

Examensübungsklausur: Spiel-Verderberin*

Wiss. Mitarbeiter Florian Brüderlin, Wiss. Mitarbeiterin Lilly Mögn,
Stud. Hilfskraft Sophia Eder, Passau**

Die Klausur behandelt das neue Recht der digitalen Produkte (§§ 327 ff. BGB) und setzt dabei einen Schwerpunkt auf Vertragsbeendigung und Widerruf. Einen weiteren Schwerpunkt bildet der methodisch saubere Umgang mit europarechtlichen Bezügen – namentlich richtlinienkonforme Auslegung.

Sachverhalt

Veronika (V) entdeckt am 4.5.2023 auf der Webseite der Unity Software Solutions GmbH (U-GmbH) eine Anzeige für ein Computerspiel. Gegen Zahlung von 120 € kann das Spiel heruntergeladen und für 24 Monate genutzt werden. Für das bestmögliche Spielerlebnis ist zudem eine überdurchschnittlich gute Grafikkarte erforderlich. Daher kann auf der Website der U-GmbH direkt in Kombination mit dem Spiele-Abo eine passende Grafikkarte für zusätzliche 800 € erworben werden, die theoretisch auch für andere Computerprogramme verwendet werden kann. Nach Ablauf der 24 Monate kann die Nutzbarkeit des Spiels durch erneute Zahlung entsprechend verlängert werden. Die Grafikkarte kann unabhängig von der Fortführung des Spiele-Abos behalten werden.

V ist begeistert und möchte sich dieses günstige Angebot nicht entgehen lassen. Sie legt daher das Computerspiel für 24 Monate – beginnend ab dem 5.5.2023 – und die dazu angebotene Grafikkarte in den Warenkorb. Zwar verfügt ihr Computer bereits über eine Grafikkarte, die für ihre aktuell verwendeten Programme ausreichend ist, jedoch möchte sie sich die maximale Auflösung des Spiels nicht entgehen lassen. Bevor V ihren Einkauf abschließen kann, wird sie aufgefordert, unter mehreren tauglichen Betriebssystemen dasjenige ihres Computers auszuwählen. Sie setzt sodann zutreffend bei dem Betriebssystem ihres Computers ein Häkchen und klickt anschließend auf die Schaltfläche „zahlungspflichtig bestellen“. Wenige Minuten später erhält sie per E-Mail eine Bestellbestätigung mit Zahlungsaufforderung. Nach Bezahlung des gesamten Entgelts für die 24 Monate sowie die Grafikkarte erhält sie auch den Download-Link für das Basisprogramm des Computerspiels. Dieses lässt sich problemlos installieren. Das Basisprogramm ist erforderlich, um das Spiel auf dem Rechner zu starten. Anschließend greift die Software notwendigerweise auf die Server des Spieleanbieters zu, wodurch insbesondere auch mit anderen Spielern gemeinsam gespielt und kommuniziert werden kann. Wenige Tage später wird V zudem per Post die voll funktionsfähige Grafikkarte zugesendet.

Als V am 6.6.2023 das Spiel starten will, lässt sich jedoch das Basisprogramm nicht mehr öffnen. Nach kurzer Recherche im Internet ergibt sich, dass die U-GmbH das Spiel zum 5.6.2023 auf modernere Betriebssysteme umgebaut hat. Auf das veraltete und mittlerweile eher unübliche Betriebssystem von V wurde das Spiel dabei nicht mehr angepasst, da die U-GmbH dazu ihre Serverkapazitäten erheblich hätte erweitern müssen, obwohl dadurch nur wenige zusätzliche Spieler gewonnen wer-

* Die Klausur behandelt das neue Recht der digitalen Produkte (§§ 327 ff. BGB) und setzt dabei einen Schwerpunkt auf Vertragsbeendigung und Widerruf. Einen weiteren Schwerpunkt bildet der methodisch saubere Umgang mit europarechtlichen Bezügen – namentlich richtlinienkonforme Auslegung.

** Der Autor *Brüderlin* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau – Lehrprofessur für Zivilrecht (Prof. Dr. Tomas Kuhn). Die Autorin *Eder* ist Stud. Hilfskraft ebenda. Die Autorin *Mögn* war Stud. Hilfskraft ebenda und ist nun Wiss. Mitarbeiterin am Institut für Rechtsdidaktik der Universität Passau – Lehrprofessur für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Urs Kramer).

den können. V meldet sich sogleich bei der U-GmbH und erklärt dem Support-Mitarbeiter, sie wolle sich von dem Vertrag lösen. Ihr sei klar, dass eine Erweiterung auf ihr Betriebssystem für die U-GmbH wirtschaftlich keinen Sinn ergebe – was auch tatsächlich zutrifft. Allerdings habe die restliche Laufzeit des Spiels für sie so keinen Nutzen mehr. Sie verlange daher die gezahlten 120 € zurück. Außerdem habe sie dadurch auch keine Verwendung mehr für die Grafikkarte, da ihr Rechner ja selbst über eine ansonsten ausreichende Grafikkarte verfüge. Daher solle die U-GmbH ihr auch die diesbezüglich gezahlten 800 € zurückerstatten.

Der Support gibt jedoch an, die U-GmbH werde ihre Serverkapazität in naher Zukunft entsprechend erweitern, sodass dann das Spiel auch wieder auf dem Betriebssystem von V funktioniere. V müsse sich nur ein wenig gedulden. Dies erfolgt jedoch nicht. Daraufhin kontaktiert V am 12.9.2023 erneut den Support der U-GmbH und verlangt nochmals das Entgelt für Spiel und Grafikkarte zurück. Die U-GmbH lehnt dies aber weiterhin ab; jedenfalls müsse V die Grafikkarte zurückgeben und für deren „Abnutzung geradestehen“.

Bearbeitungsvermerk

In einem Gutachten, das – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu beantworten, ob V der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiel und die Grafikkarte zusteht.

Es ist davon auszugehen, dass die U-GmbH alle gesetzlichen Informationspflichten erfüllt hat und ordnungsgemäß gegründet und vertreten war.

Auf Art. 4, ErWG 65 S. 1 und Art. 14 Abs. 2 RL (EU) 2019/770 (Digitale-Inhalte-Richtlinie; im Folgenden DIRM) wird bezüglich der §§ 327 ff. BGB, die der Umsetzung der DIRM dienen, hingewiesen:

Art. 4 DIRM: Grad der Harmonisierung

Sofern in dieser Richtlinie nichts anderes bestimmt ist, dürfen die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden Vorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.

ErWG 65 S. 1 DIRM:

Ist die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen rechtlich oder tatsächlich unmöglich oder weigert sich der Unternehmer, den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen herzustellen, da ihm dies unverhältnismäßige Kosten verursachen würde, oder hat der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht innerhalb einer angemessenen Frist kostenlos und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher hergestellt, so sollte der Verbraucher Anspruch auf Abhilfe in Form einer Preisminderung oder einer Beendigung des Vertrags haben.

Art. 14 DIRM: Abhilfe bei Vertragsmäßigkeit

(1) [...]

(2) Der Verbraucher hat Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, es sei denn, dies wäre unmöglich oder würde dem Unternehmer Kosten verursachen, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unverhältnismäßig wären; zu diesen Umständen zählt Folgendes:

- a) der Wert, den die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen hätten, wenn keine Vertragswidrigkeit vorläge, und
 b) die Erheblichkeit der Vertragswidrigkeit.
 [...]

Lösungsvorschlag

I. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiel und die Grafikkarte, §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1 Fall 2 BGB.....	69
1. Rechtsfähigkeit der U-GmbH	69
2. Wirksamer Vertrag, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB	69
3. Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 3 und 4 BGB	69
4. Bestehen des ausübbareren Widerrufsrechts, § 355 Abs. 1 S. 1, 5, Abs. 2 BGB.....	70
a) Widerrufsrecht, § 312g Abs. 1 Fall 2 BGB	70
aa) Anwendungsbereich, § 312 BGB.....	70
bb) Fernabsatzvertrag, § 312c BGB.....	70
cc) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB.....	70
dd) Zwischenergebnis	71
b) Kein Fristablauf, § 355 Abs. 2 BGB.....	71
c) Zwischenergebnis.....	72
5. Ergebnis	72
II. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiele-Abonnement, (§§ 535, 578b Abs. 2 S. 1 und 2 BGB,) § 327o Abs. 2 und Abs. 3 BGB	72
1. Mietvertrag i.S.d. §§ 535, 578b Abs. 1 BGB.....	72
a) Vertragsschluss und Verbrauchervertrag	73
b) Vertragsgegenstand	73
c) Pflichten eines Mietvertrags, § 535 BGB	74
d) Zwischenergebnis.....	75
2. Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB	75
3. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327e, 327m Abs. 1 Nrn. 1 oder 2 BGB	75
a) Produktmangel, § 327e BGB	75
aa) Abweichung von den Anforderungen nach § 327e Abs. 1 S. 1 BGB	75
bb) Zur maßgeblichen Zeit, § 327e Abs. 1 S. 2, S. 3 BGB	76
cc) Kein Produktmangel wegen zulässiger Änderung gem. § 327r Abs. 1 BGB.....	76
dd) Zwischenergebnis	79
b) Grund zur Vertragsbeendigung, § 327m BGB	79

aa) Ausschluss der Nacherfüllung gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 1, 327l Abs. 2 Fall 2 BGB	79
bb) Nacherfüllung nicht innerhalb angemessener Frist erfolgt, §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB	80
c) Kein Ausschluss gem. § 327m Abs. 2 S. 1 BGB	80
d) Zwischenergebnis.....	81
4. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Änderung des digitalen Produkts, § 327r Abs. 3 S. 1 BGB.....	81
a) Voraussetzungen nach § 327r Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB.....	81
b) Kein Ausschluss nach § 327r Abs. 4 BGB	81
c) Zwischenergebnis.....	82
5. Erklärung der Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 1 S. 1 BGB	82
6. Umfang der Rückzahlung nach Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 2–4 BGB i.V.m. § 327r Abs. 5 BGB	82
7. Fälligkeit und Durchführung der Erstattungspflicht, §§ 327o Abs. 4, 327n Abs. 4 S. 2–5 BGB	83
8. Ergebnis	83
III. Anspruch auf Rückzahlung des Entgelts für die Grafikkarte gem. §§ 346 Abs. 1 Fall 1, 327m Abs. 4 bzw. 5 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rücküberweisung sowie Nutzungersatz gem. §§ 348, 320, 322 BGB	83
1. Vertragsschluss hinsichtlich Grafikkarte	83
2. Gesetzliches Rücktrittsrecht, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5 BGB	84
a) Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 1 BGB.....	84
b) Analoge Anwendung von § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB auf Fälle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB.....	84
c) Vertragstyp nach § 327a Abs. 2 oder 3 BGB	85
d) Weitere Voraussetzungen nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB analog.....	88
3. Rücktrittserklärung, § 349 BGB	89
4. Rechtsfolge	89
IV. Gesamtergebnis.....	89

I. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiel und die Grafikkarte, §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1 Fall 2 BGB

1. Rechtsfähigkeit der U-GmbH

Die U-GmbH ist gem. § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähig.

2. Wirksamer Vertrag, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach der Formulierung von § 355 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht zwingend ein wirksamer Vertrag notwendig. Diese Voraussetzung könnte sich jedoch daraus ergeben, dass im Falle eines nicht wirksamen Vertrages nichts vorhanden ist, was widerrufen werden kann. Dieser Aspekt kann jedoch dahinstehen, wenn ein wirksamer Vertrag vorliegt. Dieser setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus (§§ 145 ff. BGB). Dabei könnte die öffentlich zugängliche Webseite der U-GmbH mit dem Hinweis auf das Spiele-Abonnement (und das Kombi-Angebot mit der Grafikkarte) bereits ein Angebot darstellen. Wäre dies so, dann würde die U-GmbH aber Gefahr laufen, sich über ihre Kapazitäten (im Falle des Spiele-Abonnements ihre Serverkapazitäten) hinaus zu binden. Zudem ist wegen der möglichen Verlängerung des Abonnements der U-GmbH auch zuzugestehen, ggf. die Bonität von Personen vor Vertragsschluss zu prüfen, sodass nur eine *invitatio ad offerendum* vorliegt (§§ 133, 157 BGB).

Durch Anklicken der eindeutig beschrifteten Schaltfläche gibt V einen Antrag auf Abschluss des Abonnements und Erwerb einer Grafikkarte ab (§§ 133, 157 BGB).

Diesen Antrag könnte die U-GmbH mit der Bestellbestätigung angenommen haben. Mit Blick auf die Pflicht der U-GmbH gem. § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB (Vertragsschluss über Telemedien mit der U-GmbH als Unternehmerin, § 14 BGB) kann in der Bestellbestätigung im Zweifel keine Willenserklärung, sondern nur eine Information gesehen werden. Hier enthielt die Bestellbestätigung jedoch auch schon eine Zahlungsaufforderung, sodass jedenfalls darin eine Annahme der U-GmbH zu sehen ist (§§ 133, 157 BGB).

Dem Zustandekommen des Vertrages mit V als Verbraucherin (§ 13 BGB) steht schon aufgrund der eindeutig bezeichneten Schaltfläche nicht § 312j Abs. 4, Abs. 3 und 2 BGB entgegen.¹

Insgesamt liegt ein wirksamer Vertrag vor, womit auch die Frage offenbleiben kann, ob dies Voraussetzung für einen Widerruf ist.²

3. Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 3 und 4 BGB

Bereits die erste Erklärung am 6.6.2023 sowie die zweite Erklärung am 12.9.2023 könnte eine Widerrufserklärung sein. V selbst hat das zugrunde liegende Gestaltungsrecht nicht konkret benannt, schon deshalb muss ermittelt werden (§§ 133, 157 BGB), ob sie als rechtliche Laiin damit tatsächlich das Recht aus § 355 BGB meinte. Im Zweifel ist anzunehmen, dass V unter mehreren in Frage kommenden Rechten dasjenige erklärt, das für sie am günstigsten ist.³ All dies kann aber dahinstehen, wenn ein Widerruf bei beiden Erklärungen ohnehin ausgeschlossen war.

¹ Einer Nichtigkeit nach § 125 S. 1 BGB i.V.m. § 510 Abs. 1 S. 1 BGB steht bereits entgegen, dass das Spiel keine Sache (§ 90 BGB) ist.

² Nach wohl h.M. ist kein wirksamer Vertrag nötig. Zum Streitstand siehe *Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 355 Rn. 31 f.; *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 355 Rn. 40.

³ Kommen in einer Klausur also Ansprüche aus mehreren Rechten in Betracht, die nur alternativ nebeneinander denkbar sind (anders z.B. Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Rücktritt hinsichtlich der Rückgabe der Leistung, siehe dafür § 325 BGB) und ist die Erklärung nicht eindeutig auf ein bestimmtes Recht gerichtet,

4. Bestehen des ausübaren Widerrufsrechts, § 355 Abs. 1 S. 1, 5, Abs. 2 BGB

a) Widerrufsrecht, § 312g Abs. 1 Fall 2 BGB

aa) Anwendungsbereich, § 312 BGB

Bei dem Vertrag handelt es sich um einen Vertrag zwischen V als Verbraucherin (§ 13 BGB) und der U-GmbH als Unternehmerin (§ 14 BGB). Somit liegt ein Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) vor, bei dem sich V zur Zahlung eines Preises verpflichtet, sodass der Anwendungsbereich nach § 312 Abs. 1 BGB eröffnet ist.

bb) Fernabsatzvertrag, § 312c BGB

Der Vertragsschluss (Vertragsverhandlungen fanden nicht statt) zwischen der U-GmbH und V fand ausschließlich über die Webseite der U-GmbH als Telemedium (§ 312c Abs. 2 BGB a.E.) statt. Zudem sind die Website und das Geschäftsmodell gerade auf Vertragsabschlüsse ausgerichtet, sodass die Vermutung eines für den Fernabsatz organisierten Dienstleistungssystems (§ 312c Abs. 1 BGB a.E.) nicht widerlegt ist.

cc) Keine Ausnahme nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB

Die Ausnahme nach § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB scheidet bereits daran, dass die digital übermittelte Computersoftware nicht versiegelt⁴ war.

sollten in einer Klausur alle in Frage kommenden Rechte geprüft werden und anhand der Ergebnisse als Ausdruck von §§ 133, 157 BGB das für den Erklärenden günstigste ausgewählt werden.

⁴ Zu der Frage, ob von § 312 g Abs. 2 Nr. 6 BGB wegen des Wortlauts „versiegelte Packung“ überhaupt digital übermittelte Daten erfasst sein können siehe *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 312g Rn. 35; *Busch*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 312g Rn. 39; siehe zudem *Pech*, MMR 2022, 262 (264 f.) mit interessantem Hinweis auf die verschiedenen sprachlichen Fassungen. Eine Ausdehnung der Ausnahme über den Wortlaut „Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware“ hinaus auf alle digitalen Inhalte (oder gar Produkte) im Wege der Rechtsfortbildung schlägt *Pech*, MMR 2022, 262 (264) vor. Die Vollharmonisierung nach Art. 4 RL 2011/83/EU (VRRRL) steht nicht grundsätzlich entgegen. Liegt die rechtliche Frage schon außerhalb des Anwendungsbereichs europäischen Rechts, dann sind die nationalen Gerichte mangels Vorgaben des europäischen Rechts ohnehin frei; die Vollharmonisierung bezieht sich stets nur auf den Regelungsgehalt der RL (dazu und zur schwierigen Bestimmung des Anwendungsbereichs *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20 ff.; *Kuhn*, EuR 2015, 216 ff.; siehe auch *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 179 f.). Innerhalb des Anwendungsbereichs europäischen Rechts verbietet die Vollharmonisierung zwar, dass nationale Gerichte allein auf Basis des nationalen Rechts Rechtsfortbildung entgegen den Vorgaben aus den RL betreiben (Art. 288 UAbs. 3 AEUV), jedoch ist auch dem europäischen Recht die Rechtsfortbildung nicht fremd (*Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 97 ff., 185 ff.; siehe auch BVerfGE 75, 223 (243); zu den dogmatischen Unterschieden bei der Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung siehe *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, S. 353 ff.). Ist also auf europäischer Ebene nach europäischer Methodik (die Voraussetzungen sind weitgehend vergleichbar mit der deutschen Methodik; siehe zu den Details *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht, 2012, S. 147 ff.) eine Analogie zu bilden, so sind die nationalen Gerichte aufgrund des Gebots richtlinienkonformer Auslegung sogar verpflichtet, eine solche europäische Analogie mit den Mitteln der nationalen Methodik auf das nationale Recht zu übertragen (*Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 196 ff.). Ob es in solchen Fällen für nicht-letztinstanzliche nationale Gerichte bei dem bloßen Vorlagerecht nach Art. 267 UAbs. 2 AEUV bleibt oder der EuGH über den Wortlaut hinaus (in bestimmten Fällen der Rechtsfortbildung) eine allgemeine Vorlagepflicht annehmen würde, ist offen. Insbesondere bei einer teleologischen Reduktion könnte wegen Nichtanwendung europäischen Rechts eine Vorlagepflicht für alle nationalen Gerichte bestehen (vgl. EuGH NJW 1988, 1451 zur Ungültigkeit von EU-Akten). Wenn die vollharmonisierende RL den Mitgliedstaaten Spielräume zugesteht, ist innerhalb des Anwendungsbereichs eine Analogiebildung rein auf Ebene des nationalen Rechts aus europäischer Sicht dagegen wieder kein Problem, solange die Analogie innerhalb des gesetzten Spielraums bleibt (*Riehm*, EuZW 2010, 567 [571]; *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH, 2012, S. 190 ff.).

dd) Zwischenergebnis

Somit bestand ursprünglich ein Widerrufsrecht.

b) Kein Fristablauf, § 355 Abs. 2 BGB

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage und beginnt grundsätzlich mit Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 BGB).

V möchte sich hinsichtlich beider Teile des einheitlichen Vertrags⁵ lösen, sodass sich für jeden Vertragsteil unterschiedliche Zeitpunkte für den Fristbeginn ergeben könnten; eine einheitliche Frist nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB scheitert an der fehlenden Wareneigenschaft des Spiele-Abonnements. Betrachtet man die Grafikkarte isoliert, kommt § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB in Frage. Bei der isolierten Betrachtung des Spiele-Abonnements kommt dagegen § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht, jedenfalls wenn man von einem digitalen Inhalt ausgeht.⁶

Eine solche isolierte Betrachtung scheidet aus, wenn es sich *nach dem Gesetz* bei den beiden Vertragsteilen um einen einheitlichen Vertragsgegenstand handelt. Ein solcher Fall findet sich in §§ 475b f. BGB bzw. § 327a Abs. 3 BGB.⁷ Jedenfalls gewährleistet das Spiel nicht die Funktionen der Grafikkarte; wenn überhaupt dient die Grafikkarte umgekehrt der (grafischen) Nutzung des digitalen Produkts, weshalb ein Fall von § 327a Abs. 3 BGB eindeutig ausscheidet.

Ob ein einheitlicher Vertragsgegenstand vorliegt, muss jedoch nicht entschieden werden, wenn die Frist in jedem Fall bereits abgelaufen ist.⁸

Alle Informationspflichten wurden erfüllt, sodass ein späterer Fristbeginn nach § 356 Abs. 3 S. 1 BGB nicht gegeben ist. Damit war die Frist bereits am 6.6.2023 als erster möglicher Termin für die Widerrufserklärung eindeutig abgelaufen.

Somit kann hier ebenfalls dahinstehen, ob das Spiel tatsächlich ein digitaler Inhalt i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB und deshalb das Widerrufsrecht ggf. bereits vor Fristablauf gem. § 356 Abs. 5 Nr. 2 BGB mit Herunterladen/Nutzung des Spiels erloschen ist, oder ob es sich um eine digitale Dienstleistung i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 2 BGB handelt, wofür § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB nur eine Ausnahme enthält, wenn die Frist länger läuft als der Zeitraum bis zur vollständigen Erbringung der Dienstleistung.⁹

⁵ Da ein einheitlicher Vertrag vorliegt, scheidet eine Anwendung von § 360 BGB und damit hier ein Anspruch nach §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1, 360 BGB aus. § 360 Abs. 2 S. 1 BGB macht bereits im Wortlaut deutlich, dass zwei getrennte Verträge (die dann zusammenhängen) vorausgesetzt werden (so auch *Kaesling*, in: juris-PraxisKommentar BGB, 10. Aufl. 2023, § 327a Rn. 6).

⁶ Digitale Dienstleistungen sind nicht von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasst, sodass hier einfach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB gilt. Für digitale Inhalte, die von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfasst sind, ergibt sich allerdings im Ergebnis nichts anderes (jeweils „mit Vertragsschluss“). § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist insoweit jedenfalls klarstellend (siehe zur Notwendigkeit von § 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 356 Rn. 34).

⁷ Dies entspricht – jedenfalls seit Anpassung durch Art. 4 Nr. 1 lit. a RL (EU) 2019/2161 – auch dem Verständnis von Art. 2 Nr. 3 VRRL (i.V.m. Art. 2 Nr. 5 RL [EU] 2019/771 [WKRL]). Jedenfalls diesen Fall übersieht wohl *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 356 Rn. 25. Ein weiterer gesetzlicher Fall, in dem eine Sache und ein digitales Produkt als einheitlicher Vertragsgegenstand behandelt werden könnten, liegt wohl vor, wenn das digitale Produkt – ohne bereits ein digitales Element zu sein – Zubehör der Kaufsache i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB ist. Ebenso im Falle, dass eine Sache Zubehör eines digitalen Produkts ist (§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 4 BGB). Zubehör meint dabei nicht Zubehör i.S.d. § 97 BGB (*Matusche-Beckmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2023, § 434 Rn. 85; *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327e Rn. 22).

⁸ Angesichts des nach h.M. (*Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 355 Rn. 33; *Mörsdorf*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.10.2023, § 355 Rn. 41) möglichen Teilwiderrufs, steht einer isolierten Betrachtung (sofern es sich nach dem Gesetz um mehrere Vertragsgegenstände handelt) nach den Vertragsgegenständen des einheitlichen Vertrags nicht entgegen, dass dadurch ggf. der Vertrag auch nur hinsichtlich einzelner Vertragsgegenstände widerrufen werden kann.

⁹ Ausführlich zu Abgrenzungsmöglichkeiten *Pech*, MMR 2022, 348 ff.; siehe auch *Riehm*, RD 2022, 209 (210 f.).

Anmerkung: Während der Gesetzgeber bei der Umsetzung der WKRL und DURL wohl noch selbst davon ausging, dass die teils sehr schwierige Unterscheidung zwischen digitalem Inhalt und digitaler Dienstleistung für die Rechtsanwendung weitgehend keinen Unterschied machen wird,¹⁰ ist diese Aussage jedenfalls für § 356 Abs. 4 und 5 BGB nicht mehr zutreffend. Im Sinne der möglichst weitreichenden Verwirklichung der Verbraucherschutzrechte¹¹ wäre im Zweifel – weil längerer Erhalt des Widerrufsrechts – eine (digitale) Dienstleistung anzunehmen. Diesen Gedanken bestätigt jedenfalls im Ergebnis ErWG 30 RL (EU) 2019/2161 a.E.

c) Zwischenergebnis

V steht im Zeitpunkt einer möglichen Widerrufserklärung schon kein Widerrufsrecht mehr zu, sodass offenbleiben kann, ob sich die Erklärung als Widerruf auslegen ließe.

5. Ergebnis

V steht gegen die U-GmbH hinsichtlich des Spiele-Abonnements und/oder der Grafikkarte kein Anspruch aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, 312g Abs. 1 Fall 2 BGB zu.

II. Anspruch der V gegen die U-GmbH auf Rückzahlung des Entgelts für das Spiele-Abonnement, (§§ 535, 578b Abs. 2 S. 1 und 2 BGB,) § 327o Abs. 2 und Abs. 3 BGB

1. Mietvertrag i.S.d. §§ 535, 578b Abs. 1 BGB

Anmerkung: Für den hier geprüften Anspruch ist die Qualifikation des Vertrags als Mietvertrag eigentlich irrelevant, denn § 578b BGB stellt nur klar, was sich ohnehin schon aus den §§ 327 ff. BGB als Spezialregelung ergibt: Im Falle eines Vertrags i.S.d. § 327 Abs. 1 BGB, wofür der genaue Vertragstyp gerade egal ist, gelten die besonderen Vorschriften der §§ 327 ff. BGB. Daraus könnte man schlussfolgern, dass in der Klausur dieser Punkt gar nicht zu prüfen ist.¹²

Andererseits könnte man die einzelnen Verweisungsvorschriften als Spezialregelungen gegenüber § 327 BGB begreifen und diese daher vorrangig prüfen und nur auf § 327 BGB selbst zurückgreifen, wenn das BGB keinen eigens geregelten Vertragstyp enthält.¹³

Im Anwendungsbereich der WKRL stellt sich dieses Problem nur sehr vereinzelt, da dort die speziellen Vorschriften zum Kauf von Waren mit digitalen Elementen weitgehend im Kaufrecht geregelt sind

¹⁰ Siehe Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn.13) mit Verweis auf BT-Drs. 19/27653, S. 39. Die vom Europäischen Parlament beabsichtigte „klare Unterscheidung“ zwischen digitalem Inhalt und digitaler Dienstleistung (Sitzungsdokument des Europäischen Parlaments A8-0375/2017, S. 99) ist ausgeblieben.

¹¹ Siehe bereits Art. 1 VRRL. Auch der EuGH tendiert dazu, Ausnahmen, die die Verbraucherrechte einschränken, eng auszulegen. Siehe etwa EuGH NJW 2019, 1507 Rn. 34; 2020, 3771 Rn. 43.

¹² In diesem Sinne z.B. Heiderhoff/Rüsing, Jura 2022, 1243; Mayer/Wiesehöfer, Jura 2023, 80 (81). Aus diesem Grund ist der gesamte Prüfungspunkt II. 1. in Klammern gesetzt. Allgemein zu dem Aspekt, in einer Klausur nur für die Beantwortung der Fallfrage Relevantes (an der relevanten Stelle) zu prüfen, siehe etwa Kuhn, JuS 2008, 956; ders., in: Griebel, Vom juristischen Lernen, 2018, S. 25; ders., in: Griebel u.a., Rechtsdidaktik, Erreichtes – Misslungenes – Zukünftiges, 2023, S. 246 f. Allgemein zur Notwendigkeit und Relevanz einer Abgrenzung der Vertragstypen für die §§ 327 ff. BGB Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 (19 ff.).

¹³ Kalle/Zilz, Jura 2022, 1032 f.; ebenso Kirchhefer-Lauber, JuS 2022, 1125 (1126). Für einen Mittelweg Kock, Jura 2023, 610 (617). Auch Gansmeier/Kochendörfer, Jura 2022, 1447 (1451) halten es jedenfalls für notwendig, den Vertragstyp zu erwähnen und auf die Spezialvorschrift (dort § 453 Abs. 1 S. 2 BGB) hinzuweisen.

(siehe auch § 327 Abs. 3 S. 1 BGB), sodass ein Eingehen auf das Vorliegen eines Kaufvertrags im vorgenannten Sinne für das Gutachten ohnehin relevant ist.¹⁴

Berücksichtigt man, dass der Gesetzgeber die Vorschriften §§ 327 ff. BGB unabhängig vom jeweiligen Vertragstyp ausgestaltet,¹⁵ aber zusätzlich dennoch Verweisungsvorschriften geschaffen hat, erscheint es wohl am konsequentesten, stets – soweit vorhanden¹⁶ – beide Vorschriften zu zitieren.¹⁷ Dann könnte man zwar noch immer erwägen, die Verweisungsnorm neben §§ 327 ff. BGB zu zitieren und schlicht feststellen, dass die Frage, ob es sich um den Vertragstyp der jeweiligen Verweisungsnorm handelt, wegen § 327 Abs. 1 BGB (ggf. i.V.m. § 327a Abs. 1 oder Abs. 2 BGB) offenbleiben kann. Dem muss man jedoch entgegen, dass – jedenfalls wenn der Bearbeitungsvermerk dies fordert – im Gutachten auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen ist und die Art des Vertragstyps – gerade wenn es eine (wenn auch im Ergebnis irrelevante) Verweisungsnorm gibt – eine solche aufgeworfene Rechtsfrage ist. Anstatt diese Frage dann isoliert als „Hilfsgutachten“ zu prüfen, kann dies auch an einer inhaltlich passenden Stelle wie hier in die Prüfung integriert werden – ggf. mit dem Hinweis, dass die Feststellung streng genommen für die (weitere) Prüfung irrelevant ist (siehe II. 1. d) a.E.).

a) Vertragsschluss und Verbrauchervertrag

Zum Vertragsschluss als solchen, sowie zum Vorliegen eines Verbrauchervertrags siehe bereits I. 4.

a) aa).

b) Vertragsgegenstand

Bei dem Vertragsgegenstand handelt es sich um digitale Inhalte i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 BGB, wenn die Daten nach dem Vertragsinhalt in digitaler Form¹⁸ sowohl erstellt als auch bereitgestellt werden sollen¹⁹. Der Vertrag sieht vor, dass V nach Abschluss des Vertrags ein Datenpaket herunterladen und auf ihrem Computer damit ein Programm installieren kann, über das das Spiel später gestartet werden kann. Das Datenpaket als solches besteht aus digitalen Daten, die über das Internet auch digital bereitgestellt werden sollen. Allerdings dient dieses Programm gerade nur dazu, mit den Servern des Spieleanbieters in Kontakt zu treten und dadurch das rein online-basierte²⁰ Computerspiel spielen zu können. Das Spiel ist jedoch nur in Verbindung mit dem Serverdienst verwendbar, sodass für die Einordnung wohl vernachlässigt werden kann, dass der bei V installierte Datensatz ggf. einen nicht ganz unerheblichen Teil des Spiele-Abonnements ausmacht. Dieser Teil stellt damit eher eine digitale Dienstleistung i.S.d. § 327 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BGB dar.

Ob es sich im Ergebnis tatsächlich um eine digitale Dienstleistung handelt, kann hier aber weiterhin offenbleiben; Vertragsgegenstand ist jedenfalls ein digitales Produkt. Dass sich der Vertrags-

¹⁴ Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 f.

¹⁵ Siehe ErWG 12 S. 2, Art. 3 Abs. 10 DURL und BT-Drs. 19/27653, S. 26, 37 f., sowie Art. 3 Abs. 6 WKRL.

¹⁶ Zur Unvollständigkeit dieser Verweisungsvorschriften siehe bereits Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316).

¹⁷ In diesem Sinne bereits Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 f. mit kritischem Hinweis auf die Intention hinsichtlich der Verweisungsvorschriften.

¹⁸ Digital meint dabei die Darstellung von Information durch diskrete Werte. Siehe Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn. 10 f. m.w.N.).

¹⁹ Spätestens aus § 327b BGB ergibt sich, dass es nicht auf die Erfüllung dieser Bereitstellungspflicht ankommt, sondern darauf, dass der Unternehmer nach dem Vertrag verpflichtet ist, die Daten digital bereitzustellen. Siehe dazu ebenfalls Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn. 11).

²⁰ Ein Computerspiel, das als solches auf einem Computer läuft, ist daher wohl ein digitaler Inhalt, da Vertragsgegenstand die fertig programmierten Daten für das Spiel sind (vgl. Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 [1316]; siehe auch Riehm, RD 2022, 209 [211 Rn. 9]).

gegenstand somit auf digitale Produkte bezieht (§ 327 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB), steht der Annahme eines Mietvertrags nicht entgegen (§ 548a BGB²¹; zudem § 578b BGB).

c) Pflichten eines Mietvertrags, § 535 BGB

Ob ein Mietvertrag (über digitale Produkte) vorliegt, bestimmt sich danach, ob dem Gläubiger der „Gebrauch der Mietsache“ (hier digitale Produkte, § 548a BGB) auf Zeit („während der Mietzeit“), § 535 Abs. 1 S. 1 BGB, gegen ein Entgelt, § 535 Abs. 2 BGB, gewährt wird.

Im Vordergrund steht die Interaktion mit den Servern der U-GmbH, die das Online-Spiele-Erlebnis überhaupt erst ermöglichen. Dabei ist nach Inhalt des Vertrags nicht entscheidend, dass V über die Server einmalig Daten zur Verfügung gestellt werden, die sie bei sich abspeichern kann, sondern dass sie sich über die Zeit des Vertrages mit den Servern verbinden kann und diese Daten verarbeiten bzw. ihr (neue²²) Daten zur Verfügung stellen. Bei dieser Bereitstellung über die Vertragslaufzeit handelt es sich um einen Gebrauch auf Zeit i.S.d. § 535 BGB.

Anmerkung: Im Falle einer dauerhaften Bereitstellung i.S.d. § 327e Abs. 1 S. 2 BGB wird in aller Regel ein Mietvertrag vorliegen.²³ Eine dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts im Kaufrecht ist ausnahmsweise nur denkbar, wenn das digitale Produkt in Form eines digitalen Elements mit der Kaufsache verbunden ist (§ 327a Abs. 3 BGB). Dann ist trotz des mietrechtlichen Charakters hinsichtlich des digitalen Elements dennoch Kaufrecht anwendbar (siehe § 475c BGB).²⁴ Vorsicht ist geboten bei Abonnements, die eine wiederkehrende einmalige Bereitstellung zum Inhalt haben.²⁵

Das auf dem Computer der V zu installierende Datenpaket stellt dagegen nur den Zugang zu dem Online-Service sicher (vergleichbar mit einem Schlüssel bei einem analogen Mietvertrag) und hat daher auf die Einordnung des Vertrages keinen Einfluss. Dass diese Daten nach Vertragsschluss nicht „zurückgegeben“ werden müssen, steht dem nicht entgegen, sondern ist gerade Ausprägung der Besonderheit solcher Verträge über digitale Produkte (siehe auch § 327p Abs. 1 BGB und § 327o Abs. 5 S. 1 BGB e contrario).

Für die Nutzung wird ein Entgelt von 120 € für 24 Monate entrichtet.

²¹ Zur Frage, inwieweit § 548a BGB dafür konstitutiv bzw. nur klarstellend ist siehe *H. Schmidt*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 548a Rn. 3. Nach der ursprünglichen Konzeption war mit „Mietsache“ nur eine körperliche Sache i.S.d. § 90 BGB gemeint (Mot. II, 369); siehe zudem den unterschiedlichen Wortlaut bei der Miete einerseits („Mietsache“) und der Pacht andererseits („Gegenstand“).

²² Dass die Server auch Daten verarbeiten und nicht nur dort gespeicherte Daten zum Abruf bereit halten (wie etwa bei einem Cloud-Service), ist für die Einordnung als Mietvertrag nicht entscheidend, da in beiden Fällen die Server-Infrastruktur über eine gewisse Zeit hinweg gebraucht wird (so schon vor Einführung der §§ 327 ff. BGB BGH NJW 2007, 2394 [2394 Rn. 12]). Im Falle der Verarbeitung kommt nur ein zusätzlicher Gebrauch hinsichtlich des Verarbeitungsprozesses dazu (siehe zudem die Gleichstellung in § 327 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 BGB).

²³ Kritisch *Riehm*, RDt 2022, 209 (212 ff.). Allerdings sollte jedenfalls die dauerhafte Versorgung der Server für eine digitale Dienstleistung mit Strom nicht der Annahme eines Mietvertrags entgegenstehen (so aber *Riehm*, RDt 2022, 209 [212 f. Rn. 14–16]), da die Versorgung mit Energie, Wasser, Wärme gerade typische Pflicht eines Mietvertrags sein kann (*Häublein*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 535 Rn. 92; *Börstinghaus/Siegmund*, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, Kommentar, 7. Aufl. 2023, BGB § 535 Rn. 277), wie etwa auch §§ 556 ff. BGB zeigen.

²⁴ BT-Drs. 19/27424, S. 34. Siehe dazu auch *Brüderlin/Mögn/Eder*, Jura 2022, 1314 (1319 Fn. 31 m.w.N.).

²⁵ ErwG 56 S. 2 DIRL mit dem Beispiel eines wöchentlichen Downloadlinks für jeweils ein neues E-Book.

d) Zwischenergebnis

Somit liegt ein Mietvertrag i.S.d. § 578b Abs. 1 S. 1 BGB vor, was für § 327 Abs. 1 BGB aber letztlich unerheblich ist. Dass daneben hinsichtlich der Grafikkarte auch ein Kaufvertrag und damit ein typen- gemischter Vertrag vorliegt, ist für die Einordnung als Mietvertrag unerheblich, da jeder Vertragsteil des einheitlichen Vertrages nach seinem Vertragsgegenstand zu behandeln ist (vgl. § 327a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 BGB).²⁶

2. Anwendungsbereich der §§ 327 ff. BGB

Es handelt sich um einen Verbrauchervertrag (§§ 327 Abs. 1 S. 1, 310 Abs. 3 BGB; siehe oben I. 4. a) aa)) über digitale Produkte gegen Zahlung eines Preises (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB; siehe oben unter 1. c) und I. 4 a) aa)).

3. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327e, 327m Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BGB

a) Produktmangel, § 327e BGB

aa) Abweichung von den Anforderungen nach § 327e Abs. 1 S. 1 BGB

Indem V vor dem Download des Spiels aus der Auflistung der geeigneten Betriebssysteme das Betriebssystem ihres Computers auswählte, könnte die Möglichkeit der Nutzung des Spiels mit eben diesem Betriebssystem eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit nach § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB darstellen.

Hiervon erfasst sind auch Anforderungen an die Kompatibilität und die Interoperabilität. Nach der gesetzlichen Definition (§ 327e Abs. 2 S. 3 und 4 BGB) unterscheiden sich diese danach, ob das digitale Produkt mit der üblichen oder anderen Soft- und Hardware funktioniert. Für die subjektiven Anforderungen muss es maßgeblich auf die Vereinbarung ankommen und nur nachrangig auf das, was üblicherweise zu erwarten ist.²⁷

Die Funktionsfähigkeit mit dem Betriebssystem der V wurde durch die Auflistung und die anschließende Auswahl ihres Betriebssystems wohl konkludent vereinbart (§§ 133, 157 BGB). Sieht man dies anders, so wurde hierdurch jedenfalls die Verwendung mit dem Betriebssystem der V vertraglich vorausgesetzt, sodass eine Abweichung i.S.v. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b BGB vorliegt.

Daher ist eine Abweichung von den subjektiven Anforderungen gegeben.

Daneben ist eine Abweichung von § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB möglich. Selbst wenn man eine Abweichung von § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a BGB mangels Vereinbarung verneint, so kann – auch schon wegen der Angaben durch die U-GmbH auf der Website, siehe dazu auch § 327e Abs. 3 S. 2 BGB – ein Verbraucher jedenfalls die Kompatibilität mit dem von V genutzten Betriebssystem erwarten.

²⁶ Somit kommt es i.R.v. § 327a Abs. 1 und 2 BGB nicht mehr auf die Frage an, ob bei einem typengemischtem Vertrag die Art des Vertrages nach der Absorptions- oder Kombinationsmethode zu bestimmen ist. So auch Weiß, ZVertriebsR 2021, 208 (209), Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 (20). Siehe auch Walkusz/Dreßler, JuS 2023, 44 (46).

²⁷ Die Formulierung „in der Regel“ in § 327e Abs. 2 S. 3 BGB erweist sich als Fremdkörper bei der Bestimmung der subjektiven Anforderungen. In diese Richtung auch Metzger, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327e Rn. 15. Zur Entstehungsgeschichte Staudenmayer, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, DCD Art. 7 Rn. 36 f.

Somit ergibt sich auch hieraus ein Produktmangel.²⁸

Zudem könnte das Online-Spiel den Anforderungen nach §§ 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 327f BGB nicht entsprechen. Aufgrund der dauerhaften Bereitstellung (§ 327e Abs. 1 S. 3 BGB) hat die U-GmbH über die gesamte Dauer des Abonnements (§ 327f Abs. 1 S. 1, S. 3 Nr. 1 BGB) Aktualisierungen zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit des Spiels bereitzustellen.²⁹ Die durch die Änderung ausgelöste Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand kann durch eine Aktualisierung wiederhergestellt werden; diese würde mithin dem Erhalt der Vertragsmäßigkeit (§§ 327d, 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB) dienen. Dass V hier ggf. selbst die Installation der neuen Version durchgeführt und dadurch die vertragswidrige Änderung selbst herbeigeführt hat, ändert daran schon wegen der sie treffenden Obliegenheit nach § 327f Abs. 2 BGB nichts;³⁰ siehe zudem den Rechtsgedanken aus § 327e Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BGB. Bisher hat die U-GmbH keine Aktualisierung bereitgestellt³¹, sodass dies ebenfalls einen Produktmangel begründet.

bb) Zur maßgeblichen Zeit, § 327e Abs. 1 S. 2, S. 3 BGB

Die Abweichungen lagen zwar noch nicht im Zeitpunkt der Bereitstellung vor. Aufgrund der dauerhaften Bereitstellung (siehe oben 3. a) aa)) des Spiele-Abonnements ist gem. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB jedoch der gesamte Bereitstellungszeitraum maßgeblich.

cc) Kein Produktmangel wegen zulässiger Änderung gem. § 327r Abs. 1 BGB

§ 327r Abs. 1 BGB erlaubt dem Unternehmer unter weiteren Voraussetzungen Änderungen des digitalen Produkts („darf [...] nur vornehmen, wenn“). Schon dieser Wortlaut deutet darauf hin, dass aus der Befugnis zur Änderung folgt, dass eine solche zulässige Änderung keinen Produktmangel begründen kann. Diese Rechtsfolge ergibt sich spätestens daraus, dass ein Produktmangel grundsätzlich die Pflicht zur Nacherfüllung auslöst (§§ 327i Nr. 1, 327l Abs. 1 BGB), was in aller Regel auf Beseitigung der Änderung hinaus- und damit dem Sinn einer Änderungsbefugnis nach § 327r BGB zuwiderlaufen

²⁸ Dass die Abweichung erst nachträglich durch eine Aktualisierung erfolgte, ist für die Abweichung als solche zunächst unerheblich (zum nach § 327e BGB maßgeblichen Zeitpunkt siehe den übernächsten Prüfungspunkt). Vgl. zu fehlerhaften oder unvollständigen Aktualisierungen ErwG 44 S. 4 DURL.

²⁹ § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB ist im Grunde nur eine Klarstellung, da bei einer dauerhaften Bereitstellung bereits nach § 327e Abs. 1 S. 3 BGB für die Bestimmung des Mangels auf den gesamten Bereitstellungszeitraum abzustellen ist.

³⁰ Da die Obliegenheit nach § 327f Abs. 2 BGB nur für Aktualisierungen i.S.d. Abs. 1 gilt, könnte man überlegen, die Zurechnung der Abweichung zum Unternehmer aufgrund der Installation durch den Verbraucher nur dann nicht zu verneinen, wenn es sich bei der Installation, die den Fehler herbeigeführt hat und nun durch eine (erneute) Aktualisierung behoben werden soll, auch schon um eine Aktualisierung i.S.d. § 327f Abs. 1 BGB handelte. Mit Blick darauf, dass der Verbraucher in der Regel nicht bewerten können wird, ob es sich bei den Daten, die er installieren soll, um eine Aktualisierung, Änderung oder eine Mischung daraus handelt, wird man dies aber wohl verneinen (siehe zu diesem letzten Gedanken *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 281).

³¹ Ein Produktmangel nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB wird bereits durch die Bereitstellung der (vollständigen und fehlerlosen) Aktualisierung beseitigt; nichts anderes ist ja auch durch § 327f Abs. 1 S. 1 BGB geschuldet. Eine Installation ist nicht notwendig; dies obliegt dem Verbraucher, was auch nochmals § 327f Abs. 2 BGB zeigt. Für eine einmalige Bereitstellung, bei der sich *nach* Bereitstellung nachträglich ein Produktmangel immer nur aus § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB ergeben kann (siehe §§ 327e Abs. 1 S. 2, 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB), führt dies zu einer weitreichenden faktischen Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 327f Abs. 2 BGB, der an die nach § 327f Abs. 1 BGB gerade nicht geschuldete Aktualisierung anknüpft (siehe dazu *Leithäuser*, RD 2023, 274 [278 Rn. 28 ff.]). Dasselbe Problem stellt sich im Kaufrecht hinsichtlich der identischen Regelung in § 475b Abs. 5 BGB (dies nicht kritisierend *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2023, § 475b Rn. 34).

würde.³² Zudem führt eine vertraglich eingeräumte³³ Änderungsmöglichkeit (siehe § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB) dazu, dass der Unternehmer mit einer (zulässigen) Änderung den Inhalt des Vertrags ändert, der gerade Maßstab für die Bestimmung des Produktmangels nach § 327e BGB ist.³⁴

Anmerkung: Umgekehrt schließt eine Änderung i.S.d. § 327r BGB, die dessen Anforderungen nicht erfüllt und sofern infolgedessen eine Abweichung von § 327e BGB eintritt (also insbesondere bei für den Verbraucher negativen Änderungen), einen Produktmangel und daran anknüpfende Rechte des Verbrauchers nicht aus (ErwG 77 S. 4 DURL).

Entsprechend dem Wortlaut erfasst § 327r BGB nur Änderungen des digitalen Produkts selbst und gerade keine Änderung der äußeren Umstände.³⁵ Zudem sind alle Änderungen, die für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind, von § 327r BGB nicht erfasst (siehe Wortlaut); also alle Änderungen, die (zielführend³⁶) im Rahmen der Aktualisierungspflicht (§§ 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 327f Abs. 1 BGB) bereitgestellt oder im Rahmen der Nacherfüllungspflicht (§ 327i Nr. 1, 327l Abs. 1 BGB) zur Vermeidung bzw. Beseitigung von Mängeln vorgenommen werden.³⁷

Durch den „Umbau“ wurde das digitale Produkt durch den Unternehmer geändert. Da diese Änderung einen Produktmangel begründet hat, indem eine Funktion des digitalen Produkts entfernt wurde, geht die Änderung über das zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderliche Maß hinaus. Zudem liegt die von § 327r Abs. 1 BGB vorausgesetzte dauerhafte³⁸ Bereitstellung vor (siehe oben 3. a) aa)).

³² Vgl. ErwG 77 S. 3 und 4 DURL.

³³ *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 278. Siehe auch *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327r Rn. 15, 17.

³⁴ Dies gilt auch für die objektiven Anforderungen nach § 327e Abs. 2 BGB, die grundsätzlich nicht am Maßstab des (subjektiven) Vertragsinhalts, sondern eben objektiv bestimmt werden, soweit es um die vertragliche Abweichungsbefugnis von objektiven Anforderungen geht (siehe § 327h BGB). Zum Verhältnis von § 327r BGB zu § 327h BGB siehe unten Fn. 40.

³⁵ So auch *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 278.

³⁶ Werden zum Zwecke der Mängelvermeidung bzw. -beseitigung Änderung am digitalen Produkt vorgenommen, ohne den Mangel zu beseitigen, so sind solche Änderungen auch nicht für die Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich. Wird durch die Aktualisierung (neben einer Fehlerbeseitigung auch) ein oder mehrere neue Fehler eingebaut, so führt dies ebenfalls zu einem Produktmangel und einer Aktualisierungspflicht, ErwG 44 S. 4 DURL (siehe auch ErwG 30 WKRL). Siehe auch Fn. 31.

³⁷ Die in Fn. 36 vorgenommene theoretische Abgrenzung zwischen bloßer Änderung und Aktualisierung kann in der Praxis freilich sehr kompliziert oder gar unmöglich werden. Da aber dogmatisch eine klare Abgrenzung möglich ist, sollte es gerade mit Blick auf die Schaffung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Art. 1 sowie insb. ErwG 3 DURL) kritisch gesehen werden, wenn zur Lösung vorgeschlagen wird, dem Unternehmer ein gerichtlich nur einschränkbar überprüfbares Ermessen einzuräumen, was zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich ist (so aber *Martens*, Schuldrechtsdigitalisierung, 2022, Rn. 282).

³⁸ Die für eine analoge Anwendung des § 327r BGB auf eine einmalige Bereitstellung notwendige Planwidrigkeit scheint aufgrund der klaren Unterscheidung in einmalige und dauerhafte Bereitstellung fernliegend (zustimmend *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 8; ebenso aber kritisch *Možina*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2022, DCD Art. 19 Rn. 23 f.). Die Vollharmonisierung steht einer Analogie allerdings nicht grundsätzlich entgegen (so aber etwa *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 8 f.). Da Änderungen im Falle einmaliger Bereitstellung wohl auch noch vom Anwendungsbereich der DURL erfasst sind (Art. 3 Abs. 1 DURL; siehe allerdings den nicht ganz eindeutigen ErwG 74 S. 1 DURL), gilt das in Fn. 4 zur Analogiebildung Gesagte (dem grundsätzlich zustimmend *Možina*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2022, DCD Art. 19 Rn. 24; nicht überzeugend dagegen *Wendland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 8). Aus diesem Grund wird man § 327r BGB auch als abschließend ansehen und im Umkehrschluss eine Änderung im Falle einmaliger Bereitstellung generell als unzulässig einstufen müssen; eine dennoch bestehende (vertragliche) Vereinbarung verstieße folglich gegen § 327s BGB (*Bach*, NJW 2019, 1705 [1707]; *Možina*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2022, DCD Art. 19 Rn. 23 f.; a.A. wohl *Wendland*, in: BeckOK BGB,

Allerdings scheidet die Berechtigung zur Änderung bereits am Fehlen eines Änderungsvorbehalts im Vertrag³⁹ (§ 327r Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 BGB),⁴⁰ sodass sich bezüglich der festgestellten Mangelhaftigkeit auch nach § 327r BGB nichts anderes ergibt.

Stand: 1.8.2023, § 327r Rn. 9, da im Falle einmaliger Bereitstellung auf § 308 Nr. 4 BGB verwiesen wird). Insbesondere erscheint dies für die DURL auch wertungsmäßig überzeugend, besteht doch bei einmaliger Bereitstellung auf Seite des Unternehmers kein legitimes Interesse an Änderungen (*Schreiber/Esser*, RDi 2022, 317 [319]), jedenfalls wenn er seine Pflicht bereits vollständig durch die einmalige Bereitstellung erfüllt hat. *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 280 nimmt ebenfalls an, dass Art. 19 DURL und damit § 327r BGB abschließend sind, hält aber noch als Minus zur Aktualisierung eine Änderung für möglich, solange dadurch nicht die Vertragsmäßigkeit nach § 327d BGB berührt wird. Die WKRL sieht gar keine spezielle Vorschrift für Änderungen vor. Im Anwendungsbereich der WKRL (Waren mit digitalen Elementen) kann durchaus das Interesse an Änderungen bestehen, gerade wenn das digitale Element i.S.d. § 475c BGB dauerhaft bereitgestellt wird. Mit Blick auf die klare Begrenzung des § 327r BGB im Anwendungsbereich der DURL auf die dauerhafte Bereitstellung, dem teilweise fast schon zufälligen Umstand, welche RL zur Anwendung kommt (Stärke der Verbindung zwischen digitalem Produkt und Sache bzw. Beweglichkeit der Sache, siehe § 327a Abs. 2 und 3 BGB) und der Tatsache, dass Waren mit digitalen Elementen nur aus Gründen des näheren Sachzusammenhangs in der WKRL und nicht in der DURL geregelt wurden (siehe hierzu Sitzungsdokument des Europäischen Parlaments A8-0375/2017, S. 100; Dokument des Rats der Europäischen Union ST 9261 2018 INIT, S. 4 ff.), liegt es sehr nahe, dass der europäische Gesetzgeber eine entsprechende Vorschrift in der WKRL schlicht vergessen hat. Daher sollte § 327r BGB auf dauerhaft bereitgestellte digitale Elemente (§ 475c BGB) analog angewandt werden, mit der Folge, dass dann auch nur im Falle der dauerhaften Bereitstellung des digitalen Elements nach § 327r BGB analog Vereinbarungen eines Änderungsvorbehalts zulässig sind und ansonsten gegen § 476 BGB verstoßen. Da die WKRL mit der Regelung von Aktualisierungspflichten abschließend normiert hat, wann Änderungen zulässig sind, liegt die Frage der analogen Anwendung noch im Anwendungsbereich der WKRL (a.A. *Faust*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2023, § 475b Rn. 40), sodass bereits auf europäischer Ebene die Voraussetzungen für die analoge Anwendung des Art. 19 DURL vorliegen müssen (siehe erneut zur Rechtsfortbildung Fn. 4).

³⁹ Ist eine Änderungsmöglichkeit nicht vereinbart, kann selbstverständlich für die geänderte Version ein neuer Vertrag geschlossen werden (ErwG 75 S. 7 DURL). Dann sollte es auch möglich sein, durch einvernehmliche Änderung des bestehenden Vertrags nachträglich eine Änderungsmöglichkeit i.S.d. § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB zu vereinbaren (a.A. *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327r Rn. 6); siehe allerdings die Ausführungen in der folgenden Fn. 40 zu § 327h BGB.

⁴⁰ Ist im Vertrag ein solcher Änderungsvorbehalt vereinbart, so muss dieser auch wirksam sein. Für diese Frage wird insbesondere relevant, ob die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts hinsichtlich objektiver Anforderungen i.S.d. § 327e Abs. 3 BGB auch den Beschränkungen von § 327h BGB unterliegt. Zwar verlangen sowohl Art. 8 Abs. 5 DURL als auch § 327h BGB, dass der Verbraucher bereits bei Vertragsschluss informiert wird, wenn das digitale Produkt von den objektiven Anforderungen „abweicht“ und nicht nur abweichen kann; jedoch deutet jedenfalls ErwG 74 S. 5 DURL an, dass für Änderungsvorbehalte bezüglich objektiver Anforderungen ebenfalls strengere Maßstäbe gelten könnten. Der ErwG fordert nach seinem Wortlaut, dass der Verbraucher dann „ausdrücklich zustimmt“, wenn die Änderungen hinsichtlich objektiver Anforderungen bereits „bei Vertragsschluss vorhersehbar sind“, sodass jedenfalls § 327r Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 BGB in einem solchen Fall dahingehend einzuschränken ist, dass eine konkludente Vereinbarung nicht genügt (Letzteres wird jedenfalls in der Praxis wegen der erforderlichen Angabe triftiger Gründe für die Änderungsmöglichkeit, § 327r Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 BGB, ohnehin eher unüblich sein). Ob der europäische Gesetzgeber mit diesem Hinweis intendiert hat, dass § 327h BGB gelten soll (also neben der Ausdrücklichkeit insbesondere die Erklärung auch „gesondert“ zu erfolgen hat; so im Ergebnis ohne Bezugnahme auf ErwG 74 DURL *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327r Rn. 17) bleibt offen. Daneben stellt sich die Frage, ob § 327r BGB abschließend die Anforderungen an die vertragliche Vereinbarung bestimmt oder ob auch andere Unwirksamkeitsgründe – namentlich § 308 Nr. 4 BGB im Falle von AGB – zu berücksichtigen sind. Anders als bei § 651f BGB (siehe dessen Abs. 3) sah sich der deutsche Gesetzgeber bei der DURL durch die ausführlichen Regelungen und die Vollharmonisierung nicht gezwungen, sich im Normtext zum AGB-Recht zu äußern. In BT-Drs. 19/27653, S. 77 geht er jedenfalls von einer parallelen Geltung beider Regelungen aus. Siehe auch *Hunzinger*, CR 2022, 349 (352 ff.) zu den wohl deckungsgleichen Anforderungen an § 308 Nr. 4 BGB und § 327r Abs. 1 Nr. 1 BGB (auch mit Verweis auf den Wortlaut der Klausel-RL). Auch wenn man AGB als Aspekte des allgemeinen Vertragsrechts begreift, hilft Art. 3 Abs. 10 DURL nicht weiter, da dieser selbst einschränkt: „soweit diese Aspekte nicht in dieser Richtlinie geregelt werden“.

dd) Zwischenergebnis

Ein Produktmangel liegt damit vor und V stehen die Rechte aus § 327i BGB offen.

b) Grund zur Vertragsbeendigung, § 327m BGB

aa) Ausschluss der Nacherfüllung gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 1, 327l Abs. 2 Fall 2 BGB

Gem. § 327l Abs. 2 Fall 2 BGB ist die Nacherfüllung im Falle von unverhältnismäßigen Kosten ausgeschlossen. Die U-GmbH hätte ihre Serverkapazitäten umfangreich aufstocken müssen, was aber nur einer sehr geringen Zahl von Spielern zugutekommen würde, sodass sich daraus durchaus eine Unverhältnismäßigkeit der Kosten ergibt.⁴¹

Für den Ausschluss der Nacherfüllung gem. § 327l Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB genügt dem Wortlaut nach bereits das Vorliegen der Unverhältnismäßigkeit. § 327l Abs. 2 S. 1 BGB stimmt weitgehend mit dem zugrundeliegenden Art. 14 Abs. 2 DURL überein; auch dieser verlangt seinem Wortlaut nach nur das Vorliegen unverhältnismäßiger Kosten für den Ausschluss der Nacherfüllung. Demgegenüber fordert ErwG 65 S. 1 DURL, der Art. 14 Abs. 2 DURL näher erläutern soll, dass der Unternehmer sich im Falle von unverhältnismäßigen Kosten „weigert“, nachzuerfüllen.

Durch die Ausgestaltung als Einwendung wird dem Unternehmer das Recht zur zweiten Andienung genommen.⁴² Anders als etwa in § 439 Abs. 4 S. 1 BGB⁴³, wo der deutsche Gesetzgeber dem Unternehmer die Möglichkeit offenlassen wollte, sein Recht zur zweiten Andienung dennoch wahrzunehmen⁴⁴, läge es damit in der Hand des Verbrauchers, ob dieser sofort seine Sekundärrechte geltend macht. Vor dem Hintergrund, dass der Unternehmer die Kosten der Nacherfüllung zu tragen hat (siehe § 327l Abs. 1 S. 1 BGB a.E.⁴⁵) macht eine Einschränkung bei Unverhältnismäßigkeit für Unternehmer durchaus Sinn. Dabei muss zusätzlich berücksichtigt werden, dass der Ausschluss des Rechts zur zweiten Andienung durch Art. 14 Abs. 2 Hs. 2 DURL klar als Ausnahme geregelt ist („es sei denn“); denn es stellt für den Unternehmer die einzige Möglichkeit dar, die Geltendmachung von Sekundärrechten abwenden zu können. In der Konsequenz sollte er entscheiden können, ob er trotz unverhältnismäßig hoher Kosten die Nacherfüllung (überobligatorisch) dennoch vornimmt.

Dementsprechend wurde Art. 14 Abs. 2 Fall 2 DURL als Einrede und nicht als Einwendung ausgestaltet.⁴⁶ Dies ist im Wege der teleologischen Reduktion richtlinienkonform auf § 327l Abs. 2 S. 1 Fall 2

⁴¹ Im vorliegenden Fall würde die U-GmbH durch die Nacherfüllung über den Vertrag mit V hinaus auch keine weiteren Spieler gewinnen, sodass offenbleiben kann, ob solche Synergieeffekte über den individuellen Vertrag hinaus für die Bewertung der Unverhältnismäßigkeit relevant sind (so BT-Drs. 19/653, S. 67), oder ob dies erst recht ein Argument ist, dem Unternehmer in Fällen der Unverhältnismäßigkeit des einzelnen Vertrags die Entscheidung, die Nacherfüllung trotzdem zu erbringen (dazu sogleich), selbst zu überlassen. Ausführlicher zur Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit m.w.N. *Gansmeier/Kochendörfer*, Jura 2022, 1447 (1451 f.).

⁴² Kritisch bereits *Schmidt-Kessel*, Stellungnahme zum deutsche Umsetzungsgesetz, S. 14.

⁴³ Die früher zugrunde liegende Regelung in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 VerbGKRL war fast identisch wie Art. 14 Abs. 2 DURL formuliert (auch ErwG 11 S. 1 VerbGKRL stellte nicht klar, ob es sich, wie schon damals vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt, um eine Einrede handelt). Der nun geltende Art. 13 Abs. 2 WKRL ist insoweit leider nicht klarer. Erst aus Art. 13 Abs. 3 DURL für den Fall der Unverhältnismäßigkeit beider Nacherfüllungsvarianten (i.V.m. ErwG 49 S. 2 DURL für den Fall, dass eine Variante unmöglich und die andere unverhältnismäßig ist bzw. allgemein ErwG 51 S. 2 DURL; beide ErwG sprechen allerdings dann vom Verweigern bei Unverhältnismäßigkeit und der typischerweise als Einwendung ausgestalteten Unmöglichkeit) ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber wohl grundsätzlich von einer Einrede für den Fall der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Kaufrecht ausgeht.

⁴⁴ BT-Drs. 14/6040, S. 232.

⁴⁵ Art. 14 Abs. 3 DURL.

⁴⁶ Offengelassen bei *Gansmeier/Kochendörfer*, Jura 2022, 1447 (1451 f.). Im Ergebnis ohne weitere Begründung *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, Kommentar zum BGB, 82. Aufl. 2023, § 327l Rn. 4, wobei offenbleibt, ob § 327l

BGB zu übertragen.

Vorliegend hat sich die U-GmbH nicht auf die Einrede nach § 327I Abs. 2 S. 2 Fall 2 BGB berufen, sodass kein Fall von § 327m Abs. 1 Nr. 1 BGB gegeben ist. Dieses Recht zur Vertragsbeendigung scheidet folglich aus.

bb) Nacherfüllung nicht innerhalb angemessener Frist erfolgt, §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327I Abs. 1 BGB

Seit der Information durch V gegenüber der U-GmbH am 6.6.2023 über den Mangel⁴⁷ (siehe zur Relevanz dieses Zeitpunkts § 327I Abs. 1 S. 2 BGB) sind circa drei Monate vergangen, ohne dass die U-GmbH nacherfüllt hat. Dies entspricht mehr als 10 % der Vertragslaufzeit des Abonnements. Auch wenn die nötige Erweiterung der Serverkapazität möglicherweise eine längere Zeit beansprucht, sind – auch angesichts der Äußerung gegenüber V, sie müsse sich nur kurz gedulden – circa drei Monate als angemessen i.S.v. § 327I Abs. 1 S. 2 BGB anzusehen.⁴⁸ Der Nacherfüllungsanspruch wurde nicht erfüllt, sodass der Vertragsbeendigungsgrund nach § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB gegeben ist.

c) Kein Ausschluss gem. § 327m Abs. 2 S. 1 BGB

Durch den Produktmangel wird der Zugriff der V auf das Spiel mit ihrem aktuellen System komplett aufgehoben. Bereits dies spricht gegen einen nur unerheblichen Mangel. Zudem bildet das Betriebssystem die Grundlage des Systems der V, sodass ein Update auf ein aktuelleres Betriebssystem nicht nur Zeit und – soweit kostenpflichtig – Geld beanspruchen würde, sondern auch Kompatibilitäts-

Abs. 2 BGB insgesamt als Einrede verstanden wird. A.A. *Bernzen/Specht-Riemenscheider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327I Rn. 12; *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327I Rn. 11; *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327I Rn. 12; *Stürmer*, Jura 2022, 159 (160). *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, DCD Art. 14 Rn. 42 spricht sich aus Gründen der Rechtsklarheit ebenfalls gegen eine Einrede aus. Insoweit widersprüchlich ist, dass dann aber überlegt wird, dass bei trotzdem erfolgter Nacherfüllung den Sekundärrechten der Einwand treuwidrigen Verhaltens entgegengehalten werden kann. Ähnlich *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 300. Der deutsche Gesetzgeber bejaht unter Bezugnahme auf ErwG 65 DURL ebenfalls die Möglichkeit des Unternehmers, sich zu weigern, und verweist in diesem Zusammenhang aber auf das Recht aus § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB (BT-Drs. 19/27653, S. 67). Dabei verkennt er jedoch, dass ErwG 65 S. 1 DURL erstens einen klaren Bezug zu der Fallgruppe der Unverhältnismäßigkeit herstellt und zweitens § 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB kein „Recht des Unternehmers [...] die Nacherfüllung zu verweigern“ (BT-Drs. 19/27653, S. 67) für den Fall der Unverhältnismäßigkeit schafft, da der Verbraucher bereits nach § 327m Abs. 1 Nr. 1 BGB den Vertrag beenden kann. Anders bei § 475d Abs. 1 BGB, wo – neben der klaren Ausgestaltung von § 439 Abs. 4 BGB als Einrede („kann...verweigern“) – die Fälle von § 327m Abs. 1 Nr. 1 und 5 BGB in § 475d Abs. 1 Nr. 4 BGB quasi kombiniert wurden und sich dieses Problem daher dort nicht ergibt.

⁴⁷ Dies entspricht dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 3 DURL; ein ausdrückliches Nacherfüllungsverlangen nach § 327I Abs. 1 S. 1 BGB ist demnach nicht nötig. Siehe dazu *Heiderhoff/Rüsing*, Jura 2022, 1243 (1247). Mangels Wahlmöglichkeit bei § 327I Abs. 1 BGB ist auch nicht erforderlich, dass der Verbraucher die Art der Nacherfüllung bestimmt. Zu diesem Aspekt i.R.d. WKRL siehe ausführlich *Brüderlin/Mögn/Eder*, Jura 2022, 1314 (1322).

⁴⁸ Anders als § 439 Abs. 1 BGB unterscheidet § 327I Abs. 1 BGB nicht zwischen verschiedenen Arten der Nacherfüllung, sodass für den Verbraucher noch unklarer ist, ob der Unternehmer zur Beseitigung des Mangels auf Handlungen des Verbrauchers – insbesondere Ermöglichung des Zugriffs auf Computer – angewiesen ist. Da auch die DURL dem Nacherfüllungsanspruch grundsätzlich Vorrang vor anderen weiteren Rechten des Verbrauchers einräumt, wird man die Rspr. zu Art. 3 VerbrGKRL übertragen können und verlangen müssen, dass der Verbraucher die Nacherfüllung nicht dadurch vereitelt, dass er sich weigert, dem Unternehmer das digitale Produkt bereitzustellen. Es bleibt dann Aufgabe des Unternehmers dem Verbraucher mitzuteilen, ob, wie und ggf. wo er das digitale Produkt benötigt. Ob Handlungen dann vom Verbraucher verlangt werden können oder allein vom Unternehmer durchzuführen sind, richtet sich danach, ob sich die Nacherfüllung als kostenfrei und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher i.S.d. § 327I Abs. 1 BGB bzw. Art. 14 Abs. 3 DURL erweist (grundlegend EuGH, Urt. v. 23.5.2019 – C-52/18 = NJW 2019, 2007 [2011 Rn. 57 ff.] – Füllä/Toolport GmbH).

und Integrationschwierigkeiten mit sich bringen kann.⁴⁹ Daher liegt kein Ausschluss nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB für das bejahte Recht aus § 327m Abs. 1 Nr. 2 BGB vor.

d) Zwischenergebnis

V hat gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB ein Recht zur Vertragsbeendigung.

4. Recht zur Vertragsbeendigung wegen Änderung des digitalen Produkts, § 327r Abs. 3 S. 1 BGB

a) Voraussetzungen nach § 327r Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB

Eine Änderung i.S.d. § 327r Abs. 1 BGB liegt vor (siehe oben 3. a) cc)). Durch die Änderung der U-GmbH kann V mit ihrem Betriebssystem nicht mehr auf das Spiel zugreifen, sodass eine Einschränkung der Zugriffsmöglichkeit des digitalen Produkts i.S.d. § 327r Abs. 3 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB vorliegt.⁵⁰ Indem der Wortlaut nur die tatsächliche Vornahme der Änderung voraussetzt, zeigt sich, dass Abs. 3 trotz seiner systematischen Stellung nicht nur für Änderungen gilt, die nach Abs. 1 zulässig sind.⁵¹ Jedenfalls erscheint es, wenn Abs. 3 für die genannten Einschränkungen bei einer zulässigen Änderung nach Abs. 1 dem Verbraucher ein besonderes Recht zur Vertragsbeendigung gewährt, zudem erst recht gefertigt, dem Verbraucher dieses Recht zu gewähren, wenn er noch zusätzlich dadurch beeinträchtigt ist, dass die Änderung nicht gem. Abs. 1 zulässig war.⁵² Zwar hat dies zur Folge, dass dem Unternehmer anders als bei einem Recht zur Vertragsbeendigung nach § 327m Abs. 1 Nr. 2, 3 und 5 BGB die Möglichkeit zur Nacherfüllung genommen wird, da diese bei § 327r Abs. 3 BGB schlicht nicht vorgesehen ist. Allerdings erfolgt die Änderung aktiv durch den Unternehmer, sodass es durchaus gerechtfertigt erscheint, ihm dann – stützt man die Vertragsbeendigung auf § 327r Abs. 3 S. 1 BGB – kein Recht zur Nacherfüllung zugestehen; dies gerade auch dann, wenn die Änderung zusätzlich einen Produktmangel begründet, der gem. §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB grundsätzlich erst nach Fristablauf zu einem Recht auf Vertragsbeendigung führt.⁵³

Die Information ist allein für die Frist der Vertragsbeendigung und nicht für das Recht zu dieser erheblich (§ 327r Abs. 3 S. 2 BGB). Mangels Information, die den Anforderungen nach Abs. 2 genügt, hat die Frist noch nicht einmal begonnen. Damit ergibt sich grundsätzlich ein Recht zur Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB.

b) Kein Ausschluss nach § 327r Abs. 4 BGB

Aus den unter 3. c) genannten Gründen ist auch ein Ausschluss nach § 327r Abs. 4 Nr. 1 BGB für § 327r

⁴⁹ Angesichts der Schwere dieser Umstände muss es wohl ausreichend sein, dass bereits abstrakt ein Risiko für solche Schwierigkeiten durch ein Update des Betriebssystems besteht. Im Übrigen wäre der Ausschlussgrund („ist ausgeschlossen“) für die U-GmbH positiv, sodass sie ohnehin die Darlegungs- und Beweislast tragen würde.

⁵⁰ Mit einer Einschränkung des Zugriffs geht notwendigerweise eine Einschränkung der Nutzbarkeit für die betroffene Person einher. Um dem Begriff „Nutzbarkeit“ in § 327r Abs. 2 BGB daher eine eigenständige Bedeutung zukommen zu lassen, sollte darunter die abstrakte Tauglichkeit des digitalen Produkts zur vertragsgemäß geschuldeten Verwendung verstanden werden (überzeugend *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327r Rn. 21).

⁵¹ *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327r Rn. 28.

⁵² Im Ergebnis *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327r Rn. 17; wohl auch *Metzger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 327r Rn. 16 f., wonach das Recht unabhängig von der Erfüllung der Informationspflicht, die für eine zulässige Änderung notwendig wäre, bestehen soll.

⁵³ Siehe zu § 327m BGB bereits oben unter II. 3.

Abs. 3 S. 1 BGB zu verneinen. Eine Nutzungsmöglichkeit des unveränderten Produkts nach § 327r Abs. 4 Nr. 2 BGB besteht ebenfalls nicht.

c) Zwischenergebnis

Somit ergibt sich für V auch aus § 327r Abs. 3 S. 1 BGB ein Recht zur Vertragsbeendigung.

5. Erklärung der Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 1 S. 1 BGB

Eine mögliche Vertragsbeendigung könnte bereits am 6.6.2023 erklärt worden sein. Indem V die Rückzahlung des Entgelts verlangt, bringt sie ausreichend zum Ausdruck, dass der Vertrag nicht weiter durchgeführt und stattdessen rückabgewickelt werden soll (§§ 133, 157 BGB). Allerdings kann V sich am 6.6.2023 mangels Fristablaufs noch nicht auf das Recht zur Vertragsbeendigung nach §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB stützen (siehe oben II. 4. a)). Jedoch besteht das Recht zur Vertragsbeendigung gem. § 327r Abs. 3 S. 1 BGB ab der Änderung und damit bereits am 6.6.2023 (siehe oben II. 4. c)); § 327o Abs. 1 S. 1 BGB gilt gem. § 327r Abs. 5 BGB für dieses Recht entsprechend.

Somit kommt es nicht mehr darauf an, dass am 12.9.2023 theoretisch eine Vertragsbeendigung auf §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB hätte gestützt werden können. Da die Rechtsfolgen sich jeweils aus §§ 327o f. BGB ergeben (im Falle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 327r Abs. 5 BGB) und damit keine Unterschiede für V bestehen, muss auch nicht geklärt werden, ob V mit ihrer Erklärung sich alleine auf ein Recht aus den §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB stützen wollte, sondern es ist davon auszugehen, dass sie den Vertrag zum frühestmöglichen Zeitpunkt beenden wollte (§§ 133, 157 BGB).

6. Umfang der Rückzahlung nach Vertragsbeendigung, § 327o Abs. 2–4 BGB i.V.m. § 327r Abs. 5 BGB

Gem. §§ 327r Abs. 5, 327o Abs. 2 S. 1 BGB hat der Unternehmer grundsätzlich das gesamte bereits geleistete Entgelt zu erstatten. Dies erfasst, wie § 327o Abs. 2 S. 2 BGB klarstellt, auch den im Voraus entrichteten Teil des Entgelts für die verbleibende Zeit des Abonnements.

Nach Abs. 3 S. 1 entfällt bei einer dauerhaften Bereitstellung (zum Vorliegen dieser siehe 3. a) aa)) nicht nur der Anspruch auf das im Voraus erbrachte Entgelt, sondern auch der Teil des Entgelts für bereits erbrachte Leistungen – aber nur, soweit das digitale Produkt mangelhaft war. Insoweit ist Abs. 3 S. 1 auch eine Einschränkung der umfassenden Erstattungspflicht nach Abs. 2 S. 1.⁵⁴ Zu erstatten ist für bereits erbrachte Leistungen dann nur dieser Teil (Abs. 3 S. 2).⁵⁵ Das Spiel hat von 24 Monaten

⁵⁴ Daher ist es etwas irritierend, dass Abs. 3 S. 1 einleitet mit „Abweichend von Absatz 2 Satz 2“. Der deutsche Gesetzgeber wollte wohl neben der Erstattungspflicht in Abs. 3 S. 2 klarstellen, welcher Teil des Anspruchs nachträglich erlischt. Da er aber in Abs. 2 S. 1 für bereits erbrachte Leistungen nur die Erstattung anspricht (und damit ein Erlöschen nur implizit annimmt) und nur für zukünftige Leistungen das Erlöschen anspricht in Abs. 2 S. 2, musste er in Abs. 3 S. 1 für die Rechtsfolge „erlischt [...] auch“ konsequenterweise auf Abs. 2 S. 2 Bezug nehmen. Insoweit sind § 327o Abs. 2 und 3 BGB sprachlich sehr ungeschickt formuliert. Insoweit zu Recht kritisch *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 332 f.

⁵⁵ Damit steht der Unternehmer für Produktmängel, die erst nach der Bereitstellung auftreten, im Falle der dauerhaften Bereitstellung deutlich besser als im Falle der einmaligen Bereitstellung, wo wegen § 327f Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 5 BGB (sowohl wegen nicht erfüllter Aktualisierung, als auch wegen des Entstehens neuer Fehler durch – fehlerhaft vorgenommene – Aktualisierung) aber ebenfalls ein nachträglich auftretender Produktmangel und damit ein Recht auf Vertragsbeendigung möglich ist. Folge dort ist nach § 327o Abs. 2 BGB aber immer Erstattung des gesamten Entgelts mangels Nutzungsersatzansprüchen des Unternehmers gegen den Verbraucher (zu dieser Schlechterstellung siehe auch *Riehm/Abold*, CR 2021, 530 [539]; *Hubert/Hengstler*, MMR 2022, 623 [627]). Wegen des aus § 327f Abs. 1 S. 3 BGB folgenden Dauerschuldcharakters auch bei einmaliger Bereitstellung besteht eine Vergleichbarkeit zu der Situ-

nur einen Monat lang funktioniert, daher ergibt sich für die bereits für 24 Monate gezahlten 120 € ein Erstattungsbetrag von $120 \text{ €} \div 24 \times 23 = 115 \text{ €}$.

7. Fälligkeit und Durchführung der Erstattungspflicht, §§ 327o Abs. 4, 327n Abs. 4 S. 2–5 BGB

Dieser Betrag ist jedenfalls innerhalb von 14 Tagen nach der erfolgten Erklärung zur Vertragsbeendigung (§ 327n Abs. 4 S. 2 und 3 BGB) in Form des ursprünglich verwendeten Zahlungsmittels zu erstatten (§ 327n Abs. 4 S. 4 Hs. 1 BGB).

8. Ergebnis

V hat gegen die U-GmbH einen Anspruch auf Rückzahlung von 115 € seit spätestens dem 20.6.2023 gem. (§§ 535, 578b Abs. 2 S. 1, S. 2 BGB,⁵⁶) §§ 327o Abs. 2 und 3 i.V.m. § 327r Abs. 3 S. 1, Abs. 4 BGB.

III. Anspruch auf Rückzahlung des Entgelts für die Grafikkarte gem. §§ 346 Abs. 1 Fall 1, 327m Abs. 4 bzw. 5 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung sowie Nutzungsersatz gem. §§ 348, 320, 322 BGB

1. Vertragsschluss hinsichtlich Grafikkarte

V und die U-GmbH haben hinsichtlich der Grafikkarte ebenfalls einen Vertrag⁵⁷ geschlossen. Für das

ation bei dauerhafter Bereitstellung, sodass eine analoge Anwendung von § 327o Abs. 3 BGB auf die einmalige Bereitstellung und damit gleichzeitig eine teleologische Reduktion von § 327o Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Zustimmung m.w.N. *Bernzen/Specht-Riemenschneider*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2023, § 327o Rn. 12; offengelassen bei *Kramme*, RD i 2020, 21 (26 f.); kritisch einer Analogie gegenüber *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327o Rn. 6. Einer Analogie steht wohl die Wertung aus Art. 17 Abs. 3 D iRL nicht entgegen, da dort ausdrücklich nur Ansprüche für den Zeitraum ausgeschlossen werden sollen, in dem das digitale Produkt mangelhaft war und gerade nicht für den Zeitraum der Nutzung im mangelfreien Zustand (siehe auch ErWG 72 S. 1 D iRL). Insoweit ist die Begründung in BT-Drs. 19/27653, S. 71 ungenau, wenn dort der Ausschluss für Wertersatz insgesamt auf Art. 17 Abs. 3 D iRL gestützt wird. Für eine dauerhafte Bereitstellung ist dies im Ergebnis sogar unzutreffend, da der Unternehmer das Entgelt für den mangelfreien Zeitraum gem. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 D iRL (umgesetzt in § 327o Abs. 3 S. 1 BGB) behält; für eine einmalige Bereitstellung folgt dies bereits aus Art. 16 Abs. 1 und Abs. 1 D iRL (umgesetzt durch § 327o Abs. 2 S. 1 BGB). Erblickt man in diesem Umstand einen von der D iRL gewährten Handlungsspielraum, so richtet sich die Rechtsfortbildung nach den für das deutsche Recht geltenden Regeln. Wer dies anders sieht, hat auf die in Fn. 4 erläuterten Grundsätze zurückzugreifen, was im Ergebnis aber auch keinen Unterschied machen sollte. Dann stellt sich allerdings die Frage, welchen Regelungsgehalt Art. 17 Abs. 3 D iRL hat. Einen Anwendungsfall könnte man darin erblicken, dass die bereits fällige Zahlungspflicht des Verbrauchers für einen Zeitraum, in dem ein Mangel vor Rücktritt vorlag, aber der Verbraucher dieser Zahlungspflicht noch nicht nachgekommen ist, erlischt (siehe hierzu *Twigg-Flesner*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, 2020, DCD Art. 17 Rn. 31 ff.). Dies ist jedenfalls in Art. 16 Abs. 1 D iRL nicht in dieser Deutlichkeit angesprochen. Im Anwendungsbereich der WKRL gilt nach § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, dass im Falle des Rücktritts auch für die Nutzung eines digitalen Elements grundsätzlich Nutzungsersatz zu leisten ist. Wieso ein digitales Element anders als ein sonstiges digitales Produkt behandelt werden soll, erschließt sich auch an dieser Stelle nicht (für mögliche Argumente für die Rechtsfortbildung siehe oben Fn. 38 zur analogen Anwendung von § 327r BGB auf die WKRL). Nach dem zuvor Gesagten bietet sich auch hier an, die Regelung von § 327o Abs. 3 BGB insgesamt (also sowohl einmalige als auch dauerhafte Bereitstellung) auf das digitale Element im Wege der Analogie zu übertragen. Hier hat der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich der Modalitäten der Rückabwicklung – anders als bei der D iRL – ausdrücklich einen Spielraum (ErWG 60, Art. 16 Abs. 3 und Abs. 2 WKRL).

⁵⁶ Ein Anspruch auf Rückzahlung von im Voraus entrichteter Miete aufgrund von Kündigung (§ 543 BGB i.V.m. § 547 Abs. 1 BGB bzw. § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 BGB) bzw. auf Rückzahlung für Mietzahlungen während der Nutzung des Abonnements (§§ 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1, 536 Abs. 1 S. 1 bzw. 2 BGB) scheidet wegen § 578b Abs. 1–3 BGB aus.

⁵⁷ Es handelt sich hier recht eindeutig um einen Kaufvertrag, da die Grafikkarte unabhängig von dem Abonne-

Zustandekommen des Vertrags wird auf die Ausführungen unter I. 1. entsprechend verwiesen.

2. Gesetzliches Rücktrittsrecht, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5 BGB

a) Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels, §§ 327i Nr. 2, 327m Abs. 1 BGB

Ein Recht zur Vertragsbeendigung wegen Produktmangels ergibt sich hier nach §§ 327m Abs. 1 Nr. 2, 327l Abs. 1 BGB (siehe oben II. 4. a)).⁵⁸ Dieses Recht besteht allerdings erst ab Ablauf der angemessenen Frist und hätte daher erst eine Vertragsbeendigung jedenfalls zum 12.9.2023 erlaubt (siehe oben II. 3. b). aa)).

Wie oben festgestellt, besteht auch ein Recht zur Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB. Dieses müsste aber auch zur Beendigung hinsichtlich des Vertrags über die Grafikkarte nach § 327m Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5 BGB berechtigen. § 327i BGB, der in seiner Nr. 2 auch auf Abs. 4 und 5 von § 327m BGB verweist, verlangt, genauso wie § 327m Abs. 1 BGB, auf den die Abs. 4 und 5 von § 327m BGB verweisen, dass das digitale Produkt mangelhaft ist. Wie gezeigt (siehe oben unter II. 3. a)), kann sich aus einer unzulässigen Änderung ein Mangel ergeben. Das Recht aus § 327r Abs. 3 S. 1 BGB knüpft aber gerade nicht an den Umstand an, dass ein Mangel besteht, sondern allein daran, ob eine Änderung i.S.d. § 327r Abs. 1 BGB vorliegt. Es besteht gerade sogar im Falle einer zulässigen Änderung nach § 327r Abs. 1 BGB. Zudem ist das Recht gerade nicht in § 327m Abs. 1 BGB genannt, worauf aber § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB verweisen.⁵⁹

b) Analoge Anwendung von § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB auf Fälle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB

In Betracht kommt allerdings eine analoge Anwendung von § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB auf Fälle von § 327r Abs. 3 S. 1 BGB. § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB formulieren die Rechtsfolge mit „vom Vertrag lösen“ ohne Bezug zu spezifischen Rechten zur Lösung vom Vertrag (z.B. Rücktritt, Kündigung, etc.), sodass hieraus bereits geschlussfolgert werden kann, dass der Gesetzgeber Normen schaffen wollte, die möglichst alle Vertragskonstellationen erfasst.⁶⁰ Dass die in § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB genannten Rechte nicht spezifisch mit einem Mangel des digitalen Produkts einhergehen müssen, zeigt der Gesetzgeber, indem er dieselben Rechte im Falle der unterbliebenen Bereit-

ment gegen Zahlung der 800 € behalten werden darf. Anders als oben bei II. 1. ist hier aber nach den zu prüfenden Normen nicht die Vertragsart zu klären. Insbesondere wird kein Recht nach §§ 437 Nr. 2, 434, 323 BGB geltend gemacht. Zudem ist der Vertragstyp recht eindeutig und daher nicht wirklich eine aufgeworfene Rechtsfrage.

⁵⁸ Die teilweise geäußerte Kritik an der sprachlichen Ungenauigkeit hinsichtlich der Rechtsfolge (*Rosenkranz ZUM 2021, 195 [200]*) überzeugt nicht. Es ist ausdrücklich vorgesehen, dass sich der Verbraucher „im Hinblick auf alle Bestandteile [...] vom Vertrag lösen [kann]“; die Norm ist ihrer Rechtsfolge entsprechend eindeutig als spezieller Grund zur Vertragsauflösung ausgestaltet (siehe auch BT-Drs. 19/27653, S. 52). Die von *Rosenkranz* aufgeworfene Frage, ob es sich um eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung handelt, stellt sich mangels Verweisung nicht. Der hier gewählte Aufbau, den Grund zur Lösung vom Vertrag mit dem jeweiligen Rechtsbehelf (hier Rücktritt) des betroffenen Vertragstyps zu prüfen, entspricht der gesetzgeberischen Konzeption (BT-Drs. 19/27653, S. 52).

⁵⁹ Ist ein digitales Produkt mit dem anderen Vertragsgegenstand, der durch Kaufvertrag erworben wurde, verbunden oder in ihm enthalten (§ 327a Abs. 2 BGB) und liegt kein Fall von § 327a Abs. 3 BGB vor, ermöglichen §§ 327c Abs. 7, 327m Abs. 5 BGB bei den dort genannten Problemen hinsichtlich des digitalen Teils auch einen Rücktritt hinsichtlich des Kaufs der Sache. Dass dieses nicht in der WKRL vorgesehene Rücktrittsrecht hinsichtlich der gekauften Sache nicht gegen die Vollharmonisierung von Art. 4 WKRL verstößt, ergibt sich nicht schon aus Art. 3 Abs. 6 DURL, der den Mitgliedstaaten einen Spielraum für die Beendigung bei Paketverträgen (Vertrag zwischen denselben Personen) gibt, sondern wohl erst aus ErwG 34 S. 2 DURL.

⁶⁰ So ausdrücklich BT-Drs. 19/27653, S. 52 und 70.

stellung gewährt (§ 327c Abs. 6 S. 1 bzw. Abs. 7 BGB). Den Situationen ist demnach gemein, dass ein leistungsbezogener Umstand, der ein Recht zur Vertragsbeendigung gewährt, auch zur Beendigung des anderen Vertragsteils berechtigen soll. Im Falle von §§ 327c und 327m BGB ist der Umstand eine Pflichtverletzung durch den Unternehmer. Jedenfalls im Falle der Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB wegen einer *unzulässigen* Änderung würde es sich genauso um eine Pflichtverletzung handeln.

Hinzu kommt, dass die Rechte in § 327m Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 BGB bzw. § 327c Abs. 6 S. 1 und Abs. 7 BGB darauf abstellen, ob der andere Teil des Vertrags für den Verbraucher auch ohne den digitalen Teil in irgendeiner Form Sinn ergibt und nicht völlig sinnlos ist (siehe „ohne das [...] Produkt kein Interesse hat“ bzw. „sich die Sache nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet“). Die Sinnlosigkeit des anderen Vertragsteils bei einer Verbindung beider Vertragsteile (sei es durch die Zusammenfassung in einem Vertrag oder durch eine innere Verbindung von digitalem Produkt und anderem Gegenstand) stellt sich sogar unabhängig vom Umstand, der dem Recht zur Vertragsbeendigung des digitalen Teils zugrunde liegt. Es erscheint daher als durchaus überzeugend, dass der Gesetzgeber schlicht übersehen hat, diese Erweiterung auch beim Recht nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB vorzusehen. Daher sind die §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB analog⁶¹ auf eine Vertragsbeendigung nach § 327r Abs. 3 S. 1 BGB – jedenfalls bei einer unzulässigen Änderung durch den Unternehmer – anzuwenden.⁶²

c) Vertragstyp nach § 327a Abs. 2 oder 3 BGB

Aus § 327a BGB ergibt sich nicht eindeutig, wie sich Abs. 1 und 2 zueinander verhalten; klar ist nur, dass jedenfalls kein Fall von Abs. 3 vorliegen darf. Diese Frage kann allerdings offenbleiben, wenn nur einer der Absätze erfüllt ist.

Anmerkung: Teilweise wird vertreten, dass es sich bei § 327a Abs. 2 BGB schlicht um einen Unterfall von Abs. 1 handle, der vollständig in Abs. 1 aufgehe.⁶³ Dies verkennt jedoch die gesetzliche Konzeption. Stehen die Leistungsgegenstände zueinander in dem in § 327a Abs. 2 BGB geforderten Verhältnis, könnte eine solche Konstellation zwar durchaus unter Abs. 1 fallen. Dies setzt jedoch nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Abs. 1 voraus, dass die Leistungsgegenstände Teil eines einheitlichen Vertrags zwischen denselben Personen sind. Für Abs. 2 ist dies aber nicht zwingend der Fall; so kann

⁶¹ Mit §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB hat der deutsche Gesetzgeber keine europäischen Vorgaben umgesetzt, sondern war gem. Art. 3 Abs. 6 und Abs. 3 DURL in der Gestaltung frei (dies muss in der Klausur natürlich nicht bekannt sein). Daher kann die Analogie allein auf nationaler Ebene gebildet werden (siehe hierzu bereits oben Fn. 4).

⁶² Für den umgekehrten Fall, dass allein ein Recht zum Lösen vom nicht-digitalen Teil besteht, hat der Gesetzgeber keine Erweiterung auf den digitalen Teil vorgesehen. Art. 3 Abs. 6 und Abs. 3 DURL und ErWG 34 S. 2 DURL würden dem wohl nicht entgegenstehen. Mangels Regelungen für diesen Fall und Anhaltspunkten in den Gesetzesmaterialien muss eine Analogie hierzu aber wegen fehlender Planwidrigkeit abgelehnt werden, obwohl der Grund – die erwähnte Sinnlosigkeit des einen ohne den anderen Vertragsteil – genauso für diesen umgekehrten Fall passen würde. Im Ergebnis ebenso *Fries*, in: BeckOGK, Stand: 1.7.2023, § 327c Rn. 20, der allerdings ohne nähere Begründung die vergleichbare Interessenlage für die Analogie verneint. Nach deutschem Recht bleiben damit in einem solchen Fall nur die Rechte nach § 313 BGB, der auch in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 6 und Abs. 3 DURL und ErWG 34 S. 2 DURL angewandt werden darf. Warum *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327c Rn. 20 hier eine Analogie zu § 313 BGB für erforderlich hält (deren Anwendung er ablehnt), erschließt sich nicht.

⁶³ *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1 (8 ff.). So wohl auch *Rieländer*, GPR 2021, 257 (264) und *Tamm/Tonner*, Das neue Schuldrecht, 2022, § 2 Rn. 62. Eine nur teilweise Doppelung sieht *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 209, allerdings ohne genaue Erklärung, worin diese Doppelung genau liegt.

schon rechtlich ohne Weiteres eine andere Person sich zur Erfüllung hinsichtlich des digitalen Teils verpflichten, auch wenn nachher dieselbe Person die fremde (§ 267 Abs. 1 BGB) und ihre eigene Pflicht erbringt. Aber auch rein tatsächlich ist es ohne Weiteres denkbar, dass eine Person den digitalen Teil und eine andere Person den nicht digitalen Teil erbringt und so beide die vertraglich aufgeteilten Pflichten selbst erfüllen. Gerade für digitale Dienstleistungen, die meist von „außen“ mit dem nicht digitalen Vertragsteil interagieren, ist dies möglich, aber auch für digitale Daten, zumal nach der Richtlinie eine beabsichtigte Verbindung ja auch gerade nachträglich erfolgen kann.⁶⁴ All dies wird jedoch übersehen, wenn Abs. 2 allein als Unterfall von Abs. 1 angesehen wird.⁶⁵ Auch Abs. 3 hilft bei der Bestimmung des Verhältnisses der Absätze zueinander nicht weiter. Klar ist: Abs. 3 geht jedenfalls Abs. 1 und 2 zwingend vor; Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen sind durch die WKRL geregelt. Darüber hinaus lässt sich nur wenig aus Abs. 3 ableiten. Dieser nimmt zwar in seinem Wortlaut Bezug auf Abs. 2 und könnte daher als dessen Spezialfall angesehen werden, dies würde jedoch unberücksichtigt lassen, dass Abs. 3 auch einen inhaltlichen Bezug zu Abs. 1 hat. So ist, wie sich aus Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 475b Abs. 1 BGB ergibt, erforderlich, dass der Unternehmer sich neben der Lieferung der Ware auch zur Bereitstellung des digitalen Elements verpflichtet.⁶⁶ Damit hat Abs. 3 mit Abs. 1 gemein, dass jedenfalls dieselben Personen Vertragspartner sein müssen und diese Verpflichtung auch Teil desselben Vertrags sein muss.⁶⁷ Abgesehen von der durch § 327a Abs. 1 und 2 BGB beabsichtigten Klarstellung, dass die umfassende Geltung der §§ 327 ff. BGB für digitale Produkte eines Vertrags nicht durch Kombinationsverträge mit nicht digitalen Gegenständen umgangen werden können⁶⁸, enthalten § 327a Abs. 1 und 2 BGB keine weitergehende Regelung, sodass es für ihr Verhältnis untereinander durchaus sinnvoll ist, auf die Konsequenzen zu schauen, die der Gesetzgeber an die verschiedenen Konstellationen nach Abs. 1 und 2 knüpft. §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB sehen als autonom-nationale Bestimmungen⁶⁹ ein Recht zur Lösung vom Vertrag für den nicht digitalen Teil vor und sind damit eine Entscheidung gegen das Interesse des Unternehmers an der Erfüllung des Vertrags – jedenfalls hinsichtlich des nicht beeinträchtigten Vertragsteils. Dabei unterscheiden sich die Voraussetzungen, die für eine Vertragsbeendigung für den gesamten Kombinationsvertrag gefordert werden. Auch dieser Umstand spricht stark dafür, dass § 327a Abs. 2 BGB nicht in Abs. 1 vollständig aufgehen soll, der deutsche Gesetzgeber also eine bewusste Unterscheidung treffen wollte.⁷⁰ Bei einem Vertrag nach § 327a Abs. 2 BGB liegt eine tatsächliche Verbindung in Form des Enthaltens-/Verbundenseins zwischen dem digitalen und nicht digitalen Leistungsgegenstand des Vertrags vor. Somit hängen die beiden Gegenstände auf tatsächlicher Ebene voneinander ab, sodass es wegen dieser starken Abhängigkeit der Leistungsgegenstände einer gerechten Interessenabwägung ent-

⁶⁴ Grundsätzlich deutet ErwG 21 UAbs. 1 S. 7 DIRL an, dass ein Verbundensein/Enthaltensein nicht zwingend bereits bei Vertragsschluss schon bestehen muss, sondern auch erst im Nachhinein erfolgen kann. Siehe auch *Fries*, in: BeckOGK BGB, Stand: 1.7.2023, § 327a Rn. 10 mit dem wichtigen zusätzlichen Hinweis, dass für ein Enthaltensein, bei dem die Sache nur „Behältnis“ für das digitale Produkt ist, § 327 Abs. 5 BGB gilt. Daher ist die im Text genannte „Installation“ insofern wichtig, als das digitale Produkt quasi arbeitsfähig enthalten sein muss.

⁶⁵ So aber *Gansmeier/Kochendörfer*, ZfPW 2022, 1 (8 f.).

⁶⁶ Zur etwas ungeschickten Umsetzung dieses Aspektes durch den deutschen Gesetzgeber siehe bereits *Brüderlin/Mögn/Eder*, Jura 2022, 1314 (1317 f. Fn. 22 f.).

⁶⁷ ErwG 15 S. 2–12 WKRL.

⁶⁸ BT-Drs. 19/27653, S. 45 f.

⁶⁹ BT-Drs. 19/27653, S. 52 und 70.

⁷⁰ So ebenfalls *Meyer/Wiesehöfer*, Jura 2023, 80 (85 Fn. 30 m.w.N.) unter Hinweis auf das Gesetzgebungsverfahren, in dem diese Unterscheidung bereits umstritten war.

spricht, das Interesse des Unternehmers an der Vertragserfüllung insgesamt einzuschränken, wenn der Verbraucher bereits kein Interesse mehr am nicht-digitalen Vertragsteil hat. Dass damit § 327c Abs. 6 S. 1 BGB bzw. § 327m Abs. 4 S. 1 BGB recht oft erfüllt sein werden, ist – wie gesagt – darin begründet, dass bereits die innere tatsächlichen Verbindung der Vertragsgegenstände sehr stark sein muss und die Parteien sich dadurch auch im Klaren sein müssen – selbst wenn die Parteien für digitalen und nicht digitalen Teil nicht identisch sind, was bei § 327a Abs. 2 BGB denkbar ist⁷¹ –, dass ohne den digitalen Teil der Vertrag hinsichtlich des nicht digitalen Teils wenig Sinn ergibt.

Folgerichtig stellt der Gesetzgeber für den Paketvertrag, bei dem allein eine rechtliche Verbindung der Vertragsgegenstände, nämlich durch denselben Vertrag zwischen denselben Parteien, Voraussetzung ist, höhere Anforderungen an die Beendigung des Vertrags insgesamt, indem er beim Paketvertrag verlangt, dass der Verbraucher hinsichtlich des nicht digitalen Teils (gar) kein Interesse mehr hat (§§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB).⁷²

Auf dieser Grundlage ergibt sich, dass Abs. 2 gegenüber Abs. 1 spezieller ist, denn liegt ein Fall vor, der sowohl die Voraussetzungen von Abs. 1 als auch Abs. 2 erfüllt, ist es nicht gerechtfertigt, die an die Situation des Abs. 1 (Paketvertrag) anknüpfenden grundsätzlich höheren Voraussetzungen (kein Interesse) für die Vertragsbeendigung nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB zu verlangen, da es eben eine innere tatsächliche Verbindung der Vertragsgegenstände gibt, die eine Beendigung des Vertrags insgesamt bereits ab der Schwelle von § 327c Abs. 7 BGB bzw. § 327m Abs. 5 BGB (fehlende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung) rechtfertigt.⁷³ Entsprechend überzeugt auch die Systematik in § 327a BGB grundsätzlich; Abs. 1 ist demnach zwar nicht der Grundfall (da eben auch Fälle von Abs. 2 denkbar sind, die nicht die Voraussetzungen nach Abs. 1 erfüllen; siehe oben), ist aber nachrangig gegenüber Abs. 2 und 3. Abs. 2 geht als speziellere Vorschrift Abs. 1 vor, ist aber – insoweit direkt aus dem Wortlaut ablesbar – selbst nachrangig gegenüber Abs. 3.

Das Spiele-Abonnement ist nicht auf der Grafikkarte als Sache⁷⁴ in irgendeiner Form installiert und somit nicht in der Grafikkarte als Sache enthalten. Auch wenn die Grafikkarte während des Betriebs

⁷¹ Siehe Wortlaut (im Unterschied zu § 327a Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 BGB) und oben vor Fn. 64.

⁷² Aus den vorgenannten Gründen ist die vorgenommene Differenzierung durch den Gesetzgeber bei der Lösung vom ganzen Vertrag durchaus nachvollziehbar (in diese Richtung ebenso Meyer/Wiesehöfer, Jura 2023, 80 [85 Fn. 30]). Daher ist der Vorschlag von Gansmeier/Kochendörfer, ZfPW 2022, 1 (12), im Wege der Rechtsfortbildung stets auf das Kriterium des fehlenden Interesses abzustellen, wegen fehlender Planwidrigkeit und fehlender vergleichbarer Interessenlage abzulehnen. Ebenfalls kritisch hinsichtlich der unterschiedlichen Kriterien für die Lösung vom ganzen Vertrag Rieländer, GPR 2021, 257 (264) und Rosenkranz, ZUM 2021, 195 (205). Soweit sich die vorgebrachte Kritik darauf bezieht, dass im Falle eines Kombinationsvertrags, der gar nicht von § 327 ff. BGB erfasst wird, nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB stets der einheitliche Maßstab des fehlenden Interesses für die Lösung vom gesamten Vertrag gilt und nicht unterschieden wird nach der Stärke der Verbindung der Leistungsgegenstände, vermag auch dies nicht zu überzeugen. So könnte man schon überlegen, ob das Konzept nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, Abs. 7, 327m Abs. 4 S. 1, Abs. 5 BGB nicht überzeugender ist, da es – wie gezeigt – detaillierter die Interessen beider Parteien zum Ausgleich bringt. Zudem richtet sich die Prüfung des fehlenden Interesses bei § 323 Abs. 5 S. 1 BGB maßgeblich nach der bei Vertragsschluss beabsichtigten Verwendung (allgemein Schwarze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. B 142), mit der Folge, dass es keine Unterschiede zur Bewertung der Fälle geben sollte, bei denen es auf die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung ankommt. Insoweit könnte man in der begrifflichen Differenzierung durch den Gesetzgeber eine zu begrüßende Klarstellung der Voraussetzungen sehen.

⁷³ So bereits Brüderlin/Mögn/Eder, Jura 2022, 1314 (1316 Fn. 9). Ggf. meint Reinking, DAR 2021, 185 (187) dies, wenn er davon spricht, dass § 327a Abs. 2 BGB „[w]eitergehenden Schutz gewährt“.

⁷⁴ Wieso § 327a Abs. 2 BGB anders als Abs. 1 auf Sachen eingeschränkt wurde und sich nicht auf jeden beliebigen anderen nicht-digitalen Vertragsgegenstand bezieht, erschließt sich nicht. Nach der Gesetzesbegründung ist Abs. 2 genauso wie Abs. 1 eine Klarstellung dahingehend, dass eine (rechtliche oder tatsächliche) Verbindung zwischen digitalem Produkt und nicht-digitalem Gegenstand nichts an der Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB (auf das digitale Produkt) ändert (BT-Drs. 19/27653, S. 45 f.). Unabhängig davon, ob man diese Klarstellung

Daten des Spiels in ihren Speicher laden wird, erfolgt dies nur temporär und nur in dem Umfang, wie es für die Grafik des Spiels notwendig ist. Daher wird man dies ebenfalls nicht als Enthaltensein ansehen können.⁷⁵

Der Begriff des Verbundenseins sollte gegenüber dem Merkmal des Enthaltenseins eine eigene Bedeutung haben. Dazu bietet sich an, es im Gegensatz zum Enthaltensein nicht als – jedenfalls metaphorisch – physische Verbindung zu verstehen. Ein Verbundensein setzt dem natürlichen Wortsinn entsprechend voraus, dass Sache und digitales Produkt gegenseitig in Austausch stehen.⁷⁶ Damit könnte man hier ein Verbundensein schon deshalb ablehnen, da das Spiel zwar Daten für die grafische Verarbeitung an die Grafikkarte meldet, dies allerdings erstens über den Umweg des Computers erfolgt (das Spiel kann nicht allein mit der Grafikkarte als Komponente des Computers kommunizieren) und zweitens die Grafikkarte voraussichtlich nichts an das Spiel, sondern nur an die Anzeigegeräte des Computers etwas zurückmeldet. Ob eine solche einseitige Kommunikation ausreicht, ist nicht ausdrücklich in § 327a Abs. 2 BGB geregelt, allerdings deutet der Wortlaut, der eine Verbindung der Sache mit dem digitalen Produkt verlangt und nicht umgekehrt, darauf hin, dass jedenfalls ein Datenaustausch vom digitalen Produkt an die Sache erfolgen soll.⁷⁷ Nach all diesen Aspekten liegt kein Fall von § 327a Abs. 2 BGB vor.⁷⁸

Jedoch ist der Verbrauchervertrag (siehe oben I. 4. a) aa)) hinsichtlich Grafikkarte und Spiele-Abonnement zwischen V und der U-GmbH als Vertragsparteien zustande gekommen und es handelt sich um einen einheitlichen Vertrag, sodass ein Paketvertrag i.S.d. § 327a Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

d) Weitere Voraussetzungen nach §§ 327c Abs. 6 S. 1, 327m Abs. 4 S. 1 BGB analog

V ist nur dann auch zum Rücktritt hinsichtlich der Grafikkarte berechtigt, wenn sie an dieser ohne das geänderte digitale Produkt kein Interesse hat.

V hat sich die Grafikkarte nur für das Spiele-Abo angeschafft, da sie auch dieses Spiel mit guter Grafik spielen wollte, aber ihre Hardware dafür nicht ausgereicht hätte. Für ihren sonstigen Gebrauch ist dagegen ihre Grafikkarte völlig ausreichend, sodass sowohl subjektiv als auch objektiv kein Inte-

für erforderlich hält, ergibt sich aus § 327a Abs. 2 BGB jedenfalls nicht der (ohnehin gegen EU-Recht verstoßende) Umkehrschluss, dass bei einer tatsächlichen Verbindung zwischen digitalem Produkt und nicht-digitalem Gegenstand, der nicht unter den Sachenbegriff und damit unter § 327a Abs. 2 BGB fällt, die §§ 327 ff. BGB für den digitalen Teil nicht gelten. Spätestens für die besonderen Rechtsfolgen im Fall von § 327a Abs. 2 BGB, die der Gesetzgeber autonom für deutsches Recht (siehe oben Fn. 61) in §§ 327c Abs. 7, 327m Abs. 5 BGB vorgesehen hat, sollte § 327a Abs. 2 BGB dann aber über Sachen hinaus auf alle nicht-digitalen Gegenstände (analog) angewandt werden. Die notwendige Planwidrigkeit könnte daraus abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber sich bei der Schaffung von Abs. 2 zu sehr am Warenbegriff des Abs. 3 orientiert hat (in diese Richtung BT-Drs. 19/27653, S. 45 f.; siehe auch den früheren § 327a BGB-E in BR-Drs. 60/21, der in Abs. 3 noch von „Sachen mit digitalem Element“ sprach) und daher übersehen hat, dass durchaus weitere Gegenstände mit digitalen Produkten i.S.d. § 327a Abs. 2 BGB in Verbindung stehen können. A.A. *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 209 a.E.

⁷⁵ Siehe oben Fn. 64.

⁷⁶ Auf diese Auslegung deuten auch andere Sprachfassungen hin, die auch als „Vernetzung“ übersetzt werden können (*Mayer/Möllnitz*, RD 2021, 333 [337 Rn. 24]). Dies wird auch gestützt durch ErWG 14 WKRL, der jedenfalls andeutet, dass ein Enthaltensein regelmäßig bei digitalen Inhalten und ein Verbundensein regelmäßig bei digitalen Dienstleistungen in Betracht kommt.

⁷⁷ Diese Auslegung wird auch dadurch gestützt, dass §§ 327a Abs. 3 S. 1, 475b Abs. 1 S. 1 BGB verlangen, dass das digitale Produkt für das Funktionieren der Sache und nicht die Sache für das Funktionieren des digitalen Produkts Voraussetzung ist. ErWG 14 S. 4 WKRL nennt auch als Beispiel für eine digitale Dienstleistung, die mit der Ware verbunden ist, die fortlaufende Bereitstellung von Verkehrsdaten in einem Navigationssystem; auch dort werden die Verkehrsdaten in aller Regel nur an das Navigationsgerät gesendet.

⁷⁸ Zum Verhältnis der Absätze in § 327a BGB siehe oben III. 2. c); kritisch zur deutschen Umsetzung durch § 327a BGB *Martens*, Schuldrechtsmodernisierung, 2022, Rn. 209 f.

resse der V an der Grafikkarte besteht und damit offenbleiben kann, wie genau das fehlende Interesse zu bestimmen ist.⁷⁹

3. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

V bringt bereits am 6.6.2023 klar zum Ausdruck, dass sie auch hinsichtlich der Grafikkarte ihr Geld zurück und daher den Vertrag beenden möchte (§§ 133, 157 BGB).

4. Rechtsfolge

Gem. § 346 Abs. 1 BGB hat die U-GmbH daher V das gezahlte Geld (800 €) zurückzugewähren. Allerdings kann die U-GmbH dem gem. §§ 346 Abs. 1, 348, 320 Abs. 1 BGB die Rückgabe und Rückübereignung der Grafikkarte, sowie die gezogenen Nutzungen (§ 346 Abs. 1 BGB a.E.) Zug um Zug entgegenhalten – worauf sich die U-GmbH auch berufen hat (§§ 133, 157 BGB). Da die Nutzungen in Form der Gebrauchsvorteile der V nicht herausgegeben werden können, kann die U-GmbH stattdessen Wertersatz (§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 2 BGB) verlangen.

IV. Gesamtergebnis

Der von V geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung der 920 € besteht nur i.H.v. 915 € abzüglich des Nutzungersatzes für die Grafikkarte. Hinsichtlich 800 € folgt bereits aus §§ 348, 320 Abs. 1 BGB die Zug-um-Zug-Einrede bezogen auf Rückgabe und Rückübereignung der Grafikkarte. Bezüglich der restlichen 115 € ergibt sich dies aus § 273 Abs. 1 BGB – auch darauf hat sich die U-GmbH berufen (§§ 133, 157 BGB).

⁷⁹ BT-Drs. 19/27653, S. 52 verweist auf die Rspr. zum gleichlautenden § 323 Abs. 5 S. 1 BGB, sodass von einem objektiven Begriff unter Berücksichtigung der individuellen Vertragsgegebenheiten auszugehen ist (*Schwarze*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 323 Rn. B 140 ff.).