

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>	
Gebrauchsüberlassung 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 RDi 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 Videodaten 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 Gebrauchsgewährungen 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.