

Mängelrechte abseits des „alten“ Sachmangels – Die Geltendmachung von Rechten nach den §§ 327ff. BGB

Prof. Dr. Tim Brockmann

Dr. Tim Brockmann ist Professor für Zivilrecht an der Kommunalen Hochschule für Verwaltung in Niedersachsen (HSVN).

A. Einleitung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich zur Umsetzung der Richtlinie 2019/770 der Europäischen Union vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen dafür entschieden, vertragsrechtliche Regelungen zur Bereitstellung digitaler Produkte nicht nach dem bisherigen System des Besonderen Schuldrechts einzuführen, das sich an der Rechtsposition orientiert, die der Verbraucher an dem Gut erwerben möchte. Die Vorschriften sollen keinen neuen Vertragstypus begründen, vielmehr hat sich der Gesetzgeber entschlossen, die Regelungen zu digitalen Produkten in das Allgemeine Vertragsrecht des BGB aufzunehmen und so typenübergreifende Bestimmungen zu schaffen.¹

Da es auf den besonderen Vertragstyp im Einzelfall kaum ankommt, steht doch die einmalige oder dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts im Mittelpunkt der §§ 327ff. BGB, finden sich die neu eingeführten Vorschriften nicht im Besonderen, sondern im Allgemeinen Teil des Schuldrechts. So kommt es, dass für Rechtsfragen außerhalb des Regelungsbereichs der Umsetzungsvorschriften die vertragstypologische Zuordnung unberührt bleibt und ggf. die entsprechenden Vorschriften des besonderen Schuldrechts anwendbar sind.²

Während sich zwar Veränderungen in der Formulierung des § 434 BGB ergeben haben, zeigt sich die neu formulierte Sachmangelvorschrift ansonsten in ihrem Kerninhalt konsistent. Es geht bei der Prüfung weiterhin um subjektive und objektive Anforderungen an die Kaufsache. In der Prüfungspraxis hat sich deswegen kaum etwas geändert, wenn man nur auf die Absätze 2 und 3 des § 434 BGB n.F. blickt, wenngleich die im Vergleich zu vorher etwas differenziertere Vorschrift etwas genauere, dezidiertere Prüfungen ermöglicht. Auch die Neuerungen zur Beweislast-

umkehr beim Verbrauchsgüterkauf und die Regelung des § 475d BGB sind beachtenswert – aber übersichtlich.

Anders, zumindest hinsichtlich der Übersichtlichkeit, steht es um die einzelnen Rechte, die in den §§ 327ff. BGB hinzugekommen sind. Der Beitrag soll nach einer kurzen theoretischen Einführung anhand eines Falles die gutachterliche Herangehensweise zur Prüfung einiger „neuer“ Vorschriften aufzeigen.

B. Relevanz in der zivilrechtlichen Ausbildung

Die Relevanz der „neuen“ Vorschriften für die Lehre und Prüfung in schuldrechtlichen Veranstaltungen dürfte offensichtlich sein; zur Prüfung gehört es jetzt, die §§ 327ff. BGB gleichermaßen zu beherrschen, wie die jeweiligen besonderen Schuldverhältnisse. Auch können die Vorschriften dann anwendbar sein, wenn eine Kommune gegenüber Privaten handelt, der Anwendungsbereich ist nicht entsprechend ausgeschlossen, beziehungsweise verkleinert. Juristische Personen des Öffentlichen Rechts können Unternehmer i.S.d. § 14 BGB sein, müssen es aber nicht. Dass sie nicht immer Unternehmer sein müssen, beweist unter anderem § 310 Abs. 1 BGB, der sie ausdrücklich neben die von § 14 BGB erfassten Personen stellt – aber eben extra erwähnt.³ Dieses mögliche, begriffliche Auseinanderfallen von juristischer Person des Öffentlichen Rechts, beispielsweise der Kommune, und Unternehmereigenschaft steht allerdings der Einordnung der Kommune als Unternehmer im Einzelfall nicht entgegen.⁴ Juristische Personen des öffentlichen Rechts können also dann als Unternehmerin nach § 14 BGB zu qualifizieren sein, wenn sie Leistungen am Markt anbieten, die Leistungsbeziehung wenigstens auch privatrechtlich ausgestaltet ist, und ihr Handeln als gewerblich i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB anzusehen ist.⁵ Typischerweise ist die Unternehmereigenschaft gegeben, wenn fiskalisch gehandelt wird, also wenn eine Kommune

¹ Huth/Kühl/Köten, Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter?, ZJS 2021, 740; Spindler, Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, MMR 2021, 451.

² Reiner Schulze in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, Vorbemerkung zu §§ 327 – 327u BGB Rn. 3 m.w.N.

³ Meier/Schmitz, Verbraucher und Unternehmer – ein Dualismus?, NJW 2019, 2345 (2347).

⁴ Ebd.

⁵ Martens in: BeckOK BGB, 65. Ed. 1.2.2023, § 14 Rn. 21.

erwerbswirtschaftlich auftritt und bei ihrem Handeln der Umsatzsteuerpflicht nach § 2 UStG unterliegt.⁶

Kein unternehmerisches Verhalten ist indes gegeben, wenn es am dauerhaften und planmäßigen Agieren am Markt fehlt, da sowohl die Gewerblichkeit als auch die selbstständige Berufstätigkeit dies voraussetzen, einmalige Betätigungen am Markt aus einem speziellen Anlass begründen also in der Regel keine Unternehmereigenschaftszuschreibung einer Kommune.

Hinweis

Die Einordnung eines Tätigwerdens von juristischen Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB – und damit auch die Einordnung in einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 BGB ist seit jeher umstritten. Eine wesentliche Rolle bei der Einordnung spielt nach herrschender Auffassung, dass bei Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht hoheitlich, sondern gerade am Markt, rechtsgeschäftlich derart gehandelt wird, dass der Vertrag keinem öffentlichen Zweck dient. Zur Abgrenzung gehört umfangreiche Kasuistik, die Einzelfälle anhand o.g. Kriterien einzuordnen sucht.

Fakt ist, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts im Einzelfall auch als Unternehmer i.S.d. §§ 310 Abs. 3, 14 BGB gelten können und somit mit der Geltendmachung von Rechten nach den §§ 327ff. BGB konfrontiert werden könnten.

C. Verträge über digitale Produkte

Für zahlreiche alltägliche Handlungen die im Zusammenhang mit der Nutzung von Apps, Cloudservices stehen gelten seit dem 01.01.2022 die Vorschriften für Verträge über digitale Produkte. Dabei handelt es sich nicht um einen neuen, besonderen Vertragstyp des besonderen Schuldrechts, sondern vielmehr um eine Sonderform des bereits bestehenden Verbrauchervertrags i.S.d. §§ 312ff. BGB.⁷

Die Regelungen über Verträge über digitale Produkte lassen sich systematisieren, indem man die §§ 327, 327a BGB dem Anwendungsbereich der Regeln zuordnet, sie legen den Vertrag als spezifischen Verbrauchervertrag fest. Hier nach folgen dann die Rechtsfolgen für die Konstellationen der Regelleistungsansprüche in den §§ 327b, 327f BGB, für

die Leistungsstörungenrechte (§ 327c ff. BGB), für die Rückabwicklung (§§ 327m, 327o BGB) und letztlich für die Vertragsbeendigung und Schadensersatz (§ 327m BGB).

I. Anwendungsbereich

Am Anfang jeder Prüfung der Geltendmachung von Rechten aus den §§ 327ff. BGB steht die Überprüfung der Anwendbarkeit der Vorschriften. Da die §§ 327ff. BGB ihre Anwendbarkeit ausdrücklich, aber etwas komplexer in der Prüfung, regeln, liegt es nahe, dass Klausuren und andere Prüfungen auch diese zum Gegenstand der Leistungskontrolle machen werden. Anwendbar sind die Vorschriften bei Verbraucherverträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen. Der Begriff des digitalen Produkts ist vom Gesetzgeber als Oberbegriff für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen gewählt und in § 327 Abs. 1 BGB legaldefiniert worden. Die Vorschrift führt als Sammelbezeichnung für digitale Inhalte und Dienstleistungen den Begriff „digitale Produkte“ ein, der aus der Richtlinie zwar nicht vorgezeichnet, dessen Einführung aber durchaus sinnvoll ist, da es nur selten auf die Differenzierung zwischen den mitgemeinten Inhalten und Dienstleistungen ankommt.⁸ Regelmäßig sollte geprüft werden, ob sich auch über die Bereitstellung ebendieser Inhalte oder Dienstleistungen gegen Zahlung eines Preises geeinigt wurde. Diese neuen Regelungen gelten nicht nur, wenn für die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen Geld als Gegenleistung bezahlt wird, sondern auch, wenn elektronisch dargestellte Werte wie e-Coupons und gesetzlich anerkannte virtuelle Währungen genutzt werden und personenbezogenen Daten als Gegenleistung bereitgestellt werden. Damit legitimiert der Gesetzgeber das Geschäftsmodell „Daten als Gegenleistung“.⁹

1. Digitale Inhalte

Digitale Inhalte im Sinne des § 327 Abs. 2 S. 1 BGB sind Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Der Begriff des digitalen Inhalts fokussiert sich auf die Existenz der dahinterstehenden Daten und wird im Fall von heruntergeladenen und digitalisierten Inhalten Anwendung finden – digitale Inhalte müssen zunächst erstellt und dann auch in digitaler Form vertrieben werden.¹⁰ Der Verkauf ursprünglich digitaler Bilder, die zum Zweck

⁶ Korn in: Bunjes, UStG, 21. Aufl. 2022, § 2 Rn. 5; so auch: OFD Niedersachsen Verfügung vom 27.7.2012 S 7106 - 283 - St 171 mit Rekurs auf zahlreiche BFH-Entscheidungen.

⁷ Kirchhefer-Lauber, Verbraucherverträge über digitale Produkte, JuS 2021, 1125.

⁸ Kramme, Vertragsrecht für digitale Produkte, RD 2021, 20 (21).

⁹ MMR-Aktuell 2022, 450015, beck-online.

¹⁰ Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 451.

des Verkaufs ausgedrückt und dann physisch verkauft werden, soll nicht erfasst sein,¹¹ ansonsten ist der Begriff bewusst weit gefasst, um auch zukünftige Entwicklungen aufnehmen zu können; teilweise wird für Daten definitiv vertreten, dass es sich um maschinenlesbare, kodierte Information handeln soll.¹² Bei der umfassenden Verarbeitungsfähigkeit und Erfassbarkeit von Bild, Ton, Schrift, Sprache oder kodierten Informationen anderer Art durch Computer dürfte diese Einordnung aber nur selten zur Abgrenzung beitragen.

2. Digitale Dienstleistungen

Digitale Dienstleistungen sind solche, die einem Verbraucher entweder die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen oder die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten möglich machen.¹³ Der Begriff der „digitalen Dienstleistung“ als zweite Erscheinungsform digitaler Produkte ist eine Neuschöpfung der Digitale-Inhalte-RL und findet im bisherigen Recht keine begriffliche Entsprechung; im Gegensatz zum Begriff der „digitalen Inhalte“ steht bei den „digitalen Dienstleistungen“ die Interaktion mit dem Verbraucher und damit ein in der Tendenz aktives Moment im Vordergrund.¹⁴ Die Verwendung von ausschließlich digitalen Kommunikationsmitteln lässt die Dienstleistung indes logischerweise nicht zu einer digitalen Dienstleistung werden. Ebenfalls nicht ausreichend ist, dass eine analoge Dienstleistung bloß auf digitalem Wege erbracht wird, wie etwa die persönliche Beratung durch einen Anwalt per E-Mail.¹⁵

Erfasst sind indes „Dienstleistungen, die dem Verbraucher die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen“. Umfasst sind beispielsweise die Bereitstellung von

Cloud-Speicher und die Nutzung von Streaming-Services, Messenger-Dienste, Online-Spiele und soziale Netzwerke, Legal-Tech-Angebote wie etwa Tools zur automatisierten Prüfung von Ansprüchen oder Vertragsgeneratoren, Blogportale, Suchmaschinen, Navigationsdienste, SaaS- und AaaS-Angebote, Webhostingangebote oder Vergleichs- und Vermittlungsportale.¹⁶ Auch Online-Partnervermittlungsverträge werden von den §§ 327ff. BGB erfasst,¹⁷ wie Avatare in Metaverseinhalten.¹⁸

3. Paketverträge

§ 327a Abs. 1 BGB führt den Begriff des Paketvertrags in das BGB ein, wobei die Begriffsbestimmung weitgehend dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 6 Digitale-Inhalte-RL folgt,¹⁹ abweichend von der Digitale-Inhalte-RL spricht § 327a Abs. 1 BGB von Sachen und nicht von Waren, um auf diese Weise auch Verbindungen von digitalen Produkten mit unbeweglichen Sachen einzubeziehen.²⁰ Entsprechend bleibt es dabei, dass § 241a Abs. 1 BGB im Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB eine Rolle spielt, wenn es um die Anwendbarkeit der §§ 327ff. BGB geht, allerdings nicht.

Die Regel des § 327a BGB verfolgt grundsätzlich das Ziel, so viele Verträge wie möglich einerseits den §§ 327-327s BGB oder den Regelungen des Kaufvertrags zuzuordnen und auf diese Weise ein lückenloses Verbraucherschutzregime für digitale Produkte zu bieten.²¹ Es handelt sich um Verträge, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben – diese Verträge sind aufzuspalten und auf den jeweiligen Vertragsteil sollen die jeweilig entsprechenden Vorschriften angewandt werden.²² Für die nicht-digitalen Bestandteile eines Vertrags kommen weiterhin die Vorschriften des jeweils anwendbaren Vertragstyps (Kauf-, Dienst- und Werkvertrag dürften die häufigsten Typen darstellen) und des allgemeinen Schuldrechts zur Anwendung.²³ Auf einen Kaufvertrag über Waren mit digitalen Elementen im Sinne des § 327a Abs. 3 BGB findet statt der §§ 327 ff BGB das neue Kaufrecht Anwendung.

¹¹ BT-Drs. 19/27653, 38.

¹² Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 327 Rn. 7.

¹³ Riehm, Verträge über digitale Dienstleistungen, RD 2022, 209 (210).

¹⁴ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 42.

¹⁵ Pech, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil I), GRUR-Prax 2021, 509 (509).

¹⁶ Ebd.; Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 451; Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 42.

¹⁷ Eingehend: Peters, Schlechtleistung bei der Online-Partnervermittlung – neue Verbraucherrechte bei Produktmängeln, NJW 2023, 559.

¹⁸ Kaulartz/Schmid/Müller-Eising, Das Metaverse – eine rechtliche Einführung (RD 2022, 521 (523)).

¹⁹ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327a Rn. 3.

²⁰ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 46.

²¹ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 45.

²² Vgl. Bittner, Verträge über digitale Produkte – der Beginn des digitalen Zeitalters im BGB, VuR 2022, 9 (10f.).

²³ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327a Rn. 6.

Ist das digitale Produkt funktionsnotwendig, und damit digitales Element im Sinne der Vorschrift, versagt ihm das Gesetz die Anerkennung als eigenständiges Vertragsselement und ordnet es dem Kaufrecht unter. Die Entscheidung, was "funktionsnotwendig" in diesem Sinne bedeutet, ob wesentliche Funktionen gemeint sind oder schon solche Einschränkungen die bei Vertragsschluss (mit-)entscheidend waren, wird derzeit diskutiert. Einiges spricht dafür, einen nicht rein subjektiven Ansatz bei der Begriffsbestimmung zu wählen

§ 327b Abs. 1 BGB gestaltet die Bereitstellungspflicht für Unternehmer aus, Leistungszeit und Leistungsmodalitäten für Verträge über digitale Produkte werden geregelt. Gem. § 327b BGB kann ein Verbraucher vorbehaltlich anderweitiger Abreden die Bereitstellung des digitalen Produkts sofort verlangen und ein Unternehmer sie sofort bewirken. Wohl wichtigste Regel ist gem. § 327b Abs. 6 BGB, dass die Beweislast für die Leistungsbewirkung den Unternehmer trifft.²⁴

4. Gegenleistung

Unter der Zahlung eines Preises i.S.d. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB sind Geldzahlungen aller Art zu verstehen, unabhängig vom gewählten Zahlungsmittel. Die Tatbestandsalternativen erfassen daher neben der Barzahlung sämtliche Formen des elektronischen Zahlungsverkehrs wie etwa Überweisungen, Kreditkartenzahlungen, aber auch Transaktionen via Paypal und ähnliche Zahlungsdienstleistungen.²⁵ Die gesetzliche „Anerkennung“ für virtuelle Währungen im Sinne des § 327 Abs. 1 S. 2 BGB nach nationalem Recht setzt nicht die Anerkennung als gesetzliches Zahlungsmittel i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 2 BBankG voraus. Die Regelung ist vielmehr als Vorbehalt zugunsten mitgliedstaatlicher Bereichsausnahmen zu verstehen, Deutschland hat hiervon keinen Gebrauch gemacht. Die gesetzliche Anerkennung von Bitcoin drückt sich bspw. durch die Einstufung als Rechnungseinheit i.S.d. § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 7 KWG aus.²⁶ Neben einer Geldleistung oder der Leistung eines elektronisch dargestellten Wertes finden die §§ 327ff. auch auf jene Verträge Anwendung, in denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu einer Bereitstellung personenbezogener Daten verpflichtet. Der Begriff der personenbezogenen Daten ist im BGB nicht näher definiert und entspricht jenem der un-

mittelbar anwendbaren Datenschutzgrundverordnung. Er umfasst alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, erfasst sind Identifikationsmerkmale, äußere Merkmale und innere Zustände, aber auch sachbezogene Informationen und alle sonstigen Beziehungen der Person zu Dritten und ihrer Umwelt.²⁷

II. Mängel

Der Unternehmer hat dem Verbraucher das Produkt frei von Produkt- und Rechtsmängeln i.S.d. §§ 327e-327g BGB bereitzustellen. Der Zeitpunkt, in dem das Produkt mangelfrei sein muss, ist bei einmalig zur Verfügung gestellten Produkten der Zeitpunkt der Bereitstellung selbst, bei Zeitverträgen und/oder Dauerschuldverhältnissen der gesamte Zeitraum der Bereitstellung.²⁸ Darüber hinaus differenziert das Gesetz zwischen subjektiven Anforderungen, objektiven Anforderungen und Anforderungen an die Integration des digitalen Inhalts.

1. Produktmangel – § 327e BGB

Zentrale Voraussetzung der Rechte des Verbrauchers bei Mängeln ist ein Mangel am digitalen Produkt, dieses ist frei von Produktmängeln, wenn es den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Anforderungen an die Integration entspricht, diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.²⁹

a) Subjektive Anforderungen

Die Regelungen über die subjektiven Anforderungen an die Beschaffenheit des Produkts knüpfen, wie im § 434 BGB, ausschließlich an die Parteivereinbarung an. Dabei ist der Begriff der Beschaffenheit dem Kaufrecht entnommen und ebenso wie dort weit zu verstehen. Das Produkt ist i.S.d. § 327e Abs. 2 BGB subjektiv mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist, sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, es entgegen der Vereinbarung ohne Zubehör oder Anleitung bzw. Kundendienst bereitgestellt wird oder die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen nicht vorgenommen werden.

b) Objektive Anforderungen

Ein Sachmangel kann ebenfalls im Sinne von § 327e

²⁴ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327a Rn. 14.

²⁵ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 60.

²⁶ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327 Rn. 62.

²⁷ Vertiefend zum Zahlen mit Daten und dem einschlägigen Datenbegriff: Lerch/Tuschhoff, Zahlungsmittel Daten, RD 2023, 11.

²⁸ Matutis, Der Einfluss der §§ 327ff. BGB auf Vertragsgestaltung und AGB – nicht nur im „grünen Bereich“, GRUR-Prax 2022, 195 (196).

²⁹ Vgl. Pech (Fn. 15), GRUR-Prax 2021, 509 (511).

Abs. 3 BGB objektiver Natur sein. Das Produkt entspricht den objektiven Anforderungen, wenn es sich für die gewöhnliche Verwendung eignet (Nr. 1), eine Beschaffenheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher erwarten durfte (Nr. 2), es der Beschaffenheit eines Testprodukts entspricht (Nr. 3), es mit Anleitungen bereitgestellt wird, die ein Verbraucher erwarten kann (Nr. 4), einem Verbraucher die Aktualisierungen nach § 327f BGB bereitgestellt werden und der Verbraucher über diese informiert wird (Nr. 5) und soweit nichts anderes vereinbart war, mit der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neusten verfügbaren Version bereitgestellt wird (Nr. 6).

Die Möglichkeiten die Sachmangelfreiheit festzustellen, gleichen in den ersten vier Nummern der Prüfung eines Sachmangels im Kaufrecht, die Nummern fünf und sechs sind in ihrem objektiven Anforderungsbereich spezifischer auf digitale Inhalte und Dienstleistungen zugeschnitten.

Wird ein digitales Produkt in die Umgebung des Verbrauchers eingefügt, ist es gem. § 327e Abs. 4 BGB frei von Sachmängeln, wenn dessen Integration sachgemäß durchgeführt wurde oder die unsachgemäße Integration dem Unternehmer nicht anzulasten ist. Integration bezeichnet hierbei die Verbindung und/ oder Einbindung eines digitalen Produkts mit den/ in die Komponenten der digitalen Umgebung des Verbrauchers.³⁰

Es bleibt bei der Einschränkung aus § 476 BGB, dass objektive Anforderungen nur eingeschränkt durch Parteivereinbarung geändert werden können, dies ist nur möglich, wenn der Verbraucher davon vor Vertragsschluss in Kenntnis gesetzt worden ist und die Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert i.S.d. § 327h BGB vereinbart wurde.³¹

2. Aktualisierungspflicht – § 327f BGB

Nach § 327f Abs. 1 BGB ist ein Unternehmer verpflichtet, einem Verbraucher Aktualisierungen für das digitale Produkt zur Verfügung zu stellen, die für den Erhalt des vertragsgemäßen Gebrauchs erforderlich sind.

Hierbei muss der Unternehmer sicherstellen, dass dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des

digitalen Produkts erforderlich sind,³² bereitgestellt werden und ein Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird.³³ Diese Aktualisierungspflicht wird auch dann verletzt, wenn die Software zwar funktioniert, aber Sicherheitslücken aufweist.³⁴ Sowohl die Bereitstellung als auch die Information über Aktualisierungen gehören zu den objektiven Konformitätskriterien.³⁵ Die zu erwartende Dauer der Informations- und Bereitstellungspflicht ist nicht auf die Gewährleistungsdauer beschränkt und kann innerhalb dieser enden oder auch über diese hinausreichen, zu erwartende Nutzungsdauer und Gewährleistungsfrist sind nicht zwangsläufig deckungsgleich,³⁶ insbesondere wenn es sich um dauerhafte Bereitstellungen handelt. Da auch Sicherheitsupdates von der Aktualisierungspflicht erfasst sind, muss in die Dauer der Aktualisierungspflicht die Größe des Risikos einberechnet werden, das dem Verbraucher ohne Aktualisierungen droht.³⁷

a) Dauerhafte Bereitstellung

Für die Dauer der Aktualisierungspflicht differenziert § 327f Abs. 1 S. 3 BGB zwischen einer dauerhaften und sonstigen Bereitstellung. Bei einem Vertrag über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts trifft den Unternehmer nach herrschender Auffassung eine Aktualisierungspflicht während des gesamten Bereitstellungszeitraums, da der Unternehmer bereits gemäß § 327e Abs. 1 S. 3 BGB ohnehin während des gesamten Bereitstellungszeitraums für die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts einstehen muss.³⁸

b) Sonstige Bereitstellung

Der maßgebliche Zeitraum für die Aktualisierungspflicht ist gemäß § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB „in allen anderen Fällen“ als der dauerhaften Bereitstellung der Zeitraum, den der Verbraucher „aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann“. Die Vorschrift erfasst die einmalige Bereitstellung sowie die Reihe einzelner Bereitstellungen gemäß § 327b Abs. 5 BGB. Für diese Fälle ist die Dauer der Aktualisierungspflicht nicht mit einer festen Frist oder auf andere Weise konkretisiert. Entscheidend ist vielmehr die objektiv zu bestimmende

³⁰ Gelbrich/Timmermann, Der Mangelbegriff im Kaufrecht nach Umsetzung der WKRL und DURL, NJOZ 2021, 1249 (1255).

³¹ Vertiefend: Rachlitz, Eigenverantwortlichkeit des Käufers für Mängel, NJW 2022, 1337 (1338ff.).

³² Kirchhefer-Lauber (Fn. 7), JuS 2021, 1125 (1129).

³³ Matutis (Fn. 28), GRUR-Prax 2022, 195 (196).

³⁴ Ebda.

³⁵ Kirchhefer-Lauber (Fn. 7), JuS 2021, 1125 (1129).

³⁶ Klett/Gehrman, Sicherheitsmängel in der Software, MMR 2022, 435 (436f.).

³⁷ Kesiosoglul/Lang, Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“ – ungeklärte Fragen zum neuen Recht, NJW 2023, 1009 (1012).

³⁸ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327f Rn. 9.

Erwartung des Verbrauchers.³⁹ Für diese Lösung spricht, dass die §§ 327ff. BGB sehr unterschiedliche digitale Produkte erfassen, bei denen sich eine angemessene Dauer der Aktualisierungspflicht kaum einheitlich festlegen lässt. Der offene Tatbestand geht allerdings auf Kosten der Rechtssicherheit. Unternehmer können vor einer näheren Konkretisierung durch die Rspr. kaum abschätzen, wie lange sie Aktualisierungen bereitstellen müssen.⁴⁰

III. Resultierende Verbraucherrechte

Der Aufbau und die Struktur der Rechte des Verbrauchers sind denen des Kaufrechts sehr ähnlich, der Verbraucher kann nach § 327 Abs. 1 BGB Nacherfüllung verlangen, den Preis mindern oder Aufwendungsersatz verlangen. Der Vorrang der Nacherfüllung findet auch hier Berücksichtigung und äußert sich in den zusätzlichen Voraussetzungen der Vertragsbeendigung nach § 327 Abs. 1 BGB. Auslöser einer Gewährleistung ist das Vorliegen eines Produkt- oder Rechtsmangels (§ 327d BGB), wobei die Ausgestaltung in den §§ 327e und 327g BGB erfolgt.⁴¹

1. Nacherfüllung

Durch die Nacherfüllung gem. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB muss ein Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand herstellen und die dazu erforderlichen Aufwendungen tragen. Die Nacherfüllung ist, wie gewohnt, ausgeschlossen, wenn sie unmöglich oder für den Unternehmer nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist, auch § 275 Abs. 1 BGB findet entsprechende Anwendung.⁴² Gleichsam wird bei der Auslegung der Vorschrift auf die bereits erfolgten Wertungen zum § 439 BGB zurückgegriffen werden können. Zurückhaltung ist indes bei der Übertragbarkeit der Wertungen aus § 275 Abs. 2 und 3 BGB geboten, die vorgesehene Abwägung zwischen Schuldner- und Gläubigerinteresse ist nicht per se übertragbar.⁴³

2. Schadensersatz statt der Leistung

Der Verbraucher kann nach § 327m Abs. 3 i.V.m. § 327m Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn

- der Nacherfüllungsanspruch ausgeschlossen (Nr. 1) oder

- nicht erfüllt worden ist (Nr. 2),
- der Mangel trotz Nacherfüllung weiterbesteht (Nr. 3),
- die Schwere des Mangels die sofortige Vertragsbeendigung rechtfertigen würde (Nr. 4),
- der Unternehmer die Nacherfüllung zu Unrecht verweigert (Nr. 5) oder
- es aus den Umständen offensichtlich wird, dass der Unternehmer nicht ordnungsgemäß nacherfüllen wird (Nr. 6).

Die Norm verweist nicht auf die Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, sondern stellt eine eigene Anspruchsgrundlage dar. Sowohl die Erheblichkeitsprüfung aus § 281 Abs. 3 BGB sowie der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 281 Abs. 4 BGB sind gem. § 327m Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend anzuwenden. Wird Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, so kann der Anspruchsgegner seinerseits das Geleistete nach §§ 327o und 327p BGB zurückverlangen.

3. Minderung

Ist das digitale Produkt in einer Weise mangelhaft, die den Verbraucher zur Beendigung des Vertrags berechtigt, kann der Verbraucher den Preis durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer gem. § 327n Abs. 1 BGB mindern. Die Minderungshöhe ist, falls erforderlich, gem. § 327n Abs. 3 BGB zu schätzen, die etablierten Regeln der kaufrechtlichen Minderung finden Anwendung.⁴⁴ Beachtlich erscheint, dass für die Minderung im Unterschied zur Vertragsbeendigung keine Erheblichkeitsschwelle vorgesehen ist, selbst bei Mangelunerheblichkeit kann – in entsprechend niedrigem Umfang – gemindert werden.⁴⁵

4. Vertragsbeendigung i.S.d. §§ 327m BGB & 327r BGB

§ 327m BGB regelt die Vertragsbeendigung bei einem Mangel des digitalen Produkts. Mit der Vertragsbeendigung übernimmt die Vorschrift aus der Terminologie der Digitalen-Inhalte-RL einen Begriff, der für das deutsche Allgemeine Schuldrecht neu ist, um sowohl den einmaligen Leistungsaustausch als auch Dauerschuldverhältnisse zu erfassen; die Vertragsbeendigung ist Oberbegriff für Rücktritt und Kündigung.⁴⁶ Voraussetzung für die Ver-

³⁹ BT-Drs. 19/27653, 59.

⁴⁰ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327f Rn. 10.

⁴¹ Paal/Wais, Ein Update für das BGB: Die Umsetzungen der Warenkauf- und Digitale-Inhalte-Richtlinie im Überblick, DStR 2022, 1164 (1167).

⁴² BT-Drs. 19/31116, 11.

⁴³ Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 528 (528).

⁴⁴ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327n Rn. 4.

⁴⁵ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327n Rn. 2f.

⁴⁶ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327m Rn. 1.

tragsbeendigung ist nach § 327m Abs. 1 BGB, dass das digitale Produkt einen Produkt- oder Rechtsmangel aufweist und dass eine der Nummern 1 bis 6 des § 327m Abs. 1 BGB einschlägig ist. Im Wesentlichen geht es hierbei um den Vorrang der Nacherfüllung und die zugehörigen Entbehrlichkeitstatbestände.⁴⁷ Eine darüber hinausführende Ausdehnung des Rechts zur Vertragsbeendigung für die Zeit vor dem Eintritt der Fälligkeit in dem Fall, dass offensichtlich die Voraussetzungen für eine Vertragsbeendigung eintreten werden – in entsprechender Anwendung von § 323 Abs. 4 BGB – kommt jedoch für Verträge über digitale Produkte nicht in Betracht, da sie in der Digitalen-Inhalte-RL nicht vorgesehen ist und die Regelungen der Richtlinie dahingehend abschließenden Charakter haben.⁴⁸ Beachtlich ist § 372m Abs. 2 S. 1 BGB, der das Recht des Verbrauchers zur Vertragsbeendigung nach § 327m Abs. 1 BGB bei einem unerheblichen Mangel ausschließt. Unerheblich ist ein Mangel, wenn er das Leistungsinteresse des Verbrauchers in Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall und unter Berücksichtigung von Art und Zweck des digitalen Produkts (einschl. seiner vorgesehene Nutzungsdauer) nicht spürbar beeinträchtigt.⁴⁹

Nach § 327r Abs. 1 BGB ist das Recht des Unternehmers, Änderungen an den digitalen Produkten vorzunehmen beschränkt. Neben den zur Erhaltung des Produkts notwendigen Maßnahmen dürfen nur solche Änderungen vorgenommen werden, wenn der Vertrag dies vorsieht, dem Verbraucher dadurch keine zusätzlichen Kosten entstehen und der Verbraucher über die Änderung klar und verständlich informiert worden ist. Wird die Nutzung des digitalen Produkts durch eine Änderung mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, steht einem Verbraucher gem. § 327r Abs. 3 BGB ein Recht zur Vertragsbeendigung innerhalb von 30 Tagen zu. Beachtlich ist, dass das Beendigungsrecht des Verbrauchers unabhängig davon besteht, ob der Unternehmer seinen Pflichten nach § 327r Abs. 1 oder 2 BGB nachkommt, die Information des Verbrauchers ist Voraussetzung dafür, dass der Unternehmer das digitale Produkt zum Nachteil des Verbrauchers ändern darf. Sie ist aber nicht Voraussetzung für das Recht des Verbrauchers auf Vertragsbeendigung.⁵⁰

5. Schadens- und Aufwendungsersatz

Darüber hinaus kann der Verbraucher nach §§ 327i Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz neben der Leistung oder gem. §§ 327i Nr. 3, 284 BGB den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. § 327m Abs. 3 BGB regelt den Schadensersatz statt der Leistung, ein Rückgriff auf § 281 BGB über § 327i Nr. 3 BGB ist mithin weder möglich noch notwendig.⁵¹

6. Rechte bei unterbliebener Bereitstellung i.S.d. § 327c BGB

Unterbleibt die in § 327b Abs. 1 BGB konkretisierte Bereitstellung des Unternehmers, stehen dem Verbraucher die in § 327c BGB normierten Rechte zu. Der Verbraucher kann den Vertrag beenden, wenn der Unternehmer ihm nach Aufforderung das digitale Produkt nicht unverzüglich zur Verfügung stellt, der Verbraucher muss in Fällen der unterbliebenen Bereitstellung den Unternehmer zunächst zur Leistung aufzufordern. Die Funktionsweise der Aufforderung entspricht dem aus den §§ 281, 323 BGB bekannten Erfordernis der Fristsetzung. Wie die Fristsetzung kann auch die Aufforderung nach § 327c Abs. 3 BGB entbehrlich sein.

a) Vertragsbeendigung i.S.d. §§ 327o BGB & 327p BGB

Die Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung ergeben sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 327o, 327p BGB, der § 327c Abs. 4 BGB regelt die entsprechende Anwendung. Mit der Einführung der §§ 327ff. BGB geht die Anwendbarkeit der Regeln über Verträge über digitale Produkte auf alle anderen Vertragstypen einher.⁵² Hierdurch kommt es zu Präzisierungserfordernissen, insbesondere auf Rechtsfolgenseite, z.B. ist § 323 BGB nur auf gegenseitige Verträge anwendbar, was die §§ 327ff. BGB nicht zwingend voraussetzen;⁵³ die notwendige Präzisierung im Hinblick auf den Umgang mit Dauerschuldverhältnissen erfährt das Gesetz mit den extra eingeführten Vorschriften der Vertragsbeendigung. Die Vertragsbeendigung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer, § 327o Abs. 1 BGB, und kann nicht mit der Aufforderung zur Bereitstellung verbunden werden. Die Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung richten sich gemäß Abs. 4 nach den Vorschriften

⁴⁷ Vgl. Walkusz/Dreßler, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Gewährleistungsrecht – Social Media ohne Briefkasten, JuS 2023, 44 (47).

⁴⁸ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 69.

⁴⁹ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327m Rn. 11.

⁵⁰ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327r Rn. 10.

⁵¹ Kurth, Die Digitalisierung des BGB – die deutsche Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie sowie der Warenkaufrichtlinie – Teil I, JA 2022, 265 (271).

⁵² Kurth (Fn. 51), JA 2022, 265 (266); Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327 Rn. 2.

⁵³ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 40.

der §§ 327o, 327p BGB. Die Regelungen über den Rücktritt in den §§ 346ff. BGB sind verdrängt.⁵⁴ Das beendete Vertragsverhältnis wandelt sich nach der Erklärung der Vertragsbeendigung zu einem Rückgewährschuldverhältnis.⁵⁵ Nach der Vertragsbeendigung hat der Unternehmer dem Verbraucher die bereits geleisteten Zahlungen zu erstatten, für noch zu leistende Zahlungen erlischt der Anspruch des Unternehmers gem. § 327o Abs. 2 BGB.⁵⁶ Das Rückgewährschuldverhältnis ist somit ein solches des § 327o BGB, nicht eines nach den §§ 346ff. BGB.⁵⁷

Mit Beendigung des Vertrags erlischt gem. § 327p Abs. 1 BGB das Nutzungsrecht des Verbrauchers am digitalen Produkt, ein Unternehmer darf Inhalte, die ein Verbraucher bei der Nutzung des digitalen Produkts erstellt hat und die nicht personenbezogene Daten sind, nicht weiter nutzen.⁵⁸ Ausdrücklich von einer Folgenutzungsmöglichkeit sind digitale Bilder, Video- und Audiodateien, die der Verbraucher mit dem digitalen Produkt erstellt oder für die Nutzung des Produkts bereitgestellt hat ausgeschlossen, dies setzt eine aktive Handlung des Verbrauchers voraus, beispielsweise das Hochladen von Inhalten, Schreiben von Texten oder Erstellen von Grafiken, Fotografien, Video- oder Musikdateien oder anderen Inhalten mit dem digitalen Produkt.⁵⁹

b) Schadensersatz

Gem. § 327c Abs. 2 BGB besteht auch das Recht auf Schadensersatz, mit Rechtsgrundverweis auf die bekannten §§ 280ff. BGB. Bei diesem Verweis handelt es sich um einen Rechtsgrundverweis, wie § 327c Abs. 2 S. 1 BGB ausdrücklich klarstellt. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung erfordert gem. § 327c Abs. 1 S. 1 BGB die Aufforderung, nicht die Fristsetzung wie sie aus § 281 BGB sonst bekannt ist; hierdurch wird der Verbraucher etwas besser gestellt als es im allgemeinen Anwendungsbereich beim § 281 BGB der Fall ist; die Fristsetzung setzt voraus, dass ein Gläubiger einem Schuldner zumindest konkludent eine zeitliche Grenze aufzeigt, § 327c Abs. 1 S. 1 BGB tut dies nicht.⁶⁰

V. Begleitregeln

1. Beweislastumkehr i.S.d. § 327k BGB

Zeigt sich innerhalb eines Jahres ab Bereitstellung ein von den Anforderungen der § 372e BGB oder § 327g BGB abweichender Zustand, wird vermutet, dass das digitale Produkt bereits bei Bereitstellung mangelhaft war. Abweichend von den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung muss nicht der Verbraucher den Beweis dafür erbringen, dass ein Produkt- oder Rechtsmangel bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen hat, sondern der Unternehmer muss beweisen, dass das digitale Produkt insoweit mangelfrei war.⁶¹ Die zum Kaufvertragsrecht entwickelten Grundsätze zur Beweislastumkehr sind auch für die Auslegung des § 327k BGB von Bedeutung, weil in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 327k BGB auf die EuGH-Rechtsprechung verwiesen wird.⁶² Hieraus und aus der übertragbaren herrschenden Meinung im Kaufrecht wird der Umfang der Beweislastumkehr und die Relevanz für die betreffenden Unternehmer deutlich, um die Vermutung des § 327k BGB zu widerlegen, muss der Unternehmer beweisen, dass der abweichende Zustand, der sich innerhalb der maßgeblichen Frist gezeigt hat, bei Bereitstellung bzw. während des bisherigen Bereitstellungszeitraums nicht vorhanden war.⁶³ Zudem muss der Unternehmer beweisen, dass der abweichende Zustand nicht auf einem anderen, schon bei Bereitstellung bzw. während des bisherigen Bereitstellungszeitraums vorliegenden anderen Mangel beruht, den Unternehmer trifft die Last des Beweises des Gegenteils, die bloße Erschütterung der Vermutung genügt nicht.⁶⁴

2. Verjährung – § 327j BGB

Die Rechte des Verbrauchers aus § 327i Abs. 1 BGB verjähren im Fall der einmaligen Bereitstellung in zwei Jahren. Im Fall der dauerhaften Bereitstellung ist die Verjährung bis zum Ablauf von 12 Monaten nach Ende des Bereitstellungszeitraums i.S.d. § 327j Abs. 2 BGB gehemmt.

IV. Fazit

Die hier nur ausschnittsweise dargestellte Schuldrechtsreform bedeutet einen kleinen Paradigmenwechsel, der

⁵⁴ Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 51.

⁵⁵ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327c Rn. 13.

⁵⁶ Pech (Fn. 15), GRUR-Prax 2021, 547 (547); Spindler (Fn. 1), MMR 2021, 451.

⁵⁷ Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327o Rn. 8ff.

⁵⁸ Roos, Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL März 2022, Teil 12 Rn. 11.

⁵⁹ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327p Rn. 5ff.

⁶⁰ Fervers, Die unterbliebene Bereitstellung des digitalen Produkts, NJW 2021, 3681 (3685).

⁶¹ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327k Rn. 1.

⁶² Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, 64.

⁶³ Kirchhefer-Lauber (Fn. 7), JuS 2021, 1125 (1129).

⁶⁴ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327k Rn. 9.

sich möglicherweise aufgrund der vorherrschenden Entwicklung der Gesellschaft noch fortsetzen wird. Einerseits werden spezifischere Regeln aufgrund spezialisierterer Produkte und Waren, gerade im digitalen Bereich, notwendigerweise weiter Einzug halten. Andererseits, wie auch Klümper⁶⁵ notiert, ist die Entwicklung eines produktgruppenspezifischen Schuldrechts darin begründet, dass sich seit längerer Zeit in der gesellschaftlichen und ökonomischen Entwicklung der Gesellschaft ein Wandel von einer Eigentums- zu einer Zugangsgesellschaft vollzieht.

D. Sachverhalt

Kunibert Käufer (K) will sich gesünder ernähren und besser auf sich achten. Der 31.12.2022 erscheint ihm als geeigneter Zeitpunkt, dieses Ziel „ab morgen“ ernstlich zu verfolgen. Er begibt sich in das Start-UP „besserbesseressen“ der Ulrike Ustinov (U), um sich über moderne Ernährung und Superfoods zu informieren. U erklärt K, dass für ihn der Kochautomat „besserbesserkochen (bbk)“ für 1.500,00 Euro, den U in Kombination mit einer Rezept-, Koch-, Nährstoffanzeige- und Motivations- und Communitychallengeapp anbietet, genau richtig sei.

Die Applikation stünde K für eine einmalige Zahlung von 150,00 Euro unter der Premiumlizenz zur vollen Verfügung. Sie ermöglicht es nicht nur, fertige Rezepte inklusive Nährwerttabellen aus dem Internet abzurufen, sondern auch Nährwerte, das Körpergewicht und den Körperrumfang einzutragen. Die App generiert daraus sowohl Verzehr- und Sportempfehlungen als auch die Möglichkeit, sich innerhalb der „besserbessercommunity“ zu vergleichen. K ist von dem Angebot der U überzeugt, besonders der Communitywettkampfgedanke hat es ihm angetan. Er nimmt das Angebot der U an. Für 1.650,00 Euro bekommt K das Kochutensil ausgehändigt, der Zugangscode für die App soll ihm innerhalb der kommenden zwei Werktage per Mail geschickt werden. Der Download der App funktioniert wie gewohnt aus dem jeweiligen App- oder Playstore, die Appfunktionen können aber erst benutzt werden, nachdem der o.g. Lizenzcode eingegeben worden ist.

Einige Tage später hat K den bbk in seiner Küche anstelle der Heißluftfritteuse angeschlossen und möchte nunmehr gern gemäß Anleitung und Rezept kochen und dabei gleichzeitig die Nährstoffe seines Essens erfassen lassen – einen Code hat er indes noch nicht zugeschickt bekommen, auch nicht im Spamordner seines Mailaccounts. K beschwert sich darauf bei U, sie verspricht den Code als-

bald zu senden. Vor lauter Startupkultur sei sie noch nicht dazu gekommen.

Nach einem weiteren Monat ruft K erneut bei U an und erklärt, er habe ohne Zugriff auf die App kein Interesse mehr an dem ganzen Geschäft und wolle nichts mehr mit ihr zu tun haben. U entgegnet sehr entspannt, sie habe den bbk doch ordnungsgemäß und mangelfrei übergeben und übereignet, er solle sich mal nicht so haben. Aufgrund der fehlenden App schulde sie ihm allenfalls 150,00 Euro. K führt an, er sei natürlich zur Rückgabe des bbk bereit, mehr aber auch nicht.

1. Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung der 150,00 Euro gem. § 327o Abs. 2 BGB gegen U?

2. Hat K einen Anspruch Rückzahlung der 1.500,00 Euro gem. § 346 Abs. 1 BGB, ggf. i.V.m. §§ 327ff. BGB gegen U?

E. Lösungsvorschlag

I. Anspruch K gegen U auf Rückzahlung von 150,00 Euro für die App aus § 327o Abs. 2 BGB

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung von 150,00 Euro gem. § 327o Abs. 2 BGB gegen U haben. Hierzu müssten die Vorschriften der §§ 327ff. BGB anwendbar sein und es müssten ein Beendigungsgrund und eine Beendigungserklärung gegeben sein, auch dürfte die Beendigung nicht ausgeschlossen sein.

1. Anwendungsbereich

Zunächst müsste der Anwendungsbereich der §§ 327ff. BGB eröffnet sein. Eine solche Eröffnung kommt im Sinne des § 327 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn in persönlicher Hinsicht die Verbraucher- und Unternehmereigenschaft der Beteiligten vorliegen und in sachlicher Hinsicht ein Vertrag über digitale Produkte geschlossen wurde.

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Erste Voraussetzung in persönlicher Hinsicht ist, dass gem. § 327 Abs. 1 BGB ein Verbrauchervertrag vorliegt. Das ist nach § 310 Abs. 3 BGB immer dann der Fall, wenn es sich um einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer handelt.

Hinweis

Terminologisch kann hiervon der Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB abgegrenzt werden. Hier bedarf es nicht

⁶⁵ Klümper, Das neue digitale Schuldrecht 2022 und seine Auswirkungen auf Produkte und Dienstleistungen der Medizintechnikbranche, MPR 2023, 50 (51).

nur der Verbraucher- und Unternehmereigenschaft der Beteiligten, sondern es muss zudem auch ein Kaufvertrag über eine Ware i.S.d. § 241a BGB geschlossen werden. Diese Voraussetzungen ermöglicht die Anwendung der Rechte aus dem dritten Untertitel „Verbrauchsgüterkauf (§§ 474-479 BGB)“, ist jedoch nicht für die Anwendbarkeit der §§ 327ff. BGB entscheidend: Es kommt hier gerade nicht darauf an, dass bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, Vertragsgegenstand sind, sondern digitale Produkte.

aa) Verbrauchereigenschaft des K

Zunächst müsste K als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB gehandelt haben. Nach § 13 BGB ist Verbraucher, wer als natürliche Person ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder der gewerblichen noch der selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. K möchte für sich und seine persönliche Ernährung sorgen, indem er den bbk und die App kauft. Der Kauf ist deswegen weder seiner selbstständigen noch seiner gewerblichen Tätigkeit zuzuordnen. K ist mithin Verbraucher i.S.d. § 13 BGB.

bb) Unternehmereigenschaft des U

U müsste zudem Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB sein. Ein Unternehmer ist hiernach unter anderem eine natürliche Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt; dies ist insbesondere bei einem planvollen und auf Dauer angelegten Tätigwerden am Markt der Fall.⁶⁶ U ist eine natürliche Person und betreibt ihr StartUP planvoll und auf Dauer angelegt. Beim Abschluss des vorliegenden Vertrages handelt sie in Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit. Folglich ist U Unternehmerin i.S.d. § 14 BGB.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Weiterhin müsste der sachliche Anwendungsbereich eröffnet sein. Dieses ist der Fall, wenn ein Vertrag über digitale Produkte geschlossen worden ist und die Einigung zwischen Verbraucher und Unternehmer dahingehend besteht, dass dem Verbraucher ein digitales Produkt gegen eine Gegenleistung bereitgestellt wird.

aa) Vertrag über digitale Produkte

Zunächst müsste es sich bei dem zwischen K und U geschlossenen Vertrag um einen Vertrag über digitale Produkte, also entweder digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, handeln. Klärungsbedürftig erscheint, ob es sich bei der App um die Bereitstellung eines digitalen Inhalts oder um die Bereitstellung einer digitalen Dienstleistung handelt.

Digitale Inhalte i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB sind alle Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.

Digitale Dienstleistungen sind gem. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB all jene Dienstleistungen, die dem Verbraucher

1. die Erstellung, die Verarbeitung oder die Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen, oder
2. die gemeinsame Nutzung der vom Verbraucher oder von anderen Nutzern der entsprechenden Dienstleistung in digitaler Form hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen.

Hier können mit Hilfe einer App Daten wie Nährwerte von Mahlzeiten eingegeben und gespeichert werden, bereits vorhandene Rezepte abgerufen werden und sich in sog. Communitychallenges durch das Teilen der eigenen Nährwerteingabe gemessen werden. Mithin werden Daten sowohl in digitaler Form zur Verfügung gestellt als auch gemeinsame Nutzung von Daten durch Interaktion ermöglicht sowie die Möglichkeit gewährt, Daten digital einzugeben und zu speichern. Es liegt mithin eine Einigung sowohl über digitale Inhalte als auch über digitale Dienstleistungen vor. Folglich liegt ein Vertrag über digitale Produkte vor.⁶⁷

Hinweis

Die Unterscheidung zwischen der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen ist auf Rechtsfolgenseite äußerst selten relevant, entscheidend ist, dass der Begriff des digitalen Produkts weit zu verstehen ist, um viele Begriffe und Konstellationen trotz ihrer differenzierten technischen Ausgestaltung zu erfassen.⁶⁸

⁶⁶ Micklitz in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 14 Rn. 20.

⁶⁷ Zur Anwendbarkeitsprüfung vgl. auch die äußerst instruktive Falllösung in Mäsch/Edinger/Hagena, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Schuldrecht AT – Ärger mit dem Autopiloten, JuS 2023, 335.

⁶⁸ Vgl. BT-Drs 19/27653, S. 37.

bb) Bereitstellung

U und K müssten sich ebenso geeinigt haben, dass digitale Inhalte und Dienstleistungen bereitgestellt werden. Unter Bereitstellung ist u.a. das Verschaffen der Zugriffsmöglichkeit des Verbrauchers in Form des Zugänglichmachens auf den Vertragsgegenstand zu verstehen.⁶⁹ K und U haben sich darauf geeinigt, dass K alsbald mit einem Freischaltcode für die App versorgt wird, um sie nutzen zu können. Damit haben sich beide, K und U, geeinigt, die Zugriffsmöglichkeit auf die Dienstleistung zu Gunsten eines Verbrauchers zu verschaffen. Folglich haben sich U und K über die Bereitstellung digitaler Produkte i.S.d. § 327b BGB geeinigt.

cc) Verbrauchergegenleistung

Weiterhin müsste auch eine entsprechende Gegenleistung durch den Verbraucher erfolgt sein. In Betracht kommen nicht nur die Zahlung eines Preises, sondern ggf. auch die Bereitstellung und damit verbundene Zahlung mit persönlichen Daten durch den Verbraucher. Hier bestehen keine Informationen darüber, ob persönliche Daten als Gegenleistung übermittelt werden, K bezahlt indes das Gerät und den Freischaltcode noch vor Ort. Damit liegt eine Gegenleistung durch den Verbraucher i.S.d. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

c) Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der §§ 327ff. BGB ist eröffnet. Auch eine Einordnung als Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 BGB ändert dieses nicht, ebenso sind nach der Trennungslösung nach § 327a Abs. 2 BGB die Vorschriften der §§ 327ff. BGB auf diesen Teil des Vertrages anwenbar. Eine Ausnahme durch das Vorliegen von digitalen Elementen im Sinne des § 327a Abs. 3 BGB ist mangels Funktionsabhängigkeit nicht gegeben.

2. Vorliegen eines Beendigungsgrundes i.S.d. § 327c Abs. 1 BGB

Zudem müsste K auch gem. § 327c Abs. 1 BGB ein Beendigungsgrund zur Seite stehen. Ein Beendigungsgrund ist gegeben, wenn ein Unternehmer seiner fälligen Verpflichtung zur Bereitstellung des digitalen Produkts auf Aufforderung des Verbrauchers nicht unverzüglich nachgekommen ist.

a) Fälligkeit

Zunächst müsste die Bereitstellung des digitalen Produkts fällig gewesen sein. Der Verbraucher kann i.S.d. § 327b Abs. 2 BGB die Bereitstellung des digitalen Produkts unverzüglich nach Vertragsschluss verlangen. Im vorliegenden Fall haben sich K und U jedoch darauf geeinigt, dass der Zugangscode dem K nicht sofort, sondern innerhalb der kommenden Werktage übermittelt wird. Nichtsdestotrotz war diese Zeit zum Zeitpunkt des Anrufes des K bei der U verstrichen. Mithin liegt eine fällige Leistung vor.

b) Unterbliebene Bereitstellung i.S.d. § 327b BGB

Weiterhin müsste es nach § 327c Abs. 1 BGB auch zu einer unterbliebenen Bereitstellung gekommen sein. U sicherte zu, den Premiümlizenzcode innerhalb der nächsten Werktage zu übersenden. Dieses hat sie nicht getan, mithin fehlt es an der Bereitstellung i.S.d. § 327b, 327c Abs. 1 BGB.

c) Nichtbereitstellung trotz Aufforderung i.S.d. § 327c Abs. 1 BGB

Letztlich müsste es auch zu einer Aufforderung zur Bereitstellung der fälligen Leistung gekommen sein. Die Aufforderung ist eine geschäftsähnliche Handlung, mit der ein Verbraucher zum Ausdruck bringt, dass die Bereitstellung gewünscht ist, sie muss nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen und das Verlangen zur Bereitstellung des digitalen Produkts durch den Unternehmer eindeutig zum Ausdruck bringen, ist indes an keine Form gebunden, muss aber nicht die Ernsthaftigkeit des Leistungsverlangens in besonderer Weise unterstreichen.⁷⁰ K hat U angerufen und sie telefonisch zur unverzüglichen Zusendung des Codes aufgefordert, damit erbat er wiederholt die Bereitstellung der Leistung nach Fälligkeit. Folglich liegt eine Aufforderung gem. § 327c Abs. 1 BGB vor. Auch nach dieser Aufforderung leistete U nicht.

d) Zwischenergebnis

Ein Beendigungsgrund nach § 327c Abs. 1 BGB ist gegeben.

3. Beendigungserklärung i.S.d. § 327o Abs. 1 BGB

Weiterhin müsste K die Beendigung gegenüber U gem. § 327o Abs. 1 BGB erklärt haben. Eine Beendigungserklärung ist gem. § 327o Abs. 1 BGB die empfangsbedürftige Willenserklärung des Verbrauchers an den Unternehmer, in welcher der Entschluss des Verbrauchers zur Beendigung des Vertrages zum Ausdruck kommt, sie ist nicht an

⁶⁹ Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327b Rn. 8ff.

⁷⁰ Micklitz in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327c Rn. 20; Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 327c Rn. 5.

einen speziellen Wortlaut oder eine besondere Begründung und Form gebunden.⁷¹ K hat U am Telefon gesagt, dass er kein Interesse mehr an Gerät, App oder sonst einer Verbindung zu U hat. Mithin hat er zumindest erklärt, den Vertrag i.S.d. § 327o Abs. 1 BGB beenden zu wollen. Folglich liegt eine taugliche Beendigungserklärung i.S.d. § 327o Abs. 1 BGB vor.

4. Rechtsfolge i.S.d. § 327o Abs. 2 BGB

Im Falle der Vertragsbeendigung hat der Unternehmer gem. §§ 327o Abs. 2 BGB dem Verbraucher die Zahlung zu erstatten, die der Verbraucher zur Erfüllung des Vertrages geleistet hat. Folglich hat U dem K die Zahlung i.H.v. 150,00 Euro zu erstatten.

5. Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Rückzahlung i.H.v. 150,00 Euro aus § 327o Abs. 2 BGB gegen U.

II. Anspruch K gegen U auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 1.500,00 Euro

Ferner könnte K einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Kochautomaten i.H.v. 1.500,00 Euro gegen U haben.

1. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB

Ein solcher Rückzahlungsanspruch könnte sich gem. § 346 Abs. 1 BGB ergeben. Dafür müsste U seine Leistung, die Lieferung eines mangelfreien, ordnungsgemäßen Kochautomaten, nicht vertragsgemäß erbracht haben. Der bbk selbst ist mangelfrei und vertragsgemäß. Ein Recht des K auf Rückzahlung der 1.500,00 Euro aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB ist folglich nicht gegeben.

2. Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB

Der Rückzahlungsanspruch könnte sich indes gem. § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB ergeben.

a) Rücktrittsgrund i.S.d. § 327c Abs. 6 BGB

Für K könnte sich ein Rücktrittsrecht aus § 327 Abs. 6 BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass es sich um einen Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 BGB handelt, bei welchem K den Vertrag bereits hinsichtlich des digitalen Produkts nach § 327c Abs. 1 BGB beenden kann und er zudem kein Interesse mehr am anderen, nicht digitalen Vertragsteil hat.

aa) Beendigungsgrund i.S.d. § 327c Abs. 1 S. 1 BGB

K kann den Vertrag mit U hinsichtlich des digitalen Produkts nach § 327c Abs. 1 BGB beenden (siehe oben).

bb) Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 BGB

Der Vertrag zwischen K und U müsste ein Paketvertrag i.S.v. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB sein. Paketverträge sind Verbraucherverträge zwischen denselben Vertragsparteien, die neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Problematisch an dieser Stelle könnte die Abgrenzung zu einem Vertrag nach § 327a Abs. 2 BGB sein. Sollte der zwischen K und U geschlossene Vertrag unter Abs. 2 fallen, hätte das zur Folge, dass Voraussetzung für eine Beendigung des gesamten Vertrags nicht das fehlende Interesse an der Teilleistung gem. § 327c Abs. 6 BGB wäre, sondern nach § 327c Abs. 7 BGB die fehlende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung.

(1) Verbrauchervertrag

Gem. § 327a Abs. 1 BGB wird vorausgesetzt, dass dieselben Vertragsparteien einen Vertrag schließen. U und K haben einen einzigen Verbrauchervertrag über den Kochautomaten bbk und die App geschlossen. Ein Verbrauchervertragsschluss unter Beteiligung der gleichen Handelnden liegt vor.

(2) Bereitstellung eines digitalen Produkts

Weiterhin müsste die Verpflichtung, ein digitales Produkt bereitzustellen, gegeben sein. Hier hatte U sich verpflichtet, K die App anhand der Übersendung eines Codes zugänglich zu machen, worin die Einigung zur Bereitstellung eines digitalen Produkts liegt.

(3) Bereitstellung anderer Sachen oder anderer Dienstleistungen

Der Vertrag müsste schließlich auch die Bereitstellung anderer Sachen oder anderer Dienstleistungen enthalten. Mit Sachen sind solche i.S.d. § 90 BGB gemeint. Neben der Bereitstellung der App haben sich U und K auch darauf geeinigt, dass K den Kochautomaten bbk erwirbt. Der bbk ist ein körperlicher Gegenstand und mithin eine Sache i.S.v. § 90 BGB. Der Vertrag enthält damit auch die Verpflichtung zur Bereitstellung anderer Sachen. Mithin liegt ein Paketvertrag vor.

⁷¹ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327o Rn. 3.

cc) Fehlendes Interesse an der Teilleistung i.S.d. § 327c**Abs. 6 BGB**

K dürfte ohne die App kein Interesse an dem bbk haben. Ein Interessenwegfall liegt vor, wenn eine sinnvolle Nutzung der anderen Leistung nicht mehr möglich ist oder der Nutzungswert stark reduziert ist.⁷²

Gerade aber bei Paketverträgen, in denen auch Vertragsgegenstände miteinander verknüpft werden können, die sonst eher nicht zusammen erworben würden, könnte das berechtigte Interesse darin begründet gewesen sein, eben aus dieser ungewöhnlichen Zusammenstellung und der gemeinsamen Nutzung der Produkte einen Vorteil gezogen zu haben.⁷³ K hat sich nur für den bbk entschieden, da er in Kombination mit der App angeboten wurde. Gerade die Communitychallenges hatten es K angetan, deswegen den bbk zu benutzen.

dd) Zwischenergebnis

Ein Rücktrittgrund i.S.d. § 327c Abs. 6 BGB liegt vor.

b) Rücktrittserklärung i.S.d. § 349 BGB

Der Rücktritt müsste auch von K gegenüber U erklärt worden sein. Gemäß § 349 BGB erfolgt die Beendigung des Vertrags durch einseitige, empfangsbedürftige und bedingungsfeindliche Erklärung, die den Willen zur Vertragsbeendigung, auch schlüssig, zu verstehen gibt.⁷⁴ K hatte U am Telefon erklärt, dass er ohne Zugriff auf die App kein Interesse mehr an dem Kochautomaten habe und sich daher vom ganzen Vertrag lösen wolle. Damit liegt eine Rücktrittserklärung vor.

c) Kein Ausschluss

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

d) Ergebnis

K hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den bbk i.H.v. 1.500,00 Euro aus § 346 BGB i.V.m. § 327c Abs. 6 BGB, Zug-um-Zug gegen Herausgabe des bbk, gegen U.

⁷² Vgl. Reiner Schulze in: HK-BGB (Fn. 2), § 323 Rn. 13; Wendland/Soritz in: BeckOK BGB (Fn. 5), § 327c Rn. 30.

⁷³ Metzger in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 12), § 327c Rn. 15.

⁷⁴ Stadler in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 349 Rn. 1.