

Grundfragen des Digitalvertragsrechts

Herausgegeben von
MARTIN SCHMIDT-KESSEL
und CHRISTINA MÖLLNITZ

Mohr Siebeck

Grundfragen des Digitalvertragsrechts



Grundfragen des Digitalvertragsrechts

Verträge über digitale Inhalte
und digitale Dienstleistungen

Herausgegeben von

Martin Schmidt-Kessel und Christina Möllnitz

Mohr Siebeck

Martin Schmidt-Kessel ist Generalsekretär der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Direktor der Forschungsstelle für Verbraucherrecht der Universität Bayreuth und Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung.
orcid.org/0000-0002-4980-6967

Christina Möllnitz ist Rechtsanwältin und war zuvor wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth.

ISBN 978-3-16-161933-5 / eISBN 978-3-16-161934-2

DOI 10.1628/978-3-16-161934-2

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Mit der Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen (RL 2019/770) und der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs (RL 2019/771) hat das deutsche Verbraucherrecht eine der größten substantiellen Änderungen seit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie durchlaufen. Vor allem die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie stellt das deutsche Recht dabei vor große Herausforderungen, da ihr systematischer Ansatz mit Bezug auf das Vertragsobjekt und fehlender vertragstypologischer Klassifizierung der deutschen Systematik fremd ist.

Das „Update“ des BGB mit Blick auf Sachverhalte der Digitalisierung war überfällig und ist zu begrüßen. Dass es bei der Umsetzung solch weitreichender und dem deutschen Zivilrechtssystem strukturentfremder Regelungen zu Friktionen kommt, kann kaum verwundern und ist wohl grundsätzlich auch nur schwer zu vermeiden. Die Tagung „Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen“, die virtuell am 1. und 2. Oktober 2020 durch die Forschungsstelle für Verbraucherrecht organisiert an der Universität Bayreuth stattfand, hatte es sich daher zum Ziel gesetzt, die notwendigen Neuregelungen näher zu beleuchten und erste Problemfelder aufzuzeigen.

Hierzu wurde zunächst auf Fragen der Vertragsgestaltungen der Bereitstellung digitaler Inhalte näher eingegangen, bevor in weiteren Themenblöcken die Qualität digitaler Dienstleistungen, das Verhältnis zu den Nachbarregimen und die Plattformqualität im Lichte der geplanten Neuregelungen thematisiert wurden. Der Referentenentwurf des Umsetzungsgesetzes vom 5. Oktober 2020 lag dabei noch nicht vor; die in diesem Band enthaltenen Beiträge wurden allerdings von den Autoren im Hinblick auf die Neuregelungen aktualisiert.

Herzlichen Dank schulden die Herausgeber allen, die an der Tagung und an der Vorbereitung des Bandes beteiligt waren. Insbesondere ist hier das Team des Lehrstuhls Zivilrecht IX der Universität Bayreuth zu nennen.

Christina Möllnitz
Martin Schmidt-Kessel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Thomas Riehm</i>	
Verträge über digitale Dienstleistungen	1
<i>Christina Möllnitz</i>	
Gebrauchüberlassung digitaler Inhalte	17
<i>Wiebke Voß</i>	
Regulierung von Social Media-Anbietern durch Qualitätsstandards	31
<i>Malte Kramme</i>	
Qualitätsanforderungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie an Online-Suchmaschinen	57
<i>Moritz Hennemann</i>	
Qualität von Video-Sharing-Plattformen	77
<i>Martin Schmidt-Kessel/Christina Möllnitz</i>	
Qualität von Bewertungsportalen	95
Autorenverzeichnis	111

Verträge über digitale Dienstleistungen¹

Thomas Riehm

I. Einleitung

Der Beitrag behandelt die rechtliche Einordnung von Verträgen über digitale Dienstleistungen nach dem Inkrafttreten der §§ 327 ff. BGB. Er beschränkt sich dabei auf entgeltliche Verträge über digitale Dienstleistungen, bei denen die vom Kunden geschuldete Gegenleistung in Geld besteht, klammert also unentgeltliche Verträge und Verträge, bei denen der Verbraucher anstelle einer monetären Gegenleistung personenbezogene Daten überlässt, aus.

II. „Servicification“ digitaler Inhalte und die §§ 327 ff. BGB

I. „Servicification“ digitaler Inhalte

Die fortschreitende Digitalisierung immer weiterer Lebensbereiche und die damit einhergehende ubiquitäre Verfügbarkeit des Internets bringt auch die sogenannte „Servicification“ mit sich, also die Entwicklung, dass an die Stelle von physischen digitalen Produkten zunehmend Dienstleistungen treten. Musik und Filme werden nicht mehr in Form körperlicher Datenträger gekauft, nicht einmal mehr als Download erworben; stattdessen verfügen Nutzer über ein Abonnement bei einem Streaming-Anbieter. Auch Software wird zunehmend nicht mehr vollständig lokal auf den Endgeräten der Verbraucher installiert, sondern enthält zahlreiche Funktionen, die letztlich auf Servern des Anbieters in der Cloud ablaufen, beispielsweise die Spracherkennung von Diktaten oder die Recherche in Lexika. Teilweise läuft Software (etwa Videokonferenzsysteme oder Online-Spiele) sogar nur noch im Webbrowser und setzt gar keine lokale Installation mehr voraus. Und selbst das Speichern von Daten wie etwa eigene Fotos oder Videos wird in die Cloud ausgelagert, anstatt die Daten auf eigenen physischen Datenträgern zu sichern.

¹ Der Beitrag ist textidentisch in RD 2022, 209 veröffentlicht. Für ergänzende Recherchen danke ich meinem wiss. Mitarbeiter Herrn *Malte Leithäuser*.

Insgesamt lässt sich damit konstatieren, dass in Bezug auf digitale Güter Dienstleistungen einen immer wichtigeren Anteil der Vertragsgegenstände darstellen.² Anbieter haben zudem ein starkes Interesse daran, möglichst selbst die Hoheit über jeden einzelnen Nutzungsvorgang der Anwender zu behalten. Das ermöglicht nutzungsbezogene Bezahlmodelle z. B. in Form von Abonnements, die sich für Anbieter als lukrativer erweisen können als Kaufmodelle. Zudem führen solche Nutzungskonzepte dazu, dass Aktualisierungen einfacher durch die Anbieter auf ihren eigenen Systemen vorgenommen werden können. Sie sind weder darauf angewiesen, dass die Anwender Updateprozesse selbst auf Ihren Geräten anstoßen, noch bedarf es eines Fernzugriffs auf diese Geräte. Zu guter Letzt erleichtert die „Servicification“ auch die Nutzung der Dienste auf mehreren Geräten, was modernen Nutzererwartungen entgegenkommt, die auf einen problemlosen Zugriff über dieselben Inhalte auf Smartphone, Tablet und PC gerichtet sind.

Mit der „Servicification“ ändern sich auch die Vertragsinhalte: Der Fokus liegt nicht mehr auf der einmaligen Übertragung eines Programms bzw. einer Audio- oder Videodatei per Datenträger oder Download, sondern auf der dauerhaften Bereitstellung einer Server-Infrastruktur, die den stetigen Abruf des Programms oder der Audio- oder Videodateien im Wege des Streaming bzw. der Software as a Service ermöglicht; das kann selbst dann gelten, wenn die (dauerhafte oder zeitlich beschränkte) Abrufmöglichkeit gegen eine Einmalzahlung „gekauft“ wird. An die Stelle des Kaufs von Büchern oder Zeitschriften in Papierform oder als E-Book-Datei tritt der Betrieb von Online-Datenbanken, also wiederum die Bereithaltung einer Server-Infrastruktur sowie der laufende Betrieb der Datenbank-Software und die Pflege und ggf. Weiterentwicklung (Ergänzung, Aktualisierung) der Inhalte. Ebenso werden nicht mehr Datenträger für Backups verkauft, sondern Cloud-Speicherplatz bereitgestellt, um die Sicherheitskopien dort zu hinterlegen; auch hier schuldet der Anbieter anstelle eines physischen Produkts den dauerhaften Betrieb einer Server-Infrastruktur, um laufend die Anfragen der Anwender hinsichtlich der Speicherung oder des Abrufs der gesicherten Daten beantworten zu können.

Viele Leistungen in der digitalen Welt sind auch als Mischungen zwischen einer einmaligen lokalen Installation digitaler Inhalte und einer dauerhaften Ergänzung durch digitale Dienstleistungen konzipiert. So kann lokal installierte Software mit der Anbindung an eine Speicher-Cloud oder mit mehr oder weniger essenziellen Online-Zusatzfunktionen verbunden werden. Beispiele sind insoweit die Ergänzung von Microsoft 365 durch den Cloud-Speicherdienst OneDrive und durch Online-RechercheFunktionen, die Koppelung lokal installierter

² Dazu auch *Schmidt-Kessel* K&R 2014, 475 ff.; *Gsell* ZUM 2018, 75 (80); *Kumkar* ZfPW 2020, 306 (313 f.).

Sprachassistenten-Software mit serverbasierter Spracherkennung oder ein lokal installiertes Spiel mit online-basierter Multiplayer-Funktionalität. Gleiches kann aber auch für „passive“ digitale Inhalte wie E-Books, Musik oder Filme gelten, wenn die zur Darstellung erforderliche Software vor der Wiedergabe die lizenzrechtliche Berechtigung des Nutzers online nachprüft.

Allen genannten Beispielen ist gemeinsam, dass ein zentrales Element der Leistung des Anbieters darin besteht, eine Server-Infrastruktur einschließlich der darauf laufenden Software dauerhaft in Betrieb und mit dem Internet verbunden zu halten, damit die Anwender darauf zugreifen können. Technisch betrachtet ist der Anbieter verpflichtet, fortlaufend Computer zu betreiben, die entsprechende Anfragen von Geräten der Anwender stets in vertragskonformer Weise beantworten. Dies setzt eine konstante Aktivität des Anbieters in Gestalt des Betriebs von Rechenzentren (bzw. der Inanspruchnahme entsprechender Kapazitäten bei Drittanbietern) und der entsprechenden Software einschließlich deren Wartung voraus. Diese Pflicht kann als typusprägendes Element digitaler Dienstleistungen identifiziert werden.³

Der damit stetig ansteigenden praktischen Bedeutung digitaler Dienstleistungen stand bis Ende 2021 ein irritierendes Schweigen des Vertragsrechts gegenüber, das hierfür keine wirklich passenden Vertragstypen und Gewährleistungsregeln vorsah: Der Mietvertrag ist nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB bisher auf die Gebrauchsgewährung an einer „Mietsache“ beschränkt (anders nun § 548a BGB), erfasst also keine Überlassung unkörperlicher Gegenstände und erst recht keine Dienstleistungen. Für unkörperliche Gebrauchsüberlassungen kommt bisher nur der Pachtvertrag in Betracht, der nach § 581 Abs. 1 S. 1 BGB jeden „Gegenstand“ betreffen kann. Dieser ist mit dem Fokus auf den Genuss der Früchte und die ordnungsmäßige Wirtschaft mit dem Pachtgegenstand allerdings nicht für die typischen Verträge über digitale Dienstleistungen konzipiert. Der Werkvertrag kann zwar auch unkörperliche Werke betreffen, bezieht sich aber seiner ursprünglichen Konzeption nach auf die punktuelle Herstellung eines bestimmten Werkes, nicht auf die dauerhafte Bereitstellung von digitalen Leistungen wie etwa Serverkapazitäten oder Software im Netz. Der Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) ist zwar hinsichtlich der vertragscharakteristischen Leistungspflicht hinreichend offen gestaltet, um jegliche digitale Dienstleistungen zu umschreiben; da das deutsche Dienstvertragsrecht allerdings kein Gewährleistungsrecht enthält, also weder Mängel der Dienstleistung noch deren Rechtsfolgen regelt, war auch dieses in seiner bisherigen Ausgestaltung für ein modernes Recht digitaler Dienstleistungen ungeeignet.

³ Die teilweise ebenfalls erforderliche urheberrechtliche Lizenz ist für die vertragstypologische Einordnung der Leistungspflicht nach zutreffender Auffassung unerheblich (*Schmidt-Kessel* K&R 2014, 475 [477]; a. A. *Sattler* CR 2020, 145 [150 Rn. 42]; *Lejeune* ITRB 2021, 87 [89]) und bleibt daher im Folgenden außer Betracht.

2. Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen in den §§ 327 ff. BGB

Die gesetzliche Ausgangslage hat sich allerdings durch die Umsetzung der DIDRL in den §§ 327 ff. BGB fundamental geändert. Die einleitende Vorschrift des § 327 I 1 BGB hebt – wie bereits der Titel der Richtlinie – ausdrücklich hervor, dass digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen gleich zu behandeln sind; beide gemeinsam bilden die „digitalen Produkte“, auf welche die §§ 327 ff. BGB nahezu⁴ einheitlich anzuwenden sind.⁵ Nicht nur in praktischer Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf die deutsche Vertragstypologie überrascht dies allerdings, weil diese streng zwischen Verträgen über Dienstleistungen einerseits und Verträgen über die (dauerhafte oder vorübergehende) Überlassung von Sachen oder anderen Gegenständen andererseits unterscheidet. Insbesondere im Gewährleistungsrecht, das von den §§ 327 ff. BGB vorrangig geregelt wird, bestehen erhebliche Unterschiede im deutschen Vertragsrecht, die sich in den §§ 327 ff. BGB nicht wiederfinden. Das gilt insbesondere für den Dienstvertrag der §§ 611 ff. BGB, der gar kein spezifisches Gewährleistungsrecht enthält, was ihn deutlich von den gegenstandsbezogenen Regelungen des Kauf- und Mietvertragsrechts, aber auch vom dienstleistungsbezogenen Werkvertragsrecht unterscheidet. Durch die §§ 327 ff. BGB, die ein vertragstypenübergreifendes Gewährleistungsrecht für digitale Produkte vorsehen, schwindet jedenfalls im Verkehr mit Verbrauchern die Bedeutung der vertragstypologischen Einordnung für die Anwendbarkeit gewährleistungsrechtlicher Normen.⁶ Den möglichen Rückwirkungen, die dies auf die vertragstypologische Einordnung digitaler Dienstleistungen hat, soll im Folgenden nachgegangen werden.

§ 327 I 1 BGB differenziert zwischen „digitalen Inhalten“ und „Dienstleistungen“. Digitale Inhalte sind nach § 327 II 1 BGB „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden“, während digitale Dienstleistungen nach § 327 II 2 BGB Dienstleistungen sind, „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 Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen.“ Eine genaue Unterscheidung ist nach diesen Definitionen kaum trennscharf möglich.⁷ Wenn bei Verträgen über digitale Inhalte „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden“, Vertragsgegenstand sind, bei

⁴ Zu den wenigen Ausnahmen: BeckOGK BGB/*Fries*, 01.01.2022, § 327 Rn. 13.

⁵ Einführend etwa *Kramme* RDt 2021, 20 ff.; *Wendehorst* NJW 2021, 2913 ff.; *Spindler* MMR 2021, 451 ff.; *Riehm/Abold* CR 2021, 530 ff.

⁶ S. auch *MüKoBGB/Metzger*, 9. Aufl. 2022, Vor §§ 327 ff. Rn. 19.

⁷ Ebenso *Sattler* CR 2020, 145 (Rn. 15); *Wendehorst* in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling*-

solchen über digitale Dienstleistungen die Ermöglichung des Zugangs zu Daten in digitaler Form, und zugleich nach § 327b III BGB Daten „bereitgestellt“ sind, sobald der digitale Inhalt dem Verbraucher zugänglich gemacht worden ist, überschneiden sich beide Definitionen: Wenn der Unternehmer dem Verbraucher den Zugang zu Daten ermöglicht, liegt zugleich eine Bereitstellung digitaler Inhalte als auch eine digitale Dienstleistung in Gestalt der Bereitstellung selbst vor.⁸

Die exklusive Abgrenzung beider Begriffe ist anhand des im Vordergrund stehenden Inhalts der vertraglichen Leistungspflicht vorzunehmen.⁹ Soll der Verbraucher den Inhalt selbst zur dauerhaften Verfügung erhalten (insbesondere auf sein Gerät herunterladen), liegt ein Vertrag über einen digitalen Inhalt vor, bei welchem die Bereitstellung der Daten lediglich eine untergeordnete dienende Funktion hat, die dem Verbraucher den Download ermöglicht. Sollen die digitalen Inhalte dagegen nicht zur freien Verwendung auf dem Gerät des Verbrauchers gespeichert werden, sondern für jede Verwendung immer wieder erneut von Servern des Unternehmers abgerufen werden müssen (wie etwa bei Streaming-Verträgen), so liegt der Schwerpunkt des Vertrags auf der (dauerhaften) Bereitstellung der Inhalte durch den Unternehmer, also auf der Aufrechterhaltung der Infrastruktur für einen ständigen Zugang des Verbrauchers zu den Inhalten; mithin liegt eine digitale Dienstleistung vor. Für eine solche Abgrenzung sprechen auch die Beispiele, die in Erwägungsgrund 19 der DIDRL für digitale Dienstleistungen erwähnt sind: „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“, sind alle dadurch gekennzeichnet, dass der Schwerpunkt des Vertrages nicht darin liegt, dem Kunden digitale Inhalte zur freien Verfügung auf seinem Gerät zu überlassen.

III. Vertragstypologische Einordnungen im BGB

Die Vielgestaltigkeit der Verträge über digitale Dienstleistungen verbietet eine einheitliche vertragstypologische Zuordnung. Dementsprechend besteht in der Literatur ein weitgehender Konsens dahingehend, dass es sich in der Regel um gemischttypische Verträge handelt, die Elemente unterschiedlichster Vertragstypen vereinen. Durch die §§ 327 ff. BGB wird die Bedeutung der vertragstypo-

Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 111 (115); MüKoBGB/Metzger, § 327 Rn. 8.

⁸ Sattler CR 2020, 145 (Rn. 17); s. dazu auch *Wendland ZVglRWiss* 118 (2019), 191 (206 ff.).

⁹ S. zu Abgrenzungsansätzen *Wendland ZVglRWiss* 118 (2019), 191 (200 ff.); MüKoBGB/Metzger, § 327 Rn. 8.

logischen Einordnung jedenfalls für den Verbraucherverkehr erheblich reduziert, weil wesentliche Fragen des Gewährleistungsrechts vertragstypenübergreifend einheitlich geregelt werden. Für Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 327 ff. BGB, insbesondere B2B-Verträge, bleibt die Abgrenzungsproblematik allerdings bestehen. Und auch im B2C-Verkehr verdrängen die §§ 327 ff. BGB nicht jegliche vertragstypenspezifische Regelung, sondern nur jene, deren Anwendbarkeit durch die §§ 453 I 2, 475a, 516a, 578b, 650 II-IV BGB ausgeschlossen ist, sodass die typologische Einordnung nach wie vor relevant bleibt.¹⁰

Wie bereits unter I.1. herausgearbeitet, besteht das wesentliche Element vieler digitaler Dienstleistungen darin, dass der Anbieter sich nach dem Inhalt des Vertrages verpflichtet, eine Server-Infrastruktur dauerhaft zu betreiben und mit dem Internet verbunden zu halten, um die Anfragen der Benutzer bzw. ihrer Endgeräte jederzeit zu beantworten. Bei vielen Verträgen über digitale Dienstleistungen ist dieses Element typusprägend, etwa beim Betrieb von Online-Datenbanken oder von SaaS-Plattformen (Software as a Service); aber auch beim Video- und Audio-Streaming, beim Webhosting und bei Cloud-Speicherdiensten handelt es sich um ein zentrales Element der Vertragspflichten des Anbieters.

1. Mietrecht

Häufig werden derartige Verträge als Verträge über die Gewährung des Zugangs zu oder der Nutzung von digitalen Inhalten beschrieben und in der Folge als Mietverträge bzw. als mietähnliche Verträge qualifiziert.¹¹ Dies wird insbesondere für das Filehosting (auch in der Cloud) und das Webhosting vielfach vertreten, weil dort gewissermaßen „Speicherplatz“ vermietet sei.¹² Nach der Rechtsprechung sind aber auch Verträge über Application Service Providing (ASP) mietvertraglich zu qualifizieren;¹³ konsequenterweise müsste das auch für andere Formen des Cloud-Computing gelten,¹⁴ etwa Platform as a Service-Ver-

¹⁰ *Wendehorst* NJW 2021, 2913 (2913); zur Bedeutung der vertragstypologischen Einordnung *Gansmeier/Kochendörfer* ZIPW 2022, 1 (19 ff.).

¹¹ S. nur *Faust* in Deutscher Juristentag (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, A 53 ff.; wohl auch für die Zukunft davon ausgehend: *Schreier* in Schreiber (Hrsg.), Digitale Angebote, 2022, § 4 Rn. 36; BeckOGK BGB/H. *Schmidt*, 01.01.2022, § 535 Rn. 247; *Kroschwald/Tonner* in Brönneke/Föhlich/Tonner (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2022, § 8 Rn. 13.

¹² *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 1207; *Cichon*, Internet-Verträge, 2. Aufl. 2005, Rn. 184 ff.

¹³ BGH NJW 2007, 2394 Rn. 12 ff., dessen Verständnis der Umsetzungsgesetzgeber zugrunde gelegt hat, vgl. Regierungsbegründung zum DIDRL-Umsetzungsgesetz, BT-Drs. 19/27653, 84; krit. dagegen *Kirn/Müller-Hengstenberg* NJW 2017, 433 (435).

¹⁴ So etwa *Schmidt-Kessel* K&R 2014, 475 (479); *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm u. a.* GPR 2016, 54 (62); für gemischttypischen Vertrag mit kauf-, miet-, werk- und dienstvertraglichen

träge¹⁵ oder Online-Spiele¹⁶, sowie für das Audio- oder Videostreaming¹⁷. Zwar setzt nach dem bisherigen § 535 Abs. 1 S. 1 BGB eine „Mietsache“ voraus, an der es bei digitalen Inhalten fehlt. Gleichwohl wurde schon nach bisherigem Recht auf zahlreiche Verträge über digitale Dienstleistungen das Mietrecht entweder unmittelbar im Hinblick auf den Datenträger, auf welchem die digitalen Inhalte gespeichert sind,¹⁸ oder zumindest analog auf die Software selbst angewendet.¹⁹ Nach dem neuen § 548a BGB sollen die Vorschriften über die Miete von Sachen auf die Miete digitaler Produkte entsprechend angewendet werden, sodass diese Beschränkung des Anwendungsbereichs des Mietrechts wegfallen wird.

Gleichwohl bleiben Zweifel hinsichtlich der Anwendung des Mietrechts auf derartige digitale Dienstleistungen. Diese sind zunächst terminologischer Art, da eine „Miete von Dienstleistungen“, wie sie durch § 548a BGB eingeführt wird, irritierend anmutet;²⁰ begrifflich liegt die Anwendung des Dienstvertragsrechts auf Dienstleistungen näher. Jenseits der vordergründigen Zweifel bestehen aber auch inhaltlich erhebliche Bedenken gegen eine mietvertragliche Qualifikation. Denn die Gebrauchsüberlassung (als Zugangs- bzw. Nutzungsgewährung hinsichtlich physischer Gegenstände) unterscheidet sich fundamental von der „Zugangsgewährung“ bei digitalen Inhalten.²¹ Bei physischen Gegenständen setzt diese i. d. R. nur eine einmalige Handlung des Vermieters (z. B. Schlüsselübergabe) voraus, im Übrigen nur das Unterlassen einer Störung während der weiteren Vertragslaufzeit. Der Vermieter schuldet im Hinblick auf die Gebrauchsüberlassung keine weitere kontinuierliche Aktivität; auch die Gebrauchserhaltungspflicht (§ 535 I 2 a. E. BGB) erfordert in aller Regel lediglich punktuell eingreifen zur Beseitigung von Mängeln oder anderen Störungen. Die „Zugangsgewährung“ zu digitalen Inhalten setzt dagegen den fortlaufenden Betrieb einer Infrastruktur

Elementen: *Petzinka*, Die Rechte und Pflichten der Parteien eines Cloud-Computing-Vertrags bei Mangelhaftigkeit der Cloud-Dienste, 2020, 77 ff.; *Heydn* MMR 2020, 435 (438); v. *d. Bussche/Schelinski* in *Leupold/Wiebe/Glossner* (Hrsg.), IT-Recht, 4. Aufl. 2021, Teil 2.2, Rn. 77.

¹⁵ *Kaulartz*, Cloud Computing und Vertragsrecht, 2015, 87 ff.

¹⁶ *Diegmann/Kuntz* NJW 2010, 561 (562); *Psczolla*, Onlinespielrecht, 2008, 89 f.; für Werkvertrag *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1270; für typengemischten Vertrag mit miet- und werkvertraglichen Elementen *Picot* in *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 29 Rn. 38.

¹⁷ Für Mietrecht insoweit *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1241; für Werkvertrag *Petzinka*, Die Rechte und Pflichten der Parteien eines Cloud-Computing-Vertrags, 93 f.

¹⁸ BGH NJW-RR 1993, 178 zur stundenweisen Nutzung eines Großrechners; BGH NJW 2007, 2394 zum Application Service Providing (ASP).

¹⁹ *Redeker* (o. Fußn. 12), Rn. 1232.

²⁰ Dies erkennt *Schreier* in *Schreiber* (Hrsg.), Digitale Angebote, § 2 Rn. 109, akzeptiert den unpassenden Wortlaut allerdings mit Verweis auf den gesetzgeberischen Willen.

²¹ Das verkennen etwa *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75 (78) im Hinblick auf den ASP-Vertrag.

voraus. Die Server müssen fortlaufend mit Strom versorgt und mit dem Internet verbunden gehalten werden. Die zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Dienstleistungen erforderlichen Serverdienste müssen betrieben werden, damit diese jederzeit Anfragen der Kunden bzw. ihrer Geräte beantworten. Nach der erstmaligen Einräumung des Zugangs erfordern digitale Dienstleistungen in aller Regel daher ein aktives Tun des Anbieters, nicht lediglich – wie bei der typischen Miete – das Unterlassen und ggfs. Beheben von Zugangsstörungen.

Plastisch wird der Unterschied bei der Insolvenz des Anbieters: Wird der Vermieter einer Immobilie insolvent, bleibt der faktische Zugang der Mieter zu ihren Wohnungen oder Gewerberäumen unberührt. Die „Leistung“ des Vermieters, den Gebrauch der Mietsache zu gewähren, wird nicht beeinträchtigt. Die Insolvenz des Vermieters wirkt sich allenfalls auf ausbleibende Reparaturmaßnahmen im Rahmen der Gebrauchserhaltungspflicht aus, nicht aber auf die grundlegende Gebrauchsüberlassung. Ganz anders liegt dies bei digitalen Dienstleistungen. Wird der „Vermieter“ von File- oder Webspace, einer Cloud-Infrastruktur, von Software as a Service oder eines Streamingangebots insolvent, kann er seine Stromrechnung nicht mehr bezahlen und daher seine Leistung insgesamt nicht mehr weiter erbringen, weil er die Kosten für den fortlaufenden Serverbetrieb nicht mehr aufbringen kann.

Am Beispiel von Streamingangeboten zeigt sich dies deutlich: Die „Nutzungsgewährung“ bedeutet zunächst nur, dass die Server des Anbieters so konfiguriert werden, dass sie auf Anfragen des (authentifizierten) Nutzers hin die jeweils angefragten digitalen Inhalte ausspielen. Das kann auf einzelne Titel oder das gesamte Angebot bezogen sein und zeitlich befristet oder unbefristet erfolgen. Einen tatsächlichen Zugang zu den Inhalten in der Weise, dass er sie eigenmächtig nutzen könnte, hat der Kunde dadurch nicht. Diese ergibt sich erst daraus, dass der Anbieter die Server tatsächlich während der vertraglich vereinbarten Nutzungsdauer mit ausreichender Kapazität betreibt und mit dem Internet bei hinreichender Verbindungsgeschwindigkeit verbunden hält. Mit einer „Miete“ der Inhalte hat dies nur wenig gemeinsam. Anders wird dies, wenn die Inhalte tatsächlich zum Download auf Geräte des Anwenders bereitstehen und von dort abgespielt werden können. Erst dann hat der Nutzer tatsächlich eine eigenständige Gebrauchsmöglichkeit, die von aktiven Handlungen des Anbieters unabhängig ist, ist ihm also der Gebrauch der digitalen Inhalte überlassen worden. § 327b BGB spiegelt diesen Unterschied wider, indem die Vorschrift zwischen dem „Zurverfügungstellen“ digitaler Inhalte in Absatz 3 und der „Zugangverschaffung“ zu digitalen Dienstleistungen in Absatz 4 unterscheidet.²² Ersteres entspricht der Gebrauchsüberlassung beim Mietvertrag, zweiteres nicht.

²² Dazu *Petzinka*, Die Rechte und Pflichten der Parteien eines Cloud-Computing-Vertrags, 97 f.

Dass zusammen mit der Gebrauchsüberlassung bei Mietverträgen häufig auch Leistungen mit dauerhaftem Versorgungscharakter geschuldet sind (z. B. Strom, Wasser oder Heizung), die ein ständiges Tätigwerden des Vermieters zur Aufrechterhaltung der Versorgung erfordern, führt nicht dazu, dass solche Leistungen typusprägend für den Mietvertrag wären. Vielmehr wären solche Leistungen, wenn sie den alleinigen Vertragsgegenstand bilden, kaufvertraglich zu qualifizieren,²³ sodass sie für den Mietvertrag offensichtlich nur untergeordnete typenfremde Nebenleistungen sind.

Auch inhaltlich passt das Mietrecht nicht uneingeschränkt auf Verträge über digitale Dienstleistungen. Zwar sind die Vorschriften über die Gebrauchserhaltungspflicht (§ 535 Abs. 1 S. 2 a. E. BGB) und die ordentliche (§ 580a III BGB) und die außerordentliche Kündigung (§ 543 BGB) durchaus passend. Schon bei der Minderung fragt sich allerdings, ob deren Eintritt ipso iure, wie in § 536 BGB vorgesehen, eine angemessene Rechtsfolge ist, oder ob nicht ein Vorrang der Nacherfüllung vor der Minderung wie im Kauf- oder Werkvertragsrecht jedenfalls bei nachholbaren digitalen Dienstleistungen passender wäre. Ebenso zweifelhaft ist die Angemessenheit der verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung für anfängliche Mängel der Mietsache nach § 536a Abs. 1 Alt. 2 BGB, die im praktischen Ergebnis dazu führen würde, dass der Anbieter unabhängig von einem Vorwurf der Fahrlässigkeit für jegliche Mangelfolgeschäden beim Kunden aufgrund eines Softwarefehlers einzustehen hätte. Im Hinblick auf Sicherheitslücken, deren Existenz i. d. R. unvermeidlich ist, deren Ausnutzung durch böswillige Dritte allerdings ein großes Schadensrisiko birgt, scheint die Garantiehaftung unangemessen. Zumindest einer rechtspolitischen Überprüfung müsste auch die Verpflichtung des Kunden zur Zahlung einer Entschädigung bei verspäteter Rückgabe der Mietsache nach § 546a BGB unterzogen werden. Gänzlich unangemessen erscheinen die Regelungen zur Untervermietung, insbesondere das Sonderkündigungsrecht des Mieters bei Verweigerung der Erlaubnis zur Untervermietung (§ 540 I 2 BGB). Die Anzeigepflicht des Mieters beim Entdecken von Mängeln (§ 536c BGB) mit der Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruchs des Vermieters gegen den Mieter sowie des Verlustes des Minderungsrechts, des Schadensersatzanspruchs und des Rechts zur außerordentlichen Kündigung erscheint ebenfalls in der Sache unangemessen. Die Anwendbarkeit dieser Regelung wird daher (ebenso wie §§ 536, 536a BGB) durch § 578b I 1 Nr. 1 BGB für Verbraucherverträge über digitale Dienstleistungen ausgeschlossen; für B2B-Verträge blieben sie aber anwendbar.

²³ MüKoBGB/Westermann, BGB, 8. Aufl. 2019, § 433 Rn. 11.

2. Werkvertragsrecht

Teilweise werden Verträge über digitale Dienstleistungen auch als Werkverträge qualifiziert, weil der Anbieter einen Erfolg in Gestalt der Erreichbarkeit seiner Dienste schulde.²⁴ Dies kommt auch im neuen § 650 Abs. 1 Nr. 2 BGB zum Ausdruck, der von der Möglichkeit ausgeht, dass digitale Dienstleistungen auch in Gestalt von Werkverträgen erbracht werden können. Eine solche Qualifikation könnte für einen einzelnen Download in Betracht gezogen werden, wenn man den Fokus auf das Downloadergebnis beim Kunden legt;²⁵ näher dürfte allerdings in diesem Fall ein Kaufvertrag liegen, bei dem der Download die „Übergabe“ des digitalen Inhalts ersetzt.²⁶ Gleiches gilt für den Einmal-Abruf eines Audio- oder Videostreams.²⁷ Für alle längerfristigen Verträge über digitale Dienstleistungen passt das Werkvertragsrecht allerdings kaum, weil es den Dauerschuldcharakter derartiger Verträge nicht hinreichend abbildet. Vielmehr ist das Werkvertragsrecht primär für Verträge gestaltet, die einen einmaligen Erfolg zum Ziel haben, die Herstellung des Werks. Wenn dieses fertiggestellt ist, wird es abgenommen und die Erfüllungsphase des Vertrages ist beendet. Diese Grundstruktur passt nicht auf digitale Dauerdienstleistungen. So sieht z. B. das Werkvertragsrecht kein für Dauerschuldverhältnisse konzipiertes ordentliches Kündigungsrecht vor, sondern lediglich das allgemeine Kündigungsrecht nach § 648 BGB, dessen Rechtsfolge (voller Entgeltanspruch des Unternehmers abzüglich ersparter Aufwendungen) auf digitale Dienstleistungen nicht passt.

Denkbar wäre allenfalls eine Einordnung als atypischen Werkvertrag in Gestalt eines Dauerschuldverhältnisses, das auf die Erbringung von Werkleistungen über einen bestimmten Zeitraum ausgerichtet ist.²⁸ Einen solchen nimmt die Rechtsprechung etwa bei Verträgen über Reinigungsleistungen an, die in einem bestimmten Zeitraum immer wieder zu erbringen sind.²⁹ In diesen Fällen trifft es zwar zu, dass für die einzelne Reinigungsleistung das Werkvertragsrecht die angemessenen Rechtsfolgen bereithält. Für die Kündigung des Gesamtvertrages passt das Werkvertragsrecht allerdings nicht uneingeschränkt: Zwar kann die außerordentliche Kündigung nicht nur über § 314 BGB (oder § 622 BGB), sondern auch über § 648a BGB abgewickelt werden, ohne dass sich die Voraussetzungen

²⁴ MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 433 Rn. 11.

²⁵ S. die Nachweise bei *Cichon* (o. Fußn. 12), Rn. 954 ff., die selbst von einem Kaufvertrag ausgeht.

²⁶ So auch *Redeker* (o. Fußn. 12), Rn. 1240; *Cichon* (o. Fußn. 12), Rn. 965 ff.

²⁷ Für Werkvertrag insoweit *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475 (479); *Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54 (62); *Wendland*, ZNglRWiss 118 (2019), 191 (214 f.).

²⁸ Hierfür bei sozialen Netzwerken *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475 (479); offen (Dienst- oder Werkvertrag) insoweit *Metzger*, JZ 2019, 577 (580).

²⁹ BGH NJW 2020, 605.