählte Probleme, Neue Juristische Wochenschrift 2002, 2505–2511.

Müller-Graff, Peter-Christian, Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Juristenzeitung 1977, 245–255.

Niens, Hans-Joachim, Die Vertriebsbindung als absatzpolitisches Instrument der Markenartikel-Industrie, Freiburg/Berlin 1968.

o. V., Garantieabwicklung. Neue Regelung bei Grundig, Radio-Fernseh-Händler, Januar 1974, 15.

o. V., „test"-Report, Kundendienst bei Farbfernsehgeräten, Radio-Fernseh-Händler, November 1975, 16.

o. V., Werbung mit Preisgegenüberstellungen, Wettbewerb in Recht und Praxis, Januar 1963, 21.

o. V., Werksgarantie – Sorgenkind des Fachhandels, Radio-Fernseh-Händler, Dezember 1966, 414.

Pahlow, Louis/Teupe, Sebastian, Business Strategies and the Law: Three Types of Entrepreneurial Processes from a Legal History Perspective, Zeitschrift für Unternehmensgeschichte 66 (2021), 161–189.

Reindl, Josef, Wachstum und Wettbewerb in den Wirtschaftswunderjahren: Die elektrotechnische Industrie in der Bundesrepublik Deutschland und Großbritannien 1945–1967, Paderborn 2001.

Rühl, G./Hantsch, G./Wagner, W., Strukturuntersuchung in den Elektrohandwerken, Band 1: Situation heute – Einflüsse und Auswirkungen, Karlsruhe 1978.

Schmidt, Karsten, Der gesetzliche Händlerregreß bei Käuferketten (§§ 478, 479 BGB) – Gesetzesregel, akademische Diskussion und Problemlösungen in der Praxis, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Köln u. a. 2003, 427–455.

Schmidt-Kessel, Martin, Verbraucherschutz am Ende des Kaufrechtsparadigmas, Verbraucher und Recht 2023, 121–122.

Schröter, Harm, Konsumpolitik und „Soziale Marktwirtschaft": Die Koexistenz liberalisierter und regulierter Verbrauchsgütermärkte in der Bundesrepublik der 1950er Jahre, in: Berghoff, Hartmut (Hrsg.), Konsumpolitik: Die Regulierung des privaten Verbrauchs im 20. Jahrhundert, Göttingen 1999, 113–134.

Schubel, Christian, Schuldrechtsreform: Perspektivenwechsel im Bürgerlichen Recht und AGB-Kontrolle für den Handelskauf, Juristenzeitung 2001, 1113–1120.

ders., Mysterium Lieferkette, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, 2061–2071.

Schubel, Christian/Koch, Thomas, Die Nacherfüllung als Haftungsfalle. Das deutsche Kaufrecht auf dem Weg zum Garantiesystem?, Der Betrieb 2004, 119–125.

Sendmeyer, Stefanie, Der Unternehmerregress nach Maßgabe der §§ 478, 479 BGB: Unter besonderer Berücksichtigung intertemporaler und internationalprivatrechtlicher Probleme, Berlin 2008, 45.

Spiekermann, Uwe, Basis der Konsumgesellschaft: Entstehung und Entwicklung des modernen Kleinhandels in Deutschland 1850 – 1914, München 1999.

Teupe, Sebastian, Kontrolldenken: Vertikale Preisbindung, Hersteller-Händler-Beziehungen und die Transformation des Wettbewerbs im Markt für Fernsehgeräte zwischen den 1950er und 80er Jahren, Zeitschrift für Unternehmensgeschichte, 59 (2014), 47–72.

ders., Die Schaffung eines Marktes: Preispolitik, Wettbewerb und der Handel mit Fernsehgeräten in der BRD und den USA 1945–1985, Berlin 2016.

Tietz, Bruno, Der Markt für Haushaltselektrik und -elektronik in der Bundesrepublik Deutschland von 1960 bis 1990, Hamburg 1979.

Mängelhaftung und Regress

Eine Herausforderung für Händler?

Yeşim M. Atamer und Cyrill A. H. Chevalley

I. Einleitung . . . 105
II. Ausbau des Verbraucherschutzes im europäischen Privatrecht auf der letzten Stufe der Absatzkette . . . 106
1. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999) . . . 106
2. Warenkaufrichtlinie (2019) . . . 107
3. Neuere Entwicklungen . . . 108
III. Position des Letztverkäufers aus Sicht des europäischen Verbraucherrechts . . . 110
1. Unerwünschte Mehrbelastung des Letztverkäufers . . . 110
2. Unionsrechtliche Vorgaben betreffend Letztverkäuferregress . . . 111
IV. Nationale Umsetzungsmodelle . . . 112
1. Übersicht . . . 112
2. Ketten- bzw. Reihenregress . . . 112
3. Sprungregress . . . 113
4. Direktanspruch des Käufers bzw. der Kettenglieder . . . 113
V. Regelungsmodelle in vergleichender Betrachtung . . . 115
1. Bedeutung des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse . . . 115
2. Probleme im grenzüberschreitenden Handel . . . 116
3. Objektive vs. subjektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit . . . 117
4. Von einem allfälligen Direktanspruch erfasste Rechtsbehelfe . . . 118
a) Nachbesserung und Ersatzlieferung . . . 118
b) Rücktritt und Minderung . . . 119
5. Rechtsökonomische Überlegungen . . . 119
6. Prozessökonomie . . . 121
7. Zusätzlicher Schuldner . . . 121
8. Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Verantwortlichen . . . 122
9. Regelung durch den Markt: Freiwillige Herstellergarantien . . . 122
VI. Ausblick . . . 123
Literaturverzeichnis . . . 125

I. Einleitung

Die Rechtsentwicklung im europäischen Privatrecht war in den letzten drei Jahrzehnten geprägt von einem kontinuierlichen Ausbau der Verbraucherrechte. Die verbraucherschützenden Bestimmungen im Kaufrecht gewähren dem

Käufer im Falle einer mangelhaften Sache vermehrte und unabdingbare Rechte gegen den Unternehmer-Endverkäufer. In modernen Absatzketten ist der Endverkäufer indes häufig nicht mit dem Hersteller identisch, sondern lediglich das letzte Glied einer (potenziell grenzüberschreitenden) längeren Absatzkette („mehrstufiger Warenverkehr“[1]). Haftet der Endverkäufer gegenüber dem Verbraucher für Mängel, so stellt sich für ihn die Frage des Regresses auf den Verantwortlichen. In der Praxis führen lange Lieferketten zu Herausforderungen: Ansprüche können während des Regresses verjähren, oder Haftungsausschlüsse verhindern einen effektiven Regress.[2] Dieser Beitrag zeichnet die diesbezüglichen Rechtsentwicklungen in der Europäischen Union nach und geht auf die sich stellenden Herausforderungen ein. Zudem werden zukünftige Entwicklungsmöglichkeiten aufgezeigt.

II. Ausbau des Verbraucherschutzes im europäischen Privatrecht auf der letzten Stufe der Absatzkette

1. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (1999)

Mit dem Erlass der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGKRL)[3] bezweckte der Gemeinschaftsgesetzgeber die Schaffung eines „gemeinsamen Mindestsockels von Verbraucherrechten, die unabhängig vom Ort des Kaufs der Waren in der Gemeinschaft gelten“[4]. Die mit der Richtlinie eingeführten Neuerungen waren für zahlreiche nationale Rechtsordnungen einschneidend.[5] Exemplarisch seien folgende genannt:

Hinsichtlich des Vertragsmässigkeit der Ware wurde dem Letztverkäufer eine grundsätzliche Haftung für Werbung bzw. öffentliche Äusserungen des Herstellers auferlegt (Art. 2 Abs. 4 VGKRL).[6]

Ferner war die Vertragswidrigkeit der vom Verbraucher gekauften Ware nun zu vermuten, falls sie innert sechs Monaten nach Lieferung offenbar wurde (Art. 5 Abs. 3 VGKRL),[7] dies im Gegensatz zur klassischerweise beim Käufer liegenden Beweislast für das Vorliegen des Sachmangels zu diesem Zeitpunkt.[8]

---

[1] Vgl. *Koziol*, Mehrstufiger Warenverkehr, Rn. 2.

[2] *Koziol*, Mehrstufiger Warenverkehr, Rn. 109.

[3] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABlEG Nr. L 171 vom 7. Juli 1999, 12 ff.

[4] Vgl. Erwägungsgrund 5 VGKRL.

[5] Vgl. *Wagner*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2016, 87 (90).

[6] *Micklitz*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, 485 (486).

[7] *Micklitz*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, 485 (486 f.).

[8] Vgl. EuGH Urteil vom 04.06.2015, C-497/13, *Froukje Faber gegen Autobedrijf Hazet Ochten BV*, Rn. 70; *Klöhn*, Neue Juristische Wochenschrift 2007, 2811 (2811).

Die Gewährleistungsfristen wurden einheitlich auf zwei Jahre festgelegt (Art. 5 Abs. 1 VGKRL),[9] was aus der Sicht der im Kaufrecht damals üblichen kurzen Fristen eine signifikante Verlängerung bedeutete.[10]

Dem Käufer wurde des Weiteren ein Anspruch auf Reparatur eingeräumt, was der klassischen Auffassung, dass der Verkäufer eine reine Verschaffungspflicht übernimmt, aber nicht die Herstellung der Sache verspricht, widersprach (Art. 3 Abs. 2–4 VGKRL).[11]

Schliesslich brachte die Richtlinie eine dem traditionellen Kaufrecht fremde, allgemeine Einschränkung der Parteiautonomie im Verhältnis *business-to-consumer* (b2c) mit sich; die Verbraucherrechte durften nicht zum Nachteil des Verbrauchers beschränkt werden (Art. 7 VGKRL).[12]

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) trug durch seine extensive, in den Mitgliedsstaaten bisweilen diskutierte[13] Auslegung der VGKRL seinen Teil zum Ausbau der Verbraucherrechte bei. So entschied er beispielsweise, dass der Verkäufer eines vertragswidrigen Geschirrspülers bzw. von vertragswidrig polierten Bodenfliesen dem Verbraucher auch Aufwendungsersatz für die Aus- und Einbaukosten der nachgelieferten mangelfreien Sache zu leisten hat, obwohl der Einbau der Sache gar nicht zu den von ihm vertraglich übernommenen Pflichten gehört hatte.[14]

2. Warenkaufrichtlinie (2019)

Mit der Warenkaufrichtlinie (WKRL)[15] (und der hierzu komplementären Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen (DIDRL)[16]) erfolgte ein weiterer Ausbau der Verbraucherrechte.[17] Der Mangelbegriff wurde nochmals

---

[9] *Micklitz*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, 485 (488).

[10] *Schwartze*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2000, 544 (571); s.a. *Mansel*, Archiv für die civilistische Praxis 204 (2004), 396 (407).

[11] *Atamer*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2022, 285 (302 f.); *Schwartze*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2000, 544 (563 ff.).

[12] Vgl. *Wagner*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2010, 243 (271 ff.).

[13] Vgl. *Wagner*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2016, 87 (88).

[14] EuGH, Urteil vom 16.06.2011 – Rs. C-65/09 (Weber) und C-87/09 (Putz); ausführlich zum Fall *Atamer*, Uniform Law Review 25 (2020), 67 (69 f.); für ein aktuelles Anwendungsbeispiel s. BGH, Urteil vom 21.06.2023 – VIII ZR 105/22, Rn. 18 ff.; s.a. *Looschelders/Betz*, Juristische Rundschau 2024, 321 (323).

[15] Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABlEU Nr. L 136 vom 22. Mai 2019, 28 ff.

[16] Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABlEU Nr. L 136 vom 22. Mai 2019, 1 ff.

[17] *Atamer/Hermidas*, Aktuelle Juristische Praxis 2020, 48 (50); s.a. *Chevalley/Stöcklin*, Aktuelle Juristische Praxis 2022, 1061 (1069).

erweitert.[18] So müssen Waren (insb. jene mit digitalen Elementen) Anforderungen wie Haltbarkeit, Kompatibilität und Interoperabilität erfüllen.[19] Waren haben kumulativ subjektiven und objektiven Anforderungen zu genügen;[20] der Ausschluss objektiver Anforderungen („negative Beschaffenheitsvereinbarung") ist erschwert.[21]

Aus Sicht des klassischen Kaufrechts fast schon revolutionär war die Einführung einer objektiven Aktualisierungspflicht für Waren mit digitalen Elementen (Art. 7 Abs. 3–5 WKRL).[22] Selbst bei einer einmaligen Bereitstellung besteht eine solche Aktualisierungspflicht, welche u.U. länger als die Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen andauern kann.[23]

Die Vermutung der Vertragswidrigkeit wurde von sechs Monaten auf mindestens ein Jahr ausgedehnt; die Mitgliedsstaaten können bestimmen, dass die Vermutung der Vertragswidrigkeit sogar während zwei Jahren besteht (Art. 11 Abs. 2 WKRL) und damit die gesamte Gewährleistungsfrist umfasst.[24]

3. Neuere Entwicklungen

Die Richtlinie zur „Förderung der Reparatur von Waren"[25] wurde am 10. Juli 2024 publiziert und muss bis zum 31. Juli 2026 von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden.[26] Sie ist Teil der „Initiative Nachhaltiger Konsum von Gütern – Förderung von Reparatur und Wiederverwendung".[27] Die Reparatur-RL sieht

---

[18] *Atamer/Hermidas*, Aktuelle Juristische Praxis 2020, 48 (54).

[19] *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 75.

[20] BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rn. 7 ff.

[21] *Bach*, Neue Juristische Wochenschrift 2019, 1705 (1708); vgl. zu den Auswirkungen auf die vertragsgestaltende Praxis *Regula*, in: Hartung/Regula/Schaeuffelen (Hrsg.), Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie, 2024, 95 f.

[22] *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 79 ff.; *Atamer/Hermidas*, Aktuelle Juristische Praxis 2020, 48 (56 f.); s.a. betr. DIDRL *Chevalley/Stöcklin*, Aktuelle Juristische Praxis 2022, 1061 (1072 f.).

[23] *Wendehorst*, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 94 (96).

[24] *Atamer/Hermidas*, Aktuelle Juristische Praxis 2020, 48 (58).

[25] Richtlinie (EU) 2024/1799 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinien (EU) 2019/771 und (EU) 2020/1828, ABlEU Nr. L vom 10. Juli 2024, 1 ff.; siehe für eine Auswertung des Richtlinienvorschlags *Atamer/Augenhofer/Küter/Południak Gierz*, Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM (2023) 155 final), abrufbar unter https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf, 9 ff. (zuletzt abgerufen am 18.07.2024), sowie *Croon-Gestefeld*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2024, 379 (379 ff.).

[26] Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-european-green-deal/file-right-to-repair (zuletzt abgerufen am 18.07.2024).

[27] Vgl. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13150-

sich in Ergänzung zu zwei anderen Rechtsakten:[28] Die Ökodesign-Verordnung[29] für nachhaltigere Produkte soll in der Produktionsphase Einfluss auf die Produktgestaltung nehmen, um die Reparierbarkeit zu ermöglichen[30]; sie befasst sich auch mit der Information bzgl. der Verfügbarkeit von Ersatzteilen.[31] Die Richtlinie hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel[32] zielt darauf, Verbrauchern bessere Informationen zur Haltbarkeit und Reparierbarkeit von Waren zur Verfügung zu stellen, so dass sie nachhaltigere Kaufentscheidungen treffen können.[33] Die Reparatur-RL soll hingegen die Reparatur als Abhilfemaßnahme während der laufenden Gewährleistungsfrist fördern, indem die Reparierbarkeit als neues objektives Erfordernis der Vertragsmässigkeit verankert und dem Verbraucher bei Wahl der Reparatur (anstelle der Ersatzlieferung) eine Verlängerung der Haftungsfrist des Endverkäufers um 12 Monate gewährt wird.[34] Andererseits gibt die Reparatur-RL den Verbrauchern in Bezug auf gewisse Waren die Möglichkeit, nach Ablauf der Gewährleistungsfrist beim Hersteller die Reparatur zu verlangen, wobei der Hersteller hierfür ein angemessenes Entgelt verlangen darf.[35] Hiermit wird bezweckt, dass Verbraucher auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist häufiger Reparaturen durchführen lassen und so ihre Waren länger nutzen.[36] Die Diskussion um ein „Recht auf Reparatur" gliedert sich damit ein in die allgemeine Bestrebung zur Förderung von Nachhaltigkeit im Kaufrecht.[37] Die Verpflichtung zur Reparatur nach Ablauf der Gewährleistungsfrist betrifft jedoch primär den Hersteller und nicht den Verkäufer, da dieser die Reparatur einfacher vornehmen kann und am besten dazu fähig ist, ein reparaturfreundliches Produktdesign zu fördern.

Nachhaltiger-Konsum-von-Gutern-Forderung-von-Reparatur-und-Wiederverwendung_de (zuletzt abgerufen am 18.07. 2024).

[28] Vgl. Richtlinie (EU) 2024/1799, Erwägungsgrund 5.

[29] Verordnung (EU) 2024/1781 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte, zur Änderung der Richtlinie (EU) 2020/1828 und der Verordnung (EU) 2023/1542 und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/125/EG, ABlEU Nr. L vom 28. Juni 2024, 1 ff.

[30] Verordnung (EU) 2024/1781, Erwägungsgrund 1 ff.

[31] Verordnung (EU) 2024/1781, Erwägungsgrund 30.

[32] Richtlinie (EU) 2024/825 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2024 zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und durch bessere Informationen, ABlEU Nr. L vom 6. März 2024, 1 ff.

[33] Richtlinie (EU) 2024/825, Erwägungsgrund 1.

[34] Richtlinie (EU) 2024/1799, Erwägungsgrund 40; hierzu *Croon-Gestefeld*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2024, 379 (385 ff.).

[35] Richtlinie (EU) 2024/1799, Art. 5.

[36] Richtlinie (EU) 2024/1799, Erwägungsgrund 3.

[37] *Atamer*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2022, 285 (288).

III. Position des Letztverkäufers aus Sicht des europäischen Verbraucherrechts

1. Unerwünschte Mehrbelastung des Letztverkäufers

Aus dem dargestellten Ausbau der Verbraucherrechte folgt eine – bisweilen signifikante – Mehrbelastung des Letztverkäufers mit Ansprüchen der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit der Ware.[38] Der Letztverkäufer ist typischerweise nicht identisch mit dem Hersteller und trägt dementsprechend vielfach kein Verschulden an der Vertragswidrigkeit der Ware; nicht selten wird die Vertragswidrigkeit für ihn sogar nicht einmal erkennbar, geschweige denn vermeidbar gewesen sein.[39]

Genau genommen könnte die Verantwortung für den Mangel nicht nur beim Hersteller, sondern auch bei anderen Gliedern der Absatzkette liegen, z. B. einem Zwischenhändler, welcher die Ware unsachgemäss gelagert hat. Wenn im Folgenden der Fokus auf dem Hersteller liegt, so liegt dies einzig daran, dass dies die paradigmatische Konstellation darstellt, in welcher zwischen dem Letztverkäufer und dem Verantwortlichen zahlreiche Personen, eine lange Zeitspanne und potentiell mehrere grenzüberschreitende Verträge stehen, also eine besondere Zahl von sog. „Regressfallen". Die Erwägungen gelten aber gleichermassen für Situationen, in denen die Verantwortung bei einem Zwischenhändler in der Absatzkette liegt.

Nicht nur aus Billigkeitsgesichtspunkten erschiene es problematisch, wenn der Letztverkäufer keine Möglichkeit hätte, den Schaden auf vorangehende Glieder der Absatzkette abzuwälzen.[40] Auch ökonomisch ist es wünschenswert, jene Partei, welche den Mangel verursacht hat bzw. diesen vermeiden könnte, für den Mangel haften zu lassen, denn diese ist i.d.R. der *cheapest cost avoider*.[41] Diese Partei ist zugleich jene, welche sich am kosteneffizientesten gegen Haftungsrisiken versichern kann (*cheapest insurer*).[42] Ohne wirksame Regressmöglichkeit kann das Haftungsrecht ausserdem keine Anreize für den Hersteller entfalten; es droht ein *moral hazard*.[43]

---

[38] *Dutta*, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 171 (2007), 79 (81); *Koziol,* Mehrstufiger Warenverkehr, Rn. 108.

[39] *Atamer/Eggen*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2017, 731 (773 f.).

[40] *Atamer*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2011, 449 (464).

[41] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 60; vgl. BeckOGK-BGB/*Arnold,* 01.02.2024, § 445a Rn. 13.

[42] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 60; vgl. auch unten V/5.

[43] *Atamer*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2011, 449 (466); vgl. *van den Bergh/Visscher*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 142.

2. Unionsrechtliche Vorgaben betreffend Letztverkäuferregress

Bereits bei Erlass der VGKRL sah der Gesetzgeber im Gemeinschaftsrecht vor, dass es dem Letztverkäufer möglich sein müsse, Regress zu nehmen (Art. 4 VGKRL).[44] Es wurde erwogen, ob es hierzu eines Direktanspruches gegen den Verantwortlichen (i.d.R. den Hersteller) bedürfe oder nicht; letztlich wurde auf der Stufe der EU beschlossen, den Mitgliedsstaaten die Wahl des Umsetzungsmodells zu überlassen.[45] Wie in der Literatur zu Recht konstatiert wurde, bedeutete dies nicht eine volle Freiheit für die Mitgliedsstaaten; diese mussten immerhin eine effektive Regressmöglichkeit vorsehen.[46] Nicht vorgeschrieben war der seitengleiche Regress, d. h. eine Sicherstellung der Regressmöglichkeit in jedem Einzelfall und im gleichen Umfang wie gegenüber dem Verbraucher.[47]

Nachdem die VGKRL noch die Intention anklingen liess, bei einer zukünftigen Revision der VGKRL einen Direktanspruch einzuführen,[48] wurde in der WKRL explizit davon abgesehen.[49] Auch in der Reparatur-RL wurde während der Gewährleistungsfrist von einem Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Hersteller abgesehen.[50] Das Recht auf Reparatur ist demnach entlang der Lieferkette abzuwickeln.[51]

Bereits bei dieser Ausgangslage manifestiert sich ein Spannungsverhältnis zwischen der Vorgabe eines effektiven Regresses und einem Verzicht auf das Erfordernis eines seitengleichen Regresses. Es fragt sich nämlich, welche qualitativen und quantitativen Parameter darüber bestimmen, ob der Regress als effektiv zu betrachten ist, auch wenn er nicht in jedem Einzelfall greift. Eine Judikatur des EuGH zu dieser Frage besteht soweit ersichtlich noch nicht; vieles ist nach wie vor ungewiss.[52]

---

[44] Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Geroldinger*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 218 f.

[45] Erwägungsgrund 9 VGKRL.

[46] *Geroldinger*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 219; *Dutta*, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 171 (2007), 79 (81).

[47] MükoBGB/*Lorenz*, § 445a BGB Rn. 6; *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 125.

[48] Ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 169 ff.

[49] Erwägungsgrund 63 WKRL.

[50] *Atamer/Augenhofer/Küter/Południak Gierz*, Feedback of the European Law Institute, 21. Hingegen besteht nach Ablauf der Gewährleistungsfrist neu für bestimmte Güter wie Kühlgeräte, Mobiltelefone (Anhang II) eine Verpflichtung der Hersteller, zu einem angemessenen Preis die Sache zu reparieren, wodurch ein Anreiz für eine längere Nutzung von Gütern gesetzt werden soll; vgl. Richtlinie (EU) 2024/1799, Art. 1(2) und Art. 5.

[51] Kritisch *Atamer/Augenhofer/Küter/Południak Gierz*, Feedback of the European Law Institute, 21; s.a. für einen Vorschlag *de lege ferenda Atamer*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2022, 285 (298 ff.).

[52] *Geroldinger*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 219 f.

IV. Nationale Umsetzungsmodelle

1. Übersicht

Somit bleibt es auch nach neuem Recht bei einzelstaatlichen Lösungen betreffend den Letztverkäuferregress.[53] In den vergangenen Jahrzehnten haben sich im Wesentlichen drei Modelle etabliert, nämlich (1) der Ketten- bzw. Reihenregress, (2) der Sprungregress, d. h. ein Direktanspruch des Letztverkäufers gegen den Verantwortlichen, sowie (3) der Direktanspruch des Verbrauchers gegen den Verantwortlichen – wobei (2) und (3) oft auch in unterschiedlichen Varianten zusammen vorkommen.

2. Ketten- bzw. Reihenregress

Der Ketten- bzw. Reihenregress (z.T. auch bekannt als „Regressmodell") entspricht dem klassischen Prinzip der Relativität von Schuldverhältnissen; jedes Glied der Absatzkette kann sich einzig an seinen Vertragspartner halten.[54] Der Verbraucher hat keine Gewährleistungsansprüche gegen den Hersteller oder frühere Glieder der Vertragskette, sondern nur gegen den Letztverkäufer; vorbehalten bleiben einzig Spezialfälle wie z. B. die Produktehaftpflicht.[55]

Da moderne Absatzketten i.d.R. nicht nur den Produzenten und den Letztverkäufer, sondern dazwischen eine Vielzahl weiterer Zwischenhändler umfassen, ist ein Regress entlang der Absatzkette mit praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert.[56] So können sich aus Prüf- und Rügeobliegenheiten, Verjährungsfristen und Haftungsausschlussklauseln Hindernisse bei der Durchsetzung von Regressansprüchen (z. B. für Aufwendungen, die im Rahmen der Nacherfüllung auftreten, Rückzahlungen wegen Minderung oder Rücktritt bzw. Schadenersatzzahlungen) ergeben.[57] Auch die Insolvenz eines Gliedes der Vertragskette kann eine Regressfalle darstellen.[58] Eine Regelung nach dem Regressmodell muss daher diese Probleme adressieren, um eine Regressmöglichkeit bis zum Hersteller zu gewährleisten.[59]

---

[53] *Geroldinger*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 221.

[54] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 7; vgl. *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 167; *Atamer/Eggen*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2017, 731 (773 f.).

[55] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 7.

[56] Vgl. *Atamer/Eggen*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2017, 731 (773 f.).

[57] *Atamer/Eggen*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2017, 731 (774); *Geroldinger*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 218.

[58] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 61.

[59] *Dutta*, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 171 (2007), 79 (82).

Ein ambivalentes Element ist die ungleiche Marktmacht unterschiedlicher Glieder in der Absatzkette. Einerseits kann sie dazu führen, dass bestehende Ansprüche aufgrund des Risikos, zukünftige Aufträge zu verlieren, nicht durchgesetzt werden; umgekehrt kann sie jedoch auch bedeuten, dass ein Regress entgegen bestehenden Haftungsfreizeichnungen stattfindet.[60]

Dem „klassischen" Modell des Ketten- bzw. Reihenregresses folgen beispielsweise Deutschland (§§ 445a–b und 478 BGB)[61] und Österreich (§ 933b ABGB)[62].

3. Sprungregress

Beim Sprungregress kann der vom Verbraucher in Anspruch genommene Letztverkäufer den Verantwortlichen in der Absatzkette direkt belangen; es werden also gleichsam Glieder der Absatzkette übersprungen.[63] Dieses Modell findet sich z. B. in Spanien (TR-LGDCU 125 (2))[64] und Italien (Codice del consumo Art. 134).[65] Je nachdem wer der Verantwortliche („responsable"/„responsabili") ist, kann der Letztverkäufer diese Person belangen, u.U. direkt den Hersteller.

4. Direktanspruch des Käufers bzw. der Kettenglieder

Eine dritte Umsetzungsmöglichkeit besteht darin, dem Endkäufer/Verbraucher bzw. allen Kettengliedern, die für die Vertragswidrigkeit einstehen mussten, einen Direktanspruch gegen den Verantwortlichen einzuräumen. Teilweise stützt sich dieser Direktanspruch auf Richterrecht, teilweise auf Verbrauchergesetzgebung. In Spanien z. B. hat der Verbraucher in begrenzten Fällen einen direkten Nacherfüllungsanspruch gegen den Hersteller (TR-LGDCU 125 (1)). Dafür muss die Durchsetzung des Anspruchs gegen den Endverkäufer aber unmöglich oder mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sein.[66]

In Frankreich hingegen hatte der Käufer kraft Richterrecht bereits vor Inkrafttreten der unionsrechtlichen Verbraucherschutznormen die Möglichkeit,

---

[60] Illustrativ das Beispiel aus der Automobilindustrie: *Regula*, in: Hartung/Regula/Schaeuffelen (Hrsg.), Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie, 2024, 93 ff.

[61] Vgl. dazu, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Reform von 2018 eine erleichterte Regressmöglichkeit einführte, die unabhängig davon zur Anwendung kommt, ob der letzte Vertrag in der Lieferkette ein Verbrauchsgüterkauf ist, BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 445a Rn. 2 ff.

[62] Vgl. zur Revision von § 933b ABGB in 2021 *Kletečka/Neumayr*, Österreichische Juristenzeitung 2022, 149 ff.; *Krenmayr/Moser*, Juristische Blätter 2022, 617 ff.; *Roiser*, Die Neuregelung des Händlerregresses nach der Warenkaufrichtlinie, 16 ff.

[63] Vgl. *Schoditsch*, in: Bydlinski (Hrsg.), Das neue Gewährleistungsrecht, 2022, 159.

[64] Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias (TR-LGDCU, geändert mit Real Decreto-ley 7/2021, vom 27.04.2021).

[65] *Dutta*, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 171 (2007), 79 (82 f.).

[66] Vgl. *Arroyo Amayuelas*, in: De Franceschi/Schulze (Hrsg.), Harmonizing Digital Contract Law, 2023, 642, Rn. 51.

gestützt auf die allgemeinen Rechtsbehelfe des Code Civil Klage gegen den Verkäufer oder eine *action* directe gegen die Glieder der Vertragskette bis hin zum Hersteller zu erheben.[67] Ferner implementierten die Art. L 217-1 ff. Code de la Consommation die unionsrechtlichen Vorgaben der VGKRL bzw. WKRL. Gemäß Art. L 217-30, Abs. I steht es dem Konsumenten frei, zwischen diesen beiden Anspruchsgrundlagen zu wählen. Sollte er direkt den Hersteller in Anspruch nehmen, entsteht das Regressproblem des Endverkäufers gar nicht. Für alle anderen Fälle bestätigt Art. L 217-31 Code de la Consommation zusätzlich die Möglichkeit des in Anspruch genommenen Verkäufers, Regress gegen jeden vorgelagerten in der Vertragskette gemäß den Bestimmungen des Code Civil auszuüben.[68]

5. Tabellarische Übersicht

	Modell	Zeitrahmen Regress bzw. Direktanspruch	Sonderbestimmungen zum Haftungsausschluss beim Regress
Deutschland	Kettenregress BGB §§ 445a, 445b (allgemein) § 478 (letzter Vertrag B2C)	2 Jahre ab Ablieferung der Sache an den Käufer BGB § 445b (1) Ablaufhemmung 2 Monate ab Erfüllung Gewährleistungsansprüche des Käufers BGB § 445b (2)	Falls letzter Vertrag B2C: Zulässig betr. Beschränkung Schadenersatz; unverbindlich betr. übrige Rechtsbehelfe, falls vor Bekanntgabe Mangel und kein gleichwertiger Ausgleich BGB § 478(2), (3) / BGB § 307 AGB Kontrolle
Österreich	Kettenregress, letzter Vertrag B2C ABGB Art. 933b	Relativ: 3 Monate ab Erfüllung Gewährleistungsansprüche Absolut: 5 Jahre ab Leistung durch Rückgriffspflichtigen ABGB Art. 933b (3)	Falls letzter Vertrag B2C: Zulässig falls im Einzelnen ausgehandelt und keine gröbliche Benachteiligung ABGB Art. 933b (4)

[67] Vgl. dazu *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 261 ff.; *Salewski*, Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich, 170 ff.

[68] Vgl. *Borghetti*, in: De Franceschi/Schulze (Hrsg.), Harmonizing Digital Contract Law, 2023, 269, Rn. 80 ff.

Frankreich	Action directe, Richterrecht Regress Code de la consommation Art. L 217-31	2 Jahre ab Entdeckung Mangel CC Art. 1648(1)
Italien	Direktanspruch Letztverkäufer gegen Verantwortlichen, letzter Vertrag B2C Codice del consumo Art. 134	1 Jahr ab Erfüllung Gewährleistungsansprüche Codice del consumo 134(2)
Spanien	Direktanspruch Letztverkäufer gegen Verantwortlichen, letzter Vertrag B2C TR-LGDCU Art. 125 (2)	1 Jahr ab Erfüllung Gewährleistungsansprüche TR-LGDCU Art. 125(2)

V. Regelungsmodelle in vergleichender Betrachtung

1. Bedeutung des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse

Der Direktanspruch des Konsumenten bzw. Sprungregress des Endverkäufers, stellt vor allem eine Herausforderung für den Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse dar.[69] Dieser soll Vertragsparteien davor schützen, mit Ansprüchen beliebiger Dritter konfrontiert zu werden. Bei der Haftung für Integritätsschäden zufolge mangelhafter Produkte (Produkthaftung) ist dies unproblematisch. Beim reinen Äquivalenzinteresse hingegen ist eine solche Haftung schwieriger zu rechtfertigen. Ein Direktanspruch könnte nämlich die Wirksamkeit von Verträgen als Mittel zur Risikoallokation zwischen den Parteien (z. B. durch Haftungsbegrenzung) aushöhlen.[70] Doch hat das Relativitätsprin-

[69] Vgl. dazu ausführlich *Cordes*, Originärer Direktanspruch des Endabnehmers gegen den Hersteller, 91 ff.; *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 9 ff.; siehe auch *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 260 f.; *Kryla-Cudna*, ebd., 133 f. Sollte der Direktanspruch hingegen als ein ausservertraglicher Anspruch eingeordnet werden, könnte dieser zu einer dem Deliktsrecht sonst fremden Haftung für reine Vermögensschäden des Herstellers führen, vgl. *Borghetti* a. a. O., 261.

[70] Vgl. *von Sachsen Gessaphe*, Recht der Internationalen Wirtschaft 2001, 721 (730).

zip schon heute viele Ausnahmen.[71] Es mahnt daher eher zur Zurückhaltung bei der Anerkennung eines Direktanspruches als zu dessen Ausschluss.[72]

2. Probleme im grenzüberschreitenden Handel

In grenzüberschreitenden Sachverhalten, welche in modernen Absatzketten eher die Regel als die Ausnahme sein dürften, ist es keine Selbstverständlichkeit, dass alle Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Gliedern der Vertragskette einem einheitlichen Regressstatut unterliegen.[73] Gerade in internationalen Verhältnissen besteht aus Sicht des Letztverkäufers das Risiko, dass zwingende Regelungen betreffend des Letztverkäuferregress durch eine Rechtswahl ausgeschaltet werden.[74] § 478 BGB zum Beispiel ist keine Eingriffsnorm, welche nach Art. 9 Rom I-VO unabhängig vom Vertragsstatut anzuwenden bzw. zu berücksichtigen wäre.[75] § 445a und § 445b BGB sind nicht einmal im Binnenverhältnis zwingend, und daher erst recht keine Eingriffsnormen.[76] Findet somit in internationalen Sachverhalten zufolge objektiver oder subjektiver Anknüpfung ein anderes als das deutsche Recht Anwendung, so beanspruchen diese Bestimmungen keine Geltung.[77] Einzig bei reinen Inlandsgeschäften kann § 478 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht durch eine Rechtswahl ausgeschaltet werden (vgl. Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO).[78]

Zur Umgehung der Probleme des Regresses in internationalen Lieferketten erscheint ein Direktanspruch des Verbrauchers bzw. des Endverkäufers *prima facie* vorteilhaft: Sie vermeidet Regressfallen, welche sich aus der Divergenz unterschiedlicher Regressstatute entlang der Lieferkette ergeben. Doch hängt der Erfolg eines Direktanspruchs auch stark davon ab, wie dieser in der Rechtsordnung ausgestaltet ist, der er internationalprivatrechtlich unterliegt.[79] Ist in der

---

[71] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 65.

[72] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 261 f.

[73] *Dutta*, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 171 (2007), 79 (84).

[74] Vgl. BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 478 Rn. 72 f.

[75] BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 478 Rn. 72; Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch/*Piltz*, § 16. Kaufrecht, Rn. 66; *Lorenz*, in: FS für Erik Jayme, 2004, 544; vgl. allerdings für eine Ausgestaltung als Eingriffsnorm *de lege ferenda Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags sowie eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

[76] BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 445a Rn. 159, 183.

[77] MüKoBGB/*Lorenz*, § 445a Rn. 59.

[78] BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 478 Rn. 72 ff.

[79] Vgl. zur Diskussion, ob dies als ein vertraglicher bzw. ausservertraglicher Anspruch zu qualifizieren wäre, *Bauerreis*, Das französische Rechtsinstitut der *action directe*, 292 ff.; *Horn*, Vis attractiva contractus, 104 ff.; *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 266 ff.

jeweiligen Rechtsordnung der Direktanspruch z. B. vom ersten Vertrag in der Absatzkette abgeleitet, muss sich auch diejenige Person, die sich auf den Direktanspruch beruft, die Einwendungen aus dem Erstvertrag, z. B. die Haftungsbegrenzungen, entgegenhalten lassen.[80]

3. Objektive vs. subjektive Anforderungen an die Vertragsmässigkeit

In den meisten Fällen wird die Beschaffenheit der Ware vollständig durch den Hersteller vorgegeben; Zwischenhändler und Letztverkäufer können keinen Einfluss darauf nehmen.[81] Letztere sind oftmals nicht in der Lage, einen Mangel zu erkennen, und erst recht nicht, ihn zu beheben.[82] Des Weiteren ist es insbesondere bei bekannten Marken primär der Hersteller, der mit seiner Werbung und seinem Auftritt die Erwartungen der Verbraucher gestaltet.[83] Daher, so die Überlegung, soll er auch hierfür einstehen müssen, evtl. kumulativ zum Letztverkäufer.[84]

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Hersteller nur die objektiven Anforderungen an die Vertragsmässigkeit determinieren kann.[85] Die subjektiven Anforderungen richten sich demgegenüber nach dem Vertrag zwischen Letztverkäufer und Verbraucher.[86] Der Hersteller hat auf diesen Vertrag keinen Einfluss, und es ist auch nicht gewiss, dass er überhaupt in der Lage wäre, das zwischen den Parteien Vereinbarte tatsächlich zu erfüllen.[87] Sich aus einem Verstoss gegen die subjektiven Anforderungen ergebende Ansprüche können daher dem Hersteller nicht entgegengehalten werden.[88] Dies wäre jedoch nicht nur bei einem Direktanspruch, sondern auch bei einem Kettenregress zu beachten.[89] Bei einem Kettenregress wird die Vertragswidrigkeit ebenfalls bezogen auf den jeweiligen Vertrag bestimmt. Im b2b-Verkehr besteht traditionell die Gewohnheit, die gewünschten Anforderungen an die Ware vertraglich zu umschreiben;

---

[80] Vgl. zum französischen Recht *Bauerreis*, Das französische Rechtsinstitut der *action directe*, 103 f.; *Salewski*, Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich, 197 ff.; vgl. auch *Fuglinszky*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590 (600 ff.) zu den alternativen Direktansprüchen, die nicht vom ersten Vertrag abgeleitet werden („*sui generis*").

[81] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 255.

[82] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 255.

[83] *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 234; *Atamer/Grundmann*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 28; *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 255; *Atamer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 598.

[84] *Fuglinszky*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590 (593); *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 255.

[85] *Wendehorst,* Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 138 (139).

[86] *Wendehorst,* Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 138 (139).

[87] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 256.

[88] *Wendehorst,* Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 138 (139); *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 259.

[89] Vgl. *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 259.

vertragsmässig ist, was den Spezifikationen entspricht, nicht, was den mutmasslichen Erwartungen der Verbraucher im Absatzmarkt genügte.[90] Die vom Unionsgesetzgeber gewählte kumulative Anwendung objektiver und subjektiver Anforderungen an die Vertragsmässigkeit wird hingegen für die Praxis ein Umdenken bedeuten.[91]

4. Von einem allfälligen Direktanspruch erfasste Rechtsbehelfe

a) Nachbesserung und Ersatzlieferung

Nachbesserung und Ersatzlieferung sind Rechtsbehelfe des Käufers, welche i.d.R. der Hersteller besser als der Letztverkäufer erfüllen kann.[92] In besonderem Masse gilt dies für die Nachbesserung; der Letztverkäufer ist gerade bei technisch komplexen Produkten vielfach nicht in der Lage und z.T. nicht einmal befugt, Reparaturen selbst vorzunehmen.[93] Der Erfüllungsanspruch gegen den Letztverkäufer könnte auch ins Leere laufen, wenn dieser bei einem Verbrauchervertrag erfolgreich einwenden sollte, dass eine Nachbesserung oder Ersatzlieferung unverhältnismässig ist (vgl. Art. 13 Abs. 3 WKRL). Dies könnte zu einem Schutzdefizit führen, da der Verbraucher nur den Preis mindern oder den Vertrag aufheben könnte.[94] Namentlich bei der Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen erscheint es für einen Verkäufer naheliegend, die Unverhältnismässigkeit einzuwenden.[95] Ein alternativer Direktanspruch gegen den Hersteller könnte in all diesen Fällen gerade für den Verbraucher eine wichtige Rolle spielen.[96] Möglich wäre es aber auch, die Verpflichtung des Endverkäufers so auszulegen, dass ihm die Einrede der Unverhältnismässigkeit in diesen Fällen verwehrt ist, da er sich so zu organisieren hat, dass er entweder selbst oder über den Hersteller die erforderlichen Aktualisierungen liefern kann.[97]

---

[90] *Regula*, in: Hartung/Regula/Schaeuffelen (Hrsg.), Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie, 2024, 96 f. (am Beispiel der Automobilindustrie).

[91] *Regula*, in: Hartung/Regula/Schaeuffelen (Hrsg.), Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie, 2024, 96 f.

[92] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 70; *Fuglinszky*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590 (593 f.).

[93] Vgl. *Wendehorst*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, 88 ff. und *Janssen*, ebd., 96; *Atamer/Grundmann*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 26; *Borghetti*, ebd., 256.

[94] Vgl. zur sogenannten absoluten Unverhältnismässigkeit BeckOK-BGB/*Faust*, § 439 Rn. 78 ff.; BeckOGK-BGB/*Höpfner*, 15.05.2024, § 439 Rn. 159 ff.

[95] *Kryla-Cudna*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 133 f.; *Atamer/Grundmann*, ebd., 26.

[96] Vgl. im Detail *Fuglinszky*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590 (618 ff.).

[97] *Atamer/Grundmann*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 26.

b) Rücktritt und Minderung

Ein Rücktritt oder eine Preisminderung zieht eine partielle oder vollständige Rückerstattung des vom Verbraucher gezahlten Preises nach sich. Sofern sich der Anspruch gegen den Letztverkäufer richtet, erscheint die Berechnungsgrundlage klar. Schwierig wird es hingegen bei einem Direktanspruch gegen den Hersteller, denn der Preis, zu welchem der Hersteller an den ersten Zwischenhändler verkauft, wird oft deutlich tiefer sein als derjenige, welcher am Ende der Absatzkette vom Verbraucher gezahlt wird.[98] *Prima facie* hiesse dies also, dass der Käufer entweder nur einen unvollständigen Rechtsschutz hätte oder der Hersteller mehr zurückzuzahlen hätte, als er je als Kaufpreis empfangen hat.[99] Nicht ausser Acht gelassen werden sollte allerdings, dass dies dem Hersteller im Ergebnis auch dann droht, wenn er sich mit einem Regressanspruch konfrontiert sieht, im Wege dessen die Zwischenhändler für den ihnen entgangenen Gewinn Schadenersatz verlangen. Diesfalls könnten dem Hersteller aber immerhin allfällige Verschuldenserfordernisse oder Freizeichnungsklauseln zur Hilfe kommen.[100]

5. Rechtsökonomische Überlegungen

Für einen Direktanspruch des Käufers und/oder Endverkäufers wird aus rechtsökonomischer Sicht vorgebracht, dass dieser einen stärkeren Anreiz für den Hersteller schafft, objektiv vertragsmässige Waren in Verkehr zu bringen.[101] Wenn der Hersteller nämlich weiss, dass Regressfallen in einer Vertragskette regelmässig den Regress bis zu ihm verhindern werden, so könnte dies dazu führen, dass er keinen wirksamen Anreiz mehr hat, objektiv mangelfreie Waren in Verkehr zu bringen.[102]

Allerdings beruht dieses Argument auf mehreren impliziten Prämissen, die zutreffen können, aber nicht in jedem Einzelfall einschlägig sein werden.[103] Zunächst steht keineswegs fest, dass der Verbraucher immer ein Interesse hat, di-

---

[98] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 259 f.

[99] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 260; s.a. zu dieser Problematik den Vorschlag von *Wendehorst*, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 138 (141).

[100] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 260.

[101] *Van den Bergh/Visscher*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 142; *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 234; *Fuglinszky*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590 (593 f.).

[102] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 61; *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 257; *van den Bergh/Visscher*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 142. Vgl. auch *Atamer*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2011, 449 (465 ff.).

[103] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 257.

rekt gegen den Hersteller vorzugehen. Für den Verbraucher zählt, dass er wirksame Rechtsbehelfe hat – wer diese erfüllt, ist sekundär. Namentlich dann, wenn der Hersteller seinen Sitz im Ausland hat, so ist es für den Verbraucher oft einfacher, sich an seinen Verkäufer zu wenden.[104] Ein Direktanspruch des Endverkäufers könnte hingegen relevanter sein, da gerade dieser oft ein grösseres Interesse daran hat, nicht nur seinen Zulieferer, sondern auch den Hersteller als Anspruchsgegner zu haben.

Ob aber diese Direktansprüche tatsächlich in einem Masse geltend gemacht würden, dass dies zu einer Internalisierung der durch mangelhafte Ware verursachten Kosten durch den Hersteller führen würde, bleibt offen.[105] Sowohl in jenen Ländern, in welchen Direktansprüche bestehen, als auch in jenen, welche dem Modell des Kettenregresses folgen, sind die Fallzahlen sehr tief, so dass sie keine empirischen Erkenntnisse zulassen.[106] Dies mag zwar teilweise darauf zurückzuführen sein, dass Fälle durch Vergleich erledigt werden, in vertraulichen Schiedsverfahren beigelegt werden oder die Entscheide, insb. unterer Instanzen, nicht publiziert sind. Z.T. können auch vertragliche Ausgleichsstrukturen eine einfache und wirksame Lösung bieten und langwierige Prozesse vermeiden.[107] Zudem heisst das Ausbleiben von gerichtlichen Entscheiden aber auch nicht, dass eine Regel keine Steuerungswirkung entfaltet.[108] Dennoch mahnt dieser Umstand zur Vorsicht bei rechtsökonomischen Überlegungen.[109]

---

[104] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 257. Vgl. diesbezüglich den Vorschlag, dass der Importeur Anspruchsgegner der Direktklage sein müsste, *Wendehorst*, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 94 (97 f.); *Atamer*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2022, 285 (301).

[105] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 257.

[106] Vgl. BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 445a Rn. 25; *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 257. Immerhin zeigt eine Fallstudie anhand von 125 unveröffentlichten erstinstanzlichen Verbrauchergerichtsentscheiden aus Istanbul (Oktober 2007–April 2008), dass die Verbraucher ihr Recht, den Hersteller solidarisch mit dem Verkäufer haftbar zu machen, in 49 Fällen nutzten. In 69 der Fälle wurde nur der Verkäufer verklagt. In 55 Fällen, die seit der Gesetzeseinführung 1996 bis 2008 vor das Kassationsgericht kamen, waren 45 nur gegen den Verkäufer und sieben gegen Verkäufer und Hersteller gerichtet. Vgl. *Atamer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 592 f.

[107] Vgl. BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 445a Rn. 29.

[108] BeckOGK-BGB/*Arnold*, 01.02.2024, § 445a Rn. 25.

[109] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 258. Gerade für Markenartikel wird für viele Hersteller ihre Reputation einen wirksamen Anreiz bilden. Heutzutage existiert eine Vielzahl von Websites, auf denen Verbraucher Waren bewerten können. Ein Hersteller kann es sich kaum leisten, eine Reputation zu riskieren, dass seine Produkte regelmässig mangelhaft seien.

6. Prozessökonomie

Ein Direktanspruch reduziert (ebenso wie ein Sprungregress) die Anzahl der Prozesse.[110] Selbst dann, wenn die Verbraucher sich im Einzelfall entscheiden, den Letztverkäufer in Anspruch zu nehmen, so besteht insgesamt gleichwohl Potenzial für eine prozessökonomische Anspruchsdurchsetzung.[111] Für den Hersteller kann dies sogar günstiger sein – nämlich dann, wenn er andernfalls dem regressierenden Zwischenhändler Ersatz für die zwischenzeitlich aufgelaufenen Kosten der Prozesse bzw. den Verspätungsschaden zu leisten hätte.[112] Der blosse Umstand, einem anderen Gläubiger gegenüber einzustehen, ist für den Hersteller kein Nachteil; problematischer wäre es hingegen, wenn dieser Anspruch nicht derivativ gestaltet wird und der Hersteller somit Einreden aus seinem Vertrag, z. B. Haftungsbeschränkungen, nicht dem Direktanspruch entgegenbringen könnte.[113]

Zugleich ist aber zu bedenken, dass es innerhalb der Absatzkette nicht zu (schieds-)gerichtlichen Regressprozessen zu kommen braucht.[114] Ein Hersteller kann seine Absatzkette über geeignete vertragliche Ausgleichsmechanismen so ausgestalten, dass sich Regressprozesse erübrigen.[115] In diesem Fall stellt eine effiziente vertragliche Organisation der Absatzkette einen Vorteil im Wettbewerb dar, welcher im Sinne der freien Marktwirtschaft grundsätzlich Schutz verdient und welcher durch Direktansprüche gegen einzelne Glieder der Absatzkette sogar gestört werden könnte.[116]

7. Zusätzlicher Schuldner

Rein faktisch ist es für den Verbraucher ein Vorteil, einen zusätzlichen Schuldner in Anspruch nehmen zu können; dies reduziert das Risiko, dass er seine Ansprüche nicht durchsetzen kann, weil der Letztverkäufer z. B. insolvent geworden ist, er dessen Identität nicht kennt oder er die Ware z. B. in den Ferien erworben hat und eine Rechtsdurchsetzung praktisch unrealistisch ist.[117]

---

[110] *Atamer/Grundmann*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 27; *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 61.

[111] *Wendehorst*, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 94 (96); *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 61 f.; *van den Bergh/Visscher*, ebd., 142.

[112] *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 258.

[113] Vgl. dazu *Fuglinszky*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590 (596 ff.).

[114] *Atamer/Grundmann*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 27.

[115] *Atamer/Grundmann*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 27.

[116] *Atamer/Grundmann*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 27.

[117] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 63; *Atamer/Eggen*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2017, 731 (775); *Fuglinszky*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590 (614 f.).

8. Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Verantwortlichen

Zu bedenken ist weiter, dass der Hersteller nicht immer der Verantwortliche für die Vertragswidrigkeit sein muss.[118] Ein Laptop kann auch aufgrund unsachgemässer Lagerung durch den Importeur, bei einem Transport vom Importeur zum Händler oder anderweitig beschädigt worden sein. Welches Glied der Absatzkette die Verantwortung trägt, wird sich (wenn überhaupt) oftmals erst im Prozess herausstellen. Erst ein Regress entlang der Absatzkette würde dies ermöglichen.

Doch ist es eine Überlegung wert, ob das Risiko, dass die Ware in der Absatzkette beschädigt wird, nicht besser vom Hersteller getragen werden sollte. Der Hersteller kann nicht nur am kostengünstigsten Vorkehrungen treffen, um das Auftreten eines Mangels während der Produktion zu vermeiden,[119] sondern auch später eine gewisse Kontrolle über die Absatzkette ausüben. Er kann die Risiken am besten vorhersehen und sie in den Verträgen mit den Händlern dadurch berücksichtigen, dass er z. B. dem Grosshändler auch die Überwachung des Einzelhändlers aufbürdet, damit die Ware auf keiner Stufe der Vertriebskette beschädigt wird. Weiter kann der Hersteller auch die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Problems in der Absatzkette (hier Beschädigung der Ware) am besten durch eine Versicherung abdecken und die Prämien über die Preisgestaltung *downstream* weitergeben.[120]

9. Regelung durch den Markt: Freiwillige Herstellergarantien

Bereits heute gewähren besonders Produzenten von Markenartikeln den Verbrauchern freiwillig gewisse Gewährleistungsansprüche durch sog. Herstellergarantien.[121] Damit diese als Absatzstrategie eingesetzte Methode die Verbraucher nicht irreführt, bzw. ihre gesetzlichen Rechte gegen den Endverkäufer nicht aushebelt, wurden schon in Art. 6 VGKRL und neu in Art. 17 WKRL die Rahmenbedingungen einer gewerblichen Garantie vorgegeben.[122] Gestützt auf eine Herstellergarantie können sich Verbraucher im Falle der Mangelhaftigkeit direkt an den Hersteller wenden und haben gegen diesen einen einklagbaren Rechtsanspruch.[123] Herstellergarantien erfüllen mehrere Funktionen. Sie geben

---

[118] *Van den Bergh/Visscher*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 143.

[119] Vgl. *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 234 f.

[120] *Atamer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 599.

[121] Vgl. dazu *Tonner/Gawel/Schlacke/Alt/Bretschneider*, Verbraucher und Recht 2017, 3 (8 f.); *Schwenzer/Schmidt*, Vindobona Journal 13 (2009), 109 (111).

[122] Vgl. zum prominenten Fall der irreführenden Garantieerklärungen von Apple, *Djurovic*, European Review of Contract Law 2013, 253 ff.

[123] Vgl. zum deutschen Recht BeckOK-BGB/*Faust*, § 443 Rn. 43 ff.; BeckOGK-BGB/*Stöber*, 01.02.2024, § 443 Rn. 74 ff.

dem Verbraucher Sicherheit, sie erlauben dem Hersteller das Senden eines Qualitätssignals (*signalling*), und sie schaffen für den Hersteller einen Anreiz zur Vertragserfüllung.[124] Mit einem zwingenden Direktanspruch würde die Möglichkeit der Hersteller, ein solches Qualitätssignal zu senden, reduziert.[125] Allerdings ist zu bedenken, dass es dem Hersteller unbenommen bliebe, über das gesetzliche Minimum hinaus einen qualitativ oder quantitativ vorteilhafteren Garantieanspruch zu gewähren.[126]

VI. Ausblick

Ein Blick in die Gesetze deutet darauf hin, dass Mängelhaftung und Regress für Endverkäufer eine Herausforderung darstellen können. Allerdings scheint die Praxis Wege gefunden zu haben, um mit den sich stellenden Herausforderungen umzugehen; einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag dürften freiwillige Herstellergarantien leisten. Hinzu kommt, dass gerade bei langlebigen Gebrauchsgütern die Hersteller ein Kundendienstnetzwerk bereitstellen, auf das letztendlich auch die Endverkäufer zurückgreifen. D.h. dass die Kosten der Nacherfüllung meist schon vom Hersteller getragen werden, so dass sich die Regressproblematik auf die Fälle von Minderung und Rücktritt durch den Verbraucher begrenzt.

Trotzdem sollten mit Blick auf die Bestrebungen der Union zur Förderung der Nachhaltigkeit, z. B. durch ein extensiveres Recht auf Reparatur und die bereits eingeführten Aktualisierungspflichten für Waren mit digitalen Elementen sowie digitale Inhalte und Dienstleistungen, in Zukunft direkte Ansprüche gegen den Hersteller sowie Alternativen erwogen werden. So wird z. B. zur Förderung nachhaltiger Produktion in der Literatur auch vorgeschlagen, die Hersteller zu verpflichten, die Mindestlebensdauer ihrer Produkte anzugeben und für eventuelle Vertragswidrigkeiten, die während dieser Frist auftreten, direkt gegenüber dem Verbraucher zu haften (Haltbarkeitsgarantie).[127] Die Hersteller

---

[124] *Van den Bergh/Visscher*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 129; *Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen, 244 f.; *Schwizer,* Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen, Rn. 4.

[125] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 65 f.

[126] *Ebers/Janssen/Meyer*, in: Ebers/Janssen/Meyer (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, 2009, 66; *Borghetti*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 261.

[127] Grundlegend *Schlacke/Tonner/Gawel/Alt/Bretschneider*, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung, Umweltbundesamt, 154 ff.; *Tonner/Malcolm*, How an EU Lifespan Guarantee Model Could be implemented Across the EU, 19 ff.; *Europäische Kommission*, Study on the Costs and Benefits of Extending Certain Rights under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/94/EC, 32; so auch *Keimeyer* et al., Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz, Umweltbundesamt, 269 ff.; *Oehme/Unnerstall/*

wären frei, den Zeitraum zu bestimmen, für den ihr Produkt mindestens hält. Diese Frist könnte kürzer als zwei Jahre sein, da sie unabhängig von der Verkäuferhaftung ist; sie könnte sogar auf null gesetzt werden, falls der Hersteller keine Garantie abgeben möchte.[128] Anders als bei der gewerblichen Garantie (Art. 17 WKRL) wären die Hersteller zwar verpflichtet, eine entsprechende Aussage zu machen, doch für wie lange und mit welchem Inhalt sie sich binden wollen, wäre ihrer Entscheidung überlassen.[129] Dieser unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten entwickelte Vorschlag bezweckt durch herstellerseitige Qualitätssignale, Konsumenten zur Auswahl langlebigerer Produkte zu motivieren. Bezüglich der Regressproblematik der Endverkäufer gäbe es auch eine positive Auswirkung, falls die Verbraucher dadurch mehrheitlich zur Inanspruchnahme des Herstellers motiviert werden sollten.

Vertiefter Untersuchung bedürfte es auch, ob ein Direktanspruch des Verbrauchers Sinn ergibt oder ob es eher wünschenswert ist, dass der Letztverkäufer solche Ansprüche durchsetzt; er dürfte hierzu i.d.R. besser in der Lage sein. Eines Direktanspruchs oder Sprungregresses gegen den Hersteller bedarf es am ehesten für den Anspruch auf Reparatur und Ersatzlieferung. Wichtig wäre ein solcher Direktanspruch insbesondere für die mit der WKRL und DIDRL eingeführte Aktualisierungspflicht. Wenn der Letztverkäufer nicht in der Lage ist, selbst Aktualisierungen vorzunehmen, so besteht das Risiko, dass er diesen Anspruch des Verbrauchers gestützt auf Art. 13 Abs. 2 WKRL und Art. 14 Abs. 2 DIDRL verweigert. In diesem Fall besteht kein entsprechender Regressanspruch, der entlang der Vertragskette zum Hersteller gelangen könnte. Darüber hinaus handelt es sich bei der Aktualisierungspflicht – insbesondere im Bereich sicherheitsrelevanter Updates – um eine Pflicht, die möglichst schnell erfüllt werden sollte; ein langwieriger Regress entlang der Lieferkette wäre wenig zielführend. Hier sollte daher ein Direktanspruch gegen den Hersteller erwogen werden.[130] Doch bei realistischer Betrachtung werden Reputationsrisiken auch diesfalls einen deutlichen Anreiz für die Hersteller setzen, regelmässige Updates bereitzustellen.[131]

Krause/Golde, in: Erik Poppe/Jörg Longmuß (Hrsg.), Geplante Obsoleszenz, 2019, 149; *Wrbka/DiMatteo*, UPEN Journal of Business Law 2019, 907 (969).

[128] *Schlacke/Tonner/Gawel*, Juristenzeitung 2016, 1030 (1037).

[129] Für eine zwingende Regulierung der Rechtsfolgen *Tonner/Gawel/Schlacke/Alt/Bretschneider*, Verbraucher und Recht 2017, 3 (9).

[130] *Kryla-Cudna*, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), European Sales Law, 2023, 133.

[131] *Janssen*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Smart Products, 98.

Literaturverzeichnis

Arroyo Amayuelas, Esther, Spain, in: De Franceschi, Alberto/Schulze, Reiner (Hrsg.), Harmonizing Digital Contract Law, Baden-Baden/München/Oxford 2023, 625–648.

Atamer, Yeşim M., Third Persons' Liability for Non-conformity in Sales Contracts and Sellers' Right of Redress in Turkey, in: Ebers, Martin/Janssen, André/Meyer, Olaf (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, München 2009, 579–600.

dies., Haftung des gewerblichen Verkäufers für Schäden durch mangelhafte Ware: Ist das Verschuldenserfordernis sachgerecht?, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2011, 449–478.

dies., Replacement of Non-Conforming Goods ‚Free of Charge': Is There a Need to Differentiate between B2B and B2C Sales Contracts?, Uniform Law Review 25 (2020) 67–91.

dies., Nachhaltigkeit und die Rolle des Kaufrechts: Eine rechtsvergleichende Übersicht zu den Regulierungsmöglichkeiten, Zeitschrift für Schweizerisches Recht I 2022, 285–311.

Atamer, Yeşim M./Augenhofer, Susanne/Küter, Rebecca/Południak Gierz, Katarzyna, Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM (2023) 155 final), abrufbar unter https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf, 9ff. (zuletzt abgerufen am 21.07.2024).

Atamer, Yeşim M./Eggen, Mirjam, Reformbedürftigkeit des schweizerischen Kaufrechts – eine Übersicht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2017, 731–787.

Atamer, Yeşim M./Grundmann, Stefan, Sales Law in Transformation: Sustainability, Digitalisation, Servitisation, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yeşim M. (Hrsg.), European Sales Law, Challenges in the 21st Century, Cambridge 2023, 1–46.

Atamer, Yeşim M./Hermidas, Semir, Die neue EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf – Regelung, Neuerung und mögliche Ausstrahlung auf das schweizerische Kaufrecht, Aktuelle Juristische Praxis 2020, 48–67.

Bach, Ivo, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, Neue Juristische Wochenschrift 2019, 1705–1711.

Bauerreis, Jochen, Das französische Rechtsinstitut der *action directe* und seine Bedeutung in internationalen Vertragsketten, Berlin 2001.

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2024.

BeckOK-BGB, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 70. Edition, München 2024.

Borghetti, Jean-Sébastien, Direct Producer Liability for Non-Conformity: Is it Worth Pushing the Case?, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yeşim M. (Hrsg.), European Sales Law, Challenges in the 21st Century, Cambridge 2023, 249–276.

ders., France, in: De Franceschi, Alberto/Schulze, Reiner (Hrsg.), Harmonizing Digital Contract Law, Baden-Baden/München/Oxford 2023, 249–272.

Chevalley, Cyrill A.H./Stöcklin, Fabia, Neue europäische Rechtsentwicklungen bei Online-Verbraucherverträgen, Aktuelle Juristische Praxis 2022, 1061–1077.

Cordes, Claudia, Originärer Direktanspruch des Endabnehmers gegen den Hersteller: Das Haftungsregime in der Warenabsatzkette, Baden-Baden 2013.

Croon-Gestefeld, Johanna, Das Recht auf Reparatur – Vorschläge aus Brüssel, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2024, 379–406.

Djurovic, Mateja, *The Apple Case:* The Commencement of Pan-European Battle Against Unfair Commercial Practices, European Review of Contract Law 2013, 253–266.

Dutta, Anatol, Der europäische Letztverkäuferregress bei grenzüberschreitenden Absatzketten im Binnenmarkt, Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 171 (2007), 79–104.

Ebers, Martin/Janssen, André/Meyer, Olaf, Comparative Report, in: Ebers, Martin/Janssen, André/Meyer, Olaf (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, München 2009, 3–73.

Europäische Kommission, Study on the Costs and Benefits of Extending Certain Rights under the Consumer Sales and Guarantees Directive 1999/94/EC, Luxembourg 2017.

Faber, Wolfgang, Bereitstellung und Mangelbegriff, in: Stabentheiner, Johannes/Wendehorst, Christiane/Zöchling-Jud, Brigitta (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, Wien 2019, 63–110.

Fuglinszky, Ádám, The Conceivable Ways and Means of the Further Harmonization of European Product Liability Law – Mandatory Direct Claim against the Producer for Repair or Replacement?, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2018, 590–624.

Geroldinger, Andreas, Die Rolle anderer Glieder der Vertriebskette und Regress, in: Stabentheiner, Johannes/Wendehorst, Christiane/Zöchling-Jud, Brigitta (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, Wien 2019, 215–239.

Hassemer, Michael, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen: Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Tübingen 2007.

Horn, Simon, Vis attractiva contractus: Ausstrahlungswirkung von Verträgen im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, Tübingen 2023.

Janssen, André, The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update, in: Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk (Hrsg.), Smart Products, Baden-Baden 2022, 91–108.

Keimeyer, Friedhelm et al., Weiterentwicklung von Strategien gegen Obsoleszenz, Umweltbundesamt, Dessau-Roßlau 2020.

Kletečka, Andreas/Neumayr, Uwe, Rückgriff und Neuerungen im KSchG, Österreichische Juristenzeitung 2022, 149–156.

Klöhn, Lars, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf, Neue Juristische Wochenschrift 2007, 2811–2815.

Koziol, Helmut, Mehrstufiger Warenverkehr: Spezifische Probleme bei Vertragsketten, Wien 2021.

Krenmayr, Ulrich/Moser, Michael, Neuregelung des Händlerregresses in § 933b ABGB und (alte) Konkurrenzfragen, Juristische Blätter 2022, 617–628.

Kryla-Cudna, Katarzyna, The Update Obligation for Smart Products and a Circular Economy: A Chance not Taken?, in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yeşim M. (Hrsg.), European Sales Law, Challenges in the 21st Century, Cambridge 2023, 115–134.

Looschelders, Dirk/Betz, Volker, Aufwendungsersatz in Einbaufällen bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern, Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 21.06.2023 – VIII ZR 105/22, Juristische Rundschau 2024, 321–327.

Lorenz, Stephan, Unternehmerregreß im Verbrauchsgüterkauf und Internationales Privatrecht – Zum internationalen Anwendungsbereich der §§ 478, 479 BGB, in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas/Kronke, Herbert/Kohler, Christian/Hausmann, Rainer (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, München 2004, 533–548.

Mansel, Heinz-Peter, Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungsrechts, Archiv für die civilistische Praxis 204 (2004), 396–456.

Micklitz, Hans-Wolfgang, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, 485–493.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Band 4, 8. Aufl., München 2019.

Oehme, Ines/Unnerstall, Herwig/Krause, Susann/Golde, Michael, in: Poppe, Erik/Longmuß, Jörg (Hrsg.), Geplante Obsoleszenz, Bielefeld 2019, 143–155.

Piltz, Burghard, § 16. Kaufrecht (einschl. UN-Kaufrecht), in: Hamm, Christoph (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Aufl., München 2022, 365–384.

Regula, Sven, 4. Kapitel: Vertragliche Ansprüche bei der Lieferung von mangelhaften Sachen, in: Hartung, Sven/Regula, Sven/Schaeuffelen, Angelika (Hrsg.), Rechtsfragen in der Automobil- und Zulieferindustrie, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2024, 85–168.

Roiser, Georg, Die Neuregelung des Händlerregresses nach der Warenkaufrichtlinie, Diplomarbeit, Linz 2022, https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/7625641 (zuletzt abgerufen am 21.07.2024).

Sachsen Gessaphe, Karl August von, Der Rückgriff des Letztverkäufers – neues europäisches und deutsches Kaufrecht, Recht der Internationalen Wirtschaft 2001, 721–735.

Salewski, Sabrina, Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich, Tübingen 2011.

Schlacke, Sabine/Tonner, Klaus/Gawel, Erik, Nachhaltiger Konsum – integrierte Beiträge von Zivilrecht, öffentlichem Recht und Rechtsökonomie zur Steuerung nachhaltiger Produktnutzung, Juristenzeitung 2016, 1030–1039.

Schlacke, Sabine/Tonner, Klaus/Gawel, Erik/Alt, Marina/Bretschneider, Wolfgang, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht, Umweltbundesamt, Dessau-Roßlau 2015.

Schmidt-Kessel, Martin, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags sowie eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, 5. Mai 2021, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/854468/0047e158059c8d64016946a653d0458e/stellungnahme-schmidt-kessel-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.07.2024).

Schoditsch, Thomas, Der Händlerregress nach § 933b ABGB, in: Bydlinski, Peter (Hrsg.), Das neue Gewährleistungsrecht und einige weitere Novitäten des GRUG, Wien 2022, 155–177.

Schwartze, Andreas, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2000, 544–574.

Schwenzer, Ingeborg/Schmidt, Mareike, Extending the CISG to Non-Privity Parties, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration 13 (2009) 109–122.

Schwizer, Angelo, Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen, Zürich/St. Gallen 2016.

Tonner, Klaus/Gawel, Erik/Schlacke, Sabine/Alt, Marina/Bretschneider, Wolfgang, Gewährleistung und Garantie als Instrumente zur Durchsetzung eines nachhaltigen Produktumgangs, Verbraucher und Recht 2017, 3–12.

Tonner, Klaus/Malcolm, Rosalind, How an EU Lifespan Guarantee Model Could be implemented Across the EU, Study for the European Parliament, Brussels 2017.

van den Bergh, Roger/Visscher, Louis, Consumer Sales Law from an Economic Perspective, in: Ebers, Martin/Janssen, André/Meyer, Olaf (Hrsg.), European Perspectives on Producers' Liability, München 2009, 125–149.

Wagner, Gerhard, Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2010, 243–278.

ders., Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2016, 87–120.

Wendehorst, Christiane, Direkthaftung des Herstellers (Teil I), Eine Machbarkeitsstudie für die Umsetzung der neuen Gewährleistungs-RL in Österreich, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 94–99.

dies., Direkthaftung des Herstellers (Teil II), Eine Machbarkeitsstudie für die Umsetzung der neuen Gewährleistungs-RL in Österreich, Zeitschrift für Verbraucherrecht 2020, 138–144.

dies., The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer, in: Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk (Hrsg.), Smart Products, Baden-Baden 2022, 63–90.

Wrbka, Stefan/DiMatteo, Larry A., Comparative Warranty Law: Case of Planned Obsolescence, UPEN Journal of Business Law 2019, 907–977.

Der „wendige Kunde“

Konsumentenverhalten auf erweiterten Märkten

Hanna Schramm-Klein

I.	Einführung	129
II.	Wendige Kunden als Auslöser und Konsequenz entgrenzter Märkte	131
III.	Konsequenzen erweiterter Märkte für Unternehmen	133
IV.	Beispiele erweiterter Märkte	136
V.	Fazit	137
	Literaturverzeichnis	139

I. Einführung

Die globale Wirtschaftslandschaft hat sich in den letzten Jahrzehnten deutlich verändert. Damit verbunden stehen viele Unternehmen vor der Herausforderung, ihre Marktgrenzen neu definieren zu müssen. Diese Veränderungen werden vor allem durch die rasante Entwicklung der Digitalisierung, die zunehmende Vernetzung der Welt durch die damit verbundene Globalisierung und sich stetig ändernde Konsumentenbedürfnisse vorangetrieben.

Diese Veränderungen haben zur Entstehung so genannter „erweiterter Märkte“ geführt. Darunter werden im Folgenden dynamische Wirtschaftsräume verstanden, die durch die Digitalisierung und Globalisierung zunehmend entgrenzt sind und traditionelle Marktgrenzen zum Beispiel zwischen Kundengruppen, Ländern, Produkten und Branchen überschreiten. Diese Märkte zeichnen sich durch eine erhöhte Zugänglichkeit, Vielfältigkeit und Verknüpfung von globalen Angeboten und Nachfragen und stellen traditionelle Konzepte von Marktgrenzen, Zielgruppen und Produktangeboten in Frage und interpretieren sie neu. Unter erweiterten Märkten werden im Folgenden solche Märkte verstanden, die über ihre traditionellen Grenzen hinausgehen. Sie umfassen nicht nur angestammte Kundengruppen, bestehende geografische Märkte oder das aktuelle Produktportfolio, sondern erschließen auch neue, sich im Entstehen befindliche Märkte. Diese erweiterten Märkte zeichnen sich durch die Fähigkeit aus, den traditionellen Vertriebsrahmen zu überschreiten und in neue Bereiche vorzudringen.

Triebkräfte dieser Entwicklungen sind u.a. komplexe Veränderungen, wie die Digitalisierung, Globalisierung oder veränderte Verhaltensweisen der Verbraucher[1]. Unternehmen, die auf erweiterten Märkten agieren, verfügen über eine globale Reichweite, eine breitere Produktpalette und mehr Flexibilität. Dadurch ergeben sich neue Möglichkeiten für Wachstum und Expansion.

Aber auch auf der Seite der Verbraucher führen die erweiterten Märkte zu Ausweitungen der Potenziale. Beispielsweise wird ihnen in immer stärkerem Maße der Zugang zu einem größeren Angebot an Produkten und Dienstleistungen aus aller Welt ermöglicht. Dies ist jedoch nicht nur mit einer größeren Vielfalt im Konsum verbunden, sondern auch mit der Erwartung an personalisierte und auf individuelle Bedürfnisse zugeschnittene Angebote. Hinzu kommt auch, dass die Digitalisierung und das Internet die Informationsbeschaffung verändert haben. Über Online-Kanäle sind vielfältige Informationen für die Verbraucher zugänglich. Dadurch ist die Menge an Informationen gestiegen, aus der sich Verbraucher informieren können. Dies ist nicht nur vorteilhaft, sondern kann zu einer Überlastung der Verbraucher mit „zu viel" Information führen. Anhand neuer Technologien besteht jedoch die Möglichkeit, dass die zur Verfügung stehenden Informationen auf die Bedürfnisse der Verbraucher hin konfektioniert werden und spezifische Informationsbedarfe in individualisierter Form gelöst werden können. Im optimalen Fall die Verbraucher auf einer solchen Basis besser informierte Entscheidungen treffen. Zudem hat die Globalisierung zu einer erhöhten Verfügbarkeit internationaler Produkte geführt, wodurch die Verbraucher von einer gestiegenen Auswahl mit vielfältigeren Optionen profitieren können. Dies kann nicht nur auf Grund der Internationalisierung von Unternehmen erfolgen, sondern auch die Verbraucher selbst können über Online-Kanäle im Rahmen des grenzüberschreitenden Online-Shoppings Produkte und Dienstleistungen außerhalb ihres Heimatlandes kaufen und erlangen auf diese Weise Zugang zu globalen Online-Shopping-Möglichkeiten[2].

Diese Entwicklungen wirken zunächst wie eine Art „Grenzenlosigkeit", bei der Optionen für die Verbraucher, Informationen und Verfügbarkeiten von Produkten und Dienstleistungen für den Konsum stark wachsen. Dies zeigt sich jedoch nicht in uneingeschränkter Form, denn gleichzeitig hat sich das Bewusstsein für Nachhaltigkeit und soziale Verantwortung verstärkt. Dies veranlasst die Verbraucher zunehmend dazu, sowohl die Herkunft der Produkte, die sie kaufen, als auch die Praktiken der Unternehmen, von denen sie kaufen, kritisch zu hinterfragen. Die Verbraucher erwarten in höherem Maße als dies in der Vergangenheit der Fall war Transparenz und ethische Verantwortung von Marken. Nachhaltigkeit wird in zunehmendem Maße eine Standardanforde-

[1] *Kinne*, Blockadefreie Unternehmen.

[2] *Wagner/Fota/Schramm-Klein/Steinmann*, Schmalenbach Journal of Business Research 75 (2023), 389.

rung an Unternehmen und ihre Produkte und Dienstleistungen. Es handelt es sich dabei also immer stärker um einen Hygienefaktor, der von den Verbrauchern erwartet und nicht in einer besonderen Form spezifisch honoriert wird[3].

In diesem sich schnell wandelnden Umfeld müssen Unternehmen nicht nur auf der Höhe der technologischen Entwicklungen bleiben, sondern auch die sich ändernden Wertvorstellungen und Erwartungen der Verbraucher verstehen und darauf reagieren. Dies erfordert eine tiefgreifende Kenntnis der Kundenpräferenzen und ein Engagement für nachhaltige und verantwortungsvolle Geschäftspraktiken, um in den erweiterten Märkten von heute erfolgreich zu sein.

II. Wendige Kunden als Auslöser und Konsequenz entgrenzter Märkte

Der Begriff „wendiger Kunde“ beschreibt die Fähigkeit und Bereitschaft von Kunden, flexibel auf Veränderungen zu reagieren. Dies zeigt sich in ihrer Anpassungsfähigkeit an neue Angebote, der Nutzung verschiedener Kanäle und der Integration neuer Technologien in ihren Alltag. Ein Beispiel für wendige Kunden sind Verbraucher, die digitale Werkzeuge nutzen, um Preise global zu vergleichen und das beste Angebot zu finden, unabhängig davon, ob der Anbieter lokal oder international ist. Ein weiteres Beispiel sind Kunden, die je nach ihren Bedürfnissen nahtlos zwischen Online-Shopping und physischen Ladenbesuchen wechseln. Dies kann beispielsweise der Wunsch nach sofortiger Verfügbarkeit eines Produkts oder der Bedarf sein, es vor dem Kauf zu testen.

Diese Form besonders agiler Verbraucher ist nicht nur gut informiert und anspruchsvoll, sondern zeichnet sich auch durch situatives Verhalten aus. Dieser hybride und zuweilen paradox wirkende Konsumstil zeigt sich beispielsweise darin, dass Konsumenten einmal nachhaltig orientiert auftreten, ein anderes Mal als Schnäppchenjäger und wieder ein anderes Mal bewusst risikoreiche Optionen wählen oder neue, experimentelle Produkte ausprobieren[4]. Als besonders anpassungsfähige Kunden passen sie sich schnell an Veränderungen im Marktumfeld an, die beispielsweise durch neue Technologien, Produkte oder den Markteintritt von (neuen) Wettbewerbern hervorgerufen werden können. Sie nutzen umfassende Informationen und ziehen diverse Informationsquellen heran, um sich eingehend über Produkte und Dienstleistungen zu informieren. Mit diesen Informationen können Sie fundierte Entscheidungen treffen und haben die Möglichkeit, aus einem breiteren Spektrum an Produkten und Dienstleistungen auszuwählen. So können sie sich besser an neue Marktkonstellationen anpassen.

---

[3] *Hinrichs*, Nachhaltigkeit als Unternehmensstrategie, 309.
[4] *Schramm-Klein*, Multi-Channel-Retailing.

Wendige Kunden sind nicht nur ein Gedankenkonstrukt, sondern aktuelle Studien zum Konsumentenverhalten zeigen, dass sich ein derartiges Verhalten bei immer mehr Konsumenten durchsetzt[5].

Diese „Wendigkeit" von Konsumenten ist nicht nur eine Konsequenz von erweiterten Märkten, sondern sie trägt dazu bei, dass erweiterte Märkte sich manifestieren können. Erweiterte Märkte können jedoch für die Verbraucher nicht nur die angesprochenen Potenziale bieten, sondern sie können auch eine Reihe herausfordernder Konsequenzen mit sich bringen. Eine dieser Konsequenzen ist die zunehmende Vielfalt nicht nur an Auswahlmöglichkeiten, sondern auch an Informationen, die globale Märkte und Online-Plattformen mit sich bringen. Sie steigert das Anspruchsniveau der Verbraucher und führt zu höheren Erwartungen, wie zum Beispiel Erwartungen an ein persönliches und zugleich schnelles Kundenerlebnis. Allerdings haben Konsumenten oft Schwierigkeiten, aus einer Flut von Angeboten, von Informationen und Optionen die zuverlässigen Angebote und Beiträge zu identifizieren. Dies gilt insbesondere im Kontext digitaler Kanäle und wird durch Fehlinformationen und Überinformation erschwert. In diesem Kontext spielt der Aspekte von Technologien eine Art „Doppelrolle". Auf der einen Seite tragen die Technologien zur Verbesserung von Kundenerlebnissen bei und ermöglichen die Bereitstellung relevanter Informationen. Auf der anderen Seite können sie jedoch auch ein Überangebot fördern und zur Überlastung der Verbraucher beitragen.

So ermöglichen beispielsweise erweiterte Märkte und die Digitalisierung einen schnelleren und einfacheren Zugang zu vielfältigen Informationsquellen und einer Vielzahl von Produkten und Dienstleistungen. Andererseits führt die schiere Menge an Informationen und Optionen, die den Konsumenten zur Verfügung stehen, häufig zu einer Überforderung[6]. Die Informationsüberflutung kann zu Schwierigkeiten bei der Entscheidungsfindung führen, da Konsumenten oft nicht in der Lage sind, die Qualität und Relevanz von Informationen schnell zu bewerten. Sie stehen vor der Aufgabe, aus einer Überfülle von Alternativen zu wählen. Das kann dazu führen, dass sie in einen Zustand der „Consumer Confusion" geraten, bei dem zu viele Optionen eine Entscheidung eher verhindern als erleichtern[7].

Darüber hinaus kann die Erwartung an Verbraucher, sich als „informierte Kunden" über die neuesten Entwicklungen, Informationen, Trends, Produkte und Technologien auf dem Laufenden zu halten, zu einer Diskrepanz zwischen Verbraucherwünschen und Marktanforderungen führen. Insbesondere im Kontext von situativ unterschiedlichem Verhalten können Verbraucher unter-

[5] Zum Beispiel RMS, VuMA Touchpoints 2024, abrufbar unter https://rms.de/RMS_Deutschland/Downloads/Weitere/VuMA_Berichtsband.pdf (zuletzt abgerufen am 02.08.2024).

[6] *Hunter/Taylor/Kallen*, Journal of Marketing Theory & Practice 32 (2024), 94.

[7] *Chauhan/Sagar*, Journal of Consumer Marketing 38 (2021), 445.

schiedlich stark in Entscheidungssituationen involviert sein. Auch ihr Engagement kann variieren und sie können dazu neigen, sich in bestimmten Situationen oder Themenfeldern besonders engagiert zu zeigen, während sie in anderen Kontexten eine stärkere Begleitung oder sogar Leitung durch das Unternehmen bevorzugen.

III. Konsequenzen erweiterter Märkte für Unternehmen

Erweiterte Märkte sind solche, die über ihre traditionellen Grenzen hinauswachsen. Dies kann durch die Erschließung neuer Kundengruppen, die Erweiterung geografischer Märkte über die bisherigen Absatzgebiete hinaus oder die Erweiterung der Produktpalette entstehen. Zudem bezieht sich die Erweiterung auch auf neue, aufkommende Märkte, die eine globale Reichweite, eine breitere Produktpalette und mehr Flexibilität bieten

Für Unternehmen eröffnen erweiterte Märkte neue Möglichkeiten für Wachstum und Expansion. Die Strategien, die Unternehmen verfolgen können, um in diesen erweiterten Märkten erfolgreich zu sein, lassen sich beispielhaft anhand der Ansoff'schen Wachstumsstrategien aufzeigen. Ansoff[8] unterscheidet vier generische Wachstumsstrategien, bei der die einfachste, die Marktdurchdringung, darauf abzielt, den Verkauf bestehender Produkte auf bestehenden Märkten zu steigern. Während dabei zunächst die klassischen Marktgrenzen beibehalten werden, sind die drei weiteren Wachstumsstrategien auf Grenzüberschreitungen ausgerichtet. So spricht man bei der Erschließung neuer Märkte für bestehende Produkte von Marktentwicklung. Dies kann durch geografische Expansion oder die Erschließung neuer Kundensegmente erfolgen. Für Unternehmen, die sich auf erweiterte Märkte konzentrieren, kann dies bedeuten, in völlig neue Länder oder Regionen zu expandieren oder die bestehenden Produkte für eine völlig neue Kundengruppe anzubieten. Die Strategie der Produktentwicklung konzentriert sich hingegen auf die Überschreitung von Produktgrenzen und beinhaltet die Entwicklung neuer Produkte für bestehende Märkte. In auf diese Weise erweiterten Märkten können Unternehmen ihre Produktpalette diversifizieren, um die Bedürfnisse einer breiteren Kundenschicht zu erfüllen oder auf neue, sich abzeichnende Trends zu reagieren. Die Diversifikation ist die Strategie, bei der die Grenzüberschreitung in mehrere Richtungen erfolgt. Sie ist die risikoreichste der Ansoff-Strategien und beinhaltet die Einführung neuer Produkte auf neuen Märkten.

Die Konfrontation mit erweiterten Märkten stellt für Unternehmen nicht nur eine zusätzliche Wachstumsoption dar, sondern erfordert oft tiefgreifende

[8] *Ansoff*, Corporate Strategy: An Analytic Approach to Business Policy for Growth and Expansion.

Transformationsprozesse. Diese Transformation betrifft sowohl Händler als auch Hersteller grundlegend und bringt eine Reihe spezifischer Herausforderungen mit sich, die weit über das bloße Erkennen von Wachstumsmöglichkeiten hinausgehen. Eine der größten Herausforderungen im heutigen Marktumfeld ist dabei die erhöhte Unsicherheit, die wesentlich durch die Volatilität der Umfeldbedingungen geprägt ist. Diese Veränderungen werden durch den zunehmend schneller werden technologischen Fortschritt, die Veränderungen im Verbraucherverhalten und die Veränderungen in der Globalisierung der Wirtschaft und den (geo-) politischen Wandel weiter vorangetrieben. Vor allem die Vorhersage von Nachfrage und Kundenverhalten wird durch diese Dynamik erheblich erschwert. Das erhöht auch die Risiken für Unternehmen bei der Markteinführung neuer Produkte oder der Expansion in neue geografische Gebiete.

Die Notwendigkeit für Unternehmen, flexibler zu sein und schneller auf Marktveränderungen zu reagieren, wird durch die Unsicherheit und Schwierigkeit, zukünftige Entwicklungen vorherzusagen, unterstrichen. Agilität kann in einem solchen Umfeld ein Erfolgsfaktor sein. In einer Ära entgrenzter Märkte zeichnen sich agile Unternehmen durch ihre Fähigkeit aus, schnell auf Veränderungen zu reagieren. Sie nutzen flache Hierarchien, lassen Kundenfeedback direkt in die Produktentwicklung einfließen und setzen digitale Technologien strategisch ein[9]. Diese Flexibilität ermöglicht es ihnen, Produkte und Dienstleistungen effizient anzupassen und Innovationen voranzutreiben. Interdisziplinäre Teams fördern einen stetigen Wissensaustausch und tragen zur kontinuierlichen Kompetenzentwicklung bei. Agilität kann in diesem dynamischen Umfeld als Schlüsselkompetenz dazu beitragen, langfristige Nachhaltigkeit und Wertschöpfung in globalisierten Märkten zu sichern.

Die Entgrenzung der Märkte führt zu zunehmendem Wettbewerbsdruck und verstärkter Konkurrenz. Dies wird durch die Globalisierung und den Zugang der Verbraucher zu (internationalen) Online-Plattformen verstärkt. Unternehmen konkurrieren nicht mehr nur mit lokalen Wettbewerbern, sondern auch mit internationalen Akteuren, die potenziell aus der ganzen Welt stammen können. Um im Wettbewerb zu bestehen, sind innovative Produkte und Lösungen erforderlich. Innovationstreiber sind dabei nicht nur neue Technologien oder Produkteigenschaften, sondern auch einzigartige Kundenerlebnisse und die Anpassung an lokale Marktbedingungen.

In diesem Kontext ist die Bedeutung von Technologien hoch. Sie wirken nicht nur als Triebkraft, sondern bieten auch Ansatzpunkte für Lösungen, um in dem volatilen und sich stark verändernden Umfeld erweiterter Märkte bestehen und wachsen zu können. Technologische Lösungen ermöglichen es Unternehmen beispielsweise, effektiv und effizient Marktforschung zu betreiben, Kundener-

[9] *Unkrig*, Mandate der Führung 4.0.

lebnisse zu personalisieren und zu optimieren sowie auf Veränderungen zu reagieren. Insbesondere wächst die Rolle der Datenanalyse exponentiell. Sie ermöglicht es Unternehmen, Einblicke in das Verhalten und die Präferenzen ihrer Kunden zu gewinnen, Produkte, Dienstleistungen und Prozesse zu verbessern und informiertere Entscheidungen zu treffen.

Bei Betrachtung dieser Entwicklungen ist eine klare Vision und Strategie ein wesentliches Fundament, um in entgrenzten Märkten zu agieren. Dabei spielt die Identifikation von Chancen und Risiken eine herausragende Rolle. Die Orientierung der Unternehmen erfordert die Entwicklung einer Route, die nicht nur den aktuellen (Markt-) Gegebenheiten Rechnung trägt, sondern auch zukünftige Trends und Verschiebungen antizipiert, um die Unternehmen nachhaltig zu positionieren.

Durch die Identifikation von einzigartigen Wettbewerbsvorteilen kann strategische Agilität dazu beitragen, sich von der Konkurrenz abzuheben. Eine besondere Voraussetzung für Unternehmen ist dabei die fortlaufende digitale Transformation. Unternehmen müssen nicht nur generell flexibel und agil agieren, sondern auch die Fähigkeit entwickeln, sich vor allem schnell an neue digitale Gegebenheiten anzupassen und digitale Werkzeuge zu nutzen. Dies kann beispielsweise dazu beitragen, interne Abläufe oder die Kundeninteraktion zu optimieren. Dafür müssen traditionelle Geschäftsmodelle umgestaltet und Technologien implementiert werden, um eine effizientere und effektivere Marktansprache auf den erweiterten Märkten zu ermöglichen. Aber auch unabhängig von Aspekten der Digitalität sind Agilität und Flexibilität besonders wesentliche Faktoren, um in entgrenzten Märkten erfolgreich zu sein. Sie ermöglichen es den Unternehmen, dynamisch und proaktiv zu handeln, indem sie schnell auf Veränderungen im Markt reagieren und ihre Angebote und Prozesse entsprechend anpassen. Agilität bedeutet dabei auch, Veränderungen nicht nur zu bewältigen, sondern sie als Chancen zu nutzen, um Innovationen voranzutreiben und den Unternehmenserfolg zu sichern.

In entgrenzten Märkten ist es jedoch auch erforderlich, Orientierungsanker zu nutzen. Einen Ansatzpunkt hierzu liefert das Konzept der Customer Centricity. Darunter versteht man eine strategische Ausrichtung von Unternehmen, bei der die Bedürfnisse und Erwartungen der Kunden im Mittelpunkt aller Unternehmensaktivitäten stehen. Der Ansatz beruht darauf, eine Philosophie zu vertreten, bei der ein Unternehmen nicht nur Produkte oder Dienstleistungen verkauft, sondern sich vielmehr darauf orientiert, Wert für die Kunden zu schaffen und auf diese Weise langfristige Kundenbeziehungen aufzubauen[10].

In diesem volatilen Umfeld mit den vielfältigen Anforderungen, die sich für Unternehmen ergeben, sind Zusammenarbeit und Vernetzung wichtige Pfeiler. Gerade auf entgrenzten Märkten sollten Unternehmen in der Lage sein, effektiv

[10] *Shah* et al., Journal of Service Research 9 (2006), 113.

mit anderen Unternehmen und Partnern zusammenzuarbeiten, um Synergien zu schaffen und ihr Angebot zu erweitern. Dazu gehört auch die Fähigkeit, Plattformen und Ökosysteme zu nutzen, um neue Geschäftsmodelle und Synergien zu schaffen. Durch die dadurch aufgebauten Netzwerke können kollektives Wissen und Können gebündelt werden. Dies wiederum kann die Entwicklung innovativer Lösungen und die Erschließung neuer Marktsegmente fördern.

IV. Beispiele erweiterter Märkte

Erweiterte Märkte manifestieren sich in unterschiedlicher Weise. Besonders relevant sind in diesem Kontext Omni-Channel-Systeme. Aus der Perspektive der Unternehmen steht dabei die vollständige Integration aller verfügbaren Kanäle und Kundenkontaktpunkte – online wie offline – im Vordergrund. Ziel ist es, den Kunden ein nahtloses und konsistentes Einkaufserlebnis über alle Kanäle hinweg zu bieten, unabhängig davon, ob sie online über Webseiten, mobile Apps, soziale Medien oder offline in physischen Geschäften einkaufen[11]. Im Kern des Omni-Channel-Ansatzes steht der Kunde mit seinen individuellen Bedürfnissen und Präferenzen, der mit einem erweiterten „360-Grad-Ansatz" durch die Unternehmen adressiert und angesprochen wird. Omni-Channel-Systeme stehen in einem engen Verhältnis zu dem Omni-Channel-Verhalten von Kunden. Dies manifestiert sich darin, dass die Kunden flexibel zwischen verschiedenen Kanälen wechseln können, je nachdem, was in ihrer aktuellen Situation am bequemsten oder effizientesten ist[12]. Im Konsumalltag kann sich dies sequenziell gestalten, indem Kunden beispielsweise ein Produkt online recherchieren, es dann in einem lokalen Geschäft ausprobieren, bevor sie es über eine mobile App kaufen, während sie unterwegs sind. Immer häufiger erfolgt die Kanalnutzung jedoch parallel, so zum Beispiel indem mobile Geräte, wie Smartphones oder Smartwatches, in Kombination mit stationären Geschäften genutzt werden. Für die Kunden ist dabei nicht mehr nur die Barrierefreiheit zwischen den Kanälen wichtig, also dass ein Wechsel zwischen den Kanälen für sie mühelos und ohne Informationsverlust möglich ist. Hinzu kommt, dass die Kombination und Integration der Kanäle reibungslos erfolgen kann. Dabei spielt auch zunehmend die Integration der sich stetig weiter entwickelnden (digitalen) Kanäle eine Rolle – bis hin zum Beispiel zum Metaverse[13].

Eine weitere Form der Manifestation erweiterter Märkte lässt sich anhand des Phänomens des Cross-Border-Online-Shopping visualisieren. Darunter

[11] *Schramm-Klein/Wagner*, Marketing ZFP – Journal of Research and Management 38 (2016), issue 4, 214.

[12] *Herhausen* et al., Journal of Retailing 95 (2019), issue 3, 9.

[13] Zum Beispiel *Hennig-Thurau* et al., Journal of the Academy of Marketing Science 51 (2023), 889.

versteht man Einkäufe, bei denen die Kunden Waren in einem Online-Shop im Ausland bestellen. Diese Produkte werden dann aus diesem anderen Land direkt an die Adresse des Käufers versandt, wodurch internationale Grenzen überschritten werden[14]. Dieses Phänomen hängt damit zusammen, dass mit der Digitalisierung und der Globalisierung auch Bewusstsein und Interesse der Konsumenten für ausländische Online-Shops und Online-Marktplätze zugenommen haben. Durch grenzüberschreitenden Online-Handel („Cross-Border E-Commerce“[15]) werden den Verbrauchern dadurch Produkte zugänglich, die lokal nicht verfügbar sind. Cross-Border E-Commerce ermöglicht Verbrauchern somit weltweit Zugang zu einem globalen Produktangebot, unabhängig von ihrem physischen Standort. Dies ist zum Beispiel besonders für solche Konsumenten attraktiv, die mit den lokalen Angeboten nicht zufrieden sind oder die nach Abwechslung, nach Neuem oder nach Internationalen Produkten suchen[16]. Ein großer Vorteil für die Kunden ist somit die weitreichende Verfügbarkeit von Produkten und Marken, attraktiven Preise und das im Vergleich zum rein nationalen oder lokalen Produktangebot deutlich umfangreichere Angebot. Jedoch ist diese Erweiterung der Märkte mit vielen Herausforderungen verbunden. So müssen die Käufer beim Einkauf auf ausländischen Märkten mit neuen Hürden und Risiken rechnen. Kulturelle und sprachliche Barrieren, Unsicherheiten bezüglich der Produktqualität sowie rechtliche Fragen können das Einkaufserlebnis beeinträchtigen und im schlimmsten Fall zu finanziellen oder gesundheitlichen Nachteilen führen[17]. Hinzu kommen Aspekte wie zum Beispiel höhere Versandkosten, Zollgebühren, Steuern, lange Lieferzeiten und die Möglichkeit, falsche Artikel zu erhalten oder Opfer von Betrug zu werden[18].

V. Fazit

Die Veränderung der Konsumenten hin zu wendigen Kunden und die Erweiterung von Märkten sind tiefgreifende Phänomene, welche die Unternehmen zunehmend vor neue Herausforderungen stellen. Aber auch an die Kunden steigen die Anforderungen. Die Kunden bewegen sich dabei zunehmend in einem Spannungsfeld zwischen Selbst- und Fremdsteuerung. Sie bewegen sich in den

---

[14] *Wagner/Schramm-Klein/Schu*, Marketing ZFP – Journal of Research and Management 38 (2016), issue 4, 214; *Wagner/Fota/Schramm-Klein/Steinmann*, Schmalenbach Journal of Business Research 75 (2023), 389.

[15] *Fota/Schramm-Klein*, in: Rothe/Naskrent/Stumpf/Westphal (Hrsg.), Marketing & Innovation 2023, 2023, 3 ff.

[16] *Wagner/Schramm-Klein/Schu*, Marketing ZFP – Journal of Research and Management 38 (2016), issue 4, 214.

[17] *Lin/Li/Lee*, Journal of Electronic Commerce Research 19 (2018), 36.

[18] *Fota/Schramm-Klein*, in: Rothe/Naskrent/Stumpf/Westphal (Hrsg.), Marketing & Innovation 2023, 2023, 3 ff.

erweiterten Märkten, die einerseits stark von externen Faktoren wie fortschrittlichen Technologien und maßgeschneiderten Angeboten beeinflusst werden, behalten aber andererseits ihre Entscheidungskompetenz. Im Zentrum dieses Phänomens stehen Technologien wie Künstliche Intelligenz und Big Data Analytics. Sie ermöglichen die Generierung von Content und neuen Optionen, vereinfachen oder automatisieren die Analyse des Kundenverhaltens und tragen zur Entwicklung personalisierter Angebote bei. Dies macht auch vor allem die Bedeutung des Datenschutzes offensichtlich. Die Digitalisierung bietet den Kunden dabei die Möglichkeit, mehr Kontrolle über ihre Entscheidungen auszuüben, indem sie zum Beispiel auf Basis einer Vielzahl von Optionen und personalisierter Möglichkeiten ihre Entscheidungen treffen. Gleichzeitig kann sie die Kunden jedoch auch einschränken, zum Beispiel indem sie zu einer Überabhängigkeit von Technologien führt. Daher ist es wichtig, dass Kunden fähig sind, ihre Selbststeuerung aufrechtzuerhalten und fundierte Entscheidungen zu treffen, anstatt blindlings den Vorschlägen externer Faktoren zu folgen. In einem Markt, der zunehmend von komplexen Algorithmen und automatisierten Systemen geprägt ist, ist es somit entscheidend, dass Kunden ihre Autonomie und kritische Denkfähigkeit bewahren.

Für Unternehmen bedeutet dies hohe Anforderungen an die Unternehmensethik. Dies betrifft nicht nur den Umgang mit Technologien, den Einsatz von KI und die eingesetzten Persuasionsmechanismen, sondern Unternehmen sollten auch Strategien entwickeln, die den potenziellen Stress für Verbraucher lindern. Dazu gehören zum Beispiel ein hohes Maß an Transparenz und die Bereitstellung klarer und prägnanter Informationen sowie Kundenunterstützung, die Entscheidungen vereinfacht, anstatt sie zu komplizieren. Zusätzlich kann die Förderung von Umgebungen, in denen das Wohlbefinden der Kunden und die Benutzerfreundlichkeit im Vordergrund stehen, dazu beitragen, die Lücke zwischen der Agilität der Verbraucher und der Komplexität des Marktes zu schließen.

Literaturverzeichnis

Ansoff, Igor H., Corporate Strategy: An Analytic Approach to Business Policy for Growth and Expansion, New York 1965.

Chauhan, Vishakha/Sagar, Mahim, Consumer confusion: a systematic review and research directions, Journal of Consumer Marketing, 38 (2021) 445–456.

Fota, Anne/Schramm-Klein, Hanna, Auswirkungen der Coronapandemie auf das Cross-Border-E-Commerce-Kaufverhalten der Verbraucherinnen und Verbraucher, in: Rothe, Lena/Naskrent, Julia/Stumpf, Marcus/Westphal, Jörg (Hrsg.), Marketing & Innovation 2023, Wiesbaden 2023, 3–21.

Hennig-Thurau, Thorsten/Aliman, Dorothea N./Herting, Alina M./Cziehso, Gerrit P./Linder, Marc/Kübler, Raoul V., Social interactions in the metaverse: Framework, initial evidence, and research roadmap, Journal of the Academy of Marketing Science, 51 (2023) 889–913.

Herhausen, Dennis/Kleinlercher, Kristina/Verhoef, Perter C./Emrich, Oliver/Rudolph, Thomas, Loyalty Formation for Different Customer Journey Segments, Journal of Retailing, 95 (2019), issue 3, 9–29.

Hinrichs, Bernd, Nachhaltigkeit als Unternehmensstrategie, München 2023.

Hunter, Gary L./Taylor, Steven A./Kallen, Pia Hildegard, Shoppers' susceptibility to information overload: scale development and validation, Journal of Marketing Theory & Practice, 32 (2024), 94–113.

Kinne, Peter, Blockadefreie Unternehmen, Wiesbaden 2017.

Lin, Arthur J./Li, Eldon Y./Lee, Shih-Yang, Dysfunctional customer behavior in cross-border e-commerce: A justice-affect-behavior model, Journal of Electronic Commerce Research, 19 (2018) 36–54.

Schramm-Klein, Hanna, Multi-Channel-Retailing, Wiesbaden 2003.

dies., Marketing im Kontext verletzlicher Verbraucher, in: Bruhn, Manfred/Burmann, Christoph/Kirchgeorg, Manfred (Hrsg.), Marketing Weiterdenken, Wiesbaden 2020, 647–662.

Schramm-Klein, Hanna/Schu, Matthias/Wagner, Gerhard, Determinants and Moderators of Consumers' Cross-Border Online Shopping Intentions, Marketing ZFP – Journal of Research and Management, 38 (2016), issue 4, 214–227.

Shah, Denish/Rust, Roland T./Parasuraman, A Parsu/Staelin, Richard/Day, George S., The Path to Customer Centricity, Journal of Service Research, 9 (2006) 113–124.

Unkrig, Erich R., Mandate der Führung 4.0, Wiesbaden 2020.

Wagner, Gerhard/Schramm-Klein, Hanna/Fota, Anne/Steinmann, Sascha, Development of a Motivation–Trust–Vulnerability (MTV) Framework for Cross-Border Online Shopping: A Cross-National Application to Chinese and German Consumers, Schmalenbach Journal of Business Research, 75 (2023) 389–414.

Der kaufende Verbraucher: überfordert oder übermächtig?

Felix M. Wilke

I. Einführung . . . 141
II. Fragen des anwendbaren Rechts . . . 142
1. UN-Kaufrecht (CISG) . . . 142
2. Rom I-Verordnung . . . 144
a) Anknüpfung des „Verbrauchervertrags“ . . . 144
b) Allgemeine Regeln . . . 147
3. Richtlinienkollisionsrecht . . . 148
4. Nur kollisionsrechtlicher Schutz . . . 150
III. Widerrufsrecht . . . 151
1. Allgemeines . . . 151
2. Ausschlusstatbestände . . . 152
IV. Kaufrechtliche Instrumente . . . 154
1. Erschwerung negativer Beschaffenheitsvereinbarungen . . . 154
2. Abdingbarkeit nach Mangelmitteilung ohne Information (?) . . . 155
3. Problemkreis Herstellergarantien . . . 157
a) Grundlagen . . . 157
b) Tatsächliche Probleme mit Garantien . . . 158
c) Rechtliche Reaktion de lege lata . . . 159
d) Informationspflicht oder -obliegenheit de lege ferenda? . . . 161
V. Online-Marktplätze . . . 162
1. Ausrichten des Verkäufers . . . 162
2. Widerrufsbelehrung . . . 163
3. Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf auf Plattform . . . 164
4. Käuferschutz . . . 166
VI. Fazit und Ausblick . . . 168
1. Macht, Übermacht, Überforderung . . . 168
2. (Noch) Weniger Überforderung durch (noch) mehr Information? . . . 169
Literaturverzeichnis . . . 171

I. Einführung

Dieser Beitrag betrifft Verbraucher als Käufer im Verhältnis zu unternehmerischen Verkäufern. Er spürt der Frage nach, ob sie überfordert oder übermächtig sind. Während ich die potenzielle Übermacht für die Zwecke dieses Beitrags auf die dem Verbraucher zur Verfügung stehende(n) Rechtsposition(en) beziehe, fasse ich die Überforderung als faktische Frage auf, ob nicht zu hohe Anforderungen an den Verbraucher im Verhältnis zum Verkäufer gestellt werden. Die

folgenden Seiten versuchen also darzustellen, wo und wie kaufenden Verbrauchern von Rechts wegen eine starke Position zukommt, wo und wie deren tatsächliche Geltendmachung jedoch auf Hindernisse stößt – und wie das Recht darauf wiederum reagiert oder reagieren sollte.

Ich möchte dies anhand vierer Gebiete des Kaufs[1] tun. Zu Beginn geht es um Verbraucherschutz auf Ebene der Frage nach dem anwendbaren Recht (II.). Im Anschluss daran behandele ich Widerrufsrechte des kaufenden Verbrauchers (III.) und dann die Regelungen des Kaufrechts i. e. S. (IV.). Im Anschluss an *Schramm-Klein* betrachte ich schließlich als Querschnittsthema kaufende Verbraucher auf Online-Marktplätzen (V.).

Es dürfte sich von selbst verstehen, dass ich auch bei diesen ausgewählten Themen wiederum nur ausgewählte Aspekte behandeln kann. Die Auswahl erfolgte einerseits nach Aktualität mancher Fragen, andererseits subjektiv nach eigenen Interessen.

II. Fragen des anwendbaren Rechts

Nicht zuletzt Verbraucher schließen heutzutage vielfach grenzüberschreitend Kaufverträge. *Schramm-Kleins* „wendige Kunden" zeichnen sich ja u.a. dadurch aus, dass sie online grenzüberschreitend kaufen. Insbesondere deswegen ist zunächst zu klären, welches Recht auf einen derartigen Vertrag Anwendung findet.

1. UN-Kaufrecht (CISG)

Das CISG ist nach Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG in sachlich-geographischer Hinsicht auf einen Kaufvertrag anwendbar, wenn seine Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben. Verbraucher haben keine „Niederlassung", aber daran scheitert die Anwendung des CISG nicht; gem. Art. 10 lit. b CISG kommt es in einer solchen Situation auf den gewöhnlichen Aufenthalt an.[2] Denkbar ist ansonsten auch, dass das CISG über die „Vorschaltlösung" des Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO als Heimatrecht des Verbrauchers zur Anwendung kommt.

In beiden Fällen kommt es zusätzlich und entscheidend auf Art. 2 lit. a CISG an. Danach findet das CISG keine Anwendung auf den Kauf „von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt".

---

[1] Dies ungeachtet einer etwaigen zunehmenden Ablösung des einmaligen und endgültigen Austausches einer Sache gegen Geld durch dienst- und mietvertragliche Lösungen in der Praxis; siehe dazu etwa *Schmidt-Kessel*, Verbraucher und Recht 2023, 121 und den zweiten Teil dieses Bandes, insb. den Beitrag von *Schmidt-Kessel*, 177.

[2] Vgl. *U. Magnus*, in: FS Siehr, 2010, 405 (408).

Jedes nicht völlig untergeordnete gewerblich-berufliche Element führt aus dem Ausschlusstatbestand hinaus und damit zur Anwendbarkeit des CISG.[3] Es wird unterstellt, dass der auch nur teilweise gewerblich handelnde Käufer genügend Erfahrung mit internationalen Handelsgeschäften zu haben hat.[4] So hielt etwa der finnische Oberste Gerichtshof das CISG auf einen Vertrag für anwendbar, in dem jemand einen Bausatz für eine Blockhütte erwarb, in der er einerseits mit seiner Familie wohnen wollte, das aber andererseits auch als Musterhaus für eine spätere Vertriebstätigkeit des Käufers fungieren sollte.[5] Anders im unionsgeprägten nationalen materiellen Recht, wo der gewerbliche Zweck trotz des missverständlichen Wortlauts von § 13 BGB bis zu 50% betragen kann,[6] ohne dass die Verbrauchereigenschaft entfiele.

Selbst wenn objektiv ein Privatkauf vorliegt, findet das CISG nach Art. 2 lit. a a. E. CISG Anwendung, wenn der Verkäufer vom privaten Gebrauch vor oder beim Vertragsschluss keine Kenntnis hatte noch diesen kennen musste. Wiederum anders verhält sich dies grundsätzlich[7] im Unionsverbraucherrecht.[8]

In der Praxis kann dies in CISG-Fällen dazu führen, dass die Frage, ob eine Ware zum persönlichen Gebrauch erworben wurde, offenbleiben kann: wenn nämlich feststeht, dass der Verkäufer davon nichts wusste und nichts wissen musste.[9] Wegen des Wortlauts „es sei denn" soll allerdings jedenfalls bei Waren, die sich privat wie geschäftlich nutzen lassen („dual use"), eine Vermutung für die private Nutzung sprechen.[10] Ein grenzüberschreitender Kauf im Internet unter sich persönlich nicht bekannten Personen wird daher bei solchen Gütern wie bei offensichtlichen Konsumgütern im Allgemeinen nicht dem CISG unterfallen.[11]

---

[3] MüKoHGB/*Mankowski*, Art. 2 CISG Rn. 11; *U. Magnus*, in: FS Siehr, 2010, 405 (412).

[4] *U. Magnus*, in: FS Siehr, 2010, 405 (412).

[5] Korkein Oikeus KKO 2005:114.

[6] Vgl. BeckOGK-BGB/*Alexander*, 01.08.2024, § 13 Rn. 322. Für die europäischen Vorgaben vgl. ErwGr 17 Verbraucherrechte-RL („ist der gewerbliche Zweck… nicht überwiegend"); anders dagegen der EuGH im Zuständigkeitsrecht und IPR, s.u. II.2.a.

[7] Nach dem BGH kommt eine Zurechnung entgegen objektivem Verbraucherhandeln nur, aber immerhin dann in Betracht, wenn Umstände vorliegen, nach denen das Handeln aus der Sicht des anderen Teils eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist: Neue Juristische Wochenschrift 2009, 3780 Rn. 11. Auch im Rahmen des europäischen Kollisionsrechts kann der Eindruck, den eine natürliche Person beim Vertragspartner erweckt, für die Einordnung als Verbraucher oder Unternehmer relevant sein, EuGH, Rs. C-177/22, ECLI:EU:C:2023:185, Wurth Automotive, Rn. 32 ff.

[8] Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2022, § 4 Rn. 147.

[9] So im Beispiel des OLG Hamm, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2010, 708.

[10] *U. Magnus*, in: FS Siehr, 2010, 405 (413).

[11] Z.T. (nämlich für Kfz Anfang des 21. Jahrhunderts) anders noch *U. Magnus*, in: FS Siehr, 2010, 405 (415).

Wegen der teils unterschiedlichen Definitionen des Anwendungsbereichs – persönlicher Zweck, Erkennbarkeit – kann es gleichwohl dazu kommen, dass das CISG Fälle erfasst, die auch in den Anwendungsbereich des nationalen (unionsgeprägten) Verbraucherschutzrechts fallen. Teils wird dies auch schlicht am Parteivortrag vor Gericht liegen. So hat etwa das Schweizerische Bundesgericht einmal das CISG auf den Kaufvertrag eines Ehepaars über eine Einbauküche angewendet, ohne dass sich aus dem Sachverhalt eine berufliche Nutzung ergab.[12] Soweit sich der Anwendungsbereich von CISG und nationalem Recht dann decken, geht das CISG als lex specialis[13] vor. Das UN-Kaufrecht regelt jedoch kaufvertragliche Fälle nicht abschließend. Es verdrängt nach verbreiteter Auffassung insbesondere nationales Widerrufsrecht nicht, weil dies die „Gültigkeit des Vertrags" i. S. d. Art. 4 S. 2 lit. a CISG betrifft.[14]

Wenn (einmal) das CISG Anwendung findet, steht ein Käufer (Verbraucher) natürlich nicht rechtlos. Die erfolgreiche Geltendmachung der Käuferrechte des CISG hängt aber im Regelfall von der rechtzeitigen Rüge ab (Art. 39 CISG). Daraus kann sich sehr wohl eine empfindliche Einschränkung ergeben.[15] Inwieweit konkret bei der Rüge und generell *innerhalb* des Anwendungsbereichs des CISG Verbraucherbelangen Rechnung getragen werden kann, etwa bei der Angemessenheit einer Frist oder der Beurteilung der fahrlässigen Unkenntnis von Mängeln, kann hier nicht vertieft werden.[16]

2. Rom I-Verordnung

a) Anknüpfung des „Verbrauchervertrags"

Auch für die Zwecke des EU-Kollisionsrechts ist ein Käufer nur Verbraucher, wenn die geplante gewerblich-berufliche Nutzung der Kaufsache nebensächlich bzw. untergeordnet ist.[17] Somit gibt es selbst innerhalb des Unionsrechts divergierende Anforderungen des Verbraucherbegriffs, denn im materiellen Verbraucherrecht schadet typischerweise eine derartige Nutzung nicht, solange sie noch nicht vorherrscht.[18]

---

[12] BG 4C.272/2000/rnd.

[13] „Bestandteil des deutschen Rechts und Spezialgesetz für den internationalen Warenkauf", BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 1259 (1260).

[14] MüKoHGB/*Mankowski*, Art. 2 CISG Rn. 15; *U. Magnus*, in: FS Siehr, 2010, 405 (416 f.).

[15] Vgl. im Beispiel des OLG Hamm, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2010, 708 (710).

[16] Eingehend *U. Magnus*, in: FS Siehr, 2010, 405 (420–429).

[17] Zum Zuständigkeitsrecht EuGH, Rs. C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, Gruber = Neue Juristische Wochenschrift 2005, 653 Rn. 39.

[18] Vgl.o. 1.; pro futuro zweifelnd *Schmidt-Kessel*, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2022, § 4 Rn. 140.

Nicht jeder Warenkauf[19] eines solchen Verbrauchers von einem Unternehmer unterliegt besonderen objektiven Anknüpfungen bzw. inhaltlichen Rechtswahlschranken. Wie Art. 6 Abs. 3 Rom I-VO verdeutlicht, unterfällt ein Vertrag nur dann dem Regime des Art. 6 Rom I-VO, wenn zudem der situative[20] Anwendungsbereich in Art. 6 Abs. 1 lit. a oder lit. b Rom I-VO erfüllt ist: wenn also der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder eine solche Tätigkeit auf irgendeiner Weise auf diesen Staat ausrichtet, und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zum vielfach[21] parallel geregelten Zuständigkeitsrecht in Verbrauchersachen erfordert das „Ausrichten" „zu ermitteln, ob vor dem möglichen Vertragsschluss mit [dem] Verbraucher Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Gewerbetreibende Geschäfte mit Verbrauchern tätigen wollte, die in […][22] Mitgliedstaaten [ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben[23]], darunter in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der fragliche Verbraucher seinen [gewöhnlichen Aufenthalt[24]] hat, und zwar in dem Sinne, dass der Gewerbetreibende zu einem Vertragsschluss mit diesen Verbrauchern bereit war."[25] Hierfür zählt der Gerichtshof eine Reihe von potenziellen Indizien auf. Darunter finden sich sehr starke wie Anfahrtsbeschreibungen aus (anderen) EU-Mitgliedstaaten oder die ausdrückliche Wiedergabe von Kundenbewertungen aus (anderen) EU-Mitgliedstaaten, aber auch schwache bis fragwürdige wie die Angabe der internationalen Vorwahl bei einer Telefonnummer.[26] Auch Sprache und Währung lässt sich nach zutreffender Auffassung des EuGH nicht von vornherein eine Bedeutung für die Bereitschaft des Vertragsschlusses mit Verbrauchern aus bestimmten Staaten absprechen;[27] beides kann sogar ein starkes Indiz sein.[28] Damit führt nicht jede Webpräsenz zu einem Ausrichten auf alle Verbraucher; doch sind gerade Websites und Onlineshops ein wesentliches Mittel des Ausrichtens.

---

[19] Der Kauf unbeweglicher Sachen ist gem. Art. 6 Abs. 4 lit. d Alt. 1 Rom I-VO ohnehin vom Anwendungsbereich des Art. 6 Rom I-VO ausgenommen.

[20] *Junker*, IPR, § 15 Rn. 37.

[21] Zu einer Abweichung noch am Ende dieses Abschnitts.

[22] Hier steht im Original noch „anderen" – darauf kommt es aber in der Brüssel Ia-VO nicht mehr an.

[23] Im Original heißt es hier „wohnhaft sind", weil der Wohnsitz das Anknüpfungsmoment der entscheidungsgegenständlichen Brüssel I-VO war.

[24] Im Original heißt es hier „Wohnsitz", vgl. die vorige Fn.

[25] EuGH, Verb. Rs. C-585/08 und Rs. C-144/09, Pammer/Alpenhof, Rn. 76.

[26] Alle Beispiele aus EuGH, Verb. Rs. C-585/08 und Rs. C-144/09, Pammer/Alpenhof, Rn. 83. Zum Ganzen *Wilke*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, 13 (14).

[27] EuGH, Verb. Rs. C-585/08 und Rs. C-144/09, Pammer/Alpenhof, Rn. 84.

[28] Die Verwendung einer nur in einem einzigen Mitgliedstaat gebräuchlichen Sprache durch einen Unternehmer aus einem anderen Staat lässt kaum einen anderen Schluss zu, als dass er sich an Verbraucher des ersten Staates wendet.

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist zwar eine Rechtswahl nicht unzulässig.[29] Nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO „darf [die Rechtswahl] jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Absatz 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf." Nach Abs. 1 ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die zwingenden Vorschriften dieses Rechts sind also der Mindeststandard für den kaufrechtlichen Verbraucherschutz. Insbesondere also im grenzüberschreitenden Handel mit Drittstaaten kommen dem kaufenden Verbraucher aus der EU damit die zwingend ausgestalteten unionsrechtlichen Vorgaben über den Warenkauf und für andere Fragen des Verbraucherrechts – in der jeweiligen nationalen Umsetzung[30] – zugute. Ob dem Verbraucher überhaupt bewusst war, dass er bei einem Verkäufer mit Sitz im Ausland kaufte, spielt keine Rolle. Die von *Schramm-Klein* aufgezeigten tatsächlichen Unsicherheiten der Verbraucher in dieser Hinsicht sind rechtlich also nicht relevant.

Die dadurch bestehende Machtposition des europäischen Verbrauchers wird noch dadurch verstärkt, dass er unter den gleichen Voraussetzungen wie Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO einen Klägergerichtsstand in seinem Wohnsitzstaat auch gegenüber Drittstaatenunternehmern[31] hat (Art. 18 Abs. 1 Alt. 2, 17 Abs. 1 lit. c Brüssel Ia-VO[32]). Geht es um einen Teilzahlungskauf, kommt es dafür gem. 17 Abs. 1 *lit. a* Brüssel Ia-VO nicht einmal auf ein „Ausüben" oder „Ausrichten" an.[33] Innerhalb der EU[34] kann der Verbraucher im Übrigen in diesen Situationen nur in seinem Wohnsitzstaat verklagt werden, wobei dann regelmäßig – anders ggf. bei Art. 17 Abs. 1 lit. a Brüssel Ia-VO, weil es hier am automatischen Gleichlauf zur Rom I-VO fehlt – mindestens das zwingende Recht an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zur Anwendung kommen würde.

---

[29] Nicht zutreffend daher AG Bremen, Neue Juristische Wochenschrift 2013, 705 (706).

[30] Zum deutschen Recht noch unten ab III.

[31] Nicht zutreffend daher LG Bonn 1 O 101/18, Beck'sche Rechtsprechungssammlung 2018, 44421, das bei Beklagtem mit Sitz in der Türkei § 29c ZPO doppelfunktional anwendete. Zum schmalen Raum für § 29c ZPO *Lutzi/Wilke*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 86 (2022), 841 (859).

[32] Für Beklagte mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat des LugÜ findet zwar gem. Art. 64 Abs. 2 lit. a LugÜ dieses Übereinkommen statt der Brüssel Ia-VO Anwendung, auch dann aber hat der Verbraucher einen Heimatgerichtsstand, Art. 16 Abs. 1 Alt. 2 LugÜ.

[33] Diese Vorschrift bezeichnete *Mankowski*, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht und Kurzkommentare 2010, 323, bereits vor der Reform zur Brüssel Ia-VO als „merkwürdiges Relikt".

[34] Außerhalb der EU ist es natürlich denkbar, dass der Unternehmer den Verbraucher nach dem jeweiligen Zuständigkeitsrecht verklagt. Die Anerkennung und Vollstreckung einer solchen Entscheidung in Deutschland dürfte allerdings an einem weit verstandenen § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO scheitern.

In praktischer Hinsicht stellen sich bekannte Fragen: Wird ein Verbraucher insbesondere bei geringen Beträgen überhaupt ein Verfahren, zumal gegenüber einem Unternehmer aus einem anderen Staat, betreiben? Ihm wird möglicherweise nicht klar sein, dass er bei sich zu Hause klagen kann und sein eigenes Recht zur Anwendung kommen wird. Gab es eine Rechtswahlklausel[35] in AGB – was grundsätzlich zulässig ist, wobei die Einzelheiten aber noch der Klärung bedürfen –[36] müsste diese immerhin, um nicht den Vorgaben des EuGH zu widersprechen, einen Hinweis darauf enthalten, dass der Verbraucher „den Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts genießt, das ohne diese Klausel anzuwenden wäre".[37] Selbst bei (korrekt eingeschätzten) guten Chancen für ein Obsiegen stellt sich schließlich noch die Frage der Vollstreckung in einem Drittstaat, etwa um eine per Vorkasse geleistete Zahlung zurückzuerhalten.

Es ist bezeichnend, dass sich nur wenig Rechtsprechung individueller Kläger zu Art. 6 Rom I-VO findet. Eine gewisse Prominenz haben in jüngerer Vergangenheit Baumkaufverträge erlangt (dazu noch unter 4.). Immer mal wieder sind Teppichkäufe in der Türkei Gegenstand von Entscheidungen, konkret: Kaufverträge, die beim Besuch einer türkischen Teppichknüpferei im Rahmen einer Pauschalreise geschlossen wurden.[38] Außerhalb des Kaufrechts geht es etwa um Online-Glücksspiel.[39] Gemeinsam ist diesen Fällen, dass es um Klageforderungen von mehreren tausend bis mehreren hunderttausend Euro geht. Die Motivation eines Verbraucherklägers zu einem derartigen Gerichtsverfahren lässt sich nachvollziehen.

Aus den vorhin genannten Gründen und nicht zuletzt bei kleinerem Vertragsvolumen werden Verbraucher gerne dann mit ausländischen und insbesondere Drittstaatenunternehmern kontrahieren, wenn dies auf Plattformen und/oder unter Einschaltung von Zahlungsdienstleistern geschieht, bei denen sie eine große Chance sehen, ihr Geld auch ohne Gerichtsverfahren zurückzuerhalten.[40]

b) Allgemeine Regeln

Außerhalb des situativen Anwendungsbereichs von Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO sind Rechtswahlvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern

---

[35] Eine Gerichtsstandsklausel zum Nachteil des Verbrauchers ist gem. Art. 19, 25 Abs. 4 Brüssel Ia-VO regelmäßig unzulässig.

[36] EuGH, Rs. C-191/15 VKI/Amazon, Rn. 67.

[37] EuGH, Rs. C-191/15 VKI/Amazon, Rn. 71.

[38] AG Würzburg, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2015, 1149; LG Bonn 1 O 101/18; das Element des „Ausrichtens" ist hier natürlich besonders fraglich, vgl. *Solomon*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 115 (2016), 586 (600). Unter Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl noch KG, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2009, 195.

[39] LG Paderborn 4 O 3236/20.

[40] Dazu noch unten V., dort v. a. 4.

nach Art. 3 Rom I-VO weitgehend möglich. Bei reinen Inlandssachverhalten bzw. reinen Binnenmarktsachverhalten gibt es nach Art. 3 Abs. 3 und Abs. 4 Rom I-VO allerdings noch Grenzen. Vorbehaltlich des für das Kaufrecht nur noch in Altfällen relevanten Richtlinienkollisionsrechts[41] unterliegt ein Kaufvertrag mit einem Verbraucher dem gewählten Recht, was in aller Regel das Recht des Unternehmersitzes sein dürfte.

In Ermangelung einer Rechtswahl findet für einen Warenkaufvertrag im Übrigen in der Regel[42] gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO das Recht an der Hauptverwaltung bzw. Hauptniederlassung des Verkäufers Anwendung, Art. 19 Abs. 1 Rom I-VO. Eine besondere Machtposition des Verbrauchers besteht kollisionsrechtlich dann nicht, könnte natürlich nach dem jeweils anwendbaren Recht existieren.

3. Richtlinienkollisionsrecht

Für bis zum 31.12.2021 geschlossene[43] Kaufverträge besteht außerdem gem. Art. 46b EGBGB Abs. 3 Nr. 2 a. F. zusätzlicher Schutz für kaufende Verbraucher. Danach gehörte nämlich die Verbrauchsgüterkauf-RL zu den nach Art. 46b Abs. 1 EGBGB erfassten Richtlinien. Das bedeutete, dass ihre jeweilige nationale Umsetzung auch bei der Wahl drittstaatlichen Rechts Anwendung fand, sofern ein enger Zusammenhang mit dem betreffenden EU-/EWR-Mitgliedstaat bestand. Diesen Zusammenhang wiederum beschreibt Art. 46b Abs. 2 EGBGB mit einem Ausüben bzw. Ausrichten der Tätigkeit des Unternehmers in bzw. auf den betreffenden Staat, also mit den aus Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO bekannten Kriterien. Hintergrund des Ganzen ist Art. 7 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL, nach dem die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen mussten, „damit dem Verbraucher der durch diese Richtlinie gewährte Schutz nicht dadurch vorenthalten wird, daß das Recht eines Nichtmitgliedstaats als das auf den Vertrag anzuwendende Recht gewählt wird, sofern dieser Vertrag einen engen Zusammenhang mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten aufweist". Anders als durch eine Kollisionsnorm lässt sich dies kaum umsetzen. Man spricht insoweit daher auch vom „Richtlinienkollisionsrecht".

Mit Umsetzung der Warenkauf-RL und Außerkrafttreten der Verbrauchsgüterkauf-RL verschwand das Kaufrecht aus dem Katalog des Art. 46b Abs. 3 EGBGB, die anderen Nummern rückten auf.[44] Denn in der Warenkauf-RL fehlt

---

[41] Sogleich 3.

[42] Eine Ausnahme stellen Kaufverträge über Waren im Rahmen einer Versteigerung dar: Art. 4 Abs. 1 lit. g Rom I-VO.

[43] Die intertemporale Vorschrift des Art. 229 § 58 EGBGB gilt ausdrücklich auch für das EGBGB selbst.

[44] Art. 2 Nr. 1 Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.06.2021, BGBl. 2021, 2133.

eine entsprechende Anordnung.[45] Damit kann Art. 23 Rom I-VO, wonach besondere unionsrechtliche Kollisionsnormen (inkl. solcher in Richtlinien und damit deren nationaler Umsetzung[46]) Vorrang vor der Rom I-VO haben, nicht mehr eingreifen. Eine dennoch vorhandene nationale Kollisionsnorm kommt dann wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrecht nicht zur Anwendung.

Der Grund für die kollisionsrechtliche Zurückhaltung der Warenkauf-RL gegenüber der Verbrauchsgüterkauf-RL ist indessen unklar. In ErwGr. 65 Warenkauf-RL heißt es, dass die Warenkauf-RL das IPR unberührt lassen sollte. Am ehesten dürften folgende Passagen aus dem Kommissionsentwurf zur „Kohärenz [des Vorschlags] mit den bestehenden Vorschriften in diesem Bereich" Aufschluss geben:

> Da der vorliegende Vorschlag zum Online-Handel mit Waren und zu anderen Formen des Fernabsatzes auf eine Harmonisierung der wichtigsten zwingenden Verbraucherschutzvorschriften abzielt, werden Anbieter nicht mehr mit derart großen Ungleichheiten zwischen 28 verschiedenen rechtlichen Regelungen konfrontiert sein. Zusammen mit den vorgeschlagenen neuen, in diesem Vorschlag dargelegten Vertragsbestimmungen für den Online-Warenhandel und andere Formen des Fernabsatzes bilden die bestehenden Vorschriften des internationalen Privatrechts einen klaren Rechtsrahmen für das Ein- und Verkaufen in einem europäischen digitalen Markt, der sowohl den Interessen der Verbraucher als auch denen der Unternehmen Rechnung trägt. Daher erfordert dieser Legislativvorschlag keine Änderungen des derzeitigen Rahmens des Internationalen Privatrechts der EU, einschließlich der [Rom I-VO].[47]

Diese Erwägungen treffen aber nicht den Kern bzw. schlicht nicht zu. Art. 7 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL und Art. 46b EGBGB betrafen und betreffen den Schutz vor der Wahl des Rechts eines *Nicht*mitgliedstaats. Der klare Rechtsrahmen *innerhalb* des europäischen Markts ist hierfür nicht relevant. Und die Aussage, dass keine Änderungen am *derzeitigen* EuIPR nötig seien, wird letztlich Lügen gestraft: Das Fehlen einer Art. 7 Abs. 2 Verbrauchsgüterkauf-RL entsprechenden Norm in der Warenkauf-RL bedeutet gerade ein Weniger an (Richtlinien-)Kollisionsrecht.

Schmälert dies die Rechtsposition eines kaufenden Verbrauchers? In der Theorie ja. Die Rom I-VO kann nicht vor allen Fällen einer potenziell nachteiligen Drittstaatenrechtswahl schützen. Es ist (weiterhin) denkbar, dass ein auf dem Gebiet der EU geschlossener Kaufvertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer nicht in den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO fällt, weil der Unternehmer seine Tätigkeit weder im Heimatstaat des Verbrauchers ausübt noch sie darauf ausrichtet. Wenn er sie aber sehr wohl von einem Drittstaat

---

[45] So auch die offizielle Begründung betreffend die Änderung des EGBGB, BT-Drs. 19/27424, 45.

[46] *Leible/Lehmann*, Recht der Internationalen Wirtschaft 2008, 528 (531).

[47] COM(2015) 635 final, 5.

aus auf einen Mitgliedstaat ausrichtet und dort Verträge mit Verbrauchern aus *anderen* Mitgliedstaaten schließt, kann hierfür das Recht eines Nichtmitgliedstaats gewählt werden. Die Grenze des Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO hilft dann nicht. Sie setzt einen reinen Binnenmarktsachverhalt voraus. Hat der Unternehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der EU, ist dieses Merkmal bereits nicht mehr erfüllt.[48]

Ob solcher Schutz allerdings rechtspolitisch nötig ist, wird unterschiedlich beurteilt.[49] Praktisch – im Sinne veröffentlichter Entscheidungen – hat das Richtlinienkollisionsrecht beim Kauf, anders als in jüngerer Zeit in geradezu extremer Form bei der Klausel-RL,[50] keine ersichtliche Relevanz erlangt.[51] Trotzdem würde man sich zumindest wünschen, dass die EU eine entsprechende rechtspolitische Linie klar kommuniziert.

4. Nur kollisionsrechtlicher Schutz

Bei alledem ist zu beachten, dass die kollisionsrechtlichen Instrumente nur kollisionsrechtlichen Schutz vermitteln. Sie führen zur Anwendung eines bestimmten Rechts bzw. stellen sicher, dass von den Standards eines bestimmten Rechts nicht nachteilig für den Verbraucher abgewichen werden kann. Dem Verbraucher nützt dies nur dann etwas, wenn ihm das anwendbare Recht eine günstige Rechtsposition einräumt.

Als Beispiel mögen die Kaufverträge über Bäume dienen, die vor wenigen Jahren juristische und auch einige sonstige Schlagzeilen machten.[52] Eine schweizerische AG pries Verbrauchern u.a. in Deutschland und Österreich den Erwerb von Bäumen in Brasilien als aussichtsreiches Investment an. Gewählt wurde dafür schweizerisches Recht. Die Investments waren dann nicht erfolgreich, die Staatsanwaltschaft leitete sogar Ermittlungen gegen die Leitung der AG ein. Vor deutschen und österreichischen Gerichten stellte sich für Rückforderungen der Verbraucher zunächst die Frage des anwendbaren Rechts. Es lag eindeutig ein Fall des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO vor. Der EuGH musste zwischenzeitlich noch klären, ob nicht ein Ausschlusstatbestand nach Abs. 4 eingriff, verneinte

---

[48] BeckOGK/*Wendland*, 01.09.2022, Art. 3 Rom I-VO Rn. 259; BeckOK/*Spickhoff*, Art. 3 Rom I-VO Rn. 37; MüKoBGB/*Martiny*, Art. 3 Rom I-VO Rn. 97 mit Rn. 91.

[49] Dafür *Leible*, Journal of European Consumer and Market Law 2015, 39; dagegen *Kieninger*, in: von Hein/Rühl, Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, 2016, 307 (321 f.).

[50] EuGH, Rs. C-455/21, ECLI:EU:C:2023:455, Lyoness, Rn. 45 (Wohnsitz des Verbrauchers in EU löst offenbar bereits den engen Zusammenhang aus).

[51] Auch *Solomon*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 115 (2016), 586 (601) („in der Rechtsprechungspraxis selten[…]").

[52] Dazu etwa *Wilke*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2022, 133 (133).

dies aber.[53] Daher konnte die Rechtswahl günstigeres deutsches bzw. österreichisches – also Unions- – Verbraucherschutzrecht nicht ausschalten.

So weit, so gut. Nur haben die Gerichte in der Folge auch bei Anwendung dieses Rechts den Klagen der Verbraucher zu Recht häufig nicht stattgegeben. Denn etwa eine Widerrufsmöglichkeit in Bezug auf den Baumkaufvertrag bestand nach deutschem/österreichischen Recht nicht mehr, wenn man nicht – was allerdings die Position ist, die jüngst der BGH eingenommen hat[54] – eine Finanzdienstleistung annahm.[55]

Dies leitet zwanglos zu den materiell-rechtlichen Instrumenten über, die dem Schutz eines kaufenden Verbrauchers dienen. Die im Folgenden zu diskutierenden Aspekte entspringen weitgehend vollharmonisierendem Unionsrecht. Auch wenn also die deutsche Rechtslage im Fokus steht, müssten die Resultate in anderen EU-Mitgliedstaaten gleich ausfallen.

III. Widerrufsrecht

1. Allgemeines

Ein bei im Fernabsatz geschlossenen Kaufverträgen wohl den allermeisten Verbrauchern bekanntes Recht ist das ohne besonderen Grund[56] ausübbare Widerrufsrecht gem. §§ 312g Abs. 1, 355 BGB. Der Unternehmer muss den Verbraucher gem. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 EGBGB über dieses Widerrufsrecht belehren. Unterbleibt es, hat dies – abgesehen von potenziellen wettbewerbsrechtlichen Folgen[57] – zum einen Auswirkungen auf die Widerrufsfrist. Ihr Anlaufen wird gehindert (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB). Das Widerrufsrecht erlischt allerdings spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt (§ 356 Abs. 3 S. 2 BGB). Zum anderen hängt ein Wertersatzanspruch des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher nach dessen Widerruf gem. § 357a Abs. 1 Nr. 2 BGB von der Belehrung über das Widerrufsrecht

---

[53] EuGH Rs. C-595/20, Sharewood Switzerland; dazu etwa *Wilke*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2022, 133 (133).

[54] BGH, Urteil vom 15.05.2024 – VIII ZR 226/22; a. A. noch *U. Magnus*, Internationales Handelsrecht 2021, 133 (144).

[55] Vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 08.10.2020 – 6 U 1582/19 Rn. 32 ff.; LG Hannover, Internationales Handelsrecht 2021 (160, 164); jedenfalls im Ergebnis wie nun (vorige Fn.) der BGH indessen OLG Hamm, Urteil vom 29.06.2021 – I-34 U 128/20; OLG Frankfurt, Urteil vom 14.09.2021 – 9 U 89/20; LG Bochum, Urteil vom 31.08.2020 – 5 O 331/19.

[56] Insbesondere erfordert dies über die besondere Vertragsabschlusssituation keine weitere besondere Beeinflussung oder gar Manipulation des Verbrauchers, vgl. zum Haustürgeschäft EuGH Rs. C-423/97, Rn. 42 f., *Travel Vac.*

[57] Die Informationspflichten über das Widerrufsrecht stellen dem Schutz der Verbraucher dienende Marktverhaltensregelungen (§ 3a UWG) dar, BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2021, 84 Rn. 22.

ab, ebenso die Kostentragung für die Rücksendung der Waren (§ 357 Abs. 5 S. 1 BGB). Bei einem Fernabsatzverbrauchsgüterkauf beginnt selbst bei ordnungsgemäßer Belehrung die Widerrufsfrist i.d.R. nicht zu laufen, bis der Verbraucher die letzte Teillieferung erhalten hat (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b, c BGB).

Die wirksame Ausübung des Widerrufsrechts bei einem Fernabsatzkaufvertrag führt zu einem Rückgewährschuldverhältnis gem. §§ 357, 357a BGB. Als nachteilig für den Verbraucher können sich dabei die schon erwähnten Versandkosten und der Wertersatzanspruch des Unternehmers erweisen. Weiteren Ansprüchen infolge des Widerrufs ist der Verbraucher gem. § 361 Abs. 1 BGB jedenfalls nicht ausgesetzt. Hat der Verbraucher ein Darlehen zur Finanzierung des Kaufs abgeschlossen und bildet dies mit dem Kauf eine wirtschaftliche Einheit (§ 358 Abs. 3 BGB), ist er bei Widerruf seiner kaufvertraglichen Erklärung nach § 358 Abs. 1 BGB auch an den Darlehensvertrag nicht mehr gebunden. Er muss sich, falls ihm das Darlehen vor Widerruf schon zugeflossen war, auch nur noch mit dem Darlehensgeber für die Rückabwicklung auseinandersetzen (§ 358 Abs. 4 S. 5 BGB). Ihm wird für sein Rückzahlungsbegehren sogar vielfach über den Vertragsgerichtsstand des § 29 Abs. 1 ZPO ein Klägergerichtsstand zugesprochen. Dies überzeugt jedoch nicht, insbesondere weil kein Anlass für die Annahme eines einheitlichen Gerichtsstands für das gesamte Rückgewährschuldverhältnis besteht.[58]

2. Ausschlusstatbestände

Eine ganze Reihe der Tatbestände in § 312g Abs. 2, die ein (gesetzliches[59]) Widerrufsrecht ausschließen – teils konstituieren sie Ausnahmen, teils führen sie zum Erlöschen des Rechts –, betreffen Kaufverträge. Allein fünf Tatbestände beziehen sich auf die „Lieferung von Waren" (§ 312g Abs. 2 Nr. 1–4 und Nr. 8), während vier weitere Tatbestände zumindest teilweise die Lieferung spezifischer Sachen betreffen (§ 312g Abs. 2 Nr. 5–7 und Nr. 9). Dem eigentlich einfach zu verstehenden Konnex „Fernabsatzvertrag – Widerrufsrecht" fügen sie einige Unsicherheiten hinzu. Dies nicht zuletzt deshalb, weil selbst redliche Unternehmer die Tatbestände möglicherweise falsch verstehen. Wenn sie dann ihrer Informationspflicht über das *Nichtbestehen* eines Widerrufsrechts bzw. dessen vorzeitiges Erlöschen nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 3 EGBGB nachkommen wollen, führen sie Verbraucher in die Irre. Abgesehen davon, dass dies unlauteres Verhalten i. S. d. § 3a UWG bedeutet, machen Verbraucher dann womöglich nicht von ihrem eigentlich bestehenden Widerrufsrecht Gebrauch. Denkbar ist allerdings auch, dass mit dem Institut des Wider-

[58] Ausführlich *Wilke*, Archiv für die civilistische Praxis 223 (2023), 883, insbesondere 924 ff.

[59] § 312g Abs. 2 BGB verdeutlicht, dass die Parteien von den Ausschlusstatbeständen abweichend ein Widerrufsrecht vorsehen können.

rufs im Fernabsatz im Allgemeinen vertraute Verbraucher diese Fehlinformation gar nicht zur Kenntnis genommen haben und tatsächlich den Widerruf erklären. Dann allerdings wird selbst ein redlicher Unternehmer möglicherweise – irrig – auf den Ausschlusstatbestand verweisen, was den Verbraucher wiederum möglicherweise „beeindrucken" und mithin von der weiteren Rechtsverfolgung abhalten wird.

Ein aktuelles Beispiel ist ein Vertrag über die Lieferung und Montage eines Kurventreppenlifts mit individueller Laufschiene. Anders als das Berufungsgericht sah der BGH hierbei nicht den Ausschlusstatbestand der „Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist" (§ 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB) verwirklicht.[60] Denn es liege ein Werkvertrag vor – und damit schon kein Vertrag über die *Lieferung* von Waren.[61] Diese Ansicht war für alle Beteiligten wohl nicht einfach zu prognostizieren.

Gewisse Berühmtheit hat auch der „Matratzen-Fall" erlangt. Kann ein Verbraucher seine Willenserklärung bei einem Fernabsatzvertrag über den Erwerb einer Matratze widerrufen, nachdem er deren Schutzfolie entfernt hat? Oder handelt es sich dabei um einen Vertrag i. S. d. § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB über versiegelte Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde? Hier geht es schon mit einer unpräzisen Gesetzesformulierung los. Nur weil eine Versiegelung entfernt wurde, wird im Allgemeinen eine Rückgabe als solche nicht unmöglich.[62] Gemeint ist offenbar die Ungeeignetheit zur Weiterveräußerung *nach* Rückgabe. Der EuGH verneinte dies allgemein für Matratzen, u.a. weil deren Verkehrsfähigkeit jedenfalls wiederhergestellt werden könnte.[63] Der BGH schloss sich (natürlich) an.[64] Auch dies war für die Parteien kaum zu erwarten – schon deshalb nicht, weil ein Leitfaden der Generaldirektion Justiz als Beispiel für Waren, bei denen ein Widerrufsrecht ausgeschlossen ist, ausgerechnet Matratzen nannte.[65] Man konnte es also Unternehmern nicht verübeln, konkret bei diesem Produkt davon auszugehen, dass dem Verbraucher kein Widerrufsrecht zustand, und ihn entsprechend zu informieren.

Die Beispiele ließen sich vervielfältigen. Die an sich günstige Rechtsposition eines im Fernabsatz kaufenden Verbrauchers ist also jedenfalls stellenweise nicht klar. Daraus ergeben sich im Tatsächlichen Schwierigkeiten. Es drängt

---

[60] BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2021, 1531.
[61] BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2021, 1531 Rn. 21–26.
[62] Vgl. *Wilke*, Verbraucher und Recht 2019, 312 (313).
[63] EuGH, Neue Juristische Wochenschrift 2019, 1507 Rn. 42.
[64] BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2019, 2843 Rn. 21.
[65] Darauf hatte der BGH in seiner Vorlage hingewiesen, Neue Juristische Wochenschrift 2018, 453, Rn. 7.

sich allerdings, abgesehen vielleicht von klareren Formulierungen im Detail, auch keine Abhilfe auf. Die Ausschlusstatbestände haben bei aller Heterogenität im Allgemeinen ihren guten Zweck. Man kann Unternehmern insbesondere bei mangelnden Weiterveräußerungsmöglichkeiten keine Rückabwicklung zumuten.[66] Das Fazit zum Widerrufsrecht verbleibt also im Ambivalenten.

IV. Kaufrechtliche Instrumente

Seit der Schuldrechtsreform finden sich im BGB, in Umsetzung europäischen Richtlinienrechts,[67] besondere Regeln für den Verbrauchsgüterkauf (§ 474 ff. BGB). Da der Verbrauchs*güter*kauf nach § 474 Abs. 1 S. 1 BGB mittlerweile voraussetzt, dass der Verbraucher eine *Ware* i. S. d. § 241a BGB kauft, erscheint mir der Begriff „Verbraucherwarenkauf" eigentlich treffender.[68] Die Vorschriften über Verbrauchsgüterkäufe gelten gem. § 474 Abs. 2 S. 1 BGB ergänzend zum allgemeinen Kaufrecht in § 433 ff. BGB.

Das Verbrauchsgüterkaufrecht enthält für Waren mit digitalen Elementen spezielle Mangeldefinitionen, und im Übrigen einige Sonderregeln, etwa zum Übergang von der Nacherfüllung zu Rücktritt und Schadensersatz und zur Verjährung. Nach § 477 BGB gilt für innerhalb eines Jahres auftretende Mangelerscheinungen zudem grundsätzlich eine Vermutung dahingehend, dass die Ware bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Faktisch hat dies häufig die Wirkung einer einjährigen Haltbarkeitsgarantie.[69] Nach neuem Recht, aufgrund der eindeutigen Vorgaben des Art. 13 Abs. 3 Warenkauf-RL, kann allerdings der Verkäufer auch beim Verbrauchsgüterkauf die Nacherfüllung wegen sog. absoluter Unverhältnismäßigkeit verweigern.[70] Die folgenden Abschnitte behandeln drei weitere Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufrechts näher.

1. Erschwerung negativer Beschaffenheitsvereinbarungen

Ein für diesen Beitrag noch mehrfach relevantes Instrument zugunsten des Verbrauchers findet sich in § 476 Abs. 1 S. 2 BGB. In Umsetzung von Art. 7 Abs. 5 Warenkauf-RL kann danach von den objektiven Anforderungen an die Sachmangelfreiheit einer Sache gem. § 434 Abs. 3 BGB nur abgewichen werden,

---

[66] Vgl. BT-Drs. 14/2658, 44 zum damaligen Gesetz über Fernabsatzverträge; BeckOGK-BGB/*Busch,* 01.07.2023, § 312g Rn. 13.

[67] Zunächst der Verbrauchsgüterkauf-RL, nun der Warenkauf-RL.

[68] Bereits *Wilke*, Betriebs-Berater 2019, 2434 (2435), zumal es noch nie darum ging, dass es sich bei der Kaufsache gerade um ein verbrauchbares Gut handelte.

[69] BeckOK-BGB/*Faust*, § 477 Rn. 2; noch zu § 477 BGB a. F. *Bach/Wöbbeking*, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 2672 (2672 Rn. 11).

[70] „Technisch" ergibt sich dies aus § 439 Abs. 4 S. 3 a. E. BGB und dem Wegfall von § 475 Abs. 4 BGB a. F.

wenn der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht, und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers genügt es nicht, die Abweichung „neben zahlreichen anderen Vereinbarungen in einen Formularvertrag oder separate Allgemeinen [sic] Geschäftsbedingungen einzustellen".[71] Das dürfte aber nicht ausschließen, dass es sich bei einer entsprechenden Vereinbarung begrifflich um eine AGB handeln kann; die entsprechende Klausel muss aber aus dem sonstigen Vertragstext bzw. sonstigen Klauseln hervorgehoben sein und der Verbraucher ihr separat (etwa durch gesonderte Unterschrift) zustimmen.[72] Bleibt also eine Ware hinter den objektiven Anforderungen zurück – insbesondere hinter dem, was man als übliche Beschaffenheit dieser Ware erwarten darf, § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB – hat der Verbraucher diesbezüglich nur dann *keine* Mängelrechte, wenn all diesen Anforderungen genügt wurde.

2. Abdingbarkeit nach Mangelmitteilung ohne Information (?)

Das erwähnte allgemeine Kaufrecht ist vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer im Verhältnis zum Verbraucher weitgehend zwingend (§ 476 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Verbraucher ist insoweit in einer starken Position. Ab dem Moment der Mitteilung des Mangels sind die Gewährleistungsrechte dagegen im Umkehrschluss auch beim Verbrauchsgüterkauf dispositiv. Das entspricht Art. 21 Abs. 1 Warenkauf-RL und auch schon Art. 7 Abs. 1 S. 1 Verbrauchsgüterkauf-RL. Bei letzterer betonte ErwGr 12 S. 2: „Die Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung [eines Unternehmervorschlags zur gütlichen Einigung] bleibt dem Verbraucher anheimgestellt." Es steht also in der Verantwortung des jeweiligen Verbrauchers, sich etwaigen Vorschlägen des Unternehmers zu widersetzen, will er seine gesetzlichen Rechte behalten und durchsetzen.

Es ist indessen nicht gesichert, dass dem Verbraucher seine Rechte jetzt (noch) vor Augen stehen. Zwar muss der Unternehmer den Verbraucher gem. § 312a Abs. 2 S. 1 BGB i. V. m. Art. 246 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB bzw. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 *vor Vertragsschluss* u.a. über das Bestehen gesetzlicher Mängelgewährleistungsrechte informieren. Erstens nimmt die deutsche Literatur dies aber überwiegend beim Worte und verlangt nur die Information, *dass* gesetzliche Rechte bei Mängeln bestehen.[73] Zweitens mag diese Information bei Auftreten des Mangels lange zurückliegen und der Ver-

---

[71] BT-Drs. 19/27424, 42.

[72] Vgl. BeckOK-BGB/*Faust*, § 476 Rn. 28 ff.; insoweit missverständlich mein Bezug auf den Regierungsentwurf *Wilke*, Verbraucher und Recht 2021, 283 (285).

[73] BeckOGK/*Busch*, 01.07.2023, Art. 246 EGBGB Rn. 34; MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312a Rn. 29.

braucher zum Abschluss des Kaufvertrags einer etwaigen späteren Gewährleistung wenig bis keine Beachtung geschenkt haben. Ein dauerhafter Datenträger[74] musste für die Information im Übrigen nicht verwendet werden.

Warum gibt es nicht eigentlich zum Zeitpunkt der Mangelmitteilung eine Informationspflicht – oder wenigstens: -obliegenheit – des Unternehmers über die gesetzlichen Mängelrechte, die der Verbraucher bei einer etwaigen nun getroffenen Abrede ggf. verliert? Oder warum sieht man nicht in Parallele zu § 476 Abs. 1 S. 2 BGB vor, dass für eine Abweichung vom gesetzlichen Mängelgewährleistungsregime zu diesem Zeitpunkt eine ausdrückliche, ggf. gesonderte, Vereinbarung erforderlich ist?

Man kann natürlich rechtspolitisch darüber streiten, ob ein Unternehmer den Verbraucher gerade über Mängelrechte aufklären muss – ob letzterer sich nicht an Verbraucherzentralen o. ä. halten, ob ersterer eine allgemeine Aufklärungsaufgabe haben sollte.[75] Erstens aber besteht diese Pflicht im Allgemeinen ja nur eben zu einem nicht idealen Zeitpunkt. Zweitens würde sich eine entsprechende Pflicht in das aktuelle Kaufrecht sachlich stimmig einfügen lassen. Insofern ist auf § 474 Abs. 2 S. 2 BGB n. F. hinzuweisen. Die besonderen Regeln des Verbrauchsgüterkaufs finden danach für den Kauf gebrauchter Sachen in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung nur dann *nicht* Anwendung, wenn dem Verbraucher „klare und umfassende Informationen darüber, dass die Vorschriften dieses Untertitels nicht gelten, leicht verfügbar gemacht wurden". Ungeachtet der Frage, was dies im Einzelnen bedeutet,[76] sehen wir doch hier, dass die Nichtanwendbarkeit von ansonsten zwingendem verbraucherschützendem Kaufrecht zumindest von einer Information gerade darüber abhängig gemacht wird. Für die Frage des Zeitpunkts lässt sich noch auf eine ähnlich gelagerte Problematik bei § 556g Abs. 1a S. 3 BGB hinweisen. Der Vermieter, der eine Auskunft über einen Ausnahmetatbestand (§ 556e f. BGB) versäumt hat, kann sich erst zwei Jahre nach Nachholung dieser Auskunft auf die eigentlich zulässige Miete berufen. Hier lässt sich vertreten, dass der Vermieter sich auch kurz vor oder zum Ablauf dieses Zeitraums gegenüber dem Mieter hierauf berufen – ihn also de facto an die zwei Jahre zurückliegende Auskunft erinnern – muss, damit die höhere Miete fällig wird.[77] Im Übrigen scheint auch der europäische Gesetzgeber über ähnliche Informationen im Verlauf eines Verbrauchervertrags nachzudenken, wenn er etwa automatische Erinnerungen vor Vertragsverlängerungen oder überhaupt Erinnerungen bei längerfristigen Verträgen ins Spiel bringt.[78]

---

[74] Anders beim Außer-Geschäftsraum-Vertrag, Art. 246a § 4 Abs. 2 EGBGB.
[75] So *Kieninger*, in: Verhandlungen des 69. DJT, II/1, I. 29 (I. 47).
[76] BeckOK-BGB/*Faust*, § 474 Rn. 38; *Wilke*, Verbraucher und Recht 2021, 283 (289).
[77] MüKoBGB/*Artz*, § 556g Rn. 15, dem ich auch den Hinweis auf diese Regelung verdanke.
[78] Vgl. die bei der Konsultation im Rahmen des Fitness Checks on Consumer Law gestell-

Welchen Inhalt eine solche Pflicht genau haben sollte, ist schwieriger zu beurteilen. Insbesondere ist fraglich, ob die einzelnen Rechte genannt werden müssen oder ob es nicht genug der Warnung ist, dass überhaupt bestimmte Rechte verloren gehen (können). Für die Rechtsfolge bei Verstoß könnte § 476 Abs. 1 S. 1 zum Vorbild dienen, sodass sich der Unternehmer bei Verstoß nicht darauf berufen könnte, eine abweichende Abrede getroffen zu haben.

3. Problemkreis Herstellergarantien

a) Grundlagen

Garantien sind für einen Verbraucher-Käufer an sich günstig. Nach der seit 13. Juni 2014 geltenden Legaldefinition des § 443 Abs. 1 BGB stehen dem Käufer im Garantiefall die Rechte aus der Garantie demjenigen gegenüber zu, der die Garantie gegeben hat, und zwar unbeschadet seiner gesetzlichen Ansprüche. Es muss sich um eine „zusätzlich zu der gesetzlichen Mängelhaftung" übernommene Verpflichtung handeln. Damit ist insbesondere aber nicht gemeint, dass die Garantie eines Dritten nur dann vorliegt, wenn dessen Verpflichtungen im Garantiefall über die gesetzlichen Mängelpflichten eines Verkäufers hinausgehen. Denn da den Dritten als Nichtverkäufer keine[79] gesetzliche Mängelgewährleistungshaftung trifft, ist jede Verpflichtung, die *er* für einen Mangelfall eingeht, „zusätzlich".[80] Im Verhältnis zu einem Verbraucher kann im Übrigen auch der Verkäufer nicht die Garantierechte an die Stelle der gesetzlichen Mängelrechte treten lassen; denn dies wäre eine Abweichung von § 443 Abs. 1 BGB zum Nachteil des Verbrauchers und damit unwirksam gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB.

Eine Garantieerklärung[81] gegenüber einem Verbraucher muss bestimmte Informationen enthalten, darunter den Hinweis auf gesetzliche Mängelrechte und

---

ten Fragen, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en (zuletzt abgerufen am 03.12.2024).

[79] Während der diesem Band zugrundeliegenden Tagung veröffentlichte die Kommission ihren Entwurf für eine „Recht auf Reparatur"-Richtlinie (COM(2023) 155 final); sie wurde während des Korrekturzeitraums für diesen Beitrag verabschiedet. Hiernach können Verbraucher nun den Hersteller auch ohne Garantie auf Nachbesserung in Anspruch nehmen.

[80] Gleiches gilt im Übrigen für den Verkäufer selbst, weil die Garantie die gesetzlichen Mängelrechte eben nicht berührt; zum Ganzen BeckOGK-BGB/*Stöber*, 01.02.2024, § 443 Rn. 38 f.

[81] Nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 12 EGBGB muss außerdem ein *Verkäufer* bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträgen „gegebenenfalls" über das Bestehen und die Bedingungen von u.a. Garantien informieren. Nach Auffassung des EuGH bedeutet dies keine generelle Informationspflicht in Bezug auf vorhandene Herstellergarantien. Eine entsprechende Pflicht setze vielmehr ein berechtigtes Interesse des Verbrauchers voraus, solche Informationen zu erhalten, um die Entscheidung treffen zu können, ob er sich vertraglich an diesen Unternehmer binden möchte. Dies liege insbesondere vor, wenn der Unternehmer die gewerbliche Garantie des Herstellers zu einem zentralen oder entscheidenden Merkmal seines Angebots macht (EuGH, Neue Juristische Wochenschrift 2022, 1871

darauf, dass die Garantie diese Rechte nicht beschränkt, § 479 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB.[82] Ob diese Anforderungen selbst dann gelten, wenn eine Zufriedenheitsgarantie in Rede steht („Wenn Sie mit unserem Produkt nicht zufrieden sind, können Sie es zurückgeben."), hatte der BGH dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.[83] Ende September 2023 hat der Gerichtshof dies für die Verbraucherrechte-RL wie für die Warenkauf-RL bejaht.[84]

Darüber hinaus hat der BGH anerkannt, dass etwa im Kfz-Handel das Vorliegen einer Herstellergarantie ein jedenfalls nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder eines anderen Glieds der Vertragskette übliches und erwartbares Beschaffenheitsmerkmal darstellt – sodass bereits aus dem Fehlen der Herstellergarantie Mängelrechte entstehen (jetzt § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB).[85] Um dies gegenüber einem Verbraucher zu vermeiden, müsste der Verkäufer eine negative Beschaffenheitsvereinbarung unter den strengen Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB treffen.[86]

b) Tatsächliche Probleme mit Garantien

Zeigt sich insoweit eine starke Rechtsposition des Verbrauchers, darf man in tatsächlicher Hinsicht Zweifel haben. Vor etwas mehr als einem Jahrzehnt hat der VZBV festgestellt, dass Verkäufer im Einzelhandel – die ja unabhängig von einer Herstellergarantie für Mängel einstehen müssen – Käufer mit berechtigten Mängelanliegen zu einem erheblichen Anteil ab- und auf den Hersteller verwiesen haben, und zwar unter Berufung auf dessen Garantiezusage.[87] Der Verbrau-

---

Rn. 53). Der BGH hat in Umsetzung der Vorgaben des EuGH sodann nachvollziehbar entschieden, dass eine auf einer Angebotsseite nicht selbst erwähnte, nur über einen Link zu „weiteren technischen Informationen" erreichbare und selbst dort erst auf der zweiten Seite eines Dokuments zu findende Herstellergarantie kein berechtigtes Interesse des Verbrauchers auslöst (BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2022, 1832 Rn. 39 f.; zustimmend *Stöber,* Betriebs-Berater 2023, 209 (209); *Grunewald,* Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht und Kurzkommentare 2023, 15 (16); *Rätze,* Wettbewerb in Recht und Praxis 2023, 63 (63) Rn. 20).

[82] Bei einem Verstoß (des Verkäufers) gegen letztere Hinweispflicht wird die Garantieverpflichtung freilich nicht berührt (§ 479 Abs. 4 i. V. m. § 479 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 a. E. BGB), sodass der Verbraucher auch in diesem Fall die Rechte aus der Garantie und die gesetzlichen Mängelrechte hat, BeckOGK-BGB/*Stöber*, 01.02.2024, § 443 Rn. 57.

[83] BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2022, 500.

[84] EuGH, Rs. C-133/22, ECLI:EU:C:2023:710, LACD, Rn. 33 f.

[85] BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2016, 2874 Rn. 14–16. Nach dem weiten Beschaffenheitsbegriff des BGH sind auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt relevant, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben. Die Herstellergarantie stelle ein rechtliches Verhältnis zum Hersteller in Bezug auf bestimmte Reparaturkosten her, das für die Wertschätzung der Sache im Einzelfall sogar ein sehr großes Gewicht habe.

[86] *Schubel*, Juristenzeitung 2022, 1084 (1090).

[87] Die Dokumente sind mittlerweile nicht mehr online abrufbar, weil der VZBV alte Veröffentlichungen regelmäßig depubliziert. Gespeicherte Versionen liegen mir vor.

cher wird dies leicht für bare Münze nehmen und sich nicht mehr – bzw. nicht mehr rechtzeitig vor Verjährung – an den Verkäufer halten.

Dies ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Binsenweisheit zu sehen, dass juristische Laien in der Regel nicht zwischen gesetzlicher Gewährleistung und Garantie differenzieren. Dies gilt auf (Verbraucher-)Käuferseite ebenso wie auf Verkäuferseite. So findet sich etwa in den Gesetzgebungsmaterialien zur Schuldrechtsreform 2001 der Hinweis, die gesetzlichen Gewährleistungsrechte würden oft als Garantie bezeichnet, „was bei dem Kunden den falschen Eindruck erweckt, als erhalte er besonders günstige Konditionen".[88] Und so hat auch der BGH bereits unter Geltung des AGBG Garantiebedingungen des Herstellers bemängelt, die einen unzutreffenden Eindruck über die Rechtsbeziehung des Käufers zum Verkäufer vermitteln konnten, konkret: den falschen Eindruck, „auch seine Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer (Fachhändler) reichten nicht weiter als die in der Garantiekarte beschriebenen Rechte".[89]

Bereits angesichts der seit der Schuldrechtsreform 2001 bestehenden Erweiterung der gesetzlichen Verkäuferhaftung insbesondere auf Nacherfüllung hat ein Käufer im Mangelfall eigentlich kein besonderes Interesse, sich *nicht* mit dem Verkäufer auseinanderzusetzen.[90] Dazu kommt noch die Beweislastumkehr von mittlerweile einem Jahr seit Gefahrübergang, die ebenfalls im Verhältnis zum Verkäufer gilt. Dass der Verkäufer als Händler vielfach nicht nachbessern kann und dann ohnehin den Hersteller einschalten muss, mag ein Verbraucher noch in Rechnung stellen. Gerade deswegen hat dann aber womöglich die Aussage des Verkäufers, der Verbraucher *müsse* sich selbst mit dem Hersteller in Verbindung setzen, gewisse Plausibilität für ihn.

c) Rechtliche Reaktion de lege lata

Ein paar die Position des Verbrauchers in einer solchen Situation stärkende rechtliche Gesichtspunkte gibt es allerdings.

Die Garantieerklärung ist erstens nach neuem Recht gem. § 479 Abs. 2 BGB dem Verbraucher spätestens bei Warenlieferung auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen. Viele Herstellergarantieerklärungen waren wohl ohnehin schon auf Papier gedruckt. Aber die Chance, dass der Verbraucher im Mangelfall noch die Garantieerklärung zur Verfügung hat und nachlesen kann, dass seine gesetzlichen Rechte gegenüber dem Verkäufer nicht eingeschränkt werden, ist minimal erhöht.

---

[88] BT-Drs. 14/6040, 81; vgl. auch BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1981, 867 (868): „Der rechtsunkundige Käufer wird jedenfalls im Regelfall unter „Garantie" [des Verkäufers] den Umfang und die zeitliche Begrenzung derjenigen Rechte verstehen, die ihm bei mangelhafter Lieferung gegen den Verkäufer zustehen."

[89] BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1988, 1726 (1727).

[90] Vgl. *Schubel*, Juristenzeitung 2022, 1084 (1086).

Zweitens kann der Hinweis des Verkäufers, für die Gewährleistung sei allein der Hersteller zuständig, seinerseits kaufrechtliche Relevanz haben: nämlich u.U. gem. § 475d Abs. 1 Nr. 4 oder Nr. 5 BGB den Übergang zu Sekundärrechten erleichtern.[91] Da es jedoch gem. § 475d Abs. 1 Nr. 1 BGB für den Übergang zu Sekundärrechten keiner Frist*setzung* bedarf, erscheint der Gewinn, den dies bedeuten kann, eher gering. Zudem müsste ja wohl der Verbraucher die entsprechenden Fehlinformationen beweisen, was ihm bei einem unterstellten Vier-Augen-Gespräch nicht einfach gelingen wird.[92]

Drittens soll ein nicht zutreffender Verweis des Verkäufers auf die vorrangige Geltendmachung von Rechten gegenüber dem Hersteller und danach eintretender Verjährung der Mängelrechte gegenüber dem Verkäufer einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB begründen.[93] Entsprechende Praktiken der Verkäufer können außerdem als irreführende geschäftliche Handlungen gem. § 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG etwa von Verbraucherverbänden beanstandet werden.[94]

Der Verbraucher erhält bei Übernahme einer Haltbarkeitsgarantie durch den Hersteller viertens gem. § 479 Abs. 3 BGB mindestens einen Nacherfüllungsanspruch insbesondere i.S.d. § 439 Abs. 2, 3, 5 und 6 S. 2 BGB. Insofern gibt es freilich noch einigen Klärungsbedarf. Namentlich zum einen, ob der dort fehlende Verweis auf § 439 *Abs. 1* BGB bedeutet, dass dem Verbraucher anders als beim gesetzlichen Nacherfüllungsanspruch gegenüber dem Verkäufer im Verhältnis zum Garantiegeber nicht das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung zukommt. Dies wäre ein kleiner Nachteil für den Verbraucher. Der fehlende Verweis auf § 439 *Abs. 4* BGB scheint zum anderen zu bedeuten, dass der Garantiegeber die Nacherfüllung nicht einmal wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit verweigern kann. Eine Hersteller-Haltbarkeitsgarantie wäre dann ein ziemlich scharfes Schwert. Ob man dann, gleichsam automatisch, in der allgemeinen Vorschrift des § 275 Abs. 2 BGB die entscheidende Grenze für die Nacherfüllung des Garantiegebers sehen kann,[95] erscheint mir zudem nicht zweifelsfrei. Denn auch wenn man Leistungsgrenzen dogmatisch bei der Unmöglichkeit statt im Kaufgewährleistungsrecht verortet, darf man damit nicht den Vorgaben der Richtlinie widersprechen.

Überlässt[96] der Verbraucher auf Veranlassung des Verkäufers die Kaufsache tatsächlich dem Hersteller zur Erfüllung von Garantieansprüchen, tritt fünf-

---

[91] *Schubel*, Juristenzeitung 2022, 1084 (1090) (bei „hartnäckigem" Beharren des Verkäufers).

[92] *Schubel*, Juristenzeitung 2022, 1084 (1089).

[93] BT-Drs. 17/12637, 98; BeckOGK/*Stöber*, 01.02.2024, § 443 Rn. 85.

[94] Ebd.

[95] So wohl BeckOK-BGB/*Faust*, § 479 Rn. 20.

[96] „Übergabe" wie im Wortlaut erscheint zu eng, *Wilke*, Verbraucher und Recht 2021, 283 (291).

tens immerhin nach § 475e Abs. 4 BGB eine Verjährungshemmung ein. Die gesetzlichen Mängelansprüche gegenüber dem Verkäufer verjähren dann nicht vor Ablauf von zwei Monaten, nachdem die nachgebesserte oder ersetzte Ware wieder dem Verbraucher übergeben wurde. Auf Richtlinienvorgaben beruht dies nicht, vielmehr ergibt sich aus ErwGr 44 S. 2 Warenkauf-RL, dass die Mitgliedstaaten insoweit völlige Gestaltungsfreiheit hatten. Der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren für eine Ablaufhemmung von sechs Monaten geworben. Zwei Monate seien „vor allem bei Waren mit hoher technischer Komplexität zu kurz, zudem [könne eine derart kurze Bewährungsfrist] vor allem gegen Ende des Gewährleistungszeitraums einen Fehlanreiz für nur oberflächliche Reparaturen setzen.[97] Die Bundesregierung antwortete darauf in einem Satz: „Der in § 475e Absatz 4 BGB […] vorgesehene Zeitraum von zwei Monaten […] ist erforderlich, damit Verbraucher prüfen können, ob die übergebene Sache mangelfrei ist.“[98] Das geht evident an der Sache vorbei.[99] Zwei Monate stellen zwar eine gewisse Stärkung der Position des Verbrauchers dar, aber die Bedenken und der Vorschlag des Bundesrats haben einiges für sich.

d) Informationspflicht oder -obliegenheit de lege ferenda?

Es ist schwer, sich bei dieser Darstellung der verbrauchergünstigen Aspekte des Eindrucks von Stückwerk zu erwehren. Als Alternative oder sogar zusätzlich ist *de lege ferenda* wiederum über eine Informationspflicht oder -obliegenheit nachzudenken: dass der Verkäufer im Zeitpunkt der Mangelmitteilung bzw. zusammen mit einem per se zulässigen Hinweis auf eine etwaige Herstellergarantie den Käufer darüber informieren muss, dass die Garantie seine Verkäuferpflichten nicht einschränkt. Man könnte auch einen Dritten als Garantiegeber zu einem entsprechenden Hinweis verpflichten, und zwar zu dem Zeitpunkt, in dem sich der Verbraucher bei diesem wegen der Garantie meldet. Dies erscheint mir jedoch unpraktisch und weniger effektiv. Meldet sich der Verbraucher auf Veranlassung des Verkäufers, würde ein Hinweis des Herstellers auf den Verkäufer tendenziell zu einer Verwirrung führen. Möglicherweise ist die Ware auch bereits beim Hersteller bzw. auf dem Weg zu ihm, sodass der Verbraucher, der nun die wahre Rechtslage durchschaut, keine einfache Möglichkeit hat, sich (wieder) an den Verkäufer zu wenden. Die Verletzung dieser Pflicht könnte jedenfalls über das UWG geahndet werden, man könnte aber auch im Kaufrecht eine verjährungsrechtliche Lösung zulasten des Verkäufers vorsehen.

---

[97] BT-Drs. 19/28174, 6.

[98] BT-Drs. 19/28174, 9.

[99] BeckOK-BGB/*Faust*, § 479 Rn. 14; einen Beleg für fehlende Ernsthaftigkeit bei der Befassung mit der Frage sieht darin *Schubel*, Juristenzeitung 2022, 1084 (1092) (Fn. 108).

V. Online-Marktplätze

Mit Angeboten auf digitalen Plattformen können nicht zuletzt KMU neue Märkte erschließen und/oder ihre Vertriebskanäle erweitern,[100] häufig mit Verbrauchern als Abnehmern. Hier stellen sich einige der schon angesprochenen Fragen in neuem Gewand, aber es ergeben sich auch ganz neue Fragestellungen im Kontext kaufender Verbraucher. Vier Aspekte davon behandeln die folgenden Abschnitte.

Im Wesentlichen geht es dabei um Angebote auf Online-Marktplätzen, wie sie nunmehr in § 312l Abs. 3 BGB legaldefiniert sind: Dienste, die es Verbrauchern ermöglichen, „durch die Verwendung von Software, die vom Unternehmer oder im Namen des Unternehmers betrieben wird, […] Fernabsatzverträge mit anderen Unternehmern oder Verbrauchern abzuschließen". Dabei sind hier nur Kaufverträge mit Unternehmern von Interesse, und auch nur Rechtsfragen, die dieses Vertragsverhältnis jedenfalls berühren. Dementsprechend bleiben etwa die P2B-VO[101] und der Digital Markets Act[102] außen vor.

1. Ausrichten des Verkäufers

Bei einem Angebot auf einer Plattform hängt die Frage, auf welche Verbraucher der Unternehmer seine Tätigkeit damit i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. b Rom I-VO „ausrichtet", mit derjenigen des Ausrichtens der Plattform selbst zusammen. In der Tat betraf bereits die Rs. *Pammer* als Teil der berühmten „Pammer/Alpenhof"-Entscheidung[103] eine Situation, in der der Verbraucher den Vertrag vermittelt über die Website eines Dritten geschlossen hat. Der EuGH führte konkret zu diesem Umstand aus: „Dass es sich bei der Website um die der vermittelnden Gesellschaft und nicht die des Gewerbetreibenden handelt, steht nicht der Annahme entgegen, dass der Gewerbetreibende seine Tätigkeit auf andere Mitgliedstaaten, darunter den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers, ausrichtet, da die vermittelnde Gesellschaft im Namen und für Rechnung dieses Gewerbetreibenden tätig wurde. Es ist Sache des nationalen Richters, zu prüfen, ob der Gewerbetreibende wusste oder hätte wissen müssen, dass die Tätigkeit der vermittelnden Gesellschaft eine internationale Dimension aufweist, und welche Verbindung zwischen der vermittelnden Gesellschaft und dem Gewerbetrei-

---

[100] Vgl. nur *Busch*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2019, 788 (789).

[101] Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für *gewerbliche* Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten.

[102] Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte).

[103] Zu dieser Entscheidung schon oben II.2.a.

benden bestand."[104] Die Grundaussage wird man so zusammenfassen können: Ausrichten eines Dritten genügt, wenn dies dem Unternehmer zuzurechnen ist. Es würde in der Tat kaum überzeugen, wenn der Unternehmer sich durch jedes Zwischenschalten eines Dritten dem Verbraucher-IPR entziehen könnte.[105] Nähere Kriterien für die Zurechnung hat der EuGH bislang noch nicht entwickelt. In der Literatur werden teils erstaunlich enge Voraussetzungen formuliert.[106] Kenntnis und Zustimmung des Unternehmers in Bezug auf die Tätigkeit des Dritten sollten eigentlich genügen.[107]

Bei Plattformen besteht außerdem die Besonderheit, dass dem Verkäufer erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf sein Angebot verbleiben. Selbst wenn man von einer klaren Ausrichtung der Plattform selbst noch nicht auf das Ausrichten der einzelnen Angebote verschiedener Verkäufer schließen wollte, so würde doch die Analyse dieser Angebote häufig das gleiche Resultat zeitigen. Wenn etwa ein Anbieter aus China seine Produkte gerade auf einer Plattform mit deutscher Domain einstellt und dabei die deutsche Sprache, wenn auch – mutmaßlich wegen der Verwendung von Übersetzungsprogrammen – nicht fehlerfrei, verwendet, richtet er seine Verkaufstätigkeit auf deutsche Verbraucher aus. Der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz greift also ein.

2. Widerrufsbelehrung

Informationspflichten in Bezug auf das Widerrufsrecht im Fernabsatz treffen gem. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB den Unternehmer, also den Vertragspartner des Verbrauchers (vgl. § 312c Abs. 1 BGB), im hier interessierenden Kontext: den Verkäufer. Die Plattform muss nicht über ein Widerrufsrecht bei auf ihr abgeschlossenen Kaufverträgen belehren; denn sie wird nicht Partei des betreffenden Fernabsatzvertrags. Seit Einführung des § 312k BGB a. F. zum 28. Mai 2022, der wenige Wochen später zu § 312l BGB wurde, streitet für diese Auffassung auch ein systematisches Argument. Den Betreiber eines Online-Marktplatzes treffen gem. § 312l Abs. 1 BGB nämlich eigene Informationspflichten nach Art. 246d EGBGB, zu denen Widerrufsrechte in Bezug auf Fernabsatzverträge, die auf der Plattform geschlossen werden, nicht gehören. Zwar besteht gem. Art. 246d § 1 Nr. 5 EGBGB die Pflicht, ggf. über die *Nichtanwendbarkeit* der besonderen Vorschriften über Verbraucherverträge zu informieren. Dies er-

---

[104] EuGH, Verb. Rs. C-585/08 und Rs. C-144/09, Pammer/Alpenhof, Rn. 89.

[105] *Mankowski*, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht und Kurzkommentare 2010, 323 (324).

[106] Nachweise bei *Wiedemann*, in: Rupp et al. (Hrsg.), IPR zwischen Tradition und Innovation, 163 (176).

[107] So auch *Mankowski*, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht und Kurzkommentare 2010, 323 (324); *Leible/M. Müller*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 26 (27 f.).

fordert aber nach den Vorstellungen des Richtliniengebers[108] gerade nicht die Auflistung *bestimmter* nicht anwendbarer Verbraucherrechte. Also muss sich der Betreiber des Marktplatzes auch in dieser Situation nicht zum Widerrufsrecht äußern.

Etwa Amazon hat jedenfalls in der Vergangenheit allerdings selbst dann Widerrufsbelehrungen an Käufer verschickt, wenn Amazon gar nicht Verkäuferin war, sondern nur als Plattformbetreiberin fungierte. Kommt dies einem seinerseits nicht belehrenden Verkäufer zugute, in dem Sinne, dass er die beschriebenen negativen Folgen einer unterbliebenen Belehrung[109] nicht tragen muss? Das AG Mettmann hat sich hierzu einmal streng gezeigt: Die Frage einer etwaigen Belehrung durch Amazon könne offenbleiben, da gerade der Vertragspartner den Verbraucher belehren müsse.[110] Das erscheint mir in dieser Pauschalität zu weit zu gehen. Es ist mir nicht ersichtlich, warum nicht ein Dritter auf Veranlassung bzw. in Absprache mit dem Unternehmer die entsprechende Informationspflicht erfüllen können soll. Schutzwürdige Belange des Verbrauchers berührt dies nicht, sofern – und das wäre evident – Fehler bei der Belehrung dem Unternehmer zur Last fallen. In jedem Fall wären ja die Angabe der Daten gerade des Verkäufers in der Widerrufsbelehrung nötig (Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ff. EGBGB).[111]

3. Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf auf Plattform

Man kann mutmaßen, dass vielen Verbrauchern bewusst ist, dass eine Bestellung auf bestimmten Plattformen nicht notwendigerweise zur Lieferung des vorgestellten Produkts führt. Beispielhaft sind dafür die Memes um die Verkaufsplattform „Wish".[112] Wish hat damit sogar kokettiert und es für Marketing-Zwecke ausgeschlachtet: sich für den „Meme-Status" bedankt, die teils „wonky" (was man wohl am ehesten mit „nicht ganz in Ordnung" übersetzen kann) Qualität „ihrer" Produkte zugegeben und ein paar Beispiele selbst geteilt.[113] Fraglich ist aber, ob den Verbrauchern deshalb auch keine Mängelrechte

---

[108] ErwGr 27 S. 2 (Bereitstellung eines „kurzen Hinweises") und ausdrücklich S. 6 („Anbieter von Online-Marktplätzen sollten nicht dazu verpflichtet werden, bestimmte Verbraucherrechte aufzulisten, wenn sie die Verbraucher über deren Nichtanwendbarkeit informieren") RL (EU) 2019/2161. Kritisch *P. Schmidt*, Verbraucher und Recht 2022, 131 (135).

[109] S.o. III.1.

[110] AG Mettmann, Multimedia und Recht 2014, 812 m. Anm. *Modi*.

[111] So auch das AG Mettmann, Multimedia und Recht 2014, 812 unter Verweis auf § 360 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB a. F.

[112] Social Media-Nutzer stellen dabei ein ordnungsgemäßes Produkt oder (in Fortentwicklung des Witzes) auch eine attraktive berühmte Persönlichkeit als Wunsch dem- bzw. derjenigen gegenüber, die man auf „Wish" bekommen hat/würde: ein evident unzureichendes, defektes Produkt oder einen nur entfernt ähnlich sehenden anderen Menschen.

[113] https://blog.wish.com/2020/01/08/wonky-wish-items-we-know-what-you-meme (zuletzt abgerufen am 03.12.2024).

zustehen. Wenn etwa ein Messerschärfer selbst in der „Deluxe Edition." (sic; teurer als die „Deluxe Editon" [sic]) Messer nicht schärft,[114] eignet er sich nicht für die gewöhnliche Verwendung. Dies bedeutet einen Verstoß gegen die objektiven Anforderungen gem. § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB. Ein Mangel läge nur dann nicht vor, wenn „wirksam etwas anderes vereinbart" wurde.

Eine entsprechende konkludente Beschaffenheitsvereinbarung ist erstens kaum anzunehmen. Aus dem Preis lassen sich keine Rückschlüsse auf eine konkludent vereinbarte Qualität ziehen.[115] „Der Käufer mag zwar, wenn er einen hohen Preis zahlt, auch auf hohe Qualität hoffen; rechtlich abgesichert ist diese Hoffnung aber nicht, wenn er keine Vereinbarung in Bezug auf die Qualität schließt."[116] Und umgekehrt: Der Käufer, der einen niedrigen Preis zahlt, mag keine besonderen Erwartungen an die Qualität haben; rechtlich fixiert ist diese Erwartung aber nicht. Dies gilt im Besonderen für den Startpreis von Internetauktionen, weil der erzielbare Preis darüber liegen kann und niedrige Preise etwa zum Wecken des Interesses möglichst vieler Interessenten genutzt werden,[117] aber auch im Übrigen. Selbst wenn also auf einer Plattform nur (i.d.R. auffällig niedrige) Festpreise angegeben werden, kann man keine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung annehmen. Dazu kommt, dass bei Auslegung der Vertragserklärungen der Parteien die Plattform-AGB zu berücksichtigen sein sollen.[118] Wenn für Händler wie Kunden gemeinsame[119] AGB etwa in Bezug auf wahrheitsgemäße Angebote bestehen, wird man erst recht annehmen können, dass ein als Messerschärfer angebotenes Produkt ein Messer schärfen können muss.

Zweitens kommt es beim Verbrauchsgüterkauf europäischer Prägung auf all dies jedoch nicht einmal an. Nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB wäre eine Abweichung von den objektiven Anforderungen ja nur ausdrücklich möglich.[120] Dies schließt konkludente negative Beschaffenheitsvereinbarungen aus. Und eine bloße Information des Käufers über einen etwaigen niedrigeren Qualitätsstandard, die sich irgendwie aus dem Angebot ableiten lässt, würde dem Verkäufer ebenfalls

---

[114] Beispiel nach https://www.giga.de/unternehmen/ebay/specials/wish-app-wie-serioes-ist-der-haendler-erfahrung-warnung/ (zuletzt abgerufen am 03.12.2024).

[115] BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rn. 34; Staudinger-BGB/*Matusche-Beckmann*, § 434 Rn. 67 (nicht „allein" aus Höhe des Preises); niedriger Preis als Indiz für Beschaffenheit jedenfalls bei gebrauchten Sachen MüKoBGB/*Westermann*, § 434 Rn. 16; für Bedeutung des Preises als eines von mehreren Kriterien OLG Köln, Neue Juristische Wochenschrift 1973, 903.

[116] BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rn. 34.

[117] BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 2723 Rn. 24.

[118] BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 2723 Rn. 29; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 2643 Rn. 15.

[119] Vgl. BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 18: „nur beiden Vertragsparteien bekannte und von ihnen übereinstimmend in den Vertrag einbezogene Regelungen [können] Einfluss auf den Aussagegehalt ihrer nach objektivem Empfängerhorizont auszulegenden Willenserklärungen haben".

[120] S.o. IV.1.

nicht helfen, stellt doch beim Verbrauchsgüterkauf – anders als im sonstigen Kaufrecht – die Mangelkenntnis des Käufers keinen Ausschlussgrund (mehr) dar (§ 475 Abs. 3 S. 2 BGB).

4. Käuferschutz

Plattformen werben gerne mit eigenen Käuferschutzverfahren (insbesondere Amazon bei Amazon Marketplace) oder lassen Zahlungsmittel zu, bei denen derartige Verfahren bestehen (namentlich PayPal). Bei einer Leistungsstörung kann der Käufer typischerweise einen Antrag auf „Käuferschutz" stellen. Die Plattform bzw. der Intermediär prüft das Anliegen in regelmäßig stark vereinfachten Verfahren. Hat der Antrag Erfolg, wird dem Konto des Käufers der Kaufpreis wieder gutgeschrieben und der entsprechende Betrag wieder beim Verkäufer belastet.

Der BGH hat sich mittlerweile sowohl mit PayPal als auch mit Amazons „A-bis-z-Garantie" befasst und die Fälle im Wesentlichen gleich entschieden. Zwar solle jeweils – anders als bei SEPA-Basislastschriften[121] – die ursprüngliche Gutschrift auf dem Verkäuferkonto bereits zum unbedingten Erlöschen der Kaufpreisforderung führen, sodass der Käuferschutz nicht die Erfüllungswirkung rückwirkend entfallen lässt.[122] Jedoch hätten die Kaufvertragsparteien stillschweigend vereinbart, dass die getilgte Kaufpreisforderung wieder begründet wird, wenn es infolge eines erfolgreichen Käuferschutzverfahrens zu einer Rückbelastung des Verkäufers komme.[123] Bei Auslegung der Erklärungen der Parteien seien nämlich insbesondere die jeweiligen Intermediärs-AGB in die Auslegung einzubeziehen.[124] Danach jedoch blieben die gesetzlichen Ansprüche zwischen Verkäufer und Käufer unberührt.[125] Diese Lösung entspreche außerdem den berechtigten Interessen beider Parteien. Insbesondere könne der Käufer nach erfolg*losem* Käuferschutzverfahren den Rechtsweg gegenüber dem Verkäufer beschreiten; dann müsse umgekehrt auch der Verkäufer bei erfolg*reichem* Verfahren wieder auf die Kaufpreisforderung zurückgreifen können, um seine vertraglichen Rechte gegenüber dem Käufer geltend machen zu können.[126]

Die Literatur äußert an diesen Entscheidungen verbreitet Zweifel. PayPal etwa habe sich durch die Einführung eines solchen Käuferschutzverfahrens der

[121] BGHZ 186, 269 Rn. 21 ff.

[122] BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 11 f. (Amazon); Neue Juristische Wochenschrift 2018, 537 Rn. 23–27 (PayPal).

[123] BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 13 ff. (Amazon); Neue Juristische Wochenschrift 2018, 537 Rn. 28 ff. (PayPal).

[124] BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 14 (Amazon); Neue Juristische Wochenschrift 2018, 537 Rn. 31 (PayPal).

[125] BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 19 (Amazon); Neue Juristische Wochenschrift 2018, 537 Rn. 32 f. (PayPal).

[126] BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 20 (Amazon); Neue Juristische Wochenschrift 2018, 537 Rn. 35 (PayPal).

Stellung als neutraler Geldtransporteur begeben und der Verkäufer sich für die Zulassung von PayPal als Zahlungsmittel entschieden. Es sei daher interessengerecht, dass sich die Frage der ordnungsgemäßen Erfüllung in deren Verhältnis verlagere.[127] Ein gemeinsames Interesse der Kaufvertragsparteien dahingehend, dass der Intermediär aus einer Abwicklung herausgehalten werde, bestehe gerade nicht.[128] Nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre komme es außerdem darauf an, wie der Verkäufer annehmen muss, dass der Käufer (der im Rechtssinne das Angebot abgibt) die entsprechenden AGB verstanden hat.[129] Aus Sicht eines kaufenden Verbrauchers liege aber die Annahme nahe, dass mit einer Rückzahlung nach Inanspruchnahme des Käuferschutzes im Verhältnis zum Verkäufer „die Sache erledigt sei".[130] Dies nicht zuletzt angesichts des Wortlauts „A-bis-z-Garantie", der einen abschließenden Charakter suggeriert:[131] eine „Rundumsorglos-Absicherung".[132] Für den Käufer ist dies nicht zuletzt deshalb relevant, weil ihm so die Unwägbarkeiten abgenommen werden, die ein Vertragsschluss mit Vorleistungspflicht im Verhältnis zu einem unbekannten Dritten mit sich bringt.[133]

Der BGH nimmt jedoch ausdrücklich an, ein verständiger, redlicher Käufer könne dessen ungeachtet keinen Rechtsverlust des Verkäufers erwarten.[134] Die „A-bis-z-Garantie" habe im Übrigen immer noch ihren Nutzen. Bei Erfolg erhalte der Kläger seinen Kaufpreis ohne Inanspruchnahme eines gerichtlichen Verfahrens zurück, er trage insoweit auch nicht das Insolvenzrisiko des Verkäufers. Die Prozessführungslast liege (nun) beim Verkäufer.[135] Jedenfalls bei eingangs besprochener Variante eines grenzüberschreitenden Kaufvertrags[136] ist diese Konsequenz verbraucherrechtlich immerhin einigermaßen attraktiv. Wie gesehen müsste nun selbst ein Drittstaatenunternehmer am Wohnsitz des Verbrauchers klagen. Auch wenn man unterstellt, dass ein Unternehmer rechtskundiger bzw. rechtsstreiterfahrener und nicht so streitavers wie ein typischer Verbraucher ist, so wird auch der Unternehmer bei kleineren Beträgen von einer Rechtsverfolgung absehen, selbst wenn der Käuferschutz zu einem objektiv falschen Ergebnis geführt hat.[137] Angesichts der Anwendbarkeit deutschen Ver-

---

[127] *Omlor*, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, 94 Rn. 22; *ders.*, Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht 2018, 165 (169); zu Amazon sodann *ders.,* Juristische Schulung 2020, 787 (789).

[128] Vgl. *Fries*, Verbraucher und Recht 2018, 123 (126).

[129] *Schermaier*, Juristenzeitung 2020, 997 (1000).

[130] Vgl. *Habel*, Multimedia und Recht 2020, 469, 470, vgl. auch *Schermaier*, Juristenzeitung 2021, 124 (126) (zu PayPal).

[131] *Schermaier,* Juristenzeitung 2020, 997 (1002).

[132] *Guggenberger,* Neue Juristische Wochenschrift 2018, 1057 (1060) (zu PayPal).

[133] *Schermaier,* Juristenzeitung 2020, 997 (1003).

[134] BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 22 (Amazon).

[135] BGH, Multimedia und Recht 2020, 467 Rn. 23 (Amazon).

[136] Siehe insbesondere II.2.a. a. E.

[137] Vgl. *Fries,* Verbraucher und Recht 2018, 123 (124).

brauchsgüterkaufrechts und damit nicht zuletzt der einjährigen Beweislastumkehr für das Vorliegen von Mängeln wird ein erfolgreicher Käuferschutzantrag nicht selten ohnehin den Ausgang eines hypothetischen Gerichtsverfahrens spiegeln.[138]

Nach dieser Rechtsprechung ist die Position des Verbrauchers insgesamt zwar nicht so günstig, wie sie sein könnte: Er könnte aus der weiteren Abwicklung auch komplett herausgehalten werden. Bei einer etwaigen Inanspruchnahme kommen ihm aber die kaufrechtlichen Instrumente zugute, und insbesondere trägt er nicht das Risiko, sich einen gezahlten Kaufpreis zurückholen zu müssen.

VI. Fazit und Ausblick

1. Macht, Übermacht, Überforderung

Die kaleidoskopartige Übersicht hat ergeben, dass einem kaufenden Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat, konkret in Deutschland, typischerweise das unionsgeprägte Verbraucherrecht zugutekommt, und zwar auch bei vielen grenzüberschreitenden Sachverhalten. Dieses verleiht ihm häufig eine Machtposition, die prinzipiell keine Überforderung bedeutet. Dass man im Fernabsatz grundsätzlich ein Widerrufsrecht hat, dass man überhaupt Mängelrechte hat (auch wenn man sie fälschlich als „Garantie" bezeichnet) und dass wegen der Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf de facto eine einjährige Haltbarkeitsgarantie bei vielen Waren besteht, lässt sich leicht erfassen. Die etwa im Bekleidungsbereich häufig beobachteten hohen Retourenzahlen wie -quoten[139] sind etwa ein Hinweis darauf, dass das Widerrufsrecht im Fernabsatz gut bekannt ist und vielfach genutzt wird.[140] Das Pendel schlägt in Richtung „mächtig" aus, nicht zuletzt im Verhältnis zu kleinen und mittleren Unternehmen. Kunden sind eben „wendig".[141] Ob man gleich von „*Über*macht" sprechen muss, erscheint weniger klar. Die nun einjährige Beweislastumkehr etwa ist vielleicht lästig für den Verkäufer, sie gilt aber auch (§ 478 Abs. 1 BGB) bei dessen Regress[142] gegenüber dem Lieferanten.

---

[138] Vgl. *Fries,* Verbraucher und Recht 2018, 123 (128).

[139] In einer EHI-Umfrage aus dem Jahr 2021 gaben etwa 39% der befragten Online-Händler Retourenquoten zwischen 5 und 25 Prozent an, fast ein Viertel sogar Quoten zwischen 26 und 50 Prozent. https://www.ehi.org/news/retouren-aufwendig-und-teuer (zuletzt abgerufen am 03.12.2024).

[140] Vgl. aber *Rehberg*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, 284 (341), der wohl aber v. a. das Widerrufsrecht beim Haustürgeschäft/Außergeschäftsraumvertrag im Blick hat; zweifelnd auch *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 859.

[141] Dazu der Beitrag von *Schramm-Klein* in diesem Band, 129.

[142] Hierzu näher der Beitrag von *Atamer/Chevalley* in diesem Band, 105.

Bei den hier betrachteten Beispielen ergibt sich eine Überforderung des Verbrauchers tendenziell in dem Moment, wenn der Verbraucher sich tatsächlich an den Unternehmer zwecks Mängelbeseitigung wendet. Es handelt sich dabei natürlich um einen ganz wesentlichen Zeitpunkt: Die bis dahin unabdingbar bestehenden Rechte werden jetzt aktuell. In dieser Situation besteht insbesondere das Risiko einer vorschnellen Abbedingung von Gewährleistungsrechten sowie einer irreführenden Verweisung auf den Hersteller, wobei der Verbraucher jeweils die wahre Rechtslage nicht zuverlässig durchschaut.

2. (Noch) Weniger Überforderung durch (noch) mehr Information?

Zur Abmilderung der letztgenannten potenziellen Überforderungen hat dieser Beitrag neue Informationspflichten bzw. -obliegenheiten vorgeschlagen.[143] Einführen müsste sie der Europäische Gesetzgeber, weil die entsprechenden vollharmonisierenden Richtlinien derartige Abweichungen nicht gestatten.

Ein wesentlicher Einwand gegen diesen Ansatz liegt auf der Hand. Es ist allgemein bekannt, dass gerade die gehäufte Erteilung von Informationen einen Verbraucher überfordern kann, Stichwort „information overload".[144] Etwa im Rahmen des Konsultationsprozesses zur geplanten Verbraucherkreditrichtlinie wurde der EU-Kommission der Aspekt der „Informationsüberflutung" zur Kenntnis gebracht. (Sie selbst hat eine potenzielle „Informationsüberfrachtung" allerdings nur bei der Werbung für Kreditverträge ausdrücklich berücksichtigt.)[145] Außerdem haben viele Verbraucher in Deutschland generell erhebliche Schwierigkeiten beim Verstehen von Texten.[146] Auch der Aspekt der Zeit, die die Beschäftigung mit Informationen benötigt, ist nicht zu unterschätzen.[147] Die Einwände greifen gegenüber den hier vorgebrachten Vorschlägen allerdings allenfalls zum Teil durch.

Zum einen dürften entsprechende Schwierigkeiten insoweit noch verhältnismäßig gering sein. Ohne andere Änderungen am geltenden Recht ständen die von mir angeregten Informationspflichten zum Zeitpunkt der Mangelmitteilung allein. Das Risiko einer „information overload" wäre geringer. Viel Zeit würde der Vorgang nicht erfordern. Zudem erhielte der Verbraucher die Information genau zu dem Zeitpunkt, zu dem er sie benötigt.[148]

---

[143] S.o. IV.2. und IV.3.

[144] Jeweils m.w.N. *Weber*, Journal of European Consumer and Market Law 2023, 67, 68; Nachweise etwa bei *Gsell*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 130 (130 Fn. 3); *Kieninger*, in: Verhandlungen des 69. DJT, II/1, I. 29, I. 37.

[145] COM(2021) 347 final, S. 6 und S. 11. Auf Englisch jeweils „information overload" (S. 5, 9).

[146] Vgl. *Kieninger*, in: Verhandlungen des 69. DJT, II/1, I. 29, I. 39.

[147] *Howells*, Journal of Law and Society 32 (2005), 349 (356).

[148] Vgl. auch *Rehberg*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, 284 (327ff.), für die Bedeutung der richtigen Information zur richtigen Zeit.

Zum anderen ist mit einer Abkehr vom Informationspflichtenmodell in naher Zukunft nicht zu rechnen. Es ist in Art. 169 Abs. 1 AEUV primärrechtlich abgesichert. Und politischer Konsens über Informationspflichten ist leichter zu erreichen als über eine Regulierung in der Sache selbst,[149] auch weil die Statuierung von Informationspflichten für private Parteien staatliche Institutionen billiger kommt.[150] Informationspflichten sollen u.a. Vertragsfreiheit überhaupt ermöglichen.[151] Nicht zwingend erscheint dagegen die Annahme einer „win-win-Lösung"[152] dahingehend, Informationspflichten entsprächen dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, weil der Eingriff in die Privatautonomie gegenüber anderen denkbaren Regelungen am geringsten ausfällt.[153] Denn jedenfalls bei grund-/menschenrechtlicher Betrachtung gehört auch die Geeignetheit eines Mittels zur Analyse, und die steht eben bei Informationen gegenüber Verbrauchern nicht fest.[154]

Angesichts dessen ist die Optimierung der Informationserteilung pragmatischer als ein Plädoyer für einen Paradigmenwechsel.[155] So könnte man die Präsentation der Informationen standardisieren: durch eine einheitliche Ordnungsstruktur, ja sogar durch eine immer gleiche grafische Gestaltung.[156] Jedenfalls derjenige Verbraucher, der häufiger Verträge im Internet abschließt, weiß so nach kurzer Zeit, wo er welche Information findet; er kann vorgeschriebene Angaben leichter von zusätzlichen Angaben unterscheiden. Bei Vertragsschlüssen im Internet könnten außerdem bestimmte Informationen in den Bestellvorgang eingebunden werden, beispielsweise durch Einblendung nach Auswahl einer bestimmten Zahlungsart.[157] Es müsste außerdem weniger Anreize dazu geben, Informationen möglichst nah am Gesetzestext auszuformulieren; im

[149] *Gsell*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 130 (132); *Kieninger*, in: Verhandlungen des 69. DJT, II/1, 129 (131); *Schön,* in: FS Canaris, 2007, 1191 (1201 f.); *Howells*, Journal of Law and Society 32 (2005), 349 (352).

[150] *Kieninger*, in: Verhandlungen des 69. DJT, II/1, 129 (131).

[151] *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, 351 ff.

[152] Daran ebenfalls zweifelnd *Howells*, Journal of Law and Society 32 (2005), 349 (350).

[153] Streinz/*Lurger*, EUV/AEUV, Art. 169 Rn. 14; *Kroll-Ludwigs*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2010, 509 (523 f.).

[154] Vgl. *Schön*, in: FS Canaris, 2007, 1191 (1205 und 1208); differenzierend auch *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, 356 ff.

[155] Für verschiedene Optimierungsaspekte auch *Weber*, Journal of European Consumer and Market Law 2023, 67 (69); *Kroll-Ludwigs*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2010, 509 (524); für eine bessere Berücksichtigung des „framings" *Howells*, Journal of Law and Society 32 (2005), 349 (363 f.).

[156] *Gsell*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 130 (136 f.). Einen kleinen Schritt in diese Richtung stellt der Verbraucherkreditrichtlinienentwurf der Kommission dar, nach dem ein Formular „Europäische Standardübersicht über Verbraucherkredite" eingeführt werden soll, COM(2021) 347 final, Art. 10 Abs. 4; „erstaunlich zaghaft und letztlich ganz unbefriedigend" *Gsell,* Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 130 (142).

[157] *Kieninger*, in: Verhandlungen des 69. DJT, II/1, I. 29 (I. 35 f.).

Gegenteil sollte eine adressatengerechte Fassung wenigstens ermöglicht werden.[158] Hier kann etwa eine persönliche Ansprache eine Rolle spielen.[159] Wenn nun nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB die „gesonderte" Vereinbarung bestimmter Merkmale erforderlich ist, zeigen sich auch in der Gesetzgebung Ansätze, die über die gleichförmige Informationserteilung hinausgehen. Die hiesigen Vorschläge reihen sich in derartige Optimierungsideen ein; nur, dass es nicht um die Gestaltung, sondern um den optimalen Zeitpunkt geht.

Literaturverzeichnis

Atamer, Yeşim M./Chevalley, Cyrill A. H., Mängelhaftung und Regress. Eine Herausforderung für Händler?, in diesem Band, 105–128.

Bach, Ivo/Wöbbeking, Maren, Das Haltbarkeitserfordernis der Warenkauf-RL als neuer Hebel für mehr Nachhaltigkeit?, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 2672–2678.

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2023.

BeckOK-BGB, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 69. Edition, München 2023.

Busch, Christoph, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie? Die neue P2B-Verordnung im Überblick, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2019, 788–796.

Ebers, Martin, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, Tübingen 2016.

Fries, Martin, Erfüllung von Geldschulden über eigenwillige Zahlungsdienstleister, Verbraucher und Recht 2018, 123–127.

Gsell, Beate, Informationspflichten im europäischen Verbraucherrecht, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 130–153.

Grunewald, Barbara, Anmerkung zu BGH vom 10.11.2022 – I ZR 241/19, Kein unlauteres Vorenthalten von Informationen bei nur beiläufiger Erwähnung einer Herstellergarantie beim Internetkauf („Herstellergarantie IV"), Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht und Kurzkommentare 2023, 15–16.

Guggenberger, Nikolas, Umkehr der Durchsetzungslast beim PayPal-Käuferschutz, Neue Juristische Wochenschrift 2018, 1057–1060.

Habel, Oliver M., Anmerkung zu BGH vom 01.04.2020 – VIII ZR 18/19, „Amazon.de A–Z Garantie" bei Kauf ber Marketplace, Multimedia und Recht 2020, 469–470.

Howells, Geraint, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, Journal of Law and Society 32 (2005) 349–370.

Junker, Abbo, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., München 2022.

Kieninger, Eva-Maria, Referat, Thema: Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, Band II/1, München 2013, I. 29–I. 52.

[158] *Kieninger*, in: Verhandlungen des 69. DJT, II/1, I. 29 (I. 35 f.).

[159] *Rehberg*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, 284 (339).

dies., Schutz schwächerer Parteien und von Allgemeininteressen im europäischen IPR/IZVR in: Hein, Jan von/Rühl, Giesela, Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, Tübingen 2016, 307–335.

Kroll-Ludwigs, Kathrin, Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 2010, 509–534.

Leible, *Stefan*, Article 6 Rome I and Conflict of Laws in EU Directives, Journal of European Consumer and Market Law 2015, 39–44.

Leible, Stefan/Lehmann, *Matthias*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom I"), Recht der Internationalen Wirtschaft 2008, 528–544.

Leible, Stefan/Müller, *Michael*, Anmerkung zu BGH vom 17.09.2008 – III ZR 71/08 – Keine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Maklertätigkeit eines griechischen Rechtsanwalts, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, 26–28.

Lutzi, Tobias/Wilke, Felix, Brüssel Ia extendenda est? Zur Zukunft der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte in Zivil- und Handelssachen nach Ausweitung der EuGVVO, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 86 (2022), 841–875.

Lüttringhaus, Jan, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, Tübingen, 2018.

Magnus, Ulrich, UN-Kaufrecht und Verbraucher, in: Boele-Woelki, Katharina (Hrsg.), Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr, Den Haag 2010, 405–431.

ders., Grünes Gold – Kaufverträge über brasilianische Edelholzbäume, Internationales Handelsrecht 2021, 133–144.

Mankowski, Peter, Anmerkung zu OGH vom 08.09.2009 – 1 Ob 158/09f, Zur internationalen Zuständigkeit für Verbrauchersachen, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht und Kurzkommentare 2010, 323–324.

Modi, Julian N., Anmerkung zu AG Mettmann vom 06.08.2014 – 21 C 304713, Widerrufsbelehrung bei Teilnahme am Amazon Marketplace, Multimedia und Recht 2014, 812–813.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Band 5: §§ 343–406 HGB, CISG, 5. Aufl., München 2021.

Münchener Kommentar zum BGB, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Harmut/Limperg, Bettina (Hrsg.),

Band 3: §§ 311–432, 9. Aufl., München 2022;

Band 4: §§ 433–534, CISG, 8. Aufl., München 2019;

Band 5: §§ 535–630h, 9. Aufl., München 2023;

Band 13: u.a. Rom I-VO, 8. Aufl., München 2021.

Omlor, Sebastian, Auswirkungen des PayPal-Käuferschutzverfahren auf den Kaufpreiszahlungsanspruch (Besprechung von BGH, Urteil vom 22.11.2017 – VIII ZR 83/16 und VIII ZR 213/16), Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht 2018, 165–169.

ders., Die Online-Plattform als Zahlungsdienstleister, in: Rott, Peter/Tonner, Klaus (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, Baden-Baden 2018, 94–106.

ders., Schuldrecht AT: Erfüllung bei erfolgreichem Amazon A-bis-z-Garantieantrag (Besprechung von BGH, Urteil vom 01.04.2020 – VIII ZR 18/19), Juristische Schulung 2020, 787–789.

Rätze, Martin, BGH zu Informationspflichten bezüglich Herstellergarantien, Wettbewerb in Recht und Praxis 2023, 63–65.

Rehberg, Markus, Der staatliche Umgang mit Information – Das europäische Informationsmodell im Lichte von Behvioral Economics, in: Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, Tübingen 2007, 284–354.

Schermaier, Martin Josef, Kleiner als gedacht: Amazons „A-bis-z-Garantie". Wie der BGH die Marktmacht von Internetunternehmen stärkt, Juristenzeitung 2020, 997–1006.

ders., Ein „Käuferschutz", der PayPal vor dem Verkäufer schützt?, Juristenzeitung 2021, 124–132.

Schmidt, *Patrik*, Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht, Verbraucher und Recht 2022, 131–135.

Schmidt-Kessel, *Martin*, § 4 Verbraucherschutzrecht in der EU, in: Gebauer, Martin/Teichmann, Christoph (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, 259–328.

ders., Verbraucherschutz am Ende des Kaufrechtsparadigmas, Verbraucher und Recht 2023, 121–122.

ders., Vom Austauschvertrag zum Dauerschuldverhältnis, in diesem Band, 177–205.

Schön, Wolfgang, Zwinges Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: Heldrich, Andreas/Koller, Ingo et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, 1191–1211.

Schramm-Klein, Hanna, Der „wendige Kunde" – Konsumentenverhalten auf erweiterten Märkten, in diesem Band, 129–140.

Schubel, *Christian*, Haltbarkeitsgarantien des Herstellers im Dreieck zwischen Garantiegeber, Käufer und Verkäufer, Juristenzeitung 2022, 1084–1093.

Solomon, Dennis, Die Rom I-Verordnung in der deutschen ordentlichen Gerichtsbarkeit, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 115 (2016), 586–609.

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: §§ 433–480, Berlin 2023.

Stöber, Michael, Kommentar zu BGH vom 10.11.2022 – I ZR 241/19 – Herstellergarantie IV, Zur Pflicht von Internethändlern, über Herstellergarantien zu informieren, Betriebs-Berater 2023, 209–210.

Streinz, Rudolf/Michl, Walther (Hrsg.) EUV/AEUV, Beck'sche Kurz-Kommentare, 3. Aufl., München 2018.

Weber, Rolf, The Disclosure Dream – Towards a New Transparency Concept in EU Consumer Law, Journal of European Consumer and Market Law 2023, 67–70.

Wiedemann, *Denise*, Stilikonen, Travel Addicts und Food Junkies – Das Ausrichtungskriterium (Art. 17 Brüssel la-VO/Art. 6 Rom I-VO) im Lichte des Influencer-Werbechaos auf Instagram & Co, in: Rupp, Caroline/Antomo, Jennifer/Duden, Konrad/Kramme, Malte/Lutzi, Tobias/Melcher, Martina/Pförtner, Friederike/Segger-Piening, Sören/Walter, Stephan (Hrsg.), IPR zwischen Tradition und Innovation, Tübingen 2019, 163–182.

Wilke, *Felix M.*, Verbraucherschutz im internationalen Zuständigkeitsrecht der EU: Status quo und Zukunftsprobleme, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, 13–19.

ders., Bearbeitung von und Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27.03.2019, Rs. C-681/17: Widerrufsrecht beim Matratzenkauf nach Entfernung einer Schutzfolie, Verbraucher und Recht 2019, 312–315.
ders., (Verbrauchsgüter-)Kaufrecht 2022 – die Warenkauf-Richtlinie der EU und ihre Auswirkungen, Betriebs-Berater 2019, 2434–2447.
ders., Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, Verbraucher und Recht 2021, 283–293.
ders., Der fortgesetzte Siegeszug der autonomen Auslegung, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2022, 133–137.
ders., Wider den (einheitlichen) Erfüllungsort am „vertragsgemäßen Belegenheitsort", Archiv für die civilistische Praxis 223 (2023), 883–932.

Teil 2:

Neue Formen der Wertschöpfung

Vom Austauschvertrag zum Dauerschuldverhältnis[1]

Martin Schmidt-Kessel

I. Einführung 177
II. Ausgangspunkt: Der Kaufvertrag 179
1. Punktueller Leistungsaustausch als Leitidee des Vertragsrechts in der (bürgerlichen) Industrialisierung 179
2. Begrenzte Komplexität der Lösung 181
III. Charakteristika 183
IV. Folgewirkungen für das allgemeine Vertragsrecht 185
1. Essentialia negotii und Bestimmtheit 185
2. Überschätzung des Irrtumsrechts 187
3. Erfüllungszwang als zentraler Rechtsbehelf 188
4. Rücktritt als zentraler Rechtsbehelf 189
5. Vernachlässigung von Verträgen mit Dauerwirkung 190
V. Aufbrechen der Statik in der Digitalisierung 191
VI. Kernpunkte des Vertragsrechtswandels 192
1. Haltbarkeitsverantwortung des Verkäufers 193
2. Statusrechtliche Dauerbeziehungen auch beim punktuellen Austausch 194
3. Sachliche Ausweitung relevanter Qualitätserwartungen („Mangel“) . . 197
VII. Bedeutungszuwachs von Nutzungsverhältnissen 198
VIII. Ausblick: Nachhaltigkeit als nächster Anlaß 199
IX. Zusammenfassung 201
Literaturverzeichnis 202

I. Einführung

Das Vertragsrecht befindet sich europaweit im Wandel. Die Anstöße aus der Binnenmarktgesetzgebung und aus der Wissenschaft haben an vielerlei Stellen Änderungen ausgelöst, die in den 80er-Jahren des vorigen Jahrhunderts noch unvorstellbar schienen. Mehrere nationale Privatrechtsordnungen haben seither die Grundstrukturen ihres Vertragsrechts und Obligationenrechts grundlegend umgebaut,[2] andere diskutieren noch ausführlich; als besonders eindrucksvoll

[1] Die englische Fassung dieses Beitrags mit dem Titel „*The end of the sales paradigm*“ ist meinem lieben Kollegen *Matthias Storme* (Leuven) gewidmet und erscheint im Herbst 2024 in der ihm dedizierten Festschrift.

[2] S. nur für Belgien die Wet houdende boek 5 „Verbintenissen“ van het Burgerlijk Wetboek vom 28.04.2022. Für Frankreich die Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Für Deutschland

sind die großangelegten Reformen der osteuropäischen Privatrechtsordnungen[3] zu nennen. Dabei haben vor allem die große Reform des niederländischen bürgerlichen Rechts[4], der Erfolg des internationalen Einheitskaufrechts CISG sowie die Anstöße der verschiedenen Principles zum Vertrags- und Obligationenrecht – die Unidroit-Principles for International Commercial Contracts, die Priciples of European Contract Law und schließlich der DCFR – Pate gestanden.[5] Die ständig wiederkehrenden Anstöße aus Brüssel und Luxemburg haben zudem dazu geführt, daß große Teile unserer Privatrechtsordnungen heute EU-rechtlich überformt sind – für das deutsche BGB findet sich praktisch kein wichtigerer Vertragstyp mehr, der nicht in Teilen Umsetzungsrecht zu unionsrechtlichen Richtlinien wäre.[6] Die Entwicklung betrifft inzwischen bei weitem nicht mehr nur das Verbraucherrecht, sondern – vor allem in der Digitalisierung – zunehmend auch den unternehmerischen Geschäftsverkehr.

Viele dieser Rechtssetzungsakte und Arbeiten sind stark an der Warenwelt und mithin am Kauf orientiert. Die deutsche Schuldrechtsmodernisierung von 2002 hat das allgemeine Schuld- und Vertragsrecht zuvörderst an der Integration des Kaufgewährleistungsrechts in das allgemeine Leistungsstörungsrecht orientiert und die zuvor bestehende – vielen Rechtsordnungen bekannte – Sonderstellung der ädilizischen Gewährleistung beseitigt. Die Prägung des allgemeinen deutschen Schuldrechts durch das Kaufrecht[7] hat sogar bereits vereinzelt

---

das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001. Zur japanischen Reform des Schuldrechts, siehe etwa *Kozuka*, in: Graziadei/Zhang (Hrsg.), The Making of the Civil Codes, 2023, 181–201.

[3] Vgl. *Cserne*, in: Larouche/Cserne (Hrsg.), National Legal Systems and Globalization, 2013, 45–88.

[4] Vgl. *Florijn*, Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

[5] Vgl. *Kull*, Juridica International 1998, 98–102.

[6] *Schmidt-Kessel*, jus civile 2023, 639, 643 f.

[7] Bemerkenswert etwa BGHZ 162, 219, 224–230 (VIII. Senat) zur Beschränkung von § 326 II BGB mit dem bereits seinerzeit im Hinblick auf § 478 BGB 2002 (heute im Hinblick auf §§ 445a, 475d, 478 BGB) unzutreffenden Argument, die Aufzählung in § 437 BGB sei abschließend. Einem – etwa rein historisch begründeten – Sperrwirkungsargument gegen die Selbstvornahme oder deren Funktionsäquivalente beim Kauf unterhalb der Schwelle des Vertretenmüssens steht dies nicht entgegen, auch wenn dies nicht überzeugt. Ferner etwa die Auseinandersetzung zwischen V. und VII. Zivilsenat um die Ersatzfähigkeit fiktiver Mangelbeseitigungskosten nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB im Kauf- und Werkvertragsrecht: BGHZ 218, 1 (VII. Zivilsenat); BGH, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2021, 40 (V. Zivilsenat; Anfragebeschluß nach § 132 III GVG); BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 53 (VII. Zivilsenat; Antwort nach § 132 III GVG); BGHZ 229, 115 (V. Zivilsenat). Schließlich etwa zu den Ersatzvoraussetzungen mangelbedingter Ausfallschäden mit den Lösungen §§ 280 Abs. 1, 434 BGB (BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2009, 2674 [V. Zivilsenat: Grundstückskauf]; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2019, 1064 [VII. Zivilsenat: Nutzungsausfall bei mangelhafter Reparatur einer Maschine]), §§ 280 Abs. 1, 2, 286, 434 BGB (BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1989, 1215 [VIII. Zivilsenat: für Deckungskauf des Abnehmers des Käufers über Käse]; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2014, 1374 [VII. Zivilsenat: Bauträgervertrag mit Sanierungsverpflichtung]), §§ 280 Abs. 1, 3, 281/283, 434 BGB (BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 911 [VIII. Zivilsenat: Pkw-Kauf]; BGH,

zu Gegenreaktionen der für andere Vertragstypen zuständigen Senate des Bundesgerichtshofs gegen zu weitreichende kaufrechtliche Prägungen geführt.[8] Letztere sind zugleich Anzeichen eines sehr viel tiefgehenderen Wandels der Vertragsrechtsordnungen, der vorliegend mit dem Schlagwort vom „Ende des Kaufrechtsparadigma" adressiert wird. Ausgangspunkt ist dabei zunächst die Analyse dieses Kaufrechtsparadigmas in Charakteristik und Folgewirkungen für das allgemeine Vertragsrecht (I.-III.). Insbesondere die Digitalisierung und die Reaktionen des Vertragsrechts auf diese haben zu einem Aufbrechen dieser Strukturen im Vertragsrechtsdenken geführt (IV.), die sowohl den Kaufvertrag selbst wandeln als auch die wachsende Bedeutung anderer Leistungen erkennen lassen (V.). Für diesen großangelegten Änderungsprozeß sind erste Kernpunkte bereits erkennbar (VI.). Zugleich beginnt mit der Nachhaltigkeit der nächste Treiber des großen Strukturwandels bereits zu wirken und setzt dem Kaufrechtsdenken ebenfalls zu (VII.).

II. Ausgangspunkt: Der Kaufvertrag

Das Kaufrechtsparadigma für das allgemeine Schuld- und Vertragsrecht knüpft an den punktuellen Leistungsaustausch des einfachen Kaufvertrages an. Seine besondere Bedeutung hat er mit der Warenwirtschaft der industriellen Revolution erlangt, die Produktion, Handel und Warenverkehr zu Leitideen auch des Vertragsrechts gemacht hat. Dieser Prozeß, der sich weitgehend außerhalb des Schuldvertragsrechts später mit der Durchsetzung der Warenverkehrsfreiheit im Binnenmarkt in gewisser Weise wiederholt hat, prägt unser Vertragsrecht und unser Vertragsrechtsdenken bis heute.[9]

1. Punktueller Leistungsaustausch als Leitidee des Vertragsrechts in der (bürgerlichen) Industrialisierung

Die besondere Stellung des Kaufs darf vor allem auf die Abbildung der Wirtschafts- und Sozialentwicklung durch das Vertragsrecht zurückgeführt werden und ist damit zentraler Teil der Durchsetzung des bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert: Warenherstellung und Warenhandel sind nach dem Ende des *anci-*

Neue Juristische Wochenschrift 2010, 2426 [VIII. Zivilsenat: Pkw-Kauf]; BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2017, 153 [VIII. Zivilsenat: Pkw-Kauf]) und schließlich das Genügen der Voraussetzungen von §§ 280 Abs. 1, 3, 281/283, 434 BGB (alternative Lesart von BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 911 [VIII. Zivilsenat: Pkw-Kauf]).

[8] Mit besonderem Nachdruck etwa BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 53 (VII. Zivilsenat).

[9] Das gilt auch für das englische Recht, welches zwar mit dem Seetransport ein zweites prägendes Vertragsmodell kennt, das aber letztlich ebenfalls am Fokus auf den dadurch organisierten Warenverkehr orientiert ist.

en régime Kern der wirtschaftlichen und vertragsrechtlichen Entwicklung. Sie spiegelt sich zuvörderst in der Neuorganisation des Handels und damit in den handelsrechtlichen Gesetzgebungen und Gesetzgebungsplänen Europas unter den neuen marktliberalen Bedingungen. Solche Sonderkodifikationen finden sich nach französischem Vorbild auch dort, wo bereits allgemeine zivilrechtliche Kodifikationen bestehen und entwickeln einen erheblichen Einfluß auf die Vertragsrechtsentwicklungen einschließlich des Kaufrechts.[10] Nach der Verabschiedung und Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 und dessen kaufrechtlicher Verstümmelung im HGB 1900 kam diese kaufrechtsorientierte Sonderkodifikationsentwicklung wieder zum Erliegen: Die Schweiz verzichtete mit dem OR sowohl 1881 als auch 1911 auf ein eigenständiges Handelsvertragsrecht[11] und England kodifizierte den Kaufvertrag 1893 einheitlich im Sale of Goods Act;[12] ihnen sind später unter anderem Italien (1941) und die Niederlande (1992) unter Abschaffung ihrer vorherigen Sonderkodifikationen gefolgt. Allen gemein ist die Kodifikation eines am Warenhandel orientierten Kaufrechts als Teil der allgemeineren Entwicklung. Dabei sind die Mischungen aus handelsrechtlichen Einflüssen und Ausprägungen ädilizischer Systeme zur Behandlung von Qualitätsdefiziten sehr unterschiedlich.

Großteils parallel zu dieser Entwicklung erfolgt die Ausprägung eines allgemeinen materiellen Vertragsbegriffs und Vertragsrechts in den Rechtsordnungen Europas im 18. und 19. Jahrhundert im Nachgang zur Durchsetzung von Bindungswille und Privatautonomie als Grundlage der Vertragsbindung im rationalistischen Naturrecht und der damit verbundenen Klagbarkeit aller Verträge. Eine allgemeine Vertragsbindung war Grundlage der Entwicklung allgemeiner vertragsrechtlicher Regeln aus dem vorhanden Material vor allem der Stipulation sowie der einzelnen Vertragstypen respective *actiones*; sie fanden insbesondere für die keinen besonderen Regelungen unterliegenden und in diesem Sinne atypischen Verträge Anwendung.[13] Die Voraussetzungen des Vertragsschlusses und dessen Wirksam- oder Unwirksamkeit, die Inhaltsbestimmung, die Regeln über die Vertragserfüllung sowie das Leistungsstörungsrecht waren Gegenstand solcher Entwicklungen. In ihnen liegt der Ursprung der – zeitgemäßen – besonderen Orientierung am Kauf, die im BGB von 1900 mit der Konzentration der Vertragsaufhebung auf den seinerzeit relativ jungen Rück-

[10] Hamburg etwa erklärte das ADHGB auch für nicht kaufmännische Geschäfte für anwendbar, s. *Bergfeld*, Ius Commune XIV (1987), 101, 113.

[11] Trotz Übernahme von Teilen des ZGB 1923 ist es hingegen in Liechtenstein bis heute bei einer – zwischenzeitlich vielfach geänderten – Kombination aus ABGB (seit 1812) und ADHGB (seit 1865) geblieben.

[12] Heute unter Übernahme der Grundstruktur als – danach vielfach geänderter – Sale of Goods Act 1979 in Kraft. Für Irland gilt nach wie vor ein – ebenfalls vielfach geänderter – Sale of Goods Act 1893.

[13] S. *Coing*, Europäisches Privatrecht II, 435.

tritt[14] unter Vernachlässigung der Kündigung eine besonders starke Ausprägung erfahren hat. Nur wenig abgeschwächt wurde diese Entwicklung auf dem Kontinent durch die Beibehaltung einer gesonderten Gewährleistungshaftung als Fortentwicklung der ädilizischen Klagen. Deren Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht ist und war in den betreffenden Rechtsordnungen unterschiedlich und ist durch das Hinzutreten der Umsetzungen von VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG und WarenkaufRL 2019/771 nicht vereinfacht worden. Die deutsche Entwicklung ist zunächst durch ein Nebeneinander gekennzeichnet[15], um dann ab Anfang der 40er-Jahre des 20. Jahrhunderts in ein Sperrwirkungsdogma[16] der Gewährleistung umzuschlagen.[17] Mit der hart umkämpften Integration der Qualitätsstörungen in das allgemeine Leistungsstörungsrecht durch die Reform von 2002 ist diese Kombination für Deutschland zugunsten eines noch stärker kaufrechtlich orientierten allgemeinen Schuld- und Vertragsrechts aufgegeben worden.

Mag die Orientierung am Kaufvertrag heute auch ein Auslaufmodell sein, als Leitmodell wies und weißt der Kauf auch heute noch erhebliche Rationalisierungsgewinne auf, die vor allem durch die mit diesem Modell verbundenen Vereinfachungen einhergehen: Eine erste Vereinfachung ergibt sich durch die Anknüpfung der schuldrechtlichen Sachentscheidungen an die – im freien Warenverkehr verkehrsfähige – Sache; in einigen Rechtsordnungen erfolgt die Anknüpfung schuldrechtlicher Entscheidungen, insbesondere der vertraglichen Risikoverteilung, sogar direkt an das Sacheigentum, weshalb mit § 446 BGB eine selten angesprochene Konsequenz des deutschen Trennungs- und Abstraktionsprinzips einhergeht. Die Anknüpfung an die Sache erlaubt zudem eine vereinfachte Benennung des Kerns der Leistung und der begleitenden Risiken und erleichtert deren Versicherbarkeit. Sie gestattet zudem eine – wohl nie ganz vollständige – Projektion der Umgebungsvariablen in den bilateralen Leistungsaustausch, sowie eine Abschichtung und Durchdringung der begleitenden Dienstleistungen in den Wertschöpfungs- und Lieferketten.

2. Begrenzte Komplexität der Lösung

So sehr das vereinfachende Abstellen auf das Synallagma des Platzkaufs über eine Sache für die angedeuteten Rationalisierungsgewinne des 19. und auch

[14] Zur Entwicklung des Rücktrittsrechts vor allem *Scherner*, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung.

[15] RGZ 53, 200, 201 f.; RGZ 117, 315; RGZ 135, 339, 346 f.; RGZ 161, 330, 337; auch noch BGH LM § 463 BGB Nr. 1 (obiter). Aus der Literatur folgend etwa *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 279 f.; vgl. *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 55 Fn. 83.

[16] Einprägsam *Sailer*, Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Schlechtlieferung, § 2 II (und öfter).

[17] Beginnend im Anschluß an Larenz schon mit RG DR 1941, 638 sodann BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1965, 532; BGH LM § 276 BGB Nr. 3 (Bl. 1); BGHZ 67, 359 (*obiter*); BGHZ 77, 215, 217 f. (*obiter*, da ohnehin verjährt).

noch des 20. Jahrhunderts steht, so sehr erweist sich das Modell des Kaufrechts heute als unterkomplex. Das zeigt die bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts bestehende Verlustliste:

Die unzureichende Befassung der Kodifikationen mit selbständigen und unselbständigen Dienstleistungen ist zwar vor allem in Deutschland unter dem Gesichtspunkt des *von Gierke*'schen Diktums vom „sozialistischen Öl" bekannt geworden, hat aber vor allem eine völlig unzureichende Erfassung der Dienstleistungswirtschaft durch die verschiedenen Vertragsrechte zur Folge gehabt.[18] Auch Gebrauch und Gebrauchsvorteile sind, von den klassischen Regelungen zur Immobiliarmiete abgesehen, kaum zureichend erfaßt, was sich nicht erst in den mühsamen Versuchen einer vertragsrechtlichen Erfassung von Datennutzungsrechten in neuester Zeit, sondern schon länger in der merkwürdigen Behandlung von Lizenzen über immaterialgüterrechtlich geschützte Güter zeigt. Schon ein einheitliches Sachmietrecht für Mobilien und Immobilien findet sich eher selten, von rechtsvergleichenden Untersuchungen ganz zu schweigen.[19]

Schließlich ist die mit der kaufrechtlichen Vereinfachung – zumindest außerhalb des Gesellschaftsrechts und gemeinschaftlicher Rechtsinhaberschaft – verbundene weitgehende Reduzierung des Vertragsrechts auf Bilateralität zu nennen: Im englischen und irischen Common Law hat diese Bilateralität ihre vielleicht radikalste Ausgestaltung erfahren – nicht ohne diese mit Instrumenten außerhalb des *Contract Law* wie *Covenant* oder *Bailment* zu durchbrechen. Erst spät hat man in England mit dem *Contracts (Rights of Third Parties) Act* 1999 begonnen, diese Zurückhaltung gegenüber vertraglichen Drittwirkungen aufzugeben.[20]

Schon die letzte Bemerkung zeigt die Ambivalenz der genannten Verluste. Jedenfalls zeitgenössisch sind die bereits angesprochenen Rationalisierungen vor allem als Freiheitsgewinne gegenüber dem *ancien régime* zu werten. Die Konzentration auf Waren, Sacheigentum und den Kauf entspricht zudem einer für das 19. und Teile des 20. Jahrhunderts berechtigten Konzentration auf den ökonomischen Kern der zeitgenössischen Wirtschaft. Schließlich sind auch die durch die Orientierung am Kaufrecht erreichten juristischen Abstraktionsge-

[18] Die mutige niederländische Lösung einer Modularisierung – mit dem Geburtsfehler einer Ausklammerung der Geschäftsbesorgungen – wie auch die konservativeren jüngsten japanischen Reformen sind insoweit international bislang zu wenig diskutiert worden. Siehe aber *Zimmermann*, Service Contracts.

[19] Siehe immerhin *Haellmigk*, Die Leihe in der französischen, englischen und deutschen Rechtsordnung; *Poppen*, Die Mobiliarmiete im englischen und deutschen Recht.

[20] Für Irland fehlt eine entsprechende gesetzliche Regelung bislang. Siehe allerdings s. 117A Irish Data Protection Act 2018, der seit 2021 die engbegrenzte Durchsetzung vertraglicher *third party beneficiary rights* für bestimmte Fälle von Datentransfers in Drittstaaten vorsieht.

winne positiv hervorzuheben, von der die europäischen Rechtsordnungen bis heute profitieren.

III. Charakteristika

Der Kaufvertrag weist einige Charakteristika auf, welche dann auch Konsequenzen für seine Modellfunktion für das allgemeine Schuld- und Vertragsrecht haben und dort zu einer Tendenz führen, die sich als statisch einordnen läßt. Dabei erhebt die nachfolgende Aufstellung keinen Anspruch auf Vollständigkeit:

Die strikte Unveränderlichkeit des Vertrages, die sich bei der Durchsetzung der allgemeinen Vertragsbindung etabliert hat, ist für die Warenwirtschaft essentiell. Entsprechend umkämpft sind und waren Einschränkungen der Bindung, die dann überwiegend außerhalb des Kaufrechts diskutiert wurden. Das gilt für die französischen und belgischen Leitentscheidungen zu Geschäftsgrundlagenkonstellationen[21] ebenso wie für die Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts[22] und die scharfen Kritiken um die Einführung von § 313 BGB[23]. Die Einführung einer eigenen Regelung durch Art. 1195 frzCc 2016 und durch Art. 5.74 belCc 2022 kann insoweit auch als ein kleines Abrücken vom Kaufrechtsparadigma interpretiert werden; ohnehin waren entsprechende Entscheidungen für Kaufverträge rechtsvergleichend immer selten.[24] Die Unveränderlichkeit der vertraglichen Bindung führt zugleich zu einer erheblich gesteigerten Bedeutung der einschlägigen Risikozuweisungen, weil diese bereits bei Vertragsschluß feststehen und anschließend nur konsensual verändert werden können.

Der Kauf paßt zudem nur sehr eingeschränkt zu offenen Vertragsinhalten, für die das deutsche Recht in §§ 315 f. BGB zwar Vorsorge getroffen hat, während das Weisungsrecht nach § 447 Abs. 2 BGB eher einen – rechtsvergleichend kaum nachgeahmten[25] – Fremdkörper darstellt. Rechtsvergleichend hat beim Kauf, als dem einzigen auf Geld oder schuldrechtliche Geldäquivalente als Gegenleistung festgelegten Vertragstyp, insbesondere der unbestimmte Preis

---

[21] Siehe für Frankreich Cass.civ., 06.03.1876, D.1876, I, 93 (Canal de Craponne), aber auch Conseil d'État, 30.03.1916, D.P. 1916, 3, 25 (*Gaz de Bordeaux*); für Belgien: Cass., 30.10.1924, Pas., 1924, I, S. 565; *Vael*, in: Cornelis (Hrsg.), Liber Amicorum Tijdschrift voor Privaatrecht en Marcel Storme, 2004, 703; *Philippe*, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle; für Québec: *Lluelles*, Revue générale de droit, 36 (1), 2006, 25–67.

[22] Siehe RGZ 107, 78 (1923).

[23] Insbesondere *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 241.

[24] Siehe etwa *Tsakiroglou & Co Ltd* v *Noblee Thorl GmbH* [1962] AC 93 (cif-Kauf von Erdnüssen aus dem Sudan mit Abwicklung um Kap Horn als Folge der Suez-Krise 1956: keine *frustration*).

[25] Vgl. nur Artt. 66–70 CISG.

Schwierigkeiten bereitet. Vor allem die französische Rechtsprechung hat eine Zeit lang mit entsprechenden Nichtigkeitsfolgen Vertriebspartner großer Hersteller auf der Grundlage von Art. 1591 frzCc und ursprünglich auch des früheren Art. 1129 frzCc aF zu schützen versucht[26] und damit sogar eine Sonderregelung in Art. 55 CISG verursacht. Erst recht sind Offenheiten bei der charakteristischen Leistung nicht selbstverständlich möglich (dazu noch unten sub III.1.).

Ähnliche Schwierigkeiten bereiten dem Kauf die für Dienstleistungen typischen Pflichtenbündel, weil sich der Kauf auf die Kaufsache konzentriert. Jedes zusätzliche Element läßt sich nur schwer in der Regelungslogik abbilden, weil der Kauf mit seiner Risikoverteilung dazu tendiert, solche zusätzlichen Elemente zu ignorieren.[27] Beim Kauf vom Hersteller oder den Transportpflichten konnte man sich lange mit besonderen Vertragstypenqualifikationen[28] oder Gefahr- und Kostentragungsregeln[29] behelfen; entsprechend hat man in Deutschland die Problematik anfallender Aus- und Einbaukosten bei Ersatzlieferungen lange über den Leistungsort zu klären versucht[30] statt mit einer Sachentscheidung – obwohl sie eigentlich nur eine Folge des insoweit fragwürdigen Verschuldensprinzips ist.[31] Der lange verbreitete Ausschluß von Nacherfüllungsansprüchen und deren Vermischung mit einem Recht zur zweiten Andienung hat eine Ursache ebenfalls in der Konzentration auf den Kern des Kaufs.

Die Punktualität des Austauschs ist ein weiterer Punkt der Risikozuweisung und begründet für den Kauf eine „fire and forget"-Logik: Das rigide Gefahrtragungsregime erlaubt es dem Verkäufer, nach dem Übergang der Gefahr das Interesse am weiteren Schicksal der Kaufsache zu verlieren. Nachvertragliche Verantwortlichkeiten außerhalb der späteren Beseitigung von bei Gefahrübergang vorliegenden Mängeln sind dem klassischen Kauf fremd.

Auch die entwickelten Regeln zur Gläubiger-, also Käuferverantwortung beruhen auf der Simplizität des Standardkaufs: Wo Faktoren aus der Gläubigersphäre zentrale Parameter der durch die Leistung erzielten Wertschöpfung sind, bedarf es eines erheblich differenzierteren Kooperationsregimes als dies die Entgeltanspruchsregeln wie auch die Verteidigung- und Kostenerstattungsre-

---

[26] Siehe Cass.com., 27.04.1971, Bull.civ. IV, 107; Cass. 1ère civ., 11.10.1978, Bull. civ. IV, 223, 224 et 225 und schließlich Cass.plén., 01.12.1995, Bull. civ., 9 („l'article 1129 du Code civil [n'est] pas applicable à la détermination du prix"), 7 und 8.

[27] Diese Tendenz wirkt sich nun beim Kauf über Waren mit digitalen Elementen besonders problematisch aus, weil die Folgen der Vertragsaufhebung wegen unterbliebener Aktualisierung einen Windfall Profit des Verbrauchers vor allem dann begründen können, wenn eine Aufhebung erst weit nach Leistungsaustausch erfolgt.

[28] Siehe etwa die Lieferungsverträge nach 11. Titel §§ 981–987 ALR sowie für den Sonderfall der Bierlieferung Art. 5 f. BayAGBGB.

[29] Siehe etwa Artt. 32, 67, 68 CISG oder § 447 II BGB.

[30] Siehe den – allerdings zur Wandelung entschiedenen – Dachziegelfall BGHZ 87, 104.

[31] Dazu insbesondere implizit EuGH 16.06.2011, C-65/09, C-87/09 (Weber and Putz) mit seinen schadensrechtlichen Formulierungen.

geln der *mora creditoris* und ihrer Funktionsäquivalente leisten. Die Plumpheit des deutschen Annahmeverzugslohns nach § 615 BGB, die auch auf das kaufrechtsorientierte System der Leistungsstörungstypen, den *cause approach*, zurück geht, ergibt hier ein gutes Beispiel dieser Logiken.

Auch die Bilateralität, in der das allgemeine Schuld- und Vertragsrecht denkt, hat letztlich im Warenhandel und beim Kauf ihre Ursache. Weder die Regeln der Gebrauchsüberlassung noch die der Dienstleistungen können sich erlauben, ihre Regeln zu gestalten, ohne auf Mehrseitigkeiten vorbereitet zu sein.[32]

Schließlich kann auch nur in einem dem stark vereinfachenden Kaufrecht folgenden Schuldrecht die Idee einer weitreichenden Sonderbehandlung von Qualitätserwartungen dauerhaft Bestand haben. Eine solche Sonderbehandlung scheitert bei anderen Vertragstypen bereits am Fehlen des einen Gegenstandes, auf den sich die Qualität – theoretisch – beschränken kann, was – wie gesehen – sogar für den Kauf realiter nicht mehr zutrifft.

Die Orientierung des allgemeinen Schuld- und Vertragsrechts am Kauf ist also mit erheblichen Besonderheiten des Kaufs verknüpft und neigt dazu, diese zu verallgemeinern. Das bleibt nicht ohne Folgewirkungen für die Instrumente des allgemeinen Schuld- und Vertragsrechts.

IV. Folgewirkungen für das allgemeine Vertragsrecht

Die Kaufrechtsorientierung des allgemeinen Schuld- und Vertragsrechts bleibt nicht ohne Folgen für dessen Ausgestaltung. Hier ist selbstverständlich nicht der Platz, diesen Folgen flächendeckend nachzuspüren. Ebensowenig kann hier die – jedenfalls für Deutschland aber auch rechtsvergleichend bislang nur wenig untersuchte – Frage nach der Eignung des allgemeinen Schuldrechts für Gebrauchsüberlassungen und Dienstleistungen allgemein beantwortet werden. Dem entsprechend wird es im Folgenden nur um fünf vorwiegend dem deutschen Recht entnommene und dazu diskutierte Beispiele gehen, für die sich meines Erachtens Auswirkungen der Kaufrechtsorientierung feststellen lassen:[33]

1. Essentialia negotii und Bestimmtheit

Ohne die Orientierung am Kauf wäre der Siegeszug der *essentialia negotii*-Doktrinen vor allem in den kontinentalen Rechtsordnungen Europas nicht vergleichbar stark ausgefallen: Sie gehen auf die bereits erwähnten (s. oben II.)

---

[32] Zur Frage der Mehrseitigkeit s. *Storme*, The George Washington Law Review 85 (2017), 1739–1776.

[33] Ein weiteres Beispiel könnte die Figur der Obligation, also des Schuldverhältnisses im engeren Sinne selbst sein vgl. *Storme*, Tijdschrift voor Privaatrecht 2008, 305–319 and *Schmidt-Kessel*, jus civile 2023, 639, 640ff.

Schwierigkeiten des statischen Kaufs mit offenen Vertragsinhalten zurück und werden auch durch einschlägige Ergänzungs- und Konkretisierungsmechanismen nicht wirklich begrenzt: Die hinreichende Bestimmtheit der vertraglichen Abreden hinsichtlich der wesentlichen Bestandteile eines Vertrages gilt vielfach als Wirksamkeitsvoraussetzung.[34] Weitaus zurückhaltender ist hingegen die gleichfalls vorzufindende Auffassung, die in den *essentialia negotii* lediglich eine Voraussetzung für die Zuordnung zum betreffenden Vertragstyp sieht.[35] Hingegen findet sich in den Kodifikationen der klare Hinweis des Art. II.–4:103(1)(b) DCFR, daß es auf die Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts hinsichtlich der wesentlichen Kernpunkte ankommt, häufig gerade nicht. Letztlich geht es rechtspolitisch um die Frage, ob und aus welchen Sachgründen eine Rechtsordnung Freiheitsbeschränkungen durch Bestimmtheitserfordernisse akzeptiert, wenn ein hinreichender Wille der Parteien zur Vertragsbindung feststellbar ist.

Dabei sieht bereits das Gesetz vielfach Ergänzungsmechanismen vor und macht damit deutlich, daß es insoweit für die Wirksamkeit der Bindung keine weitergehende Bestimmtheit erwartet. Das gilt insbesondere für die Bestimmbarkeit des Preises, wo etwa das BGB von 1900 bei verschiedenen Dienstleistungen einen entsprechenden Ergänzungstatbestand vorsieht (§§ 612, 632, 689 BGB).[36] Im Handelsverkehr finden sich sogar regelmäßig allgemeine Regeln wie § 354 HGB (Deutschland) und § 354 UGB (Österreich), welche die generelle Entgeltlichkeit von Leistungen – dispositiv – klarstellen und unter Verweisen auf Üblichkeit und Angemessenheit konkretisieren.[37] Während allgemeine einseitige Preisbestimmungsrechte schon Ende des 19. Jahrhunderts üblich waren (§ 316 BGB),[38] ist der allgemeine Verweis auf einen gewöhnlichen oder vernünftigen Preis (s. Art. II.–9:104 DCFR) noch eher selten.

Daß es mit diesen Preisbestimmungsmechanismen vor allem bei Dauerverträgen nicht getan ist, zeigen freilich die – außerhalb des Währungsschuldrechts[39] überwiegend noch unverbundenen – Debatten um Wirksamkeiten von Preiserhöhungsklauseln und Fragen der Ausübungskontrolle, die von Gaspreis-

---

[34] Besonders ausgeprägt *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Aufl., § 29 Rn. 17. Siehe ferner die oben in Fn. 26 knapp beleuchtete Entwicklung der französischen Rechtsprechung zu Art. 1591 frzCc und den früheren Art. 1129 frzCc aF.

[35] Insbesondere *Flume*, Das Rechtgeschäft, § 6 Nr. 2 (S. 80).

[36] Die Vorschriften werden – soweit ersichtlich unwidersprochen – bei der Miete entsprechend angewandt, s. MüKoBGB/*Häublein*, § 535 Rn. 220.

[37] Interessanterweise gilt § 354 I HGB – anders als § 354 I UGB – dem Wortlaut nach nicht für den Kauf, während die Vorschrift für die Miete unwidersprochen analog angewendet wird: s. OLG Düsseldorf, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 1996, 287; OLG Rostock, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 1999, 967; *Stapel*, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 1999, 932 ff.; MüKoBGB/*Häublein*, § 535 Rn. 220.

[38] Der Anwendungsbereich von § 316 BGB ist freilich immer sehr eng gehalten worden: s. etwa BeckOK-BGB/*Gehrlein*, § 316 Rn. 1–3.

[39] Siehe etwa für Deutschland das im Hinblick auf die ausschließliche Zuständigkeit der

klauseln[40] über Preisregeln für Nachträge beim Bau[41] und Kreditzinsanpassungen bis hin zu Klauseln für allgemeine Bankgebühren[42] gehen. Das Kaufrecht hat entsprechende Debatten vor allem für die berüchtigten Tagespreisklauseln für Neuwagen geführt.[43]

Auch bei der charakteristischen Leistung sind die zahlreichen vorhandenen Detailregelungen zu Vertragskonkretisierungen (etwa zu Spezifikationskauf[44], Wahlschuld oder Konkretisierung bei Gattungsschulden) bislang kaum einmal zu einer einheitlichen Konzeption zusammengeführt worden. Das gilt sogar für das für die Dienstleistungen so zentrale Weisungsrecht, wo Versuche einer allgemeinen Konzeption wie Art. IV.C.–2:107 und Artt. IV.D.–4:101-4:104 DCFR bislang kaum einmal abstrakt diskutiert worden sind. Rechtsvergleichung findet in diesem Bereich vor allem vertragstypenspezifisch statt.[45]

2. Überschätzung des Irrtumsrechts

Ein zweites Beispiel für die Konsequenzen der Kaufrechtsorientierung ist die überschätzte Bedeutung des Irrtumsrechts sowie der sonstigen Regeln für Willensbeeinträchtigungen bei Vertragsschluß. Der statische Charakter des Kaufs und des durch ihn bewirkten punktuellen Leistungsaustauschs verlangt danach Pflichten und Risikoverteilungen mit dem Vertragsschluß abschließend festzulegen. Dies führt zu einer erheblich größeren Relevanz von Irrtumsrisiken als dies bei Dauerverträgen mit Änderungsmöglichkeiten der Fall ist. Diese Irrtumsrisiken und deren besondere Relevanz schließen Irrtümer über die Leistungsqualität ein, woraus insbesondere beim Kauf die vielen Rechtsordnungen bekannten, aber verschieden aufgelösten Koordinationsprobleme der involvierten Regime herrühren.[46] Sie beruhen funktional regelmäßig auf der Zuweisung von Irrtumsrisiken an eine der beiden Parteien durch die Qualitätsvorgaben, vgl. Art. II.–7:201(2)(b) DCFR.

Selbstverständlich sind der Vertragsinhalt und seine Stabilität auch außerhalb des Kaufrechts von Bedeutung, weil auch gestreckte Leistungsaustausche und

---

EU im Währungsrecht nicht unumstrittene Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden (Preisklauselgesetz).

[40] S. EuGH, Urteil vom 21.03.2013, C-92/11 – RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.

[41] Vgl. §§ 650b–650d BGB.

[42] EuGH, Urteil vom 11.11.2020, C-287/19 – DenizBank sowie zuvor *Schmidt-Kessel/Rank*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2018, 266–272.

[43] Siehe zum CISG: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schroeter*, Art. 14 CISG Rn. 76, 77; für Deutschland BGHZ 90, 69.

[44] S. die vergleichenden Hinweise zu Art. 65 CISG bei Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Mohs*, Art. 65 CISG Rn. 2.

[45] S. aber *Fischer*, Weisungsrechte am Beispiel des Transportvertrags im deutschen, englischen und französischen Recht.

[46] Vgl. *Rothoeft*, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung.

Dauersituationen primär an den ursprünglichen Vertrag anknüpfen und nachträgliche Änderungen schon deshalb keine Selbstverständlichkeit sind, weil es für die Vertragsbindung nach wie vor einer Rechtfertigung durch die Autonomie beider Parteien bedarf. Gleichwohl sind nachträgliche Anpassungen an frühere Fehleinschätzungen aber auch an unvorhergesehene Entwicklungen regelmäßig unter bestimmten Bedingungen vorgesehen und auch vielfach erforderlich, um den Vertrag sinnvoll weiter durchzuführen. Die entsprechenden erheblich dynamischeren Risikozuweisungen haben wegen der Kaufrechtsorientierung vielfach keinen Einzug in nationale Kodifikationen gefunden, sondern sind mit unterschiedlicher Filigranität regelmäßig auf der Basis allgemeiner Regeln entwickelt worden.[47] Erst in jüngerer Zeit finden sich vermehrt spezifischere Regelungen zu Vertragsanpassungen,[48] die freilich kaum einmal in der Zusammenschau und oder gar rechtsvergleichend betrachtet werden.[49]

3. Erfüllungszwang als zentraler Rechtsbehelf

Die Kaufrechtsorientierung ist auch ein zentraler Treiber für die Struktur der Rechtsbehelfe im allgemeinen Schuld- und Vertragsrecht: Sachbezogenes Kaufrecht konzentriert sich im Krisenfall (theoretisch) auf die Erzwingung in Natur. Sogar das der *specific performance* eher abholde Common Law spricht hier mit der sehr weitgehenden Zulassung beim Grundstückskauf und der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in s. 52 Sale of Good Act 1979 sowie s. 19 Consumer Rights Act 2015 jeweils für *specific or ascertained goods* Klartext. Der berühmte Satz des ursprünglichen Art. 1142 frzCc/belCc aF „Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur." markiert eine zentrale Gegenposition für andere Pflichteninhalte und damit auch Vertragstypen, wurde aber in seinen Wirkungen durch die französische wie belgische Praxis bereits zuvor schon erheblich reduziert;[50] die betreffende Fallgruppe gilt heute vielfach als Fall der Unmöglichkeit der Durchsetzung in Natur iSv Art. 1221 frzCc. respective Art. 5.234 belCc.

---

[47] Das gilt auch für den umgekehrten Fall der deutschen Einschränkung der Anfechtungswirkungen bei Dauerschuldverhältnissen in Abweichung von § 142 BGB, vgl. RGZ 165, 193, 201 ff.; *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 23 ff.; *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 214 ff.

[48] Unionsrechtlich beachte besonders Art. 19 DigitalvertragsRL 2019/770 (dazu *Möllnitz*, Multimedia und Recht 2021, 116 ff.); Artt. 9–12 PauschalreiseRL 2015/2302; Art. 54 Zahlungsdienste-RL 2015/2366 (dazu oben Fn. 42); Art. 105 Abs. 4 TK-KodexRL 2018/1972 (zur Vorgängerregelung EuGH, Urteil vom 26.11.2015, C-326/14 – Verein für Konsumenteninformation/A1 Telekom Austria); ferner die Judikatur zu Gaspreisklauseln (dazu oben Fn. 40).

[49] Siehe allerdings bereits *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. Rechtsvergleichend geht es dort insbesondere um die Schwierigkeiten aus der *doctrine of consideration* für Anpassungsverträge (S. 83–121).

[50] Etwa für Belgien Cass., 04.05.2020, R.G. n. S. 19.0075.F. Für Deutschland s. §§ 888, 887 ZPO, die bei materiellrechtlichen Betrachtungen nicht selten übergangen werden.

Schon für Gattungskäufe ist die beim Stückkauf plausible Erfüllungsklage – außerhalb von Verknappungssituationen – kein realistisches Szenario. Vielmehr zeigt der historische Regelungszustand des BGB 1900 die eigentliche Sachfrage für den Erfüllungsanspruch bei der Gattungsschuld: es geht – neben der in §§ 275 Abs. 1, 279 BGB 1900 explizit geregelten Erhaltung des Erfüllungsanspruchs auch bei Sachuntergang – um die Kosten der Ersatzbeschaffung unter Geltung des Verschuldensprinzips. Die Eröffnung einer funktionalen Selbstvornahme qua Deckungsgeschäft setzt nämlich unter der Herrschaft dieses Verschuldensprinzips die Überwindung der Haftungsschwelle voraus. Hierin liegt der eigentliche Sachgrund für die strikte Beschaffungshaftung beim Gattungskauf nach § 279 BGB 1900, der in der Übernahme des Beschaffungsrisikos nach § 276 Abs. 1 BGB nur noch nachhallt.

4. Rücktritt als zentraler Rechtsbehelf

Noch deutscher als die Konzentration auf den Erfüllungsanspruch mutet aus rechtsvergleichender Sicht die Aufspaltung der Rechte zur Vertragsaufhebung in den funktional rückwirkenden Rücktritt[51] und die auch funktional nicht rückwirkende Kündigung an; sie ist durch §§ 327c, 327m BGB mit der Zwischenkategorie der Vertragsbeendigung um eine weitere, unionsrechtlich weitgehend vorgegebene dritte Variante erweitert worden. Obwohl die große Mehrzahl der besonders geregelten Vertragstypen Dauerverträge betrifft, ist das allgemeine Aufhebungsrecht des BGB der Rücktritt, der außer bei Kauf und Tausch nur noch beim Werkvertrag und dort auch nur nach Fertigstellung respective Abnahme sowie im Rahmen einer Vorverlagerung nach § 323 Abs. 4 BGB Anwendung findet. Zudem kommt der Rücktritt nur bei gegenseitigen Verträgen zur Anwendung, so daß sich der Anwender bei nicht explizit geregelten Leistungsstörungen der Schenkung teilweise sogar der *condictio ob rem* nach § 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB bedienen muß. Kaufrechtlicher als der Rücktritt kann ein Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung daher kaum sein.

Der Zuschnitt auf den Kauf setzt sich auch bei weiteren Leistungsstörungsfragen fort, insbesondere beim Einsatz des Rücktrittsfolgenrechts als Rechtsfolgenregelung für andere Rechtsbehelfe, was bei der Minderung nach §§ 441 Abs. 4 S. 2, 638 Abs. 4 S. 2 BGB als – nach richtiger Auffassung – bloßem Unterfall des Rücktritts[52] noch erklärbar ist. Schwieriger ist die Anwendung schon bei den Dienstleistungen des Reisevertrags- und Dienstvertragsrechts (§§ 628 Abs. 1 S. 3, 651m Abs. 2 S. 2 BGB – bei den §§ 536, 547, 651l BGB scheint man entsprechende Verweise vergessen zu haben). Ganz unglücklich ist die Anwen-

[51] Mit der Durchsetzung der Umsteuerungswirkung im Anschluß an *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag (1975) hat sich zugleich die Auffassung durchgesetzt, dass der Rücktritt keinen formalen Rückwirkungseffekt im Sinne einer *ex tunc*-Wirkung hat.

[52] *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rn. 552, 557.

dung schließlich beim allgemeinen Vertragsschadensersatz statt der ganzen Leistung nach § 281 Abs. 5 BGB, der bei Dauerverträgen kaum sinnvoll anwendbar ist – dementsprechend hat das Digitalvertragsrecht die Norm auch im Ausgangspunkt völlig zurecht, wenn auch im Ergebnis einigermaßen sinnlos durch § 327m Abs. 3 S. 3 BGB ersetzt.

Jenseits deutscher Grenzen ist das Regime in der Regel bei weitem nicht zu kaufrechtsorientiert, weil bei einheitlichen – und nicht auf Synallagmata beschränkten Vertragsaufhebungsrechten wegen Vertragsverletzung regelmäßig erst auf der Rechtsfolgenseite differenziert wird. Für das englische Recht hat dies unter der Überschrift der *failure of consideration* zu einer unübersichtlichen Kasuistik geführt.[53] Art. III.–3:511 DCFR hat eine weitgehend sachgleiche Lösung erheblich einfacher formuliert. Belgien und Frankreich haben sie in ihren jüngsten Reformen in der Sache durch Art. 5:95 belCc und Art. 1229 frzCc übernommen und dabei die frühere tatrichterliche und mit der Kassation kaum kontrollierte Rechtsprechungspraxis weitestgehend fortgeschrieben.

Eine zusätzliche Schwäche der deutschen Dichotomie aus Rücktritt und Kündigung besteht schließlich in der Lücke, welche eine völlig fehlende Rückwirkung der Kündigung bei zeitlichem Abstand zwischen Leistungsstörung und Aufhebung läßt, weil für den Zeitraum ab Leistungsstörung bis Eintritt der Kündigungswirkungen – abgesehen von der Rückabwicklung von Vorauszahlungen für Folgezeiträume nach §§ 547, 628 Abs. 1 S. 3 BGB – kein Äquivalenzausgleich erfolgt. Für das Mietrecht und das Reisevertragsrecht ist immerhin dem Mieter respective dem Reisenden mit der *ex lege*-Minderung praktisch geholfen, weil insoweit eine Rückwirkung auch ohne Vertragsaufhebung stattfindet. Für das allgemeine Leistungsstörungsrecht läßt sich das nur annehmen, soweit entgegen der herrschenden Auffassung ein – funktional – rückwirkendes Minderungsrecht nach §§ 326 Abs. 5, 323 BGB bejaht wird[54] – bei Dauerverträgen ist das nicht leicht zu begründen. Die unter Äquivalenzgesichtspunkten auch im Hinblick auf die Vermutung zum Zeitpunkt der Mangelhaftigkeit recht exzessive Rückabwicklungsregelung in Artt. 16–18 der Richtlinie 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen hat der Problematik für Digitalverträge nunmehr eine EU-rechtliche Regelung beschert, die von Restitutionsideen des Kaufrechts (zu) deutlich abrückt.

5. Vernachlässigung von Verträgen mit Dauerwirkung

Zu alledem paßt schließlich eine weitestgehende Vernachlässigung von Dauerverträgen in den Regeln des allgemeinen Schuld- und Vertragsrechts. Teilweise

---

[53] Siehe die Darstellungen bei Chitty/*McKendrick*, §§ 27-078 – 27-086 (mit dem vielsagenden Hinweis in Fn. 410: „The total failure requirement may not survive further judicial scrutinity") und – ebenfalls kritisch – Chitty/*Virgo*, §§ 32-063 ff. (beides Band 1).

[54] Vgl. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rn. 554 f., 557.

und vor allem im Common Law wird der auf Dauer angelegte Vertrag ohnehin nicht oder allenfalls eingeschränkt als Sonderfall verstanden. Auf dem Kontinent findet sich zwar regelmäßig eine ausgeprägte Dogmatik von Dauerverträgen mit verschiedenen Kategorisierungen, die jedoch wenig Abbildung in den Kodifikationen gefunden hat. Immerhin finden sich vermehrt Regelungen zu Vertragsdauer und gewöhnlicher Beendigung[55] sowie zur außerordentlichen Beendigung von Dauerverträgen;[56] überwiegend greift freilich Anwendbarkeit der allgemeinen Aufhebungsregeln ohne besondere Aufmerksamkeit für den Dauervertrag (s. oben sub 4.).

Wenig Einigkeit besteht hingegen zu Bindungsdauern im Allgemeinen, zumal zahlreiche Rechtsordnungen erkennbar mit unbefristeten Verträgen und deren ordentlicher Beendigung fremdeln, während andere Kettenbefristungen zu bekämpfen suchen. Dazu paßt auch die grobe Unbestimmtheit der neuen Haltbarkeitserwartungen im digitalen Bereich (dazu noch unten sub V.1.), wo standardisierte Verantwortungsdauern gerade bei Kaufverträgen fehlen. Auch andere Sachfragen wie beispielsweise die explizite oder stillschweigende Verlängerung oder Erneuerung (siehe aber Artt. 5.77, 5.78 belCc, Artt. 1213–1215 frzCc), Änderungsregeln und Änderungsklauseln, Entgeltdynamisierungen, Anbieterwechsel sowie Abwicklungsregeln nach Anbieterwechseln sind überwiegend nicht allgemein geklärt. Vorhandene Regelungen oder Grundsätze zu *frustration* oder Geschäftsgrundlagen sind vielfach zu grob und erscheinen regelmäßig wenig geeignet, den Klärungsbedarf mittelfristig zu befriedigen.

V. Aufbrechen der Statik in der Digitalisierung

In der Digitalisierung mit all ihrer – auch vertragsrechtlichen – Dynamik stößt die Kaufrechtsorientierung des allgemeinen Vertrags- und Schuldrechts an ihre Grenzen. Dabei spielen vor allem zwei wesentliche Eigenschaften des Digitalvertragsrechts im weiteren Sinne eine wesentliche Rolle:

Zum einen werden in der Digitalisierung Dauerverträge endgültig zum Regelfall des Vertragsrechts. Das gilt auch für die Fälle eines an sich gewollten nur punktuellen Austausches. Ursache dafür sind auch die neuen oder nunmehr erheblich relevanteren Rechtsobjekte der Werknutzungsrechte und Datennutzungsrechte, die jenseits der Geltung von Erschöpfungsregeln notwendig auf Dauerverhältnisse hinauslaufen. Die geschäftsbesorgungsartige Dauerverantwortung datenschutzrechtlich verantwortlicher Personen, die inzwischen mit dem Data Act und dem Data Governance Act der EU auch im Schuldrecht ge-

[55] § 195 estLOA; Art. 5.75 Abs. 2 belCc; Artt. 1210 Abs. 2, 1211 frzCc.

[56] § 196 estLOA; § 314 BGB. Richtigerweise sind auch die Regeln zur Geschäftsgrundlage hier her zu zählen, vgl. § 97 estLOA; § 313 BGB; Art. 5.74 belCc; Art. 1195 frzCc.

setzgeberische Abbildungen findet,[57] schickt sich sogar an, in Zukunft die Punktualität des Leistungsaustauschs illusionär werden zu lassen.

Zum anderen erfolgt – auch im Bereich des Sachkaufs aber im Übrigen weitaus selbstverständlicher – eine erheblich weitergehende Funktionalisierung und damit Zweckorientierung der Vertragsinhalte, welche sich insbesondere in den Qualitätsanforderungen der Verwendungseignung und der *fitness for purpose* niederschlägt und Sicherheitserwartungen selbstverständlich einschließt. Der laufende Wechsel der vertragsrechtlichen Grundperspektive vom Nutzen zum Haben nimmt in dieser – auch betriebswirtschaftlich getriebenen[58] – Entwicklung seinen Ausgang und beschreibt den Wandel besonderes einprägsam.

Diese Entwicklung bleibt auch für den Kauf selbst nicht ohne Folgen:[59] Die mit ihm verbundene Komplexitätsreduktion kommt an ihre Grenzen. Dies wird etwa mit der als „Ende des Gefahrübergangs“[60] adressierten Entwicklung zu Erhaltungs- und Haltbarkeitserwartungen beim Kauf (dazu sogleich sub V. 1.) deutlich, aber auch bei der Wiederentdeckung der Nutzungszuweisung an den Käufer (vgl. § 446 S. 2 BGB) sowie der zunehmenden Behandlung von Nutzungsausfallschäden. Schließlich sind auch die zunehmende Verbindung mit begleitenden Dienstleistungen jenseits der Klassiker Transport und Herstellung – allgemein (Art. 2 VerbraucherrechteRL 2011/83/EU), bei der Montage und Installation (Art. 8 WarenkaufRL 2019/771, Art. 9 DigitalvertragsRL 2019/770), bei der Verantwortlichkeit für Kundendaten und deren Nutzbarkeit (Art. 16 Abs. 2–4 DigitalvertragsRL 2019/770; Artt. 3 ff. DA) – sowie die Aufladung der kaufrechtlichen Qualitätsanforderungen mit sachfernen Zwecken und Motiven ein Zeichen für den Wandel des Kaufvertrages.

VI. Kernpunkte des Vertragsrechtswandels

Nachfolgend sollen einige Kernpunkte dieses laufenden Vertragsrechtswandels ausgeleuchtet werden. Diese betreffen aus der hier eingenommenen Perspektive primär den Wandel des Kaufrechts selbst[61] sowie die erhebliche Aufwertung des Mietrechts sowie sonstiger Nutzungsverträge und -berechtigungen.[62]

---

[57] Siehe zu letzterem *Schmidt-Kessel*, Multimedia und Recht 2024, 75, 81–82 und zu beidem *Schmidt-Kessel*, in: de Franceschi/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), The Value of Consumer Data in the Digital Economy (erscheint voraussichtlich 2025).

[58] Siehe die Nachweise zu betriebswirtschaftlichen Ansätzen bei *Schmidt-Kessel*, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, 9, 12 f.

[59] Dazu bereits *Schmidt-Kessel*, jus civile 2023, 639, 648 f.

[60] *Schmidt-Kessel*, in: FS für Takashi Oka, 2020, 319 ff.

[61] S. erneut *Schmidt-Kessel*, jus civile 2023, 639, 648 f.

[62] Dazu bereits allgemeiner *Schmidt-Kessel*, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, 9, 11–21.

1. Haltbarkeitsverantwortung des Verkäufers

Die wohl einschneidendste Veränderung des Kaufrechts liegt im wachsenden Infragestellen der Punktualität des Leistungsaustauschs im Hinblick auf eine Verantwortungskontinuität des Verkäufers auch über den Zeitpunkt des Austauschs hinaus. Diese Verantwortungskontinuität schlägt sich vor allem in einer erweiterten gesetzlichen Haltbarkeitsverantwortung des Verkäufers nieder, welche über das durch §§ 443 Abs. 2, 479 Abs. 3 BGB bereitgestellte Regime zu freiwilligen Haltbarkeitsgarantien erheblich hinausgeht.

Zu nennen ist hier in erster Linie die Begründung von allgemeinen Haltbarkeitserwartungen durch § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 mit S. 2 BGB für das allgemeine Kaufrecht und damit über Verbraucherverträge hinaus und Art. 7 Abs. 1 lit. d WarenkaufRL 2019/771 als Qualitätsmerkmal des Kaufgegenstands.[63] Sie macht grundlegend deutlich, daß die Qualitätsverantwortung des Verkäufers über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinausreicht und daß Haltbarkeitserwartungen als Teil der berechtigten Verbrauchererwartungen an die Qualität des Kaufgegenstandes Bedeutung erlangen. Erheblich weiter gehen – gerade auch für den Kauf – die Erhaltungspflichten für digitale Elemente und digitale Produkte sowie die daraus abgeleiteten Aktualisierungspflichten (vulgo Updatepflichten) nach Art. 7 Abs. 3 WarenkaufRL 2019/771 und Art. 8 Abs. 2 DigitalvertragsRL 2019/770 sowie in §§ 327e Abs. 3 Nr. 5, 327f, 475b Abs. 4 Nr. 2, 475c BGB.

Insgesamt wird bereits eine Tendenz zur allgemeinen Regel mit Modifikation des klassischen Kaufrechts – in Deutschland also der §§ 434, 446, 447 BGB – ausgemacht[64] und provozierend mit „Ende des Gefahrübergangs“[65] adressiert. Sie ließe sich für das deutsche Recht auf der Pflichtenebene in einem § 433 Abs. 1 S. 2 BGB-E etwa wie folgt formulieren: „Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen und für die geschuldete Dauer zu erhalten“.[66] Für den Gefahrübergang ließe sich zusätzlich ein § 446 S. 4 BGB ergänzen: „Soweit der Verkäufer die [Haltbarkeit oder] Erhaltung der Sache schuldet, geht die zufällige Verschlechterung der Sache nach der Übergabe oder nach Verzug der Annahme zu Lasten des Verkäufers.“

Hinzu kommt nunmehr auch die unlängst beschlossene Richtlinie zum *Right to repair*[67], welche mit der Stärkung von Reparatur und Reparierbarkeit im Gegensatz zur Ersetzung des Kaufgegenstandes zu einer weiteren Ausdifferen-

---

[63] Siehe insbesondere *D'Onofrio*, Il difetto di durabilità del bene, sowie *Croon-Gestefeld*, Neue Juristische Wochenschrift 2022, 497.

[64] *Schmidt-Kessel*, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, 9, 16.

[65] *Schmidt-Kessel*, in: FS für Takashi Oka, 2020, 319 ff.

[66] So bereits *Schmidt-Kessel*, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, 9, 16.

[67] Richtlinie (EU) 2024/1799 v. 13.6.2024, ABl. 2024/1799 v. 10.7.2024. Dazu bereits perspektivisch *Kieninger*, Recht auf Reparatur („Right to Repair“) und Europäisches Vertragsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2020, 264 ff.

zierung der Verantwortungskontinuität des Verkäufers führt. Einerseits wird Art. 7 Abs. 1 lit. d WarenkaufRL 2019/771 um ein objektives Erfordernis der Reparierbarkeit ergänzt und die Nachbesserung durch Modifikationen in Art. 10 WarenkaufRL 2019/771 verjährungsrechtlich privilegiert, andererseits werden für bestimmte Produktgruppen des europäischen Ökodesignrechts zusätzliche Reparaturansprüche für Verbraucher geschaffen, welche nicht *ex lege* Teil des Gewährleistungsrechts sind, sondern vom Unternehmer auch bepreist werden können. Auch jenseits dieser Regeln finden sich vertriebsrechtliche[68] wie verbrauchervertragsrechtliche[69] und schließlich auch designrechtliche[70] Überlegungen zur Vorhaltung von Ersatzteilen.

Die mit dem „Ende des Gefahrübergangs" einhergehende Ausweitung der Verantwortungskontinuität des Verkäufers wirft eine Reihe – ungelöster und bislang auch kaum adressierter – Folgefragen auf: Diese betreffen zunächst schuldrechtlich den Kauf als – zumindest partielles – Dauerschuldverhältnis und damit die Anwendbarkeit der für diese Kategorie maßgebenden Regeln, insbesondere zur Dauer der Verantwortung sowie zur Modifikation von deren Inhalt. Insbesondere liegt es nahe – die in Deutschland als Ganze unabdingbare[71] – Regelung zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund auf die entsprechenden Leistungsteile anzuwenden. Dasselbe gilt für – sachlich einschlägige – Regelungen zur Vertragsänderung wie Art. 19 DigitalvertragsRL 2019/770 oder deren Umsetzungen etwa in § 327r BGB. Zudem liegt es nahe, die bereits länger entwickelten und immer wieder verfeinerten Vorgaben des Produkt- und IT-Sicherheitsrechts – auch zur Laufzeitbestimmung – in die Vertragsinhaltsbestimmung zu integrieren.

2. Statusrechtliche Dauerbeziehungen auch beim punktuellen Austausch

Auf der Rechtsverschaffungsebene könnte der Kauf kaum einfacher konstruiert sein: Der Verkäufer schuldet die Verschaffung von Eigentum, also des allumfassenden Vollrechts an körperlichen Gegenständen. Das entspricht nicht allein

---

[68] S. etwa BGH, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 2007, 1697; *Kleinmann/Siegert*, Betriebs-Berater 2006, 785 ff.

[69] S. etwa *Tonner/Gawel/Schlacke/Alt/Bretschneider*, Verbraucher und Recht 2017, 3.

[70] Zur Einschränkung des Designschutzes s. nunmehr die neugefaßte Richtlinie 2024/2823 v. 23.10.2024 über den rechtlichen Schutz von Designs, ABl. 2024/2823 v. 18.11.2024. S. ferner die Einschränkungen durch die Änderung der Verordnung über den Schutz von Gemeinschaftsgeschmacksmustern (Entscheidung des EP zum Trilog-Ergebnis: P9_TA(2024)0164).

[71] Nach allgemeiner Auffassung in Deutschland im Kern zwingendes Recht, BGH, Neue Juristische Wochenschrift 1986, 3134; BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 314 Rn. 28; BeckOGK-BGB/*Martens*, 01.07.2024, § 314 Rn. 24; Erman/*Böttcher*, § 314 BGB Rn. 3; Grüneberg/*Grüneberg*, § 314 BGB Rn. 3; jurisPK-BGB/*Weth*, § 314 Rn. 44; MüKoBGB/*Gaier*, § 314 Rn. 7; Nomos Kommentar BGB/*Jung*, § 314 Rn. 66; Soergel/*Teichmann*, § 314 BGB Rn. 9.

dem rechtsvergleichenden Befund zum Kauf,[72] sondern auch den EU-rechtlichen Festlegungen, s. nur Art. 2 Nr. 5 VerbraucherrechteRL, Art. 2 Nr. 1 WarenkaufRL 2019/771 und ferner Art. 91 lit. b GEKR-VO-E. Erst allmählich rückt in das Bewußtsein, daß diese Vereinfachung schon im klassischen analogen Kauf Grenzen aufwies, wie sich etwa aus der – tendenziell *en passant* erfolgenden – Behandlung von Nutzungsmöglichkeiten und Nutzungsvorteilen aus der Kaufsache ergibt.[73] In der mangelnden Befassung mit derartigen Nebenpflichten und -folgen liegt auch eine der Ursachen für die Schwierigkeiten, welche gerade Nutzungen in Fällen der Rückabwicklung von Kaufverträgen bis heute bereiten. Das UN-Kaufrecht behandelt die Frage der Zuweisung der Nutzungsbefugnis gar nur bei der Rückabwicklung, s. Art. 84 Abs. 2 CISG. Spätestens die Artt. 3–13 DA zeigen nun, wie essentiell die Frage nach den – dinglichen wie schuldrechtlichen – Dauerwirkungen auch bei vermeintlich klassischen Kaufverträgen inzwischen ist.

Generell läßt sich insoweit ein schleichender Funktionsverlust des Sacheigentums für die Rechtsverschaffung – und damit auch der kaufrechtlichen Eigentumsverschaffungspflicht in ihrem Kern – konstatieren: Die Allzuständigkeit aus dem Vollrecht Eigentum läßt sich jenseits der analogen Welt nur noch eingeschränkt sachenrechtlich konstruieren. Die schuldrechtlichen Pflichten der Parteien werden dementsprechend auch beim punktuellen Austausch zunehmend durch den Umgang mit daneben bestehenden statusrechtlichen (vulgo „dinglichen") Dauerbeziehungen konfrontiert, die von den sachenrechtlichen Rechtszuweisungen nicht oder nicht vollständig erfaßt und integriert werden: Die – ggf. gutgläubig lastenfreie – Sachübereignung genügt nicht mehr, um den klassischen Vorstellungen der versprochenen Allzuständigkeit des Verkäufers hinreichend Rechnung zu tragen – die schuldrechtlichen Ansprüche des Käufers können daher auch leicht(er) mit besonderen statusrechtlichen Rechtspositionen Dritter kollidieren. In der Sonderregel zur Behandlung von Schutzrechten aus gewerblichem oder anderem geistigem Eigentum in den Konformitätsbestimmungen des UN-Kaufrechts durch Art. 42 CISG liegt ein frühes Aufleuchten dieser Problematik,[74] in der unionsrechtlichen Rechtsmängelhaftung nach Art. 9 WarenkaufRL 2019/771 und Art. 10 DigitalvertragsRL eine deutlichere Botschaft. Aus jüngster Zeit sind hier insbesondere die schuldrechtlichen[75] Datenzugangsregeln der Artt. 3–13 DA zu nennen, die vor allem für

---

[72] Siehe bereits *Rabel*, Recht des Warenkaufs, Band 1, 314 f. (gerade auch in Abgrenzung zur Eviktionshaftung).

[73] *Rabel*, Recht des Warenkaufs, Band 2, 354 widmet dem nicht einmal eine Seite und nennt lediglich die kalbende Kuh und die „Lizenzgebühren für den Gebrauch einer verkauften Maschine" als Beispiele.

[74] Die historische Zwecksetzung aus dem immaterialgüterrechtlichen Territorialitätsprinzip war selbstverständlich eine andere, s. Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schwenzer*, Art. 42 Rn. 1 f.

[75] Dafür mit Nachdruck *Schmidt-Kessel*, Multimedia und Recht 2024, 75, 78.

Käufe von IoT-Geräten und verbundenen Diensten das Kaufrecht – teilweise unter Einbeziehung dritter Datenempfänger – um entsprechende Rechte und Pflichten sowie die zugehörigen Rechtsbehelfe ergänzen.[76]

Auf der Verfügungsebene der Rechteverschaffung respective -einräumung besteht in diesem Rahmen nicht immer die Möglichkeit, die schuldrechtlichen Vorgaben einer Vollrechtsverschaffung, vgl. § 433 Abs. 1 S. 1 sowie ggf. § 453 Abs. 1 S. 1 BGB, vollständig umzusetzen. Immer wieder bleibt dem Verkäufer nur die Verschaffung oder Begründung dauerhafter – aber eben zeitlich gedachter – Nutzungsbefugnisse als Behelfslösung und teilweise nicht einmal das. Soweit etwa bei mit der Kaufsache verbundenen digitalen Inhalten eine Erschöpfung ausscheidet und auch sonst kein weitgehender Rechtserwerb an der betreffenden Werkkopie – etwa für Deutschland als Privatkopie nach § 53 UrhG – in Betracht kommt, bleibt nur die Einräumung von Permanentlizenzen zugunsten des Käufers. Dabei verbleiben urheberrechtlich ohnehin stets Einschränkungen gegenüber einer Vollrechtseinräumung, etwa bei der Privatkopie hinsichtlich der Verbreitung oder bei der Erschöpfung hinsichtlich Vermietung und Verleih. Teilweise muß hier zusätzlich mit Lizenzkonstruktionen notdürftig ausgeholfen werden, soweit die betreffenden schuldrechtlichen Rechtspositionen des Käufers nicht wirksam abbedungen sind. Nicht zuletzt darin liegt die besondere Bedeutung der – in Deutschland in § 31 Abs. 5 UrhG verankerten – Übertragungszwecktheorie.

Datenrechtlich ist die Lage eher noch komplizierter. Das hat außerhalb des Datenschutzrechts seine Ursache nicht zuletzt in der bislang unbestimmten Ausgestaltung entsprechender Verfügungsvorgänge – einschließlich Art. 4 Abs. 13, 14 DA – auf unionsrechtlicher wie nationaler Ebene.[77] Schwerwiegender noch sind die für personenbezogene Daten etablierten Restriktionen, welche auch Kaufverträge ggf. mit prekären daten(schutz)rechtlichen Dauerverhältnissen kombinieren. Dabei wirken diese Restriktionen ggf. auch auf schuldrechtlicher Ebene durch entsprechende gesetzliche Verpflichtungsverbote – etwa gegen die Verpflichtung zur Unterlassung von datenschutzrechtlichem Widerruf nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO oder Widerspruch nach Art. 21 DSGVO[78] –, was sich vor allem in der Unmöglichkeit der Verpflichtung zur Einräumung hinreichend gesicherter Permanentnutzungsbefugnisse („Lizenzen") an personenbezogenen Daten niederschlägt. Für nicht-personenbezogene Daten droht entsprechendes zumindest bei nachfolgender Personalisierung oder im Falle der dogmatischen Annäherung der einschlägigen Verfügungsvorgänge an Daten-

[76] Zum – über Kauf und Miete hinausgehenden – Anwendungsbereich der Vorschriften s. *Schmidt-Kessel*, Multimedia und Recht 2024, 75, 76 ff.

[77] Siehe die sehr verschiedenen Ansätze bei *Schur*, Die Lizenzierung von Daten und *Wunner*, Ein regulatives Vertragsrecht für die Datenwirtschaft.

[78] Grundlegend für die Einwilligung insoweit bereits *Langhanke*, Daten als Leistung, 137 ff.

schutz- oder Urheberrecht. Datennutzungsbefugnisse etablieren daher auch im Rahmen von Kaufverträgen notwendig Dauervertragselemente.

Aus diesen statusrechtlich begründeten oder erforderlichen Dauervertragselementen ergeben sich erhebliche Rückwirkungen auf die schuldrechtliche Verantwortungs- und Risikoverteilung und teilweise sogar auf die Vertragstypen. Letzteres ist etwa der Fall, soweit Nutzungsverhältnisse auf der Gegenleistungsseite die Qualifikation des Vertrags als Kaufvertrag ausschließen, weil als Gegenleistung kein – monetärer – Preis im Sinne der einschlägigen Bestimmungen vereinbart ist, vgl. Art. 2 Nr. 1 WarenkaufRL 2019/771 im Gegensatz zu den weiteren Art. 2 Nr. 5 VerbraucherrechteRL und Art. 5 GEKR-VO-E. Praktisch bedeutsamer ist freilich die Abbildung der entstehenden statusrechtlichen Dauerbeziehungen im Vertrag. Teilweise wird insoweit durch „Lizenzdenken" unmittelbar auf die dingliche Ebene zurückgegriffen und werden damit die durch einseitige Schutzinteressen geprägten Regeln dieser Ebene zu Nutzungsbefugnissen auf der schuldrechtlichen Ebene etabliert. An brauchbaren schuldrechtlichen Beschreibungen der Interessenlage und Risikoverteilung fehlt es bislang. Die wenigen punktuellen Regelungen zu Dauerelementen im Kauf – bei verbundenen Diensten, bei Haltbarkeits- und Erhaltungsverantwortung, bei verbundenen oder enthaltenen digitalen Produkten, bei Datennutzungsverhältnissen usf. – haben bislang noch nicht zu einer allgemeinen Beschreibung des Kaufs als Dauerschuldverhältnis geführt.

3. Sachliche Ausweitung relevanter Qualitätserwartungen („Mangel")

Dritter schuldrechtlicher Kernpunkt ist der substantielle Wandel der Qualitätserwartungen mit ihren – je nach Rechtsordnung und Kontext unterschiedlich formulierten – Hauptanknüpfungspunkten der Verwendbarkeit und der Beschaffenheit. Während sich diese traditionell vornehmlich auf Defizite der Sachsubstanz und deren unmittelbares Umfeld beziehen,[79] hat sich insbesondere der EU-rechtliche Konformitätsbegriff deutlich von der Verbindung zum physischen Zustand der Kaufsache weg entwickelt.[80] Zu den Gründen dafür zählt die inzwischen selbstverständliche Anwendung des Mangelbegriffs auf immaterielle Kaufgegenstände[81] sowie auch die erhebliche Ausweitung der Vertragsergänzungsmechanismen der europäischen Konformitätsbegriffe auf Pauschalreise und digitale Leistungen. Die Begriffsbildung hat daher schon bei den engeren Formulierungen „Beschaffenheit" oder „Merkmal" eine Loslösung

[79] Für diese Sichtweise beim Kauf in Deutschland nach wie vor *Wilke*, Verbraucher und Recht 2021, 283, 284; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 434 Rn. 60–63.

[80] In diesem Sinne nunmehr auch BeckOK-BGB/*Faust*, § 434 Rn. 15–19; Jauernig/*Berger*, § 434 Rn. 8.

[81] Für das deutsche Recht bereits RGZ 67, 86 (mit spannenden rechtsvergleichenden Hinweisen).

von körperlichen Leistungsgegenständen erfahren, die nicht ohne Rückwirkungen auf das Kaufrecht bleibt.

Der zunehmende Verlust des Sachbezugs geht mit einer erheblichen Funktionalisierung der Mangelbegriffe einher. Die Konformitätsbeschreibungen über die klassische *fitness for purpose* des englischen Rechts wie auch der Tauglichkeits- und Verwendbarkeitsanforderungen kontinentaler Mangelbegriffe haben in dieser Hinsicht bereits eine lange Tradition, die sich nun durch die ganz allgemeine Aufnahme der Funktionalität – wie auch einiger Unterformen wie Kompatibilität, Interoperabilität oder zuletzt Reparierbarkeit – unter die Merkmale und Beschaffenheiten von Leistungsgegenständen zu einer allgemeinen Funktionalitätsbetrachtung des Leistungsgegenstandes ausweitet. Damit werden auch immaterielle Aspekte einschließlich ethischer Anforderungen möglicher Bestandteil der Mangelbegriffe und damit der Verkäuferpflichten.[82] Vor allem aber wandeln sich die Qualitätsanforderungen der Mangelbegriffe hin zu allgemeinen Instrumenten der Vertragsinhaltsbestimmung, was bei den Pflichtenbündeln des Dienstleistungsrechts nicht überrascht, für den Kaufvertrag jedoch weitgehend Neuland ist.

VII. Bedeutungszuwachs von Nutzungsverhältnissen

Nur kurz gestreift werden kann hier der immense Bedeutungszuwachs den Nutzungsverhältnisse im Rahmen der Vertragsrechtstransformation erfahren. Dabei bedeutet die Bezeichnung Nutzungsverhältnis nicht notwendig eine Tendenz zu mehr Mietrecht, insbesondere weil viele Situationen eines *Service by Design*[83] von Praxis und Lehre den verschiedenen Vertragstypen des Dienstleistungsrechts zugewiesen werden.

Bereits für den Kauf wird jedoch eine solche Hinwendung zum Nutzungsverhältnis sichtbar, indem der Kauf zunehmend als Erwerb von Nutzungspotentialen gesehen wird. Diese Perspektive zeigt sich bereits in den erwähnten Qualitätsanforderungen der Zweck- und Verwendungseignung des Kaufgegenstandes: Dem Käufer wird – partiell – das Verwendungsrisiko hinsichtlich dieses Kaufgegenstandes abgenommen, soweit die Verwendungseignung geschuldet ist. Die oben (sub 3) beschriebene Ausweitung des Funktionsdenkens auch auf die Beschaffenheit respective die Merkmale des Kaufgegenstandes jenseits des Sachbezuges setzen diesen Weg konsequent fort. Dazu paßt auch eine er-

[82] Zu den ethischen Anforderungen grundlegend *Schwenzer/Leisinger*, in: Cranston/Ramberg/Ziegel (Hrsg.), Jan Hellner in memoriam, 2007, 249–275. S. ferner *Schmidt-Kessel*, in: Möstl (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht, 2017, 129–149.

[83] Siehe zu dieser Konzeption *Schmidt-Kessel*, Verantwortung digitaler Plattformen – Versuch einer vertragsrechtlichen Perspektive des Service by Design, vorgesehen für Versicherungsrecht 2024 (Vortrag beim Karlsruher Forum 2024).

höhte Inanspruchnahme von Regelungen zu Nutzungen und Nutzungsausfall, die nicht selten auf eine wachsende praktische Bedeutung nicht vorbereitet sind. Das gilt etwa für die vielfach eher randständigen kaufrechtlichen Regelungen zur Nutzungsbefugnis – einschließlich des in Deutschland weitgehend in Vergessenheit geratenen § 446 S. 2 BGB – wie auch die schwierigen Fragen eines Zusammentreffens einer Abwicklung gezogener oder nicht gezogener Nutzungen bei Vertragsaufhebung mit einem auf Nutzungsausfallschaden gerichteten Schadensersatz – jeweils wegen Verletzung vertraglicher Pflichten des Verkäufers.[84]

Aber auch für Nutzungsverträge im engeren Sinne ist eine wachsende Bedeutung zu konstatieren. Auch wenn die verschiedenen geregelten Vertragstypen in der Tradition der *locatio conductio* regelmäßig schon bislang auch für besitzlose Nutzungen und immaterielle Güter offen waren,[85] sind die einschlägigen Bestimmungen für Miet- und Pachtverträge jedoch primär auf die Nutzung körperlicher Gegenstände und deren Überlassung an den Nutzer ausgelegt.[86] Eine eingehende Untersuchung der Eignung des klassischen Regelungscorpus für besitzlose Nutzungssituationen[87] steht generell wie auch im Hinblick auf das Zusammenspiel mit kaufvertraglichen Leistungen derzeit aus. Sie wäre für Deutschland insbesondere im Hinblick auf die Ausweitung der Gegenstände des Mietvertrages durch § 548a BGB auf digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen und damit überwiegend auf Situationen der Nutzung aufgrund Zugangs und ohne Überlassung, vgl. § 327b Abs. 3 und 4 BGB, besonders dringlich. Das gilt erst recht für Fälle der Verbindung von Kauf und Nutzungselementen in einem Vertrag, etwa unter Art. 3 Abs. 4 DigitalvertragsRL oder § 327a Abs. 1 und 2 BGB.

VIII. Ausblick: Nachhaltigkeit als nächster Anlaß

Das Ende des Kaufrechtsparadigmas für das Vertragsrecht wird inzwischen in erster Linie nicht mehr nur durch die Digitalisierung vorangetrieben: Wie schon bei den Überlegungen zum *Right to repair* angedeutet, zeichnet auch der zweite Megatrend unserer Tage, die Nachhaltigkeitstransformation, inzwischen gleichermaßen für den beschriebenen Abstieg des punktuellen Austauschs von

[84] Dazu aus deutscher Perspektive *Gsell*, Juristenzeitung 2004, 643, 646; *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht, Kap. 13 Rn. 563.

[85] Siehe insbesondere für Italien: Cian/Trabucchi/*Belloni Peressutti*, Art. 1571 Abs. 4 Rn. 8. Für Deutschland siehe die Anwendbarkeit des Mietrechts im Rahmen des bereits seit 1900 auch auf immaterielle Güter anwendbaren Pachtrechts nach § 581 II BGB sowie für ASP-Verträge BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2007, 2394, Rn. 11–21.

[86] Vgl. Art. 1575 no. 1 itCc (Codice Civile von Italien).

[87] Zweifelnd etwa *Riehm*, in: Schmidt-Kessel/Möllnitz (Hrsg.), Grundfragen des Digitalvertragsrechts, 1, 9; differenzierend *Möllnitz*, im selben Band, 17 ff.

Ware gegen Geld verantwortlich: Im Unterschied zu den Wandlungen des Digitalvertragsrechts geht es dabei auch um die Ersetzung im Kern analoger Kaufverträge. Aus Nachhaltigkeitssicht ist nämlich bereits der Vertragstyp Kauf als solcher problematisch; er ist in seiner klassischen Gestalt einerseits Müllverursacher und begründet andererseits eine problematische Verantwortungsabgabe aufgrund des Gefahrübergangs.

Müllverursacher ist der Kauf gleich in zweierlei Hinsicht: Der mit ihm verbundenen klassischen Risikoverteilung fehlt es zunächst an Haltbarkeitsanreizen für den Verkäufer, der sein Risiko weitestgehend auf den Käufer abwälzt. Haltbarkeit, Reparierbarkeit und gegenständlich begrenzte Erhaltungserwartungen gegenüber dem Anbieter, wie sie in der WarenkaufRL 2019/771 (einschließlich der Änderung 2024) und der DigitalvertragsRL 2019/770 vorgesehen sind, begründen insoweit nur eine sehr begrenzte Abkehr. Ungewißheiten über Haftungsdauern setzen freilich gewisse Anreize für einen Übergang zu zeitlichen Nutzungsverträgen mit kontrollierbarer Dauer. Der produktrechtliche Ansatz der Ökodesignverordnungen[88] bewegt sich letztlich ebenfalls kaum vom klassischen Kaufrechtsdenken weg, und auf derselben Linie liegt auch die marginale Risikoverschiebung durch die Verpflichtung zum Angebot von – regelmäßig wohl auch fürderhin entgeltlichen – Reparaturdienstleistungen aufgrund der neuen Right to Repair-RL.

Zudem gestattet der Kauf bei vielen Konsum- und Investitionsgütern nur eine eingeschränkte Ausschöpfung des Nutzungspotentials in der Zeit und damit während der Lebensdauer der betreffenden Güter und führt so zur Fehlallokation von Nutzungspotentialen und so mittelbar zu mehr Abfällen. Unternehmerisch finden sich hier bereits deslängeren Lösungen für Gegenmaßnahmen in Gestalt etwa des Operating Leasing oder von Gerätegenossenschaften. Mit der Sharing-Economy hat dieser Fragenkreis eine wichtige auch konzeptionelle Grundlage erhalten, welche den Ausweg – wiederum – in der Ersetzung des Kaufs durch die Verteilung der Nutzungspotentiale im Wege des – überwiegend wohl mietrechtlich gestalteten[89] – Sharing sieht.

Etwas anders gewendet erleichtert es der Kauf dem Anbieter in besonderem Maße, sich der weiteren Verantwortung für den verkauften Gegenstand zu entziehen. Grundlegend dafür ist die Kombination aus dem klassisch engem Sachbezug des Mangelbegriffs und damit des Qualitätsregimes mit dem Gefahrübergang und dem damit einhergehenden Transfer der Entsorgungsverantwor-

[88] Siehe die neue Verordnung (EU) 2024/1781 v. 13.6.2024 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte, ABl. L 2024/1781 v. 10.7.2024; außerdem die Verordnungen der Kommission über Waschmaschinen und Wäschetrockner, Geschirrspüler, Kühlschränke, Bildschirme, Schweißgeräte, Staubsauger, Server und Datenspeicherprodukte, Mobiltelefone, schnurlose Telefone und Tablets sowie Waren mit Batterien für leichte Verkehrsmittel.

[89] Siehe etwa für das Car-Sharing *Weigel*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht, Kap. 30.

tung auf den Käufer. Daß dieser Transfer der Entsorgungsverantwortung letztlich ebenfalls eine Folge des Gefahrübergangs ist, bleibt in dessen Erörterung regelmäßig unerwähnt. Durchbrochen wird diese Verantwortungszuweisung zunehmend durch gesetzliche Rücknahmeverpflichtungen, wie sie sich etwa aus Artt. 56 ff. EU-BatterieVO oder § 3 der deutschen AltfahrzeugVO sowie den Bestimmungen zur erweiterten Herstellerverantwortung nach Artt. 8, 8a Abfall-Rahmen-RL 2008/98/EG und deren Umsetzungen ergeben können.

Daß die Nachhaltigkeitsmodifikationen des Kaufrechts – denen noch die unlängst ebenfalls erweiterten Nachhaltigkeitsinformationspflichten in UGP-RL 2005/29/EG und VerbraucherrechteRL 2011/83/EU hinzuzufügen wären – damit insgesamt nur eher kosmetische Modifikationen vornehmen, darf freilich nicht verwundern: Das Problem der Müllverursachung liegt im Vertragstyp des Kaufs selbst und nicht in dessen Ausgestaltung. Wenig überraschend führen Teile der diskutierten Modifikationen der Risikoverteilung daher auch zu – bislang überwiegend eher randständigen – Debatten über die richtige Vertragstypeneinordnung.[90]

Die hier nur angerissenen Einflüsse der Nachhaltigkeitstransformation werden nicht selten mit den Digitalisierungsfolgen zum Schlagwort der Twin-Transformation zusammengefaßt. Das entspricht – jedenfalls bislang – nicht den Details der einschlägigen Regulatorik, deren Elemente aus beiden Transformationen vielfach – rechtstechnisch wie wissenschaftlich – unverbunden nebeneinanderstehen. Aus einer größeren Perspektive heraus passen beide Trends freilich auch für die Vertragsrechtsentwicklung zusammen, mit einer klaren Botschaft: Der Kaufvertrag ist im Abschwung begriffen.

IX. Zusammenfassung

Der Kauf als bisheriges Paradigma des Vertragsrechts ist unter Druck. Die Orientierung der Vertragsrechtsentwicklung am Kauf war ursprünglich mit erheblichen Rationalisierungsgewinnen verbunden. Das statische Kaufrecht ist aber heute als Leitbild des Vertragsrechts mehr und mehr ungeeignet, auch weil sich sein simplistisches Grundmodell in der Digitalisierung als überholt erweist. Folge sind zunächst erhebliche Wandlungen des Kaufs selbst, der mehr und mehr Elemente von Dauerrechtsbeziehungen aufweist oder integrieren muß. Folge ist zudem die Frage nach einem neuen, dynamischeren Leitbild für das Vertragsrecht, wofür sich Nutzungsverträge besonders anbieten. Während die Digitalisierung ihre tiefgreifenden Spuren als Grund und Anlaß für eine Dyna-

[90] Vgl. *Weber*, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 948, 951 f. sowie *Kleinmann/Siegert*, Betriebs-Berater 2006, 785–792.

misierung des Vertragsrechts bereits hinterläßt, steht mit dem politischen Leitbild der Nachhaltigkeit der nächste Treiber in diese Richtung bereits parat.

Literaturverzeichnis

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2024.

BeckOK-BGB, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 70. Edition, München 2024.

Beitzke, Günther, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloss Bleckede a. d. Elbe 1948.

Bergfeld, Christoph, Preußen und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Ius Commune, Band XIV (1987), 101–114.

Brox, Hans, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960.

Chitty on Contracts, Beale, Hugh (Hrsg.), Band I, 34. Aufl., London 2021.

Cian, Giorgio/Trabucchi, Alberto (Hrsg.), Commentario breve al Codice civile, 41. Aufl., Padua 2024.

Coing, Helmut, Europäisches Privatrecht, Band II, München 1989.

Croon-Gestefeld, Johanna, Die nachhaltige Beschaffenheit der Kaufsache, Neue Juristische Wochenschrift 2022, 497–502.

Cserne, Péter, The Recodification of Private Law in Central and Eastern Europe, in: Larouche, Pierre/Cserne, Péter (Hrsg.), National Legal Systems and Globalization, Den Haag 2013, 45–88.

D'Onofrio, Martina, Il difetto di durabilità del bene, Neapel 2023.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Band I, 17. Aufl., Köln 2023.

Fischer, Christoph, Weisungsrechte am Beispiel des Transportvertrags im deutschen, englischen und französischen Recht, Tübingen 2017.

Florijn, Evert Otto Hendrik Peter, Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, diss. Maastricht 1994.

Flume, Werner, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948.

ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtgeschäft, Berlin/Heidelberg/New York 1965.

Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 83. Aufl., München 2024

Gsell, Beate, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz, Juristenzeitung 2004, 643–649.

Haellmigk, Philip, Die Leihe in der französischen, englischen und deutschen Rechtsordnung, Göttingen 2009.

Hau, Wolfgang, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003.

Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Stürner, Rolf (Hrsg.), 19. Aufl., München 2023.

Juris PraxisKommentar BGB, Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Gesamt-Hrsg.), Band 2: Schuldrecht, 10. Aufl., Saarbrücken 2023.

Kieninger, Eva-Maria, Recht auf Reparatur („Right to Repair") und Europäisches Vertragsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2020, 264–280.

Kleinmann, Werner/Siegert, Reinhard, Rückgabe von Lagerwagen und Ersatzteilen nach Beendigung des Kfz-Händlervertrages, Betriebs-Berater 2006, 785–792.

Kozuka, Souichirou, Between Globalization and Localization: Japan's Struggle to Properly Update Its Civil Code, in: Graziadei, Michele/Zhang, Lihong (Hrsg.), The Making of the Civil Codes, Singapur 2023, 181–201.

Kull, Irene, Effect of Harmonisation of European Civil Law on Development of Estonian Law of Obligations, Juridica International 1998, 98–102.

Larenz, Karl/Wolf, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.

Leser, Hans G., Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975.

Lluelles, Didier, La révision du contrat en droit québécois, Revue générale de droit 36 (2006), 25–67.

Lobinger, Thomas, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004.

Möllnitz, Christina, Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Produkten, Multimedia und Recht 2021, 116–121.

dies., Gebrauchsüberlassung digitaler Inhalte, in: Schmidt-Kessel, Martin/Möllnitz, Christina (Hrsg.), Grundfragen des Digitalvertragsrechts, Tübingen 2022, 17–30.

Münchener Kommentar zum BGB, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Harmut/Limperg, Bettina (Hrsg.),
Band 3: §§ 311–432, 9. Aufl., München 2022;
Band 5: §§ 535–630h, 9. Aufl., München 2023.

NomosKommentar BGB, Band 2: Schuldrecht, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner/Link, Jochen (Hrsg.), 4. Aufl., Baden-Baden 2021.

Philippe, Denis-M., Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle, Brüssel 1986.

Poppen, Kevin, Die Mobiliarmiete im englischen und deutschen Recht, Göttingen 2011.

Rabel, Ernst, Recht des Warenkaufs, 1. Band, Berlin/Leipzig 1936.

ders., *Ernst*, Recht des Warenkaufs, 2. Band, Berlin/Tübingen 1958.

Riehm, Thomas, Verträge über digitale Dienstleistungen, in: Schmidt-Kessel, Martin/Möllnitz, Christina (Hrsg.), Grundfragen des Digitalvertragsrechts, Tübingen 2022, 1–16.

Rothoeft, Dietrich, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968.

Sailer, Rita, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers bei Schlechtlieferung und ihre Grenzen, Baden-Baden 2003.

Scherner, Karl Otto, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Wiesbaden 1965.

Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005.

Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schroeter/Ulrich, Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), 7. Aufl., Basel 2019.

Schmidt-Kessel, Martin, Ethische Qualitätsstandards bei Lebensmittelverträgen, in: Möstl, Markus (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht, Frankfurt am Main 2017, 129–150.

ders., Das Ende des Gefahrübergangs, in: Okino, Masami/Kasai, Osamu/Sen, Iei (Hrsg.), Hikaku Mimpogaku no Shoraizo (Zukunft des rechtsvergleichenden Privatrechts) – Festschrift für Takashi Oka zum 70. Geburtstag, Tokyo 2020, 319.

ders., Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050, in: Beyer, Elena/Erler, Katharina/Hartmann, Christoph/Kramme, Malte/Müller, Michael F./Pertot, Tereza/Tuna, Elif/Wilke, Felix M. (Hrsg.), Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, Baden-Baden 2020, 9–31.

ders., L'Europa dei codici o un codice per l'Europa? – Una prospettiva tedesca, jus civile 2023, 639.

ders., Verbrauchsgüterkauf, in: Schmidt-Kessel, Martin/Kramme, Malte (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht, Hürth 2023, 504–636.

ders., Heraus- und Weitergabe von IoT-Gerätedaten – Analyse des Vertragsnetzes unter dem Data Act, Multimedia und Recht 2024, 75–82.

ders., Verantwortung digitaler Plattformen – Versuch einer vertragsrechtlichen Perspektive des Service by Design, vorgesehen für Versicherungsrecht 2024 (Vortrag beim Karlsruher Forum 2024).

ders., Consequences of monetisation for Contract type and contract structure, in: de Franceschi, Alberto/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk (Hrsg.), The Value of Consumer Data in the Digital Economy, Baden-Baden, erscheint voraussichtlich Baden-Baden 2025.

Schmidt-Kessel, Martin/Rank, Alisa, Änderung von Zahlungsdiensterahmenverträgen – Neues zum Mehrebenenproblem der Kollision von EU-Richtlinien, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2018, 266–271.

Schur, Nico, Die Lizenzierung von Daten, Tübingen 2020.

Schwenzer, Ingeborg/Leisinger, Benjamin, Ethical values and international sales contracts, in: Cranston, Ross/Ramberg, Jan/Ziegler, Jacob (Hrsg.), Commercial Law Challenges in the 21st Century, Jan Hellner in memoriam, Uppsala 2007, 249–275.

Soergel, Hans Theodor (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/1a: Schuldrecht 3/1a, §§ 311, 311a–c, 313, 314, 13. Aufl., Stuttgart 2014.

Stapel, Babett, Probeweise Nutzungsüberlassung unter Kaufleuten als Mietvertrag – Beweislast, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 1999, 932–933.

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: §§ 433–480, Berlin 2023.

Storme, Matthias E., Het contractsbegrip op dieet?, Tijdschrift voor Privaatrecht 2008, 305–319.

ders., A Civilian Perspective on Network Contracts and Privity, The George Washington Law Review 85 (2017), 1739–1776.

Tonner, Klaus/Gawel, Erik/Schlacke, Sabine/Alt, Marina/Bretschneider, Wolfgang, Gewährleistung und Garantie als Instrumente zur Durchsetzung eines nachhaltigen Produktumgangs, Verbraucher und Recht 2017, 3–12.

Vael, Luc, Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader, in: Cornelis, Ludo (Hrsg.), Liber Amicorum Tijdschrift voor Privaatrecht en Marcel Storme, Gent 2004, 703–752.

Weber, Jörg-Andreas, Die Rechtsnatur des Flaschenpfands, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 948–953.

Weigel, Eva, Carsharing, in: Schmidt-Kessel, Martin/Kramme, Malte (Hrsg.), Handbuch Verbraucherrecht, Hürth 2023, 1398–1424.

Wilke, Felix M., Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, Verbraucher und Recht 2021, 283–293.

Wunner, Katharina, Ein regulatives Vertragsrecht für die Datenwirtschaft, Vertragsrechtliche Optionen zur Vermeidung von Effizienzverlusten bei der (Weiter-)Verwertung maschinengenerierter Daten in der Industrie 4.0, Baden-Baden 2022.
Zimmermann, Reinhard, Service Contracts, Tübingen 2010.

Sharing is Caring?

Wahrnehmungen und Verhalten der Nachfrager im Rahmen zugangsbasierter Dienstleistungen

Tobias Schäfers

I.	Wirtschaftliche Bedeutung von Dienstleistungen	207
II.	Zugangsbasierte Dienstleistungen	209
III.	Risikowahrnehmung	210
IV.	Psychologisches Eigentum	211
V.	Güterknappheit	211
VI.	Kundenfehlverhalten	212
VII.	Schlussbetrachtung	213
	Literaturverzeichnis	214

I. Wirtschaftliche Bedeutung von Dienstleistungen

Entstanden als Industriebetriebslehre berücksichtigte die Betriebswirtschaftslehre lange Zeit nahezu ausschließlich die Produktion und Vermarktung von Sachgütern.[1] Wenngleich bereits Gutenberg[2] zwischen materiellen und immateriellen Gütern differenzierte, beschränkte sich die Betrachtung Letzterer doch in erster Linie auf den Absatz von Sachgütern unterstützende Dienstleistungsunternehmen (z. B. Handel, Banken). Erst im Verlauf der vergangenen ca. 40 Jahre erfolgte eine spezifischere Auseinandersetzung mit den Besonderheiten von Dienstleistungen. Diese Erweiterung der Perspektive spiegelt die wachsende volkswirtschaftliche Bedeutung des Dienstleistungssektors gegenüber dem produzierenden Gewerbe wider.[3] Allerdings zeigt sich die zunehmende Bedeutung von Dienstleistungen nicht nur im Wachstum reiner Dienstleistungsunternehmen und -branchen, sondern auch in der Entwicklung der Umsatzanteile von Dienstleistungen bei Sachgüterherstellern, wie das folgende Beispiel verdeutlicht.

---

[1] Vgl. *Bruhn* et al., Handbuch Dienstleistungsmarketing, Kap. 1.3.
[2] *Gutenberg*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1.
[3] Vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch, 2019, 336.

Das Unternehmen Apple Inc. erwirtschaftete im Geschäftsjahr 2011 Umsatzerlöse in Höhe von 108,25 Mrd. USD[4]. Davon entfielen 91,3% auf Produkte (z. B. iPhone, Mac), die restlichen 8,7% auf Erlöse mit Dienstleistungen (z. B. iTunes, AppleCare). In diesem Jahr betrug die – lediglich für den Gesamtumsatz ausgewiesene – Bruttogewinnmarge 40,5%.[5] Für das Geschäftsjahr 2024 veröffentlichte Zahlen zeigen erstens einen innerhalb von dreizehn Jahren erheblich gesteigerten Umsatz in Höhe von 391,04 Mrd. USD.[6] Zweitens ist eine deutliche Verschiebung der Umsatzanteile erkennbar: Während Produkte für 75,4% der Umsatzerlöse verantwortlich waren, betrug der Anteil der Dienstleistungen insgesamt 24,6%. Ebenso eindrücklich ist der Vergleich der inzwischen separat ausgewiesenen Bruttogewinnmargen. Diese war bei Dienstleistungen mit 73,9% nahezu doppelt so hoch wie bei Produkten mit 37,2%.[7]

Die hier beispielhaft dargestellte Verschiebung der ökonomischen Bedeutung von Dienstleistungen ist in vielen Unternehmen und Branchen anzutreffen. Im Kontext des produzierenden Gewerbes wird der Wandel von produktorientierten zu dienstleistungsorientierten Geschäftsmodellen als „Servitization" bezeichnet.[8] Neben industriellen Dienstleistungen wie etwa Betreibermodellen für Maschinen und Anlagen[9] zeigt das Beispiel von Apple die wachsende ökonomische Relevanz von Dienstleistungen auf Konsumgütermärkten.

Dienstleistungen werden nach Wirtz and Lovelock[10] definiert als „economic activities performed by one party to another. Often time-based, these performances bring about desired results to recipients, objects, or other assets. In exchange for money, time, and effort, service customers expect value from access to labor, skills, expertise, goods, facilities, networks, and systems. However, they do not normally take ownership of the physical elements involved." Aus diesem Verständnis ergeben sich bedeutende Unterschiede zwischen Produkten und Dienstleistungen.[11] So wird, erstens, die Werterzeugung im Rahmen von Dienstleistungen dominiert durch intangible Elemente. Zweitens lassen sich Dienstleistungen in den meisten Fällen nicht lagern. Drittens sind Kun-

[4] Apple Inc., Form 10-K (Annual Report), 30.10.2013, 27, https://investor.apple.com/sec-filings/sec-filings-details/default.aspx?FilingId=9575604 (zuletzt abgerufen am 25.11.2024).

[5] Apple Inc., Form 10-K (Annual Report), 30.10.2013, 32, https://investor.apple.com/sec-filings/sec-filings-details/default.aspx?FilingId=9575604 (zuletzt abgerufen am 25.11.2024).

[6] Apple Inc., Form 10-K (Annual Report), 01.11.2024, 22, https://investor.apple.com/sec-filings/sec-filings-details/default.aspx?FilingId=17933082 (zuletzt abgerufen am 25.11.2024).

[7] Apple Inc., Form 10-K (Annual Report), 01.11.2024, 23, https://investor.apple.com/sec-filings/sec-filings-details/default.aspx?FilingId=17933082 (zuletzt abgerufen am 25.11.2024).

[8] *Ulaga/Kowalkowski*, in: *Edvardsson, Bo/Tronvoll, Bård* (Hrsg.), The Palgrave Handbook of Service Management, 2022, 196–200; *Vandermerwe/Rada,* European Management Journal 6 (1988), 314–324.

[9] *Schaefers et al.*, Industrial Marketing Management 93 (2021), 466–481.

[10] *Wirtz/Lovelock*, Services marketing, 18.

[11] *Wirtz/Lovelock*, Services marketing, 23.

dinnen und Kunden in der Regel in die Werterstellung eingebunden. Und viertens weisen die Resultate von Dienstleistungsprozesses häufig eine große Heterogenität hinsichtlich der Qualität auf. Zudem kann die Distribution von Dienstleistungen in vielen Fällen ganz oder teilweise durch digitale Kanäle erfolgen, was das Erzielen von Effizienzgewinnen und damit eine profitable Skalierung im Rahmen von Wachstumsprozessen ermöglicht.

II. Zugangsbasierte Dienstleistungen

Während Dienstleistungen in vielen Fällen eine Ergänzung von Sachgütern darstellen (z. B. Distribution, Finanzdienstleistungen, Informationsdienstleistungen), können sie gleichermaßen zur Substitution klassischer, auf den Verkauf von Sachgütern ausgerichteter Geschäftsmodelle eingesetzt werden. Dieses ist darauf zurückzuführen, dass der Zugang zu Ressourcen *ohne* Eigentumsübergang ein wesentliches Merkmal von Dienstleistungen darstellt.[12]

In den vergangenen Jahren ist in einer Vielzahl von Branchen ein Wandel zu beobachten von klassischen, auf Eigentumsübergang basierenden Geschäftsmodellen hin zu solchen, deren Grundlage stattdessen der temporäre Zugang zu Gütern ist. Beispiele dieser Entwicklung finden sich etwa in der Musik- und Filmindustrie, wo Musik- und Video-Streaming den Verkauf von CDs, LPs oder DVDs weitgehend abgelöst haben. Auch in der Software-Branche verzeichnet der Ansatz „Software-as-a-Service" ein erhebliches Wachstum im Vergleich zum klassischen, auf dem Verkauf von dauerhaft gültigen Lizenzen basierenden Modell.

Neben Gewährung eines temporären Zugangs zu intangible, digitalisierbaren Sachgütern (z. B. Software, Musik) existiert eine Vielzahl an zugangsbasierten Dienstleistungen für tangible Güter. So haben im Mobilitätsbereich sogenannte Sharing-Angebote (z. B. Car-Sharing, Bike-Sharing, eScooter-Sharing) eine wachsende Aufmerksamkeit erfahren. Im Mode-Segment bieten Anbieter wie „Bag Borrow or Steal" oder „Le Closet" die Möglichkeit, Bekleidung und Accessoires einzeln oder im Rahmen eines Abonnements zu mieten.

Bei den dargestellten zugangsbasierten Dienstleistungen (engl. *access-based services*) handelt es sich um „services that allow customers to access a good, physical facility, network, labor, or space for a defined period of time, in return for an access payment, while legal ownership remains with the proprietor, who is often the service provider".[13] Konzeptionell werden derartige Dienstleistungen oft mit dem Wachstum der sogenannten „access economy"[14] oder „sharing

[12] *Wirtz/Lovelock*, Services marketing, 18.
[13] *Schaefers* et al., Journal of Service Research 19 (2016), 4.
[14] *Belk*, Journal of Business Research 67 (2014), 1595–1600.

economy“ verknüpft.[15] Die Verbreitung zugangsbasierter Dienstleistungen wird insbesondere durch technologische Entwicklungen vorangetrieben.[16] So ermöglicht die Digitalisierung eine effizientere Koordination des Zugangs ohne Eigentum. Beispielsweise können Anbieter Technologie nutzen, um Kundinnen und Kunden Zugang zu Gütern zu gestatten oder diesen zu begrenzen.

Aus Sicht der Konsumentenverhaltensforschung ergeben sich eine Reihe interessanter Fragestellungen zu den psychologischen Prozessen bei der Wahrnehmung und Nutzung von zugangsbasierten Dienstleistungen. Diese betreffen zum einen die Abgrenzung zu klassischen, auf Eigentumserwerb ausgerichteten Geschäftsmodellen – etwa hinsichtlich der Wahrnehmung des mit der Kaufentscheidung verbundenen Risikos oder des psychologischen Eigentums. Zum anderen kommt bei der Nutzung zugangsbasierter Dienstleistungen psychologischen Prozessen der interpersonellen Interaktion eine herausgehobene Bedeutung zu. Dieses zeigt sich unter anderem an den Auswirkungen wahrgenommener Güterknappheit und dem Kundenfehlverhalten. Auf jeden dieser Aspekte wird in den folgenden Abschnitten eingegangen.

III. Risikowahrnehmung

Mit Blick auf das Konsumentenverhalten besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Eigentum und zugangsbasierten Dienstleistungen in der Last der Eigentumsrechte (engl. *burdens of ownership*). Diese beschreiben die mit Eigentum verbundenen wahrgenommenen Risiken und Verantwortlichkeiten[17]. Dabei handelt es sich etwa um finanzielle, leistungsbezogene oder soziale Risiken, die mit Eigentum verbunden sind,[18] ebenso wie die Verantwortung für die Instandhaltung des Eigentums. Demgegenüber sehen sich Konsumentinnen und Konsumenten bei zugangsbasierten Dienstleistungen lediglich den mit der Entscheidung zwischen alternativen Angeboten verbundenen Risiken ausgesetzt.

Empirische Untersuchungen zeigen einen Zusammenhang zwischen der Wahrnehmung eigentumsbezogener Risiken und der Nutzung zugangsbasierter Dienstleistungen. In der Studie von Schaefers, Lawson und anderen,[19] durchgeführt im Mobilitätskontext, resultiert ein höheres Ausmaß des wahrgenommenen finanziellen, leistungsbezogenen und sozialen Risikos von Autobesitz in einer intensiveren Nutzung von Carsharing-Diensten und indirekt einer stärkeren Reduktion des persönlichen Autobesitzes. In einer weiteren Studien-

---

[15] *Eckhardt* et al., Journal of Marketing 83 (2019), issue 5, 5–27.

[16] *Morewedge* et al., Journal of Marketing 85 (2021), issue 1, 196–218.

[17] *Moeller/Wittkowski,* Managing Service Quality 20 (2010), 176–191; *Schaefers/Lawson* et al., Marketing Letters 27 (2016), 569–577.

[18] *DelVecchio/Smith*, Journal of the Academy of Marketing Science 33 (2005), 184–196.

[19] *Schaefers/Lawson* et al., Marketing Letters 27 (2016), 569–577.

reihe zeigen Schaefers, Narayanamurthy und andere,[20] dass einkommensschwache Konsumentinnen und Konsumenten zugangsbasierte Dienstleistungen als weniger risikobehaftet ansehen als Eigentum, was wiederum zu einer höheren Wahrscheinlichkeit der Nutzung Erstgenannter führt.

IV. Psychologisches Eigentum

Ein zweiter wesentlicher psychologischer Prozess im Kontext zugangsbasierter Dienstleistungen ist das psychologische Eigentum (engl. *psychological ownership*). Dieses tritt auf, „when one feels, subjectively speaking, that a thing is ‚MINE.' It can be considered a form of emotional attachment between consumers and the goods and services they use".[21] In der psychologischen Literatur ist dieses Konzept fest etabliert[22]. So können Konsumentinnen und Konsumenten nicht nur das Gefühl entwickeln, dass bestimmte Ideen oder Orte ihnen gehören – ohne, dass ein rechtliches Eigentum vorliegt. Auch bezogen auf genutzte Güter kann sich ein derartiges psychologisches Eigentum einstellen.

Das Auftreten psychologischen Eigentums ist für die Nutzung zugangsbasierter Dienstleistungen relevant, da es das Verhalten gegenüber geteilt genutzten Gütern beeinflusst. So zeigen Peck und andere[23], dass ein höheres psychologisches Eigentum ein gesteigertes Verantwortungsbewusstsein für Gemeinschaftsgüter zur Folge haben kann. Für zugangsbasierte Dienstleistungen zeigen die Studien von Fritze und anderen[24] einen positiven Zusammenhang zwischen psychologischem Eigentum und dem Ausmaß der Nutzung derartiger Dienstleistungen.

V. Güterknappheit

Sobald Kundinnen und Kunden sich den Zugang zu tangiblen Gütern im Rahmen derartiger Dienstleistungen teilen, entsteht Rivalität um die Güter. Beispielsweise steht ein Car-Sharing-Auto, das von einer Kundin genutzt wird, einem anderen Kunden während der Nutzungsperiode nicht zur Verfügung. Aus der Perspektive von Konsumentinnen und Konsumenten ist damit das wahrgenommene Risiko der Güterknappheit (engl. *perceived product scarcity risk*) ein entscheidender Aspekt der Dienstleistungsnutzung. Zu beachten ist,

---

[20] *Schaefers/Narayanamurthy* et al., Psychology & Marketing 38 (2021), 2073–2088.
[21] *Morewedge* et al., Journal of Marketing 85 (2021), issue 1, 197.
[22] *Pierce/Peck*, in: Peck/Shu (Hrsg.), Psychological Ownership, 2018, 1–18.
[23] *Peck* et al., Journal of Marketing 85 (2021), issue 5, 33–49.
[24] *Fritze* et al., Journal of Service Research 23 (2020), 368–385.

dass es sich um eine subjektiv eingeschätzte Wahrscheinlichkeit handelt, dass ein Produkt nicht verfügbar ist wenn es benötigt wird[25]. Diese Einschätzung hängt nicht nur von der eigenen Nutzung ab, sondern auch von der wahrgenommenen Nutzungsintensität anderer Kundinnen und Kunden.

Grundsätzlich ist Knappheit ein das Konsumentenverhalten auf vielfältige Weise beeinflussendes Phänomen.[26] Welche Bedeutung der wahrgenommenen Güterknappheit bei zugangsbasierten Dienstleistungen zukommt, zeigen Lamberton und Rose.[27] In ihrer Studie ist eine negative Wirkung dieser Variable auf die Bereitschaft zur Nutzung zugangsbasierter Dienstleistungen erkennbar. Bielefeldt und andere[28] untersuchen die wahrgenommene Knappheit eingebettet in komplexere Zusammenhänge und zeigen, dass diese einen verstärkenden Effekt auf die wahrgenommene Schwierigkeit der Nutzung eines Car-Sharing-Dienstes hat, was wiederum negative Einstellungen gegenüber dem Angebot fördert und die Nutzungsintention verringert.

VI. Kundenfehlverhalten

Als weiterer wichtiger psychologischer Prozess soll schließlich das Kundenfehlverhalten (engl. *customer misbehavior*) betrachtet werden. Dieses beschreibt Verhaltensweisen, mit denen Kundinnen oder Kunden vorsätzlich die allgemein akzeptierten Normen in Konsumsituationen verletzen.[29] Dabei kann es sich beispielsweise um Vandalismus gegenüber dem Eigentum eines Anbieters oder Beleidigungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter handeln. Derartige Verhaltensweise sind ein allgegenwärtiger Bestandteil vieler Anbieter-Nachfrager-Interaktionen[30]. Zugleich kommt dem Kundenfehlverhalten im Kontext zugangsbasierter Dienstleistungen eine besondere Bedeutung zu,[31] da hier ein Gebrauchsgegenstand durch mehrere Kundinnen und Kunden nacheinander genutzt wird. Ein gegen das Gut gerichtete Fehlverhalten hat damit direkte Konsequenzen für die Konsumerfahrung weiterer Kundinnen und Kunden. Weiterhin erfolgt der Zugang aufgrund technologischer Möglichkeiten häufig ohne direkte Einbindung des anbietenden Unternehmens, etwa wenn die Miete

---

[25] *Lamberton/Rose*, Journal of Marketing 76 (2012), issue 4, 109–125.

[26] *Belk* et al., Journal of the Academy of Marketing Science 51 (2023), 1191–1196; *Hamilton/Shaheen Hosany*, Journal of the Academy of Marketing Science 51 (2023), 1203–1213.

[27] *Lamberton/Rose,* Journal of Marketing 76 (2012), issue 4, 109–125.

[28] *Bielefeldt* et al., Die Unternehmung – Swiss Journal of Business Research and Practice 70 (2016), 4–25.

[29] *Fullerton/Punj*, Journal of Business Research 57 (2004), 1239–1249; *Schaefers/Wittkowski* et al., Journal of Service Research 19 (2016), 3–21.

[30] *Fisk* et al., Journal of Services Marketing, 24 (2010), 417–429.

[31] *Bardhi/Eckhardt*, Journal of Consumer Research 39 (2012), 881–898; *Schaefers/Wittkowski* et al., Journal of Service Research 19 (2016), 3–21.

eines Car-Sharing-Fahrzeugs via App gestartet und auch wieder beendet wird, bevor ein weiterer Kunde das Fahrzeug nutzt. Damit werden das Erkennen von Fehlverhalten und die Möglichkeit zur Intervention durch das Unternehmen erheblich eingeschränkt.

Eine ganze Reihe empirischer Arbeiten haben gezeigt, welche Relevanz das Kundenfehlverhalten bei zugangsbasierten Dienstleistungen besitzt. So wurde etwa in verschiedenen Studien ein Ansteckungseffekt nachgewiesen – Kundinnen und Kunden, die Fehlverhalten anderer beobachten oder auch nur den Konsequenzen vorherigen Fehlverhaltens ausgesetzt sind, zeigen eine größere Anfälligkeit für eigenes Fehlverhalten.[32] Zugleich zeigen etwa Pieper und Woisetschläger[33], dass gerade die Nutzung von Technologien zur Überwachung regelkonformer Dienstleistungsnutzung zu einer Reduzierung des Kundenfehlverhaltens führen kann.

VII. Schlussbetrachtung

Mit der wachsenden ökonomischen Bedeutung zugangsbasierter Dienstleistungen ist auch ein tiefergehendes Verständnis der konsumentenseitigen psychologischen Prozesse in den Fokus geraten. Die Konsumentenverhaltensforschung liefert hier bereits vielfältige Einblicke dazu, was die Wahrnehmung und das Verhalten in diesem Kontext beeinflusst. Der vorliegende Beitrag gibt einen zusammenfassenden Überblick einiger Aspekte, die bereits aus unterschiedlichen Blickwinkeln untersucht wurden. Die Risikowahrnehmung von Besitz und temporär genutzten Gütern, das psychologische Eigentum, die wahrgenommene Knappheit der bei zugangsbasierten Dienstleistungen genutzten Gütern und das Kundenfehlverhalten sind allesamt Phänomene, die es aus Sicht der Anbieter derartiger Dienstleistungen zu berücksichtigen gilt. Wenngleich zu diesen Bereichen allesamt bereits Forschungsarbeiten vorliegen, lohnt sich auch aus wissenschaftlicher Warte eine weitere Auseinandersetzung.

Zugleich existieren auch andere, hier nicht thematisierte Phänomene, die zu einem besseren Verständnis des Konsumentenverhaltens in zugangsbasierten Dienstleistungen beitragen. Dazu zählen etwa die grundlegenden Motive der Nutzung[34], die Reaktionen auf unterschiedliche Preismodelle[35] oder auch die Reaktionen auf Dienstleistungs- und Gütermarken.[36] Wie bereits durch Eck-

---

[32] *Danatzis/Möller-Herm*, Journal of Service Research 26 (2023), 459–475.; *Danatzis* et al., Journal of Business Research 173 (2024), 114460; *Schaefers/Wittkowski* et al., Journal of Service Research 19 (2016), 3–21.

[33] *Pieper/Woisetschläger*, Journal of Business Research 171 (2024), 114356.

[34] *Schaefers*, Transportation Research Part A: Policy and Practice 47 (2013), 69–77.

[35] *Filippas* et al., Management Science 66 (2020), 4152–4172; *Schaefers* et al., Journal of Business Research 139 (2022), 751–761.

[36] *Baumeister* et al., Journal of the Academy of Marketing Science 43 (2015), 547–588.

hardt und andere[37] festgehalten wurde, bietet das Feld zugangsbasierter Dienstleistungen somit vielfältige Möglichkeiten für die Konsumentenverhaltensforschung, auch in Zukunft relevante Fragen zu stellen und theoretische Zugänge zu entwickeln.

Literaturverzeichnis

Bardhi, Fleura/Eckhardt, Giana M., Access-Based Consumption: The Case of Car Sharing, Journal of Consumer Research 39 (2012) 881–898.

Baumeister, Christoph/Scherer, Anne/von Wangenheim, Florian, Branding access offers: the importance of product brands, ownership status, and spillover effects to parent brands, Journal of the Academy of Marketing Science 43 (2015) 547–588.

Belk, Russel W., You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online, Journal of Business Research 67 (2014) 1595–1600.

Belk, Russel W./Das, Gopal, Jain/Shailendra P., The ubiquity of scarcity, Journal of the Academy of Marketing Science 51 (2023) 1191–1196.

Bielefeldt, Jonas/Poelzl, Jana/Herbst, Uta, What's Mine Isn't Yours – Barriers to Participation in the Sharing Economy, Die Unternehmung – Swiss Journal of Business Research and Practice 70 (2016), 4–25.

Bruhn, Manfred/Meffert, Heribert/Hadwich, Karsten, Handbuch Dienstleistungsmarketing: Planung – Umsetzung – Kontrolle, 2. Aufl., Berlin 2019.

*Danatzis, Ilias/Möller-Herm, J*ana, Stopping the Spread: How Blame Attributions Drive Customer-to-Customer Misbehavior Contagion and What Frontline Employees Can Do to Curb It, Journal of Service Research 26 (2023) 459–475.

Danatzis, Ilias/Möller-Herm, Jana/Herm, Steffen, Curbing customer-to-customer misbehavior contagion in the sharing economy, Journal of Business Research 173 (2024) 114460.

DelVecchio, Devon/Smith, Daniel C., Brand-Extension Price Premiums: The Effects of Perceived Fit and Extension Product Category Risk, Journal of the Academy of Marketing Science 33 (2005) 184–196.

Eckhardt, Giana M./Houston, Marc B./Jiang, Biaojun/Lamberton, Cait/Rindfleisch, Aric/Zervas, Georgios, Marketing in the Sharing Economy, Journal of Marketing 83 (2019), issue 5, 5–27.

Filippas, Apostolos/Horton, John J./Zeckhauser, Richard J., Owning, Using, and Renting: Some Simple Economics of the „Sharing Economy", Management Science 66 (2020) 4152–4172.

Fisk, Raymond/Grove, Stephen/Harris, Lloyd C./Keeffe, Dominique A./Daunt, Kate L./Russell-Bennett, Rebekah/Wirtz, Jochen, Customers behaving badly: a state of the art review, research agenda and implications for practitioners, Journal of Services Marketing 24 (2010) 417–429.

Fritze, Martin P./Marchand, André/Eisingerich, Andreas B./Benkenstein, Martin, Access-Based Services as Substitutes for Material Possessions: The Role of Psychological Ownership, Journal of Service Research 23 (2020) 368–385.

[37] *Eckhardt* et al., Journal of Marketing 83 (2019), issue 5, 21.

Fullerton, Ronald A./Punj, Girish, Repercussions of promoting an ideology of consumption: consumer misbehavior, Journal of Business Research 57 (2004) 1239–1249.

Gutenberg, Erich, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre – Band 1: Die Produktion, 1. Aufl., Berlin 1951.

Hamilton, Rebecca W./Hosany, A. R. Shaheen, On the strategic use of product scarcity in marketing, Journal of the Academy of Marketing Science 51 (2023) 1203–1213.

Lamberton, Cait P./Rose, Randall L., When Is Ours Better Than Mine? A Framework for Understanding and Altering Participation in Commercial Sharing Systems, Journal of Marketing 76 (2012), issue 4, 109–125.

Moeller, Sabine/Wittkowski, Kristina, The burdens of ownership: reasons for preferring renting, Managing Service Quality 20 (2010) 176–191.

Morewedge, Carey K./Monga, Ashwani, Palmatier, Robert W./Shu, Suzanne B./Small, Deborah A., Evolution of Consumption: A Psychological Ownership Framework, Journal of Marketing 85 (2021), issue 1, 196–218.

Peck, Joann/Kirk, Colleen P./Luangrath, Andrea W./Shu, Suzanne B., Caring for the Commons: Using Psychological Ownership to Enhance Stewardship Behavior for Public Goods, Journal of Marketing 85 (2021), issue 5, 33–49.

Pieper, Nadine/Woisetschläger, David M., Customer misbehavior in access-based mobility services: An examination of prevention strategies, Journal of Business Research 171 (2024) 114356.

Pierce, Jon L./Peck, Joann, The History of Psychological Ownership and Its Emergence in Consumer Psychology, in: Peck, Joann/Shu, Suzanne (Hrsg.), Psychological Ownership and Consumer Behavior, Berlin 2018, 1–18.

Schaefers, Tobias, Exploring carsharing usage motives: A hierarchical means-end chain analysis, Transportation Research Part A: Policy and Practice 47 (2013) 69–77.

Schaefers, Tobias/Lawson, Stephanie J./Kukar-Kinney, Monika, How the burdens of ownership promote consumer usage of access-based services, Marketing Letters 27 (2016) 569–577.

Schaefers, Tobias/Leban, Marina/Vogt, Florian, On-demand features: Consumer reactions to tangibility and pricing structure, Journal of Business Research 139 (2022) 751–761.

Schaefers, Tobias/Narayanamurthy, Gopalakrishnan/Moser, Roger/Leban, Marina, The sharing economy at the base of the economic pyramid: How access-based services can help overcome ownership risks, Psychology & Marketing 38 (2021) 2073–2088.

Schaefers, Tobias/Ruffer, Stefan/Böhm, Eva, Outcome-based contracting from the customers' perspective: A means-end chain analytical exploration, Industrial Marketing Management 93 (2021) 466–481.

Schaefers, Tobias/Wittkowski, Kristina/Benoit (née Moeller), Sabine/Ferraro, Rosellina, Contagious Effects of Customer Misbehavior in Access-Based Services, Journal of Service Research 19 (2016) 3–21.

Ulaga, Wolfgang/Kowalkowski, Christian, Servitization: A State-of-the-Art Overview and Future Directions, in: *Edvardsson, Bo/Tronvoll, Bård* (Hrsg.), The Palgrave Handbook of Service Management, Basel 2022, 169–200.

Vandermerwe, Sandra/Rada, Juan, Servitization of business: Adding value by adding services, European Management Journal 6 (1988) 314–324.

Wirtz, Jochen/Lovelock, Christopher, Services marketing: People, technology, strategy, 9. Aufl., Singapur 2022.

Das Recht der Sharing Economy im Vergleich zum Kaufrecht

Martin Fries

I. Einführung 217
II. Rechtstatsachen 218
III. Kaufrecht vs. Mietrecht 219
1. Primärpflichten und Mangelbegriff 219
2. Gefahrübergang und Beweislast 220
3. Gewährleistungsrechte 221
4. Rechtsdurchsetzung 222
IV. Rechtspolitischer Handlungsbedarf 223
Literaturverzeichnis 224

I. Einführung

Miteinander zu teilen ist zuweilen nicht nur ein Gebot der Nächstenliebe, sondern auch ein Postulat auf der Grundlage des Effizienzziels. Wenn Gegenstände ungenutzt herumstehen, verursacht das Aufbewahrungskosten, und zugleich mindert sich häufig ihr Wert durch schleichenden Verfall. Man kann das gut an privaten Kraftfahrzeugen beobachten: Sie parken auf Asphaltflächen und verursachen damit neben den nur ausnahmsweise anfallenden Parkraumgebühren vor allem Externalitäten zu Lasten künftiger Generationen, weil die Parkfläche im Allgemeininteresse natürlich besser unversiegelt und mit einem Baum bepflanzt wäre. Früheren Generationen mag das Eignen eines Autos Freiheit verheißen haben, indes wandelt sich diese Perspektive mit zunehmender Flexibilisierung von Mobilitätsangeboten dahin, dass es vielen Menschen vollauf genügt, im Bedarfsfall auf ein geeignetes Transportmittel zugreifen zu können. Ein Sharing-Angebot erschließt überdies zusätzliche Kundenkreise, die infolge begrenzter Liquidität einen Kauf nicht stemmen können und dafür allenfalls über die stark regulierten Ratenzahlungsmodelle zu gewinnen wären.

Mit dem Trend zur Bevorzugung von zeitlich begrenzten Nutzungsverträgen[1] ändert sich freilich auch der Rechtsrahmen für die mit dem Mobilitätsgeschehen verbundenen Transaktionen: Während das Recht auf Übereignung im

[1] *Gsell*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2018, 75 (80); ihr folgend *Kumkar*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 306 (313)

Kaufrecht angesiedelt ist, ergeben sich Nutzungsrechte aus dem Personenbeförderungsrecht und vor allem auch aus dem Mietrecht. Vor diesem Hintergrund untersucht dieser Beitrag nach einem kurzen Blick auf die Rechtstatsachen (II.), wie sich die *lex lata* des Kauf- und Mietrechts für typische Rechtsprobleme von Gütern der Sharing Economy unterscheidet (III.) und welche rechtspolitischen Schlussfolgerungen sich daraus ableiten lassen (IV.).

II. Rechtstatsachen

Das Teilen von Gütern hat zwar schon eine lange Geschichte,[2] erst in jüngerer Zeit findet das Sharing aber breite Anwendung auch im Konsumentenbereich. Die Entwicklung lässt sich am Beispiel der sogenannten Stadtteilautos nachzeichnen: Ursprünglich konnte man diese Fahrzeuge nur in einem Katalog besichtigen und musste sie telefonisch buchen. Ein erster Treiber der verstärkten Verbreitung dieses Sharing Modells waren dann Online-Plattformen, die den Zugang zu Informationen und zur Buchung deutlich verbesserten. Einige Zeit später kam das beginnende Internet der Dinge als zweiter Treiber hinzu: Nun mussten Carsharer den Fahrzeugschlüssel nicht mehr einem zentralen Schlüsselkasten entnehmen, sondern konnten das Auto mit dem Smartphone entsperren und verschließen. Als dritter Treiber fungierten schließlich Netzwerkeffekte: Man findet inzwischen an jeder Straßenecke ein passendes Fahrzeug; das senkt den mit der Nutzung verbundenen Aufwand und steigert die Verlässlichkeit und damit auch die Attraktivität des Angebots.

Nach einer Phase der Marktkonsolidierung gibt es heute in vielen Großstädten ein dichtes Angebot von Autos, Fahrrädern und eScootern, die mit Sharing-Geschäftsmodellen bereitgestellt werden.[3] Neben Fahrzeugen sind auch Büros und Ferienwohnungen und elektronische Geräte ganz unterschiedlicher Art als Sharing-Offerte verfügbar.[4] Bei den meisten dieser Angebote agiert auf Anbieterseite ein Unternehmer. Es gibt zwar auch Plattformen, wo Verbraucher untereinander Gegenstände teilen,[5] zuweilen handelt es sich dabei aber um *lemon markets*[6], die nicht richtig Fahrt aufnehmen, weil anbietende Verbraucher

[2] Frühe Beispiele aus dem privaten Bereich sind die Nachbarschaftshilfe und der Lesezirkel, ein Beispiel aus dem unternehmerischen Bereich ist der Maschinenring; ausführlich *Solmecke/Lengersdorf*, Multimedia und Recht 2015, 493 (493, 497).

[3] Siehe nur die Angebote von *ShareNow*, *SixtShare*, *Miles* und *Lime*. Anfang 2023 gab es in Deutschland bereits knapp 5 Millionen Carsharing-Accounts bei knapp 34.000 Fahrzeugen; unter der Annahme, dass jeder User im Schnitt drei Accounts bei verschiedenen Anbietern führt, teilen sich also immerhin über 40 Personen ein Fahrzeug. Die Zahlen stammen aus dem FactSheet CarSharing in Deutschland 2023 vom Bundesverband CarSharing.

[4] Siehe etwa die Angebote von *Wework*, *Booking* und *Grover*.

[5] So etwa bei *Airbnb*.

[6] Mit diesem Begriff bezeichnet *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488 (488 ff.), Märkte mit unzureichender Qualitätstransparenz, wo Verkäufer für überdurch-

tendenziell minderwertige Ware bereitstellen und so die Verlässlichkeit und Attraktivität des Gesamtangebots beeinträchtigen.[7] Den B2C-Angeboten kommt insofern insgesamt die deutliche größere Bedeutung zu.

III. Kaufrecht vs. Mietrecht

Aus der Konsumentenperspektive schließt sich nunmehr die Frage an, wie sich der Schwenk von Kauf- zu Mietverträgen und vom Kauf- zum Mietrecht auf ihre Leistungsstörungsrechte auswirken. Im Verbrauchsgüterkaufrecht hat die Europäische Union durch eine Reihe von Richtlinien für einen europaweit hohen Verbraucherschutzstandard gesorgt, womöglich kann aber auch das Mietrecht mit Kundenrechten aufwarten, die dahinter nicht zurückbleiben.

1. Primärpflichten und Mangelbegriff

Ein erstes Kriterium, anhand dessen sich Kauf- und Mietrecht miteinander vergleichen lassen, sind die vertraglichen Primärpflichten und der damit verbundene Mangelbegriff.

Im Kern des reformierten kaufrechtlichen Mangelbegriffs steht die objektive Anforderung des § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 lit. a) BGB, die Kaufsache möge sich für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen derselben Art üblich und nach ihrer Art auch vom Käufer auch zu erwarten ist. Jedenfalls beim häufigsten Fall, dem Kauf neu hergestellter Güter, bedeutet dies, dass Verkäufer Übergabe und Übereignung eines makellosen Gegenstands ohne Kratzer und ohne Farbabweichungen schuldet. Eine generelle Bagatellklausel gibt es nicht; nur für einzelne Gewährleistungsrechte, namentlich für den Rücktritt und den Schadensersatz statt der Leistung muss der Mangel nach §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 3 Alt. 1, 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten.[8] Eine privatautonome Abweichung von diesen hohen Voraussetzungen steht nach § 476 Abs. 1 S. 2 BGB unter hohen Voraussetzungen[9] und ist in der Praxis bisher kaum zu beobachten.

Auffallend anders verhält sich die Lage im Mietrecht: Der Mangelbegriff des § 536 Abs. 1 BGB hängt an der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache; Schäden der Mietsache, die ihre Gebrauchstauglichkeit nicht mindern, bleiben außer Betracht und sind gewährleistungsrechtlich folgenlos. Mehr noch: § 536 Abs. 1 S. 3

---

schnittlich gute Ware keine überdurchschnittlichen Preise erzielen können, was zunächst zu adverser Selektion und anschließend regelmäßig zum Zusammenbruch des Marktes führt.

[7] Ein Beispiel dafür wäre *Snappcar*.

[8] So auch BeckOK-BGB/*Faus*t, § 434 Rn. 22.

[9] Detailliert zu den Anforderungen einer *gesonderten* Vereinbarung jurisPK-BGB/*Ball*, § 476 Rn. 29 ff.; BeckOK-BGB/*Faust*, § 476 Rn. 30.

BGB enthält eine Bagatellklausel, wonach unerhebliche Minderungen der Tauglichkeit für das Mietgewährleistungsrecht generell außer Betracht bleiben. Hat ein gemietetes Tablet also eine minimale Delle in der Oberfläche oder fährt ein gemieteter eScooter in der Spitze 0,5 km langsamer als beschrieben, scheiden Gewährleistungsansprüche aus.[10]

Allerdings schuldet die Vermieterin nach § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB die Erhaltung der Mietsache über den gesamten Vertragszeitraum als vertragliche Primärpflicht. Infolge dieser Erhaltungspflicht der Vermieterin steht ein Mieter im Vergleich zu den Primärrechten eines Käufers am Ende doch eher besser da. Das Fehlen eines anspruchsvollen Mangelbegriffs ist für Mieter typischerweise kein spürbarer Nachteil, weil sie nicht am Wert der Sache, sondern ausschließlich an deren Funktionalität interessiert sind. Nicht ohne Grund bieten Vermieter vor allem gut gepflegte Gebrauchtsachen an, und die mieterseitige Nachfrage stört sich an der Gebrauchtwareneigenschaft nicht. Unter dem Vorbehalt der Funktionstauglichkeit ist es ökonomisch betrachtet für Mieter sogar besser, eine Gebrauchtsache zu mieten, weil dies *ceteris paribus* günstiger ist als die Miete einer Neuware. Wo der kaufrechtliche Mangelbegriff also einen höheren Schutzstandard vorsieht, bringt das der typischen Kundin insofern relativ wenig.

2. Gefahrübergang und Beweislast

Ein zweites Kriterium zum Vergleich des Kaufrechts mit dem Mietrecht stellen der Gefahrübergang und die Beweislast für Mängel dar.

Im Kaufrecht normieren §§ 446, 447 BGB den Grundsatz, dass die Gefahr in der Regel mit der Übergabe bzw. der Versendung an den Käufer auf diesen übergehen. Für Verbrauchsgüterkäufe modifiziert § 475 Abs. 2 BGB diese Regelung dahingehend, dass die Gefahren des Versandwegs noch von der Verkäuferin zu schultern sind. Diese Risikozuweisung ist im Grundsatz sachgerecht, weil sie den Einflusssphären der Vertragsparteien folgt und Gefahren jeweils demjenigen Akteur zuweist, der die Kaufsache gerade unter seinen Fittichen hat. Allerdings wird diese Regel im Verbrauchsgüterkaufrecht durch eine Sonderbestimmung zur Beweislast käuferfreundlich modifiziert: Nach § 477 Abs. 1 S. 1 BGB verschiebt sich die eigentlich dem Käufer obliegende Beweislast für das Auftreten eines Mangels für das erste Jahr nach Gefahrübergang auf die Verkäuferin. Zumindest für den Zeitraum eines Jahres muss die Verkäuferin insofern für viele der auftretenden Mängel noch einstehen. Eine Haltbarkeitsgarantie liegt darin freilich nicht: Wenn sich die Kaufsache während des ersten Jahres einfach abnutzt oder wenn sie entgegen der Erwartung mehrjähriger

[10] Es kommen in dieser Situation allenfalls noch (Rest-)Erfüllungsansprüche in Betracht; MüKoBGB/*Häublein*, § 536 Rn. 32; dem folgend BeckOGK-BGB/*Bieder*, 01.10.2023, § 536 Rn. 84.

Haltbarkeit bereits nach gut einem Jahr physisch[11] ihren Geist aufgibt, geht der Käufer leer aus.

Dieses mittel- und langfristig den Käufer belastende Haltbarkeitsrisiko trägt im Mietrecht uneingeschränkt der Vermieter. Hier gibt es in § 536a BGB zwar für den Schadensersatz eine Unterscheidung zwischen anfänglichen und nach Vertragsschluss eingetretenen Mängeln, ein echter Gefahrübergang ist damit aber nicht verbunden. Vielmehr ist es nach § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB Hauptpflicht der Vermieterin, die Mietsache während der gesamten Mietzeit im gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten.[12] Auch die Beweislast geht tendenziell zu ihren Lasten: Anfängliche Mängel kommen ohnehin aus ihrer Sphäre, aber auch bei Rückgabe der Mietsache bestehende Mängel wird sie nicht unbedingt dem Mieter anlasten können. Sie kann sie zwar klassisch in einem Übergabeprotokoll festhalten, allerdings sind Vermieter in der Sharing Economy bei der Rückgabe der Mietsache häufig nicht mehr anwesend, sondern überlassen den Mietern die eigenständige Rückgabe der Sache ins System. Wird dann später ein Defekt wie etwa eine äußerliche Beschädigung eines Fahrzeugs festgestellt, lässt sich der Nachweis kaum mehr führen, dass die Beschädigung nicht nach, sondern vor der Rückgabe erfolgt ist. Eine gewisse Erleichterung für Vermieter folgt zwar daraus, dass sie Geräteinteraktionen ihrer Kunden automatisch protokollieren können, bei der Verarbeitung dieser Daten unterliegen sie aber den strengen Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO, die eine Verwertung als Beweismittel in einem Zivilrechtsstreit in der Regel nicht zulassen. Im Hinblick auf Gefahrübergang und Beweislast steht ein Mieter insofern insgesamt deutlich besser da als ein Käufer.

3. Gewährleistungsrechte

Kaufrecht und Mietrecht unterscheiden sich auch im Hinblick auf Gewährleistungsrechte. Der Kanon der Mängelrechte eines Käufers ergibt sich aus § 437 BGB und umfasst neben Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung insbesondere auch verschuldensabhängige Ansprüche auf Schadens- und Aufwendungsersatz. Bei Verbraucherverträgen über Waren mit digitalen Elementen ist die Verkäuferin nach § 475b Abs. 4 BGB zusätzlich zur Bereitstellung von Aktualisierungen für das digitale Element verpflichtet.

Auch das Mietrecht kennt durch § 578b Abs. 1 und 3 BGB eine Aktualisierungspflicht für Mietsachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dies fällt freilich weniger aus der hergebrachten Norm, weil die

[11] Anders ist es im Hinblick auf eine in der Kaufsache enthaltene oder damit verbundene Software; hier trifft die Verkäuferin eine Aktualisierungspflicht nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB bzw. nach §§ 475a Abs. 2 S. 2, 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 327f BGB

[12] Nur für die Beseitigung von *mieter*verursachten Mängeln ist die Vermieterin nicht verantwortlich; BeckOGK-BGB/*Schmidt*, 01.10.2024, § 535 Rn. 321; MüKoBGB/*Häublein*, § 535 Rn. 130; Erman BGB/*Lützenkirchen/Selk*, § 535 Rn. 40.

Erhaltungspflicht der Vermieterin aus § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB eine ähnliche Pflicht für körperliche Mietsachen statuiert. Dem Rücktritt des Käufers entspricht die außerordentliche Kündigung nach § 543 BGB. Kundenfreundliche Besonderheiten des Mietgewährleistungsrechts sind die Minderung *ipso iure* nach § 536 BGB sowie die verschuldensunabhängige Haftung der Vermieterin nach § 536a BGB. In der Tendenz fahren Mieter also auch im Hinblick auf Gewährleistungsrechte günstiger als Käufer.

4. Rechtsdurchsetzung

Schließlich lohnt auch ein Vergleich auf die Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung, die Käufer einerseits und Mieter andererseits gewärtigen. Das europaweit fast vollständig harmonisierte Verbrauchsgüterkaufrecht und der bisweilen undogmatische Verbraucherschutzansatz des EuGH führen hier für Käufer zu der günstigen Situation, dass Zweifelsfragen des materiellen Rechts in aller Regel zu seinen Gunsten entschieden werden.[13] Demgegenüber beschränkt sich der unionsprivatrechtliche Zugriff im Mietrecht auf die durch die Klauselrichtlinie vereinheitlichte Bewertung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Freilich hat neben der Bewältigung rechtlicher Unsicherheiten für Verbraucher noch ein anderer Umstand ganz wesentliche Bedeutung: Häufig entscheidet nicht das materielle Recht, sondern die Anspruchslast darüber, ob ein Problem bei der Vertragsabwicklung zugunsten der einen oder der anderen Vertragspartei gelöst wird. Die Überwindung, die es kostet, einen Anspruch zu formulieren und durchzustreiten, ist für Verbraucher, aber auch für viele Unternehmer so groß, dass sie von der Durchsetzung ihrer Rechte meist absehen. Im Kaufrecht liegt diese Anspruchslast in der Regel beim Käufer, weil er den Kaufpreis vorab gezahlt hat und anschließend eine Nicht- oder Schlechtleistung der Verkäuferin geltend machen muss. Im Mietrecht hingegen liegt die Anspruchslast in der Regel bei der Vermieterin, denn die Gestellung einer Kaution ist im Bereich der Sharing Economy unüblich, und so ist sie in der Regel darauf verwiesen, nach dem Ende der Mietzeit den Mieter in Anspruch zu nehmen. Eine zeitlich früher ansetzende Sanktionierung des Mieters durch Fernsperrung eines digital steuerbaren Gegenstands ist ihr nicht erlaubt.[14]

---

[13] Das gilt sogar für den eigentlich europarechtlich nicht vereinheitlichten Schadensersatz, vgl. etwa aus der jüngeren Judikatur die Thermofenster-Entscheidung des EuGH vom 21.03.2023, dazu Heinze, https://verfassungsblog.de/die-private-durchsetzung-des-unionsrechts/, 3.04.2023 (zuletzt abgerufen am 10.12.2024).

[14] BGH vom 26.10.2022, XII ZR 89/21; siehe dazu auch *Fries*, Juristenzeitung 2022, 361 (361 ff.); *Beurskens*, Recht Digital 2023, 1 (1 ff.); *Blanke-Roeser*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 363 (363 ff.).

IV. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Der Vergleich zwischen den Kundenrechten im Kauf- und Mietrecht zeigt, dass Mieter fast durchweg besser dastehen als Käufer. Das spiegelt sich freilich auch in den Preisen, die die Kundschaft zu zahlen hat, denn auf lange Frist gesehen zahlen Mieter deutlich mehr als Käufer. Den Trend vom Owning zum Sharing hat das dennoch nicht aufgehalten; offenbar sind Verbraucher bereit, für die den Vermieter belastende Erhaltungspflicht aus § 535 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB auch etwas zu zahlen.

Wenn danach die wesentlichen mit dem Vertragsgegenstand verbundenen Risiken beim Unternehmer bleiben, ist das auch ökonomisch durchaus gut begründbar. Auf den ersten Blick mag man die Kunden zwar wegen ihrer Sachnähe für *superior risk bearers* halten,[15] letztlich überlagert ihre Risikoaversion aber den Vorteil der einfacheren Risikokontrolle. Die Gefahr eines Missbrauchs der unternehmerischen Erhaltungspflicht im Sinne eines *moral hazard*[16] hat sich in der Praxis als überschaubar erwiesen: Das achtlose Wegwerfen von Mietfahrrädern[17] etwa ist ein Einzelfall geblieben, und wegen steigender Kontrollmöglichkeiten des Anbieters über die Erfassung von Bewegungs- und Bedienungsdaten können sich Mieter in Zukunft einen allzu nachlässigen Umgang mit der Mietsache für Mieter in kaum mehr leisten.[18]

Aus rechtspolitischer Warte zeigt dieser Befund keinen augenfälligen Handlungsbedarf. Das Bürgerliche Recht hält für Kauf und Miete gleichermaßen passende Rechtsrahmen parat, und deren Gestaltung hindert nicht einen Trend vom einen zum anderen Vertragstyp bei sich wandelnden Kundenpräferenzen. Das könnte auch Konsequenzen für die supranationale Gesetzgebung haben. Denn sollte die Europäische Union in absehbarer Zeit Pläne für eine Richtlinie zur Harmonisierung des Verbrauchermietrechts schmieden, könnten die §§ 535 ff. BGB dafür durchaus Pate stehen.

---

[15] Zu diesem Konzept *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse Zivilrecht, 491 ff.

[16] Dazu *Schmolke* in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2023, Rn. 302 ff.

[17] Erläuternd *Seydack*, Das Obike-Desaster, Süddeutsche Zeitung vom 12.08.2018, https://sz.de/1.4090028 (zuletzt abgerufen am 10.12.2024).

[18] Voraussetzung dafür ist die Einhaltung der Vorgaben zur Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO; vgl. etwa die Diskussion um die Zulassungsfähigkeit eines *Tesla* mit aktiviertem *Sentry Mode*; dazu *Auer-Reinsdorff*, Multimedia und Recht 2023, 6 (8 f.).

Literaturverzeichnis

Akerlof, George, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488–500.

Auer-Reinsdorff, Astrid, Digitales Kaufrecht B2B – Sicherheit, Kompatibilität, Interoperabilität, Funktionalität, Aktualisierungen und weitere Anforderungen bei IT-Kaufverträgen, Multimedia und Recht 2023, 6–10.

BeckOK-BGB, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 72. Edition, München 8/2024.

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München, Stand 10/2024.

Beurskens, Michael, Akkusperre aus der Ferne – Vom Besitzschutz zum Mietrecht, aber bloß keine digitalen Inhalte?, Recht Digital 2023, 1–11.

Blanke-Roeser, Constantin, Vertragsbeendigung und digitale Selbsthilfe, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 363–386.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Band I, 17. Aufl., Köln 2023.

Fries, Martin, Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 07. 10. 2021 – I 20 U 116/20, Juristenzeitung 2022, 361–364.

Gsell, Beate, Der europäische Richtlinienvorschlag zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2018, 75–82.

Heinze, Christian, Die private Durchsetzung des Unionsrechts, Verfassungsblog, 03.04.2023; https://verfassungsblog.de/die-private-durchsetzung-des-unionsrechts/ (zuletzt abgerufen am 10.12.2024).

juris PraxisKommentar-BGB, Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Gesamt-Hrsg.), Band 2: Schuldrecht, 10. Aufl., Saarbrücken 2023.

Kumkar, Lea K., Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 306–333.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Band 5: §§ 535–630h, 9. Aufl., München 2023.

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2020.

Seydack, Das Obike-Desaster, Süddeutsche Zeitung vom 12. August 2018, https://sz.de/1.4090028 (zuletzt abgerufen am 10.12.2024).

Solmecke, Christian/Lengersdorf, Bonny, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy– Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt, Multimedia und Recht 2015, 493–497.

Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl., Tübingen 2023.

Geschäftsmodelle bei digitalen Produkten und ihre Auswirkungen auf den Handel

Rahild Neuburger

I. Einführung 225
II. Digitale Produkte: Einordnung und Charakteristika 225
1. (Re-)Produktion und Distribution: Gegen Null gehende Grenzkosten und Skalierbarkeit 227
2. Nutzung: Geringer Wertverlust und Kopierbarkeit 228
3. Markt/Wettbewerb: Netzeffekte und Systemprodukte 228
III. Geschäftsmodelle digitaler Produkte 229
1. Nutzenversprechen / Mehrwert für den Kunden 230
2. Erlösmodell 230
3. Architektur der Wertschöpfung 232
IV. Implikationen für den Handel 234
1. Wegfall klassischer Handelsfunktionen 234
2. Zunehmende Relevanz von CtC- und CtB-Handelsbeziehungen 235
3. Steigende Relevanz der Daten 235
4. Trend zur Omni-Channel-Strategie 236
5. Wettbewerb um Aufmerksamkeit 236
V. Rückwirkungen auf den klassischen Handel 237
Literaturverzeichnis 239

I. Einführung

Im folgenden Beitrag steht der ökonomische Blickwinkel auf digitale Produkte im Vordergrund. Nach einer Einordnung, was unter digitalen Produkten aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu verstehen ist und durch welche Eigenschaften sie sich charakterisieren lassen, wird erläutert, wie sich typische Geschäftsmodelle für digitale Produkte darstellen, bevor herausgearbeitet wird, welche Implikationen sich hieraus für den Handel ergeben.

II. Digitale Produkte: Einordnung und Charakteristika

Nach § 327 Abs. 1 BGB ist unter digitalen Produkten die „Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen" zu verstehen. Prinzipiell entspricht dies dem betriebswirtschaftlichen Verständnis, auch wenn der Begriff „Digitale Produk-

te“ einerseits noch weiter zu differenzieren ist, andererseits stärker zu physischen, d.h. sachlichen und sog. hybriden Produkten abzugrenzen ist. Abbildung 1 zeigt dies im Überblick.

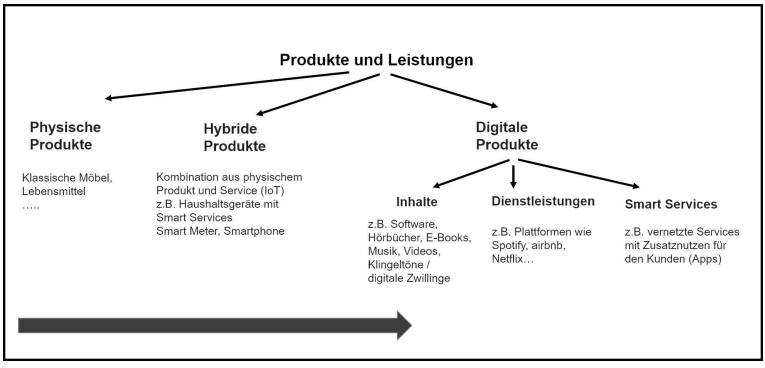


Abbildung 1: Abgrenzung von Produkten und Leistungen

Von physisch-sachlichen Produkten sind zunächst hybride Produkte zu unterscheiden. Diese stellen Kombinationen aus Sach- und Dienstleistungen dar, die am Markt als integrierte Leistungsbündel angeboten werden[1]. Bei diesen Dienstleistungen kann es sich auch um digitale Services handeln. Konkrete Beispiele sind Haushaltsgeräte wie der Backofen oder der Kühlschrank, die mit einem Sensor und einem Smart Service verknüpft sind. Über den Sensor werden Daten erfasst, die durch den Smart Service ausgewertet werden, um über die reine Nutzung hinausgehende Services anbieten zu können[2]. Oder die Heizungsanlage, die – verknüpft mit einem Sensor zur regelmäßigen Erfassung der Nutzungsdaten – auf der Basis der analysierten Daten rechtzeitig über anstehende Reparaturen informieren kann. Im Gegensatz zu rein physischen Produkten handelt es sich hier um eine Kombination aus einem physischen Produkt und einem digitalen Service, der zusätzliche Inhalte (z.B. Rezepte) oder Dienstleistungen (z.B. Information des Installateurs) zur Verfügung stellt. Dass es sich um ein hybrides Produkt handelt, ist mittlerweile häufig nicht mehr auf den ersten Blick zu erkennen. Ein Beispiel hierfür ist ein Autoschlüssel, den der Nutzer als rein physisches Produkt wahrnimmt, der jedoch während des Fahrens Daten sammelt, die für das Wartungsunternehmen hilfreich für die Durchführung der Inspektionen sind.

In Abgrenzung zu hybriden Produkten haben nun rein digitale Produkte weder direkt noch indirekt physische Anteile und lassen sich somit den immateriellen Realgütern zuordnen[3]. Letztlich bestehen sie aus digitalen Inhalten oder

[1] Vgl. *Böhmann/Krcmar,* in: Bruhn/Stauss (Hrsg.), Wertschöpfungsprozesse bei Dienstleistungen, 2007, 239–255.

[2] Vgl. *Noll* et al., Neue Produkte.

[3] Vgl. *Schmidt,* Das Online-Erfolgsmodell digitaler Produkte.

Informationen. Grob lassen sie sich näher abgrenzen in inhaltsbezogene digitale Produkte, die Content wie z. B. Software, E-Books, Musik, Videos oder Klingeltöne zur Verfügung stellen und in servicebezogene digitale Produkte, die eine Dienstleistung anbieten. Beispiele hier sind vor allem Plattformen wie das Unternehmen Airbnb, das die Nutzung einer Wohnung anbietet oder das Unternehmen Uber, das eine Transportleistung anbietet. Immer häufiger zu beobachten sind sog. „Smart Services". Darunter sind oft mit Künstlicher-Intelligenz-Funktionalitäten versehene datenbasierte Services zu verstehen, die nicht nur auf eine einzelne Anwendung, sondern auf eine Kombination mehrerer Anwendungen auf der Basis vernetzter Daten zurückgreifen[4]. Beispiel sind Anwendungen im Kontext von Smart Home, bei denen z. B. Energieverbrauchsdaten gekoppelt werden mit Anwesenheitsdaten, um dem Nutzer der Wohnung Hinweise zur Optimierung des individuellen Energiemanagements geben zu können. Der zusätzliche Mehrwert im Sinne der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen basiert hier auf der Basis vernetzter datenbasierter Anwendungen.

Wie schon angesprochen, sind digitale Produkte immateriell bzw. haben einen hohen Anteil an Immaterialität. Hieraus ergeben sich einige typische Charakteristika, die für die hier zu untersuchenden zugrunde liegenden Fragestellungen relevant sind[5].

1. (Re-)Produktion und Distribution: Gegen Null gehende Grenzkosten und Skalierbarkeit

Digitale Produkte zeichnen sich dadurch aus, dass die Grenzkosten bei (Re-) Produktion und Distribution gegen Null gehen. Ist beispielsweise ein Klingelton einmal erstellt, lässt er sich in großer Menge reproduzieren ohne dass zusätzliche Produktionskosten entstehen. Auch der zusätzliche Vertrieb erfolgt i.d.R. mit sehr geringen oder keinen Kosten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der digitale Vertrieb in Echtzeit und ohne Medienbruch erfolgt wie z. B. beim Online-Abruf des gekauften Klingeltons. Bei physischen Produkten ist dies nicht der Fall. So benötigt die zusätzliche Produktion jedes weiteren Möbelstückes den Einsatz von Materialien wie z. B. Holz und verursacht somit zusätzliche variable Kosten. Gleiches gilt für den Transport physischer Produkte, der i.d.R. mit Kosten verbunden ist. Anders bei digitalen Produkten, bei denen Liefer- und Lagerkosten gegen Null gehen. Sind die Grenzkosten gering, lassen sich zum einen schnell hohe Produktionsmengen realisieren. Die Skalierbarkeit digitaler Produkte ist somit i.d.R. höher als bei physischen Produkten. Zum

---

[4] Vgl. z. B. *acatech* (Hrsg.), Smart Service Welt 2018, 2018.

[5] Vgl. zu den folgenden Ausführungen insbesondere *Picot* et al., Die grenzenlose Unternehmung; *Zerdick* et al., Die Internet-Ökonomie.

anderen erleichtert es die zugrunde liegende Immaterialität, digitale Produkte zu individualisieren und nutzerorientiert zu gestalten.

2. Nutzung: Geringer Wertverlust und Kopierbarkeit

Auch bzgl. Nutzung digitaler Produkte gibt es entscheidende Unterschiede zu physischen Produkten. Abgesehen davon, dass bei der Nutzung meist keine oder nur geringe Transaktionskosten entstehen, führt die Nutzung i.d.R. nicht zu einem Wertverlust, wie wir es von physischen Produkten her kennen. So beeinflusst die Häufigkeit des Lesens eines E-Books den Wert dieses E-Books nicht. Handelt es sich hingegen um ein analoges Buch, wird sich der Wert mit zunehmender Anzahl von Nutzern durch Gebrauchsspuren etc. vermindern. Zudem lassen sich digitale Produkte leicht kopieren. Daher ist es schwierig, sie zurückzugeben, da die digitale Information, der Inhalt, immer beim Empfänger bleiben. Zwar gibt es erste Modelle, dass Online-Buchhändler E-Books ausleihen, die nach einiger Zeit automatisch gelöscht werden, aber für den Anbieter entsteht hierdurch zusätzlicher Aufwand. Kopierbarkeit und schwierige Rückgabe führen zu zwei Effekten: sie erhöhen das Risiko des Diebstahls, wenn illegale Downloads oder Raubkopien erfolgen und erschweren u.U. die Wertbestimmung und Kaufpreis. Denn ist das digitale Produkt beim Käufer, um gemeinsam den Wert zu bestimmen, lässt es sich kaum mehr zurückgeben. Schließlich kann die Analyse der Nutzungsdaten eine wichtige Basis für die Generierung von Mehrwert oder sogar die Etablierung zusätzlicher Geschäftsmodelle darstellen. Bekannte Beispiele sind der Verkauf von Nutzungsdaten an andere Unternehmen oder auch die Entwicklung neuer Services auf Basis generierter und verdichteter Prozess- oder Verhaltensdaten.

3. Markt/Wettbewerb: Netzeffekte und Systemprodukte

Ein wesentliches und ganz typisches Charakteristikum ist die Existenz direkter und indirekter Netzeffekte. Direkte Netzeffekte entstehen, wenn der Nutzen der bisherigen Nutzenden durch zusätzliche Nutzer erhöht wird. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu physischen Produkten. Der Nutzen der bisherigen Käufer eines Möbelstücks erhöht sich nicht automatisch durch den Verkauf eines weiteren Möbelstücks an einen zusätzlichen Käufer. Häufig steigt der Wert sogar genau dadurch, dass physische Produkte nur an wenige Nutzer verkauft werden, da es sich um knappe Güter handelt. Hingegen erhöht sich der Nutzen der übrigen Nutzer eines Messaging-Dienstes durch jeden zusätzlichen Teilnehmenden, da die Anzahl der erreichbaren Nutzenden steigt. Je schneller es dem anbietenden Unternehmen nun gelingt, eine kritische Masse an Nutzern anzusprechen und von dem Mehrwert zu überzeugen, desto schneller lässt sich ein sog. „de-facto-Standard" setzen. Dieser führt zu einem verstärkenden Effekt, da noch mehr Nutzende das digitale Produkt in Anspruch nehmen. Der

Druck zum Aufbau einer kritischen Masse, um einen de-facto-Standard setzen zu können, ist gerade dann hoch, wenn aufgrund der Charakteristika digitaler Produkte sehr schnell Nachahmer auf den Markt treten.

Oft handelt es sich bei digitalen Produkten zudem um Systemprodukte und keine Einzelprodukte. Beispiel ist ein Smart-Phone, dessen Wert letztlich nicht nur von einzelnen Applikationen, sondern von allen Anwendungen in ihrer Gesamtheit abhängig ist. Diese Bündelung von Einzelleistungen erschwert wiederum die Wertbestimmung. Denn letztlich entscheidet jeder Kunde selbst, welchen Wert das digitale Produkt als Systemprodukt hat. Der wahrgenommene Wert eines (System-)Produktes spielt somit eine größere Rolle wie die Frage, welche Kosten tatsächlich entstanden sind. Auch hierin liegt ein wichtiger Unterschied zur klassischen industriellen Produktion, bei der die Preisbestimmung oft auf der Basis der tatsächlich entstandenen Kosten erfolgt. Dies ist bei digitalen Produkten anders. So finden sich durchaus Preisangebote, die sicherlich auch bei Verdoppelung des Preises von vielen Nutzenden in Anspruch genommen würden, da sie den Wert, den sie dadurch bekommen, als sehr hoch ansehen.

Noch schwieriger wird die Wertbestimmung, wenn man den Wettbewerb um Aufmerksamkeit einbezieht, da die Konkurrenz vergleichsweise hoch ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der oben schon angesprochenen schnellen Etablierung von Konkurrenzunternehmen aufgrund der Charakteristika digitaler Produkte. Je größer die Konkurrenz ist, desto höher ist der Wettbewerb um Aufmerksamkeit.

Aus den hier skizzierten typischen Charakteristika digitaler Produkte ergeben sich nun einige Implikationen für die Gestaltung von Geschäftsmodellen.

III. Geschäftsmodelle digitaler Produkte

Für die Abgrenzung von Geschäftsmodellen gibt es in der Literatur unterschiedliche Beispiele. In einer vereinfachten Darstellung besteht ein Geschäftsmodell aus drei Komponenten[6]:

- Worin liegt der Mehrwert für den Kunden; was ist das konkrete Nutzenversprechen?
- Welches Erlösmodell ist sinnvoll?
- Wie ist die Architektur der Wertschöpfung?

[6] Unternehmenswelt, Wirtschaftslexikon, https://www.unternehmenswelt.de/geschaeftsmodell.html (zuletzt abgerufen am 15.09.2023).

1. Nutzenversprechen / Mehrwert für den Kunden

Unabhängig davon, dass das Nutzenversprechen bzw. der Mehrwert für den Kunden immer von der Art des jeweiligen Produktes abhängig ist, lassen sich bei digitalen Produkten zwei übergreifende Unterschiede zu klassischen Produkten erkennen. Zum einen verlagert sich der wahrgenommene Mehrwert vom reinen Produkt in Richtung Problemlösung. Verdeutlichen lässt sich dies beispielsweise am Beispiel der Navigation: So möchte der Nutzende keinen analogen Stadtplan – ein Produkt – mehr, sondern vor allem einen konkreten Vorschlag für ein schnelles Ankommen am Ziel, d.h. eine Problemlösung. Zum anderen spielen über die reine Nutzung hinaus die wahrgenommene Erfahrung und Erlebnis eine zunehmende Rolle. Das Nutzenversprechen liegt somit weniger darin, zusätzliche Produkte zu besitzen und nutzen zu können, als vielmehr darum, durch die Nutzung bestimmter Services Erlebnisse und Erfahrungen zu generieren. Insbesondere jüngeren Generationen wird dies gerne nachgesagt.

2. Erlösmodell

Lag physischen Produkten meist das klassische Preismodell als primäres Erlösmodell zugrunde, so lässt sich bei digitalen Produkten eine Vielfalt an (neuartigen) Erlösmodellen erkennen. So lassen sich bei digitalen Produkten typischerweise beobachten[7]:

- Pay per Use: Zahlung bei Nutzung
- Abo-Modelle: monatlicher oder jährlicher Beitrag
- Service-Modelle: Rahmenverträge zur Nutzung von digitalen Produkten
- Freemium: Kostenloses Basisangebot mit zusätzlichen kostenpflichtigen Services
- Free-Modell: Werbe-finanziertes Angebot
- Versioning: Zeitabhängig unterschiedliche Preisgestaltung
- Datenbasiert: Kostenloser Zugriff bei Preisgabe der persönlichen (Nutzungs-)Daten

Deutlich wird nicht nur eine Vielzahl zusätzlich denkbarer Erlösmodelle; zu erkennen ist auch, dass Daten als Zahlungsmittel an Bedeutung gewinnen und zunehmend die Rolle eines Tauschmittels einnehmen. Der Nutzende erhält bestimmte Services nicht durch Zahlung einer Gebühr, sondern durch Bereitstellung seiner individuellen Nutzungsdaten. Dies liegt nahe, denn viele Services können ja nur durch die zur Verfügung gestellten Daten angeboten werden. So lässt sich der durch die App angebotene Vorschlag einer schnelleren Fahrroute nur dann realisieren, wenn möglichst viele Nutzende ihre Standortdaten zur Verfügung stellen. Bei der Nutzung kardiologischer Anwendungen entsteht der

[7] Vgl. *Zerdick* et al., Die Internet-Ökonomie.

Mehrwert erst durch die Bereitstellung einer Analyse auf der Basis der von der jeweiligen Person erfassten Herztöne, Anzahl an Schritten, Blutdruck etc. Bei anderen Applikationen lässt sich der Service zwar auch unabhängig von Nutzungsdaten realisieren; in der Erfassung und Analyse der Nutzungsdaten sehen jedoch Unternehmen oft eine zusätzliche Möglichkeit zur Erzielung von Erlösen. Hier entsteht der Mehrwert durch die direkte Interaktion mit dem Kunden und den Zugriff auf seine Daten, die dann Basis für erlösbringende Geschäftsmodelle sind. Insofern lassen sich im Vergleich zu analogen physischen Produkten zwei wesentliche Tendenzen erkennen: einerseits steigt die Vielfalt an Erlösmodellen; andererseits spielen Daten als Tauschmittel eine zunehmende Rolle. Wie vielfältig denkbare datenbasierte Geschäftsmodelle sind, zeigt folgende Abbildung, die das Ergebnis einer Fallstudienanalyse existierender datenbasierter Geschäftsmodelle widerspiegelt. Unterschieden wird hier in Geschäftsmodelle

- „Data as a product": Verkauf von Daten wie z. B. Nutzungs- oder Marketingdaten
- „Data as a service": Angebot von Daten als Service
- „Data in a service": Angebot eines Services auf der Basis der erfassten Nutzungsdaten wie gerade in den Beispielen auch erwähnt.
- „Supporting function of Data": Zusätzliches Angebot eines datenbasierten Services wie es oben in den erwähnten Beispielen der Haushaltsgeräte oder Heizung mit integriertem Service der Fall ist.
- „New Services": ganz neue datenbasierte Geschäftsmodelle, die sicherlich jetzt insbesondere im Zusammenhang mit Künstlicher Intelligenz entstehen werden.

All diese Services können nun auf unterschiedlichen Daten basieren. Dabei handelt es sich meist weniger um personenbezogene Daten, bei denen rechtliche Regularien wie insbesondere die DSGVO zu beachten sind, als vielmehr um Prozess- oder Verhaltensdaten. Im Gegensatz zu physischen Produkten und Erlösmodellen entsteht der Mehrwert eines digitalen Produktes wie z. B. einer Applikation oft erst durch genau diese Prozess- oder Verhaltensdaten. Der Service alleine ist zunächst wertlos. Meist sind die Nutzenden darauf angewiesen, dass andere Nutzende ihre Prozess- oder Verhaltensdaten auch zur Verfügung stellen. Werden die Leistungen nur in Anspruch genommen, ohne die eigenen Daten zur Verfügung zu stellen, haben weder das anbietende Unternehmen noch die übrigen Nutzenden einen tatsächlichen Mehrwert. Wie wichtig dieser Aspekt für Unternehmen ist, lässt sich daran erkennen, dass Gutscheine bei Preisgabe der Daten vergeben werden oder dass Nutzungsgebühren verlangt werden, wenn die Daten nicht zur Verfügung gestellt werden.

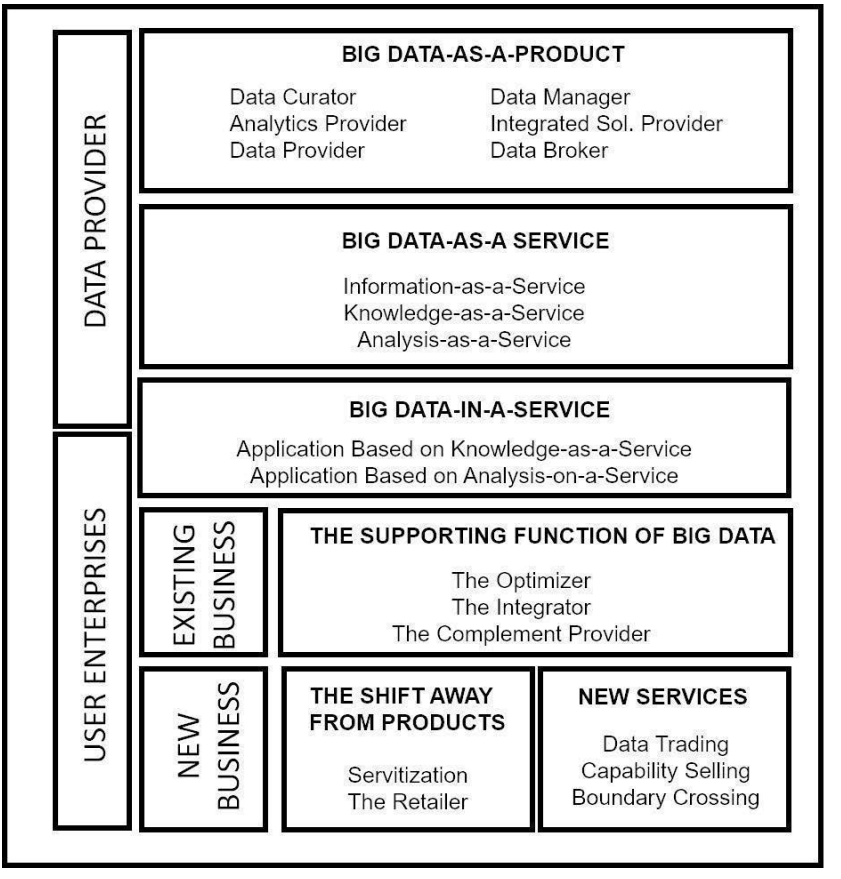


Abbildung 2: Exemplarische datenbasierte Geschäftsmodelle im Überblick[8]

3. Architektur der Wertschöpfung

Sowohl die Charakteristika digitaler Produkte wie auch die Erlösmodelle beeinflussen nun wesentlich die dritte Komponente der Geschäftsmodelle: die Architektur der konkreten Wertschöpfung. Hier ist ein klarer Trend zu erkennen von der traditionellen, eher linearen Wertschöpfungskette hin zur Wertschöpfung in Ökosystemen. Abbildung 3 zeigt den Unterschied.

[8] Quelle: *Berchtold*, Business Models and Big Data, veröffentlicht in *Picot* et al., in: Kolany-Reiser et al. (Hrsg.), Big Data und Gesellschaft, 2018, 309–416.

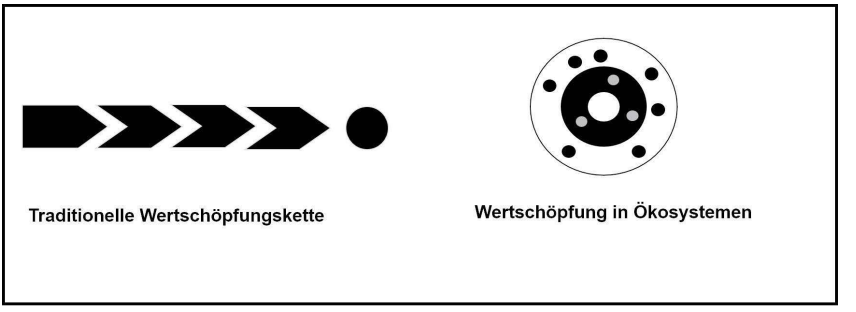


Abbildung 3: Von der Wertschöpfungskette zu wertschöpfenden Ökosystemen

Aus der Industrie bekannt sind traditionelle Wertschöpfungsketten, die die aufeinanderfolgenden Schritte der Herstellung eines Produktes abbilden. Diese lösen sich zunehmend auf und tendieren zu sog. vernetzten Ökosystemen[9]. Typisches Charakteristikum ist, dass es ein Kernprodukt gibt, um das sich eine Vielzahl unterschiedlicher Unternehmen ansiedelt, die zusätzliche Dienste anbieten und dadurch gemeinsam für den Kunden Mehrwert erzeugen. In einem Ökosystem agieren somit alle Unternehmen parallel und aufeinander abgestimmt, die für das Angebot eines digitalen Produktes erforderlich sind. Zentraler Ankerpunkt ist i.d.R. ein digitales Produkt oder eine gemeinsame technologische Plattform mit entsprechenden Komplementärprodukten. Die verschiedenen Anbieter stehen einerseits im Wettbewerb; andererseits kooperieren sie miteinander. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang auch von „Coopetition" gesprochen[10]. Der Nutzen entsteht nicht durch das Produkt alleine, sondern durch die Kombination der verschiedenen Services und Anwendungen. So stellt ein neues Smartphone als rein physisches Produkt zunächst keinen Nutzen dar. Dieser entsteht erst dadurch, dass eine Systemsoftware existiert und Standards definiert sind, so dass andere Unternehmen ihre digitalen Services anbieten können. Je mehr dieser digitalen Services zur Verfügung stehen, desto höher ist der Anreiz für Nutzende, dieses Systemprodukt zu nutzen und für weitere Unternehmen, ihre Services anzubieten. Dies gilt umso mehr, wenn die verschiedenen Services miteinander vernetzt werden und dabei die erfassten Daten auch anderen Anbietern zur Verfügung gestellt werden. Hier wird es sicherlich zukünftig weitere Entwicklungen und Konzepte geben, die insbesondere auch datenschutzrechtliche Fragen aufgreifen werden.

---

[9] Vgl. *Geisberger/Broy,* in: Geisberger/Broy (Hrsg.), agendaCPS – integrierte Forschungsagenda Cyber Physikal System, acatech STUDIE, vol. 1, 2012, 175–190; sowie *Zerdick* et al., Die Internet-Ökonomie.

[10] Vgl. *Brandenburger/Nalebuff,* Co-opetition.

IV. Implikationen für den Handel

Was bedeutet dies alles nun für den Handel in seiner klassischen Funktion als Intermediär zwischen Produzenten und Konsumenten? Zu erkennen sind insbesondere folgende Effekte:

1. Wegfall klassischer Handelsfunktionen

Beim Handel digitaler Produkte werden bestimmte klassische Handelsfunktionen[11] obsolet. Zu ihnen zählen insbesondere:

- *Räumlicher* Ausgleich im Sinne der Überbrückung des Raumes zwischen Produzenten und Konsumenten, wie es beispielsweise im klassischen Einzel- und Großhandel der Fall ist.
- *Zeitlicher* Ausgleich im Sinne der Lagerhaltungsfunktion des Handels, da die Zeitpunkte der Produktion und der Zeitpunkt des Verkaufs bei physischen Produkten unterschiedlich sind.
- *Quantitativer* Ausgleich, um die Differenz zwischen nachgefragter und produzierter Menge auszugleichen, wie es bei dem Prinzip der Vorratsproduktion bei physischen Produkten häufig der Fall ist.

Ein wesentlicher Grund für den Wegfall dieser Funktionen ist, dass bei digitalen Produkten Erstellung und Auslieferung zeitlich und örtlich zusammenfallen. Digitale Produkte sind nicht lagerfähig und werden genau in dem Moment erzeugt, wenn der Kunde sie nachfragt. Dies gilt insbesondere bei rein digitalen Produkten. Bei hybriden digitalen Produkten ist dies etwas differenzierter zu betrachten; sobald physische Komponenten eine Rolle spielen, werden klassische Handelsfunktionen wieder wichtiger.

Von diesen Funktionen, die beim Handel digitaler Produkte obsolet werden, zu unterscheiden, sind Funktionen, die nicht ganz wegfallen, sondern z.T. von Produzenten oder anderen Akteuren übernommen werden. Zu ihnen zählen insbesondere der *qualitative* Ausgleich im Sinne der Sortimentsfunktion und der *finanzielle* Ausgleich im Sinne der Kreditfunktion. Beide Funktionen werden beim Handel digitaler Produkte vom anbietenden Unternehmen übernommen. Interessant ist die Verlagerung des *informatorischen* Ausgleichs im Sinne einer Beratungsfunktion, die zunehmend auf die Kunden verlagert werden. Durch die Möglichkeit, Bewertungen einfach vorzunehmen und Empfehlungen zu geben, erhalten potenzielle Konsumenten sehr viel mehr Informationen über bestimmte digitale Produkte als dies im klassischen Handel der Fall war. Dies gilt übrigens nicht nur für digitale Produkte, sondern im Grunde auch für physische Produkte, die über das Internet oder digitale Plattformen verkauft werden.

[11] Vgl. https://www.wirtschaftslexikon24.com/d/handelsfunktionen/handelsfunktionen.htm, Zugriff am 15.09.2023; www.wirtschaftslexikon.gabler.de (zuletzt abgerufen am 15.09.2023).

2. Zunehmende Relevanz von CtC- und CtB-Handelsbeziehungen

Im Zuge der Ausbreitung digitaler Produkte sind verstärkt Consumer-to-Consumer (CtC)-Handelsbeziehungen zu beobachten. Klassische Flohmärkte verlagern sich auf digitale Plattformen mit der Folge, dass Ein- und Verkäufe im CtC-Bereich schneller, standortunabhängiger und v. a. mit geringeren Transaktionskosten erfolgen können. Ähnliches gilt für den Consumer-to-Business (CtB)-Bereich. Auch hier entstehen digitale Produkte insbesondere in Form von Plattformen, über die Konsumenten bestimmte Produkte wie z. B. Bücher oder Kleidungsstücke an Unternehmen verkaufen können. Nutzung und Abwicklung lassen sich vergleichsweise einfach und effizient darstellen, so dass die Anreize für die Nutzung sowohl seitens der Unternehmen als auch seitens der Konsumenten steigen. Im Ergebnis führt dies zu einer qualitativen Erweiterung der klassischen Handelsbeziehungen. Neben den bekannten Formen Business-to-Consumer (BtC) und Business-to-Business (BtB) treten verstärkt Formen des Consumer-to-Consumer- sowie Business-to-Consumer-Austausches auf, die für den klassischen BtC-Handel eine Konkurrenz darstellen könnten.

3. Steigende Relevanz der Daten

Schließlich spielen – wie schon mehrfach angesprochen – Erfassung und Analyse von Daten eine immer wichtigere Rolle. Der gesamte Prozess der erforderlichen Transaktions- und Kommunikationsbeziehungen zwischen Anbieter und Nachfrager lässt sich automatisieren und mediatisieren. Die entstehenden Daten werden – unter Berücksichtigung rechtlicher Regularien – zurückgespielt und können der Weiterentwicklung des Geschäftsmodelles oder als Basis für neue Geschäftsmodelle dienen. Abbildung 4 verdeutlicht dies anhand der typischen Prozessschritte: Suche, Bestellung, Download und Bezahlung.

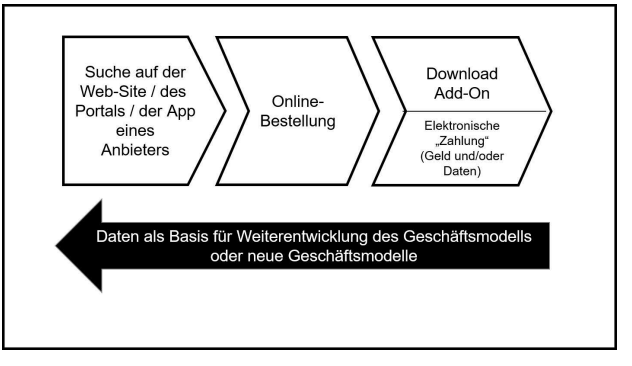


Abbildung 4: Steigende Relevanz der Daten in Transaktions- und Kommunikationsprozessen

Nicht selten entstehen neben dem primären Geschäftsmodell auf der Basis der Daten weitere Geschäftsmodelle insbesondere in den Bereichen Analyse und Verkauf, mit denen zusätzliche Erlöse generiert werden (vgl. auch Abbildung 2).

4. Trend zur Omni-Channel-Strategie

Neben der oben angesprochenen Erweiterung der Handelsbeziehungen werden sich auch die typischen Kanäle des Handels weiterentwickeln. Neben dem klassischen Handel, der sich durch direkte Beratung, haptischen Einkauf und sofortige Mitnahme charakterisieren lässt, werden neue Formen entstehen. Zu ihnen zählt zunächst der bekannte Online-Handel, der einen Handel auf Distanz und – auf Grund der Transparenz und verschiedener Portale – eine globale Preistransparenz erlaubt. Die Anzahl der Interaktionspunkte mit dem Kunden lassen sich erhöhen, wenn mindestens zwei verschiedene Kanäle bespielt werden. In diesem Zusammenhang wird auch von Multi-Channel-Handel gesprochen[12]. Immer stärker in die Diskussion tritt auch der sog. Omni-Channel-Handel, der auf die Gestaltung eines nahtlosen, kanalübergreifenden Einkaufserlebnis ausgerichtet ist[13]. Ziel ist die Entwicklung einer interaktiven, langfristigen Beziehung mit dem Kunden. All diese Handelsformen lassen sich übrigens nicht nur bei digitalen Produkten beobachten. Auch bei physischen Produkten und insbesondere bei hybriden Produkten spielen sie eine zunehmende Relevanz und ändern auch hier die zugrunde liegenden Handelsbeziehungen und -formen.

5. Wettbewerb um Aufmerksamkeit

Eine zunehmende Rolle wird zudem der Wettbewerb um die Aufmerksamkeit des Kunden spielen. Das begrenzte Zeitbudget trifft mittlerweile auf immer mehr Möglichkeiten des Konsums sowohl im physischen als auch im digitalen Raum. Dies gilt insbesondere für digitale Produkte, deren Angebotsvielfalt kaum mehr zu überblicken ist. Für Konsumenten besteht die wesentliche Herausforderung, mit dieser Komplexität umgehen zu können; für den Handel darin, den Kunden zu erreichen und die gewünschte Aufmerksamkeit tatsächlich zu erhalten. Ein wichtiges Thema hier ist der Aufbau einer langfristigen Kundenbindung durch die Gestaltung einer sog. „Customer Journey“[14]. Diese unterstützt den zugrunde liegenden Entscheidungs- und Kaufprozess des poten-

[12] Vgl. *Heinemann*, Multi-Channel-Handel.

[13] Vgl. *Mehn/Wirtz,* in: Böckenholt et al. (Hrsg.), Konzepte und Strategien für Omnichannel-Exzellenz, 2018, 3–35.

[14] Vgl. *Böcker*, in: Deutscher Dialogmarketing Verband e.V. (Hrsg.), Dialogmarketing Perspektiven 2014/2015, 2015, 165–177.

ziellen Kunden kanalübergreifend und beinhaltet mehrere Stellschrauben, zu denen insbesondere zählen:

- *Customer Centricity*: klarer Fokus auf die Wünsche und Bedürfnisse des Kunden
- *Convenience*: Komfortable Gestaltung der gesamten „Einkaufsreise" von der Produktsuche über die Beratung, Konfiguration oder das Entdecken von Angeboten bis hin zum Bezahlen oder CheckOut. Typisches Beispiel hierfür ist der einfache und bequeme „Ein-Klick-Kauf" bei Amazon, der sicherlich zu einer Erhöhung der Kundenanzahl und Kundenbindung geführt hat. Der Mensch ist im Grunde bequem und nicht unbedingt bereit, Zeit- und Suchkosten zu investieren, wenn ein bequemer und transaktionskosteneffizienter Prozess existiert.
- *Customization*: Individualisierte Gestaltung der Schritte der „Einkaufsreise", so dass dem Kunden das Gefühl einer individuellen Behandlung vermittelt wird und er sich entsprechend wertgeschätzt fühlt.
- *Contribution*: Regelmäßige Analyse des Kundenfeedback über soziale Medien oder andere Kommunikationskanäle, um zu lernen und sowohl das Angebot an sich als auch die Customer Journey permanent verbessern zu können. Dies gilt umso mehr, da im Vergleich zu früher der Kunde sehr viel mehr Möglichkeiten hat, sowohl digitales Produkt/Angebot als auch Service und Customer Journey zu bewerten und Feedback zu geben.

V. Rückwirkungen auf den klassischen Handel

Als Zwischenfazit der bisherigen Ausführungen lässt sich ziehen:

- Digitale Produkte und Services weisen insbesondere auf Grund der zugrunde liegenden Immaterialität andere Charakteristika auf als rein physische Produkte.
- Dies hat Konsequenzen auf die Entwicklung von Geschäftsmodellen, die zunehmend datenbasiert und vernetzt sind.
- In Folge bilden sich neuartige Formen der Handelsbeziehungen und Handelsformen heraus; klassische Handelsfunktionen fallen weg, neue entstehen.

Wie oben am Beispiel des Multi-Channel und Omni-Channel schon erwähnt, kann all dies wiederum Implikationen auf den klassischen Handel haben. So erfährt der Konsument beispielsweise im digitalen Handel ganz andere und z.T. neuartige Möglichkeiten, digitale Produkte zu erwerben und zu nutzen, was zu veränderten Erwartungen an den klassischen Handel führt. Typisches Beispiel ist die oben angesprochene Gestaltung der „Customer Journey", die dazu füh-

ren kann, dass der Kunde ähnliche Anforderungen an den klassischen Einkaufsprozess stellt. In diesem Kontext einzuordnen ist sicherlich der gegenwärtig zu beobachtende Trend der Entstehung neuer Dienstleistungen mit dem Ziel des Aufbaus einer langfristigen Kundenbindung. Möglicherweise ist dies auch auf eine veränderte Erwartung der Kunden an den Abwicklungsprozess zurückzuführen.

Auf der Seite der Anbieter ist die Tendenz zu einem größeren Angebot hybrider Produkte und Smart Services zu erkennen. Möglicherweise wird die Unterscheidung zwischen klassischem und digitalem Handel zunehmend obsolet, da sich beide Formen immer stärker vernetzen und integrieren. So öffnet sich der klassische Offline-Handel zunehmend in Richtung Online-Verkäufe und verknüpft diese mit Smart Services. Ein durchaus realistisches Szenario ist auch die Verlagerung des stationären Handels bzw. einzelner Handelsfunktionen in die virtuelle Welt wie sie früher im Kontext von „Second Life" und gegenwärtig im Zusammenhang mit „Metaverse" diskutiert wird. Hinter „Metaverse" steht die Idee von immersiven, virtuellen, vernetzten 3D-Erlebniswelten, in denen Menschen über digitale Stellvertreter, den sog. Avataren, interagieren und mit digitalen Zwillingen realer Produkte hantieren[15]. Die Potenziale und Herausforderungen des „Metaverse" werden gegenwärtig in vielen Kontexten wie z. B. Marketing/Konsum, Qualifikation/Bildung oder auch Kultur eingehend thematisiert. Auch wenn die Diskussionen zwar wieder etwas abnehmen, lassen sich durchaus konkrete Anwendungsszenarien erkennen, die von Handelsunternehmen als relevant angesehen werden. So sahen auf die Frage, welche Metaverse-Anwendungsszenarien sie für ihr Handelsunternehmen nutzen würden, die Befragten die Potenziale v. a. in[16]

- Virtuelle Beratung und Einkaufsassistenz im virtuellen Raum (77%, N=282)
- Dreidimensionale Produktvorführung im virtuellen Raum (75%, N=281)
- Werbung im virtuellen Raum (69%, N=279)
- Erweiterung des stationären Einkaufs um virtuelle Erlebnisse (68%, N=274)
- Virtuelle Einkaufswelten (60%, N=279)
- Gamification als Mittel zur Verbesserung der Markenwahrnehmung (59%, N=280)
- Virtuelle Anprobe (55%, N=254)
- Handel mit digitalen Gütern (39%, N=267)

Interessant ist hier, dass die meisten dieser Funktionen einer Verbesserung und Verschönerung des Einkaufserlebnisses bzw. der oben angesprochenen Customer Journey dienen. Der Handel mit digitalen Gütern an sich wird dagegen als

[15] Vgl. *Neuburger*, Wissensmanagement 2022, 16–21.

[16] Anteil der Befragten in Prozent als Summe der Antworten 5–7 auf einer 7er-Likert-Skala; Quelle: https://www.e-commerce-magazin.de/metaverse-haendler-sehen-viel-potenzial-im-digitalen-raum/ (zuletzt abgerufen am 20.03.2023).

eher weniger relevant angesehen. Dies kann damit zusammenhängen, dass dieser Handel ohnehin schon existiert, so dass Metaverse als zusätzliche digitale Handelsplattform hier eine vergleichsweise geringe Rolle spielt. Insbesondere vor dem Hintergrund der steigenden Relevanz von Sustainability könnten virtuelle Welten jedoch eine Chance bieten, Produkte erst virtuell vorzustellen und erst dann zu produzieren, wenn der Kunde sie tatsächlich kaufen möchte. Eine Vorratsbeschaffung, wie sie heute noch gerade im Bereich der physischen Güter zu beobachten ist, würde damit in den Hintergrund treten. Stattdessen könnte das schon im digitalen Handel gängige Konzept der Produktion/Erstellung zum Zeitpunkt der Bestellung stärker forciert werden.

Zusammenfassend lässt sich erkennen, dass der Handel – so wie wir ihn kennen – im Wandel ist. Neue Technologien lassen digitale und hybride Produkte entstehen, deren spezifischen Charakteristika zu veränderten und neuartigen Geschäftsmodellen führen. Dabei spielen Daten eine zunehmende Rolle. Dies betrifft sowohl das Nutzenversprechen für den Kunden wie auch das Erlösmodell und die Architektur der Wertschöpfung. Im Zuge dessen fallen klassische Handelsfunktionen weg, neuartige Handelsformen, Handelsbeziehungen und Handelsfunktionen entstehen. Häufig geht es somit weniger um „Ware gegen Geld", als vielmehr auch um „Service gegen Daten". Der Handel tritt hier möglicherweise auf eine neuartige Funktionsstufe mit neuartigen Herausforderungen für die Gestaltung der Rahmenbedingungen. Gleichzeitig zeigen sich neuartige Potenziale, wenn digitale und klassische Handelsfunktionen integriert und vernetzt werden.

Literaturverzeichnis

acatech (Hrsg.), Smart Service Welt 2018, Wo stehen wir? Wohin gehen wir?, https://www.acatech.de/wp-content/uploads/2018/06/SSW_2018.pdf (zuletzt abgerufen am 15.08.2024).

Berchtold, Yvonne, Business Models and Big Data; Munich School of Management, Institute of Electronic Commerce and Digital Markets, Ludwig Maximilians Universität, unveröffentlichte Masterarbeit, München 2016.

Böcker, Jens, Die Customer Journey – Chance für mehr Kundennähe, in: Deutscher Dialogmarketing Verband e.V. (Hrsg.), Dialogmarketing Perspektiven 2014/2015, Wiesbaden 2015, 165–177.

Böhmann, Tilo/Krcmar, Helmut, Hybride Produkte: Merkmale und Herausforderungen, in: Bruhn, Manfred/Stauss, Bernd (Hrsg.), Wertschöpfungsprozesse bei Dienstleistungen, Wiesbaden 2007, 239–255.

Brandenburger, Adam M./Nalebuff, Barry J., Co-opetition, London 1997.

Geisberger, Eva/Broy, Manfred, Geschäftsmodelle und Ökosysteme, in: Geisberger, Eva/Broy, Manfred (Hrsg.), agendaCPS – integrierte Forschungsagenda Cyber Physikal System, acatech STUDIE, vol. 1, Berlin/Heidelberg 2012, 175–190.

Heinemann, Gerrit, Multi-Channel-Handel – Erfolgsfaktoren und Best Practices, Wiesbaden 2008.

Mehn, Audrey/Wirtz, Vanessa, Stand der Forschung – Entwicklung von Omnichannel-Strategien als Antwort auf neues Konsumentenverhalten, in: Böckenholt, Ingo/Mehn, Audrey/Westermann, Arne (Hrsg.), Konzepte und Strategien für Omnichannel-Exzellenz, Wiesbaden 2018, 3–35.

Neuburger, Rahild, Arbeiten in und mit dem Metaverse: Eine realistische Vision?, Wissensmanagement 4 (2022), 16–21.

Noll, Elizabeth/Zisler, Kristina/Neuburger, Rahild, Eberspächer, Jörg/Dowling, Michael, Neue Produkte in der digitalen Welt, München 2016.

Picot, Arnold/Neuburger, Rahild/Berchtold, Yvonne, Big Data aus ökonomischer Sicht: Potenziale und Handlungsbedarf, in: Kolany-Reiser, Barbara/Heil, Reinhard/Orwart, Carsten/Hoeren, Thomas. (Hrsg.), Big Data und Gesellschaft, Berlin 2018, 309–416.

Picot, Arnold/Reichwald, Ralf/Wigand, Rolf T./Möslein, Kathrin M./Neuburger, Rahild/Neyer, Anne-Katrin, Die grenzenlose Unternehmung – Information, Organisation & Führung, 6. Aufl., Wiesbaden 2020.

Schmidt, Sebastian, Das Online-Erfolgsmodell digitaler Produkte, Strategische Wirkungspotenziale und operative Handlungsoptionen, Wiesbaden 2007.

Zerdick, Axel/Picot, Arnold/Schrape, Klaus/Artopé, Alexander/Goldhammer, Klaus/Heger, Dominik K./Lange, Ulrich T/Vierkant, Eckart/López-Escobar, Esteban/Silverstone, Roger, Die Internet-Ökonomie – Strategien für die digitale Wirtschaft, 2. Aufl., Berlin 2001.

Verträge über digitale Produkte im Vergleich mit dem herkömmlichen Kaufrecht

Markus Artz

I.	Einleitung	241
II.	Systematik und Anknüpfung der neuen §§ 327 ff. BGB	241
III.	Orientierung des Gewährleistungsrechts am Kaufrecht	242
IV.	Charakteristische Merkmale des Rechts der Verbraucherverträge über digitale Produkte	243
V.	Die Vertragsbeendigung als neues Gestaltungsrecht	245
VI.	Mit Sachen verbundene digitale Produkte und Waren mit digitalen Elementen	247
VII.	Schluss	247
	Literaturverzeichnis	248

I. Einleitung

Zum Jahresbeginn 2022 sind die Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte in Kraft getreten. Das BGB enthält seither in den §§ 327 ff. BGB einen neuen Untertitel mit der Überschrift „Verbraucherverträge über digitale Produkte". Gegenstand des folgenden Beitrags ist die Frage, wodurch sich die neuen Regelungen grundlegend vom herkömmlichen Kaufrecht unterscheiden.

II. Systematik und Anknüpfung der neuen §§ 327 ff. BGB

Die herkömmlichen Vertragstypen des Besonderen Schuldrechts knüpfen in erster Linie an die Rechtsposition an, die der Gläubiger der vertragstypischen Leistung erlangen möchte. Geht es um die umfassende Rechtsposition an einer Sache, so kommen der Kauf- und der Schenkungsvertrag in Betracht, begehrt man nur ein Nutzungsrecht, so stehen Miet- und Leihvertrag zur Verfügung. Welcher Art aber der Gegenstand ist, der verkauft, vermietet oder verschenkt werden soll, spielt für die vertragstypologische Einordnung des Geschäfts weitgehend keine Rolle. Allenfalls gelten Besonderheiten hinsichtlich besonderer Güter innerhalb des Vertragstyps, etwa für die Miete von Wohnraum, den Verkauf von Bauwerken oder das Gelddarlehen.

Bei der Umsetzung der Richtlinie über digitale Produkte hat der deutsche Gesetzgeber einen anderen Weg eingeschlagen und sich nicht an den bisher bestehenden Vertragstypen orientiert.[1] Man hätte durchaus derart vorgehen können, bei den einzelnen Vertragstypen, etwa beim Kauf, der Schenkung oder Miete, Sondervorschriften für solche Verträge über digitale Produkte einzuführen. Davon hat der Gesetzheber aber abgesehen und das Besondere Schuldrecht, mit Ausnahme von der Anordnung des Vorrangs der neuen Vorschriften, weitgehend unangetastet gelassen.

Vielmehr liegen die Vorschriften zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte quer zur Systematik des Allgemeinen Leistungsstörungsrecht und den Besonderen Vertragstypen des BGB. Die Vorschriften, platziert im Allgemeinen Schuldrecht, orientieren sich nicht an der Rechtsposition, die der Verbraucher an dem Vertragsgut erlangen möchte, sondern vielmehr am Leistungsgegenstand. Betrifft der Vertrag die Bereitstellung eines digitalen Produkts, so kommen die §§ 327 ff. BGB zur Anwendung und verdrängen damit die Vorschriften des im Zweifel einschlägigen Vertragstyps, etwa des Kaufrechts oder des Mietrechts. Das Leistungsstörungsrecht der §§ 327 ff. BGB umfasst dazu sowohl die Nicht- als auch die Schlechtleistung. Prägend für die Systematik der Regelungen zu digitalen Produkten ist weiterhin, dass die Vorschriften sowohl auf die einmalige bzw. endgültige Bereitstellung als auch auf die dauerhafte Überlassung anzuwenden sind, also ebenso das einmalige Austauschgeschäft wie das Dauerschuldverhältnis betreffen.

Durchaus erstaunlich ist allerdings, dass sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden hat, die Umsetzung der Richtlinienvorgaben auf den Verbrauchervertrag zu beschränken. Die Sachprobleme stellen sich im unternehmerischen Verkehr in gleicher Weise und im Zweifel mit höherer Relevanz.[2]

III. Orientierung des Gewährleistungsrechts am Kaufrecht

Während somit festzustellen ist, dass sich die Systematik der Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte grundlegend vom herkömmlichen System unterscheidet, findet man sich in der Anordnung der Regelungen zur Gewährleistung durchaus schnell zurecht. Dies liegt daran, dass die Vorschriften den kaufrechtlichen sehr stark nachgebildet sind. Exemplarisch sei zunächst die Defini-

[1] Eingehend zur Grundkonzeption *Blanke-Roeser*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 363; *Gansmeier/Kochendörfer*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 1; zum Ganzen auch *Staudinger/Artz*, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte.

[2] Überzeugend *Harke*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2021, 129; dazu nun auch ausführlich Denga, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2024, 427.

tion des Produktmangels in § 327e BGB genannt, die § 434 BGB sehr ähnelt. Ergänzt wird der Mangelbegriff durch eine Definition der Begrifflichkeiten mit Digitalbezug in § 327e Abs. 2 Sätze 2 bis 4 BGB, namentlich die Funktionalität, Kompatibilität und die Interoperabilität. Dazu finden sich in §§ 327h und 476 BGB beinahe wortgleiche Normen zu Abweichungen von der objektiv zu erwartenden Beschaffenheit des Guts.[3] Besonders augenfällig wird die Ähnlichkeit der Regime aber in Anbetracht von § 327i BGB, in dem die einzelnen Rechtsbehelfe bei der Bereitstellung eines mangelhaften Produkts aufgezählt werden. Dieser aus dem Kaufrecht bekannten Scharniernorm kommt die Funktion des § 437 BGB.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang durchaus noch darauf hinzuweisen, dass in § 327c BGB die Rechte des Verbrauchers im Falle der Nichtleistung, das Gesetz spricht von der unterbliebenen Bereitstellung, geregelt werden. Dazu schweigt das herkömmliche Kaufrecht und lässt dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht den Vortritt.

Hinsichtlich des Nacherfüllungsanspruchs nach § 327l Abs. 1 BGB, der auch bei Verträgen über digitale Produkte unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfüllt werden muss, besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den beiden Regimen. Während dem Käufer das Wahlrecht zwischen Nachlieferung und -besserung zusteht, § 439 Abs. 1 BGB, geht es in § 327l BGB allein um einen Nacherfüllungsanspruch, den der Unternehmer nach seiner Fasson erfüllen kann. Ähnlich sind wiederum die Einwendungen des Unternehmers ausgestaltet, die nach § 327l Abs. 2 BGB bestehen, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist oder unverhältnismäßige Kosten für den Unternehmer mit sich brächte.

IV. Charakteristische Merkmale des Rechts der Verbraucherverträge über digitale Produkte

In den neu geschaffenen Regelungen zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte findet sich eine Definition der Leistungshandlung, womit sich das Gesetz der Problematik annimmt, dass die herkömmlichen Kategorien der Übereignung oder Besitzverschaffung zur Leistung eines digitalen Produkts nicht passen. Prägender Begriff ist nunmehr die Bereitstellung. Der Unternehmer kommt seiner Verpflichtung nach, wenn er dem Verbraucher das digitale Produkt bereitstellt, § 327b Abs. 1 BGB. In § 327b Abs. 3 und 4 BGB erfolgt eine Differenzierung zwischen digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen, der es im Allgemeinen nicht bedarf, da man mangels unterschiedlicher rechtlicher Behandlung weitgehend vom digitalen Produkt als Oberbegriff sprechen

[3] Dazu *Rachlitz/Kochendörfer/Gansmeier*, Juristenzeitung 2022, 705.

kann. Digitale Inhalte können zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht werden, während bei einer Dienstleistung nur die Variante in Betracht kommt, diese zugänglich zu machen.

Die gesetzliche Regelung der Leistungshandlung bringt erheblich Vorteile mit sich. Zum einen erübrigt es sich nun, Parallelen zur Besitz- oder Eigentumsverschaffung von Sachen zu suchen, zum anderen löst sich das neue Recht im Vergleich zum Kaufrecht von der Bedeutung der Besitzübergabe als magischem Moment des Gefahrübergangs. Die Fokussierung auf die Leistungshandlung der Bereitstellung ermöglicht es, im Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB angemessene Lösungen zu Leistungsstörungen zu finden, die nicht von herkömmlichen Kategorien des Kaufrechts überlagert sind.

Der Zeitpunkt der Bereitstellung dient gem. § 327j BGB auch als Anknüpfungspunkt zur Verjährung von Gewährleistungsansprüchen. Auch hier finden sich deutliche Parallelen zum Kaufrecht. Hingewiesen sei auf die neu eingeführte Ablaufhemmung in §§ 327j Abs. 4 und 475c Abs. 3 BGB.

Das Reglement zum Leistungsstörungsrecht knüpft an zwei unterschiedliche Kategorien an, wodurch es sich vom herkömmlichen Kaufrecht unterscheidet. Während im Kaufrecht vor Gefahrübergang hinsichtlich der Nicht- oder Spätleistung die allgemeinen Regelungen des Leistungsstörungsrechts Geltung beanspruchen, enthält das Recht zu Verträgen über digitale Produkte nicht nur eine konkrete Bestimmung der geschuldeten Leistungshandlung, § 327b Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 für den digitalen Inhalt und Abs. 4 für die digitale Dienstleistung, und der, von vertraglich abweichenden Vereinbarungen abgesehen, maßgeblichen Leistungszeit in Abs. 2,[4] sondern auch eine detaillierte Regelung zu den Rechten des Verbrauchers im Falle der Nichtleistung.[5] § 327c BGB regelt umfassend die Rechte und Ansprüche des Verbrauchers im Falle der unterbliebenen Bereitstellung des digitalen Produkts. Angefangen von der Statuierung einer Obliegenheit zur Aufforderung des Unternehmers zur Leistung resp. Bereitstellung in Abs. 1 und der Entbehrlichkeit einer solchen Aufforderung in Abs. 3, widmet sich die Regelung mit der Nichtleistung zusammenhängenden Schadensersatzansprüchen des Verbrauchers und der Vertragsauflösung durch diesen sowie der Verjährung. Darin liegt ein erheblicher Unterschied zum Kaufrecht. Die Sonderregelung des § 327c BGB betrifft allerdings nur die Rechte und Ansprüche des Verbrauchers bei Nichterbringung der Leistung durch den Unternehmer. Bleibt der Verbraucher säumig, zahlt er etwa nicht, gelten die allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungsrechts. Daher lassen sich aus der Regelung des § 327p Abs. 1 Satz 2 BGB, der die Nutzungsunterbindung durch den Unternehmer betrifft, auch keine Schlüsse auf die Problematik

[4] Dazu *Fervers*, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 3681.
[5] Ausführlich dazu *Jung/Rolsing*, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht 2024, 27.

der Zulässigkeit einer sog. Akkusperre durch den Unternehmer im Falle der Säumnis des Verbrauchers ziehen.[6]

Schließlich zeichnen sich die §§ 327 ff. BGB im Vergleich zum Kaufrecht dadurch aus, dass Umstände im Zusammenhang mit dem Leistungsstörungsrecht auch noch Berücksichtigung finden können, wenn sie nach dem Zeitpunkt der Bereitstellung eintreten. Dies ergibt sich bei der Verpflichtung zur dauerhaften Bereitstellung aus der Natur des Vertrags und trifft auch bei der einmaligen Bereitstellung insofern zu, als der Unternehmer nach § 327f Abs. 1 BGB zur Bereitstellung erforderlicher Aktualisierungen verpflichtet ist. Die Einordnung der Aktualisierungspflicht zwischen Primär- und Sekundärpflicht bereitet durchaus Probleme.[7]

Dies schlägt zwangsläufig auch auf das Verjährungsrecht durch, das grundsätzlich an den Zeitpunkt der Bereitstellung anknüpft, § 327j Abs. 1 BGB, im Falle der dauerhaften Bereitstellung aber das Ende des Bereitstellungszeitraums benennt, § 327j Abs. 2 BGB, und auch den Aktualisierungszeitraum berücksichtigt, § 327j Abs. 3 BGB.

Auch die aus dem Verbrauchsgüterkaufrecht bekannte Beweislastumkehr, § 477 BGB, taucht bei den Vorschriften zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte wieder auf. Nach § 327k BGB erstreckt sich diese grundsätzlich auf den Zeitraum von einem Jahr seit Bereitstellung, wirkt aber im Falle der dauerhaften Bereitstellung im gesamten Bereitstellungszeitraum, was sich aus § 327k Abs. 2 BGB ergibt und eine erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs der Regelung darstellt.

V. Die Vertragsbeendigung als neues Gestaltungsrecht

Angesichts des Verzichts auf eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Verträgen über die einmalige und die dauerhafte Bereitstellung von digitalen Produkten hatte der Gesetzgeber mit dem Problem umzugehen, wie die Lösung vom Vertrag durch den Verbraucher im Falle der Leistungsstörung ausgestaltet werden kann. Hier hat man davon abgesehen, jeweils auf das Recht zur Kündigung und das Rücktrittsrecht zu verweisen und ein neues, eigenständiges Recht zur Vertragsbeendigung eingeführt. Dieses neue Beendigungsrecht gestattet es dem Verbraucher, sich von dem Vertrag zu lösen, handele es sich um eine einma-

---

[6] BGH vom 26.10.2022 – XII ZR 89/21, Neue Juristische Wochenschrift 2022, 3575; dazu *Beurskens*, Recht Digital 2023, 1; *Blanke-Roeser*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 363; *Jaensch*, Deutsches Autorecht 2023, 131; *Fries*, JURA – Juristische Ausbildung 2023, 271; *Kaulbach*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2023, 343; *Kähler*, Juristenzeitung 2023, 1060; *Oster*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 387.

[7] Sehr innovativ dazu *Felsch/Kremer/Wagener*, Multimedia und Recht 2022, 18; *Manhardt*, Juristenzeitung 2024, 394.

lige oder auch um die dauerhafte Bereitstellung des digitalen Guts. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Bereitstellung unterblieben oder mangelhaft erfolgt ist. § 327c Abs. 1 BGB betrifft den Fall der Nichtleistung, während sich das Beendigungsrecht bei Schlechtleistung aus § 327m Abs. 1 BGB ergibt. Da die Regelungen zur Gewährleistung denjenigen des Kaufrecht sehr ähnlich sind, finden sich hier auch starke Parallelen zwischen § 437 Nr. 2 in Verbindung mit § 323 BGB und § 327i Nr. 2 in Verbindung mit § 327m BGB. Hinzuweisen ist etwa darauf, dass die wichtige Norm des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB, die den Rücktritt bei geringfügigen Mängeln ausschließt, in § 327m Abs. 2 Satz 1 BGB gespiegelt wird. In Anbetracht der schwer durchführbaren Minderung gilt der Ausschluss nicht, wenn der Verbraucher nicht einen Preis, sondern mit der Zurverfügungstellung seiner Daten gezahlt hatte.[8] Auch die Vorschriften zur Minderung in §§ 441 und 327n BGB ähneln sehr. Das ist insoweit beachtlich, als die Minderung im Dauerschuldverhältnis Miete kraft Gesetzes eintritt, § 536 BGB, dies bei der dauerhaften Bereitstellung von digitalen Produkten an den Verbraucher jedoch nicht geschieht, was sich unmittelbar aus der Konkurrenzregelung in § 578b Abs. 1 BGB ergibt.

Da es sich bei dem Recht zur Beendigung um ein neues, eigenständiges Gestaltungsrecht handelt, hat der Gesetzgeber auch darauf verzichtet, hinsichtlich der Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung etwa auf die §§ 346 ff. BGB zu verweisen. Vielmehr enthält § 327o BGB eine eigenständige Regelung dazu, wie der Vertrag beendet wird und welche Folgen sich daraus ergeben. Allerdings betrifft dies wiederum nur den Fall, dass der Verbraucher von seinem Recht zur Vertragsbeendigung Gebrauch gemacht hat. Für Pflichtverletzungen des Verbrauchers gelten die allgemeinen Regelungen des Leistungsstörungsrechts bzw. der Rückabwicklung nach Kündigung resp. Rücktritt.

Die Vorschrift zur Erklärung und zu den Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung findet sich im Sachzusammenhang mit der Schlechtleistung, ist aber nach Maßgabe von § 327c Abs. 4 BGB entsprechend auf die unterlassene Bereitstellung anwendbar.

Von den Rechtsfolgen des Rücktritts im Kaufrecht unterscheidet sich § 327o BGB insbesondere in zweierlei Hinsicht. Die Vertragsparteien sind im Falle der Beendigung nicht dazu verpflichtet, gezogene Nutzungen bzw. deren Wert herauszugeben. § 346 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB findet keine Entsprechung. Weiterhin kann der Verbraucher ein digitales Produkt oftmals schlecht in natura zurückgeben. Daher ordnet § 327p BGB an, dass er nach Vertragsbeendigung nicht mehr dazu berechtigt ist, das Produkt zu nutzen oder weiterzugeben.

[8] Eingehend zur Bezahlung mit personenbezogenen Daten in diesem Bereich, *Bauermeister*, Archiv für die civilistische Praxis 222 (2022), 372; *Klink-Straub*, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 3217.

VI. Mit Sachen verbundene digitale Produkte und Waren mit digitalen Elementen

Enthalten Waren, § 241a BGB, funktionserhebliche digitale Elemente, so kommt es beim Verbrauchsgüterkaufvertrag nach § 327a Abs. 3 BGB zur Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften. In diesem Fall wird das digitale Element zu einem Beschaffenheitsmerkmal der Kaufsache, § 475b BGB. Das kaufrechtliche Gewährleistungsregime findet Anwendung.[9] Zu beachten ist alsdann folgende Besonderheit. Die Pflicht zur Aktualisierung des digitalen Elements besteht in dieser Konstellation auch im Verbrauchsgüterkaufrecht, so dass dem Kaufvertrag zum einen das Element eines Dauerschuldverhältnisses verliehen wird und es insofern zu einer Abkehr von der alleinigen Maßgeblichkeit des Moments des Gefahrübergangs nach § 446 BGB zur Beurteilung der Vertragsgemäßheit der Ware kommt. Einfacher ausgedrückt: Unregelmäßigkeiten, die im Zusammenhang mit der Aktualisierung des digitalen Produkts auftreten, können auch noch lange nach der Übergabe der Ware zu deren Mangelhaftigkeit führen und Gewährleistungsrechte des Verbrauchers als Käufer auslösen. Auch die Sonderregelung zur Verjährung in § 475e Abs. 2 BGB berücksichtigt dies.

Einen Konnex zum allgemeinen Kaufrecht findet man schließlich in den Fällen, dass das Recht zur Beendigung eines separat zu beurteilenden Vertragsteils über digitale Produkte, § 327a Abs. 1 und 2 BGB, dazu führt, dass der Verbraucher sich in Anbetracht dessen auch von dem anderen Teil, der einwandfrei erbracht wurde, für den Verbraucher dann aber nicht mehr attraktiv ist, lösen kann. Die Fallgestaltungen finden sich für die Nichtleistung in § 327c Abs. 6 und 7 BGB und für die Schlechtleistung in § 327m Abs. 4 und 5 BGB jeweils für Paketverträge und Verträge nach § 327a Abs. 2 BGB. Entscheidet sich der Verbraucher dazu, auch den anderen Vertragsbestandteil aufzulösen, erfolgt die diesbezügliche Rückabwicklung nach § 346 BGB.

VII. Schluss

Das neu geschaffene Recht für Verbraucherverträge über digitale Produkte ist in weiten Teilen dem Verbrauchsgüterkaufrecht nachgebildet worden. Aufgezeigt werden konnte aber, dass durchaus grundlegende Unterschiede bestehen. Zentral sind die eigenständige Regelung der Nichtleistung und die Ausstattung des Austauschvertrags durch Elemente des Dauerschuldverhältnisses in Anbetracht der gesetzlich normierten Pflicht zur Aktualisierung. Beachtlich ist auch die weitgehende Gleichbehandlung von Verträgen, die zur einmaligen Bereit-

[9] Zur Abgrenzung *Grisse*, Juristenzeitung 2023, 1017; ausführlich *Felk*, Die kaufrechtliche Mängelgewährleistung smarter Produkte.

stellung verpflichten mit solchen, die eine dauerhafte Bereitstellung zum Gegenstand haben.

Literaturverzeichnis

Bauermeister, Tabea, Die „Bezahlung" mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte, Archiv für die civilistische Praxis 222 (2022), 372–400.

Beurskens, Michael, Akkusperre aus der Ferne, Recht Digital 2023, 1–11.

Blanke-Roeser, Constantin, Vertragsbedingungen und digitale Selbsthilfe, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 363–386.

Denga, Michael, Verträge über digitale Produkte zwischen Unternehmern, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2024, 427–464.

Felk, Arthur, Die kaufrechtliche Mängelgewährleistung smarter Produkte, Berlin 2024.

Felsch, Johannes C./Kremer, Julian/Wagener, Jonas, Handhabung der Aktualisierungspflichten bei digitalen Produkten, Multimedia und Recht 2022, 18–23.

Fervers, Matthias, Die unterbliebene Bereitstellung des digitalen Produkts, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 3681–3686.

Fries, Martin, Possessorischer Besitzschutz im Internet der Dinge, Juristische Ausbildung 2023, 271–276.

Gansmeier, Johannes/Kochendörfer, Luca, Digitales Vertragsrecht Anwendungssystematik, Regelungsprinzipien und schuldrechtliche Integration der §§ 327 ff. BGB, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2022, 1–40.

Grisse, Karina, Welche Regeln gelten für in Sachen enthaltene oder mit Sachen verbundene digitale Produkte?, Juristenzeitung 2023, 1017–1027.

Harke, Jan D., Warum nur 1:1 – Zum Regierungsentwurf für die Umsetzung der Warenkaufs-Richtlinie, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2021, 129–136.

Jaensch, Michael, Fernzugriff zur privaten Rechtsdurchsetzung, Deutsches Autorecht 2023, 131–135.

Jung, Stefanie/Rolsing, Nikita, Die mangelfreie Bereitstellung eines digitalen Produkts sowie die Folgen einer mangelhaften oder unterbliebenen Bereitstellung, Zeitschrift für Digitalisierung und Recht 2024, 27–59.

Kähler, Lorenz, Die digitale Blockade durch Eingriff und unterlassene Steuerung, Juristenzeitung 2023, 1060–1070.

Kaulbach, Ann-Marie, Digitale Fernsperrung einer Fahrzeugbatterie, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2023, 343–352.

Klink-Straub, Judith, Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 3217–3222.

Manhardt, Tobias, (K)ein „Recht auf Updates"?, Juristenzeitung 2024, 394–402.

Oster, Jan, Nach der „Batterie-Mietbedingungen"-Entscheidung: Wie geht es weiter mit Smart Contracts?, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, 387–404.

Rachlitz, Richard/Kochendörfer, Luca/Gansmeier, Johannes, Mangelbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung, Juristenzeitung 2022, 705–714.

Staudinger, Ansgar/Artz, Markus, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Inhalte, München 2022.

Das Recht des Streamings im Vergleich mit dem herkömmlichen Kaufrecht

Tristan Radtke

I. Einführung . . . 249
II. Begriffsbestimmung und Abgrenzung . . . 250
1. Begriffsbestimmung . . . 250
2. Abgrenzung . . . 251
1. Einordnung und anzuwendende Vorschriften . . . 252
a) Bibliothek . . . 252
b) Zugangs-Applikationen . . . 254
c) Downloads aus der Bibliothek . . . 254
d) Community-Funktionen . . . 255
e) Vorrang der §§ 327 ff. BGB und Fokus auf fortlaufende Bereitstellung . . . 255
2. Bereitstellung . . . 257
3. Mängel-Begriff einschließlich Aktualisierungen und „Downgrades“ . . . 258
a) Konkrete Inhalte . . . 258
b) Erreichbarkeit . . . 259
c) Technische Schutzvorkehrungen . . . 259
d) Aktualisierungen der Zugangs-Applikationen . . . 259
e) „Downgrades“ . . . 261
f) Exkurs: Preisanpassungsklauseln . . . 262
4. Mängelrechte . . . 263
a) Besonderheiten nach mängelbedingter Vertragsbeendigung . . . 263
b) Relevante Zeiträume . . . 264
5. Exkurs: Widerrufsrecht und Datenschutzrecht . . . 264
a) Widerrufsrecht . . . 264
b) Datenschutzrecht . . . 265
6. Gestaltungsspielräume . . . 266
IV. Kernthesen und Ausblick . . . 268
Literaturverzeichnis . . . 268

I. Einführung

Neben dem „Sharing“ rivaler Güter, hat der Konsum nicht-rivaler, digitaler Güter in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen und im BGB eigene Regelungen erfahren (insb. §§ 327 ff. BGB als Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770). Der folgende Beitrag stellt diese rechtlichen Rahmenbedingungen des Streamings im Vergleich mit dem herkömmlichen

Kaufrecht dar. Statt der Inhalte und der Inhalts-Gewährleistungsrechte rückt zunehmend der Zugang zu den Inhalten nebst Gewährleistungsrechten in Bezug auf bereitgestellte Applikationen (z. B. Smartphone-Apps für Streaming-Dienste, wie etwa Spotify oder Netflix) in den Vordergrund. Für Verbraucher treten Dauerschuldverhältnisse mit Aktualisierungspflichten an Stelle des statischen Kaufrechts sowie der übrigen BGB-Vertragstypen.

II. Begriffsbestimmung und Abgrenzung

1. Begriffsbestimmung

Streaming im Sinne dieses Beitrags meint die fortlaufende Zurverfügungstellung digitaler Inhalte, wie etwa Musik, Filme oder Serien, zum Abruf im Rahmen eines kostenpflichtigen Abonnements (z. B. Amazon Prime Video, Spotify, Apple Music oder Disney+). Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Streamings werden maßgeblich durch die §§ 327 ff. BGB festgelegt. Dabei kann das Streaming in vier Bestandteile unterteilt werden, die juristisch jeweils unterschiedlich einzuordnen sein können:

1. Bibliothek mit digitalen Inhalten (z. B. Musikstücke, Podcasts, Filme und Serien)
2. Applikationen für den Zugang zu dieser Bibliothek (z. B. Website, Apps, Schnittstellen)
3. Downloads aus der Bibliothek
4. Community-Funktionen (z. B. Erstellen eigener Playlists, Vernetzen mit Kontakten).

Diese Einteilung ist keineswegs zwingend, erleichtert aber die Gegenüberstellung mit dem Kaufrecht. Statt der gewählten Einteilung kann beispielsweise erwogen werden, die Bibliothek (1.) und den Zugang zu dieser (2.) zusammenzufassen. Schließlich kann es das eine nicht ohne das andere geben. Entscheidend ist aber, dass es unterschiedliche Applikationen für den Zugang zur Bibliothek gibt, die jeweils unterschiedlichen Bedingungen unterliegen können. Die Betrachtung von Bibliothek und Zugangs-Applikationen als ein einheitliches Element würde daher der Vielfalt der Zugangs-Applikationen und deren Eigenarten nicht gerecht werden.

Die Streaming-Dienste selbst heben in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ebenfalls den Zweiklang von Inhalten und Zugang hervor. So heißt es im Einzelnen hierzu und zu den Diensteigenschaften im Allgemeinen:

– *Netflix, Nutzungsbedingungen v. 24. Januar 2024*:[1]
Netflix bietet Dienstleistungen an „für *personalisierte digitale Inhalte* zum Entdecken von *Netflix-Inhalten* und für den *Zugriff* darauf […]" (Auszug aus der Präambel; Hervorhebung durch Verf.). Sowie: „Um den Netflix-Dienst verwenden zu können, benötigen Sie einen Internetzugang sowie ein *Netflix-kompatibles Gerät* […]" (Auszug aus Ziff. 1.1; Hervorhebung durch Verf.).
– *Amazon Prime Video, Nutzungsbedingungen v. 19. Oktober 2023*:[2]
„Der Service ermöglicht Ihnen gegebenenfalls: (i) den *Zugriff* auf Digitale Inhalte […], (ii) das *Ausleihen* von Digitalen Inhalten zum Anzeigen auf Abruf während eines begrenzten Zeitraums („Geliehene Digitale Inhalte"), (iii) […] den *Kauf* von Digitalen Inhalten zum Anzeigen mittels Pay-Per-View über einen begrenzten Zeitraum („Digitale PPV-Inhalte") und/oder […] den Zugriff auf Digitale Inhalte auf der Grundlage eines *kostenlosen*, anzeigengestützten oder werbebasierten Angebots für einen begrenzten Zeitraum („Kostenfreie Digitale Inhalte")" (Auszug aus Ziff. 4.a; Hervorhebung durch Verf.).
– *Spotify, Nutzungsbedingungen v. 15. Februar 2024:*[3]
„[…] Ihre Nutzung (einschließlich des Zugangs zu) von Spotifys *personalisierten* Diensten zum Streamen von Musik und sonstigen Inhalten, einschließlich der damit verbundenen *Websites* und *Softwareanwendungen* (zusammen die „*Spotify-Dienste*") sowie der Musik, Videos, Podcasts, Hörbücher oder sonstige Inhalte oder Materialien, die durch die Spotify-Dienste zur Verfügung gestellt werden („*Inhalte*") […]" (Auszug aus Ziff. 1; Hervorhebung durch Verf.).

2. Abgrenzung

Diverse Formen des Konsums anderer oder digitaler Güter fallen aus der obigen Definition heraus.

Hier ist zunächst das Sharing als der Konsum rivaler Güter zu nennen.[4] Es meint ein nicht-digitales Gut, das exklusiv durch nur eine Person zeitgleich genutzt werden kann (z. B. beim Car-Sharing) und dürfte sich im Wesentlichen nach dem Mietrecht beurteilen, kann aber zugleich sachenrechtliche Implikationen haben (z. B. durch den Besitz an diesem Gegenstand).[5] Diese Abgrenzung

---

[1] https://help.netflix.com/legal/termsofuse. Dieser und die übrigen Internetverweise wurden zuletzt am 01.09.2024 abgerufen.
[2] https://www.primevideo.com/help/?nodeId=202095490.
[3] https://www.spotify.com/de/legal/end-user-agreement/.
[4] Siehe dazu in diesem Band die Beiträge von *Schäfers*, 207–215, und *Fries*, 217–224.
[5] Vgl. *von Schönfeld/Radtke*, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 1841, Rn. 10.

ist deshalb von so großer Bedeutung, weil sie sich aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht nicht ohne Weiteres aufdrängen mag.[6]

Ferner ist zu dem kostenlosen, werbefinanzierten Streaming abzugrenzen, für das aber nach § 327 Abs. 3 BGB im Wesentlichen das gleiche Rechtsregime zur Anwendung gelangt. Der Kauf von digitalen Inhalten unterfällt ebenfalls diesem Rechtsregime, das gleichwohl für den einmaligen Kauf ähnliche Rechtsfolgen wie nach dem herkömmlichen Kaufrecht vorsieht. Nicht zuletzt sollen auch das rechtswidrige Streaming[7] sowie das Streaming gegenüber Unternehmern i. S. d. § 14 BGB, das sich ebenfalls als typengemischter Vertrag darstellt und (nur) durch Vertragsauslegung womöglich vergleichbaren Rechtsfolgen wie dem Verbraucher-Streaming unterliegen kann,[8] für die Zwecke dieses Beitrags außer Betracht bleiben.

III. Rechtliche Rahmenbedingungen des Streamings

1. Einordnung und anzuwendende Vorschriften

Der Streaming-Vertrag ist ein typengemischter („zusammengesetzter") Vertrag,[9] der auf ein Dauerschuldverhältnis abzielt. Nachfolgend sollen die oben dargestellten Streaming-Bestandteile einzeln in das besondere Schuldrecht des BGB eingeordnet werden (unter a)–d)), ehe aufgezeigt wird (unter e)), warum diese Einordnung durch Einführung der §§ 327 ff. BGB ganz erheblich an Bedeutung verloren hat.[10]

a) Bibliothek

Die Bereitstellung der Bibliothek – ohne den Zugriff auf sie (hierzu unter b)) – ist nach wohl nicht unumstrittener, aber überzeugender Einschätzung als Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) einzuordnen. Insoweit schuldet der Strea-

---

[6] Zu den betriebswirtschaftlichen Kategorien vgl. den Beitrag von *Schäfers*, in diesem Band, 207–215 (209 f.).

[7] Hierzu etwa *Ensthaler*, Neue Juristische Wochenschrift 2014, 1553; *Wagner*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 874.

[8] BeckOK-BGB/*Wendland/Soritz*, BGB § 327 Rn. 28 ff. Siehe auch *Artz*, in diesem Band, 241–248 (242), der die Beschränkung auf Verbraucherverträge für „durchaus erstaunlich" erklärt.

[9] Vgl. auch *Riehm*, Recht Digital 2022, 209, Rn. 10.

[10] Die Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770, die durch Einführung der §§ 327 ff. BGB umgesetzt wurde, nennt Streaming explizit als einen Anwendungsfall in Erwägungsgrund 19 S. 3: „Da es zahlreiche Möglichkeiten für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen gibt, wie beispielsweise die Übermittlung auf einem körperlichen Datenträger, das Herunterladen auf Geräte des Verbrauchers, Streaming […]".

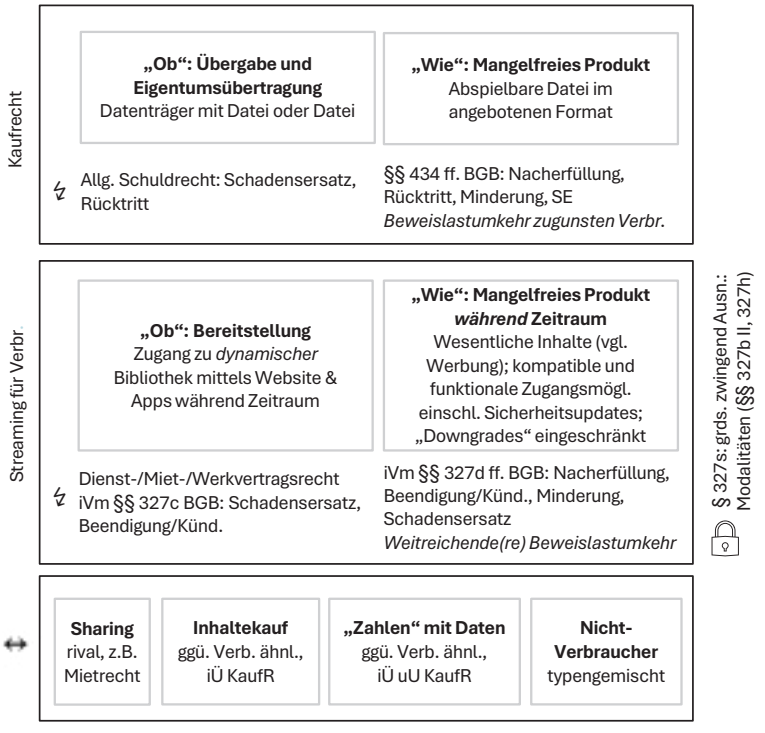


Abbildung: Gegenüberstellung von Kaufrecht und dem Recht des Streamings.

ming-Anbieter regelmäßig[11] nämlich gerade keinen bestimmten Bibliotheksumfang, sondern *überhaupt* eine erreichbare Bibliothek und insoweit eher eine Tätigkeit als einen konkreten Erfolg.[12] Weiterhin folgt dies aus der hier vertretenen zwingenden Abgrenzung zu den Zugangs-Applikationen, die auf einen Erfolg zielen. Würde der Anbieter den Zugang zu seiner Bibliothek hingegen nur über einen Zugangsweg mit einheitlichen Nutzungsbedingungen (d. h. ohne Bezugnahme auf weitere App-Store-Bedingungen) bereitstellen, würden Bibliothek und Zugangs-Applikationen eher zusammenfallen und wohl überwiegend nach dem Werkvertragsrecht zu beurteilen sein.

Im Übrigen kann auf *Riehm* verwiesen werden: Dieser zeigt unter Verweis auf die fehlende Exklusivität des Zugriffsrechts, das erforderliche dauerhafte Tun und nicht passende Regelungen zur Untervermietung die Schwächen einer

[11] Es muss insoweit für diese Einordnung außer Betracht bleiben, dass § 327e BGB losgelöst von der Zuordnung zu einem Vertragstyp, stets – auch für Dienstverträge – ein Gewährleistungsrecht vorsieht. Hierzu nachfolgend unter II. 3. a).

[12] Zur Abgrenzung statt aller BeckOGK/*Merkle*, 01.04.2023, BGB § 631 Rn. 0, 166; Staudinger/*Peters*, 2019, BGB Vor §§ 631 ff. Rn. 27 m. w. N.

mietvertraglichen Einordnung auf.[13] Angesichts der dauerhaft erforderlichen Bereitstellung bei Hosting-Leistungen lehnt er zutreffend den Werkvertrag ab und verweist insoweit auch auf die Einordnung des BGH des Access-Providing[14] und des Betriebs eines Video-Partnerportals[15] als Dienstvertrag.[16] Andere Autoren stehen, wie auch aus der Diskussion zu diesem Vortrag ersichtlich, der Einordnung als Dienstvertrag skeptisch gegenüber und bevorzugen insoweit den Werk-[17] (§§ 631 ff. BGB) oder Mietvertrag (§§ 535 ff. BGB).[18] Regelmäßig betrachten diese Autoren aber Bibliothek und Zugangs-Applikation(en) zusammen.

b) Zugangs-Applikationen

Bei den Zugangs-Applikationen handelt es sich um heruntergeladene Applikationen (d. h. Apps) oder Internet-Plattformen, die auf den Erfolg gerichtet sind, durchgehend den Zugang zur Bibliothek zu ermöglichen. Während die Bereitstellung über eine Internetseite aufgrund des dauerhaften Tuns auch noch zu einem gewissen Grad dienstvertragliche Elemente beinhaltet, überwiegen jedenfalls bei den Apps die werkvertraglichen Elemente.

c) Downloads aus der Bibliothek

Inhalte, die dem Nutzer zum Download auf seinem Gerät zur Verfügung gestellt werden und über eine Zugangs-Applikation während einer festgelegten Zeitspanne abgespielt werden können, unterliegen dem Mietrecht. Es wird nämlich eine individuelle Kopie auf dem Gerät des Nutzers gespeichert und – abgesehen von definierten Einschränkungen durch die Zugangs-Applikationen – damit in seine Sphäre übergeben, sodass die dem Mietrecht zugrunde liegenden Annahmen (vgl. oben unter a)) erfüllt sind.

---

[13] *Riehm*, Recht Digital 2022, 209, Rn. 12 ff.

[14] BGH, Urteil vom 23.03.2005 – III ZR 338/04, Neue Juristische Wochenschrift 2005, 2076 (2076).

[15] BGH, Urteil vom 08.10.2009 – III ZR 93/09, Neue Juristische Wochenschrift 2010, 150, Rn. 15 ff.

[16] *Riehm*, Recht Digital 2022, 209, Rn. 19 ff. In Rn. 22 weist *Riehm* allerdings darauf hin, dass der BGH für Hosting-Verträge – in einem besonderen Einzelfall („Betrieb einer virtuellen Annahmestelle, über die im Internet Glücksspielverträge abgeschlossen werden konnten, und das Hosting der dafür erforderlichen Software") – eine andere Bewertung angedeutet habe, BGH, Urteil vom 24.09.2013 – KZR 62/11, Multimedia und Recht 2013, 783, Rn. 21.

[17] *Roos*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 2022, Teil 12 Rn. 163 will in dem verwandten Plattformvertrag werkvertragliche Elemente erkennen; *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 165 ff., 723 ff. lehnt für den verwandten Hosting-Vertrag das Dienstvertragsrecht ab und scheint insoweit dem Werkvertragsrecht zugeneigt zu sein.

[18] So zum Streaming *Redeker*, IT-Recht, 2020, Rn. 1241; *Rosenkranz*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, 195 (196) („mietähnlich").

d) Community-Funktionen

Die weiteren Community-Funktionen, z. B. zum Vernetzen mit eigenen Kontakten und dem Erstellen eigener Playlists, sind ebenfalls dem Dienstvertrags- oder Werkvertragsrecht zuzuordnen.

e) Vorrang der §§ 327 ff. BGB und Fokus auf fortlaufende Bereitstellung

Seit der Einführung der §§ 327 ff. BGB in Umsetzung der vollharmonisierenden Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770 (nachfolgend: DI-RL) hat die Einordnung in die Vertragstypen aus dem besonderen Teil des Schuldrechts erheblich an Bedeutung verloren.[19] Die §§ 327 ff. BGB normieren nämlich vorrangige Sonderregelungen für digitale Inhalte oder Dienstleistungen (zusammen: digitale Produkte, § 327 Abs. 1 S. 1 BGB), die die Kernfragen der Verträge über digitale Produkte regeln und insoweit wenig Spielraum für die Anwendung der subsidiären Vorschriften aus dem besonderen Teil des Schuldrechts lassen.

Im besonderen Teil des Schuldrechts wird wiederum an diversen Stellen – i.d.R. deklaratorisch[20] – auf die §§ 327 ff. BGB verwiesen, z. B. in §§ 548a, 578b, 620 Abs. 4 BGB. Nur soweit sich weder entsprechende Verweise finden noch die §§ 327 ff. BGB speziellere Regelungen treffen, können die Vorschriften des besonderen Teils zur Anwendung gelangen. Das könnte z. B. die stillschweigende Verlängerung eines Dienstverhältnisses (§ 625 BGB) oder die Gefahrtragung nach Abnahme im Werkvertragsrecht (§§ 644 f. BGB) betreffen.

Die §§ 327 ff. BGB, die zum 01.01.2022 in Kraft getreten sind, haben einen weiten Anwendungsbereich. Das zeigt sich etwa an dem Begriff der digitalen Produkte und des technologieneutralen bzw. technologieoffenen Regelungsansatzes.[21] So heißt es in Erwägungsgrund 19 DI-RL:

> Die Richtlinie sollte sich „[…] unter anderem auf Computerprogramme, Anwendungen, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen und auch digitale Dienstleistungen erstrecken, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form sowie den Zugriff auf sie ermöglichen, einschließlich Software-as-a-Service, wie die gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden".

Entscheidend bei der Prüfung eines Vertrags ist seit Inkrafttreten der §§ 327 ff. BGB weniger die Frage nach dem Vertragstyp oder nach dem Vertragsobjekt oder -ziel (digitaler Inhalt oder Dienstleistung),[22] als vielmehr die Abgrenzung

---

[19] *Kumkar*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 306 (310).

[20] Vgl. HK-BGB/*Schreiber*, BGB § 620 Rn. 8; BR-Drs. 60/21, S. 96 f.; aber s. auch zu § 548a BGB HK-BGB/*Scheuch*, BGB § 548a Rn. 1.

[21] *Staudenmayer*, Neue Juristische Wochenschrift 2016, 2719 (2720).

[22] Zur Abgrenzung etwa *Riehm*, Recht Digital 2022, 209, Rn. 9. Kritisch zur gesetzlichen

zwischen der fortlaufenden und einmaligen Bereitstellung des digitalen Produkts.[23] Die „fortlaufende Bereitstellung" zielt auf (Leistungs-)Pflichten des Unternehmers über einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum – wie beim Streaming[24] –, während die einmalige Bereitstellung ähnlich dem klassischen Kaufrecht auf einen einmaligen Vorgang der Bereitstellung abzielt (z. B. durch den Download einer Datei); gleichwohl aber Gewährleistungsrechte des Verbrauchers unter Rückbeziehung auf den Zeitpunkt der Bereitstellung kennt (vgl. § 327e Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Differenzierung wirkt sich aus auf den maßgeblichen Zeitraum der Aktualisierungspflicht (§ 327f BGB), der Gewährleistungsrechte (§§ 327e ff. BGB) und auf die Verjährung von Ansprüchen (§ 327j Abs. 1, 2 BGB).[25]

In den AGB der Streaming-Anbieter finden sich in den verwendeten Begrifflichkeiten nur vereinzelt Anhaltspunkte dafür (z. B. Besonderheiten der „Vertragsbeendigung" durch den Verbraucher anstelle der „Kündigung"), dass die §§ 327 ff. BGB (bereits) Berücksichtigung gefunden haben:

- *Netflix, Nutzungsbedingungen v. 24. Januar 2024:*[26]
  Es finden sich kaum Anhaltspunkte für eine Berücksichtigung (z. B. Verwendung des Begriffs der digitalen Inhalte; aber s. z. B.: „unbeschadet des Rechts auf Kündigung aus wichtigem Grund" in Ziff. 3.4 ohne Erwähnung der Vertragsbeendigung nach § 327m BGB).
- *Spotify, Allgemeine Nutzungsbedingungen v. 15. Februar 2024:*[27]
  Gegenüber der vorherigen Fassung der Nutzungsbedingungen vom 26. Mai 2021 hat der Anbieter insbesondere triftige Gründe für Änderungen i. S. d. § 327r BGB aufgenommen (nachfolgend unter II. 3. e)).
- *Apple Media Services, Bedingungen v. 18. September 2023:*[28]
  Hier lassen sich Anhaltspunkte für eine mögliche Berücksichtigung finden, z. B. anhand der Formulierung der „*Bereitstellung* von Diensten" (unter „Regeln für die Nutzung der Dienste und Inhalte"; Hervorhebung durch Verf.).

Gleichstellung von digitalen Inhalten und Dienstleistungen *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2016, 54 (55); *Auer*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2019, 130 (133); sowie *Wendland*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 118 (2019), 191 (201), der eine Zuordnung der Dienstleistung zur Bereitstellung für stimmiger hält.

[23] Vgl. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB; Erwägungsgründe 56 und 67 DI-RL.

[24] Vgl. auch Erwägungsgrund 57 S. 6 DI-RL: „Beispielsweise sollte das Streaming eines Videoclips unabhängig von der tatsächlichen Abspieldauer der audiovisuellen Datei als eine fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum betrachtet werden".

[25] Vgl. auch Erwägungsgründe 56 f. DI-RL.

[26] https://help.netflix.com/legal/termsofuse.

[27] https://www.spotify.com/de/legal/end-user-agreement/.

[28] https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html.

2. Bereitstellung

In chronologischer Reihenfolge beginnt die Durchführung des (geschlossenen) Vertrags i.d.R. mit der – medienneutral ausgestalteten[29] – Bereitstellung des digitalen Produkts. Insoweit werden Regelungen des Werk-, Dienst- oder Mietvertragsrechts verdrängt. Nach § 327b BGB Abs. 3, 4 BGB kommt es maßgeblich darauf an, dass dem Verbraucher das digitale Produkt unmittelbar oder mittels einer von dem Verbraucher hierzu bestimmten Einrichtung zugänglich gemacht wurde. Die im Gesetz vorgesehene Differenzierung zwischen digitalem Inhalt und digitaler Dienstleistung ist für das Streaming im Ergebnis ohne Relevanz. Wie aus Erwägungsgrund 41 UAbs. 1 S. 3 DI-RL ersichtlich, dürfen keine weiteren Handlungen von Seiten des Unternehmers erforderlich sein. Außerdem ist eine Einrichtung dann nicht von einem Verbraucher bestimmt, „wenn sie vom Unternehmer kontrolliert wird oder mit dem Unternehmer vertraglich verbunden ist".[30]

Übertragen auf das Streaming bedeutet das, dass das digitale Produkt durch Zurverfügungstellung der Login-Daten im Hinblick auf den Web-Zugang bereitgestellt wird. Alternativ kann auch eine Bereitstellung durch die *Nutzung* einer Zugangs-Applikation erfolgen; der bloße Download würde wegen der vertraglichen Verbundenheit des Unternehmers mit dem jeweiligen App Store nicht genügen.[31]

Bleibt die vereinbarte Bereitstellung (vollständig) aus, kann der Verbraucher den ihm zustehenden Anspruch auf Bereitstellung geltend machen[32] – vergleichbar dem Anspruch auf Übergabe und Eigentumsverschaffung im Kaufrecht. Erinnerungen an das Kaufrecht weckt auch die zweite Möglichkeit, nämlich die Vertragsbeendigung – freilich ggf. eines Dauerschuldverhältnisses[33] – nach Aufforderung (§ 327c Abs. 1 S. 1 BGB) oder die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs oder vergeblicher Aufwendungen (§ 327c Abs. 2, §§ 280 ff. BGB).[34]

---

[29] *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2016, 54 (56).

[30] Erwägungsgrund 41 UAbs. 1 S. 5 DI-RL.

[31] Probleme in der Nutzersphäre, wie etwa ein zu geringer Speicherplatz, stehen der Bereitstellung allerdings nicht entgegen, *Spindler/Sein*, Multimedia und Recht 2019, 415 (419).

[32] HK-BGB/*Schulze*, BGB § 327b Rn. 3; vgl. auch *Wendland*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 118 (2019), 191 (207). Zur klarstellenden Natur der Regelung BeckOGK/*Fries*, 01.02.2023, BGB § 327b Rn. 4.

[33] Hierzu *Schmidt-Kessel*, Verbraucher und Recht 2023, 121; *ders.*, in diesem Band, 177–205.

[34] S. hierzu Art. 3 Abs. 10 DI-RL, wonach die DI-RL unter anderem Schadensersatzregelungen nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten unberührt lässt; dies hervorhebend *Sattler*, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 3623 (3626).

3. Mängel-Begriff einschließlich Aktualisierungen und „Downgrades"

Für den Zeitraum ab der Bereitstellung stehen mögliche Produkt- oder Rechtsmängel im Vordergrund (§§ 327e, 327g BGB), wobei ähnlich[35] dem (neuen) Kaufrecht kumulativ subjektive,[36] objektive und Integrationsanforderungen gestellt werden sowie das Erfordernis der Nutzbarkeit des digitalen Produkts ohne Verletzung der Rechte Dritter.[37] Ferner dürfte bei Streaming-Diensten wie Spotify die Beschaffenheit der Testversion Bedeutung erlangen (§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB).

a) Konkrete Inhalte

Der Streaming-Nutzer hat zwar entsprechend dem Fokus auf die Erbringung der Dienste statt auf konkrete Werke regelmäßig keinen Anspruch auf konkrete Inhalte (z. B. einzelne Musikstücke oder Filme) oder einen Bibliotheksumfang. Etwas anderes gilt aber vor allem dann nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 2 BGB, wenn der Unternehmer vor Vertragsschluss mit einzelnen Inhalten oder einem Bibliothekumfang geworben hat (z. B. Apple: „100 million songs and more than 30,000 expert-curated playlists").[38] Ähnlich dem Kaufrecht wird also auf die Werbung vor dem Vertragsschluss abgestellt. Das erscheint aber bei einer fortlaufenden Bereitstellung – z. B. nach mehreren Jahren mit sich stetig ändernden Erwartungen des Verbrauchers durch neue Streaming-Werbung des Unternehmers – verunglückt. Eine Lösung könnte zwar darin liegen, dass man in jedem neuen Zahlungsabschnitt (z. B. nach einem Monat oder einem Jahr) einen Neubeginn des Schuldverhältnisses erblickt. Das würde aber wiederum Fragen nach der Notwendigkeit des § 327r BGB aufwerfen (Änderungen an digitalen Produkten) und zu Friktionen mit § 327k BGB (Beweislastumkehr) führen, sodass diese Lösung ausscheidet und hinzunehmen ist, dass nur die Werbung vor einem, womöglich lange zurückliegendem Vertragsschluss maßgeblich ist.

In ihren AGB heben die Streaming-Anbieter entsprechend dem Vorherigen selbst hervor, dass sich der Bibliotheksumfang von Zeit zu Zeit ändern kann:

---

[35] Zur „Orientierung des Gewährleistungsrechts am Kaufrecht" siehe den Beitrag von *Artz* in diesem Band, 241–248 (242 f.), unter III. Kritisch zur Gleichrangigkeit der subjektiven und objektiven Anforderungen, anders als im Kaufrecht und mit Blick auf die Vertragsfreiheit, *Kramme*, Recht Digital 2021, 20 (24 ff.).

[36] Beachte hierzu auch § 312d Abs. 1 S. 2, Art. 246a EGBGB, wonach auch die zur Erfüllung von ausgewählten Informationspflichten gemachten Angaben Vertragsbestandteil werden; *Riehm/Abold*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2018, 82 (84).

[37] Letzteres als den „rechtspolitischen Kern" der zugrunde liegenden DI-RL ausmachend *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2016, 54 (60); hierzu auch vor der DI-RL *Haberstumpf*, Neue Juristische Online Zeitschrift 2015, 793 (802).

[38] https://www.apple.com/apple-music/. Angesichts dieser hohen Zahlen und fehlender Möglichkeiten zur einfachen Überprüfung des Bibliothekumfangs dürften geringfügige Abweichungen in der Praxis aber selten auffallen, geschweige denn geltend gemacht werden.

– *Netflix, Nutzungsbedingungen v. 24. Januar 2024:*[39]
„Die verfügbaren Inhalte können sich je nach Region unterscheiden und werden sich außerdem von *Zeit zu Zeit ändern*" (Auszug aus Ziff. 4.3; Hervorhebung durch Verf.).
– *Amazon Prime Video, Nutzungsbedingungen v. 19. Oktober 2023:*[40]
„[…] [D]er Umfang der verfügbaren Abonnierten Digitalen Inhalte […] [kann] sich im Laufe der *Zeit* und abhängig vom Standort *ohne vorherige Mitteilung ändern* (sofern eine vorherige Mitteilung *nicht gesetzlich vorgeschrieben* ist)" (Auszug aus Ziff. 4.c; Hervorhebung durch Verf.).

Diese Bedingungen sind klarstellender Natur und finden ihre Schranken in § 327e BGB und etwaigen Werbeaussagen.

b) Erreichbarkeit

Aus den oben dargestellten Anforderungen ergibt sich nicht, dass bereits geringfügige Einschränkungen der Erreichbarkeit einen Mangel darstellen können. Insoweit geht ein Streaming-Dienst nicht mit dem Anspruch einer hundertprozentigen Erreichbarkeit in zeitlicher Hinsicht einher. „Mehr als vernachlässigbar[e] oder wiederkehrend[e]" Unterbrechungen können allerdings einen Mangel darstellen.[41]

c) Technische Schutzvorkehrungen

Technische Schutzvorkehrungen, z. B. in Form des sog. Digital Rights Management (DRM),[42] sind bei Streaming-Diensten an der Tagesordnung. Während dieses Phänomen und die Einordnung in das Mängelrecht lange Zeit umstritten war,[43] dürften technische Schutzvorkehrungen bei Streaming-Diensten der üblichen Beschaffenheit entsprechen und auch mit aus einer Testversion folgenden Nutzererwartungen übereinstimmen.

d) Aktualisierungen der Zugangs-Applikationen

Während der fortlaufenden Bereitstellung eines Streaming-Dienstes hat der Unternehmer durch die Bereitstellung von Aktualisierungen den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Zugangs-Applikationen sicherzustellen (§ 327f Abs. 1 S. 1, 2, 3 Nr. 1 BGB), da letztere als Apps für gängige Systeme zusammengenommen und ggf. auch jeweils für sich genommen Vertragsbestandteil werden. An-

[39] https://help.netflix.com/legal/termsofuse.
[40] https://www.primevideo.com/help/?nodeId=202095490.
[41] Erwägungsgrund 51 S. 2 DI-RL.
[42] Zu dem Begriff etwa Ulmer-Eilfort/Obergfell/*Ulmer*, Verlagsrecht, Kap. 1, F., Rn. 530 ff.
[43] Hierzu im Überblick *Specht*, Zeitschrift für geistiges Eigentum 8 (2016), 289 (297) m. w. N.

ders als bei einer einmaligen Bereitstellung oder im Kaufrecht bedarf es mithin nicht einer Einzelfallentscheidung über die Erwartungen an den Aktualisierungszeitraum,[44] sondern der Aktualisierungszeitraum erfährt eine Rückbindung an den Vertragszeitraum.[45]

Die Aktualisierungen können zur Sicherheit des Produkts erforderlich sein oder insbesondere der Funktionalität oder Kompatibilität dienen (§ 327f Abs. 1 S. 2, § 327e Abs. 2 S. 2–4 BGB), z. B. nach einem iOS-/Android-Systemupdate. Aus dem Begriff der „Installation" ergibt sich die Notwendigkeit einer software-, statt bibliotheksspezifischen Auslegung. Aktualisierungen der Song-Bibliothek lassen sich daher nicht aus § 327f BGB herleiten, gleichwohl aber ggf. aus dem Nacherfüllungsanspruch wegen nicht erfüllter subjektiver oder objektiver Anforderungen (§§ 327e, 327l BGB).

Der Verbraucher kann über den Umweg des Nacherfüllungsanspruchs zu einer Aktualisierung gelangen (§ 327l Abs. 1 S. 1 BGB).[46] Spiegelbildlich trifft den Verbraucher aber die Obliegenheit zur Installation bereitgestellter Aktualisierungen;[47] andernfalls droht der Verlust von Mängelrechten (§ 327f Abs. 2 BGB).

Die Streaming-Anbieter versuchen zum Teil in ihren AGB eine Aktualisierungspflicht auszuschließen. Bis vor Kurzem ließ sich beispielsweise die folgende Klausel finden:

– *Spotify, Vorherige Fassung der allgemeinen Nutzungsbedingungen v. 26. Mai 2021:*[48]

  „Sie verstehen, stimmen zu und sind damit einverstanden, dass Spotify *nicht zu Upgrades oder Updates der Spotify-Dienste verpflichtet ist* oder dazu, bestimmte Inhalte über die Spotify-Dienste bereitzustellen" (Auszug aus Ziff. 8; Hervorhebung durch Verf.).

Ein solcher Ausschluss ist aufgrund der zwingenden Natur der Regelungen nach § 327s BGB unwirksam (s. nachfolgend unter II. 6.). In der revidierten Fas-

---

[44] Kritisch insoweit zum Regelungsregime *Kumkar*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 306 (317); *Schulze*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2019, 695 (716).

[45] S. Erwägungsgrund 47 S. 2 DI-RL: „So sollte beispielsweise in Bezug auf digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, deren Zweck zeitlich begrenzt ist, die Verpflichtung zur Bereitstellung von Aktualisierungen auf diesen begrenzten Zeitraum beschränkt sein, während bei anderen Arten digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen der Zeitraum, in dem dem Verbraucher Aktualisierungen bereitgestellt werden sollten, dem Gewährleistungszeitraum für Vertragswidrigkeit entsprechen könnte oder über diesen Zeitraum hinausgehen könnte, was insbesondere bei Sicherheitsaktualisierungen der Fall sein könnte".

[46] Vgl. auch HK-BGB/*Schulze*, BGB § 327l Rn. 4, § 327f Rn. 4.

[47] Zu im Paket angebotenen Aktualisierungen *Reinking*, Deutsches Autorecht 2021, 185 (190).

[48] http://web.archive.org/20230309140950/spotify.com/de/legal/end-user-agreement.

sung der allgemeinen Nutzungsbedingungen von Spotify v. 15. Februar 2024 findet sich diese Klausel nicht mehr.

e) „Downgrades"

Einschränkungen der ursprünglichen Funktionalität, z. B. die nachträgliche Entfernung von Songtexten zu den angebotenen Songs, unterliegen nach § 327r BGB bei fortlaufender Bereitstellung gesonderten Anforderungen und berechtigen den Verbraucher ggf. zur Vertragsbeendigung.[49] Entscheidend ist dabei, dass der Vertrag – i.d.R. also die jeweiligen AGB – dies vorsieht und „einen triftigen Grund dafür enthält" (§ 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB). Entsprechende Bestimmungen finden sich mittlerweile vermehrt in den untersuchten Streaming-AGB, s. z. B.:

– *Amazon Prime Video, Nutzungsbedingungen v. 19. Oktober 2023:*[50]
„Amazon ist berechtigt, den Service (einschließlich aller Abonnements), die Digitalen Inhalte und/oder die Software im Laufe der Zeit zu ändern: (i) zur Verbesserung bestehender oder *Hinzufügung neuer Funktionen* und/oder Features; (ii) zur Verbesserung oder Instandhaltung der *Benutzererfahrung*; (iii) aus *betrieblichen oder technischen Gründen*; (iv) zur Wahrung der *Qualität und der Sicherung des Bestands* der im Service enthaltenen Inhalte oder (v) aus *rechtlichen oder sicherheitstechnischen Gründen*." (Auszug aus Ziff. 6.d; Hervorhebung durch Verf.).
Insoweit wurde gegenüber der Fassung der Nutzungsbedingungen vom 27. Mai 2022 nachgebessert, die noch recht unspezifisch unter anderem auf „angemessene technische Änderungen" und Änderungen „aus rechtlichen oder sicherheitstechnischen Gründen, sofern dies von Amazon als angemessen erachtet wird" verwies.
– *Spotify, Allgemeine Nutzungsbedingungen v. 15. Februar 2024:*[51]
„Wir können unsere Dienstangebote aus triftigen Gründen ändern, zum Beispiel: Die Spotify-Dienste können vorübergehende *Störungen erfahren aufgrund technischer Schwierigkeiten*, Wartungen oder Tests oder Aktualisierungen, einschließlich solcher, die zur Abbildung von Änderungen der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen oder *regulatorischen Anforderungen* erforderlich sind. […] Unser *dynamisches Inhalteangebot* entwickelt sich ständig weiter und passt sich den Bedürfnissen der Spotify-Gemeinschaft an. Spotify ist nicht verpflichtet, bestimmte Inhalte über die Spotify-Dienste zur Verfügung zu stellen und Spotify oder die jeweiligen Eigentümer können bestimmte Songs, Videos, Podcasts, Hörbücher und andere

[49] Zu weiteren zwingenden Anforderungen *Bittner*, Verbraucher und Recht 2022, 9 (12 f.).
[50] https://www.primevideo.com/help/?nodeId=202095490.
[51] https://www.spotify.com/de/legal/end-user-agreement.

Inhalte ohne vorherige Ankündigung entfernen" (Auszug aus Ziff. 8; Hervorhebung durch Verf.).

– *Apple Media Services, Bedingungen v. 18. September 2023:*[52]
„Apple behält sich darüber hinaus das Recht vor, die Dienste (oder Teile oder Inhalte davon) jederzeit aus *technischen oder betrieblichen Gründen* zu ändern […]" (unter „Kündigung und Aussetzung der Dienste"; Hervorhebung durch Verf.).

Die dort genannten triftigen Gründe sind teils sehr allgemein gehalten (z. B. in den Bedingungen für die Apple Media Services). Die spezifischeren Formulierungen zu den triftigen Gründen in den übrigen Nutzungsbedingungen könnten aber bei Vorliegen entsprechender Umstände im Einzelfall den Anforderungen des § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB genügen.

f) Exkurs: Preisanpassungsklauseln

Angesichts deren praktischer Bedeutung sei auch auf die Anforderungen an Preisanpassungsklauseln in den AGB der Streaming-Anbieter hingewiesen, die sich in der jüngeren Vergangenheit bei der Anwendung des § 307 Abs. 1 BGB herauskristallisiert haben. Nach dem KG,[53] nachfolgend zusammengefasst durch den BGH, sind Preisanpassungsklauseln von Streaming-Anbietern wie Netflix (hier Beklagte) in AGB

„nur insoweit [unwirksam], als sie es der Verwenderin ermöglichten, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben und so nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Preisanpassungsklauseln [sind] (nur) zulässig, wenn die Befugnis der Verwenderin zu Preisanhebungen von Kostenerhöhungen abhängig gemacht [wird] und die einzelnen Kostenelemente sowie deren Gewichtung bei der Kalkulation des Gesamtpreises offengelegt [werden]."[54]

Auch Spotify ist mit einer Preisanpassungsklausel (vorerst) gerichtlich gescheitert, die einseitig die Weitergabe von gestiegenen, nicht aber gesunkenen Kosten an die Streaming-Kunden vorsah.[55]

Die Preisanpassungsklauseln sind daher ein weiteres von vielen Beispielen für unzulässige AGB, mit denen die Streaming-Anbieter den Versuch unternehmen, sich einen möglichst großzügigen Gestaltungs- und Änderungsspielraum für das eigene Angebot zu schaffen.

---

[52] https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html.

[53] KG, Urteil vom 20.12.2019 – 5 U 24/19, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report 2020, 273, Rn. 42 ff.

[54] BGH, Beschl. vom 15.04.2021 – I ZR 23/20, Multimedia und Recht 2021, 812, Rn. 14.

[55] KG, Urteil vom 15.11.2023 – 23 U 15/22, Beck'sche Rechtsprechungssammlung 2023, 33459; LG Berlin, Urteil vom 28.06.2022 – 52 O 296/21, Multimedia und Recht 2023, 234, Rn. 35.

4. Mängelrechte

Die Rechte des Verbrauchers, sofern ein Mangel vorliegt, entsprechen im Wesentlichen den aus dem Kaufrecht bekannten Rechten.[56]

a) Besonderheiten nach mängelbedingter Vertragsbeendigung

Hervorzuheben sind aber die gegenseitigen Nutzungseinschränkungen nach Vertragsbeendigung durch den Verbraucher. Auf der einen Seite darf der Verbraucher das digitale Produkt nicht weiter nutzen und der Unternehmer kann die weitere Nutzung verhindern (§ 327p Abs. 1 S. 1, 2 BGB), wie es beim Streaming üblicherweise durch Sperrung bzw. Löschung des Nutzerkontos geschieht.

Auf der anderen Seite muss der Unternehmer grundsätzlich auch[57] die Nutzung nicht-personenbezogener Daten einstellen (§ 327p Abs. 2 S. 1 BGB). Von diesem Verbot sind aber zahlreiche Ausnahmen vorgesehen, z. B. für Nutzungsdaten, eine nur schwer auflösbare Aggregation mit anderen Daten oder die kollaborative Erstellung und Weiternutzung durch andere Nutzer, wobei dem Nutzer im letzten Fall eine (digitale) Kopie zur Verfügung zu stellen ist (§ 327p Abs. 3 BGB).

Für Streaming- und andere Angebote ist es die erste Schwelle, deren Überwindung schwieriger fallen dürfte, nämlich, dass es sich um nicht-personenbezogene Daten handelt.[58] Dies kann aber durch eine nachträgliche Anonymisierung durch Entfernung der zugehörigen Benutzerkennung bei dem jeweiligen Inhalt erreicht werden. Dass anonymisierte, aggregierte Daten grundsätzlich unter die Ausnahmetatbestände fallen können, zeigt § 327p Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB („wenn die Inhalte vom Unternehmer mit anderen Daten aggregiert wurden"). Bei Streaming-Diensten unterfallen der Ausnahme insbesondere Verbesserungen der eigenen (Empfehlungs-)Algorithmen, aber ggf. auch kollaborativ erstellte Playlists. Solche kollaborativen Playlists wären dem Nutzer allerdings sowohl nach § 327p Abs. 3 BGB als auch nach dem Datenschutzrecht (hierzu unter II. 5. b)), zukünftig ergänzt durch die Regelungen der Datenverordnung (EU) 2023/2854, in einem maschinenlesbaren Format zur Verfügung zu stellen.[59]

---

[56] § 327i BGB sieht die Nacherfüllung, Beendigung bzw. Minderung, Schadensersatz bzw. Aufwendungsersatz vor.

[57] Die Nutzung personenbezogener Daten ist nach Vertragsbeendigung ohnehin nur noch eingeschränkt erlaubt, da mit der Vertragserfüllung (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) eine wesentliche Rechtsgrundlage entfällt und in der Regel keine andere Rechtsgrundlage einschlägig sein wird, die die weitere Speicherung rechtfertigt.

[58] BeckOGK/*Fries*, 01.02.2023, BGB § 327p Rn. 8; Vgl. jüngst EuGH, Urteil vom 09.11.2023 – C-319/22, Rn. 46 ff.; EuG, Urteil vom 26.04.2023 – T-557/20.

[59] Dies mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen. Die Inhalte können aber zeitgleich in einem personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Format gespeichert sein

b) Relevante Zeiträume

Die Mängelfreiheit bezieht sich auf die gesamte Laufzeit des Streaming-Vertrags. Insoweit sei hier in gebotener Kürze darauf hingewiesen, dass die vor Kurzem angepassten Anforderungen an eine Höchstlaufzeit – maximal zwei Jahre – und die Vertragsverlängerung (§ 309 Nr. 9 BGB) bei Streaming-Verträgen nach einer Ansicht nicht eingreifen sollen.[60] Diese Ansicht überzeugt mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut („regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen") aber nicht.[61]

Die Mängelrechte für diesen (gesamten)[62] Zeitraum verjähren zwei Jahre nach dem Beginn der Bereitstellung, aber frühestens zwölf Monate nach dem Ende des Vertrags (§ 327j Abs. 1, 2 BGB).[63] Bei regelmäßig über mehrere Jahre laufenden Streaming-Verträgen wird es häufig auf die letztere Frist ankommen. Für ein z. B. nach vier Jahren beendeten Streaming-Vertrag hätte der Verbraucher nach Vertragsende zwölf weitere Monate Zeit, um etwaige Mängelrechte – die sich auf die gesamten vier Jahre beziehen können – geltend zu machen. Besonders günstig bei der fortlaufenden Bereitstellung – im Vergleich zur einmaligen Bereitstellung oder dem Kaufrecht – ist insoweit auch der Anwendungsbereich der Beweislastumkehr (§ 327k Abs. 1, 2 BGB). Danach wird (widerlegbar) vermutet, dass ein Mangel über den gesamten Bereitstellungszeitraum vorlag, also unter Umständen eben über mehrere Jahre.[64]

5. Exkurs: Widerrufsrecht und Datenschutzrecht

In gebotener Kürze soll auch noch einen Blick auf weitere europarechtlich determinierte Regelungsbereiche geworfen werden, nämlich Besonderheiten des Widerrufsrechts und aus dem Datenschutzrecht für das Streaming.

a) Widerrufsrecht

Streaming-Verträge werden bis auf wenige Ausnahmen online als Fernabsatzvertrag i. S. d. § 312c BGB geschlossen, sodass den Verbrauchern ein Recht zum (grundlosen) Widerruf innerhalb einer gewissen Frist zusteht (§ 312g Abs. 1

(insoweit hier verkürzt dargestellt) oder die Aggregierbarkeit kann für die Anwendung des § 327p Abs. 2 BGB genügen.

[60] BeckOK-BGB/*Becker*, § 309 Nr. 9 Rn. 12, der dies explizit für Streaming statuiert, und Bezug nimmt erstens auf Ulmer/Brandner/Hensen/*Christensen*, AGB-Recht, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 6, der dies wohl mietrechtlich einordnet, und zweitens auf Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 22, der wiederum nur Bezug nimmt auf die „Online-Nutzung einer Datenbank".

[61] Insoweit noch anders im Vortrag des Verf.

[62] MüKoBGB/*Metzger*, BGB § 327j Rn. 7.

[63] *Rosenkranz*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, 195 (198).

[64] Vgl. MüKoBGB/*Metzger*, BGB § 327j Rn. 7.

BGB).[65] Für die Frage nach einem möglichen Ausschluss des Widerrufsrechts oder nach Wertersatz kommt es auf die Abgrenzung von digitalen Inhalten und Dienstleistungen an, wobei das Streaming insoweit als digitale Dienstleistung anzusehen ist (§ 356 Abs. 4, 5 BGB).[66] Das Widerrufsrecht ist mangels vollständiger Erbringung der Dienstleistung zwar nicht nach § 356 Abs. 4 BGB ausgeschlossen, aber ein Verbraucher wird nach einem Widerruf regelmäßig zu Wertersatz verpflichtet sein. Die Streaming-Anbieter verlangen vor dem Hintergrund des § 357a Abs. 2 BGB nämlich zumeist das Anklicken einer entsprechenden Checkbox oder die separate Bestätigung per Button über die Belehrung der Wertersatz-Folge, ehe mit dem Streaming begonnen werden kann. Im Fall eines Widerrufs des Streaming-Vertrags orientiert sich der dann vom Verbraucher zu zahlende Wertersatz an dem vereinbarten Preis, es sei denn dieser ist unverhältnismäßig hoch (§ 357a Abs. 2 S. 2 f. BGB).

b) Datenschutzrecht

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist insbesondere die europäische Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 zu beachten, deren Anwendungsbereich für jeden (teil-)automatisierten Vorgang (sog. Verarbeitung) im Zusammenhang mit Daten, die Rückschlüsse auf eine natürliche Person zulassen (sog. personenbezogene Daten), eröffnet ist (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1, 2 DSGVO). Das Zusammenspiel von Datenschutzrecht und Vertragsrecht wird mit Blick auf zwei Themenkomplexe relevant.

Zum einen bei dem „Bezahlen mit Daten“,[67] z. B. bei einer werbefinanzierten Testversion eines Streaming-Dienstes. Kommt es bei „kostenfreien“ Diensten zu Verarbeitungen, die über das für die Bereitstellung des Streaming-Dienstes Erforderliche hinausgehen (und damit datenschutzrechtlich auch nicht mehr der Erforderlichkeit für einen Vertragsschluss nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO unterfallen), finden dennoch die vorgestellten Regelungen zu digitalen Produkten Anwendung (§ 327 Abs. 3, § 312 Abs. 1a S. 2 BGB). Für die Verarbeitung zur Personalisierung der Werbung bedarf es dann regelmäßig[68] einer Einwilligung, die frei widerrufbar ist (Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 DSGVO). Um die Äquivalenz

[65] Vgl. auch *Spindler/Sein*, Multimedia und Recht 2019, 415 (416).

[66] Während z. B. das OLG München, Urteil vom 30.06.2016 – 6 U 732/16, Neue Juristische Online Zeitschrift 2016, 1828, Rn. 17 ff. vor den Änderungen mit der DI-RL und der verwandten RL (EU) 2019/2161 zur Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften den Streaming-Vertrag als digitalen Inhalt eingeordnet hat, dürften Streaming-Verträge jetzt nach Art. 2 Nr. 2 DI-RL (§ 327 Abs. 2 S. 2 BGB) und Erwägungsgrund 19 DI-RL aufgrund der dauerhaften Zugangsermöglichung und der Interaktionsfunktionen als digitale Dienstleistung einzuordnen sein und folglich § 356 Abs. 4 BGB unterfallen, vgl. auch BeckOGK/*Mörsdorf*, 01.06.2022, BGB § 356 Rn. 71 sowie Rn. 15.1.

[67] Zu weniger typischen Anwendungsfällen s. Erwägungsgrund 24 JI-RL.

[68] EDSA, Leitlinien 8/2020 über die gezielte Ansprache von Nutzer:innen sozialer Medien, Version 2.0, 13.04.2021, Rn. 49 ff.

des Vertragsverhältnisses (so man es denn bei dem „Bezahlen mit Daten" so nennen will)[69] auch bei einem solchen Widerruf und der Einstellung personalisierter Werbung zu wahren, kann der Unternehmer den Vertrag i.d.R. fristlos kündigen (§ 327q Abs. 2 BGB).[70] Ersatzansprüche gegen den Verbraucher stehen ihm deswegen allerdings nicht zu (§ 327q Abs. 3 BGB); sonst bestünde die Gefahr, dass Verbraucher von dem Widerruf ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligungen abgehalten werden würden.

Zum anderen sind der Anspruch auf eine Kopie sämtlicher personenbezogener Daten (Art. 15 Abs. 3 DSGVO)[71] und der Anspruch auf Extraktion der personenbezogenen Daten in einem maschinenlesbaren Format (Art. 20 DSGVO)[72] hervorzuheben. Diese Rechte sind losgelöst von den vertraglichen Rechten des Verbrauchers. Der Verbraucher kann also vom Streaming-Anbieter z. B. eine Liste – auch in einem maschinenlesbaren Format – aller gespeicherten Songs oder Filme und erstellter Playlists verlangen; die entsprechenden Musik- oder Filmdateien sind freilich nicht umfasst. Ob sich für den deutschen Gesetzgeber insoweit ein Regelungsbedarf zur Normierung nachvertraglicher Nebenpflichten[73] ergibt, darf also bezweifelt werden.

6. Gestaltungsspielräume

Ganz anders als im (klassischen) Kaufrecht bestehen für Streaming-Anbieter aufgrund der §§ 327 ff. BGB kaum vertragliche Gestaltungsspielräume. Nach § 327s BGB ist das Regelungsregime im Grundsatz zwingend.

Ausnahmen gelten für den Schadensersatz (§ 327s Abs. 4 BGB), der sich gerade nicht nach der DI-RL bestimmt (Art. 3 Abs. 10 DI-RL), und sonstige Regelungen aus dem besonderen Schuldrecht, die nicht verdrängt werden (hierzu oben unter II. 1. e)). Ferner ist eine Vereinbarung in Angesicht eines konkreten Mangels möglich, nachdem dieser aufgetreten ist (§ 327s Abs. 1 BGB) oder vorab, wenn dies für ein bestimmtes Merkmal ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde (§ 327s Abs. 5, § 327h BGB). Zuletzt kann die Bereitstellungszeit in

---

[69] Zum Synallagma *Mischau*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2020, 335 (339 f.); *Kumkar*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 306 (326).

[70] Ausf. zum Ineinandergreifen von Schuld- und Datenschutzrecht *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2016, 54 (57 ff.); s. auch *Staudenmayer*, Neue Juristische Wochenschrift 2016, 2719 (2721).

[71] Hierzu jüngst EuGH, Urteil vom 04.05.2023 – C-487/21; EDSA, Guidelines 01/2022 on data subject rights – Right of access, Version 2.0, 28.03.2023. Zu dem Verhältnis zu Art. 15 Abs. 1 auch *Radtke*, Kommunikation und Recht 2023, 121 (122).

[72] EDSA (als Nachfolger der Art.-29-Datenschutzgruppe), WP 242 rev.01 – Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, 2017. S. auch Art. 4 f. Datenverordnung (EU) 2023/2854.

[73] Zur Diskussion bspw. *Grünberger*, Archiv für die civilistische Praxis 218 (2018), 213 (238) m. w. N.

den allgemeinen (AGB-)rechtlichen Grenzen frei vereinbart werden (vgl. § 327b Abs. 2 BGB).[74]

Diese Erkenntnis scheint sich bei den Streaming-Anbietern noch nicht durchgesetzt zu haben:

– *Amazon Prime Video, Nutzungsbedingungen v. 19. Oktober 2023:*[75]
„Amazon behält sich das Recht vor, den Service oder einen Teil des Services jederzeit und ohne Mitteilung (sofern *nicht gesetzlich vorgeschrieben* oder wie oben beschrieben) auszusetzen oder einzustellen, und Amazon *haftet Ihnen gegenüber nicht*, wenn das Unternehmen von diesen Rechten Gebrauch macht, *selbst dann, wenn* Ihre Möglichkeit, Digitale Inhalte zu nutzen, durch diese Änderung *beeinträchtigt* wird" (Auszug aus Ziff. 6.d; Hervorhebung durch Verf.).
„Wir können Ihren Zugang zu dem Service einschließlich aller als Teil des Services verfügbaren Abonnements *jederzeit* und ohne Mitteilung (sofern diese *nicht gesetzlich vorgeschrieben* ist) in *unserem Ermessen beenden*. Sollten wir so vorgehen, erstatten wir Ihnen Ihre Abonnementgebühr anteilsmäßig zurück (falls eine Gebühr erhoben wurde). Sollten Sie jedoch gegen Bestimmungen dieser Vereinbarung *verstoßen, erlöschen Ihre Rechte aus dieser Vereinbarung automatisch und ohne Mitteilung.* Amazon kann Ihren Zugriff auf den Service und auf Digitale Inhalte im eigenen Ermessen ohne Rückerstattung von Gebühren mit sofortiger Wirkung widerrufen" (Auszug aus Ziff. 6.a; Hervorhebung durch Verf.).
– *Spotify, Allgemeine Nutzungsbedingungen v. 15. Februar 2024:*[76]
„Sie sind damit einverstanden, dass die *kostenlosen* Spotify-Dienste im *‚Ist-Zustand'* und ‚nach Verfügbarkeit' bereitgestellt werden" (Auszug aus Ziff. 13, allerdings in anderen Ziff. eingeschränkt; Hervorhebung durch Verf.)
– *Apple Media Services, Bedingungen v. 18. September 2023:*[77]
Hier heißt es, dass „[…] Apple *nicht dafür verantwortlich ist*, Dir weiterhin Inhalte über unsere Dienste zur Verfügung zu stellen […]" (unter „Gewährleistungsausschluss", in anderen Abschnitten eingeschränkt; Hervorhebung durch Verf.).

Die Regelungen weichen zu großen Teilen von zwingenden gesetzlichen Regelungen ab, woran auch der (intransparente) Vorbehalt einer abweichenden gesetzlichen Regelung nichts zu ändern vermag.[78]

---

[74] S. aber zur (weiterhin) unzulässigen Löschung „gekaufter" Inhalte nach der einmaligen Bereitstellung OLG Köln, Urteil vom 26.02.2016 – 6 U 90/15, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report 2016, 471, Rn. 42 ff.

[75] https://www.primevideo.com/help/?nodeId=202095490.

[76] https://www.spotify.com/de/legal/end-user-agreement/.

[77] https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html.

[78] Vgl. statt aller BGH, Urteil vom 04.03.1987 – IV a ZR 122/85, Neue Juristische Wochenschrift 1987, 1815 (1818) m.w.N.

IV. Kernthesen und Ausblick

Das Streaming kann nach alledem beispielhaft für die Entwicklung von einer „Eigentums- zu [einer] Zugangsgesellschaft“[79] stehen. Für das Streaming lassen sich insofern folgende rechtliche Rahmungen und Entwicklungen ausmachen:

1. *Inhalts-Mängelrechte verlieren an Bedeutung.* Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf einen konkreten Inhalt, sondern nur auf die Bibliothek, die aber unter Umständen gewisse Anforderungen erfüllen muss.
2. *Zugangs-Mängelrechte gewinnen an Bedeutung.* Defizite in der Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität der Zugangs-Applikationen können Gewährleistungsrechte auslösen.
3. *Anspruch auf Einspielen von Aktualisierungen für Zugangs-Applikationen, mittelbar auf Unterlassen von Downgrades.* Den Nutzern können Ansprüche auf Aktualisierungen der Zugangs-Applikationen zustehen. Zugleich wird ein einmal gewährter Vertragsumfang zum Mindeststandard, indem sog. Downgrades eingeschränkt werden.
4. *Bedeutungsverlust der BGB-Vertragstypen, AGB-Kontrolle und urheberrechtlicher Dogmatik.* Es wurden weitgehend zwingende und einheitliche Regelungen für digitale Produkte geschaffen. Der (urheberrechtliche) Erschöpfungsgrundsatz verliert insoweit an Bedeutung, es kommt nämlich nur noch zu einer temporären Zugriffsgewährung.
5. *Dauerschuldverhältnisse im Fokus.* Dauerschuldverhältnisse und damit einhergehend Fragen nach deren Beendigung, der Preisgestaltung und der Erstattung von gezahlten Beträgen treten anstelle des „statischen“ Kaufrechts.

Literaturverzeichnis

Artz, Markus, Verträge über digitale Produkte im Vergleich mit dem herkömmlichen Kaufrecht, in diesem Band, 241–248.

Auer, Marietta, Digitale Leistungen, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2019, 130–147.

Becker, Maximilian, Ein modernes Urheberrecht, Zeitschrift für geistiges Eigentum 8 (2016), 239–288.

BeckOGK-BGB, Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamt-Hrsg.), München 2023.

BeckOK-BGB, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 70. Edition, München 2024.

Bittner, Lydia, Verträge über digitale Produkte – der Beginn des digitalen Zeitalters im BGB, Verbraucher und Recht 2022, 9–15.

Cichon, Caroline, Internet-Verträge, 2. Aufl., Köln 2005.

[79] *Sattler*, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 3623, Rn. 27; vgl. *Perzanowski/Schultz*, The End of Ownership, 6 und *Becker*, Zeitschrift für geistiges Eigentum 8 (2016), 239 (243ff.).

Ensthaler, Jürgen, Streaming und Urheberrechtsverletzung, Neue Juristische Wochenschrift 2014, 1553–1558.
Fries, Martin, Das Recht der Sharing Economy im Vergleich zum Kaufrecht, in diesem Band, 217–224.
Grünberger, Michael, Verträge über digitale Güter, Archiv für die civilistische Praxis 218 (2018), 213–296.
Haberstumpf, Helmut, Verkauf immaterieller Güter, Neue Juristische Online Zeitschrift 2015, 793–804.
Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina et al. (Hrsg.), 12. Aufl., Baden-Baden 2024.
Kramme, Malte, Vertragsrecht für digitale Produkte, Recht Digital 2021, 20–29.
Kumkar, Lea K., Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 306–333.
Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar, 7. Aufl., München 2022.
Mischau, Lena, Daten als „Gegenleistung" im neuen Verbrauchervertragsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2020, 335–365.
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Band 3: §§ 311–432, 9. Aufl., München 2022.
Perzanowski, Aaron/Schultz, Jason, The End of Ownership: Personal Property in the Digital Economy, Cambridge 2016.
Radtke, Tristan, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.01.2023 – C-154/21, Kommunikation und Recht 2023, 121–122.
Redeker, Helmut, IT-Recht, 7. Aufl., München 2020.
Reinking, Kurt, Verbraucherverträge über digitale Produkte für Kraftfahrzeuge, Deutsches Autorecht 2021, 185–191.
Riehm, Thomas, Verträge über digitale Dienstleistungen, Recht Digital 2022, 209–217.
Riehm, Thomas/Abold, Adrian, Mängelgewährleistungsrecht des Anbieters digitaler Inhalte, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2018, 82–91.
Roos, Philipp, Vertragsrecht für Internetdienste, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 60. EL. Oktober 2023, Teil 12, München 2024.
Rosenkranz, Frank, Spezifische Vorschriften zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte im BGB, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2021, 195–210.
Sattler, Andreas, Urheber- und datenschutzrechtliche Konflikte im neuen Vertragsrecht für digitale Produkte, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 3623–3629.
Schäfers, Tobias, Sharing is Caring? Wahrnehmungen und Verhalten der Nachfrager im Rahmen zugangsbasierter Dienstleistungen, in diesem Band, 207–215.
Schmidt-Kessel, Martin, Verbraucherschutz am Ende des Kaufrechtsparadigmas, Verbraucher und Recht 2023, 121–123.
ders., Vom Austauschvertrag zum Dauerschuldverhältnis, in diesem Band, 177–205.
Schmidt-Kessel, Martin/Erl, Katharina/Grimm, Anna/Kramme, Malte, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2016, 54–71.
Schönfeld, Max von/Radtke, Tristan, Zivilrechtliche Kategorisierung von Sharing Economy-Geschäftsmodellen, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 1841–1847.

Schulze, Reiner, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2019, 695–723.

Specht, Louisa, Beschränkung der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter durch technische Schutzmaßnahmen, Zeitschrift für geistiges Eigentum 8 (2016), 289–303.

Spindler, Gerald/Sein, Karin, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen, Multimedia und Recht 2019, 415–420.

Staudenmayer, Dirk, Verträge über digitalen Inhalt, Neue Juristische Wochenschrift 2016, 2719–2725.

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: §§ 631–651 (Werkvertragsrecht), Berlin 2019.

Ulmer, Peter/Brandner, Erich/Hensen, Horst-Diether (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar, 13. Aufl., Köln 2022.

Ulmer-Eilfort, Constanze/Obergfell, Eva I. (Hrsg.), Verlagsrecht, 2. Aufl., München 2021.

Wagner, Kristina, Streaming aus der Sicht des Endnutzers – noch Graubereich oder bereits tiefschwarz?, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2016, 874–882.

Wendland, Matthias, Sonderprivatrecht für Digitale Güter, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 118 (2019), 191–230.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. *Gregor Albers* ist Jurist und Universitätsprofessor für Privatrechtsgeschichte und romanistische Grundlagen an der Johannes-Kepler-Universität Linz.

Prof. Dr. *Markus Artz* ist Jurist und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bielefeld.

Prof. Dr. Dr. h.c. *Yeşim Atamer*, LL.M. (Turin), ist Juristin und Inhaberin des Lehrstuhls für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Zürich.

Prof. Dr. *Wolfram Buchwitz* ist Jurist und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Historische Rechtsvergleichung und Zivilprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Cyrill A. H. Chevalley, MLaw, Advokat, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Basel.

Prof. Dr. *Martin Fries* ist Jurist und Professor für Legal Tech und Zivilrecht an der BSP Business and Law School, Berlin.

Prof. Dr. Dr. *Hanjo Hamann*, JSM (Stanford), ist Jurist und Qualifikationsprofessor für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht (EBS Law School), Oestrich-Winkel.

Dr. *Christopher Herb* ist Wirtschaftsgeograph und war bis Ende 2022 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der RWTH Aachen.

Prof. Dr. *Cordula Neiberger* ist Wirtschaftsgeographin und Leiterin des Lehr- und Forschungsgebietes Wirtschaftsgeographie der Dienstleistungen an der RWTH Aachen.

Dr. *Rahild Neuburger* ist Betriebswirtin und Leiterin der Forschungsstelle für Information, Organisation und Management an der LMU München.

Dr. *Tristan Radtke*, LL.M. (NYU), ist Jurist und wissenschaftlicher Mitarbeiter an der TUM School of Social Sciences and Technology, München.

Prof. Dr. *Tobias Schäfers* ist Betriebswirt und Professor für Markt- und Werbepsychologie an der Hochschule Bielefeld sowie Associate Professor am Department of Marketing der Copenhagen Business School.

Prof. Dr. *Martin Schmidt-Kessel* ist Jurist und Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bayreuth.

Prof. Dr. *Hanna Schramm-Klein* ist Betriebswirtin und Inhaberin des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Marketing und Handel, an der Universität Siegen.

Prof. Dr. *Hendrik Schröder* ist Betriebswirt und Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Marketing und Handel, an der Universität Duisburg-Essen.

PD. Dr. *Sebastian Teupe* ist Historiker, war bis 2024 Juniorprofessor für Wirtschaftsgeschichte an der Universität Bayreuth und ist aktuell Senior Scholar bei der Gesellschaft für Unternehmensgeschichte.

Dr. *Felix M. Wilke, LL.M. (Michigan),* ist Jurist und Akademischer Rat auf Zeit an der Universität Bayreuth.