

Aline Brißmann

Die Bereitstellung digitaler Produkte  
i. S. v. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB:  
vertragstypische Leistungspflicht?



Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig

Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 54

Aline Brißmann

Die Bereitstellung digitaler Produkte  
i. S. v. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB:  
vertragstypische Leistungspflicht?



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: München, LMU, Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1368-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-1896-7 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie ist im Wesentlichen auf dem Stand von Januar 2023.

Die Arbeit entstand während meiner Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Stephan Lorenz. Er hat diese Dissertation sehr aufmerksam betreut und mich auch darüber hinaus immer in jeder Hinsicht unterstützt und gefördert, wofür ich ihm sehr dankbar bin. Mein besonderer Dank gilt auch Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit für sein wertvolles Zweitgutachten und den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Zu den wunderbaren Arbeitsbedingungen an dem genannten Lehrstuhl haben Brigitte Haustein und alle meine Kolleginnen und Kollegen maßgeblich beigetragen. Johanna Reich, Lisa Thalmeir und Lion Fritsche haben mich beim Verfassen dieser Arbeit nicht nur durch ihre sorgsamsten Korrekturen und Anmerkungen ganz besonders unterstützt. Für ihre Gesprächsbereitschaft und ergiebige Diskussionen danke ich Richard Rachlitz, Isabell Stielicke und Philipp Vollrath. Marie-Therese Ziereis, Saloni Khanderia und Nicolas Hodgson danke ich stellvertretend für alle, die mich dazu ermutigt haben, die Arbeit fertigzustellen.

Bei meinen Eltern Gaby und Burkhard sowie meinen Geschwistern Aldo, Roxane und Aron bedanke ich mich dafür, dass ich auf ihren Rückhalt und ihre fachliche Expertise immer zählen durfte und darf. Nicht genügend danken kann ich schließlich Jannick Myska, mit dem ich über Rechtsfragen am liebsten diskutiere.

Nürnberg, im August 2023

*Aline Brißmann*



# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11
Kapitel 1: Einleitung	31
§ 1 Grundlagen der Zuordnung von Verträgen zu Vertragstypen	35
I. Funktionen der vertragstypologischen Einordnung	35
II. Bestimmung der anwendbaren Vorschriften anhand des Vertragstyps	37
§ 2 Die gesetzliche Regelung der Bereitstellung digitaler Produkte	52
I. Zielsetzungen der DIRL	53
II. Anwendungsbereich der DIRL	53
III. Vollharmonisierender Charakter der DIRL	55
IV. Umsetzung der DIRL ins deutsche Recht	56
§ 3 Bereitstellung digitaler Produkte und Vertragstypen: Einordnung der Untersuchung	57
I. Berücksichtigung von Besonderheiten digitaler Produkte auf der Ebene der Vertragstypen	58
II. Berücksichtigung von Besonderheiten digitaler Produkte im Rahmen der charakteristischen Merkmale der Vertragstypen	64
III. Berücksichtigung von Besonderheiten digitaler Produkte auf Rechtsfolgende	70
Kapitel 2: Der Begriff der Bereitstellung in den §§ 327 ff. BGB	73
§ 4 Die Bereitstellung eines digitalen Produkts als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 327 bis 327s BGB	73
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	73
II. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327 Abs. 3 BGB	76
III. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327 Abs. 5 BGB	81

IV. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327a Abs. 1 BGB	82
V. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327a Abs. 2 BGB	86
VI. Abgrenzung von sonstigen „Bereitstellungen“	98
§ 5 Die Regelung der Pflicht zur vertragsmäßigen Bereitstellung in §§ 327b, 327d ff. BGB	101
I. Bereitstellung nach § 327b BGB	101
II. Vertragsmäßigkeit, § 327d BGB	106
§ 6 Die Regelung bestimmter Modalitäten der Bereitstellung innerhalb der §§ 327 ff. BGB	116
I. Dauerhafte Bereitstellung, § 327e Abs. 1 S. 3 BGB	117
II. Zurverfügungstellung und Zugänglichmachen, § 327b Abs. 3, 4 BGB	127
III. Bereitstellung digitaler Inhalte und Bereitstellung digitaler Dienstleistungen, § 327 Abs. 2 BGB	130
§ 7 Das Verhältnis zwischen Bereitstellung und Vertragstyp	130
I. Bereitstellung als Leistungspflicht jedes Vertrags über ein digitales Produkt	131
II. Bereitstellung als mögliche Leistungspflicht eines Vertrags über ein digitales Produkt	132
III. Gang der weiteren Untersuchung	133
Kapitel 3: Die vertragstypologische Einordnung von Bereitstellungsvereinbarungen bei Auslegung der §§ 327 ff. BGB als produktbezogene Regelungen (h. M.)	135
§ 8 Zuordnung von Bereitstellungsvereinbarungen zu unterschiedlichen Vertragstypen	136
I. Zuordnung zu Vertragstypen anhand deren „digitalspezifischer“ Charakteristika	136
II. Bedeutung der Unterscheidung zwischen verschiedenen Modalitäten der Bereitstellung innerhalb der §§ 327 ff. BGB aus Sicht der Vertragstypologie	157

§ 9 Konsequenzen für Verbraucherverträge	167
I. Konkurrierende Anwendbarkeit von §§ 327 ff. und §§ 433 ff. BGB	167
II. Gesetzliche Regelung des Konkurrenzverhältnisses	169
§ 10 Konsequenzen für andere als Verbraucherverträge	180
I. Keine Auswirkungen auf die Vertragstypologie	181
II. Orientierungsfunktion der §§ 327 ff. BGB	181
Kapitel 4: Die vertragstypologische Einordnung von Bereitstellungsvereinbarungen bei Auslegung der §§ 327 ff. BGB als Regelung einer Leistungspflicht	185
§ 11 Inhalt von Verpflichtungen zu einer Bereitstellung i. S. v. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	185
I. Ermöglichung des Zugriffs auf ein digitales Produkt, § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	186
II. Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts, § 327d BGB	188
III. Fazit	192
§ 12 Zuordnung von Bereitstellungsvereinbarungen zu einem eigenen Vertragstyp: Methodische Überlegungen	192
I. Anhaltspunkte für ein Verständnis der §§ 327 ff. BGB als Regelung eines Vertragstyps nach der Vertragstypenlehre	194
II. Bestimmung der auf Verpflichtungen zur Bereitstellung digitaler Produkte anwendbaren Vorschriften als Problematik der Lückenfeststellung	208
§ 13 Konsequenzen für Verbraucherverträge	227
I. Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB	228
II. Anwendungsbereich der §§ 433 ff. BGB	228
III. Kombinierte Anwendung der §§ 327 ff. und §§ 433 ff. BGB auf typengemischte Verträge	239
§ 14 Konsequenzen für andere als Verbraucherverträge	247
I. Grundsätzlich keine analoge Anwendung der §§ 327 ff. BGB auf andere als Verbraucherverträge	247
II. Berücksichtigung bereitstellungsvertraglicher Grundzüge nach den Grundsätzen über verkehrstypische Verträge	249
III. Anwendung allgemeinen Schuldrechts	249
IV. Typengemischte Verträge	252

V. Ausblick	253
Kapitel 5: Bewertung und Zusammenfassung	255
§ 15 Wesentliche Unterschiede zwischen den dargestellten Ansätzen	255
I. Kauf- oder mietrechtliche Qualifikation der Einräumung von Nutzungsmöglichkeiten in Bezug auf digitale Produkte oder Rückgriff auf allgemeines Schuldrecht	256
II. Bedeutung der Verkörperung auf einem Datenträger für die vertragstypologische Einordnung	257
§ 16 Argumente für und gegen ein Verständnis der Bereitstellung als vertragstypische Leistungspflicht	257
I. Argumente betreffend den Wortlaut des § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	258
II. Systematische Argumente	259
III. Auf die Gesetzesbegründung gestützte Argumente	264
IV. Übergreifende teleologische Gesichtspunkte	271
§ 17 Zusammenfassung	289
Literaturverzeichnis	299
Anhang	315

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
Kapitel 1: Einleitung	31
§ 1 Grundlagen der Zuordnung von Verträgen zu Vertragstypen	35
I. Funktionen der vertragstypologischen Einordnung	35
II. Bestimmung der anwendbaren Vorschriften anhand des Vertragstyps	37
1. Gesetzlich geregelte Vertragstypen	37
a) Unterscheidung von Vertragstypen anhand der Leistungspflicht	38
b) Unbeachtlichkeit von Leistungsgegenstand, Vertragsparteien und Vertragsabschlusssituation	38
c) Unabhängigkeit der vertragstypologischen Einordnung von urheberrechtlichen Fragen	40
2. Keinem gesetzlich geregelten Vertragstyp (eindeutig) entsprechende Verträge	42
a) Gemischttypische Verträge	42
aa) Abgrenzung	42
(1) Zusammengesetzte Verträge	43
(2) Atypische Verträge	44
(3) Verträge eigener Art (sui generis)	44
bb) Ansätze zur Systematisierung gemischttypischer Verträge	44
(1) Typenkombinationsvertrag	45
(2) Vertrag mit anderstypischer Gegenleistung	46
(3) Typenverschmelzungsvertrag	46
cc) Rechtliche Behandlung gemischter Verträge	46
(1) Vorgehen bei Typenkombinationsverträgen	48
(2) Vorgehen bei Verträgen mit anderstypischer Gegenleistung	49
(3) Vorgehen bei Typenverschmelzungsverträgen	49

(4) Vorgehen bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung	50
b) Typenfremde Verträge	50
c) Verkehrstypische Verträge	52
§ 2 Die gesetzliche Regelung der Bereitstellung digitaler Produkte	52
I. Zielsetzungen der DURL	53
II. Anwendungsbereich der DURL	53
1. Persönlicher Anwendungsbereich der DURL	54
2. Sachlicher Anwendungsbereich der DURL	54
III. Vollharmonisierender Charakter der DURL	55
IV. Umsetzung der DURL ins deutsche Recht	56
1. Persönlicher Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB	56
2. Sachlicher Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB	57
§ 3 Bereitstellung digitaler Produkte und Vertragstypen: Einordnung der Untersuchung	57
I. Berücksichtigung von Besonderheiten digitaler Produkte auf der Ebene der Vertragstypen	58
1. Schaffung neuer Vertragstypen de lege ferenda	59
2. Herausbildung digitalspezifischer „Grundvertragstypen“ im geltenden Recht	62
3. Bezug zur vorliegenden Untersuchung	62
II. Berücksichtigung von Besonderheiten digitaler Produkte im Rahmen der charakteristischen Merkmale der Vertragstypen	64
1. Unterscheidung zwischen Veräußerungs-, Überlassungs- und tätigkeitsbezogenen Verträgen	65
2. Probleme bei der Einordnung von Verträgen über digitale Produkte in diese Kategorien	66
3. Herausbildung digitalspezifischer Zuordnungskriterien als Ansatz zur Vermeidung von Regelungslücken	67
4. Bezug zur vorliegenden Untersuchung	69
III. Berücksichtigung von Besonderheiten digitaler Produkte auf Rechtsfolgende	70
1. Gesetzliche Anordnung der „entsprechenden“ Anwendung von Vorschriften über Sachen	71
2. Einfügung „systemfremder“ Bausteine	71
3. Bezug zur vorliegenden Untersuchung	72

Kapitel 2: Der Begriff der Bereitstellung in den §§ 327 ff. BGB	73
§ 4 Die Bereitstellung eines digitalen Produkts als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 327 bis 327s BGB	73
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327	
Abs. 1 S. 1 BGB	73
1. Digitaler Inhalt oder digitale Dienstleistung	74
a) Digitaler Inhalt	74
b) Digitale Dienstleistung	75
c) Entwicklung nach Spezifikationen des Verbrauchers	76
2. Gegen Zahlung eines Preises	76
II. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327	
Abs. 3 BGB	76
1. Inhalt von Vereinbarungen nach § 327 Abs. 3 BGB	78
2. Bereitstellung und Verpflichtung zur Bereitstellung personenbezogener Daten	78
III. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327	
Abs. 5 BGB	81
IV. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327a	
Abs. 1 BGB	82
1. Tatbestandliche Voraussetzungen	83
2. Rechtsfolge	84
3. Verhältnis zu § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	84
a) Recht auf Lösung vom gesamten Vertrag bei unterbliebener oder nicht vertragsmäßiger Bereitstellung des digitalen Produkts im Rahmen eines Paketvertrags	84
b) Exkurs: Recht auf Lösung vom gesamten Vertrag bei Leistungsstörung hinsichtlich des anderen Vertragsbestandteils im Rahmen eines Paketvertrags	85
V. Eröffnung des Anwendungsbereichs nach § 327a	
Abs. 2 BGB	86
1. Tatbestandliche Voraussetzungen	86
2. Rechtsfolge	87
3. Verhältnis zu § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	87
4. Verhältnis zu § 327a Abs. 1 BGB	87

a)	Recht auf Lösung vom gesamten Vertrag bei unterbliebener oder nicht vertragsmäßiger Bereitstellung des digitalen Produkts im Rahmen eines Vertrags nach § 327a Abs. 2 BGB	89
b)	Exkurs: Recht auf Lösung vom gesamten Vertrag bei Leistungsstörung des anderen Vertragsbestandteils im Rahmen eines Vertrags nach § 327a Abs. 2 BGB	91
5.	Ausnahme: Verbrauchsgüterkauf von Waren mit digitalen Elementen, § 327a Abs. 3 S. 1 BGB	91
a)	Bereitstellung des digitalen Elements nach dem Kaufvertrag geschuldet	92
b)	Funktionsnotwendigkeit des digitalen Produkts für die Ware	93
aa)	Wegfall einer vertraglich geschuldeten bzw. verkehrüblichen Verwendungsmöglichkeit	93
bb)	Wegfall jeder objektiv sinnvollen Verwendungsmöglichkeit	95
6.	Anwendung von § 327a Abs. 2 BGB auf sonstige Verträge über Sachen mit funktionsnotwendigen digitalen Produkten	97
VI.	Abgrenzung von sonstigen „Bereitstellungen“	98
1.	Bereitstellung in digitaler Form	99
2.	Bereitstellung von Aktualisierungen	99
3.	Bereitstellung personenbezogener Daten	99
4.	Bereitstellung nutzergenerierter Inhalte	100
5.	Bereitstellung von Sachen oder (nicht digitalen) Dienstleistungen	100
6.	Bereitstellung der digitalen Elemente einer Ware	100
7.	Bereitstellung i. S. d. §§ 327b, 327d ff. BGB	100
§ 5	Die Regelung der Pflicht zur vertragsmäßigen Bereitstellung in §§ 327b, 327d ff. BGB	101
I.	Bereitstellung nach § 327b BGB	101
1.	Anforderungen an die Bereitstellung nach § 327b Abs. 3, 4 BGB	102
a)	Ausreichen einer bloßen Zugriffsermöglichung	102
b)	Erfolgreiche Zugriffsermöglichung	105
c)	Tatsächliche Zugriffsmöglichkeit	106

2. Reihe einzelner Bereitstellungen, § 327b Abs. 5 BGB	106
II. Vertragsmäßigkeit, § 327d BGB	106
1. Anfängliche Freiheit von Produktmängeln	106
2. Erhalt der Produktmangelfreiheit bei dauerhafter Bereitstellung	107
3. Erhalt der Produktmangelfreiheit durch Aktualisierungen	107
a) Aktualisierungspflicht nach §§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 327f BGB	108
aa) Grundsätzliche Beachtlichkeit eines während des Aktualisierungszeitraums auftretenden Produktmangels	108
bb) Erhalt der Vertragsmäßigkeit durch Bereitstellung einer Aktualisierung	109
cc) Abgrenzung zu der Pflicht zur anfänglich vertragsmäßigen Bereitstellung	111
b) Besonderheiten bei vertraglicher Aktualisierungspflicht	111
c) Besonderheiten bei dauerhafter Bereitstellung	112
4. Einräumung der zur Nutzung erforderlichen Rechte, § 327g BGB	113
a) Nutzungseinschränkungen aufgrund von Rechten Dritter als Rechtsmangel	114
b) Abgrenzung zur unterbliebenen Bereitstellung	116
§ 6 Die Regelung bestimmter Modalitäten der Bereitstellung innerhalb der §§ 327 ff. BGB	116
I. Dauerhafte Bereitstellung, § 327e Abs. 1 S. 3 BGB	117
1. Erfüllung einer Verpflichtung zur dauerhaften Bereitstellung	119
2. Abgrenzung zur nicht dauerhaften Bereitstellung	120
a) Leistung über einen Zeitraum	121
b) Zeitliche Begrenzung der Nutzungsmöglichkeit auf den Bereitstellungszeitraum	124
c) Einzelfälle	125
aa) Dauerhafte Bereitstellung einzelner Elemente	125
bb) Mehrmalige Bereitstellung	126
cc) Regelmäßige Überprüfung der Nutzungsberechtigung	127

II. Zurverfügungstellung und Zugänglichmachen, § 327b	
Abs. 3, 4 BGB	127
1. Zeitliche Unterscheidung	128
2. Örtliche Unterscheidung	128
3. Qualitative Unterscheidung	129
III. Bereitstellung digitaler Inhalte und	
Bereitstellung digitaler Dienstleistungen, § 327	
Abs. 2 BGB	130
§ 7 Das Verhältnis zwischen Bereitstellung und Vertragstyp	130
I. Bereitstellung als Leistungspflicht jedes Vertrags über ein	
digitales Produkt	131
II. Bereitstellung als mögliche Leistungspflicht eines	
Vertrags über ein digitales Produkt	132
III. Gang der weiteren Untersuchung	133
Kapitel 3: Die vertragstypologische Einordnung von	
Bereitstellungsvereinbarungen bei Auslegung der	
§§ 327 ff. BGB als produktbezogene Regelungen	
(h. M.)	135
§ 8 Zuordnung von Bereitstellungsvereinbarungen	
zu unterschiedlichen Vertragstypen	136
I. Zuordnung zu Vertragstypen anhand deren	
„digitalspezifischer“ Charakteristika	136
1. Verträge über die Veräußerung digitaler Produkte	137
a) Kaufvertrag, §§ 433 i. V. m. 453 BGB	137
aa) Sachqualität digitaler Produkte, insbesondere:	
Software als Sache	137
bb) Zeitlich unbegrenzte bzw. dauerhafte	
Überlassung als typisch kaufvertragliche	
Leistung	139
cc) Ansätze zur Präzisierung des Kriteriums der	
Dauerhaftigkeit	140
b) Tausch, § 480 BGB	142
c) Schenkung, § 516 BGB	143
aa) Fälle des § 516a Abs. 1 S. 1 BGB als	
Schenkungen?	144
bb) Nicht von § 516a Abs. 1 S. 1 BGB erfasste Fälle	
der Bereitstellung personenbezogener Daten	146

2. Verträge über die Überlassung digitaler Produkte	147
a) Mietvertrag, §§ 535 i. V. m. 548a BGB	147
aa) Mietgegenstand	147
bb) Gebrauchsgewährung	147
cc) Zeitlich begrenzte bzw. vorübergehende Überlassung	148
dd) Gebrauchsüberlassung gegen Bereitstellung personenbezogener Daten	150
b) Pacht, § 581 BGB	150
c) Leihe, § 598 BGB	150
3. Verträge über Tätigkeiten in Bezug auf digitale Produkte	151
a) Werkvertrag, § 631 BGB	151
aa) Abgrenzung zum Mietvertrag anhand des geschuldeten Erfolgs	152
bb) Abgrenzung zum Kauf- und Werklieferungsvertrag anhand des individuellen Zuschnitts der Leistung	153
cc) Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Besteller	154
b) Dienstvertrag, § 611 BGB	154
aa) Abgrenzung zum Werkvertrag anhand der Erfolgsbezogenheit	155
bb) Abgrenzung zum Mietvertrag anhand der Erfolgsbezogenheit	156
cc) Bereitstellung personenbezogener Daten durch den Dienstberechtigten	156
c) Geschäftsbesorgung, § 675 BGB	156
d) Auftrag, § 662 BGB	156
II. Bedeutung der Unterscheidung zwischen verschiedenen Modalitäten der Bereitstellung innerhalb der §§ 327 ff. BGB aus Sicht der Vertragstypologie	157
1. Bereitstellung digitaler Dienstleistungen und Werk- oder Dienstvertrag	158
a) Bereitstellung digitaler Dienstleistungen als Herstellung i. S. v. § 631 BGB	159
b) Bereitstellung digitaler Dienstleistungen als Dienst i. S. v. § 611 BGB	159

aa) Argumente für eine dienstvertragliche Qualifikation	160
bb) Konsequenzen für die vertragstypologische Einordnung	161
cc) Stellungnahme	162
2. Nicht dauerhafte bzw. dauerhafte Bereitstellung und Kauf- bzw. Mietvertrag	164
a) Einmalige Bereitstellung digitaler Inhalte als kaufvertragliche Pflicht?	164
b) Dauerhafte Bereitstellung digitaler Produkte als mietvertragliche Pflicht?	166
3. Zurverfügungstellung bzw. Zugänglichmachen und Kauf- bzw. Mietvertrag	167
§ 9 Konsequenzen für Verbraucherverträge	167
I. Konkurrierende Anwendbarkeit von §§ 327 ff. und §§ 433 ff. BGB	167
1. Voneinander unabhängige Prüfung der Anwendbarkeit von §§ 327 ff. und §§ 433 ff. BGB	168
2. Zusammenhänge zwischen Anwendungsvoraussetzungen der §§ 327 ff. BGB und Vertragstyp	168
II. Gesetzliche Regelung des Konkurrenzverhältnisses	169
1. Anwendungsvoraussetzungen der Konkurrenznormen	170
a) Verträge über digitale Produkte	170
b) Verträge über körperliche Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen	171
aa) Konkurrenznormen	171
bb) Bezugspunkt der vertragstypologischen Einordnung	172
c) Verträge über Sachen mit enthaltenen oder verbundenen digitalen Produkten	172
aa) Konkurrenznormen	173
bb) Bezugspunkt der vertragstypologischen Einordnung	174
d) Paketverträge	175
2. Reichweite der Anwendungsausschlüsse	176
a) Kaufrecht	177
b) Mietrecht	179

c) Schenkungsrecht	179
d) Dienst- und Werkvertragsrecht	179
§ 10 Konsequenzen für andere als Verbraucherverträge	180
I. Keine Auswirkungen auf die Vertragstypologie	181
II. Orientierungsfunktion der §§ 327 ff. BGB	181
1. Ergänzende Vertragsauslegung, AGB-Kontrolle	181
2. Grundsätzlich keine analoge Anwendung der §§ 327 ff. BGB auf Nicht-Verbraucherverträge	182
3. Einfluss auf die Vertragspraxis	184
Kapitel 4: Die vertragstypologische Einordnung von Bereitstellungsvereinbarungen bei Auslegung der §§ 327 ff. BGB als Regelung einer Leistungspflicht	185
§ 11 Inhalt von Verpflichtungen zu einer Bereitstellung i. S. v. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	185
I. Ermöglichung des Zugriffs auf ein digitales Produkt, § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	186
1. Verschaffung einer Zugriffsmöglichkeit	186
2. Im Wege einer Bereitstellung nach § 327b Abs. 3 bis 5 BGB	187
3. Während des Bereitstellungszeitraums	187
II. Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts, § 327d BGB	188
1. Aktualisierung des digitalen Produkts, insbesondere: Aktualisierungspflicht nach § 327f BGB	188
2. Einräumung der zur Nutzung erforderlichen Rechte nach § 327g BGB	191
III. Fazit	192
§ 12 Zuordnung von Bereitstellungsvereinbarungen zu einem eigenen Vertragstyp: Methodische Überlegungen	192
I. Anhaltspunkte für ein Verständnis der §§ 327 ff. BGB als Regelung eines Vertragstyps nach der Vertragstypenlehre	194
1. Grundzüge der Typus- bzw. Vertragstypenlehre	194
2. Bisherige Fälle von Typenneubildungen im Zusammenhang mit Änderungen im Schuldvertragsrecht	197
a) Normierung besonderer Ausprägungen bereits geregelter Vertragstypen	197

b)	Einordnung als Regelung eines neuen Vertragstyps	198
c)	Vertragstypunabhängige Vorschriften	201
3.	Typenneubildung im Zusammenhang mit §§ 327 ff. BGB	203
a)	Regelungsgegenstände der §§ 327 ff. BGB	204
b)	Anknüpfung der §§ 327 ff. BGB an Besonderheiten der Leistungspflicht	204
c)	Folge: §§ 327 ff. BGB als Regelung eines neuen Verbraucher-Vertragstyps?	206
II.	Bestimmung der auf Verpflichtungen zur Bereitstellung digitaler Produkte anwendbaren Vorschriften als Problematik der Lückenfeststellung	208
1.	Grundzüge der Lückenfeststellung und Lückenausfüllung	208
2.	Lückenhafte Regelung der Bereitstellung digitaler Produkte?	210
a)	Vergleichbarkeit von Bereitstellungs- und vertragstypischen Leistungspflichten der §§ 433 ff. BGB	211
aa)	Bereitstellung vs. Übergabe und Übereignung bzw. Übertragung i. S. d. §§ 433, 453 BGB	212
bb)	Bereitstellung vs. Gebrauchsgewährung i. S. d. §§ 535, 548a BGB	215
cc)	Bereitstellung vs. Dienst i. S. v. § 611 BGB	217
dd)	Bereitstellung vs. (andauernde) Herstellung i. S. v. § 631 BGB	218
ee)	Bereitstellung vs. typische Leistungspflichten unentgeltlicher Vertragstypen	219
ff)	Bereitstellung vs. lizenzvertragliche Pflichten	219
gg)	Bereitstellungspflicht als Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Leistungsbereitschaft	223
b)	Vergleichbarkeit von Bereitstellungspflichten in Verbraucher- und sonstigen Verträgen	226
§ 13	Konsequenzen für Verbraucherverträge	227
I.	Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB	228
II.	Anwendungsbereich der §§ 433 ff. BGB	228
1.	Verträge über digitale Produkte	228
a)	Verträge über eine „unentgeltliche Bereitstellung“	229

b) Entgeltliche Verträge über digitale Produkte ohne Bereitstellungspflicht	229
aa) Kauf digitaler Produkte, §§ 433 ff. i. V. m. 453 Abs. 1 S. 1 BGB	230
bb) Miete digitaler Produkte, §§ 535 ff. i. V. m. 548a BGB	231
cc) Pacht digitaler Produkte, §§ 581 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. 548a, 535 ff. BGB	233
dd) Dienstleistungen mit digitalem Bezug, § 611 BGB	233
ee) Werkverträge über digitale Produkte, §§ 631 ff. BGB	234
2. Verträge über Sachen	234
a) Verbrauchsgüterkauf von Waren mit digitalen Elementen, § 327a Abs. 3 BGB	235
aa) Einheitliche kaufvertragliche Qualifikation nach dem Schwerpunkt des Vertrags	235
bb) Bereitstellungspflicht in Verbrauchsgüterkaufverträgen über Waren mit digitalen Elementen	236
cc) Rechtsfolgenseitige Berücksichtigung von Besonderheiten aufgrund digitaler Elemente der Ware	236
b) Sonderfall: Verträge über die Bereitstellung körperlicher Datenträger gemäß § 327 Abs. 5 BGB	237
c) Sonderfall: Verträge nach § 327a Abs. 2 BGB mit Schwerpunkt auf der sachbezogenen Leistung, insbesondere: Nicht von § 327a Abs. 3 BGB erfasste Verträge über Sachen mit funktionsnotwendigen digitalen Produkten	238
III. Kombinierte Anwendung der §§ 327 ff. und §§ 433 ff. BGB auf typengemischte Verträge	239
1. Zusammentreffen einer Bereitstellungspflicht mit weiteren Pflichten in Bezug auf das bereitgestellte digitale Produkt	240
a) Bereitstellung beim Kauf digitaler Produkte, § 453 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB	241

b) Bereitstellung im Rahmen einer Miete digitaler Produkte, § 578b Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 2 BGB	241
c) Gemischte Schenkung, § 516a Abs. 1 BGB	241
d) Bereitstellung im Zusammenhang mit Dienstleistungen, §§ 611 i. V. m. 327 ff. BGB	243
e) Bereitstellung hergestellter digitaler Produkte, § 650 Abs. 2 S. 1 BGB	243
f) Bereitstellung neben lizenzvertraglichen Vereinbarungen	243
2. Zusammentreffen einer Bereitstellungspflicht mit Pflichten in Bezug auf eine Sache	244
a) Paketverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte und die Bereitstellung „anderer Sachen“, § 327a Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB	245
b) Verträge über Sachen mit bereitzustellenden enthaltenen oder verbundenen digitalen Produkten, § 327a Abs. 2 BGB	246
3. Zusammentreffen einer Bereitstellungspflicht mit sonstigen Pflichten	246
§ 14 Konsequenzen für andere als Verbraucherverträge	247
I. Grundsätzlich keine analoge Anwendung der §§ 327 ff. BGB auf andere als Verbraucherverträge	247
II. Berücksichtigung bereitstellungsvertraglicher Grundzüge nach den Grundsätzen über verkehrstypische Verträge	249
III. Anwendung allgemeinen Schuldrechts	249
1. Rechte bei unterbliebener Bereitstellung	249
2. Anforderungen an eine vertragsgemäße Leistung	250
3. Rechte bei fehlender Vertragsmäßigkeit	250
4. Verjährung von Sekundäransprüchen	251
5. Gefahrtragung	251
6. Folgen der Ausübung datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte	251
7. Änderung des digitalen Produkts	252
8. Rückgriffsansprüche in der Vertriebskette	252
IV. Typengemischte Verträge	252
V. Ausblick	253

Kapitel 5: Bewertung und Zusammenfassung	255
§ 15 Wesentliche Unterschiede zwischen den dargestellten Ansätzen	255
I. Kauf- oder mietrechtliche Qualifikation der Einräumung von Nutzungsmöglichkeiten in Bezug auf digitale Produkte oder Rückgriff auf allgemeines Schuldrecht	256
II. Bedeutung der Verkörperung auf einem Datenträger für die vertragstypologische Einordnung	257
§ 16 Argumente für und gegen ein Verständnis der Bereitstellung als vertragstypische Leistungspflicht	257
I. Argumente betreffend den Wortlaut des § 327 Abs. 1 S. 1 BGB	258
II. Systematische Argumente	259
1. Regelungsstandort der §§ 327 ff. BGB im Allgemeinen Teil des Schuldrechts	259
2. Keine ausdrückliche Bezeichnung der vertragstypischen Leistungspflichten	261
3. Konkurrenznormen	262
4. § 445c BGB	262
5. Systematische Differenzierung zwischen der Bereitstellung digitaler Produkte und sonstigen Pflichten in Bezug auf digitale Produkte	263
6. Bereitstellung als inhaltsleeres Tatbestandsmerkmal des § 327 Abs. 1 S. 1 BGB?	263
III. Auf die Gesetzesbegründung gestützte Argumente	264
1. Entscheidung gegen die Normierung eines „Vertrags über digitale Produkte“ als Vertragstyp	264
2. Verzicht auf eine gesetzliche Regelung der vertragstypologischen Einordnung von Bereitstellungspflichten im Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB	266
a) Positive Entscheidung für die unveränderte Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung?	266
b) Verhältnis zwischen Bereitstellung und Vertragstypen	267
aa) Keine Regelung der Hauptleistungspflicht durch die DURL?	268

bb) Abhängigkeit der Anwendbarkeit der DIRL bzw. der §§ 327 ff. BGB von der Vereinbarung einer Bereitstellung	270
3. Keine Befassung mit der vertragstypologischen Einordnung von Bereitstellungspflichten außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 327 ff. BGB	271
4. Fazit	271
IV. Übergreifende teleologische Gesichtspunkte	271
1. Spezifische Interessenlage von Verträgen über eine Bereitstellung digitaler Produkte	272
2. Teleologische Rechtfertigung der kauf- oder mietrechtlichen Qualifikation von Verträgen über die Einräumung von Nutzungsmöglichkeiten in Bezug auf digitale Produkte	275
3. Festhalten an der bisherigen Vorgehensweise aus „praktischen“ Gründen	277
4. Herausbildung einheitlicher Maßstäbe für andere als Verbraucher-Bereitungsverträge	279
5. (Un-)Abhängigkeit der vertraglichen Interessenlage von der Verkörperung eines digitalen Inhalts auf einem Datenträger	281
6. Enttäuschung von Nutzererwartungen hinsichtlich des Umfangs der einzuräumenden Rechte	283
7. Heterogenität von Bereitstellungspflichten als Hindernis für deren Erfassung durch einen einzigen Vertragstyp?	286
§ 17 Zusammenfassung	289
Literaturverzeichnis	299
Anhang	315

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
ASP	Application Service Providing
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.Großkommentar
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar zum BGB
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	BGB-Entwurf
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
bzw.	beziehungsweise

## Abkürzungsverzeichnis

CD	Compact Disk
CESL	Common European Sales Law (Gemeinsames Europäisches Kaufrecht)
CR	Computer und Recht
d. h.	das heißt
Daloz IP/IT	Daloz IP/IT: droit de la propriété intellectuelle et du numérique
DAR	Deutsches Autorecht
DIRL	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Text von Bedeutung für den EWR)
DStR	Deutsches Steuerrecht
ebd.	Ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErwG	Erwägungsgrund
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EULA	End User Licence Agreement
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
GEK	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union; ISSN: 2364-7205
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	GRUR International – Journal of European and International IP Law
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in der Praxis
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. Lit.	herrschende Literaturlauffassung
h. M.	herrschende Meinung
HK-BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar

Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. R. v.	im Rahmen von
i. S. d.	im Sinne des, der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IaaS	Infrastructure as a Service
IPRB	IP-Rechtsberater
ITRB	IT-Rechtsberater
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPK	Juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KMU	Kleine und Mittlere Unternehmen
LG	Landgericht
lit.	littera
LPA	Petites affiches
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MM	Mindermeinung
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NFT	Non-Fungible Token
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Beil.	Neue Juristische Wochenschrift – Beilage

## Abkürzungsverzeichnis

NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o. ä.	oder ähnliche/s/r/m/n
o. Ä.	oder Ähnliche/s/r/m/n
OLG	Oberlandesgericht
PaaS	Platform as a Service
PC	Personal Computer
PEL SC	Principles of European Law: Service Contracts
RDl	Recht Digital
RegE	Gesetzentwurf der Bundesregierung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RPflegler	Der Deutsche Rechtspflegler
Rra	ReiseRecht aktuell
S.	Satz; Seite
SaaS	Software as a service
SchuldR	Schuldrecht
sog.	sogenannte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u. a.	unter anderen; unter anderem
u. ä.	und ähnliche
u. Ä.	und Ähnliche
U. Chi. Legal F.	University of Chicago Legal Forum
UAbs.	Unterabsatz
Überbl.	Überblick
Urt.	Urteil
USB	Universal Serial Bus
usw.	und so weiter

v.	von
VersR-A	Zeitschrift Versicherungsrecht – Aufsätze
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht - Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
WKRL	Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 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 (Text von Bedeutung für den EWR)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZAP	Zeitschrift für die anwaltliche Praxis
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft



## Kapitel 1: Einleitung

Die Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen<sup>1</sup> (DIRL) wurde in den §§ 327 ff. BGB und damit im allgemeinen Schuldrecht des BGB umgesetzt.<sup>2</sup> Dies soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Richtlinie unabhängig vom Vertragstyp gilt und vordergründig an die Art des Leistungsgegenstands (digitaler Inhalt oder digitale Dienstleistung) anknüpft, während dem BGB eine solche Differenzierung weitgehend fremd ist. Der Ansatz der DIRL wurde insofern als „quer zur bekannten Systematik des BGB“<sup>3</sup> liegend beschrieben. Der deutsche Gesetzgeber hat die Möglichkeit einer Umsetzung der DIRL im Wege einer Anpassung der bekannten Vertragstypen,<sup>4</sup> der Einführung eines oder mehrerer neuer Vertragstypen im besonderen Schuldrecht und der Schaffung eines eigenständigen Gesetzes<sup>5</sup> verworfen. Damit hat er den „vertragstypneutralen“ Ansatz der Richtlinie übernommen. Aus diesem Grund stellen sich zahlreiche Einzelfragen nach dem Verhältnis von Vorschriften innerhalb der §§ 327 ff. BGB zu solchen des allgemeinen und besonderen Schuldrechts.<sup>6</sup> Die vorliegende Untersu-

---

1 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 1–27; L 305 vom 26.11.2019, S. 62–65 (im Folgenden: DIRL).

2 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.06.2021, BGBl. I, S. 2123–2132 (im Folgenden: Umsetzungsgesetz).

3 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BT-Drs. 19/27653, S. 26; ebenso bereits *Maultzsch*, GPR 2019, 260, 261. In der Literatur wurde vielfach auf dogmatische Herausforderungen bei der Umsetzung hingewiesen, siehe nur *Bach*, NJW 2019, 1705, 1711; *Looschelders*, GPR 2019, 259, 260; *M. Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 23 Rn. 22; *Arroyo Vendrell/R. Schulze*, in: *Kindl/Arroyo Vendrell/Gsell* (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, 21, 24; *Rosenkranz*, in: *Behme/Fervers/Hofmann u. a.* (Hrsg.), Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft, 2017, 269.

4 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 26.

5 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 27.

6 Siehe nur *Rieländer*, GPR 2021, 257, 258; *Rieländer*, GPR 2022, 28, 40; *Rosenkranz*, ZUM 2021, 195, 204.

chung widmet sich der dahinterstehenden Frage, wie sich die §§ 327 ff. BGB zu den im besonderen Schuldrecht geregelten Vertragstypen verhalten.

Anders als viele andere Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts sind die §§ 327 ff. BGB nicht auf sämtliche Verträge anwendbar. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich zunächst – wie etwa derjenige der §§ 312 ff. BGB – auf Verbraucherverträge i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB. Darüber hinaus definiert er sich nach § 327 Abs. 1 S.1 BGB über eine Leistungspflicht: die *Bereitstellung* eines digitalen Produkts. Diese kann man sich stark vereinfacht als digitales Pendant zur „Lieferung“ von Sachen vorstellen.<sup>7</sup> Die Gesetzesbegründung zum Umsetzungsgesetz assoziiert diese Leistungspflicht nicht mit einem oder mehreren bestimmten Vertragstypen, sondern stellt sie als möglichen Gegenstand verschiedener Vertragstypen des Abschnitts 8 des Buches 2 des BGB oder nicht typisierter Verträge dar.<sup>8</sup> Daraus schließt die Literatur ganz überwiegend, dass es sich bei der Bereitstellung um einen Sammelbegriff für verschiedene Leistungspflichten und nicht um eine Leistungspflicht mit einem bestimmten Inhalt handelt. Dementsprechend wirkt sich das Inkrafttreten der §§ 327 ff. BGB nach h. M. auch nicht auf die vertragstypologische Einordnung der von diesen Vorschriften erfassten Verträge aus.<sup>9</sup>

Diese Sichtweise erscheint nicht zwingend. Die Pflicht zur Bereitstellung und die Folgen ihrer Verletzung sind in §§ 327 ff. BGB für Verbraucherverträge umfassend geregelt. Die §§ 327 ff. BGB verdrängen in ihrem Anwendungsbereich kauf-, schenkungs-, miet- und werkvertragsrechtliche Vorschriften. Sie selbst kommen ohne eine Differenzierung danach aus, ob das digitale Produkt nach dem Vertrag verkauft, verschenkt, vermietet, hergestellt oder eine sonstige Pflicht übernommen wird. Die Bereitstellung digitaler Produkte löst also offenbar sehr spezifische Regelungsbedürfnisse aus. Dies deutet ungeachtet des Regelungsstandorts der §§ 327 ff. BGB auf die Regelung einer vertragstypischen Leistungspflicht hin.<sup>10</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welchem oder welchen Vertragstypen

---

7 Faber, in: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud u. a.* (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 65; vgl. auch Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 45: „bereitgestellt oder (in der kaufrechtlichen Terminologie) geliefert“.

8 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27653, S. 24, 47; siehe im Einzelnen Kapitel 5 § 16 III.

9 Siehe Kapitel 2 § 7 I.

10 Vgl. auch *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 39: „[...] dem Gesetzgeber selbst [ist] nicht klar, ob diese im Allgemeinen Teil des Schuldrechts platzierten Normen tatsächlich diesem Allgemeinen Teil zuzuordnen sind oder nicht vielmehr Regelungen des Besonderen Vertragsrechts enthalten“.

solche Verträge zuzuordnen sind, die ausschließlich eine Bereitstellung digitaler Produkte i. S. v. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB zum Gegenstand haben. Auf diese Frage konzentriert sich die vorliegende Arbeit. Insbesondere wird untersucht, inwieweit die entgeltliche Bereitstellung als *vertragstypische* Leistungspflicht und die §§ 327 ff. BGB als Regelung eines *eigenständigen Vertragstyps* verstanden werden können.

Ein Verständnis der §§ 327 ff. BGB als Regelung eines eigenen Vertragstyps hätte unmittelbare praktische Konsequenzen. Soweit die §§ 327 ff. BGB nicht anwendbar sind oder keine sachlich einschlägige Regelung enthalten, entscheidet die vertragstypologische Einordnung darüber, welchen Vorschriften Verträge über digitale Produkte unterliegen. Die Zuordnung der von den §§ 327 ff. BGB erfassten Verträge zu einem eigenen Vertragstyp würde deshalb dazu führen, dass die Bedeutung des besonderen Schuldrechts für Verträge über digitale Produkte erheblich abnimmt.

Die vertragstypologische Einordnung von Verträgen über eine *unentgeltliche* Bereitstellung wirkt wegen der spezifischen Interessenlage bei unentgeltlichen Verträgen eigene Fragen auf, welche im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht vertieft werden können. Auf sie wird daher nur eingegangen, soweit dies für die Abgrenzung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen notwendig ist.

Die vertragstypologische Einordnung von Verträgen über digitale Produkte hängt mit sämtlichen Herausforderungen zusammen, welche die Digitalisierung an das Vertrags-, Sachen- und Immaterialgüterrecht stellt.<sup>11</sup> Damit sich die Darstellung nicht in Einzelfragen verliert, wird auf eine Vertiefung der für den Untersuchungsgegenstand nicht unmittelbar relevanten Aspekte verzichtet und insoweit auf vorhandene Literatur verwiesen.<sup>12</sup> Da weder die DURL noch deren Umsetzungsbestimmungen multipersonale

---

11 Eingehend zu offenen Fragen im Verhältnis von Vertrags- und Immaterialgüterrecht *Ohly*, in: FS 50 Jahre UrhG, 2015, 379.

12 Diesem Ansatz mag man vorwerfen, dass insbesondere die sachen- und immaterialgüterrechtliche Behandlung digitaler Produkte logisch vorrangig zu klären seien und man sich der Vertragstypologie erst anschließend zuwenden dürfe, um ein schlüssiges Gesamtkonzept zu schaffen, so die Forderung von *Auer*, ZfPW 2019, 130, 137; ähnlich *Kumkar*, ZfPW 2020, 306, 332. Allerdings entwickelt sich die Rechtsordnung im Bereich digitaler Produkte – dem raschen technischen Fortschritt folgend – in vielen Gebieten parallel weiter, zwischen denen Wechselwirkungen bestehen. Diese Zusammenhänge dürften jedem Versuch, eine Teilmaterie unter dem Eindruck der Neuregelung zu beleuchten, seine Berechtigung verleihen.