

Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte

Staudinger / Artz

2022

ISBN 978-3-406-77601-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

C. Besondere Vertragskonstellationen, Abgrenzung

gesamten Vertrag beenden (→ Rn. 376). Entsprechendes gilt gemäß § 327m Abs. 4 BGB für den Fall, dass es zur Beendigung des Vertrags wegen mangelhafter Leistung des digitalen Produkts durch den Unternehmer kommt (näher → Rn. 455). In diesen beiden Fällen schlägt die Beendigung des das digitale Produkt betreffenden Vertragsteils auf den anderen Teil des Pakets durch. Entscheidend kommt es darauf an, dass der Verbraucher am anderen Teil des Paketvertrags kein Interesse mehr hat.

III. Verträge über Sachen mit digitalen Produkten und Waren mit digitalen Elementen

Während es bei Paketverträgen nach § 327a Abs. 1 BGB darum geht, dass in einem Vertrag verschiedene Leistungen gebündelt sind, befassen sich die Abs. 2 und 3 mit Verträgen über Sachen bzw. Waren, die digitale Produkte enthalten bzw. mit diesen verbunden sind. **318**

Die Regelung des § 327a Abs. 2 BGB betrifft sämtliche Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit diesen verbunden sind, ist also etwa anwendbar auf die Miete entsprechender Sachen, unabhängig davon, welche Relevanz das digitale Produkt für die gemietete Sache hat. Zu denken ist etwa an die Miete eines Rasenmähers, der mittels einer App auf einem Mobiltelefon gesteuert wird. Die Regelungen der §§ 327 ff. BGB gelten dann aber wiederum nur für das digitale Produkt, mit dem die Sache verbunden ist. Auch auf Kaufverträge findet § 327a Abs. 2 BGB grundsätzlich Anwendung. Es ist aber stets ein wichtiger Ausnahmefall zu beachten: Ist das digitale Produkt beim Kauf einer Ware, also einer beweglichen Sache iSd § 241a BGB, derart mit der Ware verbunden, dass die Ware ihre Funktionen ohne das digitale Produkt nicht erfüllen kann, so handelt es sich um eine „**Ware mit digitalen Elementen**“, bezüglich derer § 327a Abs. 3 BGB die ausschließliche Geltung der kaufrechtlichen Normen anordnet. Zur Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften kommt es, wenn sowohl ein funktionales als auch ein vertragliches Kriterium erfüllt sind: **319**

- **Funktional:** Bei Fehlen der mit der Ware verbundenen digitalen Inhalte oder der digitalen Dienstleistungen könnte die Ware ihre Funktion nicht erfüllen.
- **Vertraglich:** Die digitalen Inhalte oder die digitalen Dienstleistungen werden im Rahmen des Kaufvertrags über die Ware mit digitalen Elementen bereitgestellt.

Andernfalls unterliegt der Vertrag, genauer gesagt der das digitale Produkt betreffende Bestandteil des Vertrags, den §§ 327a ff. BGB. Diese Abgrenzung bildet das Gesetz in den Abs. 2 und 3 des § 327a BGB ab. Hinzuweisen ist noch einmal darauf, dass der Sonderfall des § 327a Abs. 3 BGB nur Kaufverträge betrifft, während Abs. 2 für sämtliche Vertragsgestaltungen gilt. **320**

Im Kaufrecht hat § 327a Abs. 2 BGB einen wichtigen Anwendungsbereich jenseits des Kaufs beweglicher Sachen. Da § 327 Abs. 3 BGB den Verweis in das Verbrauchsgüterkaufrecht auf Waren iSd § 241a BGB und damit auf be- **321**

Kapitel 3. Verbraucherverträge über digitale Produkte

wegliche Sachen beschränkt, gilt für den Kauf von Immobilien § 327a Abs. 2 BGB. Hier kann es durchaus vorkommen, dass der Hauskauf mit der Bereitstellung digitaler Produkte kombiniert wird, Stichwort „**Smart home**“. Zu denken ist an vom Mobiltelefon des Verbrauchers aus ansteuerbare Sicherheitssysteme, Küchengeräte oder Heizungsanlagen. Hier finden dann die Vorschriften zu digitalen Produkten auf diese Systeme Anwendung. Hoch interessant ist die Konstellation, in der das digitale Produkt dann nicht oder mangelhaft bereitgestellt wird, der Verbraucher den Vertrag beendet und dann die Frage aufkommt, ob sich die Immobilie ohne das digitale Element, die ferngesteuerte Alarmanlage, noch zur gewöhnlichen Verwendung eignet. Ist dies zu verneinen, erfasst das Recht zur Beendigung des Vertrags gemäß § 327m Abs. 5 BGB bzw. § 327c Abs. 7 BGB auch den Kaufvertrag über die Immobilie.⁷³⁵

1. Verträge über Sachen mit digitalen Produkten

- 322** Nach Maßgabe von § 327a Abs. 2 BGB finden die Regelungen der §§ 327 ff. BGB Anwendung auf Verbraucherverträge über digitale Produkte, die mit anderen Sachen verbunden oder in solchen enthalten sind, soweit nicht die Ausnahme des Abs. 3 vorliegt. Es kommt im Falle des Abs. 2 nicht darauf an, ob ein einheitlicher Vertrag über die Sache mit digitalen Produkten geschlossen wird oder zwei Verträge vorliegen. Ebenso wenig kommt es darauf an, anders als beim Paketvertrag nach Abs. 1, ob die Vertragsparteien identisch sind. Der Konzeption der §§ 327 ff. BGB entsprechend, kommt es im Anwendungsbereich des § 327a Abs. 2 BGB auch nicht darauf an, ob der Verbraucher die mit der Sache verbundenen digitalen Produkte gekauft, gemietet oder in anderer Weise zur Verfügung gestellt bekommen hat. Es wird durch die Anordnung in § 327a Abs. 2 BGB sichergestellt, dass der durch die neuen Normen über Verträge über digitale Produkte dem Verbraucher gewährte Schutz in jeglicher Konstellation besteht. Die Regelung des § 327a Abs. 2 BGB wird ergänzt resp. gespiegelt durch § 475a Abs. 2 BGB, wo für den Fall des Verbrauchsgüterkaufs festgestellt wird, dass im Hinblick auf die Bestandteile des Vertrags, die die digitalen Produkte betreffen, nicht das Kaufrecht, sondern die §§ 327 ff. BGB anwendbar sind (→ Rn. 144 ff.).
- 323** Kernaussage des § 327a Abs. 2 BGB ist es, dass die Regelungen der §§ 327 ff. BGB auf diejenigen Bestandteile des Vertrags anzuwenden sind, die die digitalen Produkte betreffen. Anwendung finden die neu geschaffenen Regelungen, etwa die Pflicht zur Aktualisierung, somit grundsätzlich nur auf die in der Sache enthaltenen oder die mit ihr verbundenen digitalen Produkte.
- 324** Eine den Paketverträgen ähnliche **Ausnahme** gibt es wiederum im Falle der Vertragsbeendigung wegen Nicht- oder Schlechtleistung. Hier ordnen die §§ 327c Abs. 7 und 327m Abs. 5 an, dass die Beendigung des gesamten Vertrags möglich ist, wenn der Sache infolge des Ausfalls der digitalen Inhalte oder Dienstleistung die **Eignung zur gewöhnlichen Verwendung** abhandelt. Dies ist insbesondere jenseits des Kaufrechts relevant, weil ansonsten im Zweifel ein Fall des § 327a Abs. 3 BGB vorläge. Anders als beim Paketver-

⁷³⁵ Wendehorst JZ 2021, 974 (978); MüKoBGB/Metzger BGB § 327a Rn. 9.

C. Besondere Vertragskonstellationen, Abgrenzung

trag kommt es allerdings hier nicht darauf an, dass der Verbraucher subjektiv sein Interesse an dem anderen Teil verliert, sondern dass der beispielsweise gemieteten Sache objektiv die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung abhandenkommt.

2. Verträge über Waren mit digitalen Elementen

Nach § 327a Abs. 3 S. 1 BGB finden nicht die Regelungen der §§ 327 ff. 325
BGB, sondern **ausschließlich** diejenigen des **Kaufrechts** Anwendung auf **Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen**. Zu beachten ist, dass die Sonderregelung des § 327a Abs. 3 BGB auf Kaufverträge beschränkt ist, während es in den §§ 327 ff. BGB im Allgemeinen nicht darauf ankommt, welchem Vertragstyp des BGB das Geschäft zuzuordnen ist. Weiterhin muss es sich bei dem verkauften Gegenstand um eine Ware iSd § 241a BGB handeln. Verträge über Immobilien sind daher nicht erfasst. Handelt es sich aber um einen Verbrauchsgüterkaufvertrag über eine Ware und liegen die Voraussetzungen des § 327a Abs. 3 S. 1 BGB vor, sind auch die Vorgaben der Warenkaufrichtlinie zu beachten. Niederschlag findet deren Umsetzung vor allem in den §§ 475b und 475c BGB (→ Rn. 147 ff.).

Waren mit digitalen Elementen sind nach der Vorgabe der Richtlinie solche, 326
„die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht erfüllen können“. Hier kommen die oben erwähnten Kriterien zur Abgrenzung zum Tragen, das funktionale und das vertragliche Element. Die Bereitstellung der digitalen Elemente muss Gegenstand des Kaufvertrages sein und den digitalen Elementen muss Relevanz für die Funktionalität der Ware zukommen.

Es geht insbesondere um Geräte, die eine digitale Steuerung oder Bedienung, etwa aus der Ferne durch Nutzung eines anderen Endgeräts wie eines Mobiltelefons, benötigen. Exemplarisch wird ein Rasenroboter genannt, der über eingebettete Software verfügt und nur gemeinsam mit einer Steuerungs-App für das Mobiltelefon des Verbrauchers sowie einem Nutzerkonto des Verbrauchers in der Cloud des Herstellers all seine vertraglich geschuldeten Funktionen bietet.⁷³⁶ Ob der Verkäufer selbst oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt, ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Wichtig ist, dass die Bereitstellung des digitalen Elements Gegenstand der Verpflichtung aus dem Kaufvertrag ist. Das digitale Element muss allerdings nicht bereits bei Vertragsschluss enthalten sein, sondern kann auch später übertragen werden.⁷³⁷ 327

In § 327a Abs. 3 S. 2 BGB findet sich eine Vermutungsregel, deren Inhalt 328
allerdings nicht missverstanden werden darf. Es wird lediglich vermutet, dass beim Kauf einer Ware mit digitalen Elementen, also im Falle des Abs. 3 S. 2, der Verkäufer auch die Bereitstellung der digitalen Elemente zu erbringen hat. Der Unternehmer muss beim Verkauf solcher Waren also beweisen, dass übli-

⁷³⁶ Wendehorst JZ 2021, 974 (978).

⁷³⁷ MüKoBGB/Metzger BGB § 327a Rn. 11.

Kapitel 3. Verbraucherverträge über digitale Produkte

che digitale Elemente, etwa Anwendungen auf einem Endgerät, ausnahmsweise nicht geschuldet sind.⁷³⁸

- 329** Diese Vermutung hat aber nichts mit der Entscheidung zu tun, ob überhaupt ein Vertrag über Waren mit digitalen Elementen vorliegt, also der Anwendungsvorrang des Kaufrechts gilt. § 327a Abs. 3 S. 2 BGB bestimmt somit **nicht**, dass es sich bei Kaufverträgen über Sachen, die mit digitalen Elementen verbunden sind oder solche enthalten, im Zweifel um einen Kaufvertrag über Waren mit digitalen Elementen handelt und somit im Zweifel für den ganzen Vertrag das Kaufrecht zur Anwendung kommt.⁷³⁹ Diesbezüglich bedarf es stets der Prüfung und Einordnung, die, wie sich nachfolgend zeigen wird, nicht einfach zu vollziehen ist.
- 330** Im Kern geht es bei § 327a Abs. 3 S. 1 BGB und der Parallelvorschrift des § 475 Abs. 2 BGB darum festzustellen, ob die Ware ihre Funktionen auch ohne das Vorhandensein der digitalen Produkte erfüllen kann. Ist dem so, findet § 327 Abs. 2 BGB Anwendung, andernfalls ist das Kaufrecht einschlägig, insbesondere §§ 475b und 475c BGB.
- 331** Hinsichtlich der diesbezüglich vorzunehmenden Abgrenzung besteht ebenso große Meinungsvielfalt wie Unsicherheit, da der Begriff der „**Funktionen**“ im Gesetz nicht konkretisiert wurde. Es wird diskutiert, ob an die relevanten Funktionen der Ware bestimmte Anforderungen zu stellen sind. Ist jede Funktion der Ware relevant und ausreichend oder sind nur wesentliche Grundfunktionen der Ware in die Beurteilung einzubeziehen?⁷⁴⁰
- 332** Der Wortlaut der Vorschrift spricht dafür, dass es schlicht darum geht, ob bei Fehlen eines digitalen Produkts die Ware ihre Funktionen bzw. eine ihrer Funktionen nicht erfüllen kann. Insofern bedürfte es keiner Differenzierung zwischen unterschiedlichen Funktionen der Ware.⁷⁴¹ Teilweise wird aber darauf abgestellt, dass eine Ware durchaus auch unter Verzicht auf das digitale Element genutzt werden kann, die Verfügbarkeit des digitalen Produkts allein zusätzliche Möglichkeiten der Nutzung, weitere Funktionen biete. Plakativ mag man sich auf den Standpunkt stellen, dass ein Auto auch ohne digitales Navigationsgerät, Fahrerunterstützungssystem, wie einen adaptiven Tempomat, einen Überhol- oder Kurvenassistenten, Spurassistenten, eine Einparkhilfe oder etwa die digitale Wegfahrsperre funktioniert.⁷⁴²
- 333** Entscheidend dürfte es aber darauf ankommen, dass Gegenstand des Vertrags nicht ein analoges, herkömmliches Produkt ist, sondern eine Ware, die mit einem digitalen Element verbunden ist und dadurch zusätzlich Funktionen bietet. Ob diese nun eine Relevanz haben, die Grundvoraussetzung für das Funktionalisieren der Ware sind oder nur einzelne Anwendungen ermöglichen, ist nicht entscheidungserheblich. Mit anderen Worten: Der Verbraucher, der einen Neuwagen mit einer bestimmten Ausstattung kauft, möchte auf diese vereinbarten Funktionen zugreifen und es genügt nicht, dass der Wagen auch ohne das digi-

⁷³⁸ Rieländer GPR 2021, 257 (260).

⁷³⁹ So aber offenbar Bittner VuR 2022, 9 (11); Giebler DAR 2021, 673 (674).

⁷⁴⁰ Für eine Differenzierung sprechen sich aus: Lorenz NJW 2021, 2065 (2070); Dubovitskaya MMR 2022, 3; Heydn CR 2021, 709 (712).

⁷⁴¹ Wilke VuR 2021, 283 (286).

⁷⁴² Heydn CR 2021, 709 (712).

D. Modalitäten der Bereitstellung

tale Zubehör in Bewegung zu setzen ist. Dies dürfte auch der Verkehrsanschauung entsprechen.⁷⁴³ Dies führt freilich dazu, dass § 475a Abs. 2 BGB bedeutungslos ist.⁷⁴⁴ Dies sollte aber insbesondere vor dem Hintergrund der auf diesem Wege gewonnenen Rechtsicherheit hingenommen werden. § 327a Abs. 2 BGB spielt dann im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts keine Rolle.

Hinsichtlich des Kaufvertrags über ein Auto wird oftmals die durchaus naheliegende Frage in den Mittelpunkt gestellt, ob das Navigationssystem als digitales Produkt eine wesentliche Funktion des Fahrzeugs erfüllt. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um eine vom Verbraucher erwartete Funktion der Ware, so dass die Voraussetzungen des § 327a Abs. 3 S. 1 BGB erfüllt und allein die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts anwendbar sind. Es ist in diesem Zusammenhang aber ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen. Auf die Frage, ob das Navigationsgerät eine wesentliche Funktion eines modernen Autos darstellt, kommt es in der Regel nicht an, da das Fahrzeug an anderer Stelle Software beinhaltet, die für die Grundfunktion des Wagens, das Fahren, notwendig ist – etwa eine Motorsteuerungssoftware. Vor diesem Hintergrund ist das Auto ohnehin und unabhängig vom Navigationsgerät als Ware mit digitalen Inhalten zu qualifizieren.⁷⁴⁵ Abzustellen ist auf die Ware, nicht auf eine einzelne Funktion.

§ 327a Abs. 3 S. 1 BGB schließt die Anwendung der §§ 327 ff. BGB für den gesamten Vertrag aus und ordnet die Wirkung des § 475b Abs. 2 BGB für den gesamten Vertrag bzw. die Ware als solche an, so dass auch eine ggf. nicht funktionswesentliche Navigationssoftware nach kaufrechtlichen Gewährleistungsnormen zu beurteilen ist.

Weil die meisten technischen Geräte „embedded Software“ besitzen, die ihre grundlegenden Funktionen steuern, dürften die überwiegenden Kaufverträge unter den Begriff „Ware mit digitalen Elementen“ zu subsumieren sein. Der Fernseher muss also nicht zwingend ein Smart-TV mit vorinstallierten Anwendungen sein, um als Ware mit digitalen Elementen zu gelten, sondern es reicht bereits, wenn eine schlichte Bedienssoftware vorhanden ist.

D. Modalitäten der Bereitstellung

I. Bereitstellung digitaler Produkte

Den Unternehmer trifft die vertragliche Hauptleistungspflicht, die digitalen Produkte bereitzustellen.⁷⁴⁶ § 327b BGB regelt insbesondere die Leistungszeit

⁷⁴³ MüKoBGB/Metzger BGB § 327a Rn. 12; Rieländer GPR 2021, 257 (260).

⁷⁴⁴ So auch Rieländer GPR 2021, 257 (260); Faust, Stellungnahme zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-RL vom 30.11.2020, 12, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/839228/267c5fd4597d62ff4809270dd5322e86/stellungnahme-faust-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.3.2022); enger Gansmeier/Kochendörfer ZfPW 2022, 1 (14).

⁷⁴⁵ So auch Felsch/Kremer/Wagener MMR 2022, 18.

⁷⁴⁶ Weiler SchuldR AT § 36 Rn. 11; BT-Drs. 19/27653, 47: „wichtigste Vertragspflicht des Unternehmers“.

und die Voraussetzungen für die Erfüllung der Bereitstellungspflicht des Unternehmers, also die Art und Weise, wie die digitalen Produkte dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen sind.⁷⁴⁷ Durch diese Regelung wird Artikel 5 der Richtlinie umgesetzt.⁷⁴⁸ Es handelt sich um die zentrale Leistungspflicht des Unternehmers, die allerdings nicht durch § 327b BGB bestimmt wird.⁷⁴⁹ Der Gegenstand der Leistungspflicht des Unternehmers ergibt sich aus dem abgeschlossenen Vertrag, flankiert durch die Regelungen zu dem jeweiligen Vertragstyp, dem der Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen entspricht.⁷⁵⁰

338 § 327b Abs. 1 BGB stellt klar, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen der Leistungspflicht eines Unternehmers, der im Rahmen eines Verbrauchervertrags digitale Produkte bereitzustellen hat, aus den folgenden Absätzen der Norm sowie aus den folgenden Vorschriften ergeben. Es handelt sich insbesondere um die **Leistungszeit** und die **Art und Weise der Leistungserbringung**. So normiert Abs. 2, zu welchem Zeitpunkt der Unternehmer das digitale Produkt bereitzustellen hat, was Bedeutung für die Haftung des Unternehmers nach §§ 327c ff. BGB hat. Ferner bestimmen Abs. 3 und 4 näher, wann der Unternehmer die Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Inhalts (Abs. 3) oder einer digitalen Dienstleistung (Abs. 4) erfüllt hat. Abs. 5 regelt, dass die Abs. 2–4 für jede einzelne Bereitstellung gelten, wenn der Unternehmer zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen verpflichtet ist. Schließlich bestimmt Abs. 6 eine Abweichung der Beweislastregelung aus § 363 BGB zu Lasten des Unternehmers.

339 Anders als zB § 433 BGB begründet § 327b Abs. 1 BGB keine Leistungspflichten des Unternehmers, sondern setzt diese voraus.⁷⁵¹ Alle anderen zivilrechtlichen Probleme, wie etwa, ob die Bereitstellung unmöglich ist, bleiben von der Norm unberührt.⁷⁵² Die Leistungspflicht des Unternehmers wird durch einen individuellen Vertrag mit dem Verbraucher begründet.⁷⁵³ Hierbei wurde insbesondere nicht auf einen speziellen Vertragstypen abgestellt, sondern auf den Vertragsgegenstand.⁷⁵⁴ So kann es sich bei dem Vertrag um einer der Vertragsarten des Abschnittes 8 handeln oder um einen nicht typisierten Vertrag („sui generis“).⁷⁵⁵ Unterschieden werden aber zwei Grundmodelle von Verträgen über digitale Inhalte und Dienstleistungen, zum einem Verträge über eine einmalige Bereitstellung und zum anderen Verträge über eine dauerhafte Bereitstellung. Die Unterscheidung spielt insbesondere mit Blick auf die Haftung und die Verpflichtung zur Bereitstellung von Aktualisierungen eine wesentliche Rolle.⁷⁵⁶

⁷⁴⁷ BT-Drs. 19/27653, 47.

⁷⁴⁸ BT-Drs. 19/27653, 47.

⁷⁴⁹ MüKoBGB/Metzger BGB § 327b Rn. 1.

⁷⁵⁰ MüKoBGB/Metzger BGB § 327b Rn. 2.

⁷⁵¹ BT-Drs. 19/27653, 47.

⁷⁵² Spindler MMR 2021, 451 (453).

⁷⁵³ BT-Drs. 19/27653, 47.

⁷⁵⁴ Weiß ZVertriebsR 2021, 208 (208).

⁷⁵⁵ BT-Drs. 19/27653, 47.

⁷⁵⁶ Riehm/Abold CR 2021, 530 (531); Schrader NZV 2021, 19 (24).

II. Leistungszeit für die Bereitstellung

Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, bestimmt § 327b Abs. 2 BGB den Zeitpunkt für die Erfüllung der Bereitstellungspflicht des Unternehmers.⁷⁵⁷ Danach kann der Verbraucher die Bereitstellung des digitalen Produkts **unverzüglich nach dem Vertragsschluss** verlangen und der Unternehmer darf sofort bereitstellen.⁷⁵⁸ **340**

Der Begriff „unverzüglich“, der auch in der Richtlinie zu finden ist, ist autonom zu interpretieren. Er ist dementsprechend nicht mit dem der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB iSv „ohne schuldhaftes Zögern“ gleichzusetzen.⁷⁵⁹ Die Richtlinie geht davon aus, dass, da die meisten digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellt werden, der Unternehmer keine zusätzliche Zeit für die Bereitstellung benötigt und daher der Begriff „unverzüglich“ als „sofort“ verstanden werden kann (Erwägungsgrund 61 Digitale-Inhalte-RL). Dem Gedanken ist der deutsche Gesetzgeber auch gefolgt, indem er davon ausging, dass in der Regel im Webkontext die Bereitstellung durch eine automatisch generierte Abwicklung erfolgen dürfte.⁷⁶⁰ Sofern dies nicht der Fall ist und eine sofortige Bereitstellung nach den objektiven Umständen nicht möglich ist, wird dies auch noch als unverzüglich zu verstehen sein können. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Richtlinie, anderes als in § 121 Abs. 1 S. 1 BGB nicht von einem subjektiven Verschuldenselement ausgeht.⁷⁶¹ Der Verbraucher kann somit in der Regel die Erfüllung der Bereitstellungspflicht sofort verlangen. Der Unternehmer kann ebenso sofort und nicht nur unverzüglich leisten.⁷⁶² Durch die sofortige Leistung des Unternehmers darf der Verbraucher allerdings nicht in die Bedrängnis gebracht werden, zur Unzeit Aktivitäten entfalten zu müssen, etwa einen Inhalt zur Nachtzeit herunterzuladen.⁷⁶³ Die Annahmeverweigerung führt in einem solchen Fall nicht zum Verzug der Annahme. **341**

Den Mechanismus des Vertragsschlusses lässt die Richtlinie unberührt; dies wird weiterhin den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten überlassen.⁷⁶⁴ Es gelten die allgemeinen Bestimmungen in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung des Bestellprozesses.⁷⁶⁵ Digitale Inhalte oder digitale Dienstleistung müssen in der Regel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in der neusten verfügbaren Version bereitgestellt werden.⁷⁶⁶ Welche Rechte dem Verbraucher bei einer verspäteten Bereitstellung oder Nichtleistung durch den **342**

⁷⁵⁷ BT-Drs. 19/27653, 48.

⁷⁵⁸ Stierle IPRB 2021, 66 (68).

⁷⁵⁹ Großzügiger MüKoBGB/Metzger BGB § 327b Rn. 3.

⁷⁶⁰ Kipker/Walkusz RD 2021, 30 (31); Buchmann/Panfilii K&R 2022, 73 (76).

⁷⁶¹ Überzeugend Fervers NJW 2021, 3681 (3683).

⁷⁶² MüKoBGB/Metzger BGB § 327b Rn. 4.

⁷⁶³ Zutreffend MüKoBGB/Metzger BGB § 327b Rn. 4.

⁷⁶⁴ BT-Drs. 19/27653, 48.

⁷⁶⁵ BT-Drs. 19/27653, 48.

⁷⁶⁶ Schneider ITRB 2021, 182 (187).

Unternehmer zustehen, regelt § 327c BGB (→ Rn. 363 ff.). Der mangelhaften Leistung widmen sich alsdann die §§ 327e ff. BGB.

III. Bereitstellung eines digitalen Inhalts oder einer digitalen Dienstleistung

343 In § 327b Abs. 3 und 4 wird der Begriff der „**Bereitstellung**“ des digitalen Produkts näher erläutert.⁷⁶⁷ Die Vorschriften regeln, wann die Bereitstellung eines digitalen Inhaltes oder einer digitalen Dienstleistung als erfüllt anzusehen ist. Damit wurde Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie umgesetzt, der für die Bereitstellung zwischen digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen unterscheidet.⁷⁶⁸ Dieser Differenzierung folgend, wurde die geschuldete Leistungshandlung in zwei separaten Absätzen geregelt. Welche Leistungshandlung konkret erforderlich ist und wann mithin Erfüllung nach § 362 BGB eintritt, ist somit abhängig davon, ob der Vertrag digitale Inhalte (Abs. 3) oder eine digitale Dienstleistung (Abs. 4) zum Gegenstand hat.⁷⁶⁹

1. Bereitstellung digitaler Inhalte

344 **Digitale Inhalte** sind bereitgestellt, wenn der digitale Inhalt oder die geeigneten **Mittel** für den Zugang zu diesem oder das Herunterladen des digitalen Inhalts dem Verbraucher unmittelbar oder mittels einer von ihm hierzu bestimmten Einrichtung **zur Verfügung gestellt** oder **zugänglich gemacht** worden ist (vgl. § 327b Abs. 3 BGB). Es bestehen somit zwei Varianten für die Bereitstellung digitaler Inhalte.

345 Was genau unter dem „Mittel“ zu verstehen ist, das zugänglich gemacht oder zur Verfügung gestellt werden soll, stellt § 327b Abs. 3 BGB nicht klar. Der Begriff soll als „Übermittlung“ und technologieneutral zu verstehen sein.⁷⁷⁰ Es kann somit der digitale Inhalt selbst zur Verfügung gestellt werden oder ein Mittel, das wiederum in einem digitalen Inhalt bestehen kann, der dann den Zugriff auf einen weiteren, den geschuldeten digitalen Inhalt ermöglicht.⁷⁷¹ Der Unternehmer hat somit einen gewissen Spielraum bei der Wahl des Mittels zur Bereitstellung des digitalen Inhalts.⁷⁷² Entscheidend kommt es darauf an, dass der Verbraucher eine eigenständige Zugriffsmöglichkeit bekommt.⁷⁷³ In Betracht kommen auch mit dem digitalen Inhalt bestückte schlichte Datenträger, die dem Verbraucher übergeben werden. Wenn die digitalen Inhalte etwa auf einer Plattform oder bei einem Cloud-Dienst zur Verfügung gestellt werden, muss der Verbraucher diese Einrich-

⁷⁶⁷ BT-Drs. 19/27653, 48.

⁷⁶⁸ BT-Drs. 19/27653, 48.

⁷⁶⁹ Stierle IPRB 2021, 66 (68).

⁷⁷⁰ MüKoBGB/Metzger BGB § 327b Rn. 6.

⁷⁷¹ BT-Drs. 19/27653, 48 f.

⁷⁷² BT-Drs. 19/27653, 48.

⁷⁷³ MüKoBGB/Metzger BGB § 327b Rn. 8.