

# Digital Assets und Recht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Hans-Jörg Fischer,  
FOM Hochschule, Mannheim

und

Prof. Dr. Esther Bollhöfer,  
FOM Hochschule, Mannheim

Bearbeitet von

Prof. Dr. habil. Matthias Amort; Prof. Dr. Esther Bollhöfer;  
Prof. Dr. Jan-Friedrich Bruckermann; Prof. Dr. Hans-  
Jörg Fischer; Prof. Dr. Marcus Helfrich; Prof. Dr. Jens M.  
Schmittmann; Marcel Supernok-Kolbe, LL.M.;  
Prof. Dr. Wolfram Heinrich Wirbelauer

Alle im Buch verwendeten Begriffe verstehen sich geschlechterneutral. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet – entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat lediglich redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

**Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8005-1864-7

**dfv** Mediengruppe

© 2024 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main  
[www.ruw.de](http://www.ruw.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druck: Beltz Grafische Betriebe GmbH, 99947 Bad Langensalza

Printed in Germany

**Vorwort der Herausgeber**  
**Digital Assets im deutschen Recht – Rechtsfortbildung am**  
**Beispiel einer neuen technologischen Entwicklung**

Digital Assets sind aus aktuellen Diskussionen über die Zukunft der Wirtschaft und des Wirtschaftens kaum noch wegzudenken. Groß und vielversprechend scheinen die Potenziale, die sich offenbaren. Zudem passen sie perfekt zu der allgemeinen Wahrnehmung, dass die Digitalisierung zu langsam umgesetzt wird.

Als Basis dient das Blockchain-Verfahren zur Schaffung von virtuellen Einheiten, kurzgefasst Digitale Werte oder Kryptowerte, die als Zahlungsmittel verwendet oder mit anderen Wirtschaftsgütern unterlegt werden. Der Umgang hiermit prägt unsere Gesellschaft und das tägliche Leben, aber auch die wissenschaftliche Literatur auf vielen Gebieten bereits heute. Kryptowerte bestimmen das Leben der Menschen, mit zunehmenden Innovationen auf dem Gebiet der KI wird diese Entwicklung noch mehr Schwung aufnehmen. Angesichts der rasanten technischen Entwicklung sind viele Ausgestaltungen nicht oder nur unzureichend rechtlich erfasst und beschrieben worden – das Recht „hinkt“ der Technik „wieder einmal“ hinterher. Demzufolge werfen digitale Werte in zahlreichen Rechtsgebieten, so im Zivil-, Zwangsvollstreckungs-, Insolvenz-, Technik-, Datenschutz-, Sozial-, Aufsichts-, Straf- und Steuerrecht neue Fragen und Probleme auf.

Dieser Sammelband hat es sich zur Aufgabe gemacht, das Phänomen von digitalen Wirtschaftsgütern aus verschiedenen rechtlichen Perspektiven zu beleuchten und den Versuch einer Orientierung und rechtlichen Einordnung der zahlreichen Varianten zu wagen. Den Herausgebern ist bewusst, dass hierbei z. T. Neuland betreten wird und zukünftige Entwicklungen nur unzureichend abzuschätzen sind – dies macht die Herangehensweise zu einer spannenden, aber auch herausfordernden Aufgabe.

Ob es um Steuerfragen bei der Schaffung von Kryptowerten, um den Handel damit oder um spezielle Erscheinungsformen wie nicht übertragbare Kryptowerte (NFT) geht, jede Variante dieser Werte kann für Transaktionen verwendet werden, bei denen ein Gewinn erzielt werden kann. Gerade bei NFT mit den als Content unterlegten Unikaten stellen sich vielfältige rechtliche und technische Fragen, die einer gründlichen Aufarbeitung bedürfen. Ein weiteres Thema ist die Frage, inwieweit der Verbraucherschutz beim Handel mit digitalen Produkten gewährleistet werden kann. Dem Schutz des Verbrauchers, aber auch von Kapitalanlegern und Investoren vor Irreführung und Täuschung bei Digital Assets dient das Aufsichtsrecht, das erst kürzlich auf europäischer Ebene durch eine europäische Verordnung geregelt wurde.

## Vorwort der Herausgeber

Ein anderer relevanter Aspekt ist das Spannungsfeld zwischen staatlichen Aufgaben zur Aufsicht, Verbraucherschutz und Verbrechensbekämpfung bei Digital Assets einerseits und dem Datenschutz andererseits. Im Fokus dieses Bandes steht weiterhin die Frage, wie Digital Assets in ihrer Eigenschaft als nichtkörperliches Wirtschaftsgut im Rahmen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder im Insolvenzverfahren behandelt werden. Schließlich werden auch die rechtliche Einordnung von Digital Assets bei der missbräuchlichen Verwendung durch Kriminelle zur Geldwäsche erörtert und Lösungsansätze diskutiert.

Im Rahmen der nachfolgenden Beiträge werden die beteiligten Autoren Fragen zu Digital Assets im Recht jeweils aus den genannten unterschiedlichen Blickwinkeln erörtern. Die Herausgeber erhoffen sich, durch die Beschäftigung mit dieser Thematik innovative und zukunftsweisende Denkanstöße zur Rechtsfortbildung in einer immer stärker durch technologische Innovationen geprägten Gesellschaft zu geben.

Die Herausgeber danken ihren engagierten Autoren aus dem KCW Kompetenzzentrum für Wirtschaftsrecht der FOM Hochschule sowie dem Verlag für die zügige Umsetzung des vorliegenden Werkes.

Mannheim, im September 2023

Die Herausgeber

*Hans-Jörg Fischer*

*Esther Bollhöfer*

## Bearbeiterverzeichnis

- Prof. Dr. habil. Matthias Amort* Professor für Wirtschaftsrecht, FOM Hochschule Düsseldorf und Essen
- Prof. Dr. Esther Bollhöfer* Professorin für Wirtschaftsrecht, insbesondere IT-Recht, FOM Hochschule Mannheim; Wissenschaftliche Leiterin des Kompetenzzentrum für Technologie- und Innovationsmanagement (KCT)
- Prof. Dr. Jan-Friedrich Bruckermann* Professor für Sozial- und Gesundheitsrecht, FOM Hochschule Köln; Rechtsanwalt in Köln
- Prof. Dr. Hans-Jörg Fischer* Professor für Wirtschafts- und Steuerrecht, FOM Hochschule Mannheim; Wissenschaftlicher Leiter des Kompetenzzentrum für Wirtschaftsrecht (KCW) und Sprecher des Hochschulbereichs Wirtschaft & Recht der FOM Hochschule. Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und Fachanwalt für Steuerrecht in München und Mannheim; Mitherausgeber des *Fischer/Pellmann/Schoch*, Kommentar zum Hinweisgeberschutzgesetz
- Prof. Dr. Marcus Helfrich* Professor für Wirtschaftsrecht, FOM Hochschule München; Rechtsanwalt in Rosenheim; Mitherausgeber eines Handbuchs zum betrieblichen Datenschutz, Co-Autor eines Kommentars zu DS-GVO und BDSG; Herausgeber einer Textausgabe zum Datenschutzrecht mit ausführlicher Einführung
- Prof. Dr. Jens M. Schmittmann* Professor für ABWL, Wirtschafts- und Steuerrecht, FOM Hochschule Essen; Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht, für Handels- und Gesellschaftsrecht und für Steuerrecht, Essen; Mitglied des Senats für Anwaltssachen des Bundesgerichtshofes
- Marcel Supernok-Kolbe, LL.M. (Essen)* Vereinigung Baden-Württembergische Wertpapierbörse e.V., Stuttgart, Lehrbeauftragter FOM Hochschule Stuttgart
- Prof. Dr. Wolfram Heinrich Wirbelauer* Professor für Arbeitsrecht, FOM Hochschule Frankfurt; Rechtsanwalt in Frankfurt



## Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort der Herausgeber</b> .....	V
<b>Bearbeiterverzeichnis</b> .....	VII
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XV

### Kapitel 1

#### Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

A. Einleitung .....	1
B. Überblick zu zentralen Regelungen .....	2
I. Transformation unionaler Vorgaben .....	2
II. Kein eigener Vertragstyp .....	3
III. Vertragsgegenstand .....	4
IV. Gegenleistung des Verbrauchers .....	7
V. Aktualisierungspflicht des Unternehmers .....	11
C. Mängelgewährleistung .....	25
I. Überblick .....	25
II. Abweichende Vereinbarungen .....	25
III. Praxisbeispiele und Rechtsprechung .....	26
D. Fazit und kritische Würdigung .....	38
Literaturverzeichnis .....	39

### Kapitel 2

#### NFTs als neues Geschäftsmodell für Softwareanbieter – eine rechtlich-technische Analyse

A. Einleitung .....	43
B. NFTs und Besonderheiten .....	45
I. Was sind NFTs? .....	45
II. Technischer Hintergrund .....	46
III. Kryptowerte .....	51
IV. Rechtlicher Hintergrund .....	52
C. Geschäftsmodelle Software .....	57
I. Geschäftsmodell (betriebswirtschaftlich) .....	57
II. Lizenzmodelle .....	59
D. Lösungsansatz NFT .....	63
I. Konzept .....	63
II. Rechteübergang und Einsatz des Smart Contracts .....	64
E. Ergebnis .....	65
Literaturverzeichnis .....	66

Inhaltsverzeichnis

**Kapitel 3**  
**Datenschutz – ein Begriff auch für Digital Assets?**

A. Einleitung . . . . .	72
I. Datennutzung . . . . .	72
II. Demokratiedefizit . . . . .	73
III. Konkrete Lösungsansätze . . . . .	75
IV. Rechtsgrundlage in den Menschenrechten . . . . .	76
B. Ausgangslage: Datenleaks und Datenmissbrauch geraten regel- mäÙig in Vergessenheit. . . . .	78
I. Cambridge Analytica. . . . .	78
II. Deutsche Post . . . . .	79
III. Tesla-Datenmissbrauch . . . . .	79
IV. Elektrofahrzeuge unter besonderer Berücksichtigung von Tesla. . . . .	80
V. Kochava Inc. . . . .	84
VI. Genomanalyse . . . . .	84
VII. Fitnesstracker. . . . .	85
VIII. ePA. . . . .	85
IX. Notwendigkeit einer Änderung der Datenschutzstrategie. . . . .	86
C. Kann eine Partizipation der Urheber durch verpflichtende Wert- zumessung für jede Art generierter Digitalinformationen (Digital Assets) den Datenschutz garantieren? . . . . .	87
I. Information der Urheber . . . . .	87
II. Digital Assets. . . . .	89
III. Effekt der Finanzkalkulation: Eindämmung der Datenabrufe. . . . .	91
IV. Internationales Vorgehen. . . . .	92
D. Zusammenfassung . . . . .	92
Literaturverzeichnis . . . . .	93

**Kapitel 4**  
**Die Besteuerung von Digital Assets**

A. Einführung . . . . .	98
B. Begriffsbestimmungen . . . . .	99
I. Allgemeines. . . . .	99
II. Kryptowährungen, Currency Token . . . . .	103
III. Utility Token . . . . .	104
IV. Security Token. . . . .	104
V. Sonderfall: Non-Fungible Token (NFT) . . . . .	105
C. Besteuerung . . . . .	107
I. Allgemeines. . . . .	107
II. Kryptowährungen, Currency Token . . . . .	111

III. Utility Token .....	117
IV. Security Token .....	118
V. Non-Fungible Token (NFT) .....	121
D. Durchführung der Besteuerung .....	127
I. Allgemeines .....	127
II. Das Plattformen-Steuertransparenzgesetz .....	129
III. Entwurf der 8. Amtshilferichtlinie der EU (DAC 8) .....	131
IV. Blockchain-basierte Unterstützung bei umsatzsteuerlichen Reihengeschäften in der EU .....	133
V. Steuerstrafrechtliche Fragen .....	134
VI. Überlegungen für eine rechtssichere Besteuerung von Digital Assets .....	136
E. Schlussbetrachtung und Ausblick .....	137
Literaturverzeichnis .....	139

**Kapitel 5**  
**Digitale Assets im Erbfall**

A. Einleitung .....	146
B. Vererbbarkeit digitaler Werte .....	146
C. Anspruch auf Zugangsdaten .....	148
D. Ansprüche Dritter .....	150
I. Einwilligung .....	151
II. Vertragserfüllung .....	151
III. Erfüllung einer Rechtspflicht, Schutz lebenswichtiger Interessen, Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse oder Ausübung öffentlicher Gewalt .....	151
IV. Wahrnehmung eines berechtigten Interesses .....	151
V. Zwischenergebnis .....	152
E. Folgerungen für die Praxis .....	152
Literaturverzeichnis .....	154

**Kapitel 6**  
**Digital Assets in Zwangsvollstreckung und Insolvenz**

A. Einleitung .....	157
B. Rechtsrahmen .....	158
I. Europarechtliche Regelungen .....	158
II. Regelungen im deutschen Recht .....	162
C. Digital Assets in der Zwangsvollstreckung .....	165
I. Vollstreckungsrechtliche Einordnung von Digital Assets .....	165
II. Zwangsvollstreckung in Digital Assets .....	167

## Inhaltsverzeichnis

D. Digital Assets in der Insolvenz.....	172
I.  Insolvenzantragsverfahren.....	172
II. Insolvenzverfahren.....	174
E. Fazit.....	185
Literaturverzeichnis.....	186

### **Kapitel 7**

#### **Der Proof of Stake unter der Markets in Crypto-Assets Regulation**

A. Einleitung.....	191
B. Technologische Grundlagen.....	192
C. Allgemeiner Regelungsinhalt der Markets in Crypto-Assets Regulation.....	194
D. Übersicht und Einordnung der Konsensusmechanismen.....	197
I.  Der „Proof of Work“-Mechanismus.....	197
II. Der „Proof of Stake“-Mechanismus.....	200
E. Zivilrechtliche Einordnung der Staking-Dienstleistung in Deutsch- land.....	203
F. Finanzaufsichtsrechtliche Einordnung des Stakings in Deutsch- land.....	204
G. Analyse der MiCAR-Anforderungen an den PoS-Mechanismus....	208
H. Organisationale Umsetzungsempfehlungen für CASP.....	210
I. Folgepflichten der CASP nach MiCAR.....	213
J. Fazit und Ausblick.....	214
Literaturverzeichnis.....	214

### **Kapitel 8**

#### **Digital Assets und Geldwäsche**

A. Einleitung.....	217
I.  Praxisrelevanz der Thematik.....	217
II. Methodischer Ansatz der Darstellung.....	219
III. Grundlagen der Geldwäsche.....	219
IV. Makromethodik der Geldwäsche.....	220
V. Kryptowährungen.....	222
B. Internationaler Rechtsrahmen.....	224
C. Europäisches Recht.....	227
D. Nationales Recht, der „Status quo“.....	233
I.  Der Straftatbestand der Geldwäsche.....	233

## Inhaltsverzeichnis

II. Das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG) .....	235
III. Das Geldwäschegesetz .....	238
IV. Die Kryptowerttransferverordnung .....	241
E. Zusammenfassung und Ausblick .....	243
Literaturverzeichnis .....	245



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Abgabeordnung
ART	Asset Referenced Token
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBankG	Bundesbankgesetz
BBP	Betriebswirtschaft im Blickpunkt (Zeitschrift)
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BSIG	Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informations- technik
BTC	Bitcoin

## Abkürzungsverzeichnis

BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
CARF	Crypto-Assets Reporting Framework
CASP	Crypto Asset Service Provider
CB	Compliance Berater (Zeitschrift)
CBDC	Central Bank Digital Currency
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
DAC	Directive on Administrative Cooperation
DAO	Decentralized Autonomous Organizations
DCGK	Deutsche Corporate Governance Kodex
DeFi	Decentralized Finance
ders.	derselbe
DEX	Decentralized Exchanges
dies.	dieselbe/n
DLT	Distributed Ledger Technology
DORA	Digital Operational Resilience Act
DRM	Digital Rights Management
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik (Tagungsband)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStV	Deutscher Steuerverband
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBA	European Banking Authority
ECB	Europäische Zentralbank (European Central Bank)
ECLI	European Case Law Identifier
Ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EMT	E-Money Token
EnEV	Energieeinsparverordnung

## Abkürzungsverzeichnis

EPUB	Electronic Publication
ErbR	Erbrecht (Zeitschrift)
ErbStB	Erbschaft-Steuerberater (Zeitschrift)
ErbStR	Erbschaftsteuer-Richtlinie
ESG	Environmental, Social, Governance
ESMA	European Securities and Markets Authority
EstB	Der Ertrag-Steuerberater (Zeitschrift)
EstG	Einkommensteuergesetz
EstH	Einkommensteuer-Hinweise
et al.	et alii; und andere
etc.	et cetera
ETH	Ethereum
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-MwStSystRL	EU-Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FG	Finanzgericht
FR	FinanzRundschau (Zeitschrift)
FSB	Financial Stability Board
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GPL	General Public License
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis (Zeitschrift)
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungssammlung
h. M.	herrschende Meinung

## Abkürzungsverzeichnis

HD	High Definition
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. e.	im Sinne eines/einer
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ICO	Initial Coin Offering
IEC	International Electrotechnical Commission
IEEE	Institute of Electrical and Electronics Engineers
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (Zeitschrift)
IKS	Internes Kontrollsystem
InTeR	Zeitschrift für Innovations- und Technikrecht
IoT	Internet of Things
IP	Internetprotokoll
IPRB	IP-Rechtsberater (Zeitschrift)
ISO	Internationale Organisation für Normung
ISR	Internationale Steuer-Rundschau (Zeitschrift)
IT	Informationstechnik
ITS	Implementing Technical Standards
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
kbps	kilobits per second
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	litera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

## Abkürzungsverzeichnis

MiCAR	Markets in Crypto-Assets Regulation
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
Mio.	Millionen
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
Mrd.	Milliarde
MüKo	Münchener Kommentar
NCA	National Competent Authorities
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NFT	Non Fungible Token
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
o. g.	oben genannt
OSS	Open Source Software
P2P	Peer-to-Peer-Netzwerk
PC	Personal Computer
PGP	Pretty Good Privacy
PIStB	Praxis Internationale Steuerberatung (Zeitschrift)
PoS	Proof of Stake
PoW	Proof of Work
PSiTG	Plattformen-Steuertransparenzgesetz
RdF	Recht der Finanzinstrumente (Zeitschrift)
RDigital	Recht Digital (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Rn.
RTS	Regulatory Technical Standards
S.	Seite
s.	siehe
S/MIME	Secure/Multipurpose Internet Mail Extensions
s. o.	siehe oben
SC	Smart Contracts

## Abkürzungsverzeichnis

SD	Standard Definition
sog.	sogenannt
SSL	Secure Sockets Layer
StBp	Die steuerliche Betriebsprüfung (Zeitschrift)
STO	Security Token Offering
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
TGE	Token Generation Event
TIN	Tax Identification Number
TLS	Transport Layer Security
u. a.	unter anderem/und andere
u. U.	unter Umständen
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift)
UR	UmsatzsteuerRundschau (Zeitschrift)
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
US	United States
USD	US-Dollar
UStAE	Umsatzsteuer-Anwendungserlass
UStG	Umsatzsteuergesetz
usw.	und so weiter
v.	vom/von
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
XML	Extensible Markup Language
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis

XX

## Abkürzungsverzeichnis

ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht



# Kapitel 1

## Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

### Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Einleitung .....	1	4. Keine Installation durch Verbraucher .....	35
B. Überblick zu zentralen Regelungen .....	2	a) Ausschluss der Haftung des Unternehmers .....	35
I. Transformation unionaler Vorgaben .....	2	b) Voraussetzungen des Haftungsausschlusses .....	36
II. Kein eigener Vertragstyp .....	3	c) Beweislast .....	41
III. Vertragsgegenstand .....	4	C. Mängelgewährleistung .....	42
1. Digitale Produkte .....	4	I. Überblick .....	42
2. Paketvertrag und Vertrag über Sachen mit digitalen Elementen .....	6	II. Abweichende Vereinbarungen .....	43
a) Paketvertrag .....	6	III. Praxisbeispiele und Rechtsprechung .....	44
b) Vertrag über Sachen mit digitalen Elementen .....	7	1. Praxisbeispiele .....	44
3. Art des Vertragsschlusses und Vertriebsweg .....	9	a) Textverarbeitungsprogramme .....	44
4. Maßgeschneiderte, kostenlose und quelloffene Software .....	10	b) Suchmaschinen .....	47
IV. Gegenleistung des Verbrauchers .....	11	c) E-Mail-Programme .....	50
V. Aktualisierungspflicht des Unternehmers .....	19	d) E-Books .....	53
1. Grundlagen .....	19	e) Soziale Netzwerke .....	55
2. Zeitraumbezogene Betrachtungsweise .....	22	f) Video-Streaming .....	58
3. Dauer der Aktualisierungspflicht .....	28	g) Musik-Streaming .....	60
		h) Messenger-Dienste .....	65
		2. Rechtsprechung .....	69
		D. Fazit und kritische Würdigung .....	72

### A. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit dem Verbraucherschutz bei digitalen Produkten, also mit den Vorschriften der §§ 327 bis 327s BGB, die zum 1.1.2022 in Kraft traten. Demgegenüber sind §§ 327t-f. BGB, also Vorschriften zum Rückgriff bei Verträgen zwischen Unternehmern (§ 327u BGB), nicht Gegenstand der Untersuchung. Verbraucherverträge sind gemäß § 310 Abs. 3 BGB Verträge zwischen Verbrauchern (§ 13 BGB) und Unternehmern (§ 14 BGB). Im Folgenden wird zunächst ein Überblick zu zentralen Regelungen gegeben. Sodann widmet sich der Beitrag zwei besonders praxisrelevanten Komplexen, nämlich wichtigen Fragen der Aktualisie-

## **Kap. 1** Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

zung der digitalen Produkte sowie der Mängelgewährleistung. Die Untersuchung endet mit einem Fazit und einer kritischen Würdigung.

### **B. Überblick zu zentralen Regelungen**

#### **I. Transformation unionaler Vorgaben**

- 2 Die §§ 327 bis 327s BGB sind Umsetzungen der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen<sup>1</sup> aus dem Jahr 2019 (im Folgenden „Digitale-Inhalte-Richtlinie“). Die Richtlinie wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021<sup>2</sup> (verkündet am 30.6.2021) in deutsches Recht transformiert. Das übergeordnete Anliegen der Richtlinie besteht darin, zur Verwirklichung eines digitalen Binnenmarkts beizutragen und ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen. Durch die Vereinheitlichung bestimmter Kernbereiche des Vertragsrechts sollen das Verbrauchervertrauen gestärkt und die Rechtssicherheit für Unternehmer erhöht werden.<sup>3</sup> Die Regelungen der Richtlinie und des Umsetzungsgesetzes sollen Anwendung finden auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte), die durch Zahlung eines Preises vergütet werden, sowie auf solche Verträge, bei denen als Gegenleistung eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch den Unternehmer erfolgt.<sup>4</sup> Die Richtlinie ist vollharmonisierend, wie deren Artikel 4 bestimmt: Die Mitgliedstaaten „dürfen in ihrem nationalen Recht keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden Vorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Vorschriften“. Der Gesetzgeber der Europäischen Union (EU) hat den Mitgliedstaaten eine Frist bis zum 1.7.2021 gesetzt; die Vorschriften sind seit dem 1.1.2022 in allen Mitgliedstaaten verbindlich anzuwenden. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Verkündung des Umsetzungsgesetzes am 30.6.2021 die Umsetzungsfrist eingehalten.

---

1 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. Nr. L 136 vom 22.5.2019.

2 BGBl. 2021 I, S. 2123 ff.

3 Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 8.

4 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653 (im Folgenden: „Regierungsentwurf“), S. 23.

**II. Kein eigener Vertragstyp**

Offen lässt die Richtlinie, ob die Mitgliedstaaten für das Recht der digitalen Produkte (digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen) ein Sonderrecht in Form eines eigenen Vertragstyps mit eigenständigen Regelungen schaffen<sup>5</sup> oder ob sie dieses in die bestehenden allgemeinen Regelungen und existierenden Vertragstypen einflechten müssen.<sup>6</sup> Das verwundert nicht, da diese Offenheit in der Umsetzung gerade die Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) von der Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AEUV) abgrenzt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit dem Umsetzungsgesetz für die Integration der Richtlinienvorgaben in die bestehenden gesetzlichen Strukturen entschieden.<sup>7</sup> So heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs: „Die Richtlinie beschreibt gerade keinen einheitlichen Vertragstyp.“<sup>8</sup> Das kann sie auch nicht leisten, da das Zivilrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten durchaus sehr unterschiedlich gestaltet ist. Daher und unter dem Primärziel des Verbraucherschutzes zieht sich die Richtlinie auf das Modell, die Terminologie und die Mechanismen der Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf<sup>9</sup> zurück, die nunmehr durch die Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs<sup>10</sup> (im Folgenden „Warenkaufrichtlinie“) ersetzt wurde.<sup>11</sup> Im Sinn dieses Integrationsansatzes finden sich nunmehr im Bürgerlichen Gesetzbuch spezielle Regelungen zu digitalen Produkten; ein eigener Vertragstyp ist damit aber nicht eingeführt. Dies wäre auch aus systematischen Gründen nicht sinnvoll gewesen, da sich digitale Produkte verkaufen, verschenken, vermieten oder als Werklieferleistung herstellen lassen. Im Einzelnen enthält das Bürgerliche Gesetzbuch nun spezielle Regelungen für den Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte (§ 475a sowie § 453 Abs. 1 Satz 2 und 3), den Verbrauchervertrag über die Schenkung digitaler Produkte (§ 516a), den Vertrag über die Miete digitaler Produkte (§ 578b), den Verbrauchervertrag über digitale Dienstleistungen (§ 620 Abs. 4) sowie den Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte (§ 650 Abs. 2).

<sup>5</sup> So der Vorschlag von Metzger, JZ 2019, 577.

<sup>6</sup> Bittner, VuR 2022, 9.

<sup>7</sup> Bittner, VuR 2022, 9.

<sup>8</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, S. 27.

<sup>9</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. Nr. L 171 vom 7.7.1999, S. 12.

<sup>10</sup> Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. Nr. L 136 vom 22.5.2019, S. 28.

<sup>11</sup> Bittner, VuR 2022, 9, 10.

## **Kap. 1** Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

### **III. Vertragsgegenstand**

#### **1. Digitale Produkte**

- 4 Den Vertragsgegenstand beschreibt § 327 Abs. 1 BGB: „Die Vorschriften dieses Untertitels sind auf Verbraucherverträge anzuwenden, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben. Preis im Sinne dieses Untertitels ist auch eine digitale Darstellung eines Werts.“ Die Vorschrift enthält damit auch eine Legaldefinition für den Begriff der digitalen Produkte. Demgegenüber lässt die Digitale-Inhalte-Richtlinie eine Begriffsklärung vermissen.<sup>12</sup> Während § 327 Abs. 1 BGB nur die gesetzliche Definition des Begriffs der digitalen Produkte enthält, klärt § 327 Abs. 2 BGB die Termini „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistungen“. Demnach sind digitale Inhalte Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden. Digitale Dienstleistungen sind Dienstleistungen, die dem Verbraucher 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 ermöglichen. Digitale Inhalte können z. B. Computerprogramme, Anwendungen, Videodateien, Audiodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher und andere elektronische Publikationen sein. Beispiele für digitale Dienstleistungen sind die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form und der Gewährung eines Zugriffs auf diese, des Weiteren im „Software-as-a-Service“, wie der gemeinsamen Nutzung von Video- oder Audioinhalten und anderen Formen des Datei-Hostings, bei der Textverarbeitung oder Spielen, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien zur Verfügung gestellt werden.<sup>13</sup>
- 5 Digitale Inhalte und Dienstleistungen sind aber oftmals auch mit körperlichen Gegenständen verwoben, z. B. beim Kauf von Software auf einem Datenträger im Gegensatz zur Bereitstellung der Software zum Herunterladen auf ein Endgerät des Kunden, beim Kauf oder Leasing eines Computers mit einer Betriebssoftware oder dem Kauf einer Smart Watch. Hierzu hält das Umsetzungsgesetz zahlreiche Abgrenzungsbestimmungen bereit, z. B. in den §§ 327 Abs. 5, 475a Abs. 1, 516a Abs. 1 Nr. 2, 578b Abs. 1 Satz 3, 650 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 BGB: Die Regelungen der §§ 327 ff. BGB sollen auch gelten, wenn die Bereitstellung der digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger erfolgt. Die Bereitstellungshandlung als solche, die

<sup>12</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, S. 24.

<sup>13</sup> *Bittner*, VuR 2022, 9, 10; weitere Beispiele nennt die Digitale-Inhalte-Richtlinie in Erwägungsgrund Nr. 19.

Übergabe im Rahmen eines Kauf-, Miet- oder Werkvertrags erfolgt nach den Regeln, die für Sachen (Datenträger) gelten, also z.B. über § 433 Abs. 1 BGB, wohingegen bei Nicht- oder Schlechtleistung die Rechtsmittel aus den §§ 327c ff. BGB zur Verfügung stehen.

## 2. Paketvertrag und Vertrag über Sachen mit digitalen Elementen

### a) Paketvertrag

Gemäß § 327a Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Vorschriften auch auf Verbraucherverträge anzuwenden, die in einem Vertrag zwischen denselben Vertragsparteien neben der Bereitstellung digitaler Produkte die Bereitstellung anderer Sachen oder die Bereitstellung anderer Dienstleistungen zum Gegenstand haben (Paketvertrag). Soweit nicht anders bestimmt, sind die Vorschriften jedoch nur auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags anzuwenden, welche die digitalen Produkte betreffen (§ 327a Abs. 1 Satz 2 BGB). Zu denken ist etwa an die Vermietung eines Kraftfahrzeugs mit gleichzeitiger Verpflichtung zur Bereitstellung einer Navigationssoftware.<sup>14</sup> Weitere Beispiele sind die Bereitstellung von Digitalfernsehen in Verbindung mit dem Kauf elektronischer Geräte, von digitalen journalistischen Angeboten in Verbindung mit dem Kauf von Zeitungen oder Zeitschriften, von Fitness-Apps durch den Betreiber eines Fitnessstudios, die Gewährung des Zugangs zu einem geschützten Bereich einer Website für die Besucher eines Festivals, die Bereitstellung einer Smartphone-Anwendung für den Käufer oder den Mieter eines Fahrzeugs oder einer „Smart Home“-fähigen Heizungsanlage.<sup>15</sup> Da § 327a Abs. 1 BGB von „Sachen“ und nicht von „Waren“ spricht, sind nur körperliche Gegenstände im Sinne des § 90 BGB erfasst. Damit können auch Immobilien Bestandteile eines Paketvertrags sein. § 327a Abs. 1 BGB soll verhindern, dass der Unternehmer die Vorgaben der §§ 327 ff. BGB umgehen kann, indem er das digitale Produkt in eine nicht-digitale Leistungsverpflichtung integriert.<sup>16</sup> Die Frage, ob sowohl die nicht-digitale als auch die digitale Leistungsverpflichtung des Unternehmers einem einheitlichen Vertrag im Sinne des § 327a Abs. 1 Satz 1 BGB oder vielmehr mehreren einzelnen Verträgen zwischen den Parteien entspringen, beurteilt sich allein nach den national-rechtsgeschäftlichen Grundsätzen.<sup>17</sup> Von einem einheitlichen Vertrag ist dementsprechend auszugehen, wenn ein Einheit-

<sup>14</sup> Gansmeier/Kochendörfer, ZIPW 2022, 1, 9.

<sup>15</sup> Die Begründung des Regierungsentwurfs nennt auf S. 46 die Beispiele des Smart Car und Smart Home im Kontext von § 327a Abs. 2 BGB; Metzger, in: MüKo BGB, § 327a Rn. 3.

<sup>16</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, S. 46 (zu § 327a Abs. 2 BGB).

<sup>17</sup> Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 12.

## **Kap. 1** Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

lichkeitswille der Parteien oder zumindest einer Partei unter Billigung bzw. Hinnahme dieses Willens durch die andere Partei festgestellt werden kann.<sup>18</sup>

### **b) Vertrag über Sachen mit digitalen Elementen**

- 7 Aus den Paketverträgen greift § 327a Abs. 2 Satz 1 BGB Verträge über Sachen heraus, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind und ordnet ebenfalls die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB (nur) für den digitalen Teil des Vertrags an.<sup>19</sup> Beispiele hierfür sind Smartphones, die gemäß dem Kaufvertrag standardisierte, vorinstallierte Anwendungen haben, wie z. B. eine Alarmfunktion oder eine Kameraanwendung. Weitere Beispiele sind Computer mit einem vorinstallierten Betriebssystem oder die sogenannte Smart Watch. In einem solchen Fall ist der Computer bzw. die Uhr selbst die Kaufsache (als „Ware mit digitalen Elementen“), die ihre Funktionen aber nur mittels der digitalen Anwendungen erfüllen kann. Dem ist auch so, wenn die digitalen Anwendungen vom Verbraucher erst auf den Rechner bzw. das Smartphone heruntergeladen werden müssen bzw. der Verbraucher zunächst einer Lizenzvereinbarung mit einem Dritten zustimmen muss, um die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nutzen zu können. Falls Zweifel an dieser Einordnung bestehen, vermutet § 327a Abs. 3 Satz 2 BGB, dass die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen Teil des Kaufvertrags ist und somit dem Recht des Sachkaufs unterfällt. Dies bringt für den Verbraucher keinen Nachteil, da die Regeln über den Sachkauf für Verbraucher dieselben Rechtsmittel bei einer Schlechtleistung bereithalten, nämlich Nachbesserung, Minderung und Vertragsbeendigung als Gewährleistungsrechte.<sup>20</sup>
- 8 Die in § 327a Abs. 2 Satz 1 BGB umschriebene Konstellation stellt jedoch keine Alternative zu § 327a Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Sofern ein Vertrag über eine Sache im Sinne des § 327a Abs. 2 Satz 1 BGB in Kenntnis des „Enthaltenseins“ eines digitalen Produkts geschlossen wird, hat dieser Vertrag stets die Bereitstellung dieses digitalen Produkts im Sinne des § 327a Abs. 1 Satz 1 BGB (zumindest konkludent) zum Gegenstand. Die Vorschrift des § 327a Abs. 1 Satz 1 BGB verfügt insofern über einen weiteren Anwendungsbereich, als sie das Sacherfordernis nicht enthält und damit – über § 327a Abs. 2 Satz 1 BGB hinausgehend – beispielsweise auch partiell-digitale Werk- oder Dienstleistungskonstellationen (z. B. den Umbau eines Hauses zu einem Smart Home samt Bereitstellung der Software) erfassen kann. Die Kategorie des § 327a Abs. 2 BGB geht dementsprechend richti-

<sup>18</sup> *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1, 9; zum Ganzen m. w. N. *Ellenberger*, in: *Grüneberg*, BGB, § 139 Rn. 5 („miteinander stehen und fallen“).

<sup>19</sup> *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1, 9.

<sup>20</sup> *Bittner*, VuR 2022, 9, 10 f.

gerweise in der des Paketvertrags auf, da andernfalls – dem Grundsatz der Vertragstypenunabhängigkeit zuwiderlaufend – gerade die vertragliche Typologisierung eine Differenzierung begründete. Für ein solches Verständnis spricht ferner ein Blick auf die europarechtlichen Grundlagen: Die Digitale-Inhalte-Richtlinie kennt in Art. 3 Abs. 6 lediglich den Paketvertrag. § 327a Abs. 2 BGB stellt damit eine genuin nationalrechtliche Schöpfung dar, ohne dass ein spezifischer „Modifikationswille“ des – ansonsten bewusst „eins zu eins“ umsetzenden<sup>21</sup> – nationalen Gesetzgebers auch nur angedeutet wäre.<sup>22</sup>

### **3. Art des Vertragsschlusses und Vertriebsweg**

§§ 327 ff. BGB regeln nicht die von den Parteien gewählte Art des Vertragsschlusses und den gewählten Vertriebsweg. Die Vorschriften betreffen also nicht die Frage, ob die Willenserklärungen in körperlicher Anwesenheit der Parteien oder im Wege des Fernabsatzes bzw. Onlinehandels (E-Commerce), einschließlich des Austauschs der Willenserklärungen über Telemedien, abgegeben wurden. Ebenso wenig finden sich in den §§ 327 ff. BGB Regelungen zu Widerrufsrechten mit den Rechtsfolgen der §§ 355 ff. BGB.<sup>23</sup> **9**

### **4. Maßgeschneiderte, kostenlose und quelloffene Software**

§ 327 Abs. 4 und § 650 Abs. 2 BGB stellen klar, dass die Bestimmungen der §§ 327 ff. BGB auch für digitale Produkte gelten, die nach den Spezifikationen des Verbrauchers (z. B. maßgeschneiderte Software) entwickelt werden. Die Regelungen gelten nicht für kostenlose und quelloffene Software, sofern sie nicht gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt und die personenbezogenen Daten der Verbraucher ausschließlich zur Verbesserung der Sicherheit, Kompatibilität oder Interoperabilität der Software verwendet werden (siehe § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB). So sollen Hindernisse für die „Forschung und Innovation auf dem Markt für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen“ vermieden werden.<sup>24</sup> **10**

## **IV. Gegenleistung des Verbrauchers**

Nach § 327 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt als Gegenleistung des Verbrauchers zum einen die „Zahlung eines Preises“ in Betracht. Dieser Preis wird nach Art. 2 Nr. 7 Digitale-Inhalte-Richtlinie definiert als „Geld [...], das im Austausch für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen geschuldet wird.“ Erfasst sind damit Geldzahlungen aller Art, und zwar un- **11**

<sup>21</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, S. 2.

<sup>22</sup> Gansmeier/Kochendörfer, ZIPW 2022, 1, 10.

<sup>23</sup> Bittner, VuR 2022, 9, 11.

<sup>24</sup> Bittner, VuR 2022, 9, 11; Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 32.

## Kap. 1 Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

abhängig vom gewählten Zahlungsmittel. Dabei ist es unerheblich, ob der Verbraucher einmalig einen Geldbetrag oder mehrere Zahlungen schuldet. Auch regelmäßige Zahlungen, etwa monatliche für die Dauer des Vertrags, sind erfasst.<sup>25</sup>

- 12 Zum anderen kommt als Leistung des Verbrauchers gemäß § 327 Abs. 1 Satz 2 BGB die „digitale Darstellung eines Wertes“ in Betracht. Die Formulierung folgt Art. 2 Nr. 7 Digitale-Inhalte-Richtlinie, die unter „Preis“ neben der Geldzahlung auch die digitale Darstellung eines Wertes versteht. Als Beispiele seien elektronische Gutscheine und E-Coupons genannt.<sup>26</sup> Erfasst sind damit auch im Rahmen von Computerspielen erlangte und als Mittel zum Erwerb digitaler Güter eingesetzte Guthaben, Bonuspunkte oder fiktive Währungen.<sup>27</sup> Zudem sind virtuelle Währungen erfasst, „soweit sie nach nationalem Recht anerkannt sind“.<sup>28</sup> Virtuelle Währungen werden von der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) als „digital representation of value“ definiert,<sup>29</sup> was wiederum der englischsprachigen Version der Formulierung „digitale Darstellung eines Wertes“ in Art. 2 Nr. 7 Digitale-Inhalte-Richtlinie entspricht. Die „Anerkennung nach nationalem Recht“<sup>30</sup> erfordert nicht die Anerkennung als gesetzliches Zahlungsmittel im Sinn des § 14 Abs. 1 Satz 2 BBankG<sup>31</sup>. Die verbreiteten virtuellen Währungen, wie z. B. Bitcoins, sind in keinem EU-Mitgliedstaat als gesetzliches Zahlungsmittel anerkannt.<sup>32</sup> Die Regelung würde also ins Leere laufen, verlangte man eine solche Anerkennung. Die Formulierung ist vielmehr als Vorbehalt für einen Ausschluss auf der Ebene des mitgliedstaatlichen Rechts zu verstehen. Die Formulierung wurde als Zugeständnis an diejenigen Mitgliedstaaten aufgenommen, die einer gesetzlichen Anerkennung virtueller Währungen durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie nicht zustimmen wollten.<sup>33</sup> Dies legt eine Auslegung nahe, nach der es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, die Zahlung mit einer virtuellen Währung aus dem Anwendungsbereich der nationalen Umsetzungsvorschriften auszunehmen. Die Gesetzesmaterialien zu § 327 Abs. 1 BGB erwähnen virtuelle Währungen nicht,<sup>34</sup> übernehmen aber die allgemeine Formulierung „digitale Darstellung eines Wertes“. Dies ist so zu

25 Begründung des Regierungsentwurfs, S. 38; Metzger, in: MüKo BGB, § 327 Rn. 14.

26 Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 23.

27 Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, Digital Content Directive, Art. 3 Rn. 32.

28 Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 23.

29 EBA Opinion on ‘virtual currencies’, EBA/Op/2014/8, 11–13.

30 Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 23.

31 Gesetz über die Deutsche Bundesbank (Bundesbankgesetz, BBankG) vom 26.7.1957, BGBl. I, S. 745.

32 EBA Opinion on ‘virtual currencies’, EBA/Op/2014/8, 13.

33 Vgl. Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, Digital Content Directive, Art. 3 Rn. 33.

34 Begründung des Regierungsentwurfs, S. 38.

verstehen, dass die Zahlung mit virtuellen Währungen von der Regelung umfasst ist.<sup>35</sup>

Eine besondere Neuerung und damit eine deutliche Reaktion auf die fortschreitende Digitalisierung stellt § 327 Abs. 3 BGB dar, nach dem die Vorschriften auch auf Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte anzuwenden sind, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich zu deren Bereitstellung verpflichtet. Der Begriff der „personenbezogenen Daten“ wird in Art. 2 Nr. 8 Digitale-Inhalte-Richtlinie nicht gesondert definiert, sondern durch Verweis auf Art. 4 Nr. 1 DSGVO<sup>36</sup> geregelt. Dementsprechend sind personenbezogene Daten „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“. Als identifizierbar wird eine natürliche Person gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO angesehen, die „direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.“ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist hiervon auch die dynamische IP-Adresse erfasst, die der Betreiber einer Webseite anlässlich des Besuchs einer Webseite durch einen Nutzer abspeichert, sofern die zumindest abstrakte Möglichkeit besteht, vom Internetzugangsanbieter (dem sogenannten Access Provider) den Klarnamen herauszuverlangen.<sup>37</sup> Die Preisgabe von Daten kann auch neben die Zahlung eines Preises treten (gemischter Vertrag).

In typischen Fallkonstellationen wird der Verbraucher, der seine personenbezogenen Daten an den Unternehmer übermittelt oder sie von ihm sammeln lässt, in diese Datenverarbeitung einwilligen. Die Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO ist der praktisch wichtigste Rechtsgrund der Datenverarbeitung in entsprechenden Konstellationen. Der Vertragsschluss und die Einwilligung in die Datenverarbeitung werden häufig gleichzeitig vorgenommen. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie und die Gesetzesbegründung zu § 327 Abs. 3 BGB gehen auf diesen typischen Fall ein.<sup>38</sup>

35 Metzger, in: MüKo BGB, § 327 Rn. 14.

36 Datenschutz-Grundverordnung, Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. Nr. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.

37 EuGH, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 – Breyer/Deutschland.

38 Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgründe Nr. 24, 38; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 40; Metzger, in: MüKo BGB, § 327 Rn. 18.

## Kap. 1 Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

- 15 §§ 327 ff. BGB finden keine Anwendung auf Verträge, bei denen der Unternehmer die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen, und sie zu keinem anderen Zweck verarbeitet. Dies ergibt sich aus dem Verweis am Ende von § 327 Abs. 1 i. V. m. § 312 Abs. 1a Satz 2 BGB. In diesen Fällen kann die Preisgabe der Daten nicht als Äquivalent zu einer Leistung des Verbrauchers oder einer Zahlung angesehen werden, sodass die auf entgeltliche Verträge zugeschnittene Haftung des Unternehmers nach den §§ 327 ff. BGB als zu weitgehend erscheint.<sup>39</sup>
- 16 Kommt es zu einem Vertragsschluss, so gelten die allgemeinen Regeln des Schuldrechts in Verbindung mit den Vorschriften des besonderen Teils zu unentgeltlichen Verträgen. Entsprechende Fallgestaltungen sind bei digitalen Produkten in sogenannten „Freemium“-Geschäftsmodellen denkbar, bei denen die Produkte für die Phase der Markteinführung kostenlos angeboten werden und erst später ein Entgelt oder eine Verarbeitung von Daten verlangt wird<sup>40</sup> oder nur die Zusatzprodukte oder die Erweiterungen kostenpflichtig sind, etwa sogenannte „Free to play“-Spiele. Wenn sich das Produkt aus der Sicht eines verständigen Verbrauchers als ein einheitliches, kostenpflichtiges Angebot darstellt, so sind die §§ 327 ff. BGB auf das gesamte Produkt anwendbar; Unternehmer können Produkte nicht künstlich aufspalten, um die Haftung nur auf entgeltliche Zusatzprodukte zu beschränken. Die §§ 327 ff. BGB finden zudem Anwendung, wenn die Datenverarbeitung über das hinausgeht, was zur Erfüllung des Vertrags oder der Rechtspflicht erforderlich ist.<sup>41</sup>
- 17 Das typische Beispiel für die Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Verbraucher sind Cookies. Personenbezogene Daten gelten als „Währung der Digitalisierung“; sie bilden nicht nur ein „wichtiges Geschäftsmodell in der Digitalwirtschaft“,<sup>42</sup> sondern dienen in der Industrie vielen digital automatisierten Prozessen als Steuerungselemente, wie Datenbrillen, Exoskelette usw. Zu den bekannten „Tauschelementen“ Geld oder Ware gegen Ware oder Dienstleistung tritt nun das „Tauschpaar“ personenbezogene Daten gegen digitales Produkt (Inhalt, Dienstleistung) hinzu.<sup>43</sup>
- 18 Nach dem Willen des Unionsgesetzgebers sollen die Regelungen „für alle Verträge gelten, auf deren Grundlage ein Verbraucher einem Unternehmer

39 *Staudenmayer*, in: Schulze/Staudenmayer, Digital Content Directive, Art. 3 Rn. 61; ebenso *Metzger*, in: MüKo BGB, § 327 Rn. 19.

40 *Mischau*, ZEuP 2020, 335, 344 f.

41 *Staudenmayer*, in: Schulze/Staudenmayer, Digital Content Directive, Art. 3 Rn. 60; *Metzger*, in: MüKo BGB, § 327 Rn. 19.

42 *Müller*, InTeR 2020, 1.

43 *Bittner*, VuR 2022, 9, 12.

personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt,“ so z. B. auch, wenn ein Verbraucher ein Konto in den sozialen Medien eröffnet und dem Unternehmer Namen und E-Mail-Adresse bereitstellt, die nicht ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen oder zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen verwendet werden.<sup>44</sup> §§ 327 ff. BGB sollen zudem auch dann gelten, wenn der Verbraucher seine Einwilligung erteilt, dass das Material, das als personenbezogene Daten zu betrachten ist, wie z. B. Fotos oder Textbeiträge, die der Verbraucher in das Internet hochlädt, von einem Unternehmer zu Marketingzwecken verarbeitet werden darf.<sup>45</sup> Damit wird diese gesellschaftliche Praxis einer rechtlichen Regelung zugeführt.<sup>46</sup> Gerade hier zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber auf technische Innovationen wie auch auf gesellschaftliche Veränderungen, die oft Hand in Hand gehen, reagiert.

## V. Aktualisierungspflicht des Unternehmers

### 1. Grundlagen

Vor dem Hintergrund, dass sich digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen **19** beständig technisch und inhaltlich weiterentwickeln, hat der Unternehmer gemäß § 327f Abs. 1 Satz 1 BGB sicherzustellen, dass dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind, bereitgestellt werden und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird. Im nationalen deutschen Recht gibt es bislang keine vergleichbare Regelung.<sup>47</sup> Der Unternehmer ist also dem Verbraucher etwa beim Kaufvertrag über den Gefahrübergang hinaus zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware verpflichtet. Das führt etwa beim Kaufvertrag zu einem Nebeneinander von zeitpunktbezogener Leistungspflicht bei Gefahrübergang und auf Dauer gerichteter Vertragserhaltungspflicht.<sup>48</sup> Die „neuartige Figur“<sup>49</sup> der Vertragserhaltungspflicht hat in der Rechtswissenschaft dogmatische Bedenken<sup>50</sup> und

44 Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 32.

45 Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 24.

46 *Bittner*, VuR 2022, 9, 12.

47 *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 327f Rn. 1.

48 *Felsch/Kremer/Wagener*, MMR 2022, 18, 19.

49 *Pfeiffer*, GPR 2021, 120, 125.

50 *Bach*, NJW 2019, 1705, 1711; *Pfeiffer*, GPR 2021, 120, 125 ff.; *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82, 86 f.; siehe aber *Artz*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/27653 und BT-Drs. 19/27424, 1, 2 f., <https://www.bundestag.de/resource/blob/839226/5bb6e061f910dec350213b9dc1671ac3/stellungnahme-artz-data.pdf>.

## Kap. 1 Verbraucherschutz bei digitalen Produkten

in der Rechtspraxis Unsicherheiten hinsichtlich der inhaltlichen Reichweite<sup>51</sup> hervorgerufen.<sup>52</sup>

- 20 Die Digitale-Inhalte-Richtlinie setzt in der deutschen Fassung die Begriffe „Aktualisierung“ und „Update“ gleich.<sup>53</sup> Der Begriff des „Update“ ist in der Informationstechnik jedoch kein fest umrissener Begriff, sondern umfasst neben technisch geprägten Nachbesserungen („Patches“)<sup>54</sup> oder Fehlerbehebungen („Bugfixes“) von Computerprogrammen auch Aktualisierungen allgemeiner Art, etwa neue Versionen von Webseiten oder einzelnen Beiträgen. Insofern hilft der Begriff „Update“ nicht weiter. Maßgeblich für die Eingrenzung der vertraglich geschuldeten Aktualisierungen sind die subjektiven und objektiven Anforderungen des § 327e BGB; was für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich ist, gehört zu den von § 327f BGB erfassten Aktualisierungen.<sup>55</sup>
- 21 Nach § 327f Abs. 1 Satz 2 BGB gehören zu den erforderlichen Aktualisierungen auch Sicherheitsaktualisierungen. Diese sind erforderlich für die Aufrechterhaltung der Sicherheit des digitalen Produkts im Sinn des § 327e Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB, also für die Verfügbarkeit, Unversehrtheit und Vertraulichkeit des digitalen Produkts selbst oder der digitalen Umgebung des Verbrauchers. Zu den Sicherheitsaktualisierungen zählen auch Sicherheitsupdates zum Schutz vor Viren oder anderen Arten von Schadprogrammen („Malware“; vgl. § 2 Abs. 5 BSIG<sup>56</sup>).<sup>57</sup> Die vom Unternehmer bereitzustellenden Updates müssen also die Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung von Funktionalität, Kompatibilität, Kontinuität und Sicherheit abdecken.<sup>58</sup> Grundsätzlich können außer dem Verkäufer auch Dritte, z. B. der Softwarehersteller, die Aktualisierung übernehmen (siehe § 267 BGB).<sup>59</sup>

51 Etwa Stellungnahme des Börsenvereins des deutschen Buchhandels zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie, S. 1 ff., [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2020/120120\\_Stellungnahme\\_Boersenverein\\_RefE\\_RLDI.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Stellungnahmen/2020/120120_Stellungnahme_Boersenverein_RefE_RLDI.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

52 *Felsch/Kremer/Wagener*, MMR 2022, 18, 20; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 327f Rn. 1.

53 Siehe Digitale-Inhalte-Richtlinie, Erwägungsgrund Nr. 44.

54 Vgl. IEEE Standard Computer Dictionary, IEEE 610–1990, „patch“.

55 Begründung des Regierungsentwurfs, S. 59; *Metzger*, in: MüKo BGB, § 327f Rn. 3.

56 Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz, BSIG) vom 14.8.2009, BGBl. I, S. 2821.

57 Vgl. hierzu die Informationen des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) unter [https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Informationen-und-Empfehlungen/Cyber-Sicherheitsempfehlungen/Updates-Browser-Open-Source-Software/Wichtige-Softwareupdates/wichtige-softwareupdates\\_node.html#doc504184bodyText2](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Informationen-und-Empfehlungen/Cyber-Sicherheitsempfehlungen/Updates-Browser-Open-Source-Software/Wichtige-Softwareupdates/wichtige-softwareupdates_node.html#doc504184bodyText2).

58 Näher dazu *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488, 492.

59 *Kirchhefer-Lauber*, JuS 2021, 918, 923.

## 2. Zeitraumbezogene Betrachtungsweise

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die auf der fehlenden Aktualisierung fußende Mangelhaftigkeit nicht mit dem herkömmlichen Konzept der Mangelfreiheit bei Gefahrübergang harmoniert. Daher hat er sich für die Aktualisierungspflicht von der zeitpunktbezogenen Mangelhaftigkeit gelöst und stattdessen eine zeitraumbezogene Betrachtungsweise gewählt. Diese zeitraumbezogene Betrachtungsweise hat es daneben erforderlich gemacht, Ausnahmen von der an sich das Kaufrecht prägenden Pflicht zur sach- und rechtmangelfreien Verschaffung (§ 433 Abs. 1 BGB) vorzusehen. Denn mit der mangelfreien Verschaffung hat der Unternehmer seine vertragliche Hauptleistungspflicht bereits erfüllt. Eine weitergehende Verpflichtung im Sinn einer Aktualisierungspflicht ist in § 433 BGB nicht angelegt. 22

Diesem Umstand hilft für digitale Produkte § 327d BGB ab, der *lex specialis* zu § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB ist.<sup>60</sup> Das Produkt ist dabei nicht nur einmalig zu verschaffen, sondern es ist „bereitzustellen“. Zu Unstimmigkeiten kommt es, wenn man die aus dem Mangel folgende Nacherfüllungspflicht in den Blick nimmt. Ursprünglich ist der Unternehmer zur vertragsgemäßen Leistung verpflichtet. Im Rahmen der Aktualisierungspflicht schuldet er die Erhaltung der Vertragsmäßigkeit. Das kann letztlich nur meinen, dass die sonstigen Anforderungen an den Leistungsgegenstand weiterhin erfüllt werden müssen, also insbesondere Beschaffenheits- und Verwendungsanforderungen (etwa § 327e Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB). Art. 8 Abs. 2 Digitale-Inhalte-Richtlinie stützt diese Sichtweise ausdrücklich, da dort statt von Mängeln von „Vertragsmäßigkeit“ die Rede ist. Diese Vertragsmäßigkeit ist eingehalten, soweit die sonstigen Anforderungen (Art. 8 Abs. 1 Digitale-Inhalte-Richtlinie) an den Leistungsgegenstand erfüllt werden. § 327e Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BGB nennt die Aktualisierungen im Gegensatz zur Digitale-Inhalte-Richtlinie neben den anderen Anforderungen an die Mangelfreiheit des Leistungsgegenstands. Das ist ein Zirkelschluss, denn die Aktualisierungspflicht ist eine Dauerpflicht, auf die das Mängelgewährleistungsrecht nicht passt. Auch das Mietrecht kennt keinen sekundären Nacherfüllungsanspruch, weil es an einem primären Erfüllungsanspruch fehlt. Die mietrechtliche Mangelbeseitigung ist nicht die Ausbesserung einer verletzten Hauptleistungspflicht, sondern fußt auf der Pflicht zur dauerhaften Erhaltung der Vertragsmäßigkeit (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB).<sup>61</sup> In das Grundsystem aus Erfüllungspflicht, Sachmangel und Nacherfüllungspflicht lässt sich die Aktualisierungspflicht nicht integrieren.<sup>62</sup> 23

<sup>60</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, S. 82.

<sup>61</sup> Häublein, in: MüKo BGB, § 535 Rn. 124.

<sup>62</sup> Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18, 20.