



BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Der App-Download

Rechtliche Analyse eines
Alltagsphänomens unter besonderer
Berücksichtigung von
Vertragsschluss, Vertragstyp und
Vertragsinhalt aus Sicht des Nutzers

Von
Samir Buhl, LL.M. (Boston University)

In eigener Sache

Wenn man seine Doktorarbeit über den App-Download schreibt, wäre eine rein analoge Veröffentlichung aus Sicht des Autors befremdlich. Daher habe ich mich entschieden, meine Doktorarbeit parallel open access zu veröffentlichen. Der Schritt soll zudem gewährleisten, dass keinerlei Hürden für den geschätzten Leser bestehen, sich inhaltlich mit den Gedanken auseinanderzusetzen. Schließlich sind in der Wissenschaft die inhaltliche Auseinandersetzung und die Zitation die eigentliche Währung. Außerdem soll diese zusätzliche Veröffentlichungsform jedem potenziellen Leser die faire Chance bieten, ohne eine aufwendige Leihe oder gar einen Erwerb vorab zu erkunden, ob es sich thematisch um das richtige Werk handelt (wovon ich natürlich ausgehe). Mir selbst hätte eine derartige Möglichkeit beim Erstellen des Buches in manchen Fällen einigen – am Ende wenig gewinnbringenden – Aufwand erspart.

Aus eigener Erfahrung und persönlichem Empfinden weiß ich andererseits nur zu gut, dass gerade bei Monographien, mit denen man in größerem Umfang arbeitet, nach wie vor ein Buch aus Papier für die Lektüre und vertiefte Arbeit am bequemsten erscheint. Daher wird das Werk parallel als „richtiges“ Buch im LIT Verlag (ISBN 978-3-643-14302-0) veröffentlicht. Das Buch ist für Freunde der Haptik oder Unterstützer des Autors über die üblichen Bezugsquellen erhältlich. Für „digital natives“, denen es primär um die Unterstützung des Autors geht (eine hybride Veröffentlichung ist für diesen nicht kostenlos), gibt es ein eBook.

Um eine einheitliche Zitation zu gewährleisten, habe ich für die hießige Veröffentlichung die Formatierung und die Paginierung des Buchs bewusst 1:1 übernommen. So kann medienunabhängig einheitlich zitiert werden.

Im Zusammenhang mit der hießigen Veröffentlichung bedanke ich mich an dieser Stelle bei Martin Vorberg für die Ermutigung und Unterstützung.

Meiner Familie

Vorwort

Die Arbeit wurde im Herbsttrimester 2018 vom Promotionsausschuss der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung erfolgte am 19. Dezember 2018. Die Arbeit wurde im August 2017 abgeschlossen. Bis zu diesem Datum wurden auch Literatur, Rechtsprechung und technische Änderungen berücksichtigt. Für die Manuskriptfinalisierung im Dezember 2018 wurde die zitierte Literatur aktualisiert.

Bedanken möchte ich mich bei Professor Dr. Florian Faust für kontroverse Gespräche und die Erstellung des Zweitgutachtens. Eine Doktorarbeit lebt auch von Kritik und inhaltlichen Auseinandersetzungen – vielen Dank für diese Feuertaufe.

Außerdem bei Herrn Guido Bellmann und dem LIT Verlag für die gute Zusammenarbeit bei der Veröffentlichung. Das gesamte Verfahren lief zeitlich und inhaltlich vorbildlich.

Im Übrigen gilt ein besonderer Dank meiner Familie, der auch dieses Buch gewidmet ist.

Beginnen möchte ich mit der „Lehrstuhlfamilie“. Die Zeit am Lehrstuhl PR III an der Bucerius Law School war viel mehr als nur ein Job. Ich bin froh über unsere gemeinsame Zeit. Vielen Dank Euch – Tino, Flavia, Rike, Chris, Laura, Babsi, Matthias „Uwe“, natürlich die zahlreichen HiWis und – last but not least – dem „Chef“!

Dem „Chef“ Professor Dr. Matthias Jacobs als Doktorvater gilt selbstverständlich mein besonderer Dank. Matthias, Du hast mich nicht nur im Hinblick auf das Thema unterstützt und standest mir immer mit Rat zur Seite. Du hast darüber hinaus meine Zeit am Lehrstuhl und darüber hinaus zum dem gemacht, was Sie war – unvergesslich.

Nicht unerwähnt soll die übrige „Bucerius Familie“ bleiben. Die Bucerius Law School war mehr als nur Studienort und Arbeitsplatz. Ich habe großartige Menschen kennenlernen dürfen und zahlreiche Freunde gefunden, denen ich ausdrücklich danke! Besonders erwähnen möchte ich noch das

VIII

Zentrum für Juristisches Lernen, die mich in den letzten zwei Jahren „geduldet“ haben. Anja, Babsi, Can, Jan, Katrin, Olivia, Volker und Martina („Kaltenkirchen“) – es war großartig.

Danken möchte ich auch meinen Schiedsrichterkollegen, Fußballfreunden und meinem Remsecker Freundeskreis. Ihr habt für die notwendige Abwechslung gesorgt, ob auf den Plätzen Hamburgs, in den Stadien Deutschlands, in Remseck oder auf Mallorca.

Ein großes Dankeschön gebührt auch Beate und Hans-Peter für das unermüdliche Korrekturlesen. Nur durch Euer Engagement konnte ich meinen eigenen Zeitplan einhalten.

All das ermöglicht haben jedoch meine Eltern. Liebe Karin, lieber Jihad, ohne Euch wäre all das nie passiert. Das bittere Los der Eltern ist häufig, dass sie viel zu selten die Dankbarkeit der Kinder im täglichen Leben erfahren. Dem kann ich mit Worten leider nur schwer gerecht werden. Daher nur einige wenige: Ihr wart es, die mir alles – insbesondere auch das Studium in Hamburg und in Boston – ermöglicht habt, mich jederzeit tatkräftig – seelisch und moralisch unterstützt habt und an mich geglaubt habt. In dem Buch, in dem die Dankbarkeit nun endlich verschriftlicht wird, geht es nun um rechtliche Erörterungen über den App-Download – ihr mögt es mir nachsehen!

Nicht weniger Unterstützung habe ich von meiner Oma Elsa erfahren. Auch wenn das Leben vergänglich ist, so bleibt die Dankbarkeit doch ewig.

Auch der Rest der Familie im engeren Sinne (Tete, Onkel Fuad und Onkel Ziad) sowie der Familie im weiteren Sinne – Aldinger Vorstadt (jung und alt) verdienen eine Erwähnung.

Schließlich danke ich noch meiner Freundin Katharina. Du bereicherst mein Leben in den letzten zwei Jahren auf jeder Ebene. Mit Deinen kritischen Nachfragen hast Du mich in der Endphase auch bei vielen Fragen rund um den App-Download herausgefordert und beeinflusst. Deine Unterstützung weiß ich zu schätzen und hoffe, wir bleiben ein so tolles Team und ich darf mit Dir noch Vieles gemeinsam erleben.

Hamburg, im Dezember 2018

Samir Buhl

Inhaltsübersicht

IN EIGENER SACHE	V
VORWORT	VII
INHALTSÜBERSICHT	IX
A. EINLEITUNG	1
I. PROBLEMAUFRISS.....	1
II. GANG DER UNTERSUCHUNG.....	6
III. DEFINITIONEN.....	6
IV. ABLAUF DES APP-DOWNLOADS.....	12
B. VERTRAGSSCHLUSS	21
I. STOREBEDINGUNGEN ALS AUSLEGUNGSHILFE.....	21
II. ANGEBOT.....	46
III. ANNAHME.....	74
IV. MINDERJÄHRIGE.....	76
V. ANFECHTUNGSRECHT.....	98
VI. WIDERRUFSRECHT.....	102
VII. RÜCKABWICKLUNG.....	108
VIII. ZUSAMMENFASSUNG.....	111
C. VERTRAGSTYP	113
I. PROBLEMAUFRISS.....	113
II. RECHTSPRECHUNGSANALYSE.....	115
III. GRUNDLEGENDE FRAGEN.....	130
IV. VERTRAGSTYPOLOGISCHE EINORDNUNG.....	168
D. VERTRAGSINHALT	213
I. INHALT.....	213
II. ERSCHÖPFUNG.....	217
III. ZUSAMMENFASSUNG.....	224
E. ERGEBNISSE	227
I. FAZIT.....	227
II. AUSBLICK.....	228
III. OFFENE FRAGEN.....	230
IV. THESEN.....	232
LITERATURVERZEICHNIS	237

A. Einleitung

I. Problemaufriss

„Inzwischen sind Apps und Smartphones aus der digitalen (und reellen) Welt nicht mehr wegzudenken.“¹

Der App-Download ist heutzutage ein Alltagsphänomen. Apps sind sowohl wirtschaftlich als auch gesellschaftlich äußerst relevant.² Beispielsweise betrug der Umsatz mit mobilen Apps im Jahr 2016 weltweit 50,9 Milliarden US-Dollar.³ Für 2020 wird sogar mit einer Steigerung des Umsatzes auf über 100 Milliarden US-Dollar gerechnet,⁴ obwohl die meisten Apps nach wie vor (zumindest in der Grundversion) kostenlos angeboten werden.⁵ Hinzu kommt, dass im Neugeschäft fast nur noch Smartphones verkauft werden. Smartphonebesitzer aller Altersklassen laden Apps herunter. Auf jedem Smartphone sind im Schnitt 23 Apps installiert.⁶

¹ Zdanowiecki, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 814 Rn. 2.

² Zur wirtschaftlichen Bedeutung Kremer, in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 5; Bereits 2011 gab es über 82 Millionen Smartphonenuutzer in den USA und jedes Quartal wurden über 100.000 neue Smartphones verkauft, so Telang/Garg, App Demand, S. 2.

³ Siehe dazu S. 7 des statista Dossiers Mobile Apps abrufbar im Internet: <<https://de.statista.com/statistik/studie/id/11697/dokument/mobile-apps-statista-dossier/>> (Stand: 13.03.2017).

⁴ Wiederum S. 6 des statista Dossiers Mobile Apps abrufbar im Internet: <<https://de.statista.com/statistik/studie/id/11697/dokument/mobile-apps-statista-dossier/>> (Stand: 13.03.2017).

⁵ Nach Comino/Manenti/Mariuzzo, iTunes vs Google Play, S. 11 seien bei Google Play fast alle der Top 1000 Apps kostenlos (nur 17 waren zum Zeitpunkt der Erhebung kostenpflichtig); bei iTunes sind **91,7%** der untersuchten Apps kostenlos; nach dem statista Dossier „Mobile Apps“ S. 32, abrufbar im Internet: <<https://de.statista.com/statistik/studie/id/11697/dokument/mobile-apps-statista-dossier/>> (Stand: 13.03.2017), waren **68,8 % aller** weltweiten Android Apps kostenlos.

⁶ Appt/Langer, RAW 2016, 26 (26); zu den Zahlen stellen Telang/Garg, App Demand, S. 3 richtigerweise das Problem fest, dass weder Apple noch Google selbst genaue Informationen zu App-Downloads herausgeben.

Gemessen daran hat die **rechtliche Aufarbeitung des Phänomens** des App-Downloads gerade erst begonnen. **Obergerichtliche Rechtsprechung** gibt es zu Apps nicht und ist vorerst auch nicht zu erwarten. Lediglich das LG Frankfurt hat sich in einem Urteil mit Nutzungsbedingungen eines App Stores beschäftigt.⁷ In der **Literatur** finden sich einige wenigen Werke mit einem guten Überblick über **rechtliche Probleme rund um Apps**. Von Rechtsproblemen um die App-Entwicklung, den Datenschutz, das Urheberrecht über Apps und Compliance wird häufig ein breites Feld skizziert: Sowohl *Solmecke, Taeger und Feldmann* mit ihrem Handbuch *Mobile Apps* im Jahr 2013 als auch *Baumgartner und Ewald* haben mit der zweiten Auflage von *Apps und Recht* Pionierarbeit geleistet.⁸ Der Beitrag von *Zdanowiecki* im Rechtshandbuch *E-Commerce* von *Bräutigam und Rücker* ist der zum Bearbeitungsstand aktuellste größere Beitrag mit gut 50 Seiten zum „*App Commerce*“.⁹ Daneben gibt es erste Aufsätze, die sich mit Einzelfragen zu Apps beschäftigen.¹⁰ Insgesamt bleibt es bei einer **punktuellen Aufarbeitung von Einzelfragen**. Eine grundlegende Bearbeitung einzelner Themenkomplexe hat nicht stattgefunden. Diese Arbeit wird sich **erstmalig grundlegend mit dem App-Download aus Sicht des Nutzers**¹¹ beschäftigen. Dabei liegt der Fokus auf dem **Vertragsschluss und Vertragstyp**.¹² Es wird untersucht, wie der **Vertragsschluss** rechtlich zu konstruieren ist und welchen **Inhalt** man dem Vertrag

⁷ Vgl. LG Frankfurt, Urteil vom 06.06.2013 – 2-24 O 246/12, MMR 2013, 645.

⁸ Siehe *Solmecke/Taeger/Feldmann u.a.*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps; Baumgartner/Ewald, Apps und Recht* Allerdings sind beide Bücher Handbücher. Sie thematisieren Rechtsprobleme rund um Apps in verschiedenen Rechtsgebieten überblickartig.

⁹ Siehe *Zdanowiecki*, in: *Bräutigam/Rücker, E-Commerce*, 813 ff.

¹⁰ Namentlich *Appt/Langer*, RAW 2016, 26; *Bisges*, NJW 2014, 183; *Degmair*, K. u. R 2013, 213; *Feldmann*, in: *Taeger, Die Welt im Netz; Kannowski/Jan-Niklas*, NJOZ 2017, 522; *Klein/Datta*, CR 2016, 587; *Klein/Datta*, CR 2017, 174; *Kremer*, CR 2011, 769 *Mankowski*, CR 2013, 508.

¹¹ Zur Definition siehe d.

¹² So räumen *Baumgartner/Ewald, Apps und Recht* der Thematik im gesamten Buch weniger als 10 Seiten ein; auch *Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps*, 110 ff. widmet Endkundenverträgen ebenfalls nur 25 Seiten, wobei sich ebenfalls Ausführungen zu Microsoft, Amazon und Blackberry finden.

beimessen kann. Von erhöhtem Erkenntnisinteresse sind dabei die Forschungsfelder, mit **wem** der *Nutzer* (Vertragsschluss) **welchen Vertrag** (Vertragstyp) mit **welchem Vertragsinhalt** (als Folgefrage) beim App-Download schließt. Dabei gestaltet sich die **Kollision verschiedener Rechtsgebiete** als Herausforderung. Oft ist das Verhältnis zwischen einzelnen Rechtsgebieten – etwa Urheberrecht und Schuldrecht (beim Vertragstyp) oder Datenschutzrecht und Minderjährigenschutz (beim Vertragsschluss) – noch nicht abschließend geklärt.¹³ Diesen Fragen werden auch in den umfangreicheren Werken in der Literatur gerade einmal zwischen 10 (*Zdanowiecki*¹⁴) und knapp 30 Seiten (*Lachenmann*¹⁵) gewidmet. Indem bewusst der Fokus auf diese Aspekte gelegt wird, ist erstmals eine **tiefere Auseinandersetzung** möglich. Dazu muss bei der Untersuchung zum einen auf allgemeine Literatur und Rechtsprechung in den Bereichen des Zivilrechts, Urheberrechts und Datenschutzrechts zurückgegriffen werden. Zum anderen kann man an Diskussionen anknüpfen, die im Bereich von Standardsoftware geführt werden. Das dortige Grundlagenwerk *Praxishandbuch Softwarerecht* von *Marly* gibt einen guten Überblick über den Diskussionsstand.¹⁶ Aufgrund der Schnelllebigkeit des Softwarebereichs verwundert es nicht, dass Aufsätze auch dort die Mehrzahl der Literaturbeiträge ausmachen.

Die Untersuchung orientiert sich an den **aktuellen Storebedingungen**¹⁷ *des Apple App Stores* und *des Google Play Stores*.¹⁸ Beide *Stores* sind

¹³ Das wird schon dadurch deutlich, dass aktuell *Faust* von einer Trennbarkeit von Vertragsrecht und Urheberrecht ausgeht *Faust*, in: DJT 2016, A 9 und sich *Spindler*, JZ 2016, 805 (814) dagegen für eine Verzahnung ausspricht. Siehe dazu noch ausführlich C.II.

¹⁴ Dazu *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 833 ff.

¹⁵ Siehe *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 110 ff..

¹⁶ *Marly*, Softwarerecht.

¹⁷ Zur Definition siehe b; Die *Google Play Nutzungsbedingungen* vom 2.6.2017 sind abrufbar im Internet: <<https://www.google.de/policies/terms/regional.html>> (Stand: 03.06.2017) und die Bedingungen der *Apple Media Services (iTunes-Nutzungsbedingungen)* vom 13.9.2016 sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

¹⁸ Zur Definition unter a.

weltweit die bedeutendsten.¹⁹ Andere Stores wie etwa „Blackberry World“ oder der „Windows Phone Store“ werden ausgeklammert. Allerdings liegt das Hauptaugenmerk weniger auf einer Analyse der *Storebedingungen* als vielmehr darauf, **dogmatisch tragfähige Lösungsansätze** für den **Vertragsschluss, -typ und -inhalt** beim App-Download zu präsentieren. Die Lösungsansätze können dabei systemunabhängig fruchtbar gemacht werden. Zudem können darauf aufbauend viele Folgefragen einfacher beantwortet werden, ohne dass jede davon in dieser Untersuchung erschöpfend thematisiert werden muss. Weitestgehend ausgeblendet werden daher die rechtlichen Beziehungen zwischen *Storebetreiber* und *Anbieter* sowie der Bereich der sogenannten *In-App-Käufe*²⁰.

Schließlich sieht sich auch diese Untersuchung häufig mit der **zivilrechtlichen Fragestellung** „Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?“ des letzten **Deutschen Juristentags** in Essen im Jahr 2016 konfrontiert. *Faust* untersuchte in seinem Gutachten diese Frage und spricht sich im Ergebnis lediglich für einen punktuellen Anpassungsbedarf aus.²¹ Dabei gibt es im Softwarebereich nach wie vor einige **ungelöste Problemkreise und reflektionswürdige Diskussionspunkte**. Es ist die besondere Herausforderung dieser Untersuchung, unter diesen Voraussetzungen Antworten zu geben. Dabei werden die gefundenen Ergebnisse partiell daraufhin überprüft, ob sie *de lege lata* interessengerecht sind oder ob die Probleme besser *de lege ferenda* gelöst werden sollten. *Becker* etwa fordert ein **modernes Urheberrecht** für digitale Lebensbereiche.²² *Busch, Dannemann und Schulte-Nölke* bezweifeln mit ihrem Diskussionsentwurf für eine **weitere mögliche EU-Richtlinie**, dass einige **vertrags- und verbraucherrechtliche Fragen** im digitalen Binnenmarkt gesetzlich ausreichend gelöst sind.²³ Sie sehen insoweit Reformbedarf. Eine rechtliche

¹⁹ *Bresnahan/Davis/Yin*, Economic Value Creation in Mobile Applications, S. 3.

²⁰ Zur Definition siehe f.

²¹ *Faust*, in: DJT 2016, A 87.

²² *Becker*, ZGE 2016, 239.

²³ Dazu *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787.

Unwägbarkeit bei Online-Plattformen wie etwa bei Amazon bestehe beispielsweise darin, dass **drei unterschiedliche Verträge ineinandergreifen**.²⁴ So gebe es einen Vertrag zwischen Plattformbetreiber und Anbieter, einen weiteren Vertrag zwischen Plattformbetreiber und Kunden sowie einen dritten Vertrag zwischen Anbieter und Kunden.²⁵ Beim App-Download muss ebenfalls mit dieser Unwägbarkeit umgegangen werden. Das das Hauptaugenmerk liegt dabei jedoch auf einer **Auseinandersetzung nach aktuellem Recht**. Daher wird bewusst zurückhaltend auf den **Vorschlag** für eine **Richtlinie** über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung **digitaler Inhalte** (im Folgenden: DINhRL-E) eingegangen.²⁶ Eine Verabschiedung oder gar Umsetzung dieser Richtlinie ist noch nicht absehbar, und der Entwurf kann viele Fragen nicht lösen.²⁷ Zudem hätte der Gesetzgeber bei einer Umsetzung einen immensen Spielraum. Der Gesetzgeber hätte bei der Umsetzung die Möglichkeit, einen eigenen Vertragstyp für digitale Inhalte zu schaffen. Gleichsam könnte er auch die Regelungen punktuell den Vertragstypen des BGB zuordnen. Datenschutzrechtliche Fragen, auf denen in der Untersuchung kein Schwerpunkt liegen soll, werden hingegen bereits mit der ab 2018 gültigen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) beantwortet. Insgesamt stellt sich die Arbeit vielen ungelösten Fragen und Problemen. Ziel der Arbeit ist es, dazu nach aktuellem Recht stimmige Lösungsansätze zu präsentieren.

²⁴ Siehe *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 (787).

²⁵ Wiederum *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787 (787).

²⁶ Siehe dazu Europäische Kommission, Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 9.12.2015, abrufbar im Internet: <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-634-DE-F1-1.PDF>>.

²⁷ Siehe dazu etwa die Ausführungen von *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 38 ff. zum Mangelbegriff; kritisch äußern sich zudem *Faust*, in: DJT 2016, A 88 – dem BGB sei zu wünschen, dass ihm die Umsetzung des DINhRL-E erspart bleibt; *Härtling*, CR 2016, 735 (740) – man solle den Entwurf so schnell wie Möglich *ad acta* legen; *Spindler*, CR 2016, 219 (224) – en détail werfe der Vorschlag aber noch viele Fragen auf.

II. Gang der Untersuchung

Bevor die eigentliche Analysearbeit beginnt, müssen für die Untersuchung einige wenige Definitionen gefunden werden (unter III.). Da einige Ergebnisse von der aktuellen Ausgestaltung des jeweiligen *Stores* abhängen, wird sodann ein typischer App-Download bei *Apple* und *Google* skizziert (unter IV.).

Der erste große Abschnitt beschäftigt sich dann mit der Prüfung des **Vertragsschlusses** (unter B.). Dabei muss vorab die Bedeutung der *Storebedingungen* herausgestellt werden (unter B.I.), bevor eine Prüfung von Angebot (unter B.II.) und Annahme (unter B.III.) folgt. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf dem Download durch Minderjährige (unter B.IV.). Ausführungen zu einem möglichen Anfechtungsrecht (B.V.) und Widerrufsrecht (B.VI.) sowie zu Fragen der Rückabwicklung (unter B.VII.) runden den Abschnitt ab.

Der zweite große Abschnitt beschäftigt sich mit der **vertragstypologischen Einordnung** (unter C.). Zunächst erfolgt eine Rechtsprechungsanalyse (unter C.II.). Sodann müssen (unter C.III.) einige Grundfeststellungen, wie etwa zur Eigentumsfähigkeit und zum Urheberrechtsschutz von Apps, getroffen werden, bevor eine vertragstypologische Einordnung erfolgen kann (unter C.IV.).

Die Untersuchung endet mit dem Abschnitt **Vertragsinhalt** (unter D.), der die Konsequenzen der Einordnung aufzeigt. Von Interesse ist dabei die **inhaltliche Ausgestaltung** (unter D.I.). Sodann wird die Frage der **Erschöpfung** im App-Bereich thematisiert (unter D.II.). Bevor die **Ergebnisse in Thesen** zusammengefasst werden (unter E.IV.), sollen ein **Fazit** (E.I.) und **Ausblick** (E.II.) die Arbeit abrunden und **offene Fragen** (unter E.III.) adressiert werden.

III. Definitionen

Um Unklarheiten zu vermeiden wird herausgestellt, welche Bedeutung die folgenden Bezeichnungen für die Untersuchung haben:

1. Apps

Bei einer *App* handelt es sich um Anwendungssoftware für mobile Betriebssysteme,²⁸ die der Lösung von Benutzerproblemen dient.²⁹ Nach Definition des Dudens handelt es sich um eine „zusätzliche **Applikation**, die auf bestimmte Mobiltelefone heruntergeladen werden kann“.³⁰

2. Software

„Eine gesetzliche Definition des Computerprogramms fehlt.“³¹

Wenn Apps definatorisch Software sind, muss man sich mit dem Softwarebegriff auseinandersetzen. Googelt man „Software Definition“, so wird Software wie folgt beschrieben: „alle Teile eines Computersystems, **die man nicht anfassen kann**, zum Beispiel die Programme, die ein Computer benötigt, um arbeiten zu können.“ Heydn hat sich näher mit dem **technisch-historischen Softwarebegriff** auseinandergesetzt.³² Das Wort „Software“ stelle begriffsmäßig einen Gegensatz zu dem Begriff „Hardware“ dar.³³ So sei bei der Begriffsprägung die Vorstellung vorherrschend gewesen, dass es sich gerade **nicht um einen körperlichen Gegenstand** in Abgrenzung zu den damaligen Computern handle. Der Duden grenzt eben-

²⁸ Siehe dazu den Wikipedia-Artikel zu Mobilen Apps, abrufbar im Internet: <https://de.wikipedia.org/wiki/Mobile_App> (Stand: 30.11.2016); vgl. LG Hamburg, Beschluss vom 08.10.2013 – 327 O 104/13, NJOZ 2014, 444 (445) – „internet- und plattformbasierte Softwareanwendung für mobile Endgeräte“; vgl. auch OLG Köln, Urteil vom 05.09.2014 – 6 U 205/13, MMR 2014, 830 (830) – „Anwendungsprogramme für das jeweilige Smartphone“; Kremer, in: Handbuch IT-Recht, 28 ff.; Schumacher, BKR 2016, 53 (53).

²⁹ Bisges, NJW 2014, 183 (183).

³⁰ Abrufbar im Internet: <<http://www.duden.de/rechtschreibung/App>> (Stand: 21.11.2018).

³¹ Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 231.

³² Siehe dazu die Herleitung bei Heydn, CR 2010, 765 (765) m.w.N.

³³ Ebenso Chrocziel, in: Martinek/Semler/Flohr, Vertriebsrecht, 48; Oberhem, Open-Source Software, S. 52.

falls zur Hardware ab und sieht Software als „*nicht technisch-physikalische[n] Funktionsbestandteil einer Datenverarbeitungsanlage*“.³⁴ Redeker sieht Software als „**Ansammlung von Befehlen, die eine Datenverarbeitungsanlage zu einem bestimmten Verhalten veranlasst.**“³⁵

Der Duden verwendet die Begriffe „Software“ und „Computerprogramme“ synonym. Es soll aber nicht unerwähnt bleiben, dass der Begriff des „Computerprogramms“ bisweilen enger verstanden wird.³⁶ Daher wird ebenfalls kurz auf den Begriff des „Computerprogramms“ eingegangen:

Die Computerprogramm-Richtlinie (RL 2009/24/EG) hilft bei der Definition nicht weiter. In Erwägungsgrund 7 heißt es zirkulär: „Für Zwecke dieser Richtlinie soll der Begriff „**Computerprogramm**“ **Programme** in jeder Form erfassen, auch solche, die in Hardware integriert sind [...]“. Vom Aussagegehalt vergleichbar ist die Definition in § 69a I UrhG: „**Computerprogramme** im Sinne dieses Gesetzes **sind Programme** in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials.“ Bei § 69a I UrhG hat der Gesetzgeber bewusst auf eine Definition verzichtet, „da zu befürchten wäre, dass sie alsbald durch die Entwicklung überholt würde.“³⁷ Eine allseits anerkannte gesetzgeberische Definition hat sich bis dato nicht durchgesetzt.³⁸ Bei der Frage, was Programme sind, geht der Gesetzgeber, ohne näher darauf einzugehen, anscheinend davon aus, dass der Gesetzesanwender nach dem durch Justice *Potter Stewart* geprägten Satz – „*But I know it when I see it*“ – schon wisse, was Programme sind, wenn er damit in Berührung kommt.³⁹ Es wird mangels gesetzlicher Definition auf die Definition der

³⁴ Abrufbar im Internet: <www.duden.de/rechtschreibung/Software> (Stand: 21.11.2018).

³⁵ Redeker, NJOZ 2008, 2917 (2917).

³⁶ Zur Differenzierung der Begriffe siehe *Ganzhorn*, Digitale Güter, 17 ff. und *Seitz*, "Gebrauchte" Softwarelizenzen, S. 7 – der Softwarebegriff sei weiter.

³⁷ BT-Drucks. 14/4022 S. 9.

³⁸ So *Marly*, Softwarerecht, S. 4 Rn. 8; ebenso *Oberhem*, Open-Source Software, S. 50.

³⁹ Der Satz entstammt Justice *Potter Stewart's* concurring opinion in *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 196 (1964). *Stewart* äußerte sich zur möglichen Definition von Hardcore-Pornografie wie folgt: „*I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description, and*

Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) in deren Mustervorschriften zurückgegriffen. Weite Teile des Schrifttums und die deutschen Gerichte stimmen dieser Definition zu.⁴⁰ Danach handelt es sich bei Computerprogrammen um „eine **Folge von Befehlen**, die nach Aufnahme in einen **maschinenlesbaren Träger** fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte **Funktion** oder **Aufgabe** oder ein bestimmtes **Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt**“.⁴¹ Dass unter Computersoftware zudem Programmbeschreibungen und Begleitmaterialien fallen sollen,⁴² kann für die Untersuchung vernachlässigt werden.

Für die Zwecke dieser Untersuchung kann im Folgenden auf die begriffliche Differenzierung verzichtet werden. Die Begriffe *Software* und *Computerprogramme* werden daher nicht trennscharf voneinander abgegrenzt und synonym verwandt.

3. Beteiligte

a. Storebetreiber

Die *Storebetreiber* sind *Apple* und *Google*.

bb. Apple

Apple Inc. ist ein internationales Technologieunternehmen aus Cupertino, Kalifornien. Mit der Bezeichnung *Apple* ist im Folgenden jedoch die für Europa zuständige *Apple-Tochter Apple Distribution International* mit Sitz in Holyhill, Cork (Irland) gemeint.

perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.”

⁴⁰ So explizit und vertiefend *Marly*, *Softwarerecht*, S. 5 Rn. 9 m.w.N. Dieser geht ebenfalls auf die Definition nach DIN 44300 (199) ein, die aber für hiesige Untersuchung keinen Mehrwert hat.

⁴¹ Die Vorschriften in der deutschen Übersetzung finden sich in der GRUR-Int. 1978, 286 (290).

⁴² Vgl. GRUR-Int. 1978, 286 (290).

cc. Google

Google Inc. ist ebenfalls ein Technologieweltkonzern mit Sitz in Mountainview, Kalifornien. Mit *Google* ist das ebenfalls in Irland ansässige und für Europa zuständige Tochterunternehmen *Google Commerce Limited* gemeint.

b. Anbieter

Der *Anbieter* ist derjenige, der die App im jeweiligen *Store* anbietet.⁴³ Dabei kann es sich sowohl um Unternehmen wie *Facebook Inc.* oder *WhatsApp Inc.* als auch um Einzelpersonen handeln.

c. Entwickler

Der *Entwickler* ist derjenige, der die App programmiert hat.⁴⁴ Der *Entwickler* ist häufig nicht personenidentisch mit dem *Anbieter*.

d. Nutzer

Der *Nutzer* ist eine natürliche Person. Gemäß § 13 BGB ist Verbraucher, wer Rechtsgeschäfte abschließt, die überwiegend weder seiner gewerblichen noch selbständigen Tätigkeit zugerechnet werden können. Zwar ist im Einzelfall denkbar, dass Apps überwiegend gewerblich verwendet werden. Vergegenwärtigt man sich jedoch das aktuelle App-Angebot, so ist im absoluten Regelfall von keiner überwiegend gewerblichen App-Nutzung auszugehen. Daher ist der *Nutzer* im Folgenden gleichzeitig *Verbraucher*, wenn die Untersuchung nicht explizit von Gegenteiligem ausgeht.

4. Sonstige Bezeichnungen

a. Store

Als *Store* werden die Marktplätze bezeichnet, auf denen die Apps vertrieben werden. *Apple* bezeichnet seinen *Store* als „*App Store*“. *Google* verwendet die Bezeichnung „*Play Store*“.

⁴³ Vgl. *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 817 Rn. 17.

⁴⁴ Vertiefend dazu *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 817 Rn. 18.

b. Storebedingungen

Die *Storebedingungen* sind Nutzungsbedingungen der *Stores*. Beim *Play Store* sind das die *Google Play Nutzungsbedingungen*⁴⁵ und beim *App Store* die *iTunes-Nutzungsbedingungen*⁴⁶.

c. iPhone

Das *iPhone* ist das einzige Smartphone von *Apple* und wird seit 2007 vertrieben.

d. iOS

iOS ist das von *Apple* entwickelte Betriebssystem des *iphones* und iPads. Der Untersuchung liegt die *iOS*-Version 10.3.2 zugrunde.

e. Android

Android ist das Betriebssystem von *Google*, welches mittlerweile die meisten nicht-*Apple* Smartphones verwenden. Der Untersuchung liegt die *Android*-Version 6.0 (*Marshmallow*) zugrunde.

f. In-App-Käufe

Sogenannte *In-App-Käufe* sind zusätzliche Inhalte, Erweiterungen oder Abonnements, die innerhalb einer (häufig kostenlosen) App erworben werden können.⁴⁷ Beispielsweise bieten einige *Anbieter* eine werbefreie „Pro-Version“ mit erweiterten Nutzungsmöglichkeiten an. Auch bei Spiele-Apps kann man häufig virtuelle Gegenstände erwerben, um den Spielfortschritt dadurch zu beschleunigen.

⁴⁵ Die *Google Play Nutzungsbedingungen* vom 2.6.2017 sind abrufbar im Internet: <<https://www.google.de/policies/terms/regional.html>> (Stand: 03.06.2017).

⁴⁶ Die Bedingungen der *Apple Media Services (iTunes-Nutzungsbedingungen)* vom 13.9.2016 sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

⁴⁷ Dazu etwa *Kannowski/Jan-Niklas*, NJOZ 2017, 522 (522); *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 36; *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 818 Rn. 22; siehe auch die Information von *Apple* zur *In-App-Käufen*, abrufbar im Internet: <<https://support.apple.com/de-de/HT202023>> (Stand: 21.11.2018).

IV. Ablauf des App-Downloads

Im Folgenden wird ein App-Download sowohl bei *Apple* unter *iOS* als auch bei *Google* unter *Android* skizziert:

1. Apple

a. Beschreibung

Ein App-Download läuft bei *Apple* in der Regel folgendermaßen ab. Zunächst muss der *Nutzer* einen iTunes-Account einrichten. Möchte der *Nutzer* nun eine App downloaden, sind nur wenige Schritte erforderlich. Er berührt die *App Store*-Kachel auf dem Startbildschirm (erster Schritt). Dort gelangt er auf die Startseite („*Im Spotlight*“). Auf dieser Seite werden beliebte Apps angeboten. Er kann dort eine App direkt auswählen (zweiter Schritt) und kommt dann auf die App-Präsentation des *Anbieters*. Oben stehen neben dem Logo der App der App-Name und darunter der *Anbieter*. Unmittelbar daneben steht bei kostenlosen Versionen „*LADEN*“. Unter dem vorausgewählten Punkt „*Details*“ finden sich Bilder und Videos der App. Scrollt man etwas weiter, folgt eine App-Beschreibung. In einer Übersicht steht neben *Entwickler* der *Anbieter*. Berührt nun der *Nutzer* „*LADEN*“ (dritter Schritt), färbt sich die Fläche grün und es erscheint dort „*INSTALLIEREN*“. Nach einer weiteren Berührung (vierter Schritt), muss der *Nutzer* den Download durch Authentifizierung mit seinem iTunes Account – entweder mittels Touch-ID oder Passwort – bestätigen (fünfter Schritt). Fünf Berührungen genügen, damit sich die neue App auf dem Smartphone befindet.

Alternativ zum zweiten Schritt kann der *Nutzer* eine App suchen oder sie aus den „*Topcharts*“ auswählen. Die Schritte drei und vier laufen dann parallel zum Beschriebenen. Einziger Unterschied: der *Nutzer* muss nicht einmal mehr auf die Präsentation des *Anbieters*, sondern kann die App direkt aus den „*Topcharts*“ laden.⁴⁸ Möchte man eine kostenpflichtige App

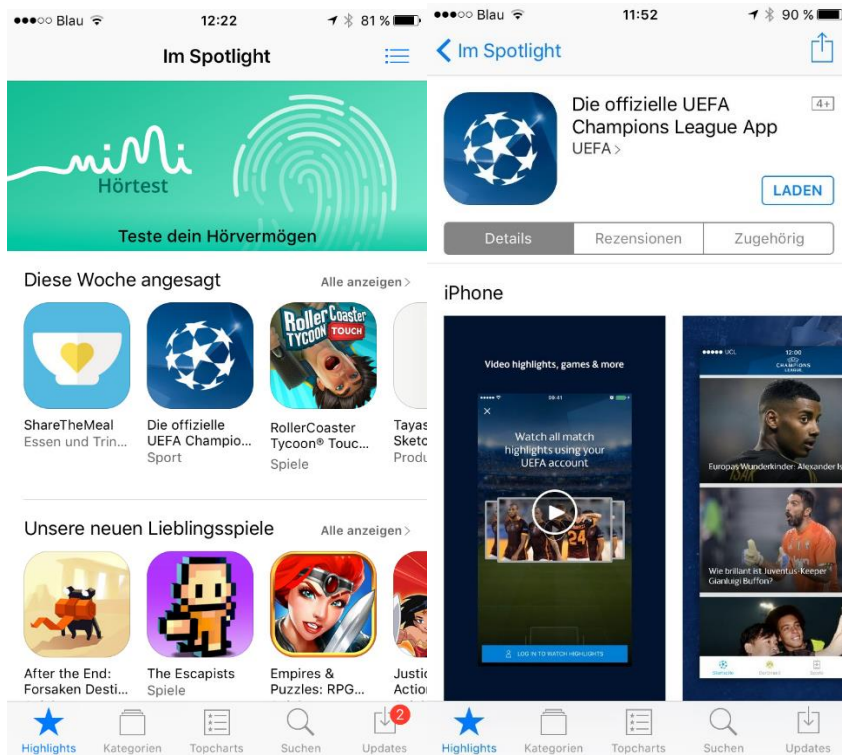
⁴⁸ Zur ökonomischen Auswirkung der „*Topcharts*“ siehe *Bresnahan/Davis/Yin*, *Economic Value Creation in Mobile Applications*, S. 7 – „*An important implication*“

erwerben, steht anstelle von „LADEN“ der Preis. Berührt man den Preis, erscheint anstelle „INSTALLATION“ das Feld „KAUFEN“. Berührt man das Feld, muss man sich wie beim kostenlosen Download authentifizieren.

b. Bildliche Darstellung

Kostenloser App-Download

Startseite und App-Präsentation



„LADEN“ (3. Schritt)

of the „top lists“ structure of the iTunes store is that there is a stron winners-take-all flavor.“

App-Beschreibung und Informationen

Beschreibung

Die offizielle App der UEFA Champions League bietet umfassende und ausführliche Berichterstattung über die Königsklasse - direkt auf Ihrem Mobilgerät!

- Wählen Sie Ihren Lieblingsklub aus und erhalten Sie... [Mehr](#)

Neues

21.02.2017

Dieses Update bringt Verbesserungen bei der Präsentation der Video-Card und dem Spielkommentar. Wir haben einige Bugs behoben, danke an unsere aufmerksamen Fans, die sich die Zeit genommen haben, diese zu melden.

Informationen

Entwickler	UEFA
Kategorie	Sport
Aktualisiert	21.02.2017
Version	1.36
Größe	74,9 MB
Bewertung	Kennzeichnung: 4+
Familienfreigabe	Ja
Kompatibilität	Erfordert iOS 8.0 oder neuer. Kompatibel mit iPhone, iPad und iPod touch.

Informationen

Entwickler	UEFA
Kategorie	Sport
Aktualisiert	21.02.2017
Version	1.36
Größe	74,9 MB
Bewertung	Kennzeichnung: 4+
Familienfreigabe	Ja
Kompatibilität	Erfordert iOS 8,0 oder neuer. Kompatibel mit iPhone, iPad und iPod touch.
Sprachen	Deutsch, Englisch, Französisch, Italienisch, Portugiesisch, Russisch, Spanisch

Vorherige Aktualisierungen >

Website des Entwicklers >

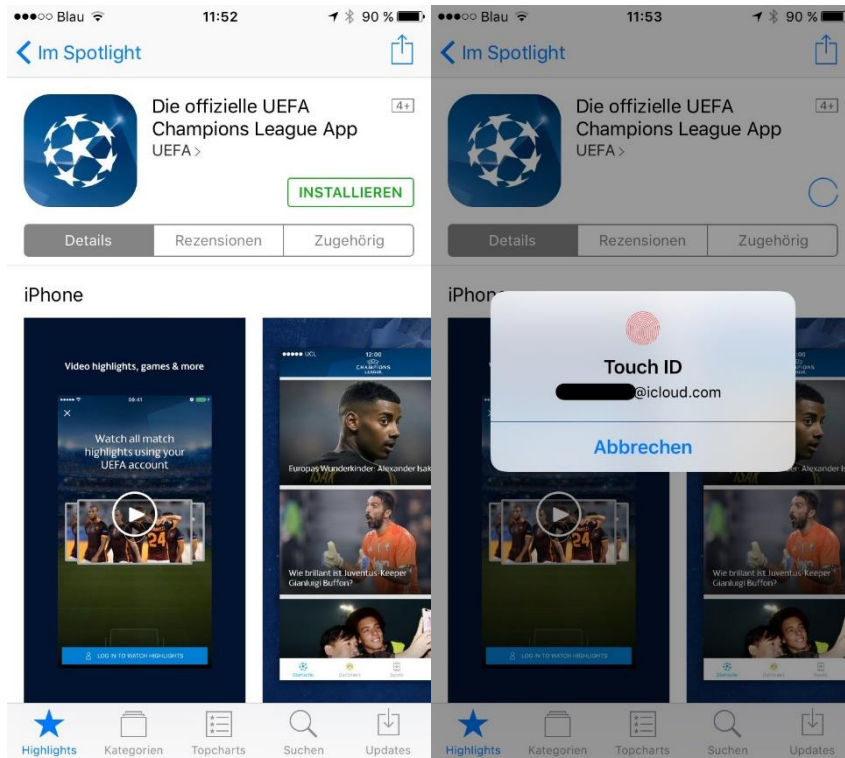
Datenschutzrichtlinie >

Apps des Entwicklers >

©UEFA.com 1998-2015. All rights reserved.

Highlights Kategorien Topcharts Suchen Updates

Installieren und Authentifizieren

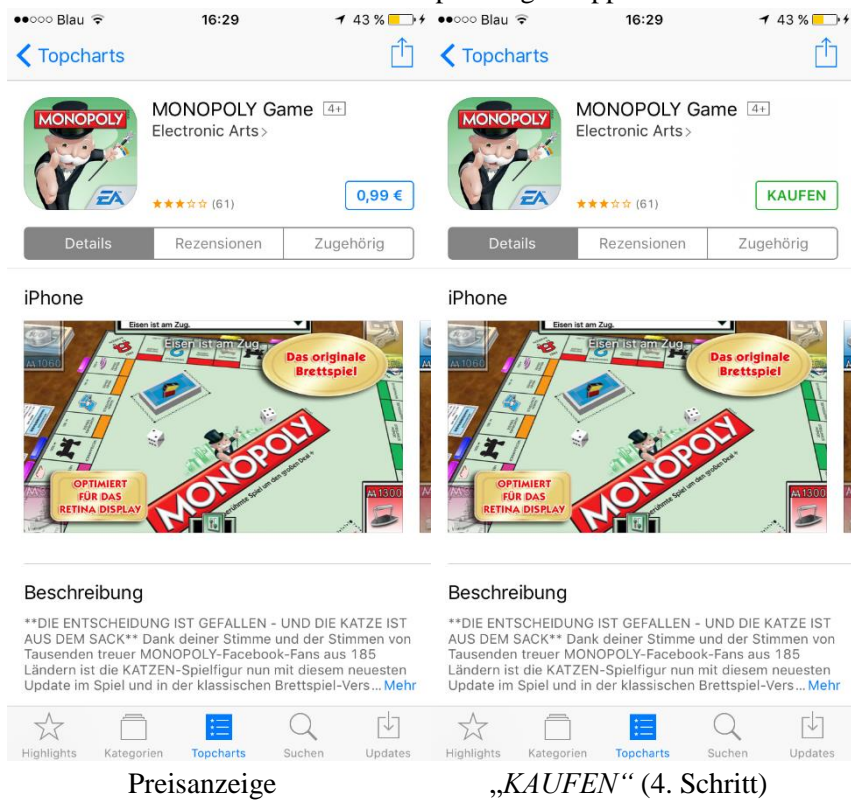


„INSTALLIEREN“ (4. Schritt)

Authentifizieren (5. Schritt)

Kostenpflichtiger App-Download

Unterschiede beim kostenpflichtigen App-Download



2. Google

a. Beschreibung

Bei *Android* ist das Procedere ähnlich. Durch eine Berührung der *Play Store*-Kachel gelangt man auf die Startseite (erster Schritt) des *Play Store*. Dort werden in verschiedenen Kategorien Apps angepriesen. Vorausgewählt sind „*APPS & SPIELE*“. Im Gegensatz zum *App Store* bei *Apple*

kann man direkt über den *Play Store* auch Filme, Bücher und Musik herunterladen. Berührt man (zweiter Schritt) eine der Apps, kommt man auf die App-Präsentation des *Anbieters*. Durch eine weitere Berührung der Fläche „*INSTALLATION*“ erfolgt die Installation (dritter Schritt). Die App-Beschreibung erhält man ebenfalls durch Scrollen. Im Gegensatz zu *Apple* kann man kostenlose Inhalte ohne Hinterlegung eines Zahlungsmittels herunterladen. Bei kostenpflichtigen Inhalten muss man zum Download in der App-Präsentation anstelle der Fläche „*INSTALLATION*“ die Fläche berühren, auf welcher der Preis in Euro geschrieben ist. Sodann erscheint eine Fläche, die aufzählt, worauf die App Zugriff benötigt (Identität, Standort, Fotos/Medien/Dateien, WLAN-Verbindungen, Geräte-ID & Anrufinformationen). Durch Berühren der Fläche „*AKZEPTIEREN*“ erscheint ein weiteres Fenster mit dem App-Namen, dem Preis und der Fläche „*KAUFEN*“. Dort steht „*Du willigst darin ein, dass dein Kauf sofort verfügbar sein wird und dass du auf dein gesetzlich vorgeschriebenes Widerrufsrecht verzichtest. Davon ausgenommen sind Dienstleistungen. Die Rechte auf Erstattungen variieren je nach Produkttyp: Google Play-Nutzungsbedingungen [Hyperlink] und Erstattungsrichtlinien [Hyperlink]*“. Der Download und die Installation beginnen durch Berühren der Fläche „*KAUFEN*“. Bei großen Apps wird zuvor darauf hingewiesen, dass je nach Mobilfunkanbieter zusätzliche Gebühren für den Download entstehen können und ein Download „*nur über WLAN*“ empfohlen wird. Der *Nutzer* kann in dem Fall „*FORTSETZEN*“ oder „*ABBRECHEN*“ auswählen. Nur wenn man eine Authentifizierung bei kostenpflichtigen Inhalten eingestellt hat, erfolgt vor dem Download noch ein Fenster bei dem eine Authentifizierung durch eine Bestätigung des Passworts erfolgen muss. Schließlich folgt die Bestätigung „*Zahlung erfolgreich*“, „*Installation läuft*“. Durch Berühren der Fläche „*WEITER*“ kommt man zurück zur Seite der App-Präsentation im *Play Store*.

b. Bildliche Darstellung

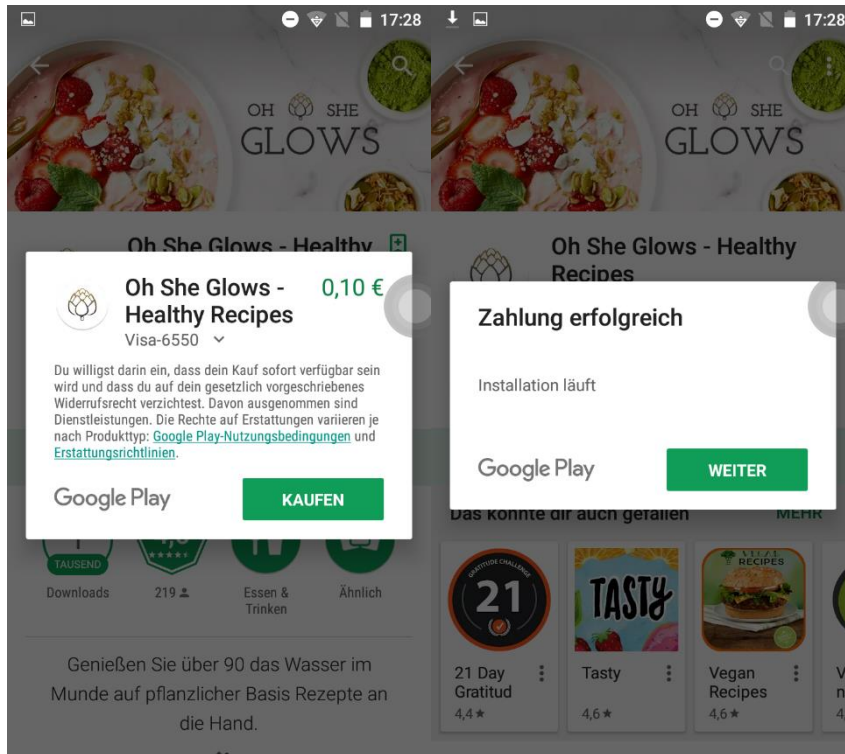
Kostenloser App-Download

Startseite und App-Präsentation



Kostenpflichtiger App-Download

Kaufen und Installation



„KAUFEN“

„Zahlung erfolgreich“

B. Vertragsschluss

Der schnellste Weg zur kostenlosen App gelingt bei *Google* mit drei Berührungen (Öffnen des *Play Store*, Auswahl einer App auf der Startseite, Berühren der Schaltfläche „*INSTALLIEREN*“) und bei *Apple* mit fünf Berührungen (Öffnen des *App Store*, Auswahl der App, Berühren der Schaltfläche „*LADEN*“, erneutes Berühren der Schaltfläche „*INSTALLIEREN*“, Authentifizierung durch Fingerprint oder Passworteingabe). Diese einfache Abwicklung liegt im Interesse aller Beteiligten. Gleichwohl muss diesen Berührungen ein **rechtlicher Erklärungswert** beigemessen werden. Es wird aufgezeigt, wie man rechtlich den **Vertragsschluss** beim App-Download konstruieren kann. Dazu muss zunächst einmal überprüft werden, inwieweit man bei der Auslegung einzelner Erklärungen auf die jeweiligen *Storebedingungen* zurückgreifen kann (unter I.). Sodann wird dargelegt, zwischen welchen Parteien es zu einem Vertragsschluss kommt. Dabei wird klassisch nach Angebot (unter II.) und Annahme (unter III.) unterschieden, wobei bei letzterer (unter IV.) die Problematik minderjähriger *Nutzer* näher untersucht wird. Schließlich wird die Bedeutung von Anfechtungs- und Widerrufsrechten (unter V. und VI.) untersucht, bevor (unter VII.) Überlegungen zur Rückabwicklung angestellt werden.

I. Storebedingungen als Auslegungshilfe

Im Ausgangspunkt handelt es sich bei den Berührungen um **elektronisch** übermittelte Erklärungen, die als Willenserklärungen allgemein der **Auslegung** unterliegen (§§ 133, 157 BGB).¹ Klärungsbedürftig ist, welchen Erklärungswert man den Berührungen beimessen kann. Anders als beim Kauf eines Artikels im Internet müssen unmittelbar vor dem App-Download keine allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert werden. Es findet sich auch kein Hinweis auf den Vertragsinhalt. Allerdings ist ein

¹ Vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2012 – X ZR 37/12, NJW 2013, 598-601 (599) = BGHZ 195, 126 Rz. 19; siehe *Grübler*, Digitale Güter, S. 58 m.w.N.; *Hoeren*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht un AGB-Klauselwerke, E-Commerce-Verträge Rn. 43 m.w.N.; *Singer*, in: Staudinger-BGB, Neubearb. 2017, § 133 BGB Rn. 24 m.w.N.

Download nur möglich, wenn der *Nutzer* sich **zuvor bei dem jeweiligen Storebetreiber mit einem Account registriert** hat (Erstellen einer *Apple-ID* oder eines *Google-Kontos*).² Dabei muss er die jeweiligen **Storebedingungen** akzeptieren. Diese stellen Regeln darüber auf, wie das Verhalten des *Nutzers* und des *Anbieters* zu verstehen ist. *Apple* und *Google* regeln detailliert, welche Regeln für die Nutzung ihrer *Stores* bestehen. Wenn unklar ist, wie eine Erklärung der Beteiligten zu verstehen ist, ist zu fragen, ob man auf die *Storebedingungen* zurückgreifen kann. Damit ein solcher Rückgriff überhaupt denkbar ist, muss geklärt werden, ob man diese **Storebedingungen als Rahmenvertrag oder „Spielregeln“** verstehen kann, deren Inhalt bei der Auslegung der einzelnen Erklärungen einzubeziehen ist.³ Dazu müssen die Nutzungsbedingungen von allen Beteiligten in den Vertrag einbezogen werden (unter I.1.) und zudem müssen die Nutzungsbedingungen bei der Auslegung der Erklärungen Berücksichtigung finden (unter 2.).

1. Einbeziehung

Fraglich ist, ob die *Storebedingungen* zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* (unter a) und zwischen *Anbieter* und *Storebetreiber* (unter b) Vertragsbestandteil werden.

a. Zwischen Nutzer und Storebetreiber

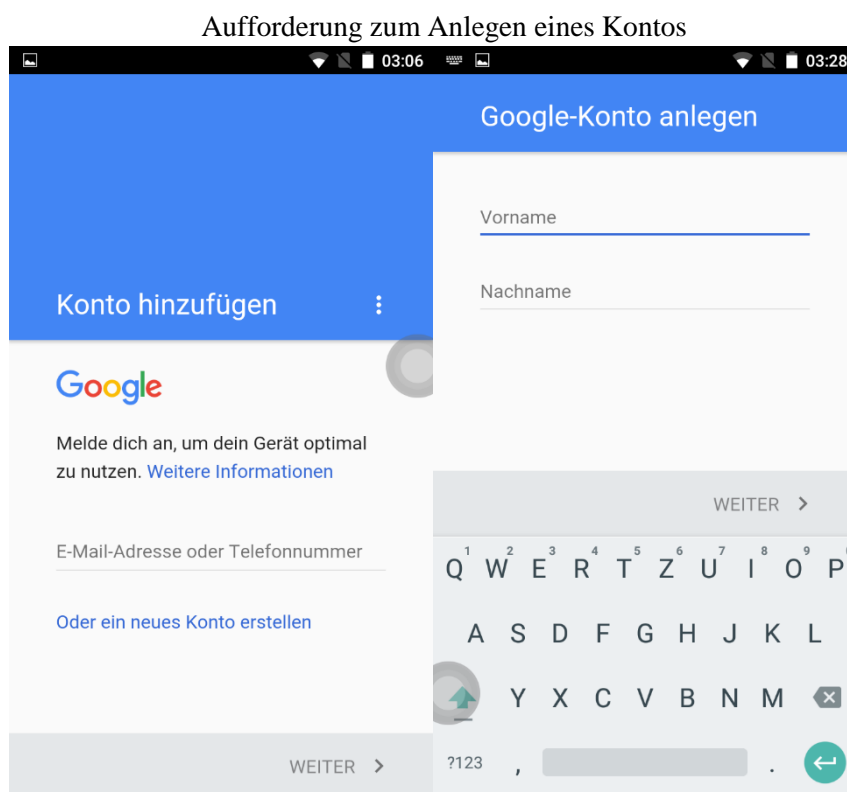
„Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) im mobilen Geschäftsverkehr mit Verbrauchern [...] ist ein in der Literatur seit Längerem diskutiertes, bislang aber noch nicht befriedigend gelöstes Problem.“⁴

Bereits bei **Inbetriebnahme des Smartphones** soll man **einen Account (Apple-ID oder Google-Konto)** erstellen.

² Ebenso *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, 28.

³ Zur Herleitung und Begrifflichkeit siehe 0.

⁴ *Janal*, NJW 2016, 3201 (3201).

Obligatorisches Einrichten eines *Google-Kontos* bei Inbetriebnahme

Bei *Apple* und auch bei *Google* ist die Nutzung des jeweiligen *Stores* an einen **Account** gekoppelt. So heißt es beispielsweise in den *iOS-Nutzungsbedingungen*:

„2. *Nutzung und Beschränkungen*.“

(g) Die Nutzung des App Store erfordert eine Kombination aus einem eindeutigen Benutzernamen und einem Kennwort, die auch als Apple ID bezeichnet wird. Eine Apple ID ist auch für den Zugriff auf App-Aktualisierungen und bestimmte Funktionen der iOS Software und Dienste erforderlich.“⁵

Schon bei **Inbetriebnahme** der Geräte wird das deutlich. Bei einem iPhone soll der *Nutzer* sich mit einer **Apple-ID** anmelden oder eine solche erstellen und die **iOS-Nutzungsbedingungen**⁶ akzeptieren. Diese verweisen bereits auf die speziellen **iTunes-Nutzungsbedingungen**⁷. Beim Erstellen der *Apple-ID* muss der *Nutzer* zumindest seinen Namen, Vornamen, sein Geburtsdatum und seine E-Mailadresse angeben.

Bei einem *Android*-Smartphone muss man die **Google-Nutzungsbedingungen** und die **Google Play-Nutzungsbedingungen** akzeptieren und wird zur **Anmeldung oder Einrichtung** eines **Google-Kontos** aufgefordert. Dazu muss der *Nutzer* seinen Namen und Vornamen, seine Handynummer, seine E-Mailadresse sowie sein Geschlecht und Alter angeben. Bei einem *Android* Smartphone ist schon eine Inbetriebnahme des Smartphones ohne Akzeptieren der *Storebedingungen* nicht möglich. Bei einem iPhone ist eine Inbetriebnahme ohne das Akzeptieren der *iOS-Nutzungsbedingungen*, die auf die *iTunes-Nutzungsbedingungen* verweisen, nicht möglich. Nur wenn ausnahmsweise eine *Apple-ID* später erstellt wird, erfolgt das ausdrückliche Akzeptieren der *Storebedingungen* (*iTunes-Nutzungsbedingungen*) nach der Inbetriebnahme.

⁵ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iOS10.pdf>> (Stand: 07.07.2017) S. 25.

⁶ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iOS10.pdf>> (Stand: 07.07.2017).

⁷ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

Spätestens jedoch vor dem Download einer App in dem jeweiligen *Store* muss man einen **Account erstellen** und die **jeweiligen speziellen Storebedingungen** (die *iTunes-Nutzungsbedingungen*⁸ für den *Apple App Store* und *Google Play Nutzungsbedingungen*⁹ für den *Google Play Store*) **akzeptieren**.¹⁰

⁸ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

⁹ Diese sind abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

¹⁰ Ebenso *Carare*, *International Economic Review* 3/2012, 717 (721).

Akzeptieren der *Google Play Nutzungsbedingungen* schon bei Inbetriebnahme

Nutzungs- und Datenschutzbedingungen

Datenschutz und Bedingungen

Wenn Sie unten "Ich stimme zu" wählen, akzeptieren Sie die [Nutzungsbedingungen](#) von Google.

Des Weiteren bestätigen Sie damit, dass Sie unsere [Datenschutzerklärung](#) gelesen haben, in der beschrieben wird, wie wir Ihre Daten verarbeiten.

Insbesondere willigen Sie damit - jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufbar - in das Folgende ein:

Nutzungs- und Inhaltsdaten

- Wenn Sie Google-Dienste verwenden, um zum Beispiel eine Nachricht in Gmail zu schreiben oder ein YouTube-Video zu

MEHR ▾

Google Play

Google Play Nutzungsbedingungen

23. Januar 2017

1. Einführung

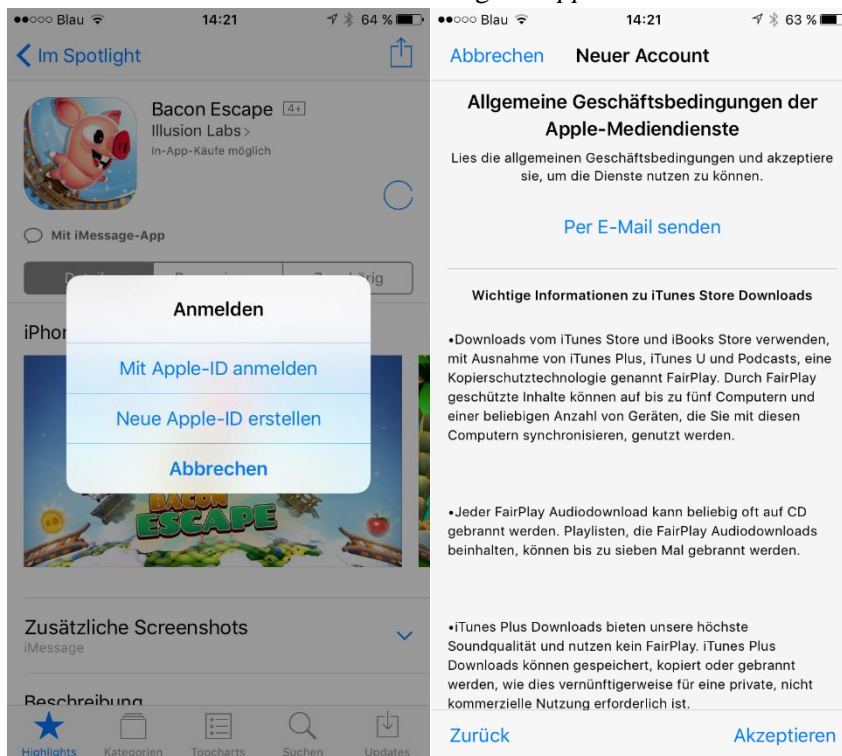
Anwendbare Bestimmungen. Vielen Dank, dass Sie Google Play nutzen. Google Play wird von Google Inc. bereitgestellt ("Google", "wir" oder "uns"), mit Sitz in 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, CA 94043, USA, und unterliegt den [Google Nutzungsbedingungen](#) ("Google Nutzungsbedingungen"). Google Play ist ein "Dienst", wie in den Google-Nutzungsbedingungen definiert. Bei diesen Google Play Nutzungsbedingungen handelt es sich um zusätzliche Bedingungen, die für

< [SCHLIESSEN](#)

AKZEPTIEREN >

Obligatorisches Erstellen einer *Apple-ID* und akzeptieren der *iTunes Nutzungsbedingungen* spätestens vor dem App-Download

Accounterstellung bei *Apple*



aa. Anwendbares Recht

Um eine Einbeziehungskontrolle durchführen zu können, muss zunächst ermittelt werden, anhand welcher Rechtsordnung eine Einbeziehungskontrolle zu prüfen ist. Im Rahmen der Arbeit ist davon auszugehen, dass der *Nutzer* seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hat. Demgegenüber hat weder *Apple* noch *Google* seinen Hauptsitz in

Deutschland. Die Dienste werden von den Tochterunternehmen *Apple Distribution International* und *Google Commerce Limited* mit Sitz in Irland angeboten.¹¹ Fraglich ist daher, ob bei der Einbeziehungskontrolle deutsches Recht anzuwenden ist.

Bei **vertraglichen Schuldverhältnissen in Zivil-** und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen, gilt nach Art. 1 I 1 Rom-I-VO selbige. Art. 1 IV Rom-I-VO zeigt, dass die Verordnung nicht für alle Mitgliedstaaten gilt. Allerdings ist die Rom-I-VO sowohl auf Deutschland als auch auf Irland, was Erwägungsgrund 44 der Rom-I-VO verdeutlicht, **anwendbar**.¹² Da es sich um ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis handelt, gilt die Rom-I-VO.

Gemäß Art. 3 I 1 Rom-I-VO unterliegt der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die *iTunes-Nutzungsbedingungen* erklären für Bewohner eines Landes der Europäischen Union das Recht und die Gerichte ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes für anwendbar. Dabei wird UN-Kaufrecht ausgeschlossen.¹³ Nach den *iTunes-Nutzungsbedingungen* ist daher **deutsches Recht** anwendbar. Zwar treffen die *Google Play Nutzungsbedingungen* keine Regelung über die Rechtswahl,¹⁴ sie verweisen¹⁵ aber auf die *Google Nutzungsbedingungen*.¹⁶ Dort wird ebenfalls **deutsches Recht** für anwendbar erklärt. Nach Art. 3 I Rom-I-VO ist daher grundsätzlich **deutsches Recht auf den Vertrag anwendbar**.¹⁷

Allerdings betrifft die Frage der Einbeziehung keine Frage des Vertragsinhalts, sondern des **Vertragsschlusses**.¹⁸ Diesbezüglich hilft jedoch

¹¹ Siehe für *Apple* A.II.3.bb und für *Google* A.II.3.cc.

¹² Ebenfalls *Mansel/Thorn/Wagner*, IPrax 2009, 1 (7); *Spickhoff*, in: BeckOK-BGB, Art. 1 Rom-I-VO Rn. 47.

¹³ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

¹⁴ Diese sind abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

¹⁵ Siehe zur Verweisungsmöglichkeit in AGB B.I.1.a.dd.

¹⁶ Ebenfalls abrufbar im Internet: <<https://www.google.de/policies/terms/regional.html>> (Stand: 03.06.2017).

¹⁷ Mit diesem Ergebnis auch *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 11.

¹⁸ Vertiefend *Spickhoff*, in: BeckOK-BGB, Art. 10 Rom-I-VO Rn. 6.

Art. 3 V i.V.m. Art. 10 I Rom-I-VO weiter. Art. 3 V Rom-I-VO verweist in diesem Fall auf Art. 10 Rom-I-VO. Nach Art. 10 I Rom-I-VO ist dabei grundsätzlich das Recht anzuwenden, das anzuwenden wäre, wenn der Vertrag oder die Bestimmung wirksam wäre. Die Rechtswahl bezüglich des Vertrags wirkt damit auf den Vertragsschluss vor. Es bleibt daher bei **deutschem Recht**. Dieses Ergebnis wird durch die Ausnahmeregelung in Art. 10 II Rom-I-VO bestätigt. Denn danach kann sich eine Partei auf das Recht des Staates ihres gewöhnlichen Aufenthalts berufen, wenn die Anwendung von Art. 10 I Rom-I-VO nach den Umständen nicht gerechtfertigt wäre. In diesem Fall käme der *Nutzer*, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hat, wiederum zur Anwendung von deutschem Recht. Mithin richtet sich die Einbeziehungskontrolle **nach deutschem Recht**.

bb. Einbeziehungskontrolle

„Der Begriff der zumutbaren Kenntnisnahme von § 305 II Nr. 2 BGB wurde in dem neuen Geschäftsfeld M-Commerce noch nicht systematisch ausgelegt und kommentiert.“¹⁹

Klärungsbedürftig ist jedoch, ob dieses Verfahren den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB genügt. Bei den Bedingungen handelt es sich zwar um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** im Sinne des § 305 I 1 BGB. Allerdings werden nach § 305 II BGB²⁰ Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsschluss ausdrücklich auf sie hinweist (Nr. 1 Var. 1) und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, **auf zumutbare Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen** (Nr. 2) und die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden²¹ ist.

¹⁹ Schriek, M-Commerce, S. 258.

²⁰ Es handelt sich nicht um ein Fall des § 305a Nr. 2 b) BGB – so Jandt, in: Brätigam/Rücker, E-Commerce, 793 Rn. 69 m.w.N.

²¹ Soweit ersichtlich wird unter dem Punkt Einverständnis nicht diskutiert, ob dafür die volle Geschäftsfähigkeit erforderlich ist. Siehe zur Minderjährigenproblematik B.IV.

Spätestens bei dem obligatorischen Einrichten eines Accounts wird der *Nutzer* ausdrücklich auf die Nutzungsbedingungen (*iTunes-Nutzungsbedingungen* und *Google Play Nutzungsbedingungen*) hingewiesen und muss diese akzeptieren, um fortfahren zu können. Dass der *Nutzer* die Bedingungen unter Umständen erst deutlich nach dem Kauf des Smartphones geschieht, steht einer Einbeziehung „*bei Vertragsschluss*“ aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse nicht entgegen.²² Der Kaufvertrag des Smartphones ist dabei von den Nutzungsbedingungen über das Betriebssystem und den *Storebedingungen* zu trennen. Dass in den AGB teilweise ein einseitiges Rückgaberecht bei Nichtakzeptieren der Nutzungsbedingungen für das Smartphone eingeräumt wird, ändert daran nichts. Beide Verträge stehen nicht in einem derartigen Abhängigkeitsverhältnis, dass sie miteinander nach dem Willen beider Parteien stehen und fallen sollen.²³ Eine Regelung wie bei § 358 I und II BGB, die beide Verträge miteinander verbinden würde, fehlt. Es wäre daher verfehlt, auf den Abschluss des Kaufvertrags über das Smartphone abzustellen und die Einbeziehung daran scheitern zu lassen, dass die Nutzungsbedingungen vermeintlich erst nach Vertragsschluss akzeptiert werden. Klärungsbedürftig ist folglich allein, ob der *Nutzer* auch **auf zumutbare Weise von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen** kann.²⁴

²² Dabei handelt es sich gerade nicht um die sog. shrink-wrap-Problematik. Siehe zur – nach hier vertretener Ansicht nicht vergleichbaren – Problematik der Einbeziehung von AGB bei (Online-)Computerspielen *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); vgl. auch *Hermes*, GRUR-Prax 2013, 400 (401).

²³ Vgl. die Terminologie des BGH bei wechselseitig abhängigen Grundstücksverträgen: BGH, Urteil vom 22.07.2010 – VII ZR 246/08, WM 2010, 1817 (1817) = NJOZ 2010, 764–765; BGH, Urteil vom 22.07.2010 – VII ZR 246/08, WM 2010, 1817 (765) = NJOZ 2010, 764–765 – „*stehen und fallen*“ m.w.N.

²⁴ Dieses Problem ist – wie das Eingangszitat verdeutlicht – noch nicht zufriedenstellend gelöst und die Diskussion ist im Wandel. Zur Einbeziehungsproblematik im sog. M-Commerce verhalten sich nicht abschließend: *Bremer*, CR 2009, 12 (14 f.); *Rössel*, ITRB 2006, 235 (253 ff.); *Janal*, NJW 2016, 3201 (3202 ff.); *Jandt*, in: Brätting/Rücker, E-Commerce, 792 ff. Rn. 67 ff.; *Schriek*, M-Commerce, 258 ff.

Beginnt man mit der **Wortlautanalyse**, sind laut Duden die Adjektive „erträglich“, „möglich“ **und** „normal“ Synonyme für „zumutbar“.²⁵ Die Synonyme lassen sowohl eine enge Interpretation (was „erträglich“ ist, kann subjektiv recht wenig sein) als auch eine weite Interpretation („möglich“ ist viel) zu. Der I. Zivilsenat des BGH²⁶ hat eine vermittelnde Position eingenommen und darauf abgestellt, was „zu den üblichen Gepflogenheiten“ des jeweiligen Mediums gehört (quasi „normal“ ist). Im Jahr 2006 hat der I. Zivilsenat daher ein Verlinken auf AGB für zumutbar erklärt, wenn ein **Abruf und Ausdruck** möglich war: „Zutreffend hat das Berufungsgericht. darauf abgestellt, dass die Verwendung von Links und deren Darstellung durch Unterstreichen **zu den in dem Medium Internet üblichen Gepflogenheiten gehören und Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen daher davon ausgehen können, dass Verbraucher, die sich für ihre Bestellung des Internets bedienen, mit solchen Links ohne Weiteres umgehen können.**“²⁷

Einerseits sind die oft etliche Seiten langen Bedingungen auf den **kleinen Displays**²⁸ nur mit **erheblichem Aufwand komplett lesbar**.²⁹ Darüber hinaus fehlt eine **Speicher- und Druckmöglichkeit** auf dem Smartphone.³⁰ Andererseits besteht bei *Apple* die Möglichkeit, sich die Nutzungsbedingungen **per E-Mail zusenden** zu lassen. Die *Storebedingungen* sind zudem bei beiden *Anbietern* im **Internet abrufbar**.³¹ Ein Lesen auf

²⁵ Abrufbar im Internet: <www.duden.de/rechtschreibung/zumutbar>.

²⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 14.06.2006 – I ZR 75/03, NJW 2006, 2976.

²⁷ BGH, Urteil vom 14.06.2006 – I ZR 75/03, NJW 2006, 2976 (2977) Rz.16 – Hervorhebung durch den Bearbeiter.

²⁸ *Ranke*, MMR 2012, 509 (510) – zumutbare Kenntnisnahme sei nur möglich, wenn die Bedingungen nicht mehr als einige wenige Displayseiten umfassen; *Marly*, *Softwarerecht*, S. 509 Rn. 1170 – kleine Displays würden mitunter kaum lösbar Probleme bereiten.

²⁹ Dazu *Janal*, NJW 2016, 3201 (3203); *Marly*, *Softwarerecht*, S. 353 Rn. 821; *Schriek*, *M-Commerce*, 261 ff..

³⁰ Siehe dazu *Janal*, NJW 2016, 3201 (3203); *Rössel*, ITRB 2006, 235 (236).

³¹ Was nach *Schlosser*, in: *Staudinger-BGB*, Neubearb. 2013, § 305 BGB R. 146 genügen kann; die *Google Play Nutzungsbedingungen* sind abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017) und die *iOS-*

dem Smartphone ist daher gerade nicht die einzige Möglichkeit der Kenntnisnahme. Lässt sich der *Nutzer* die Nutzungsbedingungen per E-Mail zusenden, hat er dieselben Möglichkeiten wie bei einer Bestellung im Internet. Da auf die AGB nicht etwa bei jedem App-Download, sondern immer nur bei einer Systemaktualisierung oder bei der ersten Inbetriebnahme hingewiesen wird, hätte er sogar die Möglichkeit, sich die Bedingungen in aller Ruhe ausgedruckt in Papierform durchzulesen.³² Die bisweilen für unzumutbar befundene Lektüre am Display ist daher gerade nicht erforderlich.³³ Der *Nutzer* ist vor der Inbetriebnahme seines Smartphones oder vor einer Aktualisierung des Betriebssystems nicht unter Zeitdruck. Er kann den Zeitpunkt der Updates oder der ersten Inbetriebnahme individuell wählen. Zudem spricht Art. 246a § 3 EGBGB, der erleichterte Informationspflichten im Fernabsatzrecht bei begrenzter Darstellungsmöglichkeit explizit vorsieht, **systematisch** ebenfalls dafür, die Einbeziehung nicht nur an der begrenzten Darstellungsmöglichkeit auf den Smartphonedisplays scheitern zu lassen. So hatte der Gesetzgeber in derartigen Fällen vor Augen, dass der Verbraucher auch über ein anderes Medium informiert werden kann.

Dass eine **Druck- und Speichermöglichkeit** im Rahmen von § 305 II Nr. 2 BGB gerade **nicht erforderlich** ist, ergibt sich aus einem **systematischen Vergleich** mit § 312i I 1 Nr. 4 BGB.³⁴ Danach muss der Unternehmer dem Kunden bei Vertragsschluss ermöglichen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern. Dieses Erfordernis

Nutzungsbedingungen sind abrufbar im Internet: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iOS10.pdf>> (Stand: 07.07.2017).

³² Ähnlich *Hoeren*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, E-Commerce Verträge Rn. 62.

³³ Zur unzumutbaren Displaylektüre schon *Ranke*, MMR 2012, 509 (510 ff.); ebenso *Schuster*, in: Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB Rn. 45 f..

³⁴ Dabei handelt es sich um die h.M. Siehe *Faust*, in: DJT 2016, A 31 f. m.w.N.; *Janal*, NJW 2016, 3201 (3202) – die Bestimmung enthalte keine weiteren Einbeziehungsvoraussetzungen, sondern nur eine vertragliche Nebenpflicht.

geht über die Möglichkeit der Kenntnisnahme in § 305 II Nr. 2 BGB hinaus.³⁵ Die Informationspflicht ist im Übrigen keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vertrag.³⁶ Darüber hinaus können *Nutzer* die Nutzungsbedingungen eben auch im Internet abrufen und dann ausdrucken oder speichern. Die **Gesetzsystematik** spricht mithin dafür, bei der Frage der Zumutbarkeit großzügig zu verfahren.³⁷

Die Vorschrift **bezweckt**, „*dass die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag wieder fest auf dem Boden des nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch maßgeblichen rechtsgeschäftlichen Vertragswillens verankert wird, ohne dabei jedoch Anforderungen zu stellen, die entgegen der legitimen Rationalisierungsfunktion von AGB den Rechtsverkehr insbesondere bei Massengeschäften des täglichen Lebens unnötig behindern.*“³⁸ Zuvor hat es für die Einbeziehung bisweilen genügt, wenn der Verbraucher damit hätte rechnen müssen oder wenn die AGB branchenüblich waren, ohne dass es eines ausdrücklichen Hinweises bedurft hätte.³⁹ Die **teleologisch-historische Interpretation** spricht bei den Massengeschäften dafür, dass eine Einbeziehung der AGB auch am Smartphone möglich sein muss. Das wird zudem **systematisch** dadurch noch einmal untermauert, dass dem Kunden der **Schutz der Inhaltskontrolle** der §§ 307-309 BGB bleibt.⁴⁰ Daher spricht auch die Anzahl der Seiten, die heruntergescrollt werden müssen, nicht gegen eine Einbeziehung.⁴¹ Der *Nutzer* nimmt in diesen Fällen durch die Anzeige auf dem Display zur Kenntnis, dass ein umfangreiches Klauselwerk einbezogen werden soll.⁴² Er hat immer noch die Möglichkeit, die

³⁵ *Maume*, in: BeckOK-BGB, 312i Rn. 29.

³⁶ Siehe *Janal*, NJW 2016, 3201 (3202); *Maume*, in: BeckOK-BGB, § 312i BGB Rn. 34.

³⁷ Seit dieser Auflage nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung ähnlich *Marly*, Softwarerecht, S. 355 Rn. 824.

³⁸ BT-Drucks. 7/3919 S. 13.

³⁹ Siehe BT-Drucks. 7/3919 S. 13.

⁴⁰ Ebenso *Basedow*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, § 305 BGB Rn. 50.

⁴¹ Ähnlich *Grübler*, Digitale Güter, S. 81 – eine rigorose Beschränkung auf eine feste Anzahl von Textseiten sei zu formalistisch.

⁴² **A.A.** aber *Schuster*, in: Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB Rn. 45 f.

Nutzungsbedingungen nicht zu akzeptieren und teilweise wird dem Kunden sogar in solchen Fällen ein Rückgaberecht des Smartphones eingeräumt.⁴³ Die Vorstellung, *Nutzer* würden allgemeine Geschäftsbedingungen im Regelfall lesen, ist ohnehin realitätsfremd und würde dem **Rationalisierungsgedanken** der AGB zuwiderlaufen. Im Ergebnisbericht einer telefonischen Befragung der bundesdeutschen Bevölkerung im Auftrag des *Verbraucherzentrale Bundesverbands* fand TNS Emnid⁴⁴ heraus, dass über die Hälfte der Internetnutzer die AGB immer oder meistens ungelesen akzeptiert.⁴⁵ Nur 16 % der Befragten gaben an, die AGB immer vor der Zustimmung zu lesen.⁴⁶ Es ist zudem eine Tendenz erkennbar, dass jüngere *Nutzer* häufiger dazu neigen, den AGB ungesehen zuzustimmen.⁴⁷ Im Regelfall werden daher die AGB ohnehin nicht gelesen. Andererseits wäre es für den *Anbieter* auch nicht zumutbar, nur einen Bruchteil von Regelungen zu treffen, die man dann vermeintlich zumutbar auf dem Bildschirm anzeigen könnte. Vergleicht man den Umfang der jeweiligen Nutzungsbedin-

⁴³ Ein solches Rückgaberecht findet sich etwa gleich zu Beginn der iOS-Nutzungsbedingungen abrufbar im Internet: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iOS10.pdf>> (Stand: 07.07.2017) S. 23.

⁴⁴ Eines der bekanntesten und renommiertesten Institute für Markt- und Meinungsforschung in Deutschland.

⁴⁵ Der Ergebnisbericht ist abrufbar im Internet: <<http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/studie-digitalisierung-ergebnisbericht-emnid-2014.pdf>> (Stand: 16.11.2016) S. 6. Die Telefonbefragung fand unter 1000 zufällig ausgewählten deutschsprachigen Bürgern vom 1. bis zum 11. Oktober 2014 statt.

⁴⁶ Siehe S. 6 des Ergebnisberichts, abrufbar im Internet: <<http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/studie-digitalisierung-ergebnisbericht-emnid-2014.pdf>> (Stand: 16.11.2016).

⁴⁷ Wiederum S. 6 des Ergebnisberichts, abrufbar im Internet: <<http://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/studie-digitalisierung-ergebnisbericht-emnid-2014.pdf>> (Stand: 16.11.2016).

gungen mit gängigen Nutzungsbedingungen in Online-Shops wie Amazon⁴⁸, eBay⁴⁹ oder Zalando⁵⁰, erkennt man **vom Umfang keinen nennenswerten Unterschied**. Auch im mobilen Geschäftsverkehr besteht ein Bedarf an der Einbeziehung längerer AGB.⁵¹ Allein schon aus § 312d I 1 Var. 2 BGB⁵² i. V. m. Art. 246a § 1 EGBGB ergibt sich **systematisch**, welche umfangreiche Informationen und Regelungen der Unternehmer dem Verbraucher zugänglich machen soll, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Regelfall auch Vertragsbestandteil werden sollen (vgl. § 312d I 2 BGB). In Anbetracht dessen wäre es widersprüchlich, eine Einbeziehungskontrolle abzulehnen. Daher müssen die Besonderheiten im Rechtsverkehr mit mobilen Endgeräten bei der Auslegung berücksichtigt werden. Unabhängig davon, ob ein mobiles Endgerät oder ein Computer verwendet wird, ist es für einen durchschnittlichen Benutzer ohnehin kaum jemals zumutbar, vor einem einfachen Rechtsgeschäft mehrere Seiten „Kleingedrucktes“ zu lesen. Dies **bezwecken** aber AGB gerade nicht. Vielmehr sind die **Verbraucher durch eine Inhaltskontrolle geschützt. Daher werden die Nutzungsbedingungen regelmäßig in den Vertrag nach § 305 II BGB einbezogen**. Dieses Ergebnis lässt sich – wie gezeigt – durch Auslegung der Vorschrift erzielen. Andere dogmatische Begründungsansätze, wie etwa eine Analogie zu § 305a Nr. 2 b) BGB,⁵³ ein Verzicht des Verbrauchers⁵⁴ oder eine Analogie zu

⁴⁸ Die Amazon-AGB sind abrufbar im Internet: <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=chk_help_termstop_pri?ie=UTF8&nodeId=505048>.

⁴⁹ Abrufbar im Internet: <http://p.ebaystatic.com/aw/pics/de/help/AGB_Nutzung_eBay-Dienste.pdf> (Stand: 21.11.2018).

⁵⁰ Die AGB sind abrufbar im Internet: <<https://www.zalando.de/zalando-agb/>> (Stand: 21.11.2018).

⁵¹ So *Janal*, NJW 2016, 3201 (3203).

⁵² Zur Anwendbarkeit siehe später ausführlich beim Widerrufsrecht unter B.VI.1.

⁵³ Angesprochen und abgelehnt von *Janal*, NJW 2016, 3201 (3203); ebenfalls kritisch *Ranke*, MMR 2012, 509 (510 f.).

⁵⁴ Dafür *Basedow*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, § 305 BGB Rn. 69; ebenfalls erörtert, aber im Ergebnis abgelehnt von *Janal*, NJW 2016, 3201 (3203 f.); *Ranke*, MMR 2012, 509 (511) hält dies bei ausdrücklicher Verzichtserklärung möglich.

Art. 246a § 3 EGBGB⁵⁵ sind nicht erforderlich. Ein Verstoß gegen § 305c I BGB wegen **einer überraschenden Klausel** ist nicht ersichtlich.⁵⁶ Im Ergebnis werden die **Nutzungsbedingungen damit typischerweise Vertragsbestandteil**.

cc. Rahmenvereinbarung

Die *Storebedingungen* enthalten jeweils auch Regeln über das Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter*. Es ist etwa geregelt, was beim einzelnen App-Download rechtlich passieren soll. Es werden daher im Vorfeld Regelungen für spätere Verträge geschlossen. Diese Tatsache ist rechtlich unbedenklich. Gemäß **§ 305 III BGB** können die Vertragsparteien für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren. Dass die AGB daher bisweilen quasi als **Rahmenvereinbarung** ausgestaltet sind, ist unschädlich. Die Ausgestaltung stellt vielmehr eine elegante Lösungsmöglichkeit im M-Commerce dar.⁵⁷

dd. Verweisungsproblematik

Im Verhältnis *Nutzer* und *Storebetreiber* kann die Frage auftauchen, ob Verweisungen in den Klauselwerken rechtlich haltbar sind. Sowohl *Apple* als auch *Google* bedienen sich verschiedener Verweisungsinstrumentarien. So verweisen etwa die *iOS-Nutzungsbedingungen* auf die *iTunes-Nutzungsbedingungen* oder die *Google Play Nutzungsbedingungen* auf die *Google Nutzungsbedingungen*.

Da man spätestens beim Erstellen der *Apple-ID* auch die *iTunes-Nutzungsbedingungen* explizit akzeptieren muss, kann in diesem Fall im Ergebnis offenbleiben, ob diese allein schon über den Verweis in den *iOS-Nutzungsbedingungen* bei der Inbetriebnahme wirksam einbezogen werden können. Da diese Frage bis dato rechtlich noch nicht aufgearbeitet wurde, soll

⁵⁵ Siehe *Janal*, NJW 2016, 3201 (3204 f.).

⁵⁶ Beispiele für überraschende Klauseln finden sich exemplarisch bei *Schmidt*, in: BeckOK-BGB, § 305c BGB Rn. 51–56.

⁵⁷ Dies erwägen ebenfalls *Bremer*, CR 2009, 12 (15); *Rössel*, ITRB 2006, 235 (239); für Apps ebenfalls *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 838 Rn. 19 f.

gleichwohl in gebotener Kürze dargestellt werden, ob die Verweisungen grundsätzlich einer Inhaltskontrolle standhalten können:

Fraglich ist, ob **Verweisungen** in den *Storebedingungen* – wie etwa von den *iOS-Nutzungsbedingungen* auf die *iTunes-Nutzungsbedingungen* – mit dem **Transparenzgebot aus § 307 I 2 BGB** zu vereinbaren sind. Danach kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Zunächst einmal ist festzustellen, dass eine Verweisung in AGB nicht per se unzulässig ist.⁵⁸ In manchen Rechtsgebieten ist das gängige Praxis. So wird im **Arbeitsrecht** sogar eine dynamische Verweisung (**dynamische Bezugnahmeklausel**) in Arbeitsverträgen auf einen Tarifvertrag von der Rechtsprechung akzeptiert.⁵⁹ In einem Fall außerhalb des Arbeitsrechts, in dem der BGH zwar eine dynamische Verweisung auf eine Berechnungsordnung im Ergebnis für unwirksam erklärt hat, wurde der Verstoß gegen das Transparenzgebot **nicht mit der Verweisung an sich** begründet.⁶⁰ Vielmehr könne sogar eine Verweisung auf nicht im Einzelnen bezeichnete Gesetze oder Verordnungen unschädlich sein.⁶¹ Gleichwohl kann ein Verweisungsgefüge insbesondere dann zur Unverständlichkeit führen, wenn „*ein normal informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher*“⁶² nicht mehr ergründen kann, welchen Regelungen er ausgesetzt ist.

Die Verweisungen in den *iOS-Nutzungsbedingungen* erfolgt durch Hyperlink. Insofern wird der Leser direkt auf die *iTunes-Nutzungsbedingungen* weitergeleitet, mit denen er sich nach dem Willen des Verwenders einverstanden erklärt. Der *Nutzer* kann ohne Suchaufwand auf die jeweils aktuellen AGB zugreifen. Für die grundsätzliche Verweisungsmöglichkeit spricht zudem, dass eine Nutzung eines iPhones ohne den Download von

⁵⁸ Dazu *Schlosser*, in: Staudinger-BGB, Neubearb. 2013, § 305 BGB Rn. 141.

⁵⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 24.09.2008 – 6 AZR 76/07, NZA 2009, 154 (157) Rz. 30; siehe auch *Jacobs*, in: BeckOK-ArbR, § 307 BGB Rn. 66; *Schlewing*, NZA-Beil. 2012, 33 (39 ff.).

⁶⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2007 – V ZR 283/06, WM 2008, 313 (315 f.) Rz. 11 ff.

⁶¹ Vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2007 – V ZR 283/06, WM 2008, 313 (315) Rz. 14.

⁶² Wörtlich EuGH, Urteil vom 30.04.2014 – C-26/13 (Kasler ua/TOP Jelzalogbank Zrt), EuZW 2014, 506 (509) Rz. 74.

herstellerfremden Apps oder sonstigen Mediendateien möglich ist. Würden die Bedingungen der Zusatzdienste pauschal in den allgemeinen Nutzungsbedingungen mit geregelt, wäre das Klauselwerk noch unübersichtlicher. Das würde dann wiederum mit dem Bedürfnis, keine überlangen Texte auf dem Smartphonedisplay lesen zu müssen, kollidieren. Einem normal informierten, angemessen aufmerksamen Durchschnittsnutzer ist diese Verweisungspraxis daher gerade noch zumutbar.⁶³

b. Zwischen Anbieter und Storebetreiber

Die Einbeziehung von Vertragsbedingungen zwischen *Anbieter* und *Storebetreiber* ist dagegen rechtlich unproblematisch. Zwischen *Anbieter* und *Storebetreiber* besteht typischerweise ein Vertragsverhältnis aufgrund einer Standardvertriebsvereinbarung des jeweiligen *Stores*.⁶⁴ Diese Vertragstexte sind bisweilen sehr umfangreich.⁶⁵ Im B2B-Bereich inkorporiert der *Storebetreiber* daher durch die Vertriebsvereinbarungen seine Nutzungsbedingungen. Die Vertragsbeziehungen richten sich häufig nach amerikanischem Recht.⁶⁶ Die Anforderungen im B2B-Bereich an die Einbeziehung wären aber auch nach deutschem Recht durch § 310 I 1 BGB, demzufolge § 305 II BGB nicht anwendbar ist, deutlich abgemildert. Mit hin werden die Bedingungen ebenfalls zwischen *Anbieter* und *Storebetreiber* Vertragsbestandteil.

2. Rückgriff auf die Storebedingungen

Die *Storebedingungen* werden sowohl zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* als auch zwischen *Storebetreiber* und *Anbieter* Vertragsbestandteil. Es ist daher die grundsätzliche Frage zu klären, ob bei der Auslegung von Erklärungen, die im jeweiligen *Store* abgegeben werden, die *Storebedingungen* berücksichtigt werden können. Im Verhältnis *Nutzer* und *Storebetreiber* o-

⁶³ A.A. aber *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, *Mobile Apps*, 118 Rn. 334 – Seitenanzahl in Verbindung mit der Verweisungspraxis sei intransparent.

⁶⁴ So *Engelhardt*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, *Mobile Apps*, 71 Rn. 167.

⁶⁵ *Engelhardt*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, *Mobile Apps*, 71 f. Rn. 168.

⁶⁶ So *Kremer*, in: *Handbuch IT-Recht*, § 28 *Apps und Social Media* Rn. 12.

der *Storebetreiber* und *Anbieter* kann auf die Bedingungen zurückgegriffen werden. Diese sind dann anhand der §§ 305 ff. BGB zu messen. Fraglich ist jedoch, ob gegebenenfalls auch im Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter* auf die Bedingungen zurückgegriffen werden kann. Eine Berücksichtigung von AGB bei der Auslegung von Willenserklärungen wurde in diesem Kontext bis dato noch nicht vertieft untersucht.

Allerdings konstruiert der BGH bei Online-Auktionen den Vertragsschluss dergestalt, dass bei der **Auslegung der Erklärungen** von Verkäufer und Käufer die **AGB** des Auktionshauses nach §§ 133, 157 BGB zu **berücksichtigen** sind.⁶⁷ Bei **eBay** werden – ähnlich wie beim App-Download – regelmäßig keine AGB zwischen Verkäufer und Käufer einbezogen. Eine unmittelbare Geltung der Nutzungsbedingungen des *Stores* ist ebenso wie bei eBay im Verhältnis *Anbieter* und *Nutzer* aufgrund der **Relativität der Schuldverhältnisse** abzulehnen.⁶⁸ Dafür werden im Verhältnis von Käufer und eBay und im Verhältnis von Verkäufer und eBay die AGB Vertragsbestandteil. Nach Ansicht des BGH müssen die Willenserklärungen von Verkäufer und Käufer unter Berücksichtigung der eBay-Bedingungen ausgelegt werden. So führt der VIII. Zivilsenat aus: „*Nach der Rechtsprechung des Senats ist das Verkaufsangebot aus der Sicht des an einer eBay-Auktion teilnehmenden Bieters (§§ 133, 157 BGB) dahin auszulegen, dass es unter dem Vorbehalt einer (nach diesen eBay-Bedingungen) berechtigten Rücknahme steht.*“⁶⁹

⁶⁷ Vgl. zur eBay-Rechtsprechung des BGH: BGH, Urteil vom 15.02.2017 – VIII ZR 59/16, NJW 2017, 1660 (1661) = JZ 2017, 634 Rz. 12; BGH, Urteil vom 24.08.2016 – VIII ZR 100/15, NJW 2016, 468 (468 f.) Rz.19; BGH, Urteil vom 23.09.2015 – VIII ZR 284/14, NJW 2016, 395 (396); BGH, Urteil vom 10.12.2014 – VIII ZR 90/14, NJW 2015, 1009 (1010); BGH, Urteil vom 08.01.2014 – VIII ZR 63/13, NJW 2014, 1292 (1293) Rz. 18; BGH, Urteil vom 08.06.2011 – VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643 (2643); BGH, Urteil vom 03.11.2004 – VIII ZR 375/03, NJW 2005, 53 (54); zur Plattform ricardo.de: BGH, Urteil vom 07.11.2001 – VIII ZR 13/01, NJW 2002, 363 (364) = BGHZ 146, 129 (ricardo.de) – AGB können als Auslegungshilfe herangezogen werden, wenn Erklärungen aus sich heraus nicht verständlich sind.

⁶⁸ *Kreße*, NJ 2015, 448 (449); *Wagner/Zenger*, MMR 2013, 343 (347).

⁶⁹ BGH, Urteil vom 23.09.2015 – VIII ZR 284/14, NJW 2016, 395 (396) Rz. 16.

Dadurch erhalten die Erklärungen der Parteien, etwa das Einstellen eines Artikels auf eBay oder die Abgabe eines Gebots, denjenigen Erklärungswert, den eBay den Erklärungen beimisst.⁷⁰ Dieser Erklärungswert ist für den typischen eBay-Nutzer, der normalerweise nicht jedwede Verkaufsbedingungen auf eBay vor der Nutzung durchliest,⁷¹ nicht ohne Weiteres erkennbar. Gerade die Fälle der Gebotsrücknahme, bei denen der BGH einen Vorbehalt der Rücknahme nach den Auktionsbedingungen in § 145 BGB hineingelesen hat – „*es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat*“ – verdeutlichen das. Auf eBay erfolgt ein Sofort-Kauf oder eine Ersteigerung („Bieten“). Dass dabei der Artikel unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme nach den eBay-Grundsätzen eingestellt ist, lässt sich nur mit der dogmatischen Konstruktion des BGH – dem Hineinlesen der AGB in die Willenserklärung – begründen. **Bei eBay** entspricht diese **dogmatische Konstruktion** beim Vertragsschluss der **ständigen Rechtsprechung des BGH** und der **herrschenden Meinung in der Literatur**.⁷² Fraglich ist daher, ob man diese Rechtsprechung auf einen gewöhnlichen App-Download übertragen kann und wie weitreichend die Ausführungen des BGH zu verstehen sind.

Ausgangspunkt ist sowohl bei eBay als auch beim App-Download die Auslegung der Willenserklärung nach dem **objektiven Empfängerhorizont**

⁷⁰ Statt vieler Heiderhoff, ZIP 2006, 793 (793) m.z.w.N.

⁷¹ Vgl. B.I.1.a.bb.

⁷² Nicht abschließend Deutsch, MMR 2004, 586 (587 f.); Dornis, JZ 2017, 637 (638); Föhlisch/Stariradef, NJW 2016, 353 (353 f.); Heiderhoff, ZIP 2006, 793 (793); Glossner, in: Leupold/Glossner/Braun, IT-Recht, Teil 2 – Die Einbeziehung von AGB on Plattformbetreibern Rn. 141 ff.; Pfeiffer, NJW 2017, 1437 (1437); Sutschet, NJW 2014, 1041 (1041 f.); Stieper, MMR 2015, 627 (627 f.); zumindest im Grundsatz auch Wagner/Zenger, MMR 2013, 343 (347) ; a.A. aber Kreße, NJ 2015, 448 (451 ff.).

(§§ 133, 157 BGB).⁷³ Demnach sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, wenn kein übereinstimmender Wille der Parteien besteht,⁷⁴ so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen muss.⁷⁵

Dabei sind besonders die **bestehende Interessenlage** und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte **Zweck** zu berücksichtigen.⁷⁶ Der Erklärungsempfänger muss sich in den Grenzen zumutbarer Sorgfalt unter Berücksichtigung aller ihm **erkennbaren Umstände** bemühen, die Erklärung so zu verstehen, wie sie der Erklärende gemeint hat.⁷⁷

Unter diesen Prämissen wird das Auslegungsergebnis des BGH bei den eBay-Fällen nachvollziehbar. Wenn sowohl Käufer als auch Verkäufer die **Vorzüge** der Verkaufsplattform eBay **nutzen**, muss man davon ausgehen, dass eine Auktion im **Zweifel nach den „Spielregeln“⁷⁸ der Auktionsplattform** stattfinden soll. Der Verkäufer bei eBay profitiert davon, zahlreiche Kaufinteressenten zu erreichen. Er benötigt keinen eigenen Webshop. Außerdem hilft eBay sogar bei der Angebotspräsentation. Der Käufer hingegen hat die Chance auf ein „Schnäppchen“, kann vergleichen und profitiert ebenfalls von einer einfachen Abwicklung. Beide Parteien lassen sich damit auf die „*Spielregeln*“ von eBay ein. Dann ist es nur konsequent, diese bei der Auslegung heranzuziehen. Im Gegensatz zu einem direkten Verkauf unter Einbeziehung der AGB des Verkäufers, werden bei eBay die Regeln von einem Dritten aufgestellt.

⁷³ Faust, BGB AT, S. 33 f. Rn. 8.

⁷⁴ In dem Fall sind die Willenserklärungen nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* auszulegen. Dazu Ellenberger, in: Palandt, § 133 BGB Rn. 8; Faust, BGB AT, S. 36 f. Rn. 12.

⁷⁵ Anerkannt, vgl. BGH, Urteil vom 21.05.2008 – IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702 (2704) Rz. 30; weitere Nachweise bei Ellenberger, in: Palandt, § 133, BGB Rn. 9; Faust, BGB AT, S. 34 Rn. 9; Wendtland, in: BeckOK-BGB, § 133 BGB Rn. 27.

⁷⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2005 – III ZR 3/05, NJW 2005, 3636 (3637); Ellenberger, in: Palandt, § 133 BGB Rn. 18.

⁷⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 21.05.2008 – IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702 (2704); Wendtland, in: BeckOK-BGB, § 133 BGB Rn. 27.

⁷⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 08.06.2011 – VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643 (2644), der ebenfalls diesen Terminus verwendet.

Ebenso wie bei eBay profitiert beim App-Vertrieb über einen *Store* der *Anbieter*. Er erreicht potenziell alle *Nutzer* des Betriebssystems und muss keinen eigenen Vertriebsweg aufbauen. Die Abwicklung erfolgt über den *Storebetreiber*. Der *Nutzer* profitiert hingegen davon, Millionen von Apps an einem Ort angeboten zu bekommen. Die Abwicklung erfolgt bequem und einfach über den *Storebetreiber*. Beide wissen, worauf sie sich einlassen. Insofern bestehen keine wesentlichen Unterschiede.

Gleichwohl gibt es auch **kleinere Unterschiede** zwischen dem App-Download und dem Vertrieb von Waren. Diese sollen zunächst einmal überblicksartig aufgelistet werden, bevor dann erörtert wird, ob diese Unterschiede eine grundsätzlich andere rechtliche Beurteilung erfordern:

	<i>Google Play Store</i>	<i>Apple App Store</i>	<i>eBay</i>	<i>Amazon</i>
<i>Vertrieb von eigenen Produkten/Apps</i>	Ja, es werden auch Apps von <i>Google</i> angeboten	Ja, es werden auch Apps von <i>Apple</i> angeboten	Nein, es werden ausschließlich Artikel von Dritten angeboten	Ja, es werden auch Produkte von <i>Amazon</i> angeboten
<i>Vertrieb von fremden Produkten/Apps</i>	Ja, hauptsächlichlicher Vertrieb von Apps von Drittanbietern	Ja, hauptsächlichlicher Vertrieb von Drittanbietern	Ja, ausschließlicher Vertrieb von und durch Drittanbieter	Ja, auch Vertrieb von fremden Produkten (selbst und durch Drittanbieter)
<i>Erkennbarkeit des Anbieters</i>	Problematisch	Sehr problematisch	Ja	Mittlerweile wohl ja
<i>Abwicklung</i>	Über <i>Google</i>	Über <i>Apple</i>	Über <i>eBay</i>	Über <i>Amazon</i>
<i>Bezahlung</i>	Über <i>Google</i> ; Ausnahme: <i>In-App-Käufe</i>	Über <i>Apple</i> ; Ausnahme: <i>In-App-Käufe</i>	Zwischen Käufer und Verkäufer	Über <i>Amazon</i>
<i>Kundenwahrnehmung</i>	Offen	Offen	Auktionsplattform	Offen
<i>Haftung</i>	Offen und problematisch	Offen und problematisch	Zwischen Käufer und Verkäufer	Offen
<i>Rückabwicklung</i>	Offen und problematisch; jedenfalls hilft <i>Google</i>	Offen und problematisch; jedenfalls hilft <i>Apple</i>	Über <i>eBay</i>	Über <i>Amazon</i>

Die Tabelle zeigt einige **kleinere** Unterschiede auf. So ist eBay der einzige Plattformbetreiber, bei dem keine eigenen Produkte vertrieben werden. Allerdings spielt bei *Apple* und bei *Google* der Vertrieb eigener Apps eine untergeordnete Rolle. Dieser Unterschied fällt rechtlich nicht ins Gewicht. Selbiges gilt für die Zahlungsabwicklung. Wohingegen man bei eBay bereits auf eine rechtliche Aufarbeitung durch Rechtsprechung und Literatur zurückgreifen kann, sind bei den *Stores* einige Gesichtspunkte rechtlich noch ungeklärt. Zwar muss nicht jeder Vorgang rechtlich gleich bewertet werden. Es gibt aber **keinen** derartig **fundamentalen Unterschied**, der an dem **Auslegungsgrundsatz** etwas ändern würde. Entscheidend ist vielmehr, dass bei allen Plattformen **schwerpunktmäßig** Produkte von Drittanbietern vertrieben werden. In jedem Fall sind die Nutzungsbedingungen für den Geschäftsbetrieb prägend – sei es, weil sie aufgrund der Auslegungslösung gelten oder sei es, weil sie direkt gelten. Für die Übertragung der eBay-Rechtsprechung sprechen weiterhin **Praktikabilitätserswägungen**. Beim einzelnen App-Download in der Alltagsnutzung wäre es unpraktikabel, wenn der *Nutzer* jeweils Vertragsbedingungen des *Anbieters* akzeptieren müsste und diese einer Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle standhalten müssten. Bei Nichteinbeziehung würde der *Nutzer* womöglich Urheberrecht verletzen.⁷⁹ Zudem wäre dann zu erwarten, dass einzelne *Anbieter* unterschiedliche Bedingungen verwenden würden. Jeder App-Download würde dann nach anderen Regeln ablaufen. **Rechtsunsicherheit** wäre die zwingende Folge. Daher kann man die eBay-Rechtsprechung auf den App-Download übertragen. Dieser Lösungsansatz hat den Vorteil, dass man bei dem Vertrieb von Apps den wenigen Berührungen vor dem Download so einen konkreten Erklärungswert beimessen kann. Wie bei eBay ist bei der reinen App-Präsentation häufig noch nicht vollständig erkennbar, unter welchen Prämissen das App-Angebot erfolgt. Durch die Übertragung der eBay-Rechtsprechung kann man im Regelfall davon ausgehen, dass sich die Beteiligten beim App-Download an die „*Spielregeln*“ halten wollen.

⁷⁹ Zum Urheberrechtsschutz bei Apps siehe C.III.2.

Mithin können **die Nutzungsbedingungen bei der Auslegung der Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB berücksichtigt werden (Auslegungslösung)**. Sie gehören zu den für den *Nutzer erkennbaren Umständen*. Dabei müssen nicht in jedem Fall die „*Spielregeln*“ durchschlagen. Im Einzelfall können auch andere Kriterien für das Auslegungsergebnis ausschlaggebend sein.

3. Zwischenergebnis

Die Nutzungsbedingungen der *Stores* werden sowohl zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* als auch zwischen *Storebetreiber* und *Anbieter Vertragsbestandteil*. Im Verhältnis zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* gelingt das durch eine **zeitgemäße Auslegung des § 305 II BGB** im sogenannten „*M-Commerce*“. Die Konstellation, dass auf jeden Fall zwischen *Storebetreiber* und *Nutzer* sowie zwischen *Storebetreiber* und *Anbieter* ein direktes Vertragsverhältnis im Vorfeld besteht, nicht jedoch zwischen *Nutzer* und *Anbieter*, ist mit dem typischen Verkauf bei **eBay vergleichbar**. Bei der **Auslegung von Willenserklärungen** bei eBay sind auch im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer die **Nutzungsbedingungen** von eBay als „*Spielregeln*“ zu berücksichtigen. Diese **Rechtsprechung** lässt sich auf den **App-Download übertragen**. Die Nutzungsbedingungen sind ein **Rahmenvertrag** (vgl. § 305 III BGB). **Daher sind die Erklärungen des Anbieters und des Nutzers grundsätzlich unter Berücksichtigung der jeweiligen Storebedingungen auszulegen (Auslegungslösung)**. Ob die *Storebedingungen* bei der Auslegung ausschlaggebend sind oder ausnahmsweise andere Gesichtspunkte vordergründig zu berücksichtigen sind,⁸⁰ bleibt eine **Frage des Einzelfalls**.

Nachdem nun die Wirkung der *Storebedingungen* definiert wurde, können jetzt die einzelnen Erklärungen ausgelegt und bewertet werden. Unabhängig davon, welches Verhältnis betroffen ist, kann auf die *Storebedingungen* zurückgegriffen werden. Es ist deshalb zu prüfen, wie der Vertragsschluss im Rahmen eines App-Downloads erfolgt.

⁸⁰ Siehe zu einer möglichen Korrektur noch B.II.1.b.dd.

II. Angebot

Ein Vertrag kommt durch **zwei übereinstimmende Willenserklärungen** zustande (vgl. §§ 145, 147 BGB).⁸¹ Es ist zu klären, wie Angebot und Annahme bei einem *Store* erfolgen.

In einem ersten Schritt muss aufgezeigt werden, wie sich der **Vertragschluss** beim App-Download gestaltet.

Sowohl *Apple* als auch *Google* gehen in ihren jeweiligen **Nutzungsbedingungen** davon aus, dass regelmäßig (zumindest auch) ein Vertrag zwischen dem *Anbieter* und dem *Nutzer* zustande kommt.⁸² *Google* macht keine näheren Angaben zur Ausgestaltung. *Apple* macht deutlich, dass in jedem Fall der *Anbieter* alleine für Ansprüche und Gewährleistungsrechte bezüglich der App verantwortlich sein soll.⁸³ Aus Sicht der *Storebetreiber* wäre daher ein Vertragsverhältnis zwischen dem *Anbieter* und dem *Nutzer* erstrebenswert, denn weder *Apple* noch *Google* möchte für eventuelle Fehler und Probleme einer App haften. Ob dieses „gewollte“ Ergebnis einer rechtlichen Bewertung standhält, muss eingehender geprüft werden. Da jedoch *Nutzer* und *Anbieter* nicht selbst kontrahieren und da die gesamte Abwicklung über den jeweiligen *Store* abläuft, kommt ein Vertrag zwischen *Anbieter* und *Nutzer* im Rahmen der **Stellvertretung** nach § 164 I, III BGB in Betracht.⁸⁴ Im Folgenden wird daher untersucht, ob

⁸¹ Statt vieler *Faust*, BGB AT, S. 54 Rn. 1.

⁸² Siehe dazu die *Google Play Nutzungsbedingungen* vom 23.1.2017, abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017). Unter „2. Bereitstellung von Google Play“ wird zum **Vertragschluss** ausgeführt: (c) im Falle von Android Apps gehe der Nutzer einen Vertrag mit dem jeweiligen Anbieter der App ein (ein „**App Sale**“); in den *iTunes-Nutzungsbedingungen* vom 16.9.2016 steht: „[...] was bedeutet, dass Sie die App von Apple Distribution International erwerben, aber die App von dem App-Provider lizenziert wird.“ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

⁸³ „Der App-Provider einer Dritt-App ist allein verantwortlich für deren Inhalte, Gewährleistungen und für Ansprüche, die Sie ggf. in Bezug auf die Dritt-App haben.“ – unter „LIZENZ FÜR APP SOTRE-INHALTE“, abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

⁸⁴ *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 19 – die Konstellation beschreibe den klassischen Fall einer unmittelbaren Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB.

beim App-Download ein Vertragsschluss zwischen *Nutzer* und *Anbieter*, vertreten durch den jeweiligen *Store*, erfolgt.

1. Stellvertretung

Das setzt voraus, dass der jeweilige *Storebetreiber* eine eigene Willenserklärung im Name des *Anbieters* mit Vertretungsmacht abgibt.

a. Eigene Willenserklärung

Zunächst einmal muss geklärt werden, ob der *Storebetreiber* eine eigene Willenserklärung abgibt oder ob nicht der *Anbieter* selbst handelt.

aa. Erklärender

Schon die Startseite des jeweiligen *Stores* offenbart, dass der *Anbieter* die **Gestaltung und Platzierung** der Apps nicht beeinflussen kann. Das gilt ebenso für die vom *Storebetreiber* einheitlich vorgenommene Gestaltung der Schaltflächen „*INSTALLIEREN*“ (*Google Play Store*) und „*LADEN*“ (*Apple App Store*).⁸⁵ Bei *Apple* findet sich „*Im Spotlight*“ etwa die „*GRATIS-APP DER WOCHE*“, es wird aufgelistet, was „*Diese Woche angesagt*“ ist und es ist von „*Unsere[n] neuen Lieblingsspiele[n]*“ die Rede. Sicherlich würde jeder *Anbieter* am liebsten seine App direkt auf der Startseite anpreisen. Die Tatsache, dass dort aber *Apple* den „**Redaktionsvorbehalt**“ hat, spricht für eine Willenserklärung von *Apple*. Ähnlich ist es, wenn man Apps über den Punkt „*Kategorien*“ oder „*Topcharts*“ auswählt. Wie dort die Apps eingeordnet sind und angepriesen werden, obliegt wiederum einzig dem *Storebetreiber*. Im *Google Play Store* ergibt sich ein vergleichbares Bild. Spätestens bei der Überschrift auf der Startseite „*Vorschläge für mich*“ wird deutlich, dass auch der *Play Store* unter einem „**Redaktionsvorbehalt**“ steht. So passt sich die Präsentation offenbar an das

⁸⁵ Mit diesem Gedanken *Klein/Datta*, CR 2016, 587 (588).

Nutzungsverhalten an. Daher handelt in beiden Fällen der *Anbieter* typischerweise nicht selbst.⁸⁶

bb. Angebot

Klärungsbedürftig ist, ob die Willenserklärung des *Storebetreibers* bereits als rechtsverbindliches **Angebot** oder lediglich als sogenannte **invitatio ad offerendum** auszulegen ist.

Ob bereits in der Listung im *Store* ein verbindliches **Angebot** oder lediglich eine **invitatio ad offerendum** liegt, ist durch **Auslegung** nach **objektivem Empfängerhorizont** (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.⁸⁷ Fraglich ist dabei, ob der *Storebetreiber* bereits **Rechtsbindungswillen** hat. Die Beantwortung der Frage hängt von der Ausgestaltung des *Stores* im Einzelfall ab.⁸⁸ Dabei ist im Wesentlichen auf die Interessenlage des *Anbieters* abzustellen.⁸⁹ Dafür können die **Nutzungsbedingungen** Indiz sein.⁹⁰ So möchte der *Anbieter* typischerweise **kein Beschaffungsrisiko** eingehen. Zudem möchte er unter Umständen vorab die **Bonität** des Kunden prüfen.⁹¹ Stehen konkrete **Haftungsrisiken** im Raum, spricht vieles für eine bloße **invitatio ad offerendum**.⁹² Daher ist gerade dann, wenn die App **der Allgemeinheit (ad incertas personas)** angepriesen wird, genau zu prüfen, ob sich der *Anbieter* wirklich rechtlich binden wollte.⁹³

Im Gegensatz zu einem typischen Warenkauf kann die App unendlich oft vervielfältigt und damit heruntergeladen werden.⁹⁴ Eine App kann faktisch

⁸⁶ Selbstverständlich kann man das auch anders sehen. Da sich aber für die weitere Untersuchung ähnliche Fragen stellen, soll eine vertiefte Auseinandersetzung unterbleiben.

⁸⁷ *Faust*, BGB AT, S. 56 f. Rn. 4.

⁸⁸ So zutreffend *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 71.

⁸⁹ *Faust*, BGB AT, S. 56 f. Rn. 4.

⁹⁰ So explizit *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 17.

⁹¹ Siehe *Faust*, BGB AT, S. 56 f. Rn. 4.

⁹² *Eckert*, in: BeckOK-BGB, § 145 BGB Rn. 35.

⁹³ *Faust*, BGB AT, S. 56 f. Rn. 4.

⁹⁴ Ebenso *Degmair*, K. u. R 2013, 213 (215); *Grübler*, Digitale Güter, S. 67.

nicht „ausverkauft“ sein. Daher besteht kein **Beschaffungsrisiko**. Dieser Umstand spricht daher für ein verbindliches Angebot.

Dem könnte jedoch das Interesse einer **vorherigen Bonitätsprüfung** entgegenstehen. Zunächst einmal kann dieser Aspekt allein schon dadurch relativiert werden, dass die meisten Apps **kostenlos** vertrieben werden.⁹⁵ Gleichwohl könnten *Storebetreiber* und *Anbieter* ein Interesse daran haben, dass sie die **Identität des Nutzers** kennen, gerade wenn *Nutzer* „als Gegenleistung“ Daten preisgeben.⁹⁶

Die Identitätsprüfung und Bonitätsfeststellung erfolgt regelmäßig schon dadurch, dass Grundvoraussetzung für einen Download die Einrichtung eines iTunes-Accounts (**Registrierung**) und das **Hinterlegen der Kreditkartendaten** ist.⁹⁷ *Apple* hat dadurch das Interesse gesichert.

Bei *Google* gestaltet sich die Situation leicht modifiziert. Ebenso wie bei *Apple* ist vor der Nutzung des *Play Store* eine **Registrierung** und die **Einrichtung eines Google-Kontos** erforderlich. Zwar kann man kostenlose Apps auch ohne vorherige Hinterlegung eines Zahlungsmittels downloaden. Bei kostenpflichtigen Apps ist ein Download ohne Hinterlegung eines Zahlungsmittels indes nicht möglich. **Identitäts- oder Bonitätsgesichtspunkte** sprechen bei *Google* damit ebenfalls nicht für eine bloße *invitatio ad offerendum*. Allerdings deuten die **Google Play Nutzungsbedingungen** im Falle eines kostenpflichtigen Downloads darauf hin, dass es sich lediglich um eine *invitatio ad offerendum* handelt. So wird unter „*Kauf von Inhalten*“ ausgeführt, der Vertrag gelte nach Erhalt einer Bestätigungs-mail

⁹⁵ Nach *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 11 seien bei *Google Play* fast alle der Top 1000 Apps kostenlos (nur 17 waren zum Zeitpunkt der Erhebung kostenpflichtig); bei iTunes sind **91,7%** der untersuchten Apps kostenlos; nach dem statista Dossier „Mobile Apps“ S. 32 abrufbar im Internet: <<https://de.statista.com/statistik/studie/id/11697/dokument/mobile-apps-statista-dossier/>> (Stand: 13.03.2017) waren **68,8 % aller** weltweiten Android Apps kostenlos.

⁹⁶ Dazu noch vertieft unter C.IV.3.(1).

⁹⁷ Ebenfalls *Ganzhorn*, Digitale Güter, S. 91; ähnlich *Grübler*, Digitale Güter, S. 69, die auf die Möglichkeit der Registrierung beim Musik-Download ebenfalls hinweist.

von *Google* als abgeschlossen.⁹⁸ *Baumgartner/Ewald* bezweifeln die Wirksamkeit der Klausel.⁹⁹ Auf die Frage kommt es jedoch aufgrund der weiteren praktischen Ausgestaltung nicht an. So wird die E-Mail beim „*Kauf*“ automatisch und vor allem zeitgleich nach der letzten Bestätigung durch den *Nutzer* versandt. Es spricht daher bei der Auslegung der Klausel viel dafür, dass diese lediglich eine **klarstellende** Wirkung hat. Da *Google* keine weitere Überprüfung vornimmt, steht die Klausel der Annahme eines Rechtsbindungswillens nicht entgegen.

Entscheidend ist, dass sowohl bei *Apple* als auch bei *Google* durch die **obligatorische Registrierung** bereits im Vorfeld eine vertragliche Beziehung besteht und der jeweilige *Nutzer* daher schon im Vorfeld als Kunde akzeptiert wurde.¹⁰⁰ Dieser Aspekt spricht daher für die Annahme eines Rechtsbindungswillens.¹⁰¹

Damit könnte gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens einzig die Überlegung sprechen, dass sich der *Anbieter* nicht dem **technischen Übermittlungsrisiko** der App aussetzen möchte und Schadensersatzansprüche gegen sich vermeiden möchte.¹⁰² Allerdings verfängt dieses Argument bei näherer Betrachtung nicht. In den Nutzungsbedingungen ist insoweit keine Vereinbarung zu finden. Unklar ist bereits, ob den *Anbieter* überhaupt ein technisches Übermittlungsrisiko trifft. In **rechtlicher Hinsicht** kann man versuchen, sich der Frage über die Regelung zum Leistungsort in § 269 I, II BGB anzunähern. Danach ist der Leistungsort der Ort der Niederlassung des Schuldners, sofern kein Leistungsort bestimmt wurde oder

⁹⁸ Siehe in den Bedingungen unter „4. Erwerb und Zahlung“ abrufbar im Internet:

<https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

⁹⁹ Dazu *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 17 ff. Rn. 49a ff. – die Klausel könnte überraschend sein (§ 305c I BGB) und zudem gegen § 307 II Nr. 1 BGB verstoßen, weil sie von § 150 I BGB abweicht.

¹⁰⁰ Mit diesem Gedanken *Degmair*, K. u. R 2013, 213 (215).

¹⁰¹ Nach *Grübler*, Digitale Güter, S. 68 trete das Bonitätsinteresse in der Gesamtabwägung hinter dem Schutz des Erklärungsempfängers zurück.

¹⁰² Mit diesem Gedanken im Softwarebereich *Eckert*, in: BeckOK-BGB, § 145 BGB Rn. 41 m.w.N. – es bestehe ein Interesse des Anbieters, sich die Möglichkeit des Vertragsschlusses insbesondere für den Fall offen zu halten, dass technische Probleme eine Übertragung verhindern, da er sonst Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sei.

aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Bei **wortlautgetreuer Anwendung von § 269 I, II BGB** käme man zunächst dazu, dass der Leistungsort jedenfalls nicht das Smartphone des *Nutzers* ist und daher den Schuldner kein Übermittlungsrisiko trifft.

Nur wenn man argumentiert, der Leistungsort sei das **Smartphone des Nutzers**, träfe den *Anbieter* in **rechtlicher Hinsicht** ein technisches Übermittlungsrisiko. Das ließe sich zwar „mit der Natur des Schuldverhältnisses“ argumentativ begründen (Abs. 1). Diese Konstruktion zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber evident nicht den Erwerb digitaler Inhalte im Blick hatte. Doch selbst wenn man als Leistungsort das Smartphone des *Nutzers* annähme, wäre das Übermittlungsrisiko in tatsächlicher Hinsicht vernachlässigbar. Die *Anbieter* nutzen die Infrakstruktur der *Storebetreiber* und die *Stores* sind wenig störanfällig.¹⁰³ Sobald der Erwerbsvorgang abgeschlossen ist, steht die App theoretisch beliebig oft zum Download bereit. Scheitert eine Übermittlung aus welchem Grund auch immer, so kann diese problemlos nachgeholt werden. Ein „Verlustrisiko“ oder ein „Risiko eines dauerhaften Untergangs“ besteht damit faktisch nicht. Die Übermittlung kann sich allenfalls **verzögern**. Im App-Bereich sind daran anknüpfende Rechtsfolgen aktuell aber allenfalls theoretischer Natur. Damit spricht auch der Gesichtspunkt des technischen Übermittlungsrisikos nicht gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens.

Mithin handelt der *Storebetreiber* beim Anpreisen der App bereits mit **Rechtsbindungswillen**. Daher ist bereits **im Einstellen der App im Store** ein **rechtsverbindliches Angebot ad incertas personas** und nicht lediglich eine invitatio ad offerendum zu sehen.¹⁰⁴

¹⁰³ Siehe dazu die Störungsübersichten von „Netzwelt.de“ für den *Apple App Store*, abrufbar im Internet: <<https://www.netzwelt.de/ist-down/111-app-store.html>> (Stand: 02.08.2017) und für den *Google Play Store*, abrufbar im Internet: <<https://www.netzwelt.de/ist-down/96-google-play.html>> (Stand: 02.08.2017).

¹⁰⁴ Mit diesem Ergebnis auch *Bisges*, NJW 2014, 183 (184), der jedoch nicht auf die Frage des Rechtsbindungswillens eingeht; ebenso *Degmair*, K. u. R 2013, 213 (215); wohl auch *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 17 – allerdings lassen sie die Einordnung bei *Google* offen, betonen die Einzelfallabhängigkeit und weisen auf die fehlende praktische Relevanz hin; auch bei eBay-Auktionen wird ein verbindliches

cc. Buttonlösung

Bei kostenpflichtigen Apps muss das Angebot zudem den Voraussetzungen des § 312j III BGB genügen. Die Vorschrift ist problemlos beim App-Download anwendbar (vgl. §§ 312 I, 310 III BGB). Danach muss der Unternehmer die Bestellsituation bei einem Vertrag mit einer gut lesbaren Schaltfläche gestalten, aus der eine zahlungspflichtige Bestellung eindeutig hervorgeht (sogenannte **Buttonlösung**). Die Vorschrift war eine Reaktion auf „Kostenfallen“ im Internet und soll den Verbraucher schützen.¹⁰⁵ Ein Verstoß gegen die Buttonlösung führt gemäß § 312j IV BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags. Sowohl bei *Google* als auch bei *Apple* steht bei kostenpflichtigen Apps jeweils der Gesamtpreis¹⁰⁶ in Euro auf der Schaltfläche. Berührt man bei *Google* den Preis, erscheint ein Fenster, in dem der Preis erneut erscheint, auf einen Verzicht des Widerrufsrechts und auf die Nutzungsbedingungen hingewiesen wird. In dem Fenster befinden sich auch die Schaltfläche „KAUFEN“. Die Voraussetzungen von § 312j III BGB sind damit gewahrt. Auch bei der Ausgestaltung von *Apple* wird die Zahlungspflicht für den *Nutzer* deutlich.¹⁰⁷ Die Gestaltung der *Stores* genügt daher den Anforderungen des § 312j III BGB.¹⁰⁸ Der *Nutzer* wird dadurch gerade nicht ungewollt verpflichtet.

Angebot angenommen – siehe dazu exemplarisch *Eckert*, in: BeckOK-BGB, § 145 BGB Rn. 41 m.w.N.; *Ganzhorn*, Digitale Güter, S. 90; für Open-Source-Lizenzen ebenso *Koglin*, OpenSource-Recht, S. 135; *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, 28; zur Thematik allgemein für digitale Inhalte *Metzger*, AcP 2016, 817 (838) – Bereitstellung digitaler Inhalte sei in aller Regel ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags.

¹⁰⁵ Zur gesetzgeberischen Motivation und Evaluation der Button-Lösung; *Fervers* 2016, 2289 (2289); bereits *Raue*, MMR 2012, 438 (438 f.); *Spindler/Thorun/Blom*, MMR 2015, 3 (3).

¹⁰⁶ OLG Köln, Urteil vom 03.02.2016 – 6 U 39/15, MMR 2016, 602 (602).

¹⁰⁷ Siehe a.

¹⁰⁸ Mit dem selben Ergebnis zur Vorgängervorschrift (§ 312 g III BGB a.F.) *Bisges*, NJW 2014, 183 (184).

b. *Im Namen des Anbieters*

„Auch bei der Frage nach dem Vertragspartner existieren verschiedene Ansichten“¹⁰⁹

Klärungsbedürftig ist jedoch die Frage, ob aus Sicht des *Nutzers* offenkundig wird, dass der jeweilige *Storebetreiber* im Namen des *Anbieters* handelt. Aus § 164 II BGB lässt sich ableiten, dass der Vertreter sich selbst verpflichten kann, wenn das **Offenkundigkeitsprinzip** nicht gewahrt wurde. Bei dieser Frage handelt es sich um eine entscheidende Weichenstellung, die sich stark auf die gesamte weitere Untersuchung auswirkt. Diese schwierige Frage ist in der Rechtswissenschaft noch nicht endgültig geklärt, zumal die Beurteilung aufgrund der wechselnden App-Präsentation in den *Stores* immer nur eine **Momentaufnahme** sein kann.

Fraglich ist daher, ob ein Vertrag zwischen *Nutzer* und *Anbieter* oder ob nicht vielmehr tatsächlich ein Vertrag zwischen *Nutzer* und dem jeweiligen *Storebetreiber* zustande kommt.

Die Abgrenzung erfolgt nach dem **objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls**.¹¹⁰ Das Auslegungsergebnis hängt freilich auch von der jeweiligen **aktuellen Ausgestaltung des Stores und den Nutzungsbedingungen** ab. Die überwiegende Auffassung in der Literatur sprach¹¹¹ sich für eine **Verpflichtung des jeweiligen Stores** aus.¹¹² Die weitere Untersuchung soll in

¹⁰⁹ *Kannowski/Jan-Niklas*, NJOZ 2017, 522 (524).

¹¹⁰ *Ellenberger*, in: Palandt, § 164 Rn. 4; *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 16.

¹¹¹ Der Untersuchung liegt *iOS* 10.3.2 und *Android* 6.0 zugrunde. Die bisherigen Ausführungen in der Literatur bezogen sich teilweise auf ältere Versionen. Vgl. *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 19 Rn. 53a; *Feldmann*, in: Taeger, Die Welt im Netz, 51; *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 125 f. Rn. 345 ff.

¹¹² Siehe dazu: *Appt/Langer*, RAW 2016, 26 (30) – etwas unklar, da referierend; eindeutig, jedoch differenzierend, dagegen *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 20 Rn. 54, die *Apple*, aber nicht *Google*, als direkten Vertragspartner einordnen; *Degmair*, K. u. R 2013, 213 (215) – Ausführungen beschränken sich auf *Apple*; *Feldmann*, in: Taeger, Die Welt im Netz, 48 – Ausführungen beschränken sich auf

fünf Schritten erfolgen. Zunächst einmal wird die **aktuelle Ausgestaltung** (unter aa.) der *Stores* erörtert, sodann wird ein möglicher **Einfluss der Nutzungsbedingungen** (unter bb.) thematisiert. Schließlich wird geprüft, ob eine **Inhaltskontrolle** (unter cc.) stattfindet und (unter dd.), ob eine **Korrektur** angezeigt ist. Zuletzt wird (unter ee.) thematisiert, ob die **Grundsätze des Geschäfts für den, den es angeht** auf den App-Download übertragen werden können.

aa. Aktuelle Ausgestaltung

Wenn man eine App in dem jeweiligen *Store* auswählt und auf die **App-Präsentation** kommt, steht unter dem Namen der App direkt der **Name des Anbieters** (etwa *WhatsApp Inc.*). Dabei kann es sich um den Namen einer Einzelperson, einen Firmennamen oder gar um einen Fantasienamen handeln.¹¹³

Wenn man bei *Apple* den Namen des *Anbieters* berührt, werden alle seine Apps angezeigt. Bei *Google* ist das nicht möglich. Die App-Präsentation erfolgt sowohl bei *Apple* als auch bei *Google* nach einem vordefinierten Muster. Bei der App-Präsentation von *Apple* findet sich links neben dem App-Namen ein Logo. Rechts neben dem App-Namen stehen eine Altersempfehlung und darunter der Name des *Anbieters* und die durchschnittliche *Nutzerbewertung*. Über der „*Beschreibung*“ werden Bilder oder Videos der App präsentiert. Um die gesamte „*Beschreibung*“ zu lesen, muss der *Nutzer* „*Mehr*“ aufrufen. Dort findet sich die vom *Anbieter* selbst eingestellte **Leistungsbeschreibung**. Darunter werden unter „*Neues*“ Verbesserungen der letzten Aktualisierungen dargestellt, bevor allgemeine

Apple; ohne Differenzierung *Kremer*, CR 2011, 769 (771); ebenfalls pauschal *Mankowski*, CR 2013, 508 (509); ohne Differenzierung *Marly*, *Softwarerecht*, S. 509 ff. Rn. 1168 ff.; differenzierend *Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps*, 123 ff. Rn. 339 ff. – *Apple* sei Vertragspartner, *Google* nicht; *Zdanowiecki*, in: *Bräutigam/Rücker, E-Commerce*, 836 f. Rn. 13 ff. und 837 f. Rn. 17 ff. – differenzieren: *Apple* sei bei *iOS* Vertragspartner, bei *Android* sei jedoch der *Anbieter* Vertragspartner; **A.A. aber** *Bisges*, NJW 2014, 183 (184) Vertragspartner sei in jedem Fall der *Anbieter* und nicht der App-Storebetreiber; *Klein/Datta*, CR 2016, 587 (588 f.) – „*der Anbieter wird unmittelbar Vertragspartner des Nutzers*“.

¹¹³ Ebenso *Baumgartner/Ewald, Apps und Recht*, 21 Rn. 54b.

„*Informationen*“ folgen. Als erstes wird unter „*Entwickler*“ offenbar der *Anbieter* genannt. Darunter folgen weitere Informationen unter anderem zur Kategorie, letzten Aktualisierung, Version, Größe und Sprache der App. Unter den „*Informationen*“ können schließlich typischerweise „*vorherige Aktualisierungen*“ und „*weitere Apps des Entwicklers*“ aufgerufen werden. Bisweilen findet sich eine Verlinkung zur „*Datenschutzrichtlinie*“, zu „*Top-In-App-Käufen*“ oder einem eigenen „*Lizenzvertrag*“.

Bei *Google* startet die **App-Präsentation** mit einem Bild. Darunter finden sich ebenfalls ein Logo der App, der App-Name, der *Anbieter* sowie ein Hinweis auf die Altersfreigabe. Es folgt eine Kurzübersicht in Logo-Form über die Downloadanzahl, die Durchschnittsbewertung, die Kategorie und ähnliche Inhalte. Die Logos verlinken auf ähnliche Angebote oder die Übersicht der Bewertungen. Die App-Beschreibung (Leistungsbeschreibung) des *Anbieters* kann man unter „*WEITERLESEN*“ aufrufen. Ruft man nun bei der App-Präsentation im *Google Play Store* weitere Details unter „*WEITERLESEN*“ auf, so steht in der Übersicht neben weiteren Informationen unter „*Angeboten von*“ der Name des *Anbieters*. Es wird zudem eine „*E-Mail-Adresse des Entwicklers*“ mitgeteilt. Bleibt man hingegen auf der Präsentationsseite, so kann man unter der Überschrift „*Anbieter*“ diesem eine E-Mail senden und die „*Berechtigungsdetails*“ aufrufen. Dort erfährt man, worauf die App Zugriff erhält.

Google und *Apple* haben gemein, dass in ihren *Stores* jeweils die App-Präsentation nach einheitlichen Vorgaben erfolgt. Bei kostenpflichtigen Inhalten ist für die **komplette Abwicklung** wie bei Amazon und eBay der jeweilige *Storebetreiber* verantwortlich. Die **inhaltliche Ausgestaltung der App-Präsentation**, insbesondere die Leistungsbeschreibung, obliegt gleichwohl in beiden Fällen allein dem *Anbieter*.¹¹⁴

Fraglich ist, ob bei dieser Ausgestaltung aus Sicht eines objektiven Empfängers (vgl. §§ 133, 157 BGB) hinreichend deutlich wird, dass nicht der *Storebetreiber*, sondern der jeweilige *Anbieter* der App verpflichtet werden soll.

¹¹⁴ So *Feldmann*, in: Taeger, Die Welt im Netz, 49; *Klein/Datta*, CR 2016, 587 (588).

Allein daraus, dass die Apps ganz überwiegend über die jeweiligen *Stores* bezogen werden und die **komplette technische Abwicklung** durch den *Storebetreiber* erfolgt, können noch keine Rückschlüsse auf den Vertragspartner gezogen werden. Mittlerweile ist es im Internet üblich, Produkte auf zentralen Plattformen wie etwa eBay und Amazon, direkt dem Endnutzer anzubieten.¹¹⁵

Die *Storebetreiber* nennen den **Namen** des jeweiligen *Anbieters* unter dem App-Namen. Das könnte für eine Verpflichtung des *Anbieters* sprechen. Beide *Stores* lassen jedoch neben Firmennamen und Namen von Einzelpersonen auch Fantasienamen zu.¹¹⁶ Das führt zu Unsicherheiten. Gerade wenn man das mit Vertriebsplattformen wie Amazon und eBay vergleicht, bei denen mittlerweile explizit darauf hingewiesen wird, wenn der **Verkauf** durch einen Dritten erfolgt.¹¹⁷ Die Namensnennung führt mithin nicht zu einer Verpflichtung des *Anbieters*. Bei *Google* findet man jedoch im weiteren Verlauf der App-Präsentation der explizite Hinweis „angeboten von“. Das spricht aus Sicht eines objektiven Empfängers dafür, dass nicht *Google*, sondern der jeweilige *Anbieter* verpflichtet werden soll.¹¹⁸ Dass *Google* dabei nicht die Bezeichnung „verkauft von“ verwendet, ist unschädlich. Zum einen bietet *Google* vielfach kostenlose Apps an, bei denen die Bezeichnung evident nicht passt. Zum anderen findet sich eine derartige Bezeichnung auch nicht bei anderen Plattformen. So steht bei eBay „Angaben zum Verkäufer“, woraus man eine Verpflichtung des Verkäufers ableitet.

Bei *Apple* hingegen werden die Unklarheiten verschärft. Der *Anbieter* wird als „Entwickler“ bezeichnet und man kann die „Website des Entwicklers“

¹¹⁵ Vgl. *Feldmann*, in: *Taeger*, Die Welt im Netz, 49.

¹¹⁶ Wiederum *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 21 Rn. 54b.

¹¹⁷ Darauf ebenfalls abstellend *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 21 Rn. 55.

¹¹⁸ In diese Richtung gehen mittlerweile auch *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 21.

aufrufen oder weitere „Apps des Entwicklers“ einsehen.¹¹⁹ Für „Entwickler“ kann man „Schöpfer“ oder „Erschaffer“ synonym verwenden.¹²⁰ Damit assoziiert man prima facie den Hersteller oder Programmierer. Dieser muss nicht denkllogisch mit dem Anbieter identisch sein.¹²¹ Zudem verwendet Apple nicht immer einheitliche Namen. So kann der Name unter der App, der Name neben der Bezeichnung „Entwickler“ und eine „Copyright“-Bezeichnung am Ende der App-Präsentation variieren. Das sorgt für weitere Verwirrung. Daher kann bei Apple, anders als bei Google, ein objektiver Empfänger nicht aus der Namensnennung schließen, dass der Anbieter verpflichtet werden soll.¹²²

Apple **verweist** auf die „Website des Entwicklers“, verlinkt standardmäßig auf „weitere Apps des Entwicklers“ und führt in wenigen¹²³ Fällen den „Lizenzvertrag“ des Anbieters auf. Gerade wenn der Lizenzvertrag einsehbar ist, spricht das dafür, dass dieser gerade nicht zwischen Apple und dem Nutzer gelten soll. Da das jedoch in den meisten Fällen nicht der Fall ist und der „Lizenzvertrag“ mangels ausdrücklichen Hinweises jedenfalls durch bloße Verlinkung nicht Vertragsbestandteil wird (§ 305 II BGB), kann das allenfalls als Indiz gewertet werden. Ebenso verhält es sich mit den Verlinkungen zur Website und zu weiteren Apps.

Google räumt hingegen eine **direkte Kontaktmöglichkeit** zum Anbieter ein. Am Ende der App-Präsentation kann man unter der Überschrift „ANBIETER“ „E-Mail senden“ auswählen. Das spricht wiederum dafür, dass im Google Play Store der Anbieter verpflichtet werden soll.

¹¹⁹ Darauf stellen ab Baumgartner/Ewald, Apps und Recht, S. 20; Degmair, K. u. R 2013, 213 (215) ab.

¹²⁰ Abrufbar im Internet: <www.duden.de/rechtschreibung/Entwickler> (Stand: 21.11.2018).

¹²¹ Vgl. Degmair, K. u. R 2013, 213 (215).

¹²² Noch weitreichender Baumgartner/Ewald, Apps und Recht, 21 Rn. 54d.

¹²³ Lediglich bei einer der zehn meistverkauften Apps im App-Store wird der Lizenzvertrag aufgeführt (Stand 21.6.2017).

Möglicherweise sind die **Angaben zum Anbieter** nicht detailliert genug.¹²⁴ Beispielsweise müssen Dienstanbieter nach § 5 I TMG für geschäftsmäßige, in der Regel entgeltliche Telemedien weitreichenden Angaben machen (bei juristischen Personen etwa Rechtsform und Vertretungsberechtigung). Zwar fehlen sowohl bei *Apple* als auch bei *Google* detaillierte Angaben zum *Anbieter*. Gleichwohl kann das nicht entscheidend sein. Auch bei eBay findet man beispielsweise nur den Nutzernamen, der häufig ein Fantasienamen ist, als Verkäuferangabe. Eine genauere Adresse und ähnliches findet man nicht. Dennoch zweifelt keiner daran, dass bei eBay der Verkäufer und nicht eBay verpflichtet werden soll. Bei Amazon sind die Informationen mittlerweile nach mehreren Klicks auffindbar. Für fehlende Angaben hat das Telemediengesetz andere Sanktionsmechanismen. So ist ein Verstoß nach § 16 II Nr. 1 TMG eine **Ordnungswidrigkeit**. Daraus etwas über den Vertragspartner ableiten zu wollen, wäre **systemfremd**. Es genügt nach Art. 246a § 3 EGBGB, wenn die Identität des *Anbieters* hervorgeht und die restlichen Informationen aufrufbar sind. Ein Link auf die Website des *Anbieters* dürfte dafür im Regelfall genügen. Daher scheidet das Offenkundigkeitsprinzip nicht an den oberflächlichen Angaben des *Anbieters*.

Bei kostenpflichtigen Inhalten erhält der *Nutzer* sowohl bei *Apple* als auch bei *Google* nach dem Download eine **Rechnung** per E-Mail. Bei *Google* wird im Fall eines App-Downloads – im Gegensatz zu einem Musik-Download – in der Rechnung (mit der Überschrift: „*Beleg für deine Google Play-Bestellung vom [Datum]*“) explizit auf den **Drittanbieter** hingewiesen. So steht dort „*Du hast bei [Name des Anbieters] eingekauft.*“ Darüber hinaus stellt *Google* direkte Kontaktmöglichkeiten zum *Anbieter* bereit. Zwar erhält der *Nutzer* diese Information **erst nach Vertragsabschluss**. Nach einer Umfrage im Jahr 2015 zur durchschnittlichen Anzahl

¹²⁴ *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, *Mobile Apps*, 125 Rn. 342 versteht *Kremer*, CR 2011, 769 (771) wohl so, die fehlenden Angaben seien für die Einordnung ausschlaggebend.

von Apps auf dem Smartphone in Deutschland hatten **86,5 %** der Befragten **mindestens sechs Apps** auf ihrem Smartphone – **65,2%** sogar mindestens 11,¹²⁵ im Durchschnitt befinden sich 23 Apps auf einem Smartphone.¹²⁶ Wenn ein Durchschnittsnutzer jedoch über 20 Apps auf seinem Smartphone hat,¹²⁷ kann man diesen Aspekt dennoch als Umstand in den objektiven Empfängerhorizont einbeziehen. Bei *Google* spricht daher die Rechnung ebenfalls dafür, dass der *Anbieter* selbst Vertragspartner werden soll.

Bei *Apple* haben die Rechnungen den Betreff „*Deine Rechnung von Apple*“. Anders als bei *Google* wird nicht explizit auf den *Anbieter* verwiesen. Der Name des vermeintlichen *Anbieters* findet man unbedeutend unter dem Namen der App. Eine Kontaktmöglichkeit oder ein Link fehlen. Über den *Apple App Store* kann keine Musik erworben werden. Das ist bei *Apple* über den sogenannten *iTunes Store* möglich. *Apple* verwendet dafür das identische Rechnungsformat. Einziger Unterschied ist die andere Bezeichnung des (*iTunes*) *Stores* auf der Rechnung. Bei *Apple* spricht daher die Rechnung eher dafür, dass *Apple* selbst Vertragspartner wird.

Die **Fülle der verfügbaren Apps** in den *Stores* spricht dafür, dass der jeweilige *Anbieter* Vertragspartner werden soll. Bei Millionen einzelner Apps ist es einleuchtend, dass der *Storebetreiber* nicht für jede App **haften** möchte. Das allein ist jedoch wiederum nicht zwingend. Beim Kauf eines Artikels in einem Supermarkt haftet vertraglich gegenüber dem Kunden der Inhaber des Supermarktes (etwa EDEKA) und nicht etwa der Produkthersteller (beispielsweise Haribo). Auch in einem Supermarkt wird eine große Anzahl verschiedener Artikel von verschiedenen Herstellern vertrieben.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei der aktuellen **Ausgestaltung der Stores** nicht immer sicher erkennbar ist, wer Vertragspartner wird. Zwar spricht bei *Google* mittlerweile viel dafür, den *Anbieter* schon

¹²⁵ Siehe S. 24 des statista Dossiers „Mobile Apps“, abrufbar im Internet: <<https://de.statista.com/statistik/studie/id/11697/dokument/mobile-apps-statista-dossier/>> (Stand: 13.03.2017).

¹²⁶ So *Appt/Langer*, RAW 2016, 26 (26).

¹²⁷ Vgl. *Appt/Langer*, RAW 2016, 26 (26).

aufgrund der Ausgestaltung in den meisten Fällen als Vertragspartner anzusehen. Bei *Apple* ist die Lage eher offen. Problematisch ist jedoch bei beiden *Stores*, dass das Herunterladen über die App-Präsentation nicht die einzige Möglichkeit ist. Man kann bei *Google* Apps, die auf der Startseite des *Play Store* angepriesen werden, direkt herunterladen und installieren. Dort findet man aber nur der Name und das App-Logo. Bei *Apple* ergibt sich ein Parallelproblem, wenn man die Apps über die „*Topcharts*“ auswählt. Dort kann man direkt „*LADEN*“ berühren, ohne dass man auf die App-Präsentation kommt. Vermutlich ist der Download über die App-Präsentation der **Regelfall**. Dazu gibt es jedoch keine empirischen Untersuchungen. Fraglich ist daher, ob die Nutzungsbedingungen der *Stores* geeignet sind, die verbleibenden Unsicherheiten zu beseitigen.

bb. Nutzungsbedingungen

Wie dargestellt worden ist, dürfen die **Nutzungsbedingungen** grundsätzlich in die Auslegung einbezogen werden.¹²⁸ Bei *Google*¹²⁹ sehen die Nutzungsbedingungen **eindeutig den Anbieter als Vertragspartner** vor.¹³⁰ Bei *Apple* sind die Nutzungsbedingungen **mehrdeutig**. Für den „*Erwerb*“ soll *Apple Distribution International* Vertragspartner werden.¹³¹ Die Lizenzierung soll aber gleichzeitig direkt vom *Anbieter* erfolgen.¹³² Dieser soll auch ausschließlich im Gewährleistungsfall haften.¹³³ Außerdem wird ausgeführt: „*die über den App Store zur Verfügung gestellten Apps werden an Sie lizenziert, nicht verkauft.*“

¹²⁸ Unter B.I.

¹²⁹ Direkt unter „2. Bereitstellung von *Google Play*“, abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

¹³⁰ Dazu *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 19 – Wortlaut der Bedingungen sei Ausgangslage.

¹³¹ Siehe unter „*LIZENZ FÜR APP STORE-INHALTE*“, abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

¹³² Ebenfalls unter „*LIZENZ FÜR APP STORE-INHALTE*“, abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

¹³³ Unter „*LIZENZ FÜR APP STORE-INHALTE*“, abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

Man könnte die Ausführungen in den *Storebedingungen* rein deklaratorisch verstehen. *Apple* könnte ein Klarstellungsinteresse daran haben, dass Zahlungsansprüche ausschließlich im Verhältnis *Apple* und *Nutzer* bestehen, *Apple* also für die Vertragsabwicklung Ansprechpartner sein soll. Nach diesem Verständnis bliebe der *Anbieter* für die inhaltliche Ausgestaltung der App verantwortlich und würde seine App dennoch dem *Nutzer* anbieten. Der *Anbieter* wäre also Vertragspartner.

Man könnte andererseits die Bedingungen so verstehen, dass es zu einem Vertrag mit dem *Anbieter* (Lizenzierung und Gewährleistung) **und zu einem weiteren** Vertrag mit *Apple* (ebenfalls Lizenzierung) kommen soll. Da eine Haftung des *Anbieters* ein Vertragsverhältnis voraussetzt, ist seine Verpflichtung zwingend. Allerdings bleibt dann der Zweck des zusätzlichen Vertrags, der laut den Bedingungen kein Kaufvertrag sein soll und der mit *Apple Distribution International* zustande kommen soll, unklar. Da Zweifel bei der Auslegung im Verhältnis *Nutzer* und *Apple* jedoch zu Lasten des Verwenders gehen, spricht vieles dafür, sowohl *Apple* (§ 164 II BGB) **als auch der Anbieter** zu verpflichten (vgl. § 305c II BGB).

In diesem Zusammenhang soll allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass sich *Apple* im Verhältnis zum *Anbieter* als **Kommissionär** nach luxemburgischem Recht „für die Vermarktung und das Herunterladen von lizenzierten Applikationen“ sieht.¹³⁴ Die Stellung des Kommissionärs bringt es gemeinhin mit sich, **im eigenen Namen zu handeln** (vgl. § 183 I HGB).¹³⁵ Fraglich ist, ob und wie dieser (scheinbare) Widerspruch¹³⁶ zur Verpflichtung des *Anbieters* in den Nutzungsbedingungen aufzulösen ist.

¹³⁴ Siehe Anlage A zum Anhang 1 des Lizenzvertrags für das iOS-Entwicklerprogramm in Deutschland, abrufbar im Internet: <https://developer.apple.com/programs/terms/apple_developer_agreement.pdf> (Stand: 21.11.2018) S. 161.

¹³⁵ Art. 91 Code de Commerce von Luxemburg besagt: „*Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pur le compte d'un commettant.*“; siehe zudem *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 19 – das Handeln im eigenen Namen auf fremde Rechnung führe nicht nur im deutschen Recht dazu. Dass der Kommissionär selbst Vertragspartner des Erwerbers werde.

¹³⁶ *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 19.

Zunächst einmal kann man den Anhang durchaus so verstehen, dass er die oben dargelegte Vertragskonstruktion nicht beeinflusst. Die Vermarktung (Topcharts, beliebte App für Sie etc.) nimmt *Apple* offensichtlich im eigenen Namen vor. Auch das Herunterladen geschieht offensichtlich über die Server von *Apple*. Die Klausel könnte sich nach diesem Verständnis bereits darin erschöpfen. Dafür spricht der Passus „*Ferner tragen Sie die alleinige Verantwortung für jegliche [...] Endbenutzerunterstützung und Gewährleistung Ihrer Applikation.*“¹³⁷ Selbiges gilt für die Klausel, dass der Anbieter „*alleinverantwortlich [...] für sämtliche Forderungen und Verbindlichkeiten, die aus den Lizenzierten Applikationen entstehen oder damit zusammenhängen [, ist und sein wird]*“¹³⁸. Die Alleinverantwortlichkeit wird aber nur bei einem Vertragsschluss zwischen *Anbieter* und *Nutzer* erreicht. Würde man den Passus lediglich als Freistellungsanspruch zwischen *Apple* und dem *Anbieter* auslegen, so trüge stets *Apple* das Insolvenzrisiko. Selbst wenn man jedoch die Klausel anders verstünde, hat sie **auf das Verhältnis zum Nutzer keinerlei Auswirkung**.¹³⁹ Die Klausel stammt aus Bedingungen, die der *Nutzer* keinesfalls akzeptiert oder gar kennt. Maßgeblich sind in diesem Verhältnis allein die jeweiligen *Storebedingungen*.¹⁴⁰ Im Ergebnis sprechen die ***Google Play Nutzungsbedingungen*** also entschieden dafür, dass jeweils ein **Vertrag zwischen dem Anbieter und dem Nutzer** zustande kommt. Die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) offenbart daher, dass ein **Vertrag zwischen Nutzer und Anbieter** zustande kommen soll. Durch die Einbeziehung in die Auslegung bestehen keine Unsicherheiten und § 164 II BGB ist nicht anwendbar.

¹³⁷ Siehe auf S. 128 unter 6.5 Auswahl durch *Apple* für den Vertrieb des Lizenzvertrags für das iOS-Entwicklerprogramm in Deutschland, abrufbar im Internet: <https://developer.apple.com/programs/terms/apple_developer_agreement.pdf> (Stand: 21.11.2018).

¹³⁸ Siehe S. 157 des Anhangs 1 1.3 des Lizenzvertrags für das iOS-Entwicklerprogramm in Deutschland, abrufbar im Internet: <https://developer.apple.com/programs/terms/apple_developer_agreement.pdf> (Stand: 21.11.2018).

¹³⁹ *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 19 Rn. 53b; **a.A.** *Feldmann*, in: Taeger, Die Welt im Netz, 51 ff..

¹⁴⁰ A.A. aber *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 126 Rn. 346 ff.

Problematischer ist, wie die *Storebedingungen* bei **Apple** zu verstehen sind. Sie führen jedoch bei jeder Interpretation **eindeutig** (auch) zu einer **Verpflichtung des Anbieters**. Die Nutzungsbedingungen sehen daher in beiden Fällen eine **Verpflichtung des Anbieters** vor. Fraglich ist jedoch, ob dieses Ergebnis aus Sicht des Nutzers unbillig und damit korrekturbedürftig ist. Dazu muss zunächst einmal der Maßstab für eine mögliche Korrektur geklärt werden.

cc. Inhaltskontrolle

Die *Storebedingungen* sehen jeweils die Anwendbarkeit von **deutschem Recht** vor.¹⁴¹ Das ist im Verhältnis *Storebetreiber* und *Nutzer* gemäß Art. 3 I 1 Rom-I-VO möglich. Sofern die Nutzung des *Stores* nicht der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des *Nutzers* zugerechnet werden kann, was der Regelfall sein dürfte, ist dieser nach Art. 6 I Rom-I-VO **Verbraucher**. In diesen Fällen ist nach Art. 6 I lit. b) Rom-I-VO **deutsches Recht zwingend anwendbar**.¹⁴² Die Inhaltskontrolle richtet sich ausschließlich nach deutschem Recht. Daher findet im Verhältnis *Nutzer* und *Storebetreiber* oder im **Verbandsklageverfahren** eine Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB statt.¹⁴³ Allerdings ist fraglich, ob im Falle eines Vertragsschlusses zwischen *Anbieter* und *Nutzer* ebenfalls eine **Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB** erfolgen kann. Die *Storebedingungen* werden nämlich gerade nicht über § 305 II BGB Vertragsbestandteil zwischen *Anbieter* und *Nutzer*. Vielmehr sind die **Wertungen in die Willenserklärungen der Parteien hineinzulesen**.¹⁴⁴

¹⁴¹ Siehe bereits B.II.1.b.aa.

¹⁴² Siehe ebenfalls für *Apple Feldmann*, in: Taeger, Die Welt im Netz, 51; *Klein/Datta*, CR 2016, 587 (588); *Kremer*, CR 2011, 769 (770).

¹⁴³ Dazu *Heiderhoff*, ZIP 2006, 793 (797); vgl. etwa LG Frankfurt, Urteil vom 06.06.2013 – 2-24 O 246/12, MMR 2013, 645 (645 ff.) – Kläger war ein Verbraucherverband.

¹⁴⁴ *Heiderhoff*, ZIP 2006, 793 (793).

Dieses Problem wurde bereits bei den eBay-AGB diskutiert.¹⁴⁵ Vereinzelt wird eine direkte AGB-Kontrolle dennoch für möglich gehalten.¹⁴⁶ Dagegen spricht jedoch entschieden die **Relativität der Schuldverhältnisse**. Zwischen *Nutzer* und *Anbieter* besteht gerade nicht das für die AGB typische Verhältnis zwischen Verwender und Vertragspartner, indem der Verwender zunächst einmal den Inhalt der Bedingungen diktieren kann.

Vor diesem Hintergrund wurde argumentiert, es entspreche nicht dem Willen der Parteien aus Sicht eines objektiven und redlichen Empfängers, unwirksame AGB in die Auslegung der Erklärung einzubeziehen.¹⁴⁷

§ 157 BGB erfordere gerade eine Auslegung nach Treu und Glauben, sodass nur die Nichteinbeziehung diesem Ergebnis gerecht wird.¹⁴⁸ Man könnte dem nun entgegenhalten, dass die Auslegung gekünstelt ist und man dadurch im Ergebnis doch eine AGB-Kontrolle zulässt.¹⁴⁹ Dieser Einwand kann jedoch nicht überzeugen. Denn zum einen ist der **Kontrollmaßstab** weniger streng als die Klauselverbote in den §§ 308, 309 BGB. Regelungen, die für eine der beiden Parteien nachteilig sind, müssen nicht automatisch unwirksam sein, wenn der gesamte Vertrag einen nicht evident unbilligen Ausgleichsmechanismus vorsieht.

Halten die AGB einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB nicht stand, kann man das als erstes Indiz für eine Benachteiligung nach § 157 BGB sehen. Ein Automatismus besteht jedoch nicht. Eine Unwirksamkeit nach § 157 BGB muss darüberhinaus immer positiv festgestellt werden. Allerdings ist der Umkehrschluss zulässig. Wenn selbst nach §§ 307 ff. BGB keine Benachteiligung feststellbar ist, kann erst recht keine Benachteiligung nach § 157 BGB angenommen werden. Damit können die §§ 307 ff. BGB als systematische Prüfungshilfe eine Rolle spielen.

¹⁴⁵ Siehe etwa *Deutsch*, MMR 2004, 586 (588); *Heiderhoff*, ZIP 2006, 793 (797); *Petershagen*, CR 2015, 589 (593).

¹⁴⁶ Für eine normale „vorgelagerte“ AGB-Kontrolle spricht sich etwa *Deutsch*, MMR 2004, 586 (588) aus.

¹⁴⁷ Vgl. LG Aurich, Urteil vom 03.02.2014 – 2 O 565/13, MMR 2014, 600 (601); *Heiderhoff*, ZIP 2006, 793 (797); *Petershagen*, CR 2015, 589 (593).

¹⁴⁸ *Heiderhoff*, ZIP 2006, 793 (797).

¹⁴⁹ Vgl. daher erneut *Deutsch*, MMR 2004, 586 (588).

Durch diese Lösung können zumindest **treuwidrige** und für die Rechtsordnung **unerträgliche** Benachteiligungen vermieden werden. Vor allem aber ist diese dogmatische Gangart **konsequent**. Erkennt man die höchst-richterliche Rechtsprechung an, ist die **Beschränkung auf eine Kontrolle nach Treu und Glauben** bei schlechthin unerträglichen Benachteiligungen überzeugend. Dadurch ist der *Nutzer* hinreichend geschützt. Zwar ist eine direkte **Inhaltskontrolle** der *Storebedingungen* nach den §§ 307 ff. BGB nur in Fällen möglich, in denen der *Storebetreiber* Vertragspartner wird. Nichtsdestotrotz ist der *Nutzer* auch dann geschützt, wenn ein Vertrag zwischen *Nutzer* und *Anbieter* zustande kommt. **Treu und Glauben** verbieten es, schlechthin **unerträgliche Auslegungsergebnisse** unter Berufung auf einzelne Vorschriften der Nutzungsbedingungen zu erzielen (vgl. § 157 BGB). Eine Korrektur ist daher nur in **Ausnahmefällen** angezeigt. Die Verpflichtung des *Anbieters* muss sich daher an § 157 BGB messen lassen.

dd. Korrektur

Klärungsbedürftig ist somit, ob § 157 BGB einem Rückgriff auf die *Storebedingungen* ausnahmsweise entgegensteht, weil ein Vertrag zwischen *Nutzer* und *Anbieter* ein unerträgliches Auslegungsergebnis darstellen würde. Ohne Rückgriff auf die *Storebedingungen* müsste man bei dann bestehenden Unklarheiten nach § 164 II BGB im Zweifel (nur) auf den *Storebetreiber* als Vertragspartner zurückgreifen. Fraglich ist daher, ob die Verpflichtung des *Anbieters* nach § 157 BGB treuwidrig und damit korrekturbedürftig ist.

Für eine Korrekturbedürftigkeit könnte sprechen, dass es für einen *Nutzer* **überraschend** ist, dass er mit dem *Anbieter* kontrahieren soll (Rechtsgedanke des § 305c I BGB).¹⁵⁰ Der Erwerb in einem *App Store* könnte sich nicht wesentlich vom Erwerb in einem **Supermarkt** unterscheiden, bei dem auch kein Vertrag mit den einzelnen Produktherstellern geschlossen werde. Zudem könnte der *Nutzer* ein **Interesse** daran haben, dass die bekannten *Storebetreiber* und nicht irgendwelche *Anbieter* **haften**.

¹⁵⁰ Mit diesem Gedanken *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 22.

Gemäß § 305c I BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil.

Dass allerdings in Zeiten von Amazon und eBay eine Verpflichtung des Produktanbieters überraschend sein soll, muss bezweifelt werden. Wie dargestellt worden ist, regelt die Klausel einen Sachverhalt, der schon nach dem äußeren Erscheinungsbild der *Stores* erkennbar wird. Die Regelung wird innerhalb der jeweiligen Nutzungsbedingungen transparent und an einer vorhersehbaren Stelle geregelt. Eine Regelung, wie ein Vertragsschluss im jeweiligen *Store* ablaufen soll und wer Vertragspartner werden soll, drängt sich geradezu auf. Von einer **überraschenden Klausel** nach § 305c I BGB kann daher nicht die Rede sein. Für den *Nutzer* ist es daher **nicht überraschend**, mit dem Anbieter zu kontrahieren. Folglich kann daraus auch **keine Treuwidrigkeit** abgeleitet werden.

Außerdem ist der Vertrieb über einen *Store* wegen der Ähnlichkeit zu Amazon und eBay **nicht mit dem Vertrieb** im Supermarkt vergleichbar. Zunächst einmal ähnelt der Vertrieb über einen *Store* in der Offlinewelt mehr einem Messeverkauf. Bei einer Messe kann ein Verkäufer häufig an einem festgelegten Ort auf seinem Messestand seine Produkte anbieten. Wie er die Produkte anbietet, obliegt – freilich im Rahmen gewisser Vorgaben des Messeveranstalters – ihm allein. Bei einem Messeverkauf wird jedoch typischerweise gerade nicht der Messeveranstalter Vertragspartner. Dort wird ebenfalls der Aussteller Vertragspartner. Zudem ist eine Nutzung der *Stores* nur möglich, wenn man die Bedingungen akzeptiert. Einen Supermarkt kann man betreten, ohne vorab irgendwelche Bedingungen zu akzeptieren. Außerdem sind bei einem Einkauf im Supermarkt die angebotenen Produkte grundlegend anders als die Apps, die in den *Stores* angeboten werden. In einem Supermarkt geht es typischerweise um Sachkäufe (vgl. §§ 433 I 1, 90 BGB). In einem *Store* werden Apps und damit

digitale Inhalte vertrieben.¹⁵¹ Die Produkte im Supermarkt sind endlich. Sie können ausverkauft sein, wohingegen eine App unendlich oft heruntergeladen werden kann.

Der Inhaber des Supermarkts kann seine **Haftungsrisiken** quantitativ abschätzen. Das Risiko fehlerhafter Produkte wird an den Hersteller durchgereicht oder wirtschaftlich kompensiert (vgl. §§ 445a, 478 BGB). Daneben hat der Käufer häufig einen **Produkthaftungsanspruch** unmittelbar gegen den Hersteller (vgl. § 1 I 1 ProdHaftG). Im Gegensatz zum Mangel bei einem Sachkauf im Supermarkt hilft das Produkthaftungsgesetz für Programmfehler bei einer App kaum weiter.¹⁵² Nur, wenn das Smartphone durch eine fehlerhafte App zerstört wird, ist ein Anspruch denkbar. Allerdings sind Haftungsausschlüsse von § 1 II Nrn. 3, 5 ProdHaftG zu beachten. Ist eine App „state of the arte“ (Nr. 5) oder handelt es sich um einen Programmierer ohne geschäftliches Interesse (Nr. 3), scheidet ein Anspruch aus. Zudem liefe ein Anspruch aufgrund der nach § 11 ProdHaftG obligatorischen Selbstbeteiligung bei einer Sachbeschädigung (etwa Zerstörung des Smartphones) in Höhe von 500 € vermutlich häufig weitestgehend leer. Die von der Rechtsprechung zu § 823 BGB entwickelten Grundsätze zur **Produzentenhaftung** können nicht ohne Weiteres auf Apps übertragen werden.¹⁵³ Aus einem Vergleich mit einem Supermarkt lässt sich folglich ebenfalls keine Treuwidrigkeit ableiten.

Damit kommt eine Korrektur nur in Betracht, wenn **Haftungsgesichtspunkte** entscheidend dafürsprechen, einen Vertrag zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* anzunehmen.

Zunächst werden bei *Apple* sowohl *Apple* selbst als auch der *Anbieter* verpflichtet. Aus Sicht des *Nutzers* ist das die **bestmögliche Situation**.

¹⁵¹ So sieht es der Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte in Art. 2 Nr. 1 a) vor.

¹⁵² Zur Frage der Anwendbarkeit auf Software siehe *Wagner*, in: MüKo-BGB Bd. 6, § 2 ProdHaftG 17 ff. ; zweifelnd *Moritz*, CR 1994, 257 (263).

¹⁵³ Zur Produzentenhaftung nur *Förster*, in: BeckOK-BGB, § 823 BGB Rn. 673 f.

Jedoch spricht noch ein weiterer Gesichtspunkt dafür, dass selbst die alleinige Haftung des *Anbieters* interessengerecht sein kann. Der *Anbieter* gestaltet die App-Präsentation autonom. Es ist nicht ersichtlich, dass *Apple* oder *Google* **die jeweilige Leistungsbeschreibung** des *Anbieters* **beeinflussen**. Aus Sicht des *Nutzers* ist daher der *Anbieter* „*Herr des Angebots*“.¹⁵⁴ Ein **Mangel** bei Apps lässt sich außerhalb von Evidenzfällen häufig nur aufgrund einer Abweichung von dem Funktionsumfang zum angeblichen Funktionsumfang in der Leistungsbeschreibung begründen.¹⁵⁵ Das ist ein wesentlicher Unterschied zur Mangelsystematik beim Kauf im BGB. Wenn ein Mangel in vielen Fällen aber allein von der **Leistungsbeschreibung** einer App abhängt, spricht viel dafür, auf den **Verfasser der Leistungsbeschreibung** abzustellen. Aus Sicht der *Storebetreiber* wäre es kaum nachvollziehbar, wegen einer falsch angegebenen Funktion des *Anbieters* zu haften. Außerdem lassen sich viele Programmierfehler nur durch Updates beheben. Das spricht ebenfalls dafür, auf den *Anbieter*, der alleine über den Objektcode verfügt oder vertraglich auf den Programmierer Einfluss nehmen kann, und nicht auf den *Storebetreiber* abzustellen. In diesen Fällen kann der *Storebetreiber* weder rechtlich noch tatsächlich abhelfen. Beim Kauf ist hingegen häufig eine einfache Nachlieferung möglich, die auch durch den Verkäufer veranlasst werden kann. Dieser Gesichtspunkt spricht stark für den *Anbieter* als Vertragspartner.

Dem kann schließlich nicht entgegengehalten werden, aus Sicht des *Nutzers* wäre der *Storebetreiber* *Google* oder *Apple* der **bevorzugte Vertragspartner im Haftungsfall**. Zwar ist es auf den ersten Blick nicht naheliegend, wenn der *Nutzer* mit *Apple* oder *Google* ein wirtschaftskräftiges Unternehmen als Schuldner hat. Jedoch verfängt dieser Gedanke bei näherer Betrachtung nicht. Zum einen kann im Einzelfall der *Anbieter* wirtschaftlich ähnlich stark oder gar stärker sein. Viele Großunternehmen bieten selbst Apps an. Unternehmen wie *Amazon Europe Core S.à.r.l*, *Facebook Ireland Ltd.*, *Netflix International B.V.* und *Snapchat Inc.*, die beliebte

¹⁵⁴ Mit dieser Terminologie *Feldmann*, in: Taeger, Die Welt im Netz, 50; a.A. aber *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 22.

¹⁵⁵ Siehe C.IV.2.(2)(b).

Apps anbieten, sind alle börsennotiert. Man kann daher nicht pauschal sagen, der *Nutzer* bevorzugt eine Haftung in jedem Fall von *Apple* oder *Google*. Selbst wenn aber *Google* in vielen Fällen der solventere Schuldner wäre, würde eine vertragliche Haftung für alle vertriebenen Apps zu einem unüberschaubaren Haftungsrisiko führen. Aus der Nutzerperspektive ist es daher zweifelhaft, ob er wirklich nur den *Storebetreiber* als Vertragspartner haben möchte.

Zudem gibt es keine Rechtsnorm, die besagt, dass automatisch der wirtschaftlich Stärkere vertraglich haftet. Beim Kauf in einem kleinen Supermarkt, der Produkte eines Großunternehmens im Sortiment hat, haftet vertraglich typischerweise gerade der Supermarkt und nicht der wirtschaftlich potentere Großunternehmer. Jedenfalls ergibt sich aus diesem Aspekt kein Korrekturbedürfnis.

Schließlich könnten **Abwicklungsschwierigkeiten im Haftungsfall** für ein Vertragsverhältnis zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* sprechen. Der *Anbieter* hat seinen Sitz häufig im Ausland und der *Nutzer* hat möglicherweise nicht immer vollständige Kontaktdaten. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Konstellation bei Amazon oder eBay ebenfalls auftreten kann. Zudem haben *Nutzer* jedenfalls bei inländischen *Anbietern* im Haftungsfall einen **Gerichtsstand nach § 29 I ZPO am Erfüllungsort**. Bei einer mangelhaften App ist der Erfüllungsort für einen Schadensersatzanspruch oder einen Gewährleistungsanspruch im Zweifel derjenige Ort, an dem sich das Smartphone befindet. Für europäische *Anbieter* kommt man über Art. 7, 17 ff. EuGVVO zum selben Ergebnis.¹⁵⁶ Schließlich ist nach den *Storebedingungen deutsches Recht anwendbar*.¹⁵⁷ Gerichtsstand ist nach den jeweiligen *Storebedingungen* der gewöhnliche Aufenthaltsort

¹⁵⁶ Siehe auch *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 835 f. Rn. 11 – Wegen Art. 17 – 19 EuGVVO sei der Weg zu den deutschen Gerichten eröffnet.

¹⁵⁷ Siehe B.II.1.b.aa.

(*Apple*¹⁵⁸) oder er richtet sich nach gesetzlichen Regelungen (*Google*¹⁵⁹). Wenn man nun bei der Auslegung der Erklärungen die *Storebedingungen* „als Spielregeln“ zu Grunde legt, sind auch im **Verhältnis zwischen Nutzer und Anbieter** die in den *Storebedingungen* getroffene **Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung** maßgeblich. Schließlich haben sich sowohl *Nutzer* als auch *Anbieter* auf genau diesen Vertriebsweg mit allen Vor- und Nachteilen eingelassen. Das Ergebnis ist zudem interessengerecht, weil es die Abwicklung und die Erörterung nach dem anwendbaren Recht und Gerichtsstand vereinfacht.¹⁶⁰ So können Apps aus aller Welt angeboten werden. Folglich steht der *Nutzer* bei einer Verpflichtung des *Anbieters* nicht schlechter. Hinzu kommt, dass man aus dem **Vertragsverhältnis zwischen Nutzer und Storebetreiber** (Rahmenvertrag) in jedem Fall eine **Nebenpflicht** (vgl. § 241 II BGB) dahingehend wird ableiten können, bei der Rechtsdurchsetzung behilflich zu sein.

Im Ergebnis erweist sich die Verpflichtung des *Anbieters* als interessengerecht. Daher kann unter keinem der behandelten Aspekte eine Treuwidrigkeit angenommen werden und eine Korrektur des Auslegungsergebnisses ist nicht angebracht. Es kann daher festgehalten werden, dass in beiden Fällen aufgrund der Ausgestaltung der *Stores* unter Berücksichtigung der *Storebedingungen* nach § 133, 157 BGB der *Anbieter* Vertragspartner des *Nutzers* wird.

ee. Geschäft für den, den es angeht

An dieser Stelle soll noch kurz ein weiterer, bisher nicht diskutierter Gedanke zum Offenkundigkeitsprinzip beim App-Download entwickelt werden. Folgt man den Überlegungen zur Verteilung des Haftungsrisikos,

¹⁵⁸ In den *iTunes-Nutzungsbedingungen* unter „G. ZUSÄTZLICHE BEDINGUNGEN FÜR DEN APP STORE“, abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

¹⁵⁹ Bei *Google* findet man das in den *Google Nutzungsbedingungen*, auf die in den *Google Play Nutzungsbedingungen* explizit verwiesen wird, abrufbar im Internet: <<https://www.google.de/policies/terms/regional.html>> (Stand: 03.06.2017).

¹⁶⁰ Im Ergebnis ähnlich *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 835 f. Rn. 11 – der Weg zu den deutschen Gerichten sei eröffnet.

könnte man grundsätzlich die Frage stellen, ob der *Nutzer* überhaupt durch das Offenkundigkeitsprinzip geschützt werden muss. Daher könnte man beim App-Download erwägen, ob sich die von der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Gedanken vom „*Geschäft für den, den es angeht*“ als **Ausnahme vom Offenheitsgrundsatz** auf die Konstellation des App-Downloads übertragen lassen.¹⁶¹ Beim „*Geschäft für den, den es angeht*“ wirkt das Geschäft nach § 164 I 1 BGB für und gegen den Vertretenen, obwohl der Vertreter (scheinbar) im eigenen Namen handelt.¹⁶² Das Offenheitsprinzip dient dem Schutz des Dritten.¹⁶³ Wenn jedoch dem Dritten die Person des Vertragspartners typischerweise gleichgültig ist, ist dieser nicht schutzbedürftig.¹⁶⁴ In diesen Fällen ist die Zweifelsregel des § 164 II BGB **teleologisch zu reduzieren**.¹⁶⁵ Da das bei **Bargeschäften des täglichen Lebens** der Fall ist, nimmt man „*das Geschäft, für den, den es angeht*“ ohne gegenteilige Anzeichen an.¹⁶⁶

Dieser Gedanke lässt sich möglicherweise auf den gewöhnlichen App-Download übertragen. Ähnlich wie bei Bargeschäften des täglichen Lebens steht eine **schnelle Abwicklung** beim App-Download im Vordergrund. Die meisten Apps sind ohnehin kostenlos. Bei kostenpflichtigen Apps erfolgt der Leistungsaustausch sofort. Gleichwohl ist die Konstellation bei „*dem Geschäft für den, den es angeht*“ zumeist spiegelverkehrt. Als klassisches Beispiel ist es dem Verkäufer (Dritter) in einem Ladengeschäft gleichgültig, ob der Käufer (Vertreter) für sich selbst oder einen anderen (unbekannter Vertretener) gekauft hat.¹⁶⁷ Im Gewährleistungsfall

¹⁶¹ Statt vieler *Faust*, BGB AT, S. 234 Rn. 10; *Ellenberger*, in: Palandt, § 164 BGB Rn. 8.

¹⁶² *Faust*, BGB AT, S. 234 Rn. 10.

¹⁶³ So *Ellenberger*, in: Palandt, § 164 BGB Rn. 8.

¹⁶⁴ Siehe *Ellenberger*, in: Palandt, § 164 BGB Rn. 8; *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, § 164 BGB Rn. 27.

¹⁶⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 25.03.2003 – XI ZR 224/02, NJW-RR 2003, 921 (922) = BGHZ 154, 276; siehe auch *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, § 164 BGB Rn. 128 m.w.N.

¹⁶⁶ *Faust*, BGB AT, S. 234 Rn. 10; *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, § 164 BGB Rn. 131; kritisch jedoch *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 772.

¹⁶⁷ *Faust*, BGB AT, S. 234 Rn. 10.

orientiert sich der Verkäufer daran, ob der Kassenzettel vorgezeigt werden kann.¹⁶⁸ In diesem Fall ist der Verkäufer **nicht schutzbedürftig**.¹⁶⁹

Beim App-Download muss man hingegen auf die Interessenlage des *Nutzers* (Dritter) abstellen. Nur wenn es diesem gleichgültig ist, ob er mit dem *Storebetreiber* (*Apple* oder *Google*) oder dem (vielleicht ihm unbekanntem) *Anbieter* kontrahiert, kommt eine teleologische Reduktion von § 164 II BGB in Betracht.

Die Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip lässt sich daher nur auf den App-Download übertragen, wenn der *Nutzer* ebenfalls **nicht schutzbedürftig** ist. Die Frage muss vor allem im Gewährleistungsfall kritisch beleuchtet werden. Nur wenn in diesem Fall keine Schutzlücken bestehen, kann **ausnahmsweise**¹⁷⁰ eine teleologische Reduktion angenommen werden. Die Ausführungen zu den Haftungsgesichtspunkten haben jedoch ergeben, dass der *Nutzer* im Zweifel sogar besser geschützt ist, wenn der *Anbieter* (weiterer) Vertragspartner wird. Die Abwicklung erfolgt im Gewährleistungsfall **bequem vermittelt** über den *Storebetreiber*. Zudem trifft den *Storebetreiber* eine Nebenpflicht aus den Nutzungsbedingungen, die quasi als Rahmenvertrag wirken, bei der Abwicklung im Gewährleistungsfall unterstützend mitzuwirken. Das Haftungsrisiko steht damit einer Übertragung der Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip nicht entgegen. Schließlich ist es dem gewöhnlichen *Nutzer* gleichgültig, wer bei einem entgeltlichen App-Erwerb sein Geld erhält oder wer ihm eine kostenlose App verschafft. Folglich lässt sich in einigen Konstellationen die Auffassung vertreten, dass der *Nutzer nicht schutzbedürftig ist*. Dann muss er wie beim „*Geschäft für den, den es angeht*“ nicht durch das Offenkundigkeitsprinzip geschützt werden.

Gleichwohl sind abstrakt nicht alle denkbaren Konstellationen und Haftungsrisiken vorhersehbar. Die Frage der Schutzwürdigkeit muss immer

¹⁶⁸ Mit diesem Beispiel *Faust*, BGB AT, S. 234 Rn. 10; *Stoffels*, in: NK-BGB AT, § 164 BGB Rn. 65.

¹⁶⁹ *Ellenberger*, in: Palandt, § 164 BGB Rn. 8.

¹⁷⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 25.03.2003 – XI ZR 224/02, NJW-RR 2003, 921 (922) = BGHZ 154, 276 – „*bei schuldrechtlichen Geschäften finden die Grundsätze des Geschäfts, für den, den es angeht, nur ausnahmsweise Anwendung [m.w.N.]*“.

im Einzelfall beurteilt werden. Da nach der Auslegungslösung zumindest immer auch der *Anbieter* verpflichtet wird, genügt für die Zwecke der Untersuchung folgender abschließender Hinweis: Sollte man das Offenkundigkeitsprinzip entgegen der Auslegungslösung ablehnen, müsste man prüfen, ob § 164 II BGB beim App-Download teleologisch zu reduzieren ist.

ff. Zwischenergebnis

Zwar führt die Ausgestaltung der *Stores* bisweilen noch dazu, dass man beim ersten Betrachten den Vertragspartner aus Perspektive des *Nutzers* nicht eindeutig zuordnen kann. Gleichwohl sind bei der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont die **Nutzungsbedingungen** der *Storebetreiber* mit einzubeziehen. Dort ist bei **Google eindeutig** geregelt, dass ein **Vertrag zwischen Nutzer und Anbieter** zustande kommen soll. Der *Nutzer* kann das Angebot im *Store* daher im Lichte der Nutzungsbedingungen nur so verstehen, dass dieses **für und gegen den Anbieter** gelten soll (§ 164 I, III BGB). Eines Rückgriffs auf die Zweifelsregelung des § 164 II BGB bedarf es daher nicht. Das Ergebnis ist zudem interessengerecht und mithin nicht korrekturbedürftig. Das Offenkundigkeitsprinzip ist daher gewahrt.

Bei **Apple** sind sowohl die Ausgestaltung als auch die *Storebedingungen* nicht eindeutig. Doch auch bei *Apple* kommt es zu einer Verpflichtung des Anbieters. Legt man die Unklarheiten nach § 305c BGB *Apple* zu Lasten, so werden sogar **sowohl Apple als auch der Anbieter** verpflichtet.

Sollte man das Offenkundigkeitsprinzip im Einzelfall als verletzt ansehen – etwa wenn die Ausgestaltung der *Stores* und die *Storebedingungen* gegensätzlich verlaufen, muss man prüfen, ob es dann bei § 164 II BGB bleibt, oder ob man die Grundsätze „*des Geschäfts für den, den es angeht*“ auf den App-Download übertragen kann und daher die Zweifelsregel des § 164 II BGB **teleologisch zu reduzieren** ist. Das kommt in Betracht, wenn Haftungsgesichtspunkte sogar für eine Verpflichtung des *Anbieters* sprechen. In diesen Fällen ist der *Nutzer* nicht schutzbedürftig und muss

nicht durch § 164 II BGB geschützt werden. Bejaht man die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion, kommt ebenfalls ein Vertrag mit dem *Anbieter* zustande.

c. Mit Vertretungsmacht

An der Tatsache, dass der *Storebetreiber* vom jeweiligen *Anbieter* zum **Vertrieb ermächtigt** wird, bestehen keine Zweifel. Wenn *Anbieter* Apps in die Stores einstellen, kann man das als Vertriebsermächtigung verstehen. Zudem besteht zwischen *Anbieter* und *Storebetreiber* typischerweise ein Vertragsverhältnis aufgrund einer Standardvertriebsvereinbarung des jeweiligen *Stores*.¹⁷¹ Diese Vertragstexte sind bisweilen sehr umfangreich.¹⁷² In den Verträgen findet man neben weiteren Regelungen die Ermächtigung zum App-Vertrieb. Auf diesen Verträgen soll bei der Untersuchung allerdings kein Schwerpunkt liegen.¹⁷³ Daher genügt die Feststellung, dass die *Storebetreiber* mit Vertretungsmacht handeln.

2. Zwischenergebnis

Im *Google Play Store* **bieten** die *Anbieter* ihre Apps zum Download an. Sie werden dabei von *Google* **vertreten** (§ 164 I, III BGB). Dabei handelt es sich um ein **verbindliches Angebot** und nicht lediglich um eine invitatio ad offerendum. Das Angebot genügt bei kostenpflichtigen Downloads den Anforderungen des § 312d III BGB (**Buttonlösung**). Bei *Apple* ist das Ergebnis weniger eindeutig. Unter Berücksichtigung der *Storebedingungen* bieten die *Anbieter* dort ebenfalls die Apps an.

III. Annahme

Dem *Nutzer* werden im *App Store* zahlreiche Apps angeboten. Ein Vertragsschluss setzt zwingend eine inhaltsgleiche Annahmeerklärung durch

¹⁷¹ So *Engelhardt*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 71 Rn. 167; ebenso *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 829 Rn. 31, 833 f. Rn. 2 f.

¹⁷² *Engelhardt*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 71 Rn. 168.

¹⁷³ Siehe dazu vertiefend *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 33 ff. Rn. 93 ff.; *Engelhardt*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 71 ff. Rn. 166 ff..

den *Nutzer* voraus, die den Antrag vorbehaltlos bejaht.¹⁷⁴ Im *Google Play Store* erfolgt die Annahmeerklärung bei kostenlosen Apps durch die direkte Berührung der Schaltfläche „INSTALLIEREN“.¹⁷⁵ Unmittelbar danach startet der Download automatisch.

Bei kostenpflichtigen Apps erklärt der *Nutzer* durch Berühren der „KAUFEN“-Schaltfläche die Annahme (vgl. § 151 S. 1 BGB). Der Zugang der Annahmeerklärung wird durch ein weiteres Fenster bestätigt. Selbst wenn man einen App-Erwerb bei *Google* außerhalb der App-Präsentation auswählt, erscheint immer ein Fenster, indem man eine „KAUFEN“-Schaltfläche berühren muss.

Bei *Apple* erfolgt die Annahmeerklärung sowohl bei kostenlosen als auch bei kostenpflichtigen Apps durch den Authentifizierungsvorgang. Danach beginnen der Download und die Installation.

Als allgemeines Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass bei den aktuellen *Stores* die Annahmeerklärung immer die letzte Handlung vor dem Start des Downloads ist.¹⁷⁶

Bei *Google* kommt es daher zu einem Vertrag zwischen dem *Nutzer* und dem *Anbieter*. Bei *Apple* kommt es ebenfalls zu einem Vertrag zwischen dem *Nutzer* und dem *Anbieter*. Allerdings wird *Apple* selbst ebenfalls verpflichtet.

¹⁷⁴ Etwa *Ellenberger*, in: Palandt, § 147 BGB Rn. 1.

¹⁷⁵ So auch *Klein/Datta*, CR 2016, 587 (588).

¹⁷⁶ Ähnlich *Grübler*, Digitale Güter, S. 69; vgl. *aber Bisges*, NJW 2014, 183 (184), der die Annahme bereits im Tippen des Nutzers auf die „Kaufen“-Schaltfläche sieht; vgl. auch *Cichon*, Internet Verträge, 239 Rn. 905 – Annahme sei Ingangsetzen des Download-Prozesses; *Klein/Datta*, CR 2016, 587 (588) – rekurren bei *Apple* bereits auf das Betätigen der Schaltfläche „LADEN“.

IV. Minderjährige

Mittlerweile nutzen **85% aller Zwölfjährigen ein Smartphone**.¹⁷⁷ Unter den sechs- bis siebenjährigen Kindern immerhin ein Fünftel.¹⁷⁸ Kauft man zum Beispiel ein Überraschungsei, liegt eine „Anleitung“ bei.



Überraschungsei-Anleitung mit QR-Code für die „MAGIC KINDER APP“

Dort wird explizit Werbung für die Kinder-App „*Magic Kinder: Spiele für Kids*“ gemacht. Es befindet sich sogar ein QR-Code auf der „Anleitung“, der direkt zur App-Präsentation in den jeweiligen *Store* führt. Die App richtet sich offensichtlich an Kinder ab drei Jahren. Es sollen somit schon Kinder im Vorschulalter, also Kinder, die in der Regel noch nicht lesen können, angesprochen werden. Die App bietet für Eltern zahlreiche Einstellungsmöglichkeiten zur kindgerechten Nutzung, ist werbefrei und versucht nicht, Kinder mit *In-App-Käufen* zu ködern. Dennoch macht die App ein Alltagsphänomen offenkundig: Es gibt immer mehr Apps, die sich explizit an Kinder aller Altersstufen und an Jugendliche richten. Auch *Apple*

¹⁷⁷ Siehe dazu eine bitkom-Studie aus dem Jahr 2014, abrufbar im Internet: <<https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Smartphone-und-Internet-gehoren-fuer-Kinder-zum-Alltag.html>> (Stand: 21.11.2018).

¹⁷⁸ Ebd.

und *Google* planen aktiv mit der Zielgruppe. So sehen die jeweiligen Nutzungsbedingungen 13 Jahre als Mindestnutzungsalter vor.¹⁷⁹ Auch für jüngere Nutzer wird etwa über die „*Google Familienmediathek*“ oder die „*Apple Familienfreigabe*“ eine Nutzung vorgehsehen. Daher ist es nicht verwunderlich, dass der App-Download von Kindern und Jugendlichen ein **Alltagsphänomen** ist.

Allerdings kann die Nutzung durch Minderjährige zu rechtlichen und tatsächlichen Problemen führen. Abgesehen von **datenschutzrechtlichen** und **wettbewerbsrechtlichen** Bedenken (Werbung, die sich explizit an Kinder oder Jugendliche richtet)¹⁸⁰, können Kinder und Jugendliche zu finanziellen Verpflichtungen bewegt werden. *Bisges* hat diesbezüglich in seinem Aufsatz „*Schlumpfbeeren für 3000 Euro*“ Pionierarbeit geleistet und die Problematik der *In-App-Käufe* durch Jugendliche aufgezeigt.¹⁸¹ Besonders ersichtlich wird die rechtliche Problematik minderjähriger Nutzer freilich dann, wenn jemand eine Rechnung für „*virtuelle Spielgegenstände*“ bezahlen soll. So wurden im Jahr 2016 alleine in Deutschland 410 Millionen Euro mit Spiele-Apps umgesetzt.¹⁸² Nur 17 Millionen Euro davon stammten direkt aus dem Veräußerungserlös – der Rest aus *In-App-Käufen*.¹⁸³ Doch die eigentlichen rechtlichen Probleme beginnen bereits früher. Schon die Nutzung und Inbetriebnahme eines Smartphones als Vorstufe für jeden App-Download und selbst der Download einer kostenlosen App sind in rechtlicher Hinsicht alles andere als trivial. Eine rechtliche

¹⁷⁹ In den *iTunes-Nutzungsbedingungen* unter „B. NUTZUNG UNSERER DIENSTE“, Unterpunkt „*APPLE ID*“ abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017); in den *Google Play Nutzungsbedingungen* unter „3. Ihre Nutzung von *Google Play*“, Unterpunkt „*Altersbeschränkungen*“, abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017). Dort wird auf eine weitere Seite mit den genauen Altersbeschränkungen pro Land verlinkt wird.

¹⁸⁰ Zur Werbung gegenüber Kinder und Jugendlichen siehe *Gerecke*, NJW 2015, 3185 (3185 ff.).

¹⁸¹ *Bisges*, NJW 2014, 183.

¹⁸² *Stiftung Warentest*, Stiftung Warentest 7/7/2017, 26 (26).

¹⁸³ *Stiftung Warentest*, Stiftung Warentest 7/7/2017, 26 (1).

Aufarbeitung dieses Alltagsphänomens hat bisher gleichwohl noch nicht umfassend stattgefunden.

Daher ist der folgende Abschnitt diesem hochaktuellen¹⁸⁴ Problemkreis gewidmet. Zunächst einmal liegt der Fokus auf dem Erstellen des Accounts und der Inbetriebnahme des Smartphones (unter 1.), bevor (unter 2.) die rechtliche Bewertung des eigentlichen App-Downloads erfolgt. Schließlich werden (unter 3.) überblickartig weitere Konstellationen angedeutet.

1. Account und Inbetriebnahme

Bei *Apple* und *Google* ist die Nutzung des jeweiligen *App Store* an einen **Account** gekoppelt.¹⁸⁵ Daher drängt sich die **Ausgangsfrage** auf, ob ein Minderjähriger in rechtlicher Hinsicht selbst einen für jedweden App-Download notwendigen Account erstellen kann und wie die Erstellung und Inbetriebnahme zu beurteilen sind. Da gemäß § 104 Nr. 1 BGB¹⁸⁶ **Kinder unter sieben Jahren** geschäftsunfähig sind, können sie selbst keinen Account einrichten.¹⁸⁷ Ihre Willenserklärungen sind nichtig (§ 105 I BGB). Interessanter ist die Frage, ob **Minderjährige**, die das siebente Lebensjahr vollendet haben (vgl. § 106 BGB, **beschränkte Geschäftsfähigkeit** Minderjähriger), auch **ohne Zustimmung der Eltern** einen Account einrichten können.

Sowohl *Apple* als auch *Google* sehen als Mindestalter für **die eigenständige Nutzung der Stores 13 Jahre** vor. Die Registrierung funktioniert technisch nur, wenn sich aus der Eingabe des Geburtsdatums dieses Mindestalter ergibt. Die Auslegung ergibt daher, dass nur diejenigen Minderjährigen ein Angebot auf Registrierung erhalten, die **mindestens 13 Jahre**

¹⁸⁴ Vgl. zuletzt AG Bad Hersfeld, Beschluss vom 20.03.2017 – F 111/17 EASO, juris – familienrechtlicher Beschluss bezüglich Aufsichtspflicht bei Mediennutzung (WhatsApp) durch Minderjährige; *Stiftung Warentest*, Stiftung Warentest 7/7/2017, 26.

¹⁸⁵ Siehe B.I.1.

¹⁸⁶ *Spindler*, MMR 2016, 147 (148) merkt zu Recht an, dass der DINhRL-E keine Aussage über den Vertragsschluss treffen soll und der nationale Minderjährigenschutz auch bei Umsetzung davon unberührt bleiben soll.

¹⁸⁷ Ähnlich *Erkeling*, in: Taeger, Smart World – Smart Law?, 789.

alt sind (§§ 133, 157 BGB). Auch wenn man die Altersgrenze nicht im deutschen Recht findet,¹⁸⁸ ist sie **im Rahmen der Privatautonomie** erst einmal unbedenklich. Zwar ist aufgrund von § 19 I Var. 6 Nr. 1 Var. 2 AGG eine Benachteiligung aus Gründen des Alters bei Massengeschäften unzulässig (**Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot**), jedoch ist gemäß § 20 I 1 Var. 3 AGG eine Verletzung des Benachteiligungsverbotes nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung ein sachlicher Grund vorliegt. Ein derartiger Grund lässt sich unter mehreren Gesichtspunkten konstruieren. Einerseits erscheint die Altersgrenze von 13 Jahren beliebig. Andererseits spricht aus Sicht der *Storebetreiber* vieles dafür, eine pauschale Betrachtung vorzunehmen. Je jünger Kinder sind, desto weniger können sie selbst die Reichweite von geschäftlichen Beziehungen überblicken und desto weniger können sie mit dem Großteil der angebotenen Inhalte etwas anfangen. Zudem müsste der *Storebetreiber* unter Umständen eine aufwändigere Prüfung seines Angebots vornehmen. Wenn viele Angebote für jüngere *Nutzer* – wie etwa die *Magic Kinder App* – ohnehin eine Nutzung Hand in Hand mit einem Elternteil vorsehen, besteht ein Interesse daran, dass die Eltern Vertragspartner werden. Bei Kindern unter 13 Jahren wird dadurch der Jugendschutz privatautonom gestärkt. All das spricht gegen die Annahme einer unzulässigen Benachteiligung. Damit können Minderjährige unter 13 Jahren im Ergebnis keinen eigenen Account eröffnen. Eine eigenständige Nutzung scheitert bereits an dem Angebot und muss nicht weiter vertieft werden.

a. Rechtlicher Nachteil

Fraglich ist aber, ob sich **Jugendliche über 13 Jahre** ohne Einwilligung der Eltern (vgl. §§ 1626 I, 1629 I BGB) **registrieren** können. *Apple* und *Google* gehen davon aus. Die Registrierungsaufforderung geht mit dem

¹⁸⁸ Sie lässt sich laut *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (638) auf den U.S. Children's Online Privacy Protection Act zurückführen.

Erscheinen dem Minderjährigen zu und ist als bloße **Handlungsoption** zunächst einmal **rechtlich lediglich vorteilhaft**, da sie die Handlungsmöglichkeiten des Minderjährigen erweitert (vgl. § 131 II Var. 2 S. 1 BGB).¹⁸⁹ Minderjährige können ein *Google-Konto* oder eine *Apple-ID* ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erstellen, wenn die Erstellung **rechtlich lediglich vorteilhaft** im Sinne des § 107 BGB ist. Dasselbe gilt, wie sich aus einem systematischen Vergleich mit § 165 BGB ergibt, dann, wenn Registrierung zumindest **rechtlich neutral** ist.¹⁹⁰

Daher steht die Frage im Raum, ob das Erstellen eines *Google-Accounts* und einer *Apple-ID* zumindest **rechtlich neutral** ist. Was der Maßstab im Bereich von § 107 BGB ist, ist ungeklärt. *Faust* weist darauf hin, dass ein dogmatisch schlüssiges Konzept, auf das sich alle Einzelfälle zurückführen lassen, bislang noch nicht gefunden sei.¹⁹¹ Die unübersichtliche Rechtsprechungskasuistik¹⁹² lässt dabei keinerlei tiefergehende Systematik erkennen. Typischerweise ist ein Geschäft rechtlich nachteilig, wenn der Minderjährige, etwa durch einen gegenseitigen Vertrag,¹⁹³ **verpflichtet** wird.¹⁹⁴ Andererseits bleiben Nachteile mit **typischerweise geringfügigem Gefährdungspotenzial** unerheblich.¹⁹⁵ Es bleibt daher bei einer **Einzelfallbetrachtung**. Zur rechtlichen Beurteilung eines *Google-Kontos* oder eines *Apple-Accounts* findet man **keine juristische Aufarbeitung**. Bei der Bewertung muss das Hauptaugenmerk auf die **Einwilligung zur Datenverarbeitung** und das **Akzeptieren der Nutzungsbedingungen** gelegt werden. Die Erstellung des jeweiligen Accounts ist zunächst einmal kostenlos. Eine materielle Gegenleistungspflicht besteht vordergründig

¹⁸⁹ Siehe *Faust*, BGB AT, 161 Rn. 36.

¹⁹⁰ Die teleologische Reduktion des § 107 BGB bei rechtlich neutralen Geschäften ist anerkannt. Siehe dazu nur *Schmitt*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 107 BGB Rn. 47 m.w.N.

¹⁹¹ So *Faust*, BGB AT, 151 Rn. 17.

¹⁹² Ein Überblick über die Einzelfälle findet sich bei *Ellenberger*, in: Palandt, § 107 BGB Rn. 4; *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 107 BGB Rn. 8.

¹⁹³ *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 107 BGB Rn. 4.

¹⁹⁴ Vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 191; ausdrücklich *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 107 BGB Rn. 3.

¹⁹⁵ *Ellenberger*, in: Palandt, § 107 BGB Rn. 3; *Faust*, in: DJT 2016, A 19.

nicht.¹⁹⁶ Allerdings könnte sich ein rechtlicher Nachteil daraus ergeben, dass man bei der Registrierung **zwingend die jeweiligen Nutzungsbedingungen akzeptieren** muss. Man kann das *iPhone* trotz *Apple-ID* nicht in Betrieb nehmen und den *Apple App Store* zum App-Download nutzen, ohne vorher die **Nutzungsbedingungen** (direkt nach dem Erstellen der *Apple-ID* bei Inbetriebnahme und bei jedem *iOS*-Update) zu akzeptieren. Bei *Google* muss man die Nutzungsbedingungen bereits beim Erstellen des *Google-Kontos* akzeptieren. Mithin ist ein App-Download weder bei *Apple* noch bei *Google* möglich, ohne dass der (unter Umständen minderjährige) *Nutzer* zuvor die Nutzungsbedingungen akzeptiert. Die Nutzungsbedingungen gleichen einem Rahmenvertrag (Auslegungslösung). Beide Nutzungsbedingungen weichen von den gesetzlichen Bestimmungen ab. So statuieren die *Google-Nutzungsbedingungen* etwa einen **Änderungsvorbehalt** der Nutzungsbedingungen und eine **Haftungsprivilegierung**.

In den *iOS-Nutzungsbedingungen*, die bei Inbetriebnahme des *iPhones* und bei jedem Update von *iOS* akzeptiert werden müssen, findet man ebenfalls einen „Gewährleistungsverzicht“ und eine „Haftungsbeschränkung“.¹⁹⁷ Diese Abweichungen vom Gesetz sind **rechtlich nachteilig**.¹⁹⁸ Die Nachteile sind unabhängig von zukünftigen App-Downloads. Daher kann man einen rechtlichen Nachteil nicht mit der Begründung verneinen, der Nachteil hänge von unsicheren Bedingungen ab und der Rahmenvertrag eröffne nur weitere Handlungsoptionen.

Es lässt sich einstweilen festhalten, dass allein schon wegen der **obligatorischen Nutzungsbedingungen** bereits das **Erstellen des Accounts einwilligungsbedürftig** im Sinne des § 107 BGB ist.

Zudem könnte sich ein rechtlicher Nachteil aus der **obligatorischen Einwilligung zur Datenverarbeitung** ergeben. Der *Nutzer* muss schon bei

¹⁹⁶ So *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (637) im Rahmen von sozialen Netzwerken.

¹⁹⁷ Siehe S. 29 f. der *iOS-Nutzungsbedingungen*, abrufbar im Internet: <<http://images.apple.com/legal/sla/docs/iOS10.pdf>> (Stand: 07.07.2017).

¹⁹⁸ Mit diesem Gedanken *Backu*, ZD 2012, 59 (63); *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (637); auch *Erkeling*, in: Taeger, Smart World – Smart Law?, 790 begründet im Bereich Online-Games einen rechtlichen Nachteil mit dem Zustimmungserfordernis zu den Nutzungsbedingungen.

der Inbetriebnahme des Geräts und beim Erstellen eines *Google-Kontos* der **Nutzerdatenverarbeitung** (insbesondere zu **Werbezwecken**) und den **Nutzungsbedingungen** zustimmen. Bei *Apple* muss der *Nutzer* ebenfalls einige Daten preisgeben, jedoch findet eine Datenverarbeitung zu Werbezwecken laut *Apple* nicht statt.

Fraglich ist daher, inwiefern sich die **obligatorische Einwilligung in die Datennutzung** auf die rechtliche Beurteilung der Registrierung auswirkt. Die Problematik ist auch mit Blick auf die DSGVO ungelöst. Zwar wird bei der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit im **Datenschutzrecht**, anders als bei § 107 BGB, ganz überwiegend auf die **Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen** abgestellt.¹⁹⁹ So ist eine datenschutzrechtlich wirksame Einwilligung unter 18 Jahren denkbar. Gemäß Art. 8 I i.V.m. Art. 6 I a) DSGVO kann ein Jugendlicher, der das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat, selbstständig wirksam einwilligen. Gleichwohl besteht Einigkeit darüber, dass eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung nicht automatisch zu einem rechtlich neutralen oder vorteilhaften Geschäft im Sinne von § 107 BGB führen kann.²⁰⁰ Für diese Betrachtungsweise spricht nunmehr entschieden Art. 8 III DSGVO, Nach der Vorschrift bleibt das allgemeine Vertragsrecht der Mitgliedstaaten unberührt. Daraus folgt, dass eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung nicht automatisch zu einem rechtlich neutralen oder vorteilhaften Geschäft im Sinne von § 107 BGB führt.

Vielmehr muss darauf abgestellt werden, ob die obligatorische Einwilligung zur Datennutzung und -weitergabe sich auf die Bewertung des Geschäfts auswirkt. Nach *Metzger* ist das Verpflichtungsgeschäft bereits dann rechtlich nachteilig, wenn sich der Minderjährige zur Preisgabe von Daten

¹⁹⁹ Im Ergebnis wohl die h.M.: *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (638) – sämtliche Ansichten stellen bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung auf die Einsichtsfähigkeit ab; ebenso *Jandt/Roßnagel*, MMR 2011, 637 (638); differenzierend *Metzger*, AcP 2016, 817 (839 f.).

²⁰⁰ Mit diesem Ergebnis *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (636 ff.); *Faust*, in: DJT 2016, A 19 ff.

verpflichtete.²⁰¹ Auch *Bräutigam* wertet die Einräumung der Nutzung personenbezogener Daten „im weitesten Sinne“ als rechtlichen Nachteil.²⁰² Nach diesen Betrachtungsweisen muss man die Registrierung allein schon wegen der Datenverarbeitung stets als rechtlich nachteilig einstufen müssen. *Faust* differenzierte anhand des Datenschutzrechts nach der Gefährdungslage (§ 28 I 1 Nr. 1 BDSG a.F. einerseits und § 28 III b BDSG a.F. andererseits).²⁰³

Auch nach neuem Recht lässt sich eine Gefährdungslage dann annehmen, wenn nicht ausnahmsweise die Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung erforderlich ist.²⁰⁴ Dafür spricht auch § 5 I b) DSGVO der Grundsatz der Datenminimierung, wonach personenbezogene Daten dem Zweck angemessen und für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein müssen.

Für die Registrierung muss man bei *Apple* Name, Vorname, Geburtsdatum und E-Mailadresse angeben. Bei *Google* muss man darüber hinaus noch das Geschlecht angeben und einwilligen, dass die Daten zudem zu **Werbezwecken** verwendet werden. Diese Datenweitergabe an Dritte ist aber gerade nicht für die Vertragserfüllung erforderlich.²⁰⁵ Allein schon deshalb gehen die Daten über den Zweck der Vertragsabwicklung hinaus, sodass man daraus auch mit *Faust* eine Gefährdung ableiten kann. Bereits wegen der **Datenpreisgabe und der obligatorischen Zustimmung zur Datennutzung und -weitergabe zu Werbezwecken** ist **das Erstellen eines Google-Kontos** im Ergebnis **rechtlich nachteilig**

Bei *Apple* werden nach eigener Angabe beim Erstellen einer *Apple-ID* keine Daten an Dritte weitergegeben. Name, Alter und E-Mailadresse sind für die Authentifizierung erforderlich. Am Namen besteht ein Interesse, weil die Person Vertragspartner werden soll. Die Altersabfrage ist für den

²⁰¹ Metzger, AcP 2016, 817 (839).

²⁰² So *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (637).

²⁰³ Siehe bereits *Faust*, in: DJT 2016, A 20.

²⁰⁴ Siehe bereits *Faust*, in: DJT 2016, A 20.

²⁰⁵ Vgl. zum alten Recht *Faust*, in: DJT 2016, A 21, der § 28 III b 1 BDSG a.F. als Prüfungsmaßstab herangezogen hat, siehe auch *Rücker/Brandt*, in: *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, 259 f. Rn. 164 – es lasse sich im Vergleich zum bisherigen nationalen Recht ein umfassenderes Kopplungsverbot ableiten.

Jugendschutz erforderlich. Die E-Mailadresse dient insbesondere zukünftigen Vertragsabwicklungen. Diese Abfragen sind erforderlich und stellen typischerweise eine geringe Gefährdungslage dar. Mithin sprechen mit *Faust* bei *Apple* die Wertungen des Datenschutzrechts (vgl. Art. 6 b) DSGVO) im Hinblick auf die obligatorische Datenweitergabe für ein nur vernachlässigbares Gefährdungspotenzial und damit gegen einen rechtlichen Nachteil.

Bei *Apple* ergibt sich der rechtliche Nachteil, wenn man nicht jede Datenweitergabe per se für rechtlich nachteilig hält, allein aus den Nutzungsbedingungen.

Im Ergebnis sind daher die Inbetriebnahme und Einrichtung eines Accounts **weder** beim *iPhone* von *Apple* **noch** bei anderen *Android*-Smartphones rechtlich lediglich vorteilhaft. Bei *Google* ist bereits die **obligatorische Einwilligung zur Datenverarbeitung** zu Werbezwecken **rechtlich nachteilig**. Zudem muss der *Nutzer* **rechtlich nachteilige Nutzungsbedingungen** akzeptieren. Selbst wenn man das Erstellen einer *Apple-ID* aufgrund der Wertungen des Datenschutzrechts noch als **rechtlich neutral** ansieht, ist auch dort die Inbetriebnahme aufgrund der **Nutzungsbedingungen** rechtlich nachteilig. Im Ergebnis ist daher die für jeden App-Download notwendige Inbetriebnahme eines Smartphones und das Erstellen eines Accounts einwilligungsbedürftig (§ 107 BGB).

b. Einwilligung

Die Einwilligung ist die vorherige Zustimmung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts (§ 183 S. 1 BGB). Die Einwilligung ist ausdrücklich und **konkludent** möglich.²⁰⁶ Liegt eine ausdrückliche Zustimmung zur Smartphonennutzung vor oder richten die Eltern gar den Account für den Minderjährigen ein, ergeben sich bezüglich § 107 BGB keine rechtlichen Probleme. Fraglich ist jedoch, ob bereits in der **Überlassung eines Smartphones** durch die Eltern eine **konkludente Einwilligung zur Inbetriebnahme**

²⁰⁶ Etwa *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 107 BGB Rn. 14 – die Einwilligung könne auch konkludent erfolgen.

des Telefons und zur Erstellung eines notwendigen Nutzeraccounts gesehen werden kann.

Das ist bei der Einwilligung als **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung Auslegungsfrage des Einzelfalls** (§§ 133, 157 BGB). Es ist daher zu fragen, wie der Minderjährige in der konkreten Situation die Smartphoneüberlassung verstehen konnte. Folgende Aspekte können bei der Auslegung eine Rolle spielen.

Eine Inbetriebnahme ist nicht ohne das Akzeptieren der Nutzungsbedingungen und das Erstellen eines Nutzeraccounts möglich. Die Handlungen sind selbst für das Telefonieren erforderlich. Wenn jedoch **keinerlei Nutzung** ohne das Akzeptieren der Nutzungsbedingungen und ohne Erstellen eines Nutzeraccounts möglich ist, kann ein Minderjähriger jedenfalls dann, wenn die Eltern von dem Umstand wissen, von **einer konkludenten Einwilligung** ausgehen. Je geringer das Risiko für den Minderjährigen, desto eher kann man von einer konkludenten Einwilligung ausgehen. Die Gefahr für den Minderjährigen ist allein bei Registrierung und Inbetriebnahme typischerweise noch **relativ gering**. Die Anforderungen an eine konkludente Einwilligung sind nicht allzu hoch.

Um die Frage beantworten zu können, kann man nach der **potenziellen Einsichtsfähigkeit** der Eltern differenzieren. Wenn Eltern selbst ein Smartphone und Apps nutzen, liegt die Annahme einer konkludenten Einwilligung freilich näher, als wenn der Minderjährige offensichtlich annehmen muss, seine Eltern sind absolute Laien auf dem Gebiet. Zwingend ist das jedoch nicht. So ging das AG Bad Hersfeld etwa deutlich weiter, indem es den Eltern die Pflicht auferlegt hat, sich selbst die erforderlichen Kenntnisse unmittelbar und kontinuierlich anzueignen.²⁰⁷

Spätestens dann, wenn die Eltern durch ihr eigenes Verhalten eine Nutzung des Smartphones durch das Kind – etwa durch Anrufe, Nachrichten etc. – tolerieren, kann man schwerlich eine Einwilligung zur Inbetriebnahme negieren (**Verhalten der Eltern**). Wenn Eltern bei einer Überlassung eines Smartphones gewisse Begleitgefahren noch nicht erblicken können, muss

²⁰⁷ Vgl. AG Bad Hersfeld, Beschluss vom 20.03.2017 – F 111/17 EASO, juris – 2. LS.
Die Entscheidung ist jedoch insgesamt zu weitreichend und praxisfern.

dieser Umstand allein nicht gegen eine konkludente Einwilligung sprechen. Es geht mit dem deutschen Minderjährigenschutz einher, dass die Eltern grundsätzlich auch in sehr nachteilige und gefährliche Geschäfte einwilligen können. Ob sie selbst das Geschäft bis ins letzte Detail verstehen, ist dabei irrelevant. Der Gesetzgeber hat gewisse Rechtsgeschäfte, die potenziell gefährlich sind, der Genehmigungspflicht des Familiengerichts unterworfen (vgl. § 1643 I BGB). Bei allen anderen Rechtsgeschäften mutet der Gesetzgeber den Eltern eine Entscheidungskompetenz zu. Demgegenüber sind das Erstellen eines Nutzeraccounts und die bloße Inbetriebnahme noch verhältnismäßig ungefährlich.

Zudem haben es die Eltern selbst in der Hand, ob sie dem Minderjährigen ein Smartphone überlassen und wie sie eine Überlassung ausgestalten. So können die Eltern, wenn sie beispielsweise nur den Nachwuchs telefonisch erreichen wollen, andere Mobiltelefone überlassen. Selbst wenn sie ihrem Nachwuchs ein Smartphone überlassen, können sie den notwendigen Nutzeraccount für den Minderjährigen einrichten und auf technische Kontrollmechanismen zurückgreifen. Übergeben sie ein Smartphone einfach so, ist die Überlassung vielfach als konkludente Einwilligung zur Inbetriebnahme auszulegen. Da eine Nutzung ohne das Erstellen eines Accounts und das Akzeptieren der Nutzungsbedingungen faktisch nicht möglich ist, wird durch die Überlassung eine **konkludente Zustimmung** erteilt. Zumindest beschränkt geschäftsfähige Minderjährige ab 13 Jahren, die von ihren Eltern ein Smartphone ohne weitere Hinweise überlassen bekommen, erhalten regelmäßig durch die Überlassung die konkludente Zustimmung zur Inbetriebnahme und Erstellung eines Accounts.

Bekommt der Minderjährige das Smartphone hingegen von einem **Dritten**, fehlt eine Einwilligung der Eltern. Dann hängt die Wirksamkeit des Vertrages gemäß § 108 I BGB von der Genehmigung des Vertreters ab. Auch die nachträgliche Zustimmung (vgl. § 184 I BGB) kann konkludent erfolgen.²⁰⁸ Wenn die Eltern das erkennen und die Nutzung **dulden**, kann darin eine konkludente Genehmigung zur Inbetriebnahme und Account-Erstellung gesehen werden.

²⁰⁸ Siehe *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 108 BGB Rn. 6.

c. *Zwischenergebnis*

Obwohl sowohl *Apple* als auch *Google* davon ausgehen, dass Minderjährige ab 13 Jahren das Smartphone und damit auch den jeweiligen *Store* nutzen dürfen, bedürfen die Minderjährigen der Einwilligung ihrer Vertreter nach § 107 BGB. Zwar können *Apple* und *Google* privatautonom Minderjährige unter 13 Jahren als direkten Vertragspartner ausschließen. Ihr Angebot richtet sich daher schon allein an Jugendliche ab 13 Jahren. Sie können allerdings nicht den Minderjährigenschutz nach dem BGB unterlaufen. Schon wegen der obligatorischen Datenpreisgabe kann ein rechtlicher Nachteil im Sinne von § 107 BGB angenommen werden. Da sich aber jedenfalls in den **Nutzungsbedingungen** rechtlich nachteilige Regelungen finden, bedarf schon die für jeden App-Download **erforderliche Inbetriebnahme des Smartphones** der **Einwilligung** der Eltern. Überlassen die Eltern ihren Kindern gleichwohl ein Smartphone, ohne weitere Einschränkungen zu treffen, ist regelmäßig von einer **konkludenten Einwilligung** zur **Inbetriebnahme und Nutzung** auszugehen. Die Einwilligung umfasst dann **das Erstellen einer *Apple-ID* und das Akzeptieren der Nutzungsbedingungen** respektive **das Erstellen eines *Google-Kontos* und das Akzeptieren der Nutzungsbedingungen**, die regelmäßig Vertragsbestandteil werden. Freilich ist es den Eltern unbenommen, ein *Google-Konto* oder eine *Apple-ID* für den Minderjährigen einzurichten und über entsprechende technische Möglichkeiten die Nutzung zu kontrollieren. Die hiesigen Erkenntnisse treffen jedoch noch keine Aussage über die eigentlich in Rede stehende Frage, wie ein App-Download eines Minderjährigen rechtlich zu beurteilen ist.

2. App-Download

Fehlt schon eine grundsätzliche Einwilligung zur Smartphonennutzung, kann ein App-Download denklogisch nicht wirksam erfolgen, da die App-Nutzung mit der Smartphonennutzung verbunden ist. Ist hingegen eine (konkludente) Einwilligung zur Smartphonennutzung gegeben und verfügt der Minderjährige über einen eigenen Account, muss durch Auslegung ermittelt werden, ob die Einwilligung zur Smartphonennutzung einen App-

Download umfasst (a)). Sodann ist zu klären, wie kostenpflichtige (b) und kostenlose (c) App-Downloads nach den Minderjährigenschutzvorschriften zu beurteilen sind.

a. Auslegung der Einwilligung

Der Umfang der Einwilligung ist im Zweifel durch **Auslegung** zu ermitteln.²⁰⁹ Dabei ist die Auslegung als **Generaleinwilligung** möglich, allerdings ist dabei im Interesse eines effektiven Minderjährigenschutzes Zurückhaltung geboten.²¹⁰

Gegen eine Generaleinwilligung spricht zunächst, dass eine Smartphone-Nutzung ohne oder mit wenigen Apps sinnvoll sein kann. Allein schon durch die nicht greifbare Anzahl unterschiedlicher Apps ist eine pauschale Einwilligung unabhängig vom Inhalt der App fernliegend. Zudem können die Eltern daran interessiert sein, kostenpflichtige und kostenlose Apps unterschiedlich zu beurteilen. Es ist denkbar, dass einzelne Apps als sinnvoll (Lernapplikationen) angesehen werden, andere Apps, insbesondere Spiele mit gewalttätigem Inhalt, indes nicht gewünscht sind. Daher kann man in die (konkludente) Einwilligung zur Smartphone-Nutzung im Regelfall keine Generaleinwilligung für jeden App-Download hineinlesen. „*Was mit einem Handy abgerufen werden kann, wird nicht ohne Weiteres vom elterlichen Platzet für das Handy oder den Mobilfunkvertrag gedeckt.*“²¹¹

Mithin ist jedes mit einem App-Download verbundene Geschäft isoliert zu beurteilen. Klärungsbedürftig ist daher, ob der Minderjährige auch ohne elterliche Einwilligung einen kostenpflichtigen und einen kostenlosen App-Download tätigen kann.

²⁰⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 17.04.1967 – II ZR 228/64, NJW 2010, 1449 1967, 1800 (1802) = BGHZ 47, 352; ebenso *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 107 BGB Rn. 15.

²¹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 17.04.1967 – II ZR 228/64, NJW 2010, 1449 1967, 1800 (1802) = BGHZ 47, 352; für Vertragshandys im Kontext des Klingeltondownloads ähnlich *Butchereit*, Rechtliche Aspekte von Entertainmentangeboten, 57 ff.; *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 107 BGB Rn. 15.

²¹¹ So bereits *Derleder/Thielbar*, NJW 2006, 3233 (3237) über den Abruf von Klingeltönen.

b. Kostenpflichtige Apps

Zunächst einmal ist das mit einem kostenpflichtigen App-Download verbundene Rechtsgeschäft durch einen minderjährigen Smartphonenuutzer nach § 107 BGB zu beurteilen. Da sich der Minderjährige beim kostenpflichtigen Download zur Zahlung eines Entgelts verpflichtet, ist dieses Geschäft rechtlich nachteilig.

Gemäß § 110 BGB gilt ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind. Kann ein Minderjähriger also tatsächlich kostenpflichtige Apps erwerben, wenn ihm beispielsweise eine Prepaidkarte von den Eltern überlassen wurde?

Erste Voraussetzung ist, dass dem Minderjährigen Mittel zur freien Verfügung überlassen wurden. Das ließe sich in Situationen vertreten, in denen Eltern dem Minderjährigen monatlich eine Prepaidkarte kaufen und keine weiteren Anforderungen daran stellen, wie der Minderjährige das Smartphone zu nutzen hat. Dasselbe gilt, wenn sich Minderjährige von ihrem Taschengeld eine Prepaidkarte kaufen.²¹² Fraglich ist jedoch, ob der Minderjährige durch eine Zahlung seine vertragsgemäße Leistung bewirkt. Dazu muss der Minderjährige die ihm nach dem Vertrag obliegende Leistung **vollständig** erbracht haben.²¹³

Folglich muss untersucht werden, was die vertragsgemäße Leistung des Minderjährigen ist. Wäre es nur die Zahlung eines Entgelts, die sofort beim Download abgewickelt wird, wäre diese Leistung in der Tat vollständig bewirkt. Problematisch sind die Fälle jedoch dann, wenn der *Nutzer* dem *Anbieter* zusätzlich **Zugriffsrechte** einräumen muss oder sich zur **Datenpreisgabe** verpflichtet. Diese Verpflichtungen sind praktisch der Regel-

²¹² Vgl. zu dieser Konstellation *Butchereit*, Rechtliche Aspekte von Entertainmentangeboten, 59 ff.

²¹³ *Schmitt*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, § 110 BGB Rn. 10; *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 110 BGB Rn. 5.

fall. Denn zum einen handelt es sich bei der Einwilligung zur Datenerhebung und -speicherung um einen **Dauertatbestand**. Aus Art. 17 I b) DSGVO wird deutlich, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann. Dieser Dauertatbestand steht einem vollständigen Bewirken entgegen. Sieht man zudem ein Austauschverhältnis zwischen Nutzungsberechtigung und Datenpreisgabe sowie Bezahlung, können Daten zwar als „Mittel“ eingeordnet werden.²¹⁴ Diese werden jedoch gerade nicht dem Minderjährigen von seinen gesetzlichen Vertretern überlassen.²¹⁵ Sie sind vielmehr bei ihm selbst entstanden.²¹⁶ Daher hilft § 110 BGB immer dann nicht weiter, wenn der *Nutzer* eine Datenweitergabe genehmigen muss. Folglich sind mit kostenpflichtigen App-Downloads verbundene Rechtsgeschäfte typischerweise rechtlich nachteilig.

c. *Kostenlose Apps*

Bei kostenlosen Apps ist erneut zu fragen, ob ein Download nicht zumindest rechtlich neutral ist (vgl. § 107 BGB).

Bei der Prüfung, ob ein rechtlicher Nachteil gegeben ist, muss man zuerst mit dem Aspekt der **Datenpreisgabe und Datenverarbeitung** beginnen. Die *Storebedingungen* von *Apple* sehen eine Verpflichtung zur Datenweitergabe standardmäßig vor.²¹⁷ In der **Verpflichtung zur Datenweitergabe (Standort, Kontaktdaten, Nutzungsverhalten) und automatischen Zugriffseinräumung (Daten, mobiles Internet, Kamera)** liegt allein aufgrund der Gefährdungslage ein rechtlicher Nachteil.²¹⁸ Bei den *Storebedin-*

²¹⁴ So *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (637); vgl. zur Diskussion, ob Arbeitskraft ein derartiges Mittel ist *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 110 BGB Rn. 11.

²¹⁵ Mit dieser Argumentation *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (637); ebenso *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 110 BGB Rn. 11.

²¹⁶ *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (637).

²¹⁷ In den iTunes-Nutzungsbedingungen unter „ENDBENUTZERLIZENZVERTRAG FÜR LIZENZIERTER APPLIKATIONEN“, abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

²¹⁸ Vgl. zur obligatorischen Datenweitergabe als rechtlicher Nachteil *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (637) – die Einräumung der Nutzung personenbezogener Daten im

gungen von Google, wird auf – beim Download unbekannte – Drittanbieter-Bedingungen verwiesen.²¹⁹ Auch dort ist häufig eine Verpflichtung zur Datenweitergabe zu erwarten. Zudem wird beim Download aus dem *Google Play Store* vor der Installation angezeigt, welche Zugriffsrechte auf das Telefon und die Daten man automatisch einräumt.

Mit dem Download hat der *Nutzer* typischerweise die Hoheit über seine Daten abgegeben. Eine Datenerhebung ist selbst dann möglich, wenn er die App nicht ein einziges Mal nutzt. Gerade bei den bei Kindern und Jugendlichen beliebten Spiele-Apps, bei denen zudem häufig eine weitere Registrierung erforderlich ist, werden Daten in großem Umfang gesammelt.²²⁰ Nur in Fällen, in denen keine Rechteeinräumung auf Daten erfolgt, kann daher im Einzelfall ein rechtlicher Nachteil verneint werden.

Die dargestellten Aspekte zeigen auf, dass auch ein **kostenloser App-Download regelmäßig als rechtlich nachteilig** eingeordnet wird. Typischerweise bedürfen daher auch Minderjährige ab dem 13. Lebensjahr, die das Smartphone per se nutzen dürfen, beim App-Download der Einwilligung der Eltern (**Regel-Ausnahme-Verhältnis**). Das mag zwar im Einzelfall praxisfremd wirken, und selbstredend hatte der Gesetzgeber nicht den App-Download vor Augen, gleichwohl spiegelt sich das gesetzlich vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis beim App-Download wider.

Zuletzt ist auch in diesen Fällen kurz auf die Möglichkeit einer (konkludenten) Genehmigung einzugehen. Zwar werden Minderjährige häufig Apps ohne die Einwilligung ihrer Eltern herunterladen und benutzen, gleichwohl kann man eine **Genehmigung** annehmen, wenn die Eltern Kenntnis davon erlangen. Kommunizieren beispielsweise die Eltern selbst mit ihren Kindern über einen Messenger wie *WhatsApp* oder sind mit ihren

weitesten Sinne sei als rechtlicher Nachteil einzuordnen; siehe zudem *Faust*, in: DJT 2016, A 21 – jedenfalls bei einer Kopplung an eine Einwilligung zur Datennutzung gemäß § 28 III 1 BDSG a.F. sei ein rechtlicher Nachteil anzunehmen; *Metzger*, AcP 2016, 817 (839) – rechtlicher Nachteil bei Verpflichtung zur Datenweitergabe.

²¹⁹ Abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

²²⁰ Als Beispiel senden 27 der 50 getesteten Spiele-Apps Daten, mit denen Smartphones und Nutzer mit überschaubarem Aufwand identifiziert werden können – so *Stiftung Warentest*, *Stiftung Warentest* 7/7/2017, 26 (29).

Kindern auf *Facebook* befreundet und „*liken*“ einen „*Post*“ über die *Facebook-App*, so wird man das wiederum als konkludente Genehmigung auslegen können. Ebenso werden viele Eltern zufällig auf bestimmte Apps aufmerksam, etwa wenn die Kinder viel Zeit mit der Nutzung dieser App verbringen oder die App im Beisein der Eltern nutzen.

3. Weitere Konstellationen

Neben den Konstellationen, dass der Minderjährige „sein Smartphone“ ab 13 Jahren „mit seinem Account“ nutzt und einer Smartphonennutzung bis 13 Jahren unter einem „eigenen Account“, bei dem der Minderjährige falsche Angaben gemacht hat, sind weitere Konstellationen denkbar. Häufig werden Minderjährige Apps mit dem Smartphone der Eltern heruntergeladen und dabei den elterlichen Account benutzen. Außerdem können die Eltern auch auf dem Smartphone des Kindes einen Account für dieses einrichten. Der Minderjährige selbst wird dabei kein Vertragspartner. Hat er das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet, ist die Erklärung ohnehin nichtig (§§ 104 Nr. 1, 105 I BGB). Ist der Minderjährige beschränkt geschäftsfähig, scheidet seine Haftung zumindest an § 179 III 2 BGB. Klärungsbedürftig ist jedoch, ob in diesen Konstellationen ein Vertrag mit dem Accountinhaber zustande kommt.

Bei genauer Betrachtung handelt der Minderjährige unter dem Namen eines Elternteils. Der BGH wendet auf das **Handeln unter fremdem Namen** die Regelungen über die Stellvertretung analog an.²²¹ Bei einer entsprechenden Anwendung von § 164 I, III BGB fehlt aber typischerweise eine Bevollmächtigung durch die Eltern. Allerdings könnte in diesen Fällen unter dem Gesichtspunkt der **Duldungsvollmacht** ein Vertrag zustande kommen.²²² Eine Duldungsvollmacht liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH dann vor, „*wenn der Vertretene es willentlich geschehen lässt, dass*

²²¹ Vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2422) = BGHZ 189, 346 Rz. 12 m.w.N.

²²² Zur Duldungsvollmacht der Eltern als Anschlussinhaber bei kostenpflichtigen Online-Spielen ihrer Kinder siehe *Buchwitz*, VuR 2010, 378 (379 f.).

*ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist*²²³.

Ob die Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt freilich Frage des Einzelfalls. Dabei ist auf das Verhalten des Namensträgers – also des Elternteils – abzustellen.²²⁴ Entscheidend ist die Frage, ob der Elternteil dem Minderjährigen das Passwort offengelegt hat oder von der Nutzung des Accounts Kenntnis hat.²²⁵

Bei *Apple* ist bei jedem Download eine Authentifizierung erforderlich. Wenn Eltern ihren Kindern ihre Nutzungsdaten überlassen, lassen sie es willentlich geschehen, dass der Minderjährige unter ihrem Namen auftritt. Dann spricht erst einmal viel für die Annahme einer Rechtsscheinhaftung.²²⁶

Bei *Android* gelingt ein App-Download standardmäßig ohne explizite Authentifizierung. In diesen Fällen ist die Annahme einer Duldungsvollmacht schwieriger. Zwar ist der *Play Store* mit dem *Google-Konto* des Elternteils verknüpft und der Minderjährige nutzt damit ebenfalls den Account der Eltern. Gleichwohl ist das Vertrauen des Erklärungsempfängers weniger schutzwürdig. *Google* verzichtet auf eine Authentifizierung vor jedem einzelnen App-Download und viele Apps richten sich explizit an Minderjährige. *Google* unterstützt das sogar durch die Angabe von einer Altersfreigabe bei Spiele-Apps.²²⁷ Andererseits kann man bei *Google* einen Minderjährigenschutz einrichten. Dabei kann man auswählen, bei welcher Altersfreigabe eine Authentifizierung notwendig ist. Von einem wissentlichen

²²³ BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2422) = BGHZ 189, 346.

²²⁴ So BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2422) = BGHZ 189, 346.

²²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2422) = BGHZ 189, 346 Rz. 15 – im Fall ging es um die Nutzung eines eBay-Kontos durch den Ehepartner.

²²⁶ Ähnlich *Borges*, NJW 2011, 2400 (2403).

²²⁷ Dies erfolgt durch Verwendung der Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle Logos (USK).

Geschehenlassen kann man freilich nur sprechen, wenn die Eltern konkrete Anhaltspunkte dafür haben, dass Minderjährige unter ihrem Account Downloads tätigen.

Jugendschutzeinstellungsmöglichkeiten bei *Android*

Manuell einstellbare Altersfreigabe

The image consists of two side-by-side screenshots from an Android phone. The left screenshot shows the 'Apps und Spiele' (Apps and Games) settings page. Under 'Zulässig bis:' (Allowed up to:), there are five radio button options for age restrictions: 'USK ab 0 Jahren Stärkste Einschränkung' (USK 0, strongest restriction), 'USK ab 6 Jahren' (USK 6), 'USK ab 12 Jahren' (USK 12, which is selected with a checkmark), 'USK ab 16 Jahren' (USK 16), and 'USK ab 18 Jahren' (USK 18). Below these is an option 'Alle zulassen, auch ohne Einstufung Geringste Einschränkung' (Allow all, even without rating, lowest restriction). A green 'SPEICHERN' (SAVE) button is at the bottom right. The right screenshot shows a Google Play Help page titled 'Jugendschutzeinstellungen bei Google Play einrichten' (Set up parental controls on Google Play). It explains that activating these settings can restrict content based on age groups. Below the title are two dropdown menus: 'Für Familienmitglieder ab 13 Jahren' (For family members 13 and older) and 'Für Familienmitglieder unter 13 Jahren' (For family members under 13). A 'Hinweis' (Note) states that these settings do not prevent restricted content from being accessed via direct links. The page title 'Google Play-Hilfe' is at the top.

Allerdings kommt bei „unwissenden Eltern“ eine Zurechnung nach den Grundsätzen der **Anscheinsvollmacht**²²⁸ in Betracht.²²⁹ „Eine Anscheinsvollmacht ist dagegen gegeben, wenn der Vertretene das Handeln des

²²⁸ Zum Streit, ob die Anscheinsvollmacht überhaupt anzuerkennen ist, siehe *Faust*, BGB AT, S. 260 f. Rn. 39.

²²⁹ Vgl. wiederum für Onlinespiele *Buchwitz*, VuR 2010, 378 (380).

*Scheinvertreter nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und wenn der Geschäftspartner annehmen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters.*²³⁰ Dafür ist die Nutzung des Accounts für eine gewisse Dauer und Häufigkeit erforderlich.²³¹

Wenn Minderjährige öfter Apps auf das Smartphone eines Elternteils laden, spricht vieles für eine Annahme eines Rechtsscheins. Gerade wenn die *Storebetreiber* Jugendschutzmöglichkeiten anbieten, kann das für deren **Gutgläubigkeit**²³² sprechen. Eine Haftung kommt ebenfalls in Betracht, wenn Jugendliche ab dem dreizehnten Lebensjahr ihren eigenen Account verwenden und zur Bezahlung einer kostenpflichtigen App die Kreditkartendaten ihrer Eltern nutzen.

Man darf bezweifeln, dass die Gerichte in absehbarer Zeit mit derartigen Fällen überflutet werden. Anders als bei den eBay-Fällen, die sich mit der Rechtsscheinhaftung beschäftigt haben, geht es regelmäßig nicht um derartig hohe Geldsummen. Im vom BGH entschiedenen Fall aus 2011 waren es 32.820 Euro.²³³ Zudem können sich die Eltern im Nachgang des Downloads recht zügig und einfach von dem Vertrag wieder lösen.²³⁴ Gleichwohl ergeben sich beim App-Download eines Minderjährigen mit dem Account eines Elternteils Fragen der Rechtsscheinhaftung. Gerade wenn Eltern ihr Passwort an den Nachwuchs weitergeben, spricht viel dafür, eine Rechtsscheinhaftung zu bejahen. Ob der BGH freilich diesen Schritt mitgehen würde, ist eine andere Frage. Das Gericht stellte in seiner jüngeren Rechtsprechung zur Haftung von Eltern als Inhaber des Internetanschlusses für ein Fehlverhalten ihrer Kinder durchaus leistbare Anforderungen an die

²³⁰ BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2422) = BGHZ 189, 346 Rz. 16 m.w.N. (ständige Rspr).

²³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2422) = BGHZ 189, 346.

²³² Dazu *Faust*, BGB AT, S. 262 Rn. 43.

²³³ Vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2011 – VIII ZR 289/09, NJW 2011, 2421 (2421) = BGHZ 189, 346 – 32829 Euro Schadensersatz für eine wegen des Abbruchs einer eBay-Auktion nicht erworbene Gastronomieeinrichtung.

²³⁴ Siehe B.VI.3.

Aufsichtspflicht.²³⁵ Man darf daher vermuten, der BGH nähme eine Rechtsscheinhaftung nicht allein deshalb an, weil Eltern technischen Jugendschutzmöglichkeiten nicht verwenden.²³⁶ Nichtsdestotrotz ist dieses Problemfeld noch nicht endgültig geklärt. So stellte beispielsweise AG Bad Hersfeld deutlich höhere Anforderungen an die Aufsichtspflicht der Eltern.²³⁷

Für die hiesige Untersuchung kann nicht jede denkbare Konstellation beleuchtet werden, in der ein Minderjähriger eine App herunterlädt. Trotzdem sind Eltern angehalten, sich mit der Smartphonennutzung ihrer minderjährigen Kinder zu beschäftigen. Technisch ist es möglich, eine altersgerechte Nutzung zu gewährleisten. Ein gleichgültiges Vorgehen der Eltern kann potenziell zur Rechtsscheinhaftung führen.

4. Zusammenfassung

Der App-Download durch einen Minderjährigen ist ein Alltagsphänomen. Dieses Phänomen tritt in unterschiedlichen Konstellationen auf. Dabei ist der App-Download von der für den Download erforderlichen Inbetriebnahme des Smartphones – dem Akzeptieren der Nutzungsbedingungen sowie dem Erstellen eines eigenen Accounts (*Apple-ID*, *Google-Kontos*) – zu unterscheiden. Minderjährige können ihr eigenes Smartphone mit einem eigenen Account oder dem Account der Eltern nutzen und darauf Apps downloaden. Sie können auch ein Smartphone ihrer Eltern mit dem elterlichen Account nutzen. Die *Storebetreiber* bieten Minderjährigen ab 13

²³⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 11.06.2015 – I ZR 7/13, MMR 2016, 128 (129) – Tauschbörse II, Rz. 32; vgl. zudem BGH, Urteil vom 15.12.2012 – I ZR 74/12, MMR 2013, 388 (390) – Morpheus Rz. 24.

²³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 11.06.2015 – I ZR 7/13, MMR 2016, 128 (129) – Tauschbörse II, Rz. 24 – „Eine Verpflichtung der Eltern, die Nutzung des Internets durch das Kind zu überwachen, den Computer des Kindes zu überprüfen oder dem Kind den Zugang zum Internet /teilweise) zu versperren, besteht grds. nicht.“; BGH, Urteil vom 15.12.2012 – I ZR 74/12, MMR 2013, 388 (390).

²³⁷ AG Bad Hersfeld, Beschluss vom 20.03.2017 – F 111/17 EASO, juris – 1. LS.: „Überlassen Eltern ihrem minderjährigen Kind ein [Smartphone] zur dauernden eigenen Nutzung, so stehen sie in der Pflicht, die Nutzung dieses Geräts durch das Kind bis zu dessen Volljährigkeit ordentlich zu begleiten und zu beaufsichtigen.“ Dafür müssen sie sich die erforderlichen Kenntnisse angeeignen (LS. 2).

Jahren eine eigene Nutzung an und ermöglichen ihnen das Erstellen eines eigenen Accounts. Die Betreiber bieten einen Download daher von vorn herein nur Minderjährigen ab Vollendung des dreizehnten Lebensjahrs an. Ein Download eines jüngeren Minderjährigen mit eigenem Account, der unter Verwendung eines falschen Geburtsdatums erstellt wurde, führt daher nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss. Denn dann fehlt es schon an der Grundlage für einen Download. Benutzen beschränkt geschäftsfähige Minderjährige den Account der Eltern, kommt ein Vertragsschluss beim App-Download mit diesen unter dem Gesichtspunkt der Rechts-scheinhaftung (Anscheins- oder Duldungsvollmacht) in Betracht. Die Minderjährigen selbst werden in dieser Konstellation nicht Vertragspartner. Bei der Nutzung eines eigenen Accounts von Minderjährigen, die das dreizehnte Lebensjahr vollendet haben, ist nach dem Schutzkonzept des BGB für einen wirksamen Vertragsschluss beim App-Download im Regelfall das Zusammenspiel mit den Eltern erforderlich. Schon die Inbetriebnahme kann aufgrund der zu akzeptierenden Nutzungsbedingungen und der Datenpreisgabe sowie der Einwilligung zur Datenverarbeitung häufig nicht als rechtlich neutral angesehen werden, sodass die Einwilligung der Eltern notwendig ist (vgl. § 107 BGB). Überlassen Eltern ihren Kindern ein Smartphone, kann man darin aber häufig eine konkludente Einwilligung zur Inbetriebnahme sehen. Bei den einzelnen Downloads ist zu differenzieren. Bei kostenpflichtigen Apps hilft § 107 BGB von vornherein nicht weiter. Aber auch der sogenannte Taschengeldparagraph § 110 BGB hilft bei genauerer Betrachtung im Regelfall nicht. Wenn nämlich auch in die Datenverarbeitung eingewilligt werden muss, handelt es sich um einen Dauertatbestand, was der Anwendbarkeit von § 110 BGB entgegensteht. Der Download von kostenlosen Apps unterliegt ebenfalls nur dann nicht dem Einwilligungsvorbehalt nach § 107 BGB, wenn keine obligatorische Datenweitergabe mit dem Download einhergeht. So sind praktisch Verträge häufig schwebend unwirksam. Gleichwohl werden einige Verträge in der Praxis etwa dann konkludent genehmigt, wenn die Eltern von der Nutzung erfahren oder gar selbst die App nutzen (Messenger, Soziale Netzwerke). Mittlerweile bieten die *Storebetreiber* für Eltern technisch

sinnvolle Möglichkeiten an, um eine kontrollierte App-Nutzung von Minderjährigen zu gewährleisten.²³⁸ Eltern sind angehalten, sich mit den technischen Möglichkeiten auseinanderzusetzen, da bei einer Datenweitergabe trotz eines unwirksamen Vertrags Schutzlücken bestehen.

V. Anfechtungsrecht

Es stellt sich die Frage, inwieweit der Vertragsschluss beim App-Download der Anfechtung unterliegt. Eine Anfechtung setzt als Gestaltungsrecht jeweils einen Anfechtungsgrund voraus. Außerdem muss die Anfechtung fristgemäß erklärt werden. Ferner muss man zwischen mögliche Anfechtungsrechten des *Nutzers* und des *Anbieters* unterscheiden.

1. Nutzer

a. Anfechtungsgrund

Nach § 119 I BGB ist eine Anfechtung bei einem Inhaltsirrtum (Var. 1) und einem Erklärungsirrtum (Var. 2) möglich.

Ein **Inhaltsirrtum** setzt voraus, dass der *Nutzer* sich über den Inhalt seiner Erklärung nicht im Klaren war. Wenn der *Nutzer* bei kostenpflichtigen App-Downloads die Schaltfläche „KAUFEN“ berührt, ist schwerlich davon auszugehen, dass er darüber irrt, sich finanziell zu verpflichten.²³⁹ Möglicherweise ist jedoch ein Inhaltsirrtum unter einem anderen Gesichtspunkt, insbesondere beim kostenlosen App-Download, diskutabel. Der *Nutzer* kann oftmals nicht erkennen, dass er allein durch den App-Download dem *Anbieter* faktisch einige Rechte (Zugriff auf Kontakte, Standortdaten etc.) einräumt. Zwar findet man teilweise Informationen zur Rechteeinräumung in der App-Präsentation oder in der Leistungsbeschreibung, wobei im *Google Play Store* bisweilen eine recht oberflächliche Information zur Rechteeinräumung erfolgt. Gleichwohl ist für den *Nutzer* die

²³⁸ Siehe dazu auch den Rat von *Stiftung Warentest*, *Stiftung Warentest* 7/7/2017, 26 (26). Danach sollen Eltern mitspielen, ein Passwort für den Store und eine Kindersicherung nutzen.

²³⁹ Mit diesem Gedanken beim In-App-Download *Bisges*, *NJW* 2014, 183 (184).

konkrete Reichweite der mit dem Download verbundenen Rechteeinräumung häufig nur schwer erkennbar. Bei *Apple* fehlen diese Informationen zumeist völlig. Daher kommt eine Anfechtung in Fällen in Betracht, in denen der *Nutzer* über die Reichweite seiner Erklärung irrt. Diese Konstellation ist dann mit einem **unmittelbaren Rechtsfolgenirrtum** vergleichbar.²⁴⁰ Die Tatsache, dass der *Nutzer* bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen können, wie weit seine Erklärung reicht, ändert daran nichts. § 119 I Var. 1 BGB liefe ohnehin leer, wenn die Norm nur höchst sorgfältige Personen erfassen würde. Einem Inhaltsirrtum ist gerade eine gewisse Fahrlässigkeit inhärent. Der Vertragspartner ist durch § 122 I BGB geschützt. Eine Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums kommt daher beim Irrtum über die Reichweite der Annahmeerklärung in Betracht.

Ein **Erklärungsirrtum**, bei dem schon der äußere Erklärungstatbestand nicht dem Willen des Erklärenden entspricht,²⁴¹ (Var. 2) kommt in Betracht, wenn der *Nutzer* nur versehentlich den kostenlosen oder kostenpflichtigen Download tätigt.²⁴²

Nach § 119 II Var. 2 BGB berechtigt auch der Irrtum über solche **Eigenschaften der Sache**, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, zur Anfechtung. Da bei § 119 II BGB der Sachbegriff nicht auf körperliche Gegenstände begrenzt ist (vgl. § 90 BGB),²⁴³ ist § 119 II BGB auf den App-Download grundsätzlich anwendbar. Allerdings steht die Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums grundsätzlich im Spannungsfeld mit gesetzlichen **Gewährleistungsrechten**. Im kaufrechtlichen Kontext ist § 119 II BGB wegen Vorrangs des Gewährleistungsrechts nach Gefahrübergang ausgeschlossen.²⁴⁴ Greifen keine kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte ein, sind Anfechtungskonstellationen wegen eines Eigenschaftsirrtums (vor allem Kompatibilität) denkbar.

²⁴⁰ Zum unmittelbaren Rechtsfolgenirrtum *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 119 BGB Rn. 32.

²⁴¹ *Ellenberger*, in: Palandt, § 119 BGB Rn. 10.

²⁴² Ebenso für *In-App-Käufe Bisges*, NJW 2014, 183 (184).

²⁴³ Zur Diskussion C.III.1.

²⁴⁴ Vgl. bereits BGH, Urteil vom 16.03.1973 – V ZR 118/71, NJW 1973, 1234 (1234 f.) = BGHZ 60, 319; zudem jeweils *Ellenberger*, in: Palandt, § 119 BGB Rn. 28 und *Wendtland*, in: BeckOK-BGB, § 119 BGB Rn. 8 m.w.N.

Schließlich kann nach § 123 I Var. 1 BGB angefochten, wer durch **arglistige Täuschung** zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist. Denkbar sind dabei Fälle, in denen der *Anbieter* in den Leistungsbeschreibungen Funktionen verspricht, die die App nicht bietet. Ebenso kommen Fälle in Betracht, bei denen ohne Offenbarung weitreichende Nutzerdatenverarbeitungen und -weitergaben stattfinden. Gleichwohl dürften diese Fälle wenig relevant sein. Zum einen statuiert *Apple* strenge Zugangsvoraussetzungen für die *Anbieter* und kontrolliert die Inhalte im *App Store*.²⁴⁵ Zum anderen sind die meisten Apps kostenlos, sodass der *Nutzer* häufig keinen Leidensdruck haben wird. Schließlich sind Fälle des Datenmissbrauchs für den *Nutzer* kaum feststellbar.

b. Erklärung

Die Anfechtung erfolgt gemäß § 143 I BGB durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Das ist der *Anbieter*. Der jeweilige *Storebetreiber* ist insofern jedoch **Empfangsvertreter**²⁴⁶ (§ 164 III BGB) für den *Anbieter*. Der *Nutzer* wendet sich daher im Fall einer Anfechtung an den *Storebetreiber*.

c. Anfechtungsfrist

Die Anfechtung hat gemäß § 121 I BGB in den Fällen des § 119 BGB ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen (unverzüglich), nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Was unverzüglich bedeutet, ist Frage des Einzelfalls.²⁴⁷ Gerade beim wohl häufigsten Fall des unabsichtlichen App-Downloads (§ 119 I Var. 2 BGB) wird der *Nutzer* seine Handlung sofort bemerken. Da bei *Apple* eine Stornierung innerhalb von zwei Wochen problemlos möglich ist und die Anfechtungsfrist eher kürzer sein wird, ist das Recht in diesen Fällen praktisch bedeutungslos. Anders mag es freilich bei der 48-Stunden-Frist von

²⁴⁵ Dazu *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 3.

²⁴⁶ Zum Begriff *Gomille*, in: BeckOGK-BGB, § 130 BGB Rn. 107.

²⁴⁷ Etwa *Feuerborn*, in: NK-BGB AT, § 121 BGB Rn. 9.

Google aussehen, falls *Google* eine Erstattung ablehnt. Im Falle einer arglistigen Täuschung gilt die Jahresfrist (§ 124 I BGB).

2. *Anbieter*

Bei den *Anbietern* kommt eine Anfechtung nach § 119 I Var. 2 BGB etwa bei einem falsch angegebenen Preis (vertippen) in Betracht. Resultiert eine falsche Preisangabe aus einem Softwarefehler, gilt nichts Anderes (vgl. Rechtsgedanke des § 120 BGB).²⁴⁸ Gleichwohl dürfte die Anfechtung durch den *Anbieter* praktisch bedeutungslos sein.

3. Schadensersatz

Bei einer Anfechtung nach § 119 BGB hat der Anfechtungsgegner zwar grundsätzlich einen **Schadensersatzanspruch** nach § 122 I BGB. Allerdings fehlt beim *Anbieter* typischerweise ein Schaden.²⁴⁹

4. Praktische Bedeutung

Beim App-Download ist das Anfechtungsrecht nach allgemeinen Regeln gegeben. Gerade wenn der *Nutzer* eine App versehentlich herunterlädt (§ 119 I Var. 2 BGB) oder sich über die Reichweite seiner Erklärung irrt (§ 119 I 1 BGB), kommt ein Anfechtungsgrund in Betracht. Gleichwohl ist das Anfechtungsrecht beim App-Download praktisch unbedeutend. Es soll daher aufgezeigt werden, wie andere Rechtsinstitute die Interessenlage der Parteien sicherstellen.

²⁴⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 26.01.2005 – VIII ZR 79/04, NJW 2005, 976 (976 f.).

²⁴⁹ So auch *Bisges*, NJW 2014, 183 (184) bei In-App-Downloads.

VI. Widerrufsrecht

Dazu ist zunächst einmal zu untersuchen, ob beim App-Download ein Widerrufsrecht besteht. Im Gegensatz zum Anfechtungsrecht ist ein Widerrufsrecht einfacher durchsetzbar.

1. Bestehen

Da es sich bei App-Downloads typischerweise um **Verbraucherverträge** zwischen dem *Storebetreiber* oder *Anbieter* (§ 14 I BGB) und dem *Nutzer* (§ 13 BGB) handelt (vgl. § 310 III BGB), ist fraglich, ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach §§ 312g I Var. 2, 355 BGB zusteht. Nach früherem Recht wurde ein Widerrufsrecht bisweilen abgelehnt.²⁵⁰ Ob das **Fernabsatzrecht** den Widerruf von Apps nach aktueller Gesetzeslage umfasst, ist noch nicht geklärt.

Dafür muss der Anwendungsbereich der **Verbraucherrechte**, die durch die EU-Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU neu gefasst wurden,²⁵¹ eröffnet sein. Gemäß § 312 I BGB muss es sich dabei um eine **entgeltliche Leistung** handeln. Bei einem kostenpflichtigen App-Download ist dieses Kriterium problemlos erfüllt. Problematisch sind jedoch kostenlose App-Downloads. Der **Wortlaut** von § 312 I BGB spricht bei kostenlosen Apps zunächst einmal gegen eine Entgeltlichkeit. Nach der **Gesetzesbegründung** können auch Verträge, bei denen der Verbraucher für die Erbringung einer Dienstleistung oder Lieferung einer Ware dem Unternehmer im Gegenzug personenbezogene Daten mitteilt und in deren Speicherung, Nutzung oder Weitergabe einwilligt, erfasst sein.²⁵² Außerdem ist eine **weite richtlinienkonforme Auslegung** geboten.²⁵³ Daher kann man bei kosten-

²⁵⁰ *Mankowski*, CR 2013, 508 (508); a. A. aber *Cichon*, Internet Verträge, 275 Rn. 1027; *Sabellek/Heinemeyer*, CR 2012, 719 (722 ff.).

²⁵¹ So *Zdanowiecki*, in: Brätigam/Rücker, E-Commerce, 841 Rn. 31.

²⁵² Explizit BT-Drucks. 17/13951 S.110.

²⁵³ *Busch*, in: BeckOGK-BGB, § 312 BGB Rn. 11; siehe auch *Metzger*, AcP 2016, 817 (845).

losen Downloads von der Entgeltlichkeit im Sinne des § 312 I BGB ausgehen, wenn eine Datenweitergabe erfolgt.²⁵⁴ Wenn keine Datenweitergabe erfolgt, sind die Vorschriften über den Widerruf zwar nicht anwendbar. Dann besteht jedoch aus Sicht des *Nutzers* regelmäßig auch kein Bedürfnis für einen Widerruf.

Eine Einschränkung nach § 312 II Nr. 12 BGB (Geringwertigkeitsgrenze) oder § 312g II 1 Nr. 6 Var. 3 BGB (versiegelte Software) ist dem Wortlaut nach nicht gegeben.²⁵⁵ Der erste Fall bezieht sich nach Wortlaut und der Gesetzessystematik von § 312g II 1 Nr. 6 BGB ausschließlich auf Verträge nach § 312b BGB (außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge). Der zweite Fall bezieht sich ausschließlich auf „*versiegelte Software*“. Bereichsausnahmen nach § 312g II 1 Nrn. 1, 4 BGB scheiden ebenfalls aus.²⁵⁶ Beachtet man den nun offenen Wortlaut von § 312c BGB, der sich nicht mehr explizit auf Waren und Dienstleistungen bezieht,²⁵⁷ spricht das dafür, den App-Erwerb darunter zu fassen. Entscheidend ist letztendlich die **Gesetzessystematik**. § 356 II Nr. 2 BGB regelt den Fristbeginn bei der Lieferung von **nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten**.

Wenn der Gesetzgeber beim Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen in § 356 BGB sich explizit auf digitale Inhalte bezieht, spricht alles dafür, auch den App-Erwerb darunter zu fassen. Der App-Erwerb erfolgt damit regelmäßig im Rahmen eines **Fernabsatzvertrags** im Sinne des § 312c I BGB.²⁵⁸ Zu beachten ist jedoch, dass gemäß § 356 V BGB das Widerrufsrecht gerade in diesen Fällen vom Gesetzgeber abweichend von § 361 II BGB **dispositiv** gestellt wird. Es bleibt daher festzuhalten, dass

²⁵⁴ Mit diesem Ergebnis auch *Busch*, in: BeckOGK-BGB, § 312 BGB Rn. 11; für die Gleichstellung spricht auch Art. 3 Nr. 1 DInhRL-E; ebenso *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 842 Rn. 32..

²⁵⁵ Dazu *Meyer*, NJW 2015, 3686 (3689).

²⁵⁶ Ebenso *Peintinger* 2016, 3 (4).

²⁵⁷ So noch die Vorgängervorschrift § 312b I BGB a.F.: „*Fernabsatzverträge sind Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen...*“.

²⁵⁸ Ebenso *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 23.

das Widerrufsrecht bei Apps grundsätzlich besteht.²⁵⁹ Der Gesetzgeber lässt aber ein Erlöschen bei hinreichender Aufklärung zu. Der Verbraucher muss nach dem **Wortlaut** von § 356 V BGB ausdrücklich zugestimmt haben, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrages vor Ablauf des Widerrufs beginnt (Nr. 1) und seine Kenntnis davon bestätigt haben, dass er sein Widerrufsrecht verliert (Nr. 2).

Fraglich ist, ob § 356 V BGB bereits durch eine Regelung in den Nutzungsbedingungen entsprochen werden kann.²⁶⁰ *Peintinger* spricht sich im Ergebnis dafür aus.²⁶¹ Der Wortlaut lasse diese Interpretation zu, die Anwendung des Verfahrens für jeden einzelnen Download sei formalistisch und schließlich sei der *Nutzer* nicht schutzwürdig, da der Gesetzgeber ihm in den Fällen des § 356 V BGB gerade einen Verzicht zumute.²⁶² Zwar ist *Peintingers* Lösung auf den ersten Blick praktikabel. Gleichwohl sprechen gewichtige Argumente dagegen, einen pauschalen Verzicht in den Nutzungsbedingungen zuzulassen.

Zunächst einmal geht der **Wortlaut** von „*einem Vertrag*“ aus. Der Verbraucher muss zudem „*seine Kenntnis davon [bestätigen], dass er durch seine Zustimmung mit dem Beginn der Ausführung des Vertrags sein Widerrufsrecht verliert.*“ Die *Storebedingungen* fungieren diesbezüglich jedoch als Rahmenvertrag.²⁶³ Bei dem Rahmenvertrag ist jedoch noch völlig unklar, ob es überhaupt zu einem App-Download kommt. Außerdem ist unklar, wer potenziell Vertragspartner wird und mit welchen *Anbietern* kontrahiert wird. Der **Wortlaut** würde bei Anwendung auf den Rahmenvertrag weit überdehnt. Darüber hinaus hat das Zustimmungserfordernis eine **Warnfunktion**. Dem Verbraucher sollen die Folgen der Zustimmung klar vor Augen geführt werden.²⁶⁴ Ihm sollen die Konsequenzen für sein

²⁵⁹ Siehe auch *Kannowski/Jan-Niklas*, NJOZ 2017, 522 (526).

²⁶⁰ Dazu *Peintinger* 2016, 3 (7).

²⁶¹ *Peintinger* 2016, 3 (7); **a. A.** aber LG Berlin, Urteil vom 20.10.2015 – 103 O 80/15, CR 2016, 756 (756).

²⁶² *Peintinger* 2016, 3 (7).

²⁶³ Siehe B.I.1.a.cc.

²⁶⁴ So *Rudkowski/Werner*, MMR 2012, 711 (712).

Widerrufsrecht bekannt sein. Dieser **Zweck** lässt sich innerhalb eines Rahmenvertrags, der unter Umständen einige Zeit im Voraus abgeschlossen wurde, nicht erreichen. Vielmehr muss der Verbraucher in den seltenen Fällen des Kaufs prüfen, ob er diesen auch unter der Bedingung des Verzichts des Widerrufsrechts durchführt. Die Beurteilung mag dabei sicherlich auch vom Preis und vom Vertragspartner abhängen. Schließlich spricht die **Systematik des Widerrufsrechts** ebenfalls gegen die Annahme *Peintingers*. Das **Regel-Ausnahmeverhältnis** von bestehendem Widerrufsrecht und Privilegierung würde durch die Abbedingung in Nutzungsbedingungen konterkariert. Daher kann § 356 V BGB nicht allein in den Nutzungsbedingungen verwirklicht werden. **In systematischer Hinsicht** sprechen zudem die §§ 308 Nr. 5, 307 BGB dagegen. Fingierte Erklärungen in AGB sind demnach bedenklich.²⁶⁵ Eine Regelung im Verhältnis Vertragspartner und Verwender ist daher rechtlich **unwirksam**.²⁶⁶ Eine Umsetzung des § 356 V BGB kann mithin nur bei jedem einzelnen App-Download erfolgen. Gleichwohl ist das Problem aktuell nur theoretischer Natur.

Bei kostenpflichtigen App-Downloads im *Google-Play Store* weist *Google* den *Nutzer* in der Tat auf den Verlust seines Widerrufsrechts hin und lässt ihn darin einwilligen. Daher macht *Google* von der Ausnahmeregelung Gebrauch. Neben dem eigenen Erstattungsverfahren besteht kein Widerrufsrecht.²⁶⁷ In den Erstattungsrichtlinien sieht *Google* eine prüfungsunabhängige Erstattung nur innerhalb von **zwei Stunden** nach dem App-Down-

²⁶⁵ Für eine Unwirksamkeit nach § 307 BGB *Müller-Christmann*, in: BeckOK-BGB, § 356 BGB Rn. 19.

²⁶⁶ Die Unwirksamkeit kann nicht durch die Auslegungslösung gerettet werden (§ 157 BGB).

²⁶⁷ Das kann man mit der Argumentation des LG Karlsruhe auch anders sehen – vgl. LG Karlsruhe, Urteil vom 25.05.2016 – 18 O 7/16, MMR 2017, 51 (51) – nichts rechtskräftig. So setze das Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 V BGB zeitlich zunächst das Entstehen des Widerrufsrechts voraus. Eine Erklärung, durch welche der Vertrag zu Stande kommt und gleichzeitig das Widerrufsrecht erlischt, entspreche nicht der Regelung des § 356 V BGB (Ls. d. Red.).

load vor. Eine Gestattung unter Genehmigungsvorbehalt sieht *Google* innerhalb von **zwei Tagen** vor. Großzügig ist *Google* nur, wenn ein nicht autorisierter Download erfolgt ist (bis zu 65 Tage).

Bei *Apple* ist ein Download ohne Hinweis auf ein Widerrufsrecht möglich. In der Rechnung, die nach dem kostenpflichtigen Download per E-Mail zugeschickt wird, steht „*Um deinen Kauf innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt dieser Rechnung zu stornieren, kannst du: ein Problem melden oder Kontakt mit uns aufnehmen. Weitere Infos zu diesem Widerrufsrecht [Hyperlink]*“. Klickt man auf den Hyperlink erscheint eine Widerrufsbelehrung online,²⁶⁸ die den Anforderungen des Artikels 236a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 EGBGB genügt (vgl. § 356 III 1 Var. 1 BGB), sodass die Frist regelmäßig mit Erhalt der Rechnung beginnt.

2. Rechtsfolgen

Bei *Google* ist das Widerrufsrecht bei kostenpflichtigen Apps abbedungen. Bei einem Widerruf von kostenlosen Apps, bei denen ein Datenaustausch stattgefunden hat, oder bei einem Widerruf kostenpflichtiger Apps von *Apple* sieht das Gesetz in §§ 355 III 1, 357 I BGB vor, dass die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren sind. Es entsteht ein **Rückgewährschuldverhältnis**.²⁶⁹ Eine **Wertersatzpflicht** besteht für digitale Inhalte nach § 357 IX BGB explizit nicht. Ebenso wenig besteht eine Pflicht zum **Nutzungersatz**. Das ist nach der gesetzgeberischen Konzeption hinzunehmen. Ob dieses Ergebnis bei einer intensiven Datennutzung immer interessengerecht ist, soll an dieser Stelle nicht beurteilt werden.

Bei kostenpflichtigen Apps muss der *Anbieter* dem *Nutzer* innerhalb von 14 Tagen den **Preis erstatten** (§§ 355 III 1, 357 I BGB).

Aus Sicht des *Nutzers* hilft der **Wortlaut** jedoch kaum weiter. Die „*Rückgewähr der App*“ ist allein schon deshalb, weil eine Kopie entstanden ist,

²⁶⁸ Diese ist abrufbar im Internet: <<https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/rightofwithdrawal-de.pdf>> (Stand: 21.11.2018).

²⁶⁹ *Grüneberg*, in: Palandt, § 355 BGB Rn. 12.

faktisch nicht möglich.²⁷⁰ § 355 III 3 BGB („Absendung der Ware“) verdeutlicht, dass der Gesetzgeber handfeste Gegenstände und keine Daten vor Augen hatte. Da jedoch §§ 312f III, 356 III und 357 IX BGB **in systematischer Hinsicht** andeuten, der Gesetzgeber gehe definitiv von einem Widerruf digitaler Inhalte aus, muss ein interessengerechtes Ergebnis gefunden werden.

Als interessengerechtes Ergebnis wird vertreten, der *Nutzer* müsse die weitere **Nutzung** der App **unterlassen** und die App **löschen**.²⁷¹ Der *Anbieter* müsse gerade bei Apps, bei denen Daten als Gegenleistung überlassen wurden, ebenfalls die **Datennutzung einstellen** und die **Daten löschen**.²⁷² Das müsse ebenfalls für Daten gelten, die während der App-Nutzung hinterlassen wurden (etwa Chatverläufe, Bilder etc.).²⁷³ Auch der Entwurf der Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte geht in Art. 13 DInhRL-E diesen Weg.

Zwar ist dieses Ergebnis sinnvoll. Zudem spricht mittlerweile Art. 17 I DSGVO und § 35 I BDSG-neu grundsätzlich ebenfalls für eine Löschpflicht personenbezogener Daten. Gleichwohl ist fraglich, ob man bei der aktuellen Gesetzeslage diese Pflichten **rechtsmethodisch** begründen kann. § 35 I BDSG-neu und Art. 17 I DSGVO helfen allein nicht weiter, da die dortige Löschpflicht nicht ausnahmslos gilt. Die **teleologische Erwägung**, die Parteien sollen so gestellt werden, wie sie vor Vertragsabschluss standen, spricht zwar für das Ergebnis. Gleichwohl gehen die Pflichten der Parteien aber weit über den Wortlaut hinaus. Auch die Reichweite der Pflichten muss diskutiert werden. So sieht der Richtlinienentwurf etwa vor, dass auch vom Verbraucher während der Nutzungszeit erzeugte Inhalte (beispielsweise mit einer App bearbeitete Bilder) dem Verbraucher zugänglich gemacht werden müssen (Art. 13 Nr. 2 c) DInhRL-E). Diese Pflicht ist zum einen rechtspolitisch diskutabel. Zum anderen lässt sich

²⁷⁰ Ähnlich *Peintinger* 2016, 3 (3) – einfache Rückgabe wie bei klassischen Waren sei bei digitalen Inhalten nicht möglich.

²⁷¹ So *Peintinger* 2016, 3 (6).

²⁷² Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 24.11.2014 – 19 U 17/14, juris Rz. 56; *Faust*, in: DJT 2016, A 40.

²⁷³ Wiederum *Faust*, in: DJT 2016, A 40.

diese Pflicht keinesfalls durch eine bloße „*Rückgewähr*“ begründen. Wenn jedoch nur eine teleologische Auslegung fernab des Wortlauts, überspitzt formuliert – *contra legem* – möglich ist, ist der Gesetzgeber aufgefordert, eine Lösung zu finden. Da dies bis dato noch nicht passiert ist, haben die *Storebetreiber* andere Wege gefunden.

3. Praktische Lösung

Beide *Stores* sehen **eigene Erstattungsmechanismen vor**. Bei *Google* kann man für den von *Google* definierten Zeitraum nach dem „*Kauf*“ direkt im *Play Store* die Fläche „*ERSTATTEN*“ berühren. *Google* weist darauf hin, dass die App dann deinstalliert wird, was auch automatisch geschieht. Bei *Apple* erfolgt ein Stornieren über die Bestätigungsemail. Dort kann man innerhalb von 14 Tagen „*ein Problem melden*“. Dann gelangt man auf eine Website und kann etwa auswählen, dass man die App „*versehentlich gekauft*“ oder sonst kein Interesse mehr an der App habe. Kurz darauf erfolgt die Gutschrift. Im Gegensatz zum Verfahren bei *Google* wird die App nicht automatisch gelöscht. Man kann selbst nach dem Stornieren die App weiter nutzen. Bei einer Weiternutzung nach der Stornierung stellen sich dann bereicherungsrechtlich schwierige Fragen. Diese Fragen werden in folgendem Abschnitt thematisiert.

VII. Rückabwicklung

„*Die komplexen Probleme einer Rückabwicklung [...] sind evident*“²⁷⁴

Sofern es zu einer Weiternutzung nach der Stornierung kommt oder Verträge aufgrund von §§ 142 I oder 108 I BGB unwirksam sind, ist die ungelöste Frage der gesetzlichen **Rückabwicklung** zu stellen. Anknüpfungspunkt ist § 812 I 1 Var. 1 BGB. Danach ist zur Herausgabe (des Erlangten) verpflichtet, wer etwas durch Leistung ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Hat der *Anbieter Geld* für den Download erlangt, ist dieses herauszugeben, was praktisch einer **Werterstattung** gleichkommt (vgl. § 818 II BGB). Bei kostenlosen Downloads besteht zwar grundsätzlich ebenfalls eine

²⁷⁴ *Spindler*, JZ 2016, 805 (808).

Wertersatzpflicht. Allerdings lässt sich der Wert der Leistung (Datenüberlassung) kaum bestimmen oder ist nicht vorhanden.²⁷⁵ Andererseits fragt sich schon, wie die Herausgabe der App zu erfolgen hat. Faktisch lässt sich allenfalls die Herausgabe in eine **Löschpflicht** umdeuten.²⁷⁶

Zudem kommt ein Anspruch auf **Nutzungsersatz** nach § 818 I BGB in Betracht. Nach § 100 Var. 2 BGB werden Nutzungen als Gebrauchsvorteile definiert. Allerdings ist die finanzielle Bemessung kaum möglich. Ebenso ist eine objektive²⁷⁷ Wertermittlung für eine vorübergehende App-Nutzung nicht zu leisten. Ein **Nutzungsersatz** für vom *Anbieter* verwendete Daten ist ebenso schwer feststellbar und zu beziffern.²⁷⁸ Dann bliebe Wertersatz (§ 818 II BGB).²⁷⁹ Man könnte als Wertersatz in Anlehnung an das Immaterialgüterrecht²⁸⁰ allenfalls eine **fiktive Lizenzgebühr** für den Zeitraum der Nutzung annehmen. Eine rechtssichere Aussage lässt sich dabei allerdings nicht treffen. Das Problem ist freilich bei dem häufig geringen Wert der meisten kostenpflichtigen Apps nur theoretischer Natur. Denn von den 99 meist verkauften Apps im *Apple App Store* kostet keine mehr als 9,99 €. ²⁸¹

Schließlich ist gerade bei Minderjährigen stets an den **Entreicherungseinwand** aus § 818 III BGB zu denken. Eine Entreicherung des Minderjährigen bei „*Luxusaufwendungen*“, also Apps, die er selbst nicht erworben

²⁷⁵ So überzeugend *Stöhr*, ZIP 2016, 1468 (1471).

²⁷⁶ Für eine Löschpflicht vgl. OLG Köln, Beschluss vom 24.11.2014 – 19 U 17/14, juris Rz. 56; *Cichon*, Internet Verträge, 268 Rn. 999; *Metzger*, AcP 2016, 817 (861) – die Löschungspflicht ergebe sich aus § 35 II 2 BDSG a.F.. Bei § 35 II 2 BDSG a.F. wird man das Herausgabeverlangen von § 812 I 1 Var. 1 BGB jedoch zugleich in ein Löscherlangen umdeuten müssen. Dann gelangt man faktisch zum selben Ergebnis; die Löschpflicht nach Art. 17 DSGVO im Gegensatz zu § 35 II 2 BDSG noch erweitert. Dazu *Schenk/Mueller-Stöfen*, GWR 2017, 171 (174).

²⁷⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 15.01.2015 – I ZR 148/13, NJW 2015, 3165 (3167).

²⁷⁸ Ebenso *Stöhr*, ZIP 2016, 1468 (1471).

²⁷⁹ So *Sprau*, in: Palandt, § 818 BGB Rn. 23.

²⁸⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 15.01.2015 – I ZR 148/13, NJW 2015, 3165 (3167); dazu *Sprau*, in: Palandt, § 818 Rn. 23 – Nutzung fremder Immaterialgüterrechte führt zur Zahlung einer Lizenzgebühr.

²⁸¹ Stand 1.6.2017.

hätte, liegt häufig nahe (§ 818 III BGB).²⁸² Man muss daher mit *Stöhr* konstatieren, „*dass das Recht hier an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit gelangt.*“²⁸³ Kurzfristig ist *de lege ferenda* keine Besserung zu erwarten. Selbst bei Umsetzung des Entwurfs der Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte werden die praktischen Unwägbarkeiten nicht beseitigt. Andererseits gibt es aktuell keinen dringenden praktischen Handlungsbedarf. Die Marktteilnehmer haben sich offenbar mit dem von den *Storebetreibern* entwickelten Ausgleichsmechanismen arrangiert. Ähnlich wie bei Amazon schaffen die *Storebetreiber* eigene Erstattungs- und Rückabwicklungsmechanismen. Das trägt dazu bei, Rechtsstreitigkeiten von vornherein zu vermeiden. Ebenso wie bei Amazon wird eine Rückabwicklung unabhängig vom Vertragspartner erst einmal vom *Storebetreiber* (*Apple* oder *Google*) durchgeführt. Bei Amazon geht das sogar noch weiter. Statt sich lange mit Gewährleistungs- oder Rückabwicklungsfragen aufzuhalten, wird bei Amazon zumeist ein bequemes und voraussetzungsarmes Rückabwicklungsverfahren angeboten und durchgeführt. Es ist für den Konzern scheinbar effizienter, eine gewisse Reklamationsrate wirtschaftlich einzupreisen.

Dieses Vorgehen mag auch ein Grund dafür sein, dass generell die Zivilrechtsstreitigkeiten in den letzten Jahren stark rückläufig waren.²⁸⁴ Durch das eigene Rückabwicklungsregime werden teure Rechtsstreitigkeiten vermieden. So findet man bei *juris* keine kaufrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit Beteiligung von Amazon.

Die *Storebetreiber* versuchen ebenfalls, ein eigenes Rückabwicklungssystem in Form eines **voraussetzungslosen befristeten Erstattungssystems** zu etablieren. Mit einer kurzen Erstattungsfrist reagieren sie dabei auf die dargelegten Rückabwicklungsproblematik und wollen so schnell für

²⁸² Vgl. *Faust*, in: DJT 2016, 22; *Stöhr*, ZIP 2016, 1468 (1471) – zudem wird sich der Minderjährige oft auf Entreicherung berufen können.

²⁸³ *Stöhr*, ZIP 2016, 1468 (1472).

²⁸⁴ So *Kilian*, AnwBl 698-705/2016 (702) – Zivilverfahren der ordentlichen Gerichte seien zwischen 1995 und 2014 um rund ein Drittel bei Amtsgerichten und um rund 20 Prozent bei Landgerichten zurückgegangen.

Rechtsklarheit sorgen. Andere Rechtsbehelfe sehen sie hingegen nicht vor. Bis dato finden sich die *Nutzer* mit diesem Verfahren ab.

Diese Erkenntnis entbindet gleichwohl nicht von der Frage, wie der Vertrag beim App-Download rechtlich zu beurteilen ist und ob das System einer rechtlichen Prüfung standhalten kann. Die Antworten darauf hängen vom Vertragstyp und vom Vertragsinhalt ab. Dieser Komplex ist der zweite Teil der Arbeit.

VIII. Zusammenfassung

Die *Storebedingungen* werden sowohl zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* als auch zwischen *Anbieter* und *Storebetreiber* **Vertragsbestandteil**. Dabei ist **deutsches Recht** anwendbar. Bei der Auslegung der Erklärungen des *Nutzers* und der *Anbieter* im *Store* ist ein Rückgriff auf die *Storebedingungen* möglich (**Auslegungslösung**). Die *Storebedingungen* stellen die „*Spielregeln*“ für die Nutzung der *Stores* dar.

Stellen *Anbieter* eine App im *Store* ein, bieten sie die App dem *Nutzer* tatsächlich an. Der *Storebetreiber* fungiert dabei als Vertreter. Der *Nutzer* nimmt das Angebot durch den Download und die Installation an. Es kommt folglich (in jedem Fall auch) zum **Vertragsschluss zwischen Nutzer und Anbieter**. In diesem Punkt sind die *Storebedingungen*, die nicht frei von Widersprüchen sind, eindeutig. Eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB findet bei der **Auslegungslösung** ohnehin nicht statt. Bei treuwidrigen Benachteiligungen ist eine Korrektur über § 157 BGB möglich.

Besonderheiten ergeben sich, wenn **minderjährige Nutzer** beteiligt sind. Bereits die Inbetriebnahme des Smartphones und das Erstellen eines Nutzeraccounts sind ebenso wie jeder App-Download rechtlich nachteilig, sodass die Wirksamkeit des Vertrags von der Einwilligung oder Genehmigung der Eltern abhängt. Bei der reinen Inbetriebnahme lässt sich teilweise eine konkludente Einwilligung annehmen. Beim App-Download ist das eine Frage des Einzelfalls. Auch der Taschengeldparagraph hilft aufgrund der datenschutzrechtlichen Problematik (Dauertatbestand) nicht weiter. Für eine App-Nutzung durch Minderjährige ist rechtlich damit ein **Zusam-**

menspiel mit den Eltern erforderlich. Gerade wenn beschränkt geschäftsfähige Minderjährige das Smartphone der Eltern nutzen, **handeln** sie typischerweise **unter fremdem Namen**. Dann können die Eltern durch den App-Download nach den Grundsätzen der **Anscheins- und Duldungsmacht** selbst verpflichtet werden.

Grundsätzlich besteht beim App-Download ein **Anfechtungsrecht** nach allgemeinen Regeln, etwa wenn eine App durch ein „*Vertippen*“ versehentlich heruntergeladen wird. Indes ist das Institut praktisch unbedeutend. Ähnliches gilt für das **Widerrufsrecht** bei kostenpflichtigen Apps. Die *Stores* haben ein **eigenes voraussetzungsloses befristetes Erstattungs-system** geschaffen. Dadurch soll die rechtlich problematische Rückabwicklung abgedeckt werden und ein interessengerechter Ausgleich stattfinden. Ob dieses **eigenmächtige Rückabwicklungssystem** rechtlich haltbar ist, hängt von der Frage ab, welchen Vertrag der *Anbieter* und der *Nutzer* beim App-Download schließen.

C. Vertragstyp

„Die rechtliche Einordnung der Softwareüberlassung beschäftigt die Gerichte sowie das juristische Schrifttum bereits seit über 35 Jahren, ohne dass sich bislang eine der verschiedenen Auffassungen so weit durchgesetzt hat, dass sie als eindeutig herrschende oder überwiegende Meinung bezeichnet werden könne.“¹

I. Problemaufriss

Bei der folgenden Untersuchung wird die Tragweite der zitierten Aussage von *Marly* deutlich. *Marly* bezieht sich auf Software. Apps sind verglichen damit eine neue Erscheinung. Dennoch kann bei der Einordnung an die Diskussion im Softwarebereich angeknüpft werden. Diese Anknüpfung ist allein schon deshalb erforderlich, um ein später gefundenes Ergebnis einordnen zu können. Zudem muss man bei Apps ebenfalls einige Fragen beantworten, die im Softwarebereich schon seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert werden, wie etwa, ob **Apps Sachen im Sinne des § 90 BGB** sind (dazu unter III.1.) und ob beim App-Download eine **Eigentumsübertragung** im sachenrechtlichen Sinne stattfindet (unter III.2.). Außerdem sollen die gefundenen Ergebnisse beim App-Download die anhaltende Diskussion im Softwarebereich mit neuen Argumente bereichern.

Zunächst ist zu fragen, wieso eine **Zuordnung zu einem Vertragstyp** so intensiv diskutiert wird.² Aus der **grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie** (Art. 2 I GG)³ könnte man schließen, dass eine Zuordnung zu einem (gesetzlichen) Vertragstyp nicht notwendig ist. Schon die **Gesetzes-systematik** des BGB zeigt, dass das Gesetzbuch nicht jedes denkbare Vertragsverhältnis erschöpfend regelt. Die Vertragstypenordnung nimmt vielmehr den Charakter eines fragmentarischen Grobrasters an.⁴ Das Recht der Schuldverhältnisse ist im Zweiten Buch des BGB geregelt. Erst im achten

¹ *Marly*, *Softwarerecht*, S. 285 Rn. 661.

² Vgl. *Stumpf/Groß/Stumpf-Groß*, *Lizenzvertrag*, 33 Rn. 11 – die Frage des Vertragstyps sei ein Beispiel für ein Problem, welches noch immer auf seine Lösung wartet.

³ Statt vieler *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 2 GG Rn. 101 ff.

⁴ *Stoffels*, *Schuldverträge*, S. 116.

Abschnitt, der mit dem Kaufvertrag beginnt (§§ 433 ff. BGB), wird auf einzelne Schuldverhältnisse eingegangen. Bereits aus § 311 BGB, der im dritten Abschnitt (Schuldverhältnisse aus Verträgen) steht, ergibt sich der **Grundsatz der Vertragsfreiheit**⁵. Nach § 311 I BGB werden rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse im Regelfall vertraglich begründet. Die Parteien eines Schuldverhältnisses können im Rahmen der Gesetze ihre Lebensverhältnisse vertraglich eigenverantwortlich gestalten (Vertragsfreiheit im engeren Sinne).⁶ Einen **Typenzwang** wie etwa im Sachenrecht gibt es nicht.⁷ *Dietrich* folgert daraus richtig, dass es dadurch häufig zu Parteivereinbarungen komme, „*die sich nicht ohne Weiteres unter die im Besonderen Schuldrecht spezialgesetzlich geregelten Vertragstypen fassen lassen (sog. atypische Verträge)*.“⁸

Dennoch gibt es ein **praktisches Bedürfnis**, atypische Verträge nicht vorschnell anzunehmen und diese nach Möglichkeit den Vertragstypen des BGB zuzuordnen. Zum einen kann eine anerkannte Zuordnung im Hinblick auf gerichtliche Entscheidungen für **Rechtssicherheit** und **Vorhersehbarkeit** sorgen. Gerade bei **Leistungsstörungen** benötigen Gerichte einen Maßstab, anhand dessen sie entscheiden können. Eine eventuelle **Lückenfüllung bei Verträgen** mag durchaus vom Grundverständnis und von der Zuordnung abhängen.⁹ Besonders handgreiflich wird das insbesondere im **AGB-Recht. Kontrollmaßstab der Inhaltskontrolle** sind gesetzliche Vorschriften, von denen abgewichen wird (§ 307 III 1 BGB).¹⁰ Allerdings

⁵ *Grüneberg*, in: Palandt, Überbl v § 311 BGB Rn. 3.

⁶ Siehe *Dietrich*, NJ 2011, 309 (309); *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 12; *Grüneberg*, in: Palandt, Überbl v § 311 BGB Rn. 3.

⁷ *Grüneberg*, in: Palandt, Überbl v. § 311 BGB Rn. 11; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 126 f.; *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 5; *Oechsler*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, M Rn. 2.

⁸ *Dietrich*, NJ 2011, 309 (309).

⁹ Ebenso *Lutz*, Softwarelizenzen, 18 f.

¹⁰ So auch *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 37; *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 19; *Marly*, Softwarerecht, S. 286 Rn. 662; *Spindler/Schuster/Döpfkens*, in: Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., § 307 BGB R. 33; für das AGB-Gesetz bereits *Stoffels*, Schuldverträge, 108 ff.

ist bis heute **unklar**, „*was bei Softwareüberlassungsverträgen als gesetzliches Leitbild im Rahmen der Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB anzusehen ist.*“¹¹ Mangels gefestigter Zuordnung zu einem Vertragstyp des BGB¹² ist der Kontrollmaßstab **schwer vorhersehbar**. Bei **typengemischten Verträgen** ist der Maßstab schon eine Frage des Einzelfalls. Bei **atypischen Verträgen** muss bis zu einer **möglichen Typenneuschaffung**¹³ bei jeder Klausel isoliert geprüft werden, ob einzelne gesetzliche Regelungen dergestalt ähnlich sind, dass sie als Kontrollmaßstab dienen. Das ist überzeugenderweise nur dann der Fall, wenn die **Analogievoraussetzungen** gegeben sind.¹⁴ Die Frage der vertragstypologischen Zuordnung ist daher praktisch bedeutsam.

Dazu soll zunächst einmal eine **Rechtssprechungsanalyse** für den Softwarebereich erfolgen [unter II.]. Die Ergebnisse dieser Analyse werden die Grundlage für die weitere Diskussion bilden. Sodann sind für die vertragliche Zuordnung einige grundsätzliche, teilweise viel diskutierte Fragen zu klären [unter III.]. Sind diese Fragen beantwortet, kann eine **vertragstypologische Einordnung** unter Auswertung der Literatur erfolgen [unter IV.].

II. Rechtssprechungsanalyse

Die Rechtssprechungsanalyse beginnt bereits vor der Schuldrechtsreform (unter 1.). Dieser historische Abschnitt ist kein Selbstzweck. Er ist vielmehr notwendig, um einige Meinungsströme und Argumente bei der späteren Analyse nachvollziehen zu können. Zudem wird auch heute noch vereinzelt eine vertragstypologische Zuordnung in Kommentaren ohne nähere

¹¹ Heydn, CR 2010, 765 (770); vgl. dazu auch Oechsler, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, M Rn. 18 – die Inhaltskontrolle stehe vor der heiklen Aufgabe, ob und wie neue, der Rechtsordnung unbekannt, Inhalte am Maßstab des dispositiven Rechts beurteilt werden können.

¹² Ebenso Hummelmeier, in: DJT 2016, K 34 f.

¹³ Dazu Herresthal, in: BeckOGK-BGB, § 311 BGB Rn. 80; kritisch Oechsler, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, M Rn. 40 f..

¹⁴ So überzeugend Dietrich, NJ 2011, 309 (311 ff.); ebenso Oechsler, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, M Rn. 25 f.

Differenzierung mit den „alten“ Entscheidungen begründet.¹⁵ Sodann wird auf Entscheidungen nach der Schuldrechtsreform eingegangen (unter 2.). Die im Softwarebereich bahnbrechende UsedSoft-Entscheidung des EuGH und deren potenzielle Einflüsse werden aufgrund ihrer Bedeutung gesondert erörtert (unter 3.). Schließlich werden die Fragen, die sich aus der Analyse ergeben, (unter 4.) noch einmal zusammengefasst.

1. Frühere Kontroverse

Schon vor der Schuldrechtsreform war die Einordnung des Vertragstyps bei Standardsoftware umstritten und selbst in der Rechtsprechung uneinheitlich:

Bereits im Jahr 1981 hatte sich der VIII. Zivilsenat des BGH mit der Frage zu beschäftigen, ob eine außerordentliche Kündigung eines auf die Dauer von fünf Jahren geschlossenen Lizenzvertrags über ein Computerprogramm wirksam sei.¹⁶ Ohne sich eindeutig für einen Vertragstypen zu entscheiden – nach Ansicht des BGH komme jedoch ein **Knowhow-Vertrag** in Betracht –, führte der BGH aus: „Die Vertragsbedingungen, auf die sich die Parteien geeinigt haben, weisen dem Leitbild eines **Pachtverhältnisses** so stark angenäherte Merkmale auf, dass aus Rechtsgründen keine Bedenken bestehen, dem zur Nutzung des Computerprogramms Berechtigten ein außerordentliches Kündigungsrecht nach Maßgabe der §§ 581 II, 542 BGB zuzubilligen.“¹⁷

¹⁵ So etwa *Berger*, in: Jauernig-BGB, § 433 Rn. 12 f.; ebenso *Faust*, in: BeckOK-BGB, § 433 Rn. 26, der zwar Software explizit bei seiner Sachkaufcommentierung nennt, jedoch im Rahmen von § 453 ebenfalls zu Standardsoftware Ausführungen macht – *Faust*, in: BeckOK-BGB, § 453 Rn. 24; **differenzierend** jedoch *Weidenkaff*, in: Palandt, 433 BGB Rn. 9 und *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, § 433 Rn. 10.

¹⁶ Dazu BGH, Urteil vom 03.06.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684 (2684 f.); BGH, Urteil vom 03.06.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684.

¹⁷ BGH, Urteil vom 03.06.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684 (2684) – Hervorhebungen durch den Verfasser.

Im selben Jahr hat derselbe Senat die Einordnung des Berufungsgerichts einer Überlassung einer Datenverarbeitungsanlage (Hardware und Software) als **Mietverhältnis** nicht beanstandet.¹⁸ Indessen stand bei dem Urteil die Auseinandersetzung mit dem Vertragstyp der Software nicht im Vordergrund.

Im Juni 1984 judizierte der Senat in einem Urteil, „*dass Software [...] ebenso Gegenstand eines Miet-/Leasing- wie eines Kaufvertrages sein kann.*“¹⁹ Der Sachverhalt handelte von der Lieferung einer EDV-Anlage (Hardware und Software) im Leasingverhältnis.

Im Jahr 1987 folgten mehrere obergerichtliche Entscheidungen zum Vertragstyp. Zunächst ließ der VIII. Zivilsenat des BGH in einer Entscheidung aus dem März 1987 den Vertragstyp erneut offen.²⁰ Interessanterweise erkannte mit dem BFH ein anderes Bundesgericht im selben Jahr, dass die vertragliche Zuordnung bei der Frage, ob es sich bei Software um ein materielles oder immaterielles Wirtschaftsgut handele, nicht weiterhelfe.²¹ Nach Ansicht des Gerichts ist Vertragsgegenstand, selbst wenn man den Vertrag zivilrechtlich als Kaufvertrag qualifizieren würde, „*keine Sache (i.S. von § 90 BGB), sondern [...] ein immaterielles Gut, nämlich das Programm als Werk mit geistigem Inhalt.*“²²

Ungeachtet dessen setzte sich der VIII. Zivilsenat des BGH in einem weiteren Urteil tiefergehend mit dem Vertragstyp von Standardsoftware auseinander.²³ Für den Fall, dass vorgefertigte Standardsoftware überlassen wurde, liege ein **Sachkauf** vor: „*Kaufgegenstand ist hier ein Datenträger*

¹⁸ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 05.10.1981 – VIII ZR 259/80, NJW 1982, 696 (696 f.).

¹⁹ So BGH, Urteil vom 06.06.1984 – VIII ZR 83/83, CR 1986, 79 (80).

²⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 25.03.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 (2005).

²¹ So BFH, Urteil vom 03.07.1987 – III R 7/86, BFHE, 259 (264) – nach inzwischen gewonnenen Erkenntnissen erweise sich das Vertragsrecht als keine sichere Beurteilungsgrundlage.

²² BFH, Urteil vom 03.07.1987 – III R 7/86, BFHE, 259 (267).

²³ Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 = BGHZ 102, 135.

mit dem darin verkörperten Programm, insofern also eine **körperliche Sache**“.²⁴ Die scheinbar zwingende Verknüpfung von Software mit einem Datenträger wurde lange Zeit als Hauptargument für die Sacheigenschaft hervorgebracht.

Etwa zwei Jahre später sprach sich der Achte Senat erneut bei Verträgen über die Lieferung und Nutzung von Standardsoftware für die (**entsprechende**) **Anwendbarkeit** von **Kaufrecht** aus.²⁵ Im Gegensatz zu dem Urteil aus dem Jahre 1987 wurde in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt kein Datenträger übergeben. Vielmehr erfolgte eine Installation der Software „*unmittelbar durch Überspielen mittels Kabelverbindung von einer Festplatte der Kläger auf die Festplatte im Computer der Beklagten*“²⁶. Das Gericht ließ dann zwar offen, ob man wirklich von einer Übergabe einer Sache sprechen könne. Indes sei **jedenfalls eine entsprechende Anwendung der Vorschriften** angezeigt.²⁷

Im Jahr 1993 konnte der VIII. Zivilsenat des BGH ebenfalls offenlassen, ob **Kaufvertragsrecht oder Werkvertragsrecht** anwendbar ist.²⁸

Ein BGH-Urteil des I. Zivilsenats aus dem Jahr 1994 setzte andere Akzente.²⁹ Der **I. Senat** musste der Frage nachgehen, ob die Beklagte wirksam ein **urheberrechtliches Nutzungsrecht** an einem Computerpro-

²⁴ So BGH, Urteil vom 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 (408) = BGHZ 102, 135.

²⁵ Siehe BGH, Urteil vom 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 (321) = BGHZ 109, 97 – die Wertung als Kaufvertrag entspreche auch der Rechtsprechung des Senats; die Revision stimme dem ausdrücklich zu.

²⁶ BGH, Urteil vom 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 (321) = BGHZ 109, 97.

²⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 (321) = BGHZ 109, 97 – jedenfalls erfordere dies die entsprechende Anwendung der Vorschriften jenes Gesetzes; das Gericht berücksichtigt dabei die zuvor zitierte BFH-Rechtsprechung.

²⁸ BGH, Urteil vom 14.07.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 (2437).

²⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 20.01.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216.

gramm erworben habe. Voraussetzung dafür sei eine ununterbrochene **Lizenzkette**.³⁰ Zwar argumentierte das Gericht ausschließlich aus **urheberrechtlicher Perspektive** und setzte sich nicht grundsätzlich mit dem Vertragstyp bei einer Softwareübertragung auseinander. Aus den Ausführungen kann man jedoch schließen, dass der Erste Senat **die Übertragung von Software nicht als Kaufvertrag** einordnet: Zum einen verwendete der Senat wie selbstverständlich den Terminus Lizenzvertrag und setzte andererseits Worte wie „*gekauft*“ oder „*Sicherungsübereignung*“ in Anführungszeichen. Die Auslegung könne ergeben, dass die Parteien bei einer Sicherungsübereignung tatsächlich ein einfaches Nutzungsrecht einräumen wollten.³¹

In zwei Entscheidungen der späten 1990er Jahre hat sich der BGH (der Achte und der Zehnte Senat) damit begnügt, seine vorherige Rechtsprechung zu bestätigen.³² Eine tiefere Auseinandersetzung mit dem Vertragstyp hielt das Gericht nicht mehr für geboten. Im Jahr 2001 ließ der **Zehnte Senat** die Sacheigenschaft eines Computerprogramms ausdrücklich offen.³³

Aus den Entscheidungen wird deutlich, dass sich gerade in der Anfangszeit noch **keine gefestigte Rechtsprechung** zur Frage nach dem Vertragstyp bei Standardsoftware herausgebildet hatte. Häufig entschied der für Rechtstreitigkeiten über Ansprüche aus Kaufverträgen zuständige VIII. Zivilsenat.³⁴ Bei diesem deutete sich bis zum Ende der 1990er Jahre eine gewisse Konstanz an. So ging der VIII. Zivilsenat zumeist von der zumindest

³⁰ BGH, Urteil vom 20.01.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 (1217).

³¹ Das besagt schon der zweite Leitsatz: „*Wird in einem Sicherungsübereignungsvertrag aus dem Jahre 1976 von der „Eigentumsübertragung“ an einem Computerprogramm gesprochen, so steht dies der Annahme einer urheberrechtlichen Nutzungseinräumung nicht entgegen*“ – BGH, Urteil vom 20.01.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216.

³² Vgl. BGH, Urteil vom 04.03.1997 – X ZR 141/95, NJW 1997, 2043 (2044 f.); sowie BGH, Urteil vom 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 (1415) = BGHZ 143, 307.

³³ Vgl. BGH, Urteil vom 09.10.2001 – X ZR 58/00, CR 2002, 93 (94).

³⁴ Ein aktueller Geschäftsverteilungsplan des BGH ist abrufbar im Internet: <<http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Geschaeftsverteilung/>>

entsprechenden **Anwendbarkeit von Kaufrecht** aus.³⁵ Auch in der Literatur war diese Einordnung vorherrschend.³⁶ Beispielsweise sprach sich *Malzer* nach eingehender Analyse für eine Anwendbarkeit der Vorschriften über den **Sachkauf** aus.³⁷ Bei einer direkten Anwendung der Vorschriften wird unweigerlich die Frage nach der Sacheigenschaft von Software aufgeworfen. Trotz der einleuchtenden Positionierung des BFH für ein Immaterialgut, blieb die Einordnung als Sache vorherrschend. Andererseits zeigt etwa die Entscheidung von 1994,³⁸ dass insbesondere für den unter anderem für Urheberrecht zuständigen I. Zivilsenat **Lizenzverträge** keinesfalls ein Fremdkörper sind. Eine Zuordnung zu einem atypischen Vertragstyp steht damit ebenfalls im Raum. Gleichwohl ist unklar, in welchem dogmatischen Verhältnis beide Vertragstypen stehen. Zu einer Anrufung des Großen Senats kam es bis dato nicht (vgl. § 132 II GVG).

Bei der Analyse der ersten Entscheidungen sollte man jedoch zweierlei Dinge beachten: Erstens gab es vor der Schuldrechtsreform keinen Gleichlauf zwischen Rechtskauf und Sachkauf, sodass für die Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte eine Einordnung als Sachkauf notwendig war. Darüber hinaus war im Softwarebereich vor der Schuldrechtsreform die datenträgergebundene Softwareübertragung üblich. Zweitens war der **Urheberrechtsschutz** für Computerprogramme **bis zum Jahr**

Geschaeftsverteilung2018/Zivilsenate2018/zivilsenate2018_node.html> (Stand: 21.11.2018).

³⁵ Aus den späten 90ern etwa BGH, Urteil vom 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 (1415) = BGHZ 143, 307; zuvor schon BGH, Urteil vom 04.03.1997 – X ZR 141/95, NJW 1997, 2043; BGH, Urteil vom 04.11.1992 – VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461; BGH, Urteil vom 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 = BGHZ 109, 97; BGH, Urteil vom 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 = BGHZ 102, 135.

³⁶ Eine gute Darstellung findet sich bei *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 68 – siehe explizit dort Fn. 76; siehe zudem exemplarisch *König*, NJW 1990, 1584; *Malzer*, Softwarevertrag; *Marly*, BB 1991, 432.

³⁷ *Malzer*, Softwarevertrag, S. 92.

³⁸ BGH, Urteil vom 20.01.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216.

1993 nur sehr rudimentär ausgeprägt.³⁹ Regelmäßig war nur ein das Durchschnittskönnen deutlich überragendes Programm schutzfähig.⁴⁰ Auch das ist ein Grund dafür, dass anfangs andere Rechtsinstitute bemüht wurden, um einen interessengerechten Schutz zu gewährleisten.

2. Nach der Schuldrechtsreform

Im Oktober 2002 nahm der I. Zivilsenat des BGH in einem Urteil eine Wirksamkeitskontrolle verschiedener Klauseln eines „**Softwarelizenzvertrags**“ vor.⁴¹ In dem Sachverhalt wurde durch Lizenzvertrag eine „*nicht ausschließliche und nicht übertragbare Lizenz*“ eingeräumt. Eine Klausel in den AGB beschränkte die Nutzung der Software auf bestimmte, vertraglich vordefinierte Rechner. Das Gericht lehnte eine Unwirksamkeit dieser Klausel ab. Bemerkenswert ist, dass das Gericht in seiner Analyse vornehmlich auf das Urheberrecht abstellt und die **Einordnung als Lizenzvertrag** billigt. Das Gericht sieht einen Unterschied zum Vertrieb von sogenannter Standardsoftware, ohne sich mit der grundsätzlichen Frage des Vertragstyps bei Software vertieft auseinanderzusetzen: „*Die Angemessenheit von formularmäßig vereinbarten Klauseln [...] sind unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem ob es sich um Programme handelt, die gegen eine Einmalzahlung verkauft werden [...], oder um Programme, die für eine beschränkte Zeit im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses (meist „Lizenzvertrag“ genannt) vermarktet werden. [...] In jedem Fall haben die Hersteller komplexer, hochpreisiger Computerprogramme mit zahlenmäßig begrenzten Einsatzmöglichkeiten ein berechtigtes Interesse daran; dass sie die Nutzung ihrer Software im Einzelnen nachvollziehen und kontrollieren können. Es begegnet daher keinen Bedenken, dass sie*

³⁹ Im Jahr 1993 wurde die Computerprogramm-RL ins deutsche UrhG umgesetzt – dazu ausführlich *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 Rn. 126 f.; bereits seit dem 1.7.1985 waren Programme für Datenverarbeitung in § 2 I Nr. 1 UrhG urheberrechtlich geschützt, so *Heydn*, CR 2010, 765 (768); zur Entwicklung des Urheberrechts im Softwarebereich siehe vertiefend *Marly*, *Softwarerecht*, S. 32 ff. Rn. 65 ff..

⁴⁰ *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 2 Rn. 126.

⁴¹ Vgl. BGH, Urteil vom 24.10.2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014 = BGHZ 152, 233.

*ihre Software nicht verkaufen [...], sondern bemüht sind, ihre Nutzer im Rahmen von **Dauerschuldverhältnissen** an sich zu binden und die Umstände der zeitlich begrenzten Verwendung der Software im Einzelnen vertraglich zu regeln [...].*⁴²

Im Jahr 2006 hatte sich der **XII. Zivilsenat** des BGH mit der Frage zu beschäftigen, welche Rechtsnatur der Softwareüberlassung im Rahmen eines sogenannten **Application-Service-Providing-Vertrags**⁴³ beizumessen sei.⁴⁴ Die Klägerin stellte auf ihren eigenen Servern der Beklagten Buchhaltungs- und Warenwirtschaftssoftware zur Nutzung über das Internet zur Verfügung. Bei der Zahlungsklage ging es unter anderem um die Frage, ob Zahlungsanspruch aus **Mietvertragsrecht** besteht. Der BGH hat das bejaht. Die Anwendung des Mietrechts scheidet *„nicht deshalb aus, weil es sich bei der Software nicht um eine Sache i.S. des § 90 BGB handelt. Der BGH hat wiederholt entschieden, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als **bewegliche Sache** anzusehen ist, auf die je nach der vereinbarten Überlassungsform **Miet- oder Kaufrecht** anwendbar ist [m.w.N.]*⁴⁵ Dass sich die Software an einem anderen Ort auf einem Server befand, war für den XII. Zivilsenat ohne Bedeutung: *„Dabei ist ohne Bedeutung, auf welchem Informationsträger das Computerprogramm verkörpert ist. Entscheidend ist nur, dass es verkörpert und damit nutzbar ist. Vergleichbar mit dem elektronischen Datenträger ist das Buch. Auch das Buch, dessen Sachqualität nicht angezweifelt wird, ist Ergebnis einer schöpferischen Geistestätigkeit und wird ausschließlich wegen seines geistigen Inhalts und nicht wegen seines Informationsträgers, des Papiers, erworben. Dadurch verliert es jedoch nicht seine Sachqualität.*⁴⁶

⁴² BGH, Urteil vom 24.10.2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014 (2016) = BGHZ 152, 233 – Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁴³ In dem Vertrag geht es um die Bereitstellung von Softwareanwendungen und damit verbundenen Dienstleistungen; siehe BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394).

⁴⁴ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394).

⁴⁶ BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395).

Bemerkenswert ist zudem, dass der BGH strikt zwischen Urheberrecht und Schuldrecht trennt. Das Urheberrecht spiele für die Rechtsnatur des Softwareüberlassungsvertrags keine Rolle.⁴⁷

Schließlich hat das LG Frankfurt⁴⁸ im Jahr 2013 im Rahmen eines Verbandsklageverfahrens den **Kaufvertrag** als **Leitbild für den App-Erwerb** deklariert: *„Ein durchschnittlicher Verbraucher, der allgemeine Geschäftsbedingungen sorgfältig liest, geht davon aus, dass er einen Kaufvertrag, schließt, wenn die Bedingungen als solche für „Käufer“ bezeichnet werden, es in Ziffer 6 heißt, dass er Applikationen in einem „Store“ bestellen kann und an vielen Stellen die Art und Weise der Bezahlung geregelt ist“*⁴⁹ In der Entscheidung waren die Bedingungen des App Stores⁵⁰ für die Typenzuordnung folglich ausschlaggebend.

3. Bedeutung von UsedSoft

Die vielleicht meist beachtete Gerichtsentscheidung im Softwarebereich in jüngerer Zeit war die **UsedSoft-Entscheidung** des EuGH.⁵¹ Im Wesentlichen ging es um folgenden Sachverhalt: Das Unternehmen Oracle vertriebt Software über das Internet. Die Computerprogramme werden als Paketlizenzen (25 Nutzer) vertrieben und zum Download angeboten. Dem Kunden wird ein *„unbefristetes, nicht ausschließliches, nicht abtretbares“* Nutzungsrecht eingeräumt. Das Unternehmen UsedSoft handelt mit *„gebrauchten“* Softwarelizenzen. UsedSoft erwarb von Oracle-Kunden *„gebrauchte“* Nutzerlizenzen und bot die *„gebrauchten Lizenzen“* über eine Website zur Veräußerung an. Eine entsprechende Programmkopie konnten

⁴⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395) Rz. 17; darauf wird noch ausführlich unter C.III.4. eingegangen.

⁴⁸ Vgl. LG Frankfurt, Urteil vom 06.06.2013 – 2-24 O 246/12, MMR 2013, 645.

⁴⁹ LG Frankfurt, Urteil vom 06.06.2013 – 2-24 O 246/12, MMR 2013, 645 (646).

⁵⁰ Betreiber war Samsung.

⁵¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565.

UsedSoft-Kunden bei Oracle heruntergeladen. Oracle erhob Unterlassungsklage vor dem LG München.⁵² Der Klage wurde stattgegeben. Das OLG München⁵³ wies die Berufung zurück. Im Rahmen der vor dem BGH⁵⁴ eingelegten Revision sah der I. Zivilsenat im Verhalten von UsedSoft und dessen Kunden grundsätzlich eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts nach § 69c Nr. 1 UrhG (Art. 4 I lit. a RL 2009/24/EG). Entscheidungserheblich waren für den Senat drei Vorlagefragen,⁵⁵ wovon die zweite Frage am interessantesten war. Erschöpft auch beim Online-Vertrieb das Verbreitungsrecht nach § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG⁵⁶? Kann also der Download als „*Erstverkauf einer Programmkopie*“ im Sinne von Art. 4 II RL 2009/24/EG angesehen werden?

⁵² LG München I, Urteil vom 15.03.2007 – 7 O 7061/06, MMR 2007, 328.

⁵³ OLG München, Urteil vom 03.07.2008 – 6 U 2759/07, MMR 2008, 601.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360.

⁵⁵ Die anderen Fragen sind für die hiesige Untersuchung kaum von Bedeutung. In der ersten Frage wollte der BGH wissen, ob sich die Kunden von UsedSoft mit Erfolg auf § 69d I UrhG berufen können, der Art. 5 I RL 2009/24/EG in das deutsche Recht umsetzt. Bei der dritten Frage ging es darum, ob sich der Erwerber einer gebrauchten Lizenz auf den Erschöpfungsgrundsatz berufen kann (Zweitverkauf einer Programmkopie), wenn der Ersterwerber seine Programmkopie gelöscht hat oder nicht mehr verwendet – EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2565).

⁵⁶ Die Vorschrift setzt Art. 4 I RL 2009/24/EG um.

Die Auseinandersetzung mit der UsedSoft-Entscheidung muss sich auf die für diese Untersuchung relevanten Erkenntnisse beschränken.⁵⁷ Die Kernaussage der Entscheidung war die **Bejahung einer Online-Erschöpfung**.⁵⁸ Gleichwohl geht es im Folgenden nur um die Frage, ob der EuGH in der UsedSoft-Entscheidung eine **verbindliche Aussage über den Vertragstyp eines Softwareveräußerungsvertrags** getroffen hat. Dazu ist festzuhalten, dass der Gerichtshof den Begriff des „Verkaufs“ in Art. 4 II RL 2009/24/EG als **autonomen Begriff des Unionsrechts** sieht und – so der EuGH – sich dieser **nicht auf nationale Rechtsvorschriften** beziehe.⁵⁹ Dazu führt der EuGH aus: „nach einer allgemein anerkannten Definition ist „Verkauf“ eine Vereinbarung, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nichtkörperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts an eine andere Person abtritt. Folglich muss durch das Geschäft, das nach Art. 4 II der Richtlinie 2009/24 zu einer Erschöpfung des Rechts auf Verbreitung einer Kopie des Computerprogramms führt, das Eigentum an dieser Kopie übertragen worden sein.“⁶⁰ Das Herunterladen einer Programmkopie und der **Abschluss eines Lizenzvertrags** seien untrennbar miteinander verbunden.

⁵⁷ Für eine ausführliche Auseinandersetzung siehe: *Apel*, ZUM 2015, 640; *Bräutigam*, CRi 2012, 1; *La Durantaye/Kuschel*, ZGE 2016, 195; *Dietrich*, NJ 2014, 194; *Dietrich*, NJ 2012, 281; *Haberstumpf*, CR 2012, 561; *Hartmann*, GRUR-Int. 2012, 980; *Hauck*, NJW 2014, 3616; *Hilty*, CR 2012, 625; *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642; *Koch*, ITRB 2013, 9; *Koch*, ITRB 2013, 38; *Krüger/Biehler/Apel*, MMR 2013, 760; *Leistner*, wrp 2014, 995; *Malevanny*, CR 2013, 422; *Marly*, CR 2014, 145; *Neuber*, wrp 2012, 1274; *Rath/Maiworm*, wrp 2012, 1051; *Rauer/Ettig*, GRUR-Prax 2015, 202; *Redeker*, CR 2014, 73; *Roth*, wrp 2015, 1303; *Schneider*, CR 2015, 413; *Schneider*, ITRB 2014, 120; *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213; *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489; *Scholz*, ITRB 2012, 162; *Senftleben*, NJW 2012, 2924; *Stieper/Henke*, NJW 2015, 3548; *Terhaag/Telle*, K u. R 2013, 549; *Ulmer/Hoppen*, ITRB 2012, 232; *Vianello*, MMR 2012, 139; *Vinje/Marsland/Gärtner*, CRi 2012, 97; *Weisser/Färber*, MMR 2014, 364.

⁵⁸ Siehe dazu ausführlich unter D.II.1.

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2566) Rz. 40.

⁶⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2566)Rz. 42.

Insgesamt handele es sich um einen „*Erstkauf*“ im Sinne der Richtlinie.⁶¹ Um Umgehungen zu vermeiden, sei der Begriff des „*Erstkaufs*“ **weit auszulegen**.⁶²

Zudem konstatiert *Pahlow* zutreffend: „*Es fällt auf, dass der EuGH beinahe selbstverständlich von der Existenz eines **Lizenzvertrags** ausgeht, aber einer präzisen rechtlichen Analyse des Verhältnisses von Programmkopie und Lizenz aus dem Weg geht.*“⁶³

Aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass der EuGH keine für alle Mitgliedsstaaten **gültige Vertragstypenzuweisung** treffen wollte. Vielmehr sollten die Mitgliedsstaaten die Entscheidung im Rahmen ihrer Rechtsordnung umsetzen.⁶⁴ Das wird allein schon dadurch deutlich, dass das Eigentumsrecht nicht von seiner **Regelungskompetenz** erfasst wird.⁶⁵ **Art. 345 AEUV** statuiert explizit, dass die Verträge die Eigentumsordnung der Mitgliedsstaaten unberührt lassen. Nach dem **Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung** verbleibt die Zuständigkeit diesbezüglich daher bei den Mitgliedsstaaten (Art. 5 II EUV). **Für die Frage der Einordnung, um welchen Vertragstyp es sich nach deutschem Recht bei einer Softwareübertragung handelt, hat die Entscheidung damit richtigerweise keine Aussagekraft.**⁶⁶

⁶¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2566)Rz. 43-49; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 12.10.2016 – C-166/15, MMR 2017, 19 (20) Rz. 28.

⁶² Vgl. wiederum EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2566)Rz. 43-49; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 12.10.2016 – C-166/15, MMR 2017, 19 (20) Rz. 28.

⁶³ *Pahlow*, ZGE 2016, 218 (227); fast wortgleich *Hilty*, CR 2012, 625 (628).

⁶⁴ So auch *Malevanny*, CR 2013, 422 (422) – es bleibe den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie das Urteil in ihre Zivilsysteme integrieren.

⁶⁵ Vgl. dazu auch den Einwand der Klägerin bei *UsedSoft II* – BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 Rz. 35.

⁶⁶ So ebenfalls *Hilty*, CR 2012, 625 (627) Fn. 17 – dem EuGH ging es nicht um eine abstrakte Qualifikation des Softwarevertrages; ebenso *Malevanny*, CR 2013, 422 (422 f.) – „*genauso wenig wollte und durfte der EuGH eine schuldrechtliche Qualifikation treffen*“; **a.A.** aber *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642 (645); *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (214) und bereits *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489 (494).

Der I. Zivilsenat des BGH hat im Sommer 2013 unter Bezugnahme auf die Ausführungen des EuGH in der Sache entschieden („**UsedSoft II**“).⁶⁷ Das Gericht hat die Online-Erschöpfung umgesetzt und Anforderungen an diese definiert. Erste Voraussetzung ist, „*dass [der Urheber] seine Zustimmung gegen Zahlung eines Entgelts erteilt hat, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie seines Werks entsprechende Vergütung zu erzielen.*“⁶⁸ Dabei komme es lediglich auf die Möglichkeit der angemessenen Vergütungserzielung an.⁶⁹ Zweite Voraussetzung ist, „*dass [der Urheber] dem Erwerber ein Recht eingeräumt hat, diese Kopie ohne zeitliche Begrenzung zu nutzen.*“⁷⁰ Zuletzt⁷¹ müsse der Ersterwerber seine **Kopie unbrauchbar machen**.⁷²

Schließlich hat der I. Zivilsenat Ende 2014 seine Rechtsprechung bestätigt und weitergeführt („**UsedSoft III**“).⁷³ So führt der Senat aus: „*Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts hängt allein davon ab, ob der Rechtsinhaber dem (ersten) Inverkehrbringen durch Veräußerung zugestimmt hat. Der Rechtsinhaber kann diese Zustimmung nicht von der Art und Weise der weiteren Nutzung des Werkstücks abhängig machen.*“⁷⁴ Bei einem rechtmäßigen Erwerb, also der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, sei der rechtmäßige Erwerber zur Vervielfältigung nach § 69d I UrhG berechtigt und die Vervielfältigung sei für eine bestimmungsgemäße Benutzung der Computerprogramme notwendig.⁷⁵ Diese Berechtigung könne **nicht**

⁶⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360.

⁶⁸ BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 (366) Rz. 58; Hervorhebung durch Verfasser.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 (366) Rz.60.

⁷⁰ BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 (366) Rz. 61; Hervorhebungen durch Verfasser.

⁷¹ Der Einfachheit halber wurde ausgespart, dass das Erschöpfungsrecht bei Vorhandensein eines Wartungsvertrags sogar die aktuellste Version (Updates) umfasst – vgl. BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 (366) Rz. 62.

⁷² BGH, Urteil vom 17.07.2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 (366) Rz. 63.

⁷³ Vgl. dazu BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 Rz. 36.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (777) Rz. 55 und 59.

⁷⁵ So überzeugend *Haberstumpf*, CR 2012, 561 (562).

durch **Lizenzvertrag** ausgeschlossen werden.⁷⁶ Allerdings stünden **schuldrechtliche Möglichkeiten** zur Verfügung, um vertragliche Verpflichtungen durchzusetzen.⁷⁷

Was lässt sich nun von den Anforderungen des BGH für die Frage des Vertragstyps ableiten?

Nicht überraschend ist, dass der Erste Senat wiederum wie selbstverständlich den vorhandenen **Lizenzvertrag** nennt und mit diesem argumentiert.⁷⁸

Nichtsdestotrotz geht es in dem Urteil nicht um eine Vertragstypenordnung. Daher ist die Vertragstypfrage durch die UsedSoft-Entscheidungen nicht geklärt. Die **Kernfrage der Online-Erschöpfung** ist für die Vertragstypenfrage im Grunde irrelevant.

Die UsedSoft-Entscheidungen perpetuieren das Phänomen, dass sich **keine trennscharfe Typenabgrenzung** zwischen Lizenz- und Kaufvertrag und zwischen Schuldrecht und Urheberrecht gefunden hat. Vielmehr bleibt durch die Rechtsprechung eine Einordnung auf schuldrechtlicher Ebene notwendig.

4. Auswertung

Entgegen anderslautenden Stimmen in der Literatur⁷⁹ kann man die Einordnung des Vertragstyps beim Softwareerwerb in der Rechtsprechung nach wie vor noch nicht als geklärt ansehen. Die Einordnung und Bewertungsperspektive hängt, wenig überraschend, davon ab, vor welchem Zivilsenat das Verfahren geführt wird. Während man die Entscheidungen des I. Zivilsenats so verstehen kann, dass dieser von einem **Lizenzvertrag** ausgeht, neigte der VIII. Zivilsenat lange Zeit zur **Anwendung von Kaufrecht**. Ohne Not hat der XII. Zivilsenat im Jahr 2006 eine dogmatisch präzise Auflösung dadurch erschwert, dass er **die Sachqualität von Software**

⁷⁶ BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (777) Rz. 58 und 62.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (778) Rz. 66.

⁷⁸ Wiederum BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (772 ff.).

⁷⁹ Etwa *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642 (645); *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489 (494); *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (214).

ausdrücklich feststellte.⁸⁰ Diese Feststellung war für den Zwölften Senat vermeintlich notwendig, da eine direkte Anwendung von Mietvertragsrecht (vgl. das Wort „**Mietsache**“ in § 535 I BGB) die Sacheigenschaft voraussetzt. Die Entscheidung hätte jedoch ebenso ohne diese Feststellung getroffen werden können.⁸¹ Zwar könnte man sowohl den Zwölften als auch den I. Zivilsenat so verstehen, dass sie grundsätzlich von einer **Trennung zwischen Urheberrecht und Schuldrecht** ausgehen.⁸² Wie diese erfolgen soll und ob die Parteien auf den Vertragstyp einen Einfluss nehmen können, bleibt jedoch weiterhin unklar. Insgesamt sind die Entscheidungen der einzelnen Senate dogmatisch **kaum widerspruchsfrei** miteinander zu vereinen.⁸³ Im Prinzip diskutiert man noch genau über dieselben Probleme wie vor der Schuldrechtsreform. Auch in der Literatur lassen sich für fast alle vertretenen Positionen Befürworter und Gegner finden.⁸⁴ Die Rechtsprechung ist nicht zuletzt aufgrund der verhältnismäßig geringen Anzahl von Entscheidungen nicht dazu in der Lage, für Rechtssicherheit zu sorgen.⁸⁵

Um eine vertragstypologische Einordnung vornehmen zu können, müssen daher folgende **grundlegende Fragen** geklärt werden:

- Sind Apps Sachen im Sinne von § 90 BGB?
- Erfolgt eine Eigentumsübertragung beim Apperwerb?
- Sind Apps urheberrechtlich geschützt und was folgt daraus?
- Welchen Einfluss hat das Urheberrecht auf die vertragstypologische Einordnung?
- Hat der Parteiwille Einfluss auf den Vertragstyp?

⁸⁰ Nach Urteilsinterpretation von *Heydn* wurde eine derartige Feststellung nicht getätigt – siehe *Heydn*, CR 2010, 765 (770).

⁸¹ Darauf verweisen *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370 (2372) – „*Nicht recht verständlich ist, warum der BGH in seiner Entscheidung vom 15.11.2006 es für die Anwendung des Mietrechts als wichtig erachtet hat, die Einordnung der Computersoftware als Sache festzustellen*“.

⁸² Vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395) Rz. 17; BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (778) Rz. 66; siehe auch unter C.II.2.

⁸³ So auch *Redeker*, IT-Recht, Rn. 278–279.

⁸⁴ Siehe dazu die Nachweise bei den einzelnen Vertragstypen unter C.IV.2. und C.IV.3.

⁸⁵ Explizit *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 35.

Diesen Fragen ist der nachfolgende Abschnitt gewidmet.

III. Grundlegende Fragen

Dazu wird zunächst untersucht, ob es sich bei einer App um eine Sache im Sinne von § 90 BGB handelt (unter 1.) und ob es bei der Übertragung von Apps zu einer Eigentumsübertragung kommt (unter 2.). Sodann wird der Urheberrechtsschutz einer App erörtert (unter 3.), bevor untersucht wird, ob das Urheberrecht (unter 4.) und der Parteiwille (unter 5.) überhaupt Einfluss auf den Vertragstyp haben können. Aufgrund der gefundenen Ergebnisse wird dann eine Einordnung vorgenommen (unter IV.).

1. App als Sache

„Eines der wichtigsten, zugleich aber auch am heftigsten umstrittenen Probleme rund um die Computersoftware ist, ob diese als Sache im Sinne des § 90 BGB zu qualifizieren ist“⁸⁶

Um eine Vertragstypenzuordnung bei einem App-Download vornehmen zu können, muss man sich mit einem der „wichtigsten, zugleich aber am heftigsten umstrittenen Probleme rund um die Computersoftware“⁸⁷ beschäftigen. Allein schon deshalb, weil der XII. Zivilsenat des BGH selbst nach der Schuldrechtsreform explizit die **Sacheigenschaft von Software** angenommen hat,⁸⁸ ist das Problem noch nicht vollständig gelöst. Hintergrund ist folgender: Für die direkte Anwendung einzelner Vertragstypen im BGB ist die Sacheigenschaft Voraussetzung. So wird gemäß § 433 I 1 BGB etwa der Verkäufer einer *Sache* durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die *Sache* zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Im Mietrecht ist wiederum die *Mietsache* Bezugspunkt (§ 535 I 1 BGB). Für eine dogmatisch präzise Zuordnung ist also die **Sacheigenschaft einer App** zu klären. Dafür soll an die Diskussion zur Software angeknüpft werden. Wenn Software allgemein keine Sache im Sinne des § 90 BGB ist, sind Apps als Anwendungssoftware für mobile Betriebssysteme⁸⁹ auch keine Sache.

Gemäß § 90 BGB sind Sachen nach dem **Gesetz körperliche Gegenstände**.

⁸⁶ Marly, *Software*recht, S. 308 Rn. 710.

⁸⁷ Marly, *Software*recht, S. 308 Rn. 710.

⁸⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394).

⁸⁹ Siehe dazu den Wikipedia-Artikel zu *Mobilen Apps*, abrufbar im Internet: <https://de.wikipedia.org/wiki/Mobile_App> (Stand: 30.11.2016); vgl. LG Hamburg, Beschluss vom 08.10.2013 – 327 O 104/13, NJOZ 2014, 444 (445) – „*internet- und plattformbasierte Softwareanwendung für mobile Endgeräte*“; vgl. auch OLG Köln, Urteil vom 05.09.2014 – 6 U 205/13, MMR 2014, 830 (830) – „*Anwendungsprogramme für das jeweilige Smartphone*“; Schumacher, BKR 2016, 53 (53).

Ist Software, also „eine **Folge von Befehlen**, die nach Aufnahme in einen **maschinenlesbaren Träger** fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte **Funktion** oder **Aufgabe** oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“⁹⁰, ein körperlicher Gegenstand? Die Antwort auf die Frage ist im Rahmen der **Auslegung** zu ermitteln.

Der **Gesetzeswortlaut** fordert für Sachen explizit eine **Körperlichkeit**. Nach dem **natürlichen Sprachgefühl** legt Körperlichkeit nahe, dass man den Gegenstand **anfassen** kann.⁹¹ Befehlsfolgen sind jedoch gerade nicht anfassbar. Das natürliche Sprachgefühl spricht *prima facie* gegen eine Körperlichkeit.⁹² Betrachtet man die **Herkunft des Wortes** „Software“, spricht auch diese gegen eine Körperlichkeit. Das sprachliche Verständnis, dass „Software“ gerade das Gegenteil der „Hardware“ ist, ist weitverbreitet.⁹³ Wenn sich aber Hardware anerkanntermaßen von der Wortherkunft auf Sachen bezieht, muss es sich bei Software gerade um etwas Anderes handeln.⁹⁴

Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur hat sich eine universell gültige Definition von Körperlichkeit herausgebildet.⁹⁵ Im Ergebnis erfolgt

⁹⁰ Die Vorschriften in der deutschen Übersetzung finden sich in der GRUR-Int. 1978, 286 (290).

⁹¹ Siehe auch *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 32 – schon der Wortlaut des Gesetzes zeige durchgängig, dass die bestehenden Regelungen auf greibare Dinge abstellen würden, auf etwas, was man anfassen könne; *Mehrings*, NJW 1986, 1904 (1904) – Software mache im Gegensatz zu Hardware denjenigen Teil der DV-Anlage aus, den „man nicht anfassen kann“; ebenso *Redeker*, NJW 1992, 1739 (1739), der in der Anfassbarkeit das eigentlich zentrale Kriterium des Sachbegriffs des BGB sieht.

⁹² Allerdings ist dieses Verständnis nicht zwingend. Denn bisweilen werden unter § 90 BGB auch **gasförmige** Sachen, die ebenfalls als solche nicht anfassbar sind, gefasst – siehe etwa *Ellenberger*, in: Palandt, § 90 Rn. 1.

⁹³ Wiederum *Heydn*, CR 2010, 765 (765).

⁹⁴ *Heydn*, CR 2010, 765 (765).

⁹⁵ So *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 90 BGB Rn. 5.

die Einordnung wertend und unter Zuhilfenahme der Verkehrsanschauung.⁹⁶ Die teilweise bemühten Kriterien der **räumlichen Abgrenzbarkeit**⁹⁷, **Beherrschbarkeit**⁹⁸ und **sinnlichen Wahrnehmbarkeit**⁹⁹ spielen in der Diskussion, ob Software eine Sache ist, nur am Rande eine Rolle. Das verwundert nicht, da eine problemlose Subsumtion unter die Kriterien schlicht nicht möglich ist:

Gerade in der heutigen Zeit, in der zunehmend ein **Onlinevertrieb** stattfindet, treten die Schwierigkeiten einer räumlichen Abgrenzbarkeit offenkundig zutage. Zum einen – das galt auch schon früher – kann man Software **physikalisch** nicht von einem Datenträger oder anderer Software, die darauf gespeichert ist, unterscheiden.¹⁰⁰ Bedenkt man nunmehr, dass heutzutage die **Software- und Appübertragung** häufig **drahtlos**¹⁰¹ erfolgt (etwa ein Herunterladen über ein Funknetzwerk oder über das mobile Internet), wird die **fehlende räumliche Abgrenzbarkeit** handgreiflich.¹⁰² Eine räumliche Abgrenzbarkeit scheidet jedenfalls bei der kabellosen Übertragung evident aus.¹⁰³ Wo befindet sich die Software genau beim kabellosen Übertra-

⁹⁶ So *Ellenberger*, in: Palandt, § 90 BGB Rn. 1.

⁹⁷ Siehe nicht abschließend *Bydlinski*, AcP 1998, 287 (288); *Ellenberger*, in: Palandt, § 90 BGB Rn. 1; *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 90 BGB Rn. 5; *Dörner*, in: HK-BGB, § 90 BGB Rn. 2; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, Vor § 90 BGB Rn. 4.

⁹⁸ Vgl. *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 90 BGB Rn. 8; *Stresemann*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 90 BGB Rn. 8; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, S. 9.

⁹⁹ *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 90 BGB Rn. 6; *Stresemann*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, § 90 BGB Rn. 8.

¹⁰⁰ Explizit *Redeker*, NJOZ 2008, 2917 (2919); *Redeker*, NJOZ 2008, 2917 (2019).

¹⁰¹ Siehe *Carare*, International Economic Review 3/2012, 717 (721).

¹⁰² Für *Marly*, der Software als Sache im Sinne des § 90 BGB einordnete, war die damalige Ausnahme der kabellosen Übertragung ein entscheidendes Argument, siehe *Marly*, BB 1991, 432 (435); allerdings wies bereits *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128 (3130) im Jahr 1994 darauf hin, dass es genug Beispiele „für moderne Übertragungsformen ohne Datenträger“ gebe.

¹⁰³ Dazu *Stresemann*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, § 90 BGB Rn. 5 – „dagegen scheiden zum Beispiel die von Rundfunk- oder Fernmeldesendern ausgestrahlten elektromagnetischen Wellen [...] als rechtlich relevante Objekte aus“; vgl. dazu ebenfalls *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 90 BGB Rn. 7 – Energie sei nicht im Raum abgrenzbar und virtuelle Gegenstände seien mangels Körperlichkeit keine Sachen.

gungsvorgang? Für die Sacheigenschaft kann es jedoch keinen Unterschied machen, ob die Übertragung kabelgebunden oder kabellos erfolgt. Dafür spricht ebenfalls, dass heute die Software häufig „in der **Cloud**“ genutzt wird. So ist beispielsweise *Microsoft Office 365* online nutzbar. Wo sich die Software faktisch befindet (ebenfalls Frage der **Beherrschbarkeit** im sachenrechtlichen Sinne), ist nicht erkennbar. Für den Anwender scheidet eine **räumliche Abgrenzbarkeit** aus.

Früher hat man bisweilen versucht, die (**sinnliche**) **Wahrnehmbarkeit** und damit die Sachqualität durch einen **Buchvergleich** zu konstruieren.¹⁰⁴ Der Softwarekauf sei – so *Bydlinski* – mit dem Kauf eines Buches vergleichbar.¹⁰⁵ Die Daten seien auf einem Trägermedium niedergelegt, welches Sachqualität aufweise. Eine Materialisierung sei der Software immanent und die Software werde Teil der gesamten Sache. Selbst wenn der Inhalt temporär nicht verfügbar sei, ändere dies nichts. Schließlich sei ein zugeklapptes Buch im Dunkeln trotzdem eine Sache.

Dagegen ist einzuwenden, dass Software heutzutage nur noch selten auf Datenträgern vertrieben wird. Erfolgt der Vertrieb über einen Datenträger, kommt dem Rechtserwerb des Datenträgers – anders als beim Buch – **wirtschaftlich eine ganz untergeordnete Bedeutung** zu.¹⁰⁶ Allein deshalb scheint der Vergleich mit einem Buchkauf aus heutiger Sicht antiquiert. Ferner verkennt diese Argumentation die Trennung zwischen **Werkstück** (Buch, Datenträger) und dem **Werk als solchem** (Roman, Software).¹⁰⁷ Die Sachqualität des Computers, des Smartphones oder des Datenträgers¹⁰⁸ ist ebenso unbestritten, wie die Sachqualität des Buches. Davon zu trennen

¹⁰⁴ Vgl. wiederum BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395); sowie *Bydlinski*, AcP 1998, 287 (306); ebenso *Marly*, BB 1991, 432 (433).

¹⁰⁵ Diese Argumentation findet sich bei *Bydlinski*, AcP 1998, 287 (306); vgl. aber auch BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395).

¹⁰⁶ So *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 69; siehe zudem *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128 (3131) – der eigentliche Wert liege in der „immateriellen Leistung“.

¹⁰⁷ Siehe dazu *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 90 BGB Rn. 25 f.; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 28.

¹⁰⁸ Vgl. *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128 (3132); *Redeker*, IT-Recht, Rn. 281.

ist jedoch die Frage, ob Software selbst diese Qualität aufweist. So hat auch der Text in einem Buch unabhängig von dem Papier einen wirtschaftlichen Wert.¹⁰⁹ Wird aus einem Buch vorgelesen und wird dabei ein Hörbuch erstellt, kann man kaum sagen, der gesprochene Text alleine habe keinen wirtschaftlichen Wert. Eine Trennung ist in vielen Fällen leicht möglich.¹¹⁰ Ebenso wie bei dem Text, handelt es sich bei Software um ein **geistiges Gut**, dessen Wert unabhängig vom Trägermedium besteht. Allerdings gibt es – anders als bei Software, die in den Arbeitsspeicher geladen wird – zwischen dem Wirtschaftsgut Buch und dem jeweiligen Inhalt eine untrennbare Verbindung.¹¹¹ Naheliegender als der Vergleich mit einem Buch ist der Vergleich von Software und Hardware mit in einem Akku gespeicherter Energie. Energie, Strom (selbst wenn die Energie in einem Akku gespeichert ist) und Daten¹¹² sind **mangels sinnlicher Wahrnehmbarkeit und Beherrschbarkeit** keine Sachen.¹¹³ Gespeicherte Software auf einem Datenspeicher, der selbst als Sache wahrnehmbar ist,¹¹⁴ unterscheidet sich jedoch – der Sache nach – nicht von Energie, die in einer sinnlich wahrnehmbaren Batterie gespeichert ist. Die **sinnliche Wahrnehmbarkeit des Speichermediums** oder – im Falle des Batterievergleichs – des Lichts einer daran angeschlossenen Glühbirne ändert am Ausgangspunkt nichts. Mit dem Buchvergleich versucht man, von der Sachqualität des Buches auf die Sachqualität der Software zu schließen. Die Argumentation, man könne die auf dem Datenträger verkörperte Software und das Trägermedium schlechterdings nicht trennen,¹¹⁵ verfängt – wie gezeigt – nicht. *Redeker* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass dadurch „*Sachverhaltsquetsche*“

¹⁰⁹ Nach *Marly*, *Software*recht, S. 312 Rn. 718 sei es aber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht möglich, geistiges Gut und dessen Verkörperung zu trennen.

¹¹⁰ Siehe auch *Rehbinder/Peukert*, *Urheberrecht*, Rn. 27 ff. mit weiteren Beispielen.

¹¹¹ So *Bormann/Bormann*, *DB* 1991, 2641 (2645).

¹¹² So *Börding/Julicher/Röttgen u.a.*, *CR* 2017, 134 (134) – Daten fehle eine eigenständige sinnlich wahrnehmbare Körperlichkeit gem.

¹¹³ Siehe *Fritzsche*, in: *BeckOK-BGB*, § 90 BGB Rn. 6, 8.

¹¹⁴ Zutreffend *Diedrich*, *CR* 2002, 473 (475) – Wahrnehmbar sei allein das Speichermedium.

¹¹⁵ Etwa *König*, *NJW* 1990, 1584 (1585).

betrieben werde.¹¹⁶ Allein durch die technische Weiterentwicklung – die zunehmende Ablösung von handelsfähigen Datenträgern zur digitalen Übertragung bis hin zur Softwarenutzung in der Cloud – wird die Richtigkeit der Feststellung, dass Software gerade von Datenträgern abtrennbar ist, bestätigt. Der Vergleich mit einem Buch kann weder eine sinnliche Wahrnehmbarkeit von Software noch als Konsequenz daraus die Sachqualität von Software überzeugend begründen. Daher ist schon der Vergleichsmaßstab verfehlt.

Nähert man sich mit der **Wortlautinterpretation** dem körperlichen Gegenstand an, sprechen die besseren Argumente gegen eine Sacheigenschaft von Software.¹¹⁷ Es fällt extrem schwer, Software unter die gängigen Definitionen des körperlichen Gegenstandes zu subsumieren. Gleichwohl wird vorgebracht, dass das Verständnis des Sachbegriffs nicht starr sein müsse, sondern sich dem technischen Fortschritt anpassen könne (**Anpassungsfähigkeit des Sachbegriffs**).¹¹⁸ Eine solche Interpretation ist denkbar und die einzige Möglichkeit, Software als Sache im Sinne des § 90 BGB zu verstehen (dynamische Interpretation von § 90 BGB). Allerdings ist diese Auffassung nach der Schuldrechtsreform nicht mehr vertretbar.¹¹⁹

Die **Gesetzsystematik** spricht entschieden gegen eine **dynamische** Interpretation von § 90 BGB. Zum einen würde durch das gegenteilige Verständnis die **gesetzgeberische Abgrenzung von körperlichen Gegenständen** (vgl. §§ 90, 433 I 1, 864 I BGB) und **sonstigen Gegenständen (§ 453 I BGB)** unterlaufen. Würde man § 90 BGB derart weit verstehen und selbst Immaterialgüter unter § 90 BGB subsumieren, wäre ein **Leerlauf** von § 453 I Var. 2 BGB die Konsequenz.¹²⁰ *Marly* meint zwar,

¹¹⁶ *Redeker*, NJW 1992, 1739 (1740).

¹¹⁷ *Diedrich*, CR 2002, 473 (475) – der Wortlaut spreche gegen die Bewertung von Software als Sache.

¹¹⁸ So etwa *Marly*, *Softwarerecht*, S. 312 Rn. 721; ebenso *Bydlinski*, AcP 1998, 287 (303).

¹¹⁹ So bereits *Stichtenoth*, K u. R 2003, 105 (106).

¹²⁰ *Marly*, *Softwarerecht*, S. 316 Rn. 728 misst der Vorschrift lediglich für Softwareüberlassungsverträge klarstellende Bedeutung bei.

§ 453 I Var. 2 BGB stelle in Bezug auf Software nur klar, dass Softwareüberlassungsverträge auf Dauer unter kaufrechtliche Vorschriften zu fassen seien.¹²¹ Die Vorschrift könne aufgrund ihrer Stellung zudem nichts über die Sachqualität von Software aussagen.¹²² Dabei wird jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Gesetzgeber Software explizit als sonstigen Gegenstand des § 453 I Var. 2 BGB genannt hat.¹²³ Damit spricht sich der Gesetzgeber dagegen aus, § 433 BGB direkt anzuwenden. Hätte der Gesetzgeber nur die Anwendbarkeit von Kaufrecht klarstellen wollen, wäre ohnehin eine derartige Klarstellung bei § 433 BGB zu erwarten gewesen. In diesem Punkt kann *Marly* daher nicht zugestimmt werden. Außerdem wäre bei der Annahme einer Sacheigenschaft die Anwendung von § 903 S. 1 BGB zwingende Folge. Nach der Vorschrift kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen (**Ausschließungsbefugnis** des Eigentümers). Die sachenrechtliche Frage nach dem Eigentümer würde zu vielen – kaum auflösbaren – Folgefragen führen.¹²⁴ Beispielsweise müsste man danach fragen, ob Microsoft Eigentümer des Betriebssystems *Windows 10* ist oder eben, ob der Eigentümer der jeweiligen Computeranlage, auf dem das System installiert ist, Eigentümer der Software ist?¹²⁵ Wie sieht es dann erst aus, wenn Zwischenhändler eingeschaltet sind und die Software auf einem Server installiert ist, der an einem anderen Ort steht, als an dem Ort, an dem sich der Endanwender befindet? Mit dem **sachenrechtlichen Publizitätsprinzip**¹²⁶ wären derartige **Kunstgriffe** nicht zu vereinbaren.

¹²¹ So *Marly*, *Softwarerecht*, S. 315 f. Rn. 728.

¹²² *Marly*, *Softwarerecht*, S. 315 f. Rn. 728.

¹²³ Siehe BT-Drucks. 14/6040 S. 242.

¹²⁴ Siehe dazu die Ausführungen von *Redeker*, NJW 1992, 1739 (1739).

¹²⁵ Angelehnt an *Redeker*, NJW 1992, 1739 (1739).

¹²⁶ Ähnlich in Bezug auf Daten *Börding/Julicher/Röttgen u.a.*, CR 2017, 134 (134); siehe zum sachenrechtlichen Publizitätsprinzip *Vieweg/Werner*, *Sachenrecht*, S. 5; eine andere Frage ist, ob das Publizitätsprinzip auch im Recht des Geistigen Eigentums anwendbar ist. Dazu vertiefend *McGuire*, *Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums*, S. 288.

Die Einordnung als Sache hätte die **direkte Anwendung von § 433 I 1 BGB** zur Folge. Bei der geforderten **Übergabe**¹²⁷, die typischerweise **Besitzaufgabe auf Veräußererseite** und **eine Besitzerlangung auf Erwerberseite** voraussetzt (vgl. §§ 433 I 1, 854 I, 856 I BGB),¹²⁸ zeigt sich, dass selbst diejenigen, die Software als Sache im Sinne des § 90 BGB sehen (wollen), sich gewisser **Kunstgriffe** bedienen.¹²⁹ Da bei der Online-Übertragung von Software von einem Computer auf einen anderen faktisch lediglich **eine neue Kopie** erstellt wird,¹³⁰ kann von einem **Besitzverlust** und im Ergebnis von einer **Übergabe** nicht gesprochen werden.¹³¹ Zudem erlangt der Erwerber in solchen Fällen eben eine Programmkopie und nicht das ursprüngliche Programm. *König* etwa möchte darin eine Leistung an Erfüllung statt im Sinne des § 364 I BGB sehen.¹³² *Marly*, der selbst Software als Sache im Sinne des § 90 BGB sieht, weist darauf hin, dass „*dies [...] bereits schuldrechtlich bedenklich [sei], da die den Kaufvertrag charakterisierende Hauptleistungspflicht der Sachübergabe durch eine Verpflichtung zur Herstellung einer Programmkopie ersetzt würde [...]*“.¹³³

¹²⁷ *Redeker*, IT-Recht, § 283 – „Software kann auch ohne Übergabe der konkreten Sache übertragen werden.“

¹²⁸ Eine Einbuße auf Veräußererseite findet jedoch beim bloßen Kopieren von Software typischerweise gerade nicht statt – so überzeugend *Faust*, in: DJT 2016, A 10.

¹²⁹ Etwa *Bartsch*, CR 2010, 553 (319); *Bydlinski*, AcP 1998, 287 (319) – spricht sich für ein sehr extensives Verständnis von § 90 BGB aus; *Cichon*, Internet Verträge, 259 ff. Rn. 966 ff. – definiert für Übergabe (= Übertragung der Software auf den Rechner des Kunden) und Übereignung (= Sicherstellung der Nutzungsmöglichkeit und -berechtigung) werden wertend andere Handlungen; *Grübler*, Digitale Güter, S. 107; *König*, NJW 1990, 1584 (1585) – Übertragung sei Leistung an Erfüllung statt nach § 364 I BGB; gleichwohl war eine extensive Auslegung des Sachbegriffs vor der Schuldrechtsreform keine Seltenheit – siehe für weitere Nachweise *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 67.

¹³⁰ Ebenso *Haberstumpf*, CR 2012, 561 (563).

¹³¹ Ebenso *Faust*, in: DJT 2016, A 46; *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 27; vgl. auch *Schmidt-Kessel*, K u. R 2014, 475 (475) – verlustfreie Kopierbarkeit führe dazu, dass digitale Inhalte in der Regel nicht weitergegeben werden, sondern Gegenstand der Verbreitung seien.

¹³² Siehe *König*, NJW 1990, 1584 (1585).

¹³³ *Marly*, BB 1991, 432 (435).

Will *Marly* darüber durch eine analoge Anwendung der Übergabevorschriften hinwegkommen,¹³⁴ ist dem entgegenzuhalten, dass es bereits an den Analogievoraussetzungen fehlt. Man kann nur schwerlich von einer planwidrigen Unvollständigkeit im Recht sprechen,¹³⁵ wenn der Gesetzgeber – wie in der **Regierungsbegründung** zu § 453 I BGB deutlich wird –¹³⁶ gerade keine Übergabe bei Software vorgesehen hat. Schließlich müsste man dann konsequenterweise eine **Pfändung** im Softwarebereich auch als **Sachpfändung** nach §§ 808 ff. ZPO) ansehen.¹³⁷ Gemäß § 808 BGB erfolgt die Pfändung dadurch, dass der Gerichtsvollzieher die „*im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen*“ in den Besitz nimmt. Dergestalt pfändbar sind allenfalls Datenträger, Server oder Smartphones, auf denen sich die Software befindet. Allein die sachenrechtlichen Begriffe „*Gewahrsam*“ und „*körperliche Sache*“ verdeutlichen jedoch, dass eine Pfändung von Software „in der Cloud“ oder einer einzelnen App auf dem Smartphone so nicht funktionieren kann. Die Einordnung von Software als Sache im Sinne des § 90 BGB wäre daher **gesetzssystematisch** zweifelhaft.¹³⁸

Die **Regierungsbegründung** macht deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Einführung von § 453 BGB im Sinn hatte, Software unter diese Vorschrift zu fassen.¹³⁹ **E contrario** hat der Gesetzgeber damals Software jedenfalls nicht als Sache im Sinne des § 90 BGB gesehen.¹⁴⁰ Durch die Vorschrift wird zudem deutlich, dass der Gesetzgeber gerade **nicht** von einem **dynamischen** Sachbegriff ausging. Hätte der Gesetzgeber die **Anpassungsfähigkeit** des Sachbegriffs geteilt, wäre die Begründung bei der Einführung

¹³⁴ So *Marly*, *Softwarerecht*, S. 314 Rn. 725.

¹³⁵ Zu den Analogievoraussetzungen siehe nur *Sprau*, in: Palandt, Einleitung Rn. 48.

¹³⁶ BT-Drcks. 14/6040 S. 242.

¹³⁷ Mit diesem Gedanken *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 280.

¹³⁸ Selbst *Bydlinski* muss eingestehen, dass die „*vorhandenen Normen [...] auf die neuesten Entwicklungen nicht ausgelegt*“ sind – *Bydlinski*, *AcP* 1998, 287 (319).

¹³⁹ Siehe ausdrücklich BT-Drucks. 14/6040 S. 242.

¹⁴⁰ A. A. *Marly*, *Softwarerecht*, S. 316 Rn. 728 – der Streit über die Sachqualität der Computerprogramme bleibe gesetzgeberisch nicht ausdrücklich entschieden. § 453 I BGB mitsamt Begründung enthalte keine allgemeine Grundregelung.

des § 453 I BGB überflüssig gewesen. Daher sind aus heutiger Sicht Versuche, durch eine **extensive Auslegung** von § 90 BGB den Anwendungsbereich von § 433 I 1 BGB künstlich zu erweitern, abzulehnen.¹⁴¹ Die Rechtsfolgen zwischen Sach- und Rechtskauf unterscheiden sich im Gegensatz zu früher gerade nicht mehr. Der von *Herbst* vorgenommene Versuch, das Sachenrecht zum funktionellen Güterrecht als Ordnungshilfe zu erweitern, ist nach der Einführung von § 453 I BGB überholt.¹⁴² Vielmehr muss man die klare gesetzgeberische Entscheidung respektieren.¹⁴³ Die **historische Auslegung** spricht daher entscheidend dagegen, Software als körperlichen Gegenstand zu verstehen.

Die Auslegung ergibt folglich, dass **Software keine Sache im Sinne des § 90 BGB** ist. Soweit ersichtlich hat sich diese Ansicht mittlerweile in der Literatur ebenfalls durchgesetzt.¹⁴⁴ Daher bleibt für die weitere Untersuchung festzuhalten: **Software ist keine Sache im Sinne von § 90 BGB.**

¹⁴¹ Ausdrücklich *Stichtenoth*, K u. R 2003, 105 (106). Der Weg schien vor der Schuldrechtsmodernisierungsreform durchaus gangbar – vgl. nur *Malzer*, Softwarevertrag, S. 50 m.w.N.; so aber immer noch *Marly*, Softwarerecht, S. 309 ff. Rn. 712 ff..

¹⁴² Siehe *Herbst*, Lizenz, S. 106.

¹⁴³ Vgl. BGH, Urteil vom 10.07.2014 – IX RZ 192/13, NJW 2014, 2579 (2582) der Richter dürfe eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung nicht nach eigenen rechtspolitischen Vorstellungen ersetzen; vertiefend *Würdinger*, JuS 2016, 1 (5).

¹⁴⁴ Auf dieser Linie: *Bartsch*, CR 2010, 553; *Berger*, in: Jauernig-BGB, § 453 Rn. 11; *Bormann/Bormann*, DB 1991, 2641 (2642); *Butchereit*, Rechtliche Aspekte von Entertainmentangeboten, S. 47; *Cichon*, Internet Verträge, 242 Rn. 918; *Diedrich*, CR 2002, 473 (475); *Druschel*, GRUR-Int. 2015, 125 (125); *Faust*, in: BeckOK-BGB, § 453 Rn. 24; *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, § 90 Rn. 25 f.,; *Haberstumpf*, CR 2012, 561; *Heydn*, CR 2010, 765; *Hilty*, CR 2012, 625 (629); *Hilty*, MMR 2003, 3; *Kannowski/Jan-Niklas*, NJOZ 2017, 522 (522 f.); *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352); *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (655); *Mehring*, NJW 1986, 1904 (1905); *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 286; *Redeker*, NJOZ 2008, 2917; für virtuelle Gegenstände in Spielen *Sabellek/Heinemeyer*, CR 2012, 719 (720); *Stresemann*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 90; *Stichtenoth*, K u. R 2003, 105; ebenso wohl *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 (2609); vor der Schuldrechtsreform: *Heussen*, GRUR 1987, 779 (779); *Moritz*, CR 1994, 257 (263); *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128 (3128 ff.); *Pres*, Softwarelizenzverträge, 19 ff. *Redeker*, NJW 1992, 1739; **a.A.** BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394) – für auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware; nach Schuldrechtsreform *Kremer*,

Bartsch merkt zu Recht an, dass die Frage eigentlich schon falsch ist: „Die seit 25 Jahren heftig erörterte Frage, ob Software eine Sache sei, ist deshalb eine prinzipiell falsche. Software ist Software“.¹⁴⁵

Für die weitere vertragstypologische Einordnung des App-Downloads muss man berücksichtigen, dass **Apps keine Sachen im Sinne des § 90 BGB** sind. Durch diese **erste Grundfeststellung** lässt sich die Folgefrage, ob eine Eigentumsübertragung beim App-Download stattfindet, leicht beantworten. Wiederum wird an den allgemeinen Softwarebegriff angeknüpft.

2. Keine Eigentumsübertragung

Lehnt man richtigerweise die Sacheigenschaft von Software ab, kann konsequenterweise bei deren Veräußerung keine Eigentumsübertragung nach den §§ 929 ff. BGB erfolgen. Die Vorschriften befinden sich **systematisch** im Dritten Buch – dem **Sachenrecht** – und dort unter dem Dritten Titel (Erwerb und Verlust des Eigentums an **beweglichen Sachen**) und Ersten Untertitel (Übertragung). Die systematische Stellung verdeutlicht, dass eine **bewegliche Sache als Übertragungsgegenstand** erforderlich ist.¹⁴⁶ Die **typischen sachenrechtlichen Befugnisse**, die mit der Eigentümerstellung nach einer Eigentumsübertragung einhergehen (etwa Ausschließungsbefugnis, vgl. § 903 S. 1 BGB), passen auf Software nicht. *Redeker* veranschaulicht dies plastisch an den §§ 947 und 948 BGB: *“Würde man Software darüber hinaus als Sache ansehen, so käme dann, wenn die Nut-*

in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 15; prominent: *Marly*, *Softwarerecht*, S. 309 ff. Rn. 712 ff.; *Oberhem*, *Open-Source Software*, S. 59; wohl *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489; *Solmecke/Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann*, *Mobile Apps*, 32 Rn. 28; *Zdanowiecki*, in: *Bräutigam/Rücker*, *E-Commerce*, 836 Rn. 12; zuvor etwa *Bydlinski*, AcP 1998, 287; *König*, NJW 1990, 1584; *König*, NJW 1993, 3121; *Marly*, BB 1991, 432.

¹⁴⁵ Ausdrücklich *Bartsch*, CR 2010, 553 (558).

¹⁴⁶ Siehe *Mansel*, in: *Jauernig-BGB*, § 90 BGB Rn. 2 – nur an Sachen kann Eigentum im Sinne des BGB bestehen.

zungsrechte an Software einem anderen zustehen als das Eigentum am jeweiligen Rechner, die Frage auf, ob durch Einspeicherung der Software etwa die Regeln der §§ 947 und 948 BGB über Verbindung und Vermischung eingreifen. **Niemand** kommt aber auf die Idee, dass durch Einspeicherung einer Software der Inhaber der Nutzungsrechte an dieser Software **Miteigentümer an der Festplatte würde.**“

Auch die UsedSoft-Entscheidung steht dem Verständnis nicht entgegen,¹⁴⁷ da sich der **Gegenstand des Eigentumsrechts nach den nationalen Eigentumsordnungen** richtet.¹⁴⁸ Nach Art. 345 AEUV lassen die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt. Bei einer Softwareveräußerung erfolgt damit **keine sachenrechtliche Eigentumsübertragung.**¹⁴⁹

Abschließend noch ein Gedanke zum Begriff der „Eigentumsübertragung“: Eine „Eigentumsübertragung“ ließe sich jedoch nach deutschem Recht dann konstruieren und würde sich in das System einfügen, wenn man sich vom Sachenrecht löst und das Urheberrecht als „**geistiges Eigentum**“ zum Maßstab nimmt. **Art. 14 I 2 GG** statuiert, dass Inhalt und Schranken des Eigentumsrechts durch die Gesetze bestimmt werden. Mit dem **Urheberrecht** hat der Gesetzgeber eine derartige Bestimmung getroffen.¹⁵⁰ Der grundgesetzliche Eigentumsbegriff geht eben über den Sacheigentumsbegriff des BGB hinaus. Wenn aber Software vom Urheberrechtsschutz ausdrücklich erfasst ist (vgl. **§§ 2 I Nr. 1, 69a UrhG**) und man den Urheberrechtsschutz als Eigentumsausgestaltung versteht, kann man in der „Eigentumsübertragung“ etwa die Übertragung (§ 69a IV i.V.m. § 34 UrhG) oder Einräumung (beispielsweise § 69a IV i.V.m. § 31 UrhG) eines Nutzungsrechts verstehen. Mit diesem

¹⁴⁷ Siehe C.II.3.

¹⁴⁸ So überzeugend *Haberstumpf*, CR 2012, 561 (562).

¹⁴⁹ Siehe bereits Nachweise bei C.III.2.; ebenso *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 27; **a.A. Marly**, Softwarerecht, S. 313 Rn. 722 f.

¹⁵⁰ Siehe *Axer*, in: BeckOK-GG, Art. 14 Rn. 50; *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 197 f.; vgl. zudem *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 86.

Weg ließe sich auch nach deutschem Verständnis eine „**Eigentumsübertragung**“ konstruieren.¹⁵¹ Das leitet unmittelbar zu den nächsten beiden grundlegenden Fragen über: Wie ist der Urheberrechtsschutz einer App konkret ausgestaltet und welchen **Einfluss hat das Urheberrecht** auf die vertragstypologische Zuordnung des App-Downloads. Zuvor bleibt als **zweite Grundfeststellung** festzuhalten, dass es beim **App-Download zu keiner Eigentumsübertragung im sachenrechtlichen Sinne** kommt.

3. Urheberrechtsschutz

Bevor jedoch der Einfluss des Urheberrechts thematisiert werden kann, muss zunächst einmal (unter a., b., c.) der **Urheberrechtsschutz** von Apps näher herausgearbeitet werden. Sodann wird (unter d.) aufgezeigt, wie die Erkenntnisse von den *Stores* umgesetzt werden und schließlich (unter e.), welche vertraglichen Pflichten sich daraus ableiten lassen. Auch dieser Themenkomplex ist weder wissenschaftlich umfassend aufgearbeitet, noch von der Rechtsprechung annähernd konkretisiert.

a. Apps sind urheberrechtlich geschützt

Das Urheberrecht bezweckt den **Schutz der schöpferischen Leistung** und soll dem **Urheber** eine **angemessene Beteiligung** bei jeder Auswertung seines Werks ermöglichen (vgl. § 11 S. 2 UrhG).¹⁵² Computerprogramme gehören gemäß § 2 Nr. 1 UrhG zu den geschützten Werken. Im achten Abschnitt des UrhG sind besondere Bestimmungen für Computerprogramme

¹⁵¹ Aktuell wird diskutiert, ob der Gesetzgeber nicht ein Dateneigentum in Form eines Immaterialgüterrechts sui generis zwingend schaffen/ausgestalten müsste. Eine Ausgestaltung des Dateneigentums hätte wiederum Auswirkungen auf die Softwaredebatte. Diese Fragen können an dieser Stelle nicht vertieft werden. Siehe dazu jedoch *Fezer*, MMR 2017, 3 (3).

¹⁵² Siehe *Loewenheim/Becker*, Loewenheim et al. 2010, § 1 Rn. 4; ebenso *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 1 UrhG Rn. 2; siehe auch *Heydn*, CR 2010, 765 (768) – „*der Rechtsinhaber [soll] für den Aufwand, den er in die Entwicklung von Computerprogrammen investiert, angemessen entlohnt [werden]*“.

geregelt. Die Definition in § 69a I UrhG ist **weit**¹⁵³ gefasst („*Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials*“). Apps fallen unproblematisch unter die Definition (vgl. auch § 69a III UrhG).¹⁵⁴ § 69a IV UrhG erklärt, dass grundsätzlich die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen für Computerprogramme anwendbar sind. Nach § 11 S. 1 UrhG i.V.m. § 69a IV UrhG ist der Urheber in der **Nutzung** des Werks urheberrechtlich geschützt. Das umfasst das **positive Nutzungsrecht**, Dritten die Nutzung des Werks zu **gestatten** und das **negative Verbotsrecht**, anderen die Nutzung zu **untersagen**.¹⁵⁵ § 69c UrhG (Zustimmungsbedürftige Handlungen) räumt dem Rechtsinhaber ein **ausschließliches Vervielfältigungsrecht** (§ 69c Nr. 1 UrhG) und ein **Verbreitungsrecht** (§ 69c Nr. 3 UrhG) ein, das jedoch dem **Erschöpfungsgrundsatz**¹⁵⁶ unterliegt (§ 69 Nr. 3 S. 2 UrhG). Das Verbreitungsrecht entspricht inhaltlich dem Verbreitungsbegriff in § 17 I UrhG.¹⁵⁷ Danach ist das Verbreitungsrecht das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit **anzubieten** oder **in Verkehr zu bringen**. Das Verbreitungsrecht ist aus Sicht des *Nutzers* für die vertragstypologische Einordnung unbedeutend. An dieser Stelle wird daher auf eine vertiefte Erörterung verzichtet.¹⁵⁸ Gemäß § 69c Nr. 4 UrhG hat der Rechtsinhaber das ausschließliche Recht der **öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung**. Der Rechtsinhaber kann somit darüber entscheiden, ob er eine App im *Store* anbieten möchte oder nicht.¹⁵⁹ Der *Nutzer* verstößt gegen das

¹⁵³ Ebenso Ganzhorn, Digitale Güter, S. 19; Kaboth/Spies, in: BeckOK-UrhG, § 69a Rn. 2; Redeker, IT-Recht, Rn. 7 – „festzuhalten ist, dass Computerprogramme in jeder Gestalt geschützt sind“.

¹⁵⁴ Ebenso Baumgartner/Ewald, Apps und Recht, 109 f. Rn. 387; Marly, Softwarerecht, S. 39 Rn. 78; Solmecke, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 249 Rn. 3; zu Standardsoftware auch Lutz, Softwarelizenzen, S. 31.

¹⁵⁵ Grundlegend Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 247; ausdrücklich Solmecke, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 255 Rn. 27.

¹⁵⁶ Siehe dazu unter D.II.

¹⁵⁷ Siehe BT-Drucks. 12/4022 S. 11 – „diese Bestimmung sieht in Übereinstimmung mit § 17 UrhG ein Verbreitungsrecht vor“; ebenso Kaboth/Spies, in: BeckOK-UrhG, § 69c UrhG Rn. 14.

¹⁵⁸ Siehe zum **Erschöpfungsgrundsatz** bei Apps aber noch vertiefend D.II.

¹⁵⁹ Vgl. Redeker, IT-Recht, Rn. 60; Redeker, IT-Recht – Bereitstellen von Software im Internet zum Download als öffentliches Zugänglichmachen.

Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, wenn er beispielsweise die App ohne Zustimmung des Rechtsinhabers andernorts öffentlich anbieten würde. Für die nun zu beantwortende Frage, welchen Einfluss das Urheberrecht auf den Vertragstyp haben kann, spielt das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung keine Rolle. Daher muss eine Vertiefung unterbleiben. Bei einer Rechtsverletzung, etwa einer Nutzung ohne Zustimmung, droht ein Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch nach § 97 UrhG. Bevor im Einzelnen auf die relevanten zustimmungsbedürftigen Handlungen im App-Bereich eingegangen wird, muss kurz der Blick auf die Besonderheiten des Werkgenusses im digitalen Bereich gerichtet werden.

b. Werkgenuss im digitalen Bereich

„Ein Buch oder eine Schallplatte kann urheberrechtsneutral genutzt werden, ein Computerprogramm hingegen nicht.“¹⁶⁰

Im analogen und frühen digitalen Zeitalter war anerkannt, dass der **bloße private Werkgenuss** das Urheberrecht nicht verletzt.¹⁶¹ Der private Werkgenuss war **gemeinfrei** und von den **Verwertungsrechten** des Urhebers ausgeklammert (vgl. § 15 UrhG).¹⁶² So musste etwa der Käufer eines Buchs oder einer Schallplatte keine Lese- oder Anhörungsrechte erwerben.¹⁶³ Vielmehr musste der Urheber den Werkgenuss durch ein Stufen-system von vorgeschalteten Verwertungs- und Vergütungsansprüchen (etwa Verlage, Verwertungsgesellschaften wie die VG Wort) monetarisieren.¹⁶⁴ Im **digitalen Zeitalter** und im Kontext von Software- und App-Downloads lässt sich nach heutigem Verständnis diese Regel zunehmend

¹⁶⁰ Heydn, CR 2010, 765 (768).

¹⁶¹ So Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 333; vgl. zudem Grütz maker, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG Rn. 4.

¹⁶² Expressis verbis Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 15 UrhG Rn. 10.

¹⁶³ So Heydn, CR 2010, 765 (768).

¹⁶⁴ Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 334.

nicht mehr aufrechterhalten.¹⁶⁵ Mit dem **Downloadvorgang und der Installation** geht automatisch technisch eine dauerhafte **Vervielfältigung** einher.¹⁶⁶ Auch bei der **App-Nutzung** kommt es technisch durch das Laden in den **Arbeitsspeicher** zu vorübergehenden **Vervielfältigungen**.¹⁶⁷ Nach § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG handelt es sich dabei explizit um **zustimmungsbedürftige Handlungen**. Eine Trennung zwischen urheberrechtsneutraler Privatnutzung und urheberrechtlich relevanter Verwertung (über ein Stufensystem) ist damit nicht mehr möglich. Vielmehr wird aus jeder Standardnutzung einer App eine urheberrechtlich relevante Handlung.¹⁶⁸ Das früher aus § 15 UrhG abgeleitete Dogma, der private Werkgenuss sei urheberrechtsneutral, lässt sich bei Apps schon wegen § 69c UrhG nicht aufrechterhalten. Auch wenn das urheberrechtliche Schutzkonzept von Computerprogrammen nicht frei von Kritik ist, muss man den Willen des Gesetzgebers akzeptieren.¹⁶⁹

Es ist darauf hinzuweisen, dass bei anderen digitalen Inhalten das frühere Selbstverständnis ebenfalls ins Wanken gerät, obwohl sich diese Inhalte noch an § 15 UrhG messen lassen müssen.¹⁷⁰ Im Folgenden wird auf die einzelnen **zustimmungsbedürftigen Handlungen** eingegangen.

¹⁶⁵ Vgl. aber die mittlerweile überholten BGH-Entscheidungen: BGH, Urteil vom 04.10.1990 – I ZR 139/39, NJW 1991, 1231 (1234) – Benutzung eines Werkes sei kein urheberrechtlich relevanter Vorgang, was auch für Computerprogramme gelte; nach der Umsetzung der Computerprogrammrichtlinie ist die Entscheidung nicht mehr aufrechtzuerhalten; vgl. bereits BGH, Urteil vom 20.01.1994 – I ZR 267/91, NJW 1994, 1216 (1216).

¹⁶⁶ Heydn, CR 2010, 765 (774).

¹⁶⁷ Vgl. Böcker, Computerprogramme, 149 f.; Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69a UrhG Rn. 2; Grützmaker, CR 2007, 549 (552); Heerma, in: Wandtke/Bullinger, § 15 UrhG Rn. 10; Heydn, CR 2010, 765 (771) – „Die Nutzung eines Computerprogramms ohne Vervielfältigung ist nicht möglich“; Heydn, CR 2010, 765 (774) – Software werde bei der Benutzung in den Arbeitsspeicher geladen; Junker, NJW 1993, 824 (824); Pres, Softwarelizenzverträge, S. 112; Redeker, IT-Recht, Rn. 47–50; Seitz, "Gebrauchte" Softwarelizenzen, S. 78;

¹⁶⁸ Ebenso Becker, ZGE 2016, 239 (262); Hilty, MMR 2003, 3 (15); Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 336; a.A. Cichon, Internet Verträge, 247 ff. Rn. 935 ff..

¹⁶⁹ Zur Kritik am urheberrechtlichen Schutzkonzept siehe Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69a UrhG Rn. 2 f.

¹⁷⁰ Dazu ausführlich Schulze, NJW 2014, 721 (721 ff.).

c. *Zustimmungsbedürftige Handlungen*

An dieser Stelle werden die für die vertragstypologische Einordnung relevanten zustimmungsbedürftigen Handlungen vorgestellt. Da aus Sicht des *Nutzers* das Verbreitungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Bereich des App-Downloads aktuell wenig bedeutsam sind, liegt der Fokus auf dem Vervielfältigungsrecht und dem Nutzungsrecht.

aa. Vervielfältigungsrecht

„§ 69d ist einerseits die im Rahmen der Vertragsgestaltung zentrale Norm des Computerurheberrechts, andererseits aber auch die wohl am schwersten zugängliche Vorschrift.“¹⁷¹

Bei der normalen App-Nutzung ist das **Vervielfältigungsrecht** aus § 69c Nr. 1 UrhG betroffen.¹⁷² Danach sind dauerhafte und vorübergehende Vervielfältigungen, und sei es auch nur durch das Laden, Übertragen oder Speichern, grundsätzlich zustimmungspflichtige Handlungen. Allerdings sieht das Gesetz **Ausnahmeregelungen von dem Zustimmungserfordernis** vor.

Als **Ausnahmeregelungen** kommen zunächst die §§ 44a, 53 I, 69d UrhG in Betracht. Gemäß **§ 44a UrhG** sind **vorübergehende Vervielfältigungshandlungen**, die flüchtig oder begleitend sind, unter Umständen zulässig. Das kann nach § 44a Nr. 2 UrhG der Fall sein, wenn die Vervielfältigung für eine rechtmäßige Nutzung notwendig ist. Nach dem Wortlaut hilft die Vorschrift – wenn überhaupt anwendbar¹⁷³ – aber allenfalls bei der App-Nutzung weiter, denn bei der Installation wird ja gerade eine **nicht**

¹⁷¹ *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, § 69d UrhG Rn. 1; siehe auch *Seitz*, "Gebrauchte" Softwarelizenzen, S. 100 – § 69d Abs. 1 UrhG sei einer der am schwersten verständlichen Vorschriften des Urheberrechts.

¹⁷² b.

¹⁷³ Zur Frage der Anwendbarkeit *Dreier*, in: Dreier/Schulze, § 69c UrhG Rn. 9; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, § 44a UrhG Rn. 75 m.w.N.; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 599 sowie *Seitz*, "Gebrauchte" Softwarelizenzen, S. 126 sprechen sich explizit gegen eine Anwendbarkeit aus.

nur flüchtige und begleitende Vervielfältigung erstellt.¹⁷⁴ Bei der App-Nutzung ist ferner zu bedenken, dass für die „*rechtmäßige Nutzung*“ wiederum eine **gesetzliche oder vertragliche Rechteeinräumung** erforderlich ist.¹⁷⁵ § 44a UrhG hilft daher isoliert betrachtet nicht weiter. Es bleibt bei dem Zustimmungserfordernis. Gemäß § 53 I 1 UrhG sind **Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch** zulässig. Indes wird § 53 I 1 UrhG schon von § 69d UrhG verdrängt (*lex specialis*) und ist nicht anwendbar.¹⁷⁶ Folglich lässt sich weder aus § 44a UrhG noch aus § 53 I UrhG eine Nutzungsbefugnis ableiten.

Schließlich könnte sich daher allein aus § 69d UrhG eine **Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis** ableiten lassen. Nach § 69 d I UrhG bedürfen die in § 69c Nr. 1 und 2 UrhG genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine **bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms** durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms **Berechtigten notwendig sind**, soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen.

Auf den ersten Blick sprechen der **Wortlaut** und die **systematische Stellung der Norm** (Überschrift: Ausnahme von zustimmungsbedürftigen Handlungen; direkter Verweis auf § 69c UrhG) dafür, dass es sich um eine **echte urheberrechtliche Schrankenbestimmung** handelt.¹⁷⁷ Nur bei einem derartigen Verständnis, wäre **keine vertragliche Regelung zur urheberrechtsneutralen Nutzung** erforderlich.

¹⁷⁴ Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, § 44a UrhG Rn. 4 – „*dagegen ist das Downloading [...] keine nur vorübergehende Vervielfältigung*“.

¹⁷⁵ Dazu Dreier, in: Dreier/Schulze, § 44a UrhG Rn. 4; Schulz, in: BeckOK-UrhG, § 44a UrhG Rn. 13.

¹⁷⁶ Siehe Dreier, in: Dreier/Schulze, § 69d urhG Rn. 2; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG Rn. 75 m.w.N.; a.A. wohl Ganzhorn, Digitale Güter, S. 47.

¹⁷⁷ So Böcker, Computerprogramme, 160 ff.; Kaboth/Spies, in: BeckOK-UrhG, § 69d UrhG Rn. 1; mit diesem Verständnis wohl auch Kremer, in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 17 und Seitz, "Gebrauchte" Softwarelizenzen, S. 121 – „*Inhaltsnorm mit Schrankencharakter*“.

Bei genauerer Untersuchung wird jedoch schnell klar, warum die **dogmatische Einordnung** von § 69d I UrhG **schwierig** ist.¹⁷⁸ Schon die **Einschränkung** der Norm („*soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen*“) verdeutlicht, dass der Gesetzgeber im Regelfall von einer vertraglichen Regelung ausgeht. So beginnt die Vorschrift direkt mit der besagten Einschränkung. Geht der Gesetzgeber aber offenbar vom **Regelfall einer vertraglichen Bestimmung** aus, passt das **systematisch** nicht zu einer Ausnahmeregelung in Form einer echten gesetzlichen Schrankenbestimmung, die eine vertragliche Regelung potentiell entbehrlich machen soll. Zudem sind die **Tatbestandsvoraussetzungen** dergestalt **unbestimmt**, dass sie häufig ohne explizite Parteivereinbarung keine Aussagekraft haben. Das gilt namentlich für die Fragen der **bestimmungsgemäßen Benutzung** und insbesondere für die **Berechtigung**. Selbst wenn man die **Installation und das Laden in den Arbeitsspeicher** von Apps auch ohne vertragliche Regelung als bestimmungsgemäße Nutzung einordnet,¹⁷⁹ ergibt sich die **Berechtigung** aus einer **Parteivereinbarung**.¹⁸⁰ So liegt eine Berechtigung vor, wenn er ein **urheberrechtliches Nutzungsrecht wirksam erworben hat (Lizenznehmer)**.¹⁸¹ Weiterhin ist berechtigt, wer sein Nutzungsrecht aus dem **schuldrechtlichen Kausalgeschäft** (dem Überlassungsvertrag) ableiten kann.¹⁸² Beiden Fällen liegt eine Parteivereinbarung zu Grunde.¹⁸³

¹⁷⁸ Explizit *Wiebe*, in: *Recht der elektronischen Medien*, § 69d UrhG Rn. 3; ein Überblick über die dogmatischen Einordnungsmöglichkeiten findet sich bei *Lutz*, *Softwarelizenzen*, S. 122.

¹⁷⁹ Auf dieser Linie *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69d UrhG Rn. 9; *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 49; *Wiebe*, in: *Recht der elektronischen Medien*, § 69d UrhG Rn. 12.

¹⁸⁰ So *Kaboth/Spies*, in: *BeckOK-UrhG*, § 69d UrhG Rn. 5; vgl. auch *Redeker*, *IT-Recht*, 49.

¹⁸¹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69d UrhG Rn. 6; *Kaboth/Spies*, in: *BeckOK-UrhG*, § 69d UrhG Rn. 4.

¹⁸² *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69d Rn. 24; *Kaboth/Spies*, in: *BeckOK-UrhG*, § 69d UrhG Rn. 4; *Wiebe*, in: *Recht der elektronischen Medien*, § 69d Rn. 8 – der Käufer sei berechtigt.

¹⁸³ Schließlich gilt als Berechtigter, wer sich auf die Erschöpfung des Verbreitungsrechts berufen kann (vgl. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG – so *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69d UrhG Rn. 6; *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 74; *Schmidt-Kessel*, *K u. R* 2014, 475 (477). Das soll

Sähe man nun § 69d I Nr. 1 UrhG als echte Schrankenbestimmung, hinge die Frage des Urheberrechtsschutzes von der Berechtigung und mithin von einer Parteivereinbarung ab. Dieses Verständnis ist jedoch mit der **Gesetzsystematik** unvereinbar.¹⁸⁴ Nach **§ 69a III 1 UrhG** werden Computerprogramme geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne sind, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Nach § 69a III 2 UrhG sind zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit **keine anderen Kriterien anzuwenden**. Auf eine **Berechtigung** kann es also **systematisch** nicht ankommen.¹⁸⁵ Im Ergebnis ist § 69d I UrhG daher **keine echte urheberrechtliche Schrankenbestimmung**.¹⁸⁶

Aus der Regelung wird deutlich, dass sie von einer **vertraglichen Regelung** über die Nutzungsberechtigung abhängt. Wer berechtigt ist, lässt sich häufig nur anhand des **konkreten Überlassungsvertrags** ermitteln. Dann **verzahnt** sie jedoch die **vertragliche Nutzungsberechtigung mit dem Vervielfältigungsrecht**. Die bloße Vervielfältigung, die mit einer berechtigten Nutzung einhergeht, ist zustimmungsfrei.

Es verwundert daher nicht, dass die Vorschrift auch als **Mischform** zwischen **gesetzlicher Lizenz**¹⁸⁷ und **vertraglicher Auslegungsvorschrift**

an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden. Denn zum einen ist ungeklärt, ob man die UsedSoft-Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565) auf den App-Download übertragen kann. Allein die Tatsache, dass man nun grundsätzlich von einer Online-Erschöpfung ausgehen muss (Redeker, IT-Recht, Rn. 60 – „*insgesamt ist festzuhalten, dass der Erschöpfungsgrundsatz auch für digital vertriebene Software gilt.*“), lässt den Schluss nicht zu – dazu ausführlich unter D.II. Doch selbst wenn es so wäre, ist auch in diesem Fall ein Veräußerungsvertrag – und damit eine Parteivereinbarung – erforderlich.

¹⁸⁴ Lutz, Softwarelizenzen, S. 122.

¹⁸⁵ Mit diesem Gedanken Lutz, Softwarelizenzen, S. 122.

¹⁸⁶ A.A. aber Ganzhorn, Digitale Güter, S. 43; Kaboth/Spies, in: BeckOK-UrhG, § 69d UrhG Rn. 1 und Redeker, IT-Recht, Rn. 63.

¹⁸⁷ Herzog, Gebrauchte Software, 24 ff. – Vorschrift habe Doppelcharakter; Redeker, IT-Recht, Rn. 63; Wiebe, in: Recht der elektronischen Medien, § 69d UrhG Rn. 6.

gesehen wird.¹⁸⁸ Eine Einordnung als **Inhaltsnorm** ist ebenfalls denkbar.¹⁸⁹ *Grützmakers* fasst die Bedeutung von § 69d UrhG zutreffend folgendermaßen zusammen: „§ 69d ist einerseits die im Rahmen der Vertragsgestaltung zentrale Norm des Computerurheberrechts, andererseits aber auch die wohl am schwersten zugängliche Vorschrift.“¹⁹⁰ Doch selbst wenn man § 69d I UrhG als echte Schrankenregelung begreifen würde und eine gesonderte Nutzungsrechteeinräumung für entbehrlich hält, „verlangt bereits das **Bedürfnis nach Rechtsklarheit eine lizenzvertragliche Regelung** darüber, wer Berechtigter ist und worin die bestimmungsgemäße Benutzung zu sehen ist.“¹⁹¹

Aufgrund der Verzahnung zwischen Vervielfältigungsrecht und Nutzungsrecht muss dieses nun eingehend untersucht werden.

bb. Nutzungsrecht

Gemäß § 69a IV UrhG i. V. m. § 11 S. 1 Var. 2 UrhG ist der Urheber in der Werknutzung geschützt. Wie dargestellt worden ist, hilft § 69d I UrhG isoliert betrachtet nicht weiter und ist von einer vertraglichen Regelung abhängig. Dem *Nutzer* müssen daher zumindest der **Download und die Nutzung** gestattet werden.

Aus urheberrechtlicher Perspektive gibt es typischerweise drei Stufen der Gestattungen (**Stufenleiter der Gestattungen**).¹⁹² Das ergibt sich bereits aus §§ 69a IV i. V. m. **29 II UrhG**, wonach die Einräumung von Nutzungsrechten, schuldrechtliche Einwilligungen und die Vereinbarung von

¹⁸⁸ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69d UrhG Rn. 2 m.w.N.; ähnlich *Hoeren*, GRUR 2010, 665 (667) – im Kern zwingende gesetzliche Schranke, im dispositiven Teil Auslegungsvorschrift.

¹⁸⁹ So *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 122; *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69d UrhG Rn. 3 m.w.N.; *Pres*, Softwarelizenzverträge, 120 ff.

¹⁹⁰ *Grützmaker*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 69d UrhG Rn. 1.

¹⁹¹ *Chrocziel*, in: *Martinek/Semler/Flohr*, Vertriebsrecht, § 48 Computer und Software Rn. 7.

¹⁹² Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2010 – I ZR 69/08, NJW 2010, 2731 (2734) = BGHZ 185, 291 Rz. 28 ff; explizit *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 800; zur Stufenleiter der Lizenzgewährung grundlegend *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 247; vgl. zudem *Heydn*, CR 2010, 765 (774).

Verwertungsrechten zulässig sind. Der Rechtsinhaber kann nach § 183 BGB in die Nutzung einwilligen (**erste Stufe**).¹⁹³ Die **Einwilligung**¹⁹⁴ führt dazu, dass der tatbestandsmäßige Eingriff **nicht rechtswidrig** ist.¹⁹⁵ Die Einwilligung kann jedoch jederzeit für die Zukunft **widerrufen** werden (vgl. § 183 S. 1 BGB). Es wäre aus Sicht des *Nutzers* nicht interessengerecht, dass die möglicherweise entgeltliche App-Nutzung ohne Weiteres widerrufen werden kann. Lädt ein *Nutzer* eine App auf sein Smartphone, möchte er keine Rechtsverletzung begehen (**Rechtssicherheit**). Eine bloße Einwilligung nach § 183 BGB scheidet mithin aus. Daher kommt beim App-Download eine **schuldrechtliche Gestattung** (**zweite Stufe**¹⁹⁶) und eine (quasi-**dingliche**¹⁹⁷) **Einräumung von Nutzungsrechten** (**dritte Stufe**¹⁹⁸) nach §§ 31 I i.V.m. 69a IV UrhG in Betracht. Bei der schuldrechtlichen Gestattung erhält der *Nutzer* einen **Anspruch auf Duldung der Nutzung**, der nicht einseitig widerrufen werden kann.¹⁹⁹ Auf der **dritten Stufe** richtet sich die **Rechteeinräumung** nach § 31 I i.V.m. § 69a IV UrhG. Gemäß § 31 I i.V.m. § 69a IV UrhG kann der **Urheber** einem anderen ein **einfaches** oder ausschließliches **Nutzungsrecht einräumen**. Die urheberrechtliche Rechteeinräumung nach § 31 I 1 i.V.m. § 69a IV UrhG erfolgt durch ein **Verfügungsgeschäft**.²⁰⁰ Die **Verfügung** ist in § 31 I 1 UrhG angelegt („*kann einem anderen das Recht einräumen*“).²⁰¹ Auf das Verfügungsgeschäft, welches **Verfügun- gsmacht** oder die Zustimmung des Verfügungsberechtigten

¹⁹³ *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 801.

¹⁹⁴ Vertiefend zur urheberrechtlichen rechtfertigenden Einwilligung in Abgrenzung zur Einwilligung nach § 183 BGB siehe *Ohly*, GRUR 2012, 983 (983 ff.).

¹⁹⁵ *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 52; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 801.

¹⁹⁶ Dazu *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 804.

¹⁹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2010 – I ZR 69/08, NJW 2010, 2731 (2734) = BGHZ 185, 291 Rz. 29 m.w.N.; siehe auch *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 808; diese Einordnung war früher umstritten – dazu *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 39.

¹⁹⁸ Siehe *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 800 und 807 ff.

¹⁹⁹ *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 805 f..

²⁰⁰ Siehe *Heydn*, CR 2010, 765 (774 f.).

²⁰¹ *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, § 31 Rn. 15#.

(vgl. § 185 BGB) voraussetzt,²⁰² sind die §§ 398 ff. BGB (i.V.m. § 413 BGB) anwendbar.²⁰³ Im Gegensatz zur bloß schuldrechtlichen Gestattung erhält der *Nutzer* bei der Rechteeinräumung nach § 31 II i.V.m. § 69a IV UrhG eine stärkere, **quasi-dingliche**, Rechtsposition.²⁰⁴ Einfache Nutzungsrechte bleiben gegenüber später eingeräumten Nutzungsrechten wirksam (§ 33 S. 1 UrhG). Sie wirken *erga omnes* und genießen **Sukzessionsschutz**.²⁰⁵ Die **urheberrechtliche Verfügung** ist strikt zu trennen von dem der Verfügung zugrundeliegenden **schuldrechtlichen Kausalgeschäft (Trennungsprinzip)**.²⁰⁶ Anstelle des **Abstraktionsprinzips** gilt dabei zumindest bei der erstmaligen Rechteeinräumung nach umstrittener herrschender Auffassung das **Kausalitätsprinzip**.²⁰⁷ Ein gutgläubiger Erwerb eines Nutzungsrechts scheidet aus.²⁰⁸ Ob dem *Nutzer* **lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch** oder sogar ein **quasi-dingliches Nutzungsrecht** eingeräumt wurde, ist **Auslegungsfrage**

²⁰² *Soppe*, in: BeckOK-UrhG, § 31 UrhG Rn. 79; *Wiebe*, in: Recht der elektronischen Medien, § 31 UrhG Rn. 4.

²⁰³ *Wiebe*, in: Recht der elektronischen Medien, § 31 UrhG Rn. 4.

²⁰⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2010 – I ZR 69/08, NJW 2010, 2731 (2734) = BGHZ 185, 291 Rz. 29 m.w.N.; BGH, Urteil vom 26.03.2009 – I ZR 153/06, NJW-RR 2010, 186 (189) = BGHZ 180, 344 Rz.20; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 808.

²⁰⁵ *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 808; vgl. zur Problematik des Sukzessionsschutzes beim Wegfall einer Hauptlizenz vertiefend *McGuire/Kunzmann*, GRUR 2014, 28.

²⁰⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (778); BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395) Rz. 17; ebenso *Soppe*, in: BeckOK-UrhG, § 31 Rn. 77 f.; siehe zudem *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 34; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 810.

²⁰⁷ So *Ganzhorn*, Digitale Güter, 68 f.; *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 207; *Pres*, Softwarelizenzverträge, S. 150 m.w.N.; *Soppe*, in: BeckOK-UrhG, § 31 Rn. 78. m.w.N.; **für** eine Anwendbarkeit des Abstraktionsprinzips bei Computersoftware aber *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 44; *McGuire*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, S. 289 spricht sich auch für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Abstraktionsprinzips im Recht des Geistigen Eigentums aus; für das Urheberrecht grundlegend *Nolden*, Abstraktionsprinzip, S. 155.

²⁰⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 21.11.1958 – I ZR 98/57, GRUR 1958, 200 (202) – „*ein gutgläubiger Erwerb, wie ihn das Sachenrecht kennt, scheidet bei dem Erwerb urheberrechtlicher Befugnisse aus*“; ebenso *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, 203 ff. *Wiebe*, in: Recht der elektronischen Medien, § 31 UrhG Rn. 4.

des Einzelfalls.²⁰⁹ Als **allgemeine Auslegungsregel** lässt sich festhalten, dass die urheberrechtlichen Befugnisse so weit wie möglich beim Urheber bleiben sollen.²¹⁰ Je mehr der Endnutzer hingegen in die Verwendung des Werks investiert hat oder auf den Fortbestand der Lizenz und den Zugang zum Werk angewiesen ist, umso mehr spricht das für die Einräumung eines quasi-dinglichen Nutzungsrechts als stärkste Rechtsposition.²¹¹ Wie sich bereits aus § 31 V 2 UrhG ergibt, misst der Gesetzgeber dem **Vertragszweck** bei der Auslegung dabei entscheidende Bedeutung bei.

Die **Investitionen** des *Nutzers* in die App halten sich in Grenzen. **Die meisten** Apps werden **kostenlos** oder zu Cent-Preisen angeboten.²¹² Der **Durchschnittspreis** aller kostenpflichtigen Apps für das *iPhone* und *iPad* weltweit im Jahr 2016 lag gerade einmal bei 1,97 US-Dollar.²¹³ Wegen dieser geringen Erwerbskosten hat der gemeine *Nutzer* keine gesteigerten Weiterveräußerungsinteressen. Einen legalen Zweitmarkt gibt es aktuell ohnehin nicht.²¹⁴ Damit sprechen die Investitionen des *Nutzers* und das mangelnde Weiterveräußerungsinteresse **gegen die Einräumung einer quasi-dinglichen Rechtsposition.**

Allerdings kommt bei Standardsoftware typischerweise die Einräumung eines **einfachen (quasi-dinglichen) Nutzungsrechts** gemäß

²⁰⁹ So *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 51; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 806 f..

²¹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2010 – I ZR 69/08, NJW 2010, 2731 (2734) = BGHZ 185, 291 Rz. 30.

²¹¹ Vgl. *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 807.

²¹² Nach *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 11 seien bei *Google Play* fast alle der Top 1000 Apps kostenlos (nur 17 waren zum Zeitpunkt der Erhebung kostenpflichtig); bei iTunes sind **91,7%** der untersuchten Apps kostenlos; nach dem statista Dossier „Mobile Apps“ S. 32, abrufbar im Internet: <<https://de.statista.com/statistik/studie/id/11697/dokument/mobile-apps-statista-dossier/>> (Stand: 13.03.2017), waren **68,8 % aller** weltweiten *Android* Apps kostenlos.

²¹³ Siehe S. 12 des Dossiers „Mobile Apps“ von statista, abrufbar im Internet: <<https://de.statista.com/statistik/studie/id/11697/dokument/mobile-apps-statista-dossier/>> (Stand: 13.03.2017).

²¹⁴ Zu illegalen App-Stores findet sich ein interessanter Artikel auf der Unternehmensinternetpräsenz von proofpoint, abrufbar im Internet: <<https://www.proofpoint.com/de/darksideloader-illegale-appstores-haben-ios-gerate-jailbreak-abgesehen>> (Stand: 21.11.2018); vgl. zum sog. „*Black Market*“ auch *Solmecke*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann*, Mobile Apps, 278 f. Rn. 113 ff.

§ 31 I, II i.V.m. § 69a IV UrhG in Betracht.²¹⁵ Fraglich ist daher, ob sich die Konstellation auf den App-Download übertragen lässt. Dann könnte die Ähnlichkeit von Apps und Standardsoftware für eine quasi-dingliche Rechteeinräumung sprechen.

Der *Nutzer* soll die Software auf die erlaubte Art nutzen können, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist (vgl. § 31 II i.V.m. 69a IV UrhG). Dabei ist jedoch zu beachten, dass §§ 31 ff. i.V.m. § 69a IV UrhG stets an den Urheber und nicht an den Rechtsinhaber anknüpfen. Das Urheberrecht ist jedoch nach § 29 I UrhG i.V.m. § 69a IV UrhG selbst gerade **nicht übertragbar**. Der Endkunde kontrahiert beim Erwerb von Computerprogrammen – wie beim App-Download – regelmäßig jedoch nicht direkt mit dem Urheber (*Entwickler*).²¹⁶ Allerdings gibt es bei Standardsoftware aus diesem Grund mittlerweile verschiedene Methoden des *Entwicklers*, eine **direkte vertragliche Beziehung** zum Kunden aufzubauen.²¹⁷ Beim Softwaredownload versucht der *Entwickler* häufig etwa bei der Installation durch sogenannte **Endnutzerlizenzverträge (End User License Agreement, EULA)**, dem Endnutzer Nutzungsrechte einzuräumen.²¹⁸ Um die Installation durchführen zu können, muss der Nutzer durch einen Klick die EULA akzeptieren.²¹⁹

²¹⁵ *Soppe*, in: BeckOK-UrhG, § 31 UrhG Rn. 65 – „bei den gängigen Nutzungsverträgen aller Arten von Standardsoftware werden in der Regel einfache Nutzungsrechte eingeräumt“.

²¹⁶ Einen Überblick über die verschiedenen Vertriebsformen bei Computerprogrammen findet sich bei *Chrocziel*, in: Martinek/Semler/Flohr, Vertriebsrecht, § 48 Computerprogramme und Software Rn. 4; *Lejeune*, ITRB 2014, 234 (235 ff.); so auch *Pahlow*, ZGE 2016, 218 (232).

²¹⁷ Zu den verschiedenen Methoden, insbesondere den sogenannten Schutzhüllenverträgen (oder shrink-wrap-Verträge), siehe *Chrocziel*, in: Martinek/Semler/Flohr, Vertriebsrecht, 48; kritisch *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); ebenso kritisch *Hermes*, GRUR-Prax 2013, 400 (401); kritisch *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352); kritisch *Lejeune*, ITRB 2014, 234 (237); *Marly*, Softwarerecht, S. 427 ff. Rn. 986 ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 580.

²¹⁸ Siehe *Heydn*, CR 2010, 765 (775); *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 775; *Spindler*, MMR 2016, 147 (149).

²¹⁹ Für diese Art der Vereinbarungen gibt es noch keinen anerkannten Terminus, *Marly*, Softwarerecht, S. 428 Rn. 988 m.w.N.

Dadurch räumt der Urheber **selbst direkt** Nutzungsbefugnisse ein. Daher ist bei den EULA bei Computerprogrammen als Auslegungsergebnis durchaus denkbar, dass die Rechteeinräumung quasi-dinglich und nicht nur schuldrechtlich erfolgt.²²⁰

Anders als bei dem Vertrieb von Computerprogrammen fehlt bei dem App-Download und der App-Installation eine solche **direkte Vereinbarung**, es sei denn *Anbieter* und *Entwickler* sind ausnahmsweise als Urheber²²¹ personenidentisch. Eine quasi-dingliche Nutzungsrechteeinräumung, die nicht durch den Urheber selbst erfolgt, wäre dann nur über § 34 I 1 oder § 35 I 1 UrhG i. V. m. § 69a IV UrhG **mit Zustimmung des Urhebers** möglich.²²² Der Urheber müsste im Kontext des App-Downloads seine **pauschale Zustimmung** gegenüber dem *Anbieter* zur Einräumung der stärksten Rechtsposition (dritte Stufe) gegenüber dem Endkunden geben. Dafür gibt es **jedoch keine Anhaltspunkte**. Da zwischen *Nutzer* und *Entwickler* typischerweise keine vertragliche Beziehung besteht, kann man den Erwerb von Standardsoftware nicht ohne Weiteres auf den App-Download übertragen. Eine quasi-dingliche Rechteeinräumung durch den Urheber scheitert beim App-Download daher regelmäßig an der **fehlenden vertraglichen Beziehung zwischen Entwickler und Nutzer**.

In der Gesamtschau lässt sich also festhalten, dass es **kein zwingendes Bedürfnis für die Einräumung eines quasi-dinglichen Nutzungsrechts** gibt. Ein **schuldrechtlicher Anspruch auf Duldung der Nutzung** genügt dem Endnutzer. Dem **Vertragszweck** ist mit der Einräumung eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts mithin Genüge getan (vgl. § 31 V 2 UrhG). Somit ergibt die Auslegung, dass beim-App-Download regelmäßig eine **schuldrechtliche Gestattung der Nutzung** erfolgt. Liegt eine derartige Gestattung vor, bestehen keine Zweifel daran, dass der *Nutzer* zur Verwendung der App **berechtigt** ist. § 69d I UrhG hilft nun weiter. **Nutzungstypische Vervielfältigungen sind keine Urheberrechtsverletzung**. Damit

²²⁰ Dazu *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 777.

²²¹ Siehe *Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann*, Mobile Apps, 25 Rn. 1; *Solmecke*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann*, Mobile Apps, 250 Rn. 4.

²²² Siehe dazu auch *Pahlow*, ZGE 2016, 218 (232).

erfolgt die Einräumung eines Nutzungsrechts durch schuldrechtliche Gestattung. Ist diese erfolgt, hilft § 69d Nr. 1 UrhG weiter, sodass durch die darin angeordnete Verzahnung zwischen Nutzungsrecht und Vervielfältigungsrecht ebenfalls nutzungstypische Vervielfältigungen gestattet sind. Im Folgenden soll nun aufgezeigt werden, wie das Nutzungsrecht beim App-Download tatsächlich eingeräumt wird.

d. Nutzungsrechteinräumung durch Storebedingungen

Dazu ist zunächst einmal zwischen den Protagonisten zu unterscheiden. Grundsätzlich ist der **Entwickler** Urheber.²²³ Dieser ist häufig nicht personenidentisch mit dem **Anbieter**.²²⁴ Zwar ist der **Anbieter** auch dann Urheber, wenn die Programmierleistungen im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses erbracht wurden (vgl. § 69b UrhG). Bei reinen Auftragsverhältnissen oder Werkverträgen hilft jedoch § 69b UrhG nicht weiter.²²⁵ Daher sind der **Entwickler**, der die Programmierleistung erbringt, und der tatsächliche **Anbieter** häufig gerade nicht identisch.²²⁶ Gleichwohl kann der **Entwickler** gemäß § 29 II UrhG i. V. m. § 69a IV UrhG aber **Vereinbarungen zu Verwertungsrechten** und damit auch zum Verbreitungsrecht treffen (vgl. § 69c I Nr. 3 UrhG). Aus Sicht des *Nutzers* spielt das jedoch praktisch keine Rolle. Da, selbst wenn **Entwickler** und **Anbieter** nicht identisch sind, in deren Verhältnis eine Vereinbarung zu Verwertungsrechten besteht.²²⁷ Daher wird für die Zwecke dieser Untersuchung unterstellt, dass der **Anbieter** zur Rechteinräumung in der Lage ist. Wie nun allerdings die Rechteinräumung dogmatisch erfolgt, ist in Rechtsprechung und Literatur bis dato ungeklärt.

²²³ Vgl. dazu *Pahlow*, ZGE 2016, 218 (232).

²²⁴ *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 25 Rn. 1.

²²⁵ So *Kaboth/Spies*, in: BeckOK-UrhG, § 69b UrhG Rn. 7.

²²⁶ Hinweis: Bei *iOS* 10.3.2 steht unter Entwickler im App-Store häufig der tatsächliche Anbieter und nicht der Programmierer.

²²⁷ Dabei handelt es sich dann um eine Vertriebslizenz, vgl. *Ganzhorn*, Digitale Güter, 82 f.

Aufbauend auf der Erkenntnis, dass die **Nutzungsrechteinräumung** beim App-Download in Form einer schuldrechtlichen Gestattung erfolgt, wird eine dogmatisch tragfähige Lösung präsentiert:

Klärungsbedürftig ist, wie es dem *Anbieter* gelingt, dem *Nutzer* den App-Download und die App-Nutzung zu gestatten. Ein Hinweis über die Gestattung findet sich in den jeweiligen *Storebedingungen*. So führen die *Google Play Nutzungsbedingungen (Android)* zur Einräumung von Nutzungsrechten etwa aus:

„6. Rechte und Einschränkungen

Lizenz zur Nutzung von Inhalten. Nach der Zahlung der entsprechenden Vergütung für Inhalte verfügen Sie – im Falle einer begrenzten Nutzungsdauer für den von Ihnen ausgewählten Zeitraum, ansonsten solange, wie Google und die entsprechenden Rechteinhaber über die Rechte zur Bereitstellung der Inhalte verfügen – über **das nicht exklusive Recht, Kopien der entsprechenden Inhalte auf Ihre Geräte herunterzuladen** oder zu streamen, soweit dies von Google jeweils ausdrücklich über die Google Play-Benutzeroberfläche erlaubt wurde und den in den Nutzungsbedingungen und relevanten Richtlinien beschriebenen Beschränkungen entspricht. **Sie dürfen diese Inhalte** für private, nicht kommerzielle Zwecke auf Ihren Geräten bzw. gemäß der Autorisierung über Google im Rahmen des Dienstes **ansehen, verwenden und anzeigen**. Alle Rechte in Bezug auf Google Play und dessen Inhalte, die Ihnen nicht ausdrücklich im Rahmen der Nutzungsbedingungen gewährt werden, verbleiben bei Google und den Lizenzgebern.“²²⁸

Die Klausel **gestattet** explizit den Download und die private Nutzung.

²²⁸ Abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

Bei Apple steht in den *iTunes-Nutzungsbedingungen*:

„LIZENZ FÜR APP STORE-INHALTE

*[...] Falls Sie jedoch Kunde von Apple Distribution International sind, ist Apple Distribution International der Vertragspartner, was bedeutet, dass Sie die App von Apple Distribution International erwerben, **aber die App von dem App-Provider lizenziert wird. Jede App, die Sie erwerben, unterliegt dem nachstehenden Endbenutzer-Lizenzvertrag für Lizenzierte Applikationen („Standard-EULA“)**, es sei denn, Apple oder der App-Provider bietet einen vorrangigen individuellen Lizenzvertrag („Individuelle-EULA“) an. Der App-Provider einer Dritt-App ist allein verantwortlich für deren Inhalte, Gewährleistungen und für Ansprüche, die Sie ggf. in Bezug auf die Dritt-App haben. Sie erkennen an und erklären sich damit einverstanden, dass Apple ein Drittbegünstigter unter der für die jeweilige Dritt-App geltenden Standard-EULA oder Individuellen-EULA ist und Apple daher einen solchen Vertrag durchsetzen kann.“²²⁹*

Die „Standard-EULA“ lauten:

„ENDBENUTZER-LIZENZVERTRAG FÜR LIZENZIERTE
APPLIKATIONEN

*Die über den App Store zur Verfügung gestellten Apps werden an Sie **lizenziert, nicht verkauft**. Ihre Lizenz für die jeweilige App ist abhängig von Ihrer vorherigen Annahme entweder dieses Endbenutzer-Lizenzvertrages für Lizenzierte Applikationen („Standard-EULA“) oder eines individuellen Endbenutzer-Lizenzvertrages zwischen Ihnen und dem App-Provider („Individuelle-EULA“), sofern ein solcher bereitgestellt wird. [...] Ihre*

²²⁹ Abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

Lizenz für eine Dritt-App im Rahmen dieser Standard-EULA oder Individuellen-EULA wird von dem App-Provider dieser Dritt-App eingeräumt. [...]

a. Umfang der Lizenz: Der Lizenzgeber räumt Ihnen eine nicht-übertragbare Lizenz zur Nutzung der Lizenzierten Applikation auf Produkten, die mit der Marke Apple versehen sind und die sich in Ihrem Eigentum oder Besitz befinden, in dem nach den Nutzungsregeln zulässigen Umfang ein. [im Folgenden wird der Umfang der Rechteeinräumung detailliert beschrieben]“²³⁰

Auch bei den iTunes-AGB erfolgt eine **Gestattung** im Abschnitt „ENDBENUTZER-LIZENZVERTRAG FÜR LIZENZIERTE APPLIKATIONEN“.

Sowohl bei *Google* als auch bei *Apple* sehen die Nutzungsbedingungen daher eine **Gestattung** vor. Allerdings wurden die Nutzungsbedingungen im Verhältnis *Nutzer* und *Storebetreiber* vereinbart. Die Gestattung soll aber in beiden Fällen zwischen *Anbieter* und *Nutzer* erfolgen.²³¹ Auf die von *Apple* für möglich gehaltenen individuellen Bedingungen („*individuelle-EULA*“) wird praktisch kaum zurückgegriffen. Allein durch die Nennung im *App Store* werden diese wegen § 305 II BGB ohnehin beim App-Download nicht Vertragsbestandteil.

Die **schuldrechtliche Gestattung zwischen Anbieter und Nutzer** gelingt wiederum durch **Auslegung der jeweiligen Willenserklärungen** unter **Rückgriff auf die Storebedingungen**.²³² Greift man auf die *Storebedingungen* als „*Spielregeln*“²³³ zurück, kann der *Nutzer* eine im *Store* angebotene App nur so verstehen, dass ihm der *Anbieter* gleichzeitig Download

²³⁰ Abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

²³¹ Siehe ff.

²³² Siehe bereits B.I.

²³³ Vgl. BGH, Urteil vom 08.06.2011 – VIII ZR 305/10, NJW 2011, 2643 (2644), der ebenfalls diesen Terminus verwendet.

und die Nutzung gestattet. Daher muss nun untersucht werden, welche Bedeutung das Gestattungserfordernis im Vertrag zwischen *Nutzer* und *Anbieter* hat.

e. Kontrollfeste Hauptleistungspflicht

Fraglich ist daher, welche Auswirkung das Gestattungserfordernis auf den Vertragstyp hat. Die **Reichweite** der Gestattung ergibt sich aus den *Storebedingungen*. Es wurde herausgearbeitet, dass der *Anbieter* dem *Nutzer* eine **dauerhafte Nutzungsmöglichkeit verschaffen** muss.²³⁴ Aufgrund des Urheberrechts ist dazu neben der tatsächlichen Bereitstellung der App eine **schuldrechtliche Gestattung** erforderlich. Dabei handelt es sich um die **Hauptleistungspflicht des Anbieters**. Bei der tatsächlichen Bereitstellung ist der jeweilige *Storebetreiber* Erfüllungsgehilfe (vgl. § 278 S. 1 BGB). Auf der anderen Seite **schuldet** der *Nutzer* bei entgeltlichen Verträgen die **Bezahlung** des vereinbarten Entgelts.²³⁵ Bei unentgeltlichen Verträgen kommt die **Datenweitergabe** oder der **Konsum von Werbung bei der Nutzung** als Gegenleistung in Betracht. Einräumung eines Nutzungsrechts und – optional – die Bezahlung eines Entgelts sind damit die Hauptleistungspflichten (*essentialia negotii*) des Vertrags. Gleichwohl lässt sich **alleine aus den Hauptleistungspflichten** nach herrschender Auffassung noch keine Einordnung des Vertragstyps herleiten.²³⁶

²³⁴ Siehe d; *Hilty*, CR 2012, 625 (636); *Hilty*, MMR 2003, 3 (14) – Kernelement sei Nutzungsrecht; ebenso *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (177); *Pres*, Softwarelizenzverträge, S. 48.

²³⁵ *Hilty*, MMR 2003, 3 (14).

²³⁶ Ein Überblick über die Meinungen findet sich bei *Grüneberg*, in: Palandt, Überbl v § 311 BGB Rn. 24 m.w.N.– das Recht der Hauptleistung hält nur die sog. Absorptionstheorie in jedem Fall für anwendbar. Gleichwohl ist – so *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 7 m.w.N. in Fn. 27 – anerkannt, dass keine der Theorien allein (daneben existieren noch die Kombinationstheorie und die Theorie der analogen Anwendung) zu befriedigenden Ergebnissen gelangt; siehe bereits *Pres*, Softwarelizenzverträge, S. 37 – die Hauptleistungspflicht zur Rechteeinräumung bedinge keinen Vertragstyp.

Nun ergibt sich aus einem **Erst-recht-Schluss** zum AGB-Recht,²³⁷ dass auch **keine mittelbare Kontrolle** der Reichweite des Nutzungsrechts **gemäß § 157 BGB** erfolgen kann:

Voraussetzung für eine AGB-Inhaltskontrolle sind nach § 307 III 1 BGB²³⁸ Bestimmungen, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Demgegenüber ergibt sich aber aus der Vorschrift und der **Privatautonomie**, dass Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (sogenannte **Leistungsbeschreibungen**) kontrollfest sind.²³⁹ „Nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibungen in diesem Sinne sind allerdings nur solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen.“²⁴⁰ Die Abgrenzung kann im Einzelnen schwierig sein.²⁴¹ Bei der Einräumung des Nutzungsrechts in Form der schuldrechtlichen Gestattung handelt es sich um eine **kontrollfeste Hauptleistung**.²⁴² Eine Inhaltskontrolle scheidet daher an § 307 III 1 BGB. Folglich kann erst recht keine indirekte Kontrolle über die Auslegung der Willenserklärungen nach § 157 BGB erfolgen.

f. Zwischenergebnis

Da App-Download und App-Nutzung **urheberrechtsrelevante Handlungen** sind, muss aus urheberrechtlicher Sicht eine **Gestattung** erfolgen. Dabei handelt es sich um eine **schuldrechtliche Gestattung**. Eine schuldrechtliche Gestattung der Nutzung umfasst wegen der **Verzahnung von Nutzungsrecht und Vervielfältigungsrecht** gleichzeitig die Gestattung nutzungstypischer Vervielfältigungen (vgl. §§ 69c Nr. 1, 69d I UrhG).

²³⁷ Siehe zur Frage der Wirksamkeitsprüfung auch D.I.

²³⁸ Eine schwierige Frage, die zum späteren Zeitpunkt noch relevant wird, ist, welche gesetzlichen Regelungen eigentlich Kontrollmaßstab nach § 307 III 1 BGB sind.

²³⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, NJW 2010, 1958 (1959) Rn. 20 m.w.N.; statt vieler *Schmidt*, in: BeckOK-BGB, § 307 BGB Rn. 79 f.; *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, § 307 BGB Rn. 12.

²⁴⁰ Vgl. wörtlich BGH, Urteil vom 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, NJW 2010, 1958 (1959) Rn. 20 m.z.w.N.; *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, § 307 BGB Rn. 12.

²⁴¹ *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, § 307 BGB Rn. 12.

²⁴² Für digitale Inhalte ähnlich *Metzger*, AcP 2016, 817 (847); für Standardsoftware bereits *Moritz*, CR 1994, 257 (263).

Dogmatisch erfolgt die Gestattung durch **Auslegung** der Erklärungen im jeweiligen *Store* (**Auslegungslösung**). Die **schuldrechtliche Gestattung ist Hauptleistungspflicht** des *Anbieters*. Ihre Reichweite, die in den *Storebedingungen* festgelegt wird, ist **kontrollfest**.

Als **dritte Grundfeststellung** ist festzuhalten, dass bei jedem App-Download ein Vertrag zwischen *Nutzer* und *Anbieter* geschlossen wird. Die **schuldrechtliche Gestattung** ist dabei **kontrollfeste Hauptleistungspflicht**. Da jedoch allein daraus nicht zwingend auf einen bestimmten Vertragstyp geschlossen werden kann, muss nun geprüft werden, ob das **Urheberrecht** grundsätzlich einen Einfluss auf den Vertragstyp haben kann.

4. Einfluss des Urheberrechts

Der XII. Zivilsenat des BGH führte in der ASP-Entscheidung 2006 aus, das Urheberrecht spiele für die Einordnung des Vertragstyps keine Rolle.²⁴³ Damit steht die grundlegende Frage im Raum, ob das **Urheberrecht** für die Einordnung des Vertragstyps entscheidend sein kann.²⁴⁴

Begründet hat der XII. Zivilsenat seine Aussage folgendermaßen:

„Denn der mit dem Softwareüberlassungsvertrag verfolgte Zweck geht dahin, dem Anwender die Nutzung eines Computerprogramms zu ermöglichen, sei es urheberrechtlich geschützt oder ungeschützt. Für ein geschütztes Programm bedarf es freilich zusätzlich der urheberrechtlich erforderlichen vertraglichen Vereinbarungen, wie der Erlaubnis zur Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung gem. § 69c UrhG. Im Übrigen muss sich die Gewährleistung wegen Funktionsmängeln von Computersoftware bei urheberrechtlich geschützter und urheberrechtlich ungeschützter Software nach identischen Regeln richten, weil diese Frage mit dem Urheberrecht nicht im Zusammenhang steht (BGHZ 102, 135 = NJW 1988, 406).“²⁴⁵

²⁴³ Vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395); im Grundsatz zustimmend *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 34, der jedoch Ausnahmen zulässt.

²⁴⁴ Vgl. dazu auch die Ausführungen bei *Marly*, Softwarerecht, S. 317 f. Rn. 731 ff.

²⁴⁵ BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2395) Rz. 17.

Unter Rekurs auf eine Entscheidung²⁴⁶ des VIII. Zivilsenats aus dem Jahre 1987 ist Hauptargument des XII. Zivilsenats, die Gewährleistung wegen Funktionsmängeln von Computersoftware bei urheberrechtlich geschützter und urheberrechtlich ungeschützter Software müsse sich nach identischen Regeln richten. Dieser Argumentation kann jedoch nicht ohne Weiteres gefolgt werden. Unabhängig davon, ob ein solcher Gleichlauf damals schon wirklich zwingend war, hat sich durch Einführung des § 69a UrhG die Ausgangslage grundlegend geändert.²⁴⁷ Im Zeitpunkt der Entscheidung von 1987 waren die Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen stellte, denkbar hoch. Voraussetzung war eine **überdurchschnittliche Programmierleistung**.²⁴⁸ Computerprogramme sind durch die Einführung des § 69a I, III UrhG seit 1993 regelmäßig urheberrechtlich geschützt.²⁴⁹ Da Apps ebenfalls urheberrechtlich geschützt sind,²⁵⁰ ist die damalige Argumentation des BGH obsolet. Es bleibt daher bei der allgemeinen und anerkannten Regel, dass **Vertragsinhalt** und **Vertragszweck** ausschlaggebend für dessen Rechtsnatur sind.²⁵¹ Der Vertragsinhalt und der Vertragszweck beruhen allein schon wegen der **Privatautonomie** primär auf den **Vorstellungen der Parteien**.²⁵² Diese sind entscheidend. Nach der Parteivorstellung ist dann zu beurteilen, ob

²⁴⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 (407) = BGHZ 102, 135; BGH, Urteil vom 04.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 (126 f.) = BGHZ 102, 135.

²⁴⁷ Siehe ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Seitz*, "Gebrauchte" Softwarelizenzen, S. 39.

²⁴⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 09.05.1985 – I ZR 52/83, NJW 1986, 192 (196). Darauf bezog sich der BGH auch 1987 explizit in seiner Entscheidung. Zwar wurde in der Zwischenzeit die grundsätzliche urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Computerprogrammen durch die Änderung des § 2 I Nr. 1 UrhG auch gesetzlich anerkannt – dazu *Ahlberg*, in: BeckOK-UrhG, § 2 UrhG Rn. 10. Die Rechtsprechung hielt jedoch an den bisherigen Anforderungen fest.

²⁴⁹ Siehe nur *Kaboth/Spies*, in: BeckOK-UrhG, § 69a UrhG Rn. 15.

²⁵⁰ Dargestellt unter C.III.2.

²⁵¹ Vgl. BGH, Urteil vom 04.03.2010 – III ZR 79/09, NJW 2010, 1449 2010, 1449 (1450) Rz. 16; vgl. zudem OLG Köln, Beschluss vom 24.11.2014 – 19 U 17/14, juris Rz. 42; *Marly*, Softwarerecht, S. 318 Rn. 734; *Pfeiffer*, in: AGB-Recht, § 307 Rn. 134 ff.; *Roth-Neuschild*, in: Handbuch IT-Recht, § 13 Rn. 4.

²⁵² *Pfeiffer*, in: AGB-Recht, § 307 BGB Rn. 135.

das Urheberrecht in der konkreten Vertragssituation den Vertragstyp beeinflusst. Grundsätzlich bleibt also festzuhalten, dass auch das Urheberrecht bei der Einordnung im Einzelfall durchaus durchschlagen kann.²⁵³ Damit gelten für die Bestimmung **der Rechtsnatur** des Überlassungsvertrages die allgemeinen Regeln. Maßgeblich sind der **Vertragsinhalt** und der **Vertragszweck**, welche sich wesentlich nach den Parteivorstellungen richten. Grundsätzlich kann das **Urheberrecht** daher durchaus auf die vertragstypologische Einordnung durchschlagen (**vierte Grundfeststellung**).

5. Parteiwille

Schließlich ist zu fragen, ob der **Parteiwille** für die vertragstypologische Einordnung maßgeblich sein kann. Grundsätzlich reicht **die Privatautonomie**²⁵⁴ so weit, dass die Parteien auch Verträge schließen können, deren Inhalt keinem der gesetzlich geregelten Vertragstypen entspricht.²⁵⁵

Bei konsequenter Anwendung der **Auslegungslösung** gehen die Parteien, insbesondere *Anbieter* und *Nutzer*, nach § 133, 157 BGB davon aus, dass ihre im jeweiligen *Store* abgegebenen Erklärungen denjenigen Erklärungen wert haben, den ihnen die *Storebedingungen* beimessen.²⁵⁶ Dafür spricht insbesondere der Gesichtspunkt der **Vorhersehbarkeit**. Diese Vorgehensweise ist in vielen Fällen **interessengerecht**. So hat das LG Frankfurt, das in dem von ihm zu entscheidenden Fall zwar zur Anwendung von Kaufrecht kam, sein Ergebnis mit der **Auslegung der Nutzungsbedingungen**, die im besagten Fall das Wort „*Kauf*“ verwendet haben, begründet.²⁵⁷ Wenn nun in Nutzungsbedingungen konkret steht, eine App werde verkauft, liegt zunächst einmal die Anwendung von Kaufrecht nahe. Stünde andersherum in den Nutzungsbedingungen explizit, die App werde nicht

²⁵³ Ebenso *Schmidt-Kessel*, K u. R 2014, 475 (475).

²⁵⁴ Siehe bereits C.I.

²⁵⁵ Dazu *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 12; *Stoffels*, Schuldverträge, S. 104.

²⁵⁶ Hergeleitet unter 0.

²⁵⁷ Vgl. LG Frankfurt, Urteil vom 06.06.2013 – 2-24 O 246/12, MMR 2013, 645 (646).

verkauft, wäre äußerst zweifelhaft, dass ein Gericht ohne Weiteres Kaufrecht für anwendbar halten würde.²⁵⁸ Solange die Nutzungsbedingungen nicht evident gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßen, kann man den dort geäußerten Willen nicht ohne Begründung ignorieren.²⁵⁹ Gleichwohl ist zu beachten, dass alleine die Bezeichnung nur eine untergeordnete Rolle spielt, wenn die Parteien übereinstimmend etwas Anderes meinen. Insofern kann auf den Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* zurückgegriffen werden.²⁶⁰ Vielmehr ist dann davon auszugehen, dass die an der Transaktion beteiligten Parteien – der *Nutzer* und der *Anbieter* – sich den Nutzungsbedingungen unterwerfen wollen (**Spielregeln**).

Es ist festzuhalten, dass die **Auslegung der jeweiligen Storebedingungen** bei der Vertragstypfindung eine Rolle spielen kann. Allerdings stehen die Bedingungen einerseits unter dem Vorbehalt, **nicht treuwidrig** zu sein (vgl. § 157 BGB). Zudem muss in Fällen eine interessengerechte Lösung gefunden werden, in denen *Storebedingungen* uneinheitlich oder gar widersprüchlich sind. Außerdem sollte man bei einer **Wortlautanalyse** berücksichtigen, dass die Nutzungsbedingungen häufig aus dem **Englischen** übersetzt werden. Dem amerikanischen Recht ist im Gegensatz zum deutschen Recht die Unterscheidung zwischen Kaufvertrag und Lizenzvertrag durchaus bekannt.²⁶¹ Einen entsprechenden Parteiwillen für die Wahl eines Vertragstyps kann man nicht in Fällen annehmen, in denen sich Ergebnisse

²⁵⁸ Vgl. aber die Analyse der älteren (vor 2001) Rechtsprechung von *Stoffels*, Schuldverträge, 125 ff. – eine Qualifikationshoheit der Parteien werde skeptisch gesehen, zudem sei die Rechtsprechung uneinheitlich.

²⁵⁹ Richtigerweise kann die Anwendbarkeit eines bestimmten Normtypus‘ aber nicht durch eine Parteivereinbarung erzwungen werden – so *Oechsler*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, M Rn. 39.

²⁶⁰ So *Ganzhorn*, Digitale Güter, S. 90; vgl. auch EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2567 Rz. 49) Rz. 49; vgl. ebenfalls BGH, Urteil vom 08.10.2009 – III ZR 93/09, NJW 2010, 150-152 (151) Rz. 16 – es komme für die rechtliche Einordnung nicht auf die von den Vertragsparteien gewählte Benennung, sondern auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags an; die *falsa demonstratio*-Regel gelte auch bei der Auslegung von AGB – vgl. dazu *Singer*, in: Staudinger-BGB, Neubearb. 2017, § 133 BGB Rn. 14 m.w.N.

²⁶¹ Siehe etwa *Kunick/Patzak*, CRI 2007, 1 (3); *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 111 Rn. 304; *Redeker*, CR 2014, 73 (74).

in den *Storebedingungen* nicht in das deutsche Rechtssystem einfügen. In jedem Fall ist eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalls notwendig. Damit bleibt als fünfte Grundfeststellung festzuhalten, dass der **Parteiwille Einfluss** auf die vertragstypologische Einordnung haben kann.²⁶² Dieser manifestiert sich in den *Storebedingungen* (**Auslegungslösung**). Freilich können sie für die vertragstypologische Einordnung nur dann den Ausschlag geben, wenn deren Auslegung ein eindeutiges widerspruchsfreies Ergebnis liefert.

6. Grundfeststellungen

Für die vertragstypologische Einordnung kann auf vier Grundfeststellungen zurückgegriffen werden.

- **Erste Grundfeststellung:** Apps sind **keine Sachen im Sinne des § 90 BGB**.
- **Zweite Grundfeststellung:** Beim App-Download kommt es zu **keiner Eigentumsübertragung** im sachenrechtlichen Sinn.
- **Dritte Grundfeststellung:** Beim App-Download und der App-Nutzung ist wegen des **Urheberrechts** eine **Nutzungsrechteinräumung** nötig. Diese geschieht durch schuldrechtlichen Vertrag zwischen *Anbieter* und *Nutzer* (**schuldrechtliche Gestattung**). Die Gestattung stellt dabei die **Hauptleistungspflicht** des *Anbieters* dar.
- **Vierte Grundfeststellung:** Die Rechtsnatur des Überlassungsvertrags beim App-Download bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln. Das **Urheberrecht** kann dabei für die Bestimmung des Vertragstyps eine Rolle spielen.
- **Fünfte Grundfeststellung:** Der **Parteiwille** kann auf die vertragstypologische Einordnung durchschlagen. Sind die *Storebedingungen* widerspruchsfrei und eindeutig, spricht die **Auslegungslösung** dafür, diese als Parteiwillen zu berücksichtigen.

²⁶² Im Ergebnis ebenso *Stoffels*, Schuldverträge, 192 ff. – der vom Grundsatz der Qualifikationshoheit der Parteien ausgeht.

Aufgrund dieser Feststellungen soll nun eine vertragstypologische Einordnung getroffen werden.

IV. Vertragstypologische Einordnung

*„Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte werden von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat – mitunter sogar in ein und demselben Mitgliedsstaat – unterschiedlich, d. h. als Kaufvertrag, als Dienstleistungsvertrag oder als Mietvertrag, eingestuft, je nachdem, um welche Art der angebotenen digitalen Inhalte es sich handelt.“*²⁶³

Bei Apps befindet sich die Diskussion über den Vertragstyp noch im Anfangsstadium. Es gibt kaum gerichtliche und noch keine obergerichtliche Entscheidung.²⁶⁴ Zudem wird in der wenigen Literatur meist auf Diskussionen im Softwarebereich verwiesen.²⁶⁵ Dabei wird jedoch nicht genauer auf appspezifische Besonderheiten eingegangen. Dieser Abschnitt soll daher Pionierarbeit leisten, ohne die Anknüpfung an die Diskussionen im Softwarebereich zu versäumen.

1. Ausgangslage

Abgesehen von einzelnen Regelungen im Widerrufsrecht, verfügt das BGB über keine spezifischen Regelungen für digitale Inhalte oder gar Apps.²⁶⁶ Es gibt (noch) **keinen eigenen Vertragstyp** für digitale Inhalte. Selbst bei Umsetzung des DINhRL-E ist nicht davon auszugehen, dass es auch zukünftig keinen **eigenen Vertragstyp** gibt.²⁶⁷ Anknüpfend an die **Grundfeststellungen** soll daher im Folgenden für entgeltliche und unentgeltliche App-Downloads eine Zuordnung gewagt werden. Dazu ist der

²⁶³ Begründung DINhRL-E S. 5.

²⁶⁴ Nennenswert ist allein die Entscheidung des LG Frankfurt, LG Frankfurt, Urteil vom 06.06.2013 – 2-24 O 246/12, MMR 2013, 645.

²⁶⁵ Eine Übersicht zu den Literaturmeinungen findet sich bei der Auseinandersetzung der einzelnen Vertragstypen unter C.IV.2 und C.IV.3.

²⁶⁶ Vgl. ebenso *Faust*, in: DJT 2016, A 15; zum Widerrufsrecht siehe B.VI.

²⁶⁷ Vgl. *Stürmer*, JA 2017, 171 (173).

App-Download initial vom komplexen Langzeitvertrag abzugrenzen (unter a.), bevor dann auf das Verständnis der *Storebetreiber* (unter b.) eingegangen wird.

a. *Komplexer Langzeitvertrag*

Von *Nicklisch* wurde das Institut des **komplexen Langzeitvertrags** geprägt.²⁶⁸ Wenn man den App-Download unter dieses Institut fassen kann, kann eine weitere Zuordnung dahinstehen. Nach *Nicklisch* gibt es gerade im **technischen Bereich** Verträge, die langfristig gemeinsame Projekte mit mehreren Beteiligten zum Gegenstand haben.²⁶⁹ Zwar ist ein App-Download nicht mit langfristigen Projektverträgen vergleichbar. Beim App-Download besteht regelmäßig ein Zwei- oder (allenfalls) Dreipersonenverhältnis und häufig ist der Leistungsaustausch unmittelbar nach dem Download abgeschlossen. Auch im Falle einer dauerhaften Vertragsbeziehung fehlen die für den komplexen Langzeitvertrag typische stufenweise Vergütung und fortlaufende Kommunikation mit den Projektbeteiligten.²⁷⁰ Daher kommt die Zuordnung zum komplexen Langzeitvertrag beim App-Download nicht in Betracht.

Gleichwohl kann man in Anlehnung an *Nicklisch* beim App-Download einige Spezifika feststellen, die ebenfalls bei komplexen Langzeitverträgen zu finden sind. So fehlt im BGB bis dato ein ausdifferenziertes Regulationssystem für digitale Inhalte.²⁷¹ Selbst bei Umsetzung des DInhRL-E ist die Regelung eines eigenen Vertragstyps nicht zwingend.²⁷² Zudem ist nicht

²⁶⁸ Dazu bereits aus dem Jahr 1987 *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 17.

²⁶⁹ Siehe *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 18.

²⁷⁰ *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 18.

²⁷¹ Vgl. *Faust*, in: DJT 2016, A 15 f..

²⁷² Explizit DInhRL-E S. 7 – Mitgliedstaaten hätten Umsetzungsspielraum, es werde durch den Entwurf kein Vertragstyp festgelegt; *Faust*, in: DJT 2016, A 15 f. spricht sich sogar explizit dagegen aus; ähnlich *Druschel/Lehman*, CR 2016, 244 (245) – Eingriff der RL in nationales Vertragsrecht sei relativ gering; **a. A.** aber *Metzger*, AcP 2016, 817 (820).

zuletzt aufgrund des Zusammenspiels zwischen Urheberrecht und Schuldrecht im Softwarebereich eine entsprechend **komplexe Vertragsgestaltung** nötig.²⁷³ Die Nutzungsbedingungen werden aufgrund der **Schnelligkeit** häufig angepasst. Bei Vertragsschluss ist ebenso wie bei komplexen Langzeitverträgen eine „in dieser oder jener Richtung mehr oder minder ausgeprägte Ungewissheit“²⁷⁴ typisch.²⁷⁵ Schließlich besteht auch beim App-Download eine gewisse **Störanfälligkeit**²⁷⁶, die nicht zwingend mit den bekannten Gewährleistungssystemen zu vereinbaren ist. Zuletzt sei noch angemerkt, dass zwar nicht die einzelnen Verträge beim App-Download, jedoch die *Storebedingungen* **rahmenvertragliche Regelungen** enthalten, welche beim komplexen Langzeitvertrag ebenfalls typisch sind.²⁷⁷ So lässt sich einstweilen festhalten, dass der komplexe Langzeitvertrag nach *Nicklisch* zwar beim App-Download nicht passt. Indes gibt es beim App-Download einige Besonderheiten, die ebenfalls beim komplexen Langzeitvertrag zu finden sind. Daher muss ausführlich geprüft werden, ob vielleicht auch beim App-Download ein gesetzlich nicht vordefinierter Vertragstyp (atypischer Vertrag), wie etwa ein **Lizenzvertrag**, in Frage kommt.

b. Verständnis der Storebetreiber

Bevor nun eine rechtliche Zuordnung erfolgen kann, muss das Verständnis der jeweiligen **Storebetreiber** dargestellt werden. Die *Storebedingungen* können nämlich durchaus **Indizcharakter** bei der **Auslegung** haben.²⁷⁸

²⁷³ Wiederum *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 19.

²⁷⁴ *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 19.

²⁷⁵ Siehe auch *Dietrich*, NJ 2011, 309 (313) im Hinblick auf die Neue Institutionenökonomik, wonach sich insbesondere langfristige Vertragsbeziehungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als notwendigerweise unvollständig darstellen würden (unvollständige Information).

²⁷⁶ *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 20.

²⁷⁷ Vgl. *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 20.

²⁷⁸ Vgl. LG Frankfurt, Urteil vom 06.06.2013 – 2-24 O 246/12, MMR 2013, 645 (646), welches darauf abstellt, wie ein durchschnittlicher Verbraucher die AGB verstehen würde; so auch *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 111 f. Rn. 306.

Unabhängig davon, wie weitgehend man eine Inhaltskontrolle aufgrund des Dreipersonenverhältnisses überhaupt zulassen möchte,²⁷⁹ können (zumindest) wirksame *Storebedingungen*, die eindeutig einen bestimmten Vertragstyp vorsehen, **die Zuordnung beeinflussen**. Daher muss untersucht werden, welche Antwort die *Storebedingungen* auf die Frage des Vertragstyps geben.

In den *iTunes-Nutzungsbedingungen* heißt es explizit: „Die über den App Store zur Verfügung gestellten Apps werden an Sie lizenziert, nicht verkauft.“²⁸⁰ Apple geht zumindest im Verhältnis von Anbieter und Nutzer daher von einem **Lizenzvertrag** aus. Gleichzeitig sieht Apple einen **Erwerb** der App von Apple vor.²⁸¹

Die *Google Play Nutzungsbedingungen* sind indes weniger spezifisch. Einerseits wird unter „4. Erwerb und Zahlung“ **zwischen Kostenlosen Inhalten** und dem **Kauf** von Inhalten differenziert.²⁸² Andererseits wird unter „6. Rechte und Einschränkungen“ eine **Lizenz** zur Nutzung von Inhalten eingeräumt.²⁸³ Aus beiden *Storebedingungen* lässt sich **kein zwingender Schluss für einen Vertragstyp** ziehen. Bei Apple lassen die *iTunes-Nutzungsbedingungen* sogar den Schluss zu, es bestehe sowohl ein Vertrag – tendenziell eher **kaufrechtlicher** Prägung – mit Apple und ein **Lizenzvertrag** zwischen dem Nutzer und dem Anbieter. Bei Google liegt demgegenüber nahe, dass beim Download nur im Verhältnis Anbieter und Nutzer eine vertragliche Bindung entsteht. Nach den Bedingungen besteht zwar zweifelsfrei eine **Lizenz**. Gleichwohl ist ebenfalls explizit von einem **Kauf** die Rede. Damit lässt sich festhalten, dass die *Storebedingungen* das Zu-

²⁷⁹ Lachenmann, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 113 Rn. 308 unterzieht die *Storebedingungen* einer vollen Inhaltskontrolle und erachtet vom Kaufrecht abweichende Regelungen als unwirksam.

²⁸⁰ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

²⁸¹ Dazu bereits unter B.II.1.b.bb.

²⁸² Ebenfalls abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

²⁸³ Abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

ordnungsproblem nicht lösen. Vielmehr perpetuieren die *Storebedingungen* das aufgezeigte Dilemma zwischen Zuordnung zu einem **bestehenden Vertragstyp** und einem **atypischen Vertrag**. Einerseits können die jeweiligen *Storebetreiber* ebenfalls die Zuordnungsfrage tangieren. Andererseits spitzen die aktuellen *Storebedingungen* wiederum auf die Frage eines Vertragstyps im BGB oder eines atypischen Vertrags zu.

2. Entgeltlicher Download

Bei der Zuordnung wird im Ausgangspunkt zwischen **entgeltlichen** (unter 2.) und **unentgeltlichen** (unter 3.) App-Downloads differenziert. Damit an die Diskussion bei der Standardsoftware angeknüpft werden kann und weil andernfalls eine Auseinandersetzung mit den vorherrschenden Ansichten kaum möglich ist, erfolgt ebenfalls initial eine Unterscheidung zwischen **dauerhafter Überlassung** (unter a. und 3.a.) und **vorübergehender Überlassung** (unter b. und 3.b.).

a. Dauerhafte Überlassung

*„Sehr umstritten ist die Frage, ob neben körperlichen Datenträgern auch digitale Inhalte als solche unter das Kaufrecht fallen können, also z. B. der Download aus dem Internet.“*²⁸⁴

Beim **entgeltlichen App-Download** liegt es nahe, an die im Bereich von Standardsoftware langanhaltende Kontroverse anzuknüpfen. Die **Rechtssprechungsanalyse** hat ergeben, dass bei einer dauerhaften Überlassung vornehmlich **Kaufrecht** für anwendbar gehalten wird.²⁸⁵ Alternativ kommt eine **lizenzvertragliche** Einordnung in Betracht.²⁸⁶

²⁸⁴ Stöhr, ZIP 2016, 1468 (1472).

²⁸⁵ Ausführlich unter C.II.

²⁸⁶ Heussen, GRUR 1987, 779 (789 ff.); Hilty, CR 2012, 625 (636 ff.); Hilty, MMR 2003, 3 (6 ff.); Klein/Datta, CR 2017, 174 (180); Metzger, AcP 2016, 817 (855); Moritz, CR 1994, 257 (262).

Der **Diskussionsstand**²⁸⁷ in der **Literatur im Bereich Standardsoftware**²⁸⁸ und die wenigen bisher veröffentlichten **Ausführungen zu Apps** sprechen **überwiegend** ebenfalls für eine **kaufrechtliche Betrachtungsweise**.²⁸⁹

Speziell beim App-Download ist die vertragstypologische Einordnung noch nicht gelöst. Jüngst haben sich beispielsweise *Klein und Datta* gegen eine kaufrechtliche Betrachtungsweise ausgesprochen.²⁹⁰ Eine unreflektierte Übertragung der bisherigen Diskussion im Bereich von Standardsoftware ist daher nicht angezeigt. Vertiefte Ausführungen zum Vertragstyp beim App-Download finden sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht.

²⁸⁷ Ein guter Überblick über den Diskussionsstand findet sich bei *Marly*, *Softwarerecht*, S. 300 ff. Rn. 690 ff.

²⁸⁸ Für eine kaufrechtliche Einordnung votieren (nicht abschließend): *Auer-Reinsdorff/Conrad*, *Handbuch IT-Recht*, § 10 Vertragliche Grundlagen Rn. 50; *Butchereit*, *Rechtliche Aspekte von Entertainmentangeboten*, 47 ff.; *Cichon*, *Internet Verträge*, 256 ff. Rn. 958 ff. m.w.N.; *Diedrich*, CR 2002, 473 (478); *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); *Druschel*, GRUR-Int. 2015, 125 (127); für Online-Games *Erkeling*, in: Taeger, *Smart World – Smart Law?*, 787; *Faust*, in: DJT 2016, A 42 – für digitale Inhalte; *Ganzhorn*, *Digitale Güter*, 93 ff. – für digitale Güter; *Grübler*, *Digitale Güter*, 94 ff.; *Heydn*, CR 2010, 765 (772 f.); *Koglin*, *OpenSource*, S. 28 – es bestehe Einigkeit darüber, dass Kaufrecht zumindest mittelbar anzuwenden sei; *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352); *Lejeune*, ITRB 2014, 234 (235); *Lejeune*, CR 2007, 75 (77 f.); *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (656); *Lutz*, *Software*, 188 f.; *Marly*, *Softwarerecht*, S. 318 ff. Rn. 736 ff.; *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128 (3133); *Peintinger* 2016, 3 (5); *Redeker*, CR 2014, 73 (74); *Rehbinder/Peukert*, *Urheberrecht*, 355 Rn. 1165; *Seitz*, "Gebrauchte" *Software*, S. 11; für Open-Source-Software *Oberhem*, *Open-Source Software*, S. 102.

²⁸⁹ Auf dieser Linie *Baumgartner/Ewald*, *Apps und Recht*, S. 10; *Kremer*, in: *Handbuch IT-Recht*, § 28 Apps und Social Media Rn. 15 – spricht sich sogar für einen Sachkauf aus; *Bisges*, NJW 2014, 183 (183) – bei *In-App-Käufen* handele es sich um einen Rechtskauf i.S.d. § 453 BGB; *Feldmann*, in: Taeger, *Die Welt im Netz*, 54 f.; *Lachenmann*, K u. R 2013, 505 (505); *Schumacher*, BKR 2016, 53 (55); *Schmidt-Kessel*, K u. R 2014, 475 (479); *Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann*, *Mobile Apps*, 110 ff. Rn. 303 ff. – plattformübergreifend sei in derartigen Konstellationen Kaufrecht anwendbar (wegen der Bejahung der Sacheigenschaft von Apps sogar direkt §§ 433 ff. BGB); *Zdanowiecki*, in: *Bräutigam/Rücker*, *E-Commerce*, 836 Rn. 12 – Appüberlassung sei Sachkauf.

²⁹⁰ So *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (180).

Im Folgenden werden daher sowohl eine **kaufrechtliche Lösung** (unter aa.) als auch auf eine **lizenzvertragliche Lösung** (unter bb.) näher untersucht und (unter cc.) abschließend gegeneinander abgegrenzt.

aa. Kaufrechtliche Lösung

Da Apps keine Sachen im Sinne des § 90 BGB sind (erste Grundfeststellung),²⁹¹ ist die Anwendbarkeit des Kaufrechts folgerichtig allein über **§ 453 I BGB** denkbar. Danach sind die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten oder sonstigen Gegenständen entsprechend anzuwenden. Zum einen lässt sich eine App als **sonstiger Gegenstand** einordnen.²⁹² Dafür spricht, dass Software in den Gesetzesmaterialien exemplarisch als sonstiger Gegenstand genannt wird.²⁹³ Da aber unabhängig vom Vertragstyp aus urheberrechtlicher Perspektive ein Nutzungsrecht eingeräumt werden muss, ist ebenfalls ein Nutzungs**rechts**kauf denkbar.²⁹⁴ Indes erfolgt im Fall des App-Downloads die Einräumung der Nutzungsberechtigung schuldrechtlich, sodass bei dieser Konstruktion der Erwerber einen Anspruch auf schuldrechtliche Einräumung erwerben würde. Allein das zeigt, dass beim Erwerb eines einfachen Nutzungsrechts ein Rechtskauf dogmatisch zweifelhaft ist.²⁹⁵ Die Einordnung einer App als sonstiger Gegenstand ist somit präziser. Gleichwohl gelangen beide Konstruktionen zu denselben Rechtsfolgen.

(1) Konsequenzen

Klassifiziert man den entgeltlichen und dauerhaften App-Download als **Kaufvertrag**, so ergeben sich daraus mehrere Konsequenzen. Es bleibt aus

²⁹¹ Dazu C.III.1.

²⁹² Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 242; ebenso *Faust*, in: BeckOK-BGB, 453 BGB Rn. 24: für möglich gehalten von *Malevanny*, CR 2013, 422 (422).

²⁹³ BT-Drucks. 14/6040 S. 242.

²⁹⁴ Mit diesem Gedanken *Bisges*, NJW 2014, 183 (183); ebenso *Heydn*, CR 2010, 765 (772); a.A. *Ganzhorn*, Digitale Güter, S. 99.

²⁹⁵ So *Berger*, in: Jauernig-BGB, § 453 BGB Rn. 18.

urheberrechtlicher Perspektive eine Nutzungsrechteeinräumung erforderlich (dritte Grundfeststellung).²⁹⁶ Konsequenterweise ist dann zwischen Kaufvertrag und urheberrechtlicher Nutzungsrechteeinräumung zu **trennen**.²⁹⁷ Heydn versteht die Trennung im Bereich der Softwareüberlassung folgendermaßen: „Bei der schuldrechtlichen Einordnung eines Softwareüberlassungsvertrages geht es um die Frage, welche Rechte die Vertragsparteien im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung haben. Bei den urheberrechtlichen Befugnissen geht es demgegenüber um die Frage, in welchem Umfang Nutzungsrechte eingeräumt sind, und ob sich die vom Nutzer konkret vorgenommene Nutzung im Rahmen des im Lizenzvertrag eingeräumten Umfangs bewegt oder darüber hinausgeht.“²⁹⁸ Maßgebliche Funktion der schuldrechtlichen Einordnung bleibt nach diesem Verständnis die **Regelung des Gewährleistungsrechts**. Demzufolge sind die §§ 434 ff. BGB entsprechend anwendbar (vgl. § 453 I BGB). Leitbild im Sinne von § 307 III BGB für eine AGB-Kontrolle ist Kaufrecht. Dogmatisch ist dieser Weg gangbar. Gleichwohl lässt sich diese Konstruktion jedenfalls im Bereich des App-Downloads zugespitzt kritisieren.

(2) Kritik

(a) Parteiwille

Nach der **fünften Grundfeststellung** können die *Storebedingungen* über die Auslegungslösung den Vertragstyp beeinflussen. Im Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter* spricht eine Auslegung der **iTunes-Nutzungsbedingungen** dafür, dass ein Kaufvertrag gerade nicht von den Parteien gewollt ist (**Parteiwille**). Dort heißt es: „Die über den App Store zur Verfügung gestellten Apps werden an Sie lizenziert, nicht verkauft.“²⁹⁹ Allerdings wird im Verhältnis *Nutzer* und *Apple* von einem „Erwerb“ gesprochen. Da jedoch jedwede Gewährleistungsrechte wiederum im Verhältnis *Anbieter* und *Nutzer*

²⁹⁶ C.III.2.

²⁹⁷ So ausdrücklich Heydn, CR 2010, 765 (774).

²⁹⁸ Heydn, CR 2010, 765 (774).

²⁹⁹ Diese sind abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

gelten sollen, lässt sich das Regelwerk nicht widerspruchsfrei ins deutsche Recht übertragen. Jedenfalls sprechen im Verhältnis *Anbieter* und *Nutzer* die *iTunes-Nutzungsbedingungen* eindeutig **gegen** eine **kaufvertragliche Einordnung**.

Anders als bei *Apple* verwendet *Google* in den *Play Store* Nutzungsbedingungen ausdrücklich die Wortwahl „*Kauf von Inhalten*“ und „*App Sale*“.³⁰⁰ Eine Nutzungsrechteinräumung regelt *Google* separat. Bei *Google* spricht im Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter* damit der Parteiwille nicht gegen eine kaufrechtliche Einordnung. Gleichwohl muss bei der aktuellen Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen konstatiert werden, dass der aus den Nutzungsbedingungen gezogene Parteiwille alleine nicht entscheidend durchschlagen kann.

(b) Gewährleistungsrecht

„Die Frage, wann *Computersoftware* einen Mangel aufweist, ist im Schrifttum kontrovers diskutiert und bedarf einer eingehenden Darstellung.“³⁰¹

Mit der Annahme von Kaufrecht bei Softwareüberlassungsverträgen ginge die gewollte Anwendbarkeit der kaufrechtlichen **Gewährleistungsregeln** (§§ 434 ff. BGB) einher.³⁰² Das Gewährleistungsrecht ist für die rechtliche Qualifikation eines Vertragstypen häufig ausschlaggebend.³⁰³ Dieses „Totschlagargument“ für die notwendige Einordnung als Kaufvertrag gerät beim App-Download ins Wanken. Die Anwendbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften eröffnet nämlich zahlreiche Rechtsfragen und würde bei Apps zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

³⁰⁰ Diese sind abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017).

³⁰¹ *Marly*, *Softwarerecht*, S. 572 Rn. 1300.

³⁰² So etwa *Metzger*, *AcP* 2016, 817 (855 ff.) *Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps*, 114 Rn. 314.

³⁰³ Siehe *Heussen*, *GRUR* 1987, 779 (779); vgl. dazu auch *Leenen*, *Typus und Rechtsfindung*, S. 151.

In § 437 BGB sind die Rechte des Käufers bei Mängeln aufgelistet. Nach der Vorschrift kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der einschlägigen Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist, Nacherfüllung verlangen (Nr. 1), zurücktreten oder mindern (Nr. 2) oder Schadensersatz verlangen (Nr. 3). Die Möglichkeit sonstiger Vereinbarungen ist im Bereich des **Verbrauchsgüterkaufs** zu Lasten des Käufers faktisch nicht gegeben (§ 476 I 1 BGB). Zwar sind Apps zu Recht keine beweglichen Sachen. Deshalb ist die Anwendbarkeit der Vorschrift nach dem Wortlaut von § 474 I BGB („*bewegliche Sachen*“) zweifelhaft.³⁰⁴ Trotzdem sprechen sich die das Kaufrecht bejahenden Stimmen für die Anwendbarkeit der Vorschrift auf Standardsoftware aus.³⁰⁵ Die Tatsache, dass die *Storebedingungen* im Verhältnis Verkäufer (=Anbieter) und Käufer (=Nutzer) gegebenenfalls „nur“ über die Auslegung der jeweiligen Willenserklärungen wirken, ändert daran nichts (vgl. § 476 I 2 BGB). Bei konsequenter Anwendung des Kaufrechts würden sich daher die Gewährleistungsrechte ausschließlich nach § 437 BGB richten. Grundvoraussetzung von § 437 BGB ist ein **Mangel bei Gefahrübergang** (vgl. § 446 S. 1 BGB). Klärungsbedürftig ist somit zunächst, wann eine App mangelhaft ist. „*Die Frage, wann Computersoftware einen Mangel aufweist, ist im Schrifttum kontrovers diskutiert und bedarf einer eingehenden Darstellung.*“³⁰⁶ Nach § 434 I 1 BGB ist eine App mangelfrei, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Jedoch fehlt eine individuelle Beschaffenheitsvereinbarung,³⁰⁷ sodass es sich nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB

³⁰⁴ Ähnlich *Redeker*, IT-Recht, Rn. 531; vertiefend *Schmidt-Kessel*, K u. R 2014, 475 (481), der sich daher für eine Analogie ausspricht; vgl. zudem *Berger*, in: *Jauernig-BGB*, §§ 474, 475 BGB Rn. 4 – digitale Produkte unterfallen (nur) § 474 BGB, wenn sie auf einem Datenträger verkörpert werden.

³⁰⁵ Dazu *Faust*, in: *BeckOK-BGB*, § 474 BGB Rn. 15; *Druschel*, GRUR-Int. 2015, 125 (137) – §§ 474 ff. BGB seien analog anwendbar; ebenso *Ganzhorn*, *Digitale Güter*, S. 100; für Musik-Downloads ebenfalls *Grübler*, *Digitale Güter*, S. 104; *Marly*, *Softwarerecht*, S. 570 Rn. 1338; vgl. auch *Redeker*, IT-Recht, Rn. 532.

³⁰⁶ *Marly*, *Softwarerecht*, S. 610 Rn. 1438.

³⁰⁷ Ebenso *Hummelmeier*, in: *DJT* 2016, K 39 – die Existenz einer Vereinbarung sei eine Fiktion (bezogen auf Standardsoftware); *Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps*, 130 Rn. 360#.

danach richtet, ob die App sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei anderen vergleichbaren Apps üblich und zu erwarten ist. Bei der Frage, welche Beschaffenheit bei Apps üblich und zu erwarten ist, muss man berücksichtigen, dass ein völlig fehlerfreies Produkt im Softwarebereich untypisch ist (**Unvermeidbarkeit von Softwarefehlern**).³⁰⁸ Es ist für den Menschen unmöglich mehrere tausend (bei einer einfachen App) oder gar Millionen (bei komplexer Software) Programmierzeilen fehlerfrei zu gestalten.³⁰⁹ *Marly* merkt dazu an: „Nicht beantwortet und heftig umstritten ist damit indes, welche rechtlichen Konsequenzen aus dieser Unvermeidbarkeit von Fehlern zu ziehen sind.“³¹⁰ Es ist Normalität, dass „unfertige“ Produkte auf den Markt kommen. So werden Apps durchschnittlich alle ein bis zwei Monate durch Updates aktualisiert.³¹¹ Daraus lässt sich zumindest ableiten, dass **kleinere Programmierfehler gerade bei Apps, die neu auf den Markt gekommen sind, zu erwarten sind und kein Mangel** sind. Eine weitere Annäherung zur Frage der zu erwartenden Beschaffenheit ist über § 434 I 3 Var. 1 BGB möglich. Nach § 434 I 3 Var. 1 BGB gehören zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 auch Eigenschaften, die der Käufer nach den **öffentlichen Äußerungen** des Verkäufers insbesondere in der Werbung oder bei der **Kennzeichnung** über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann. Apps werden fast ausschließlich über einen *Store* bezogen und dort angepriesen. Der *Anbieter* muss sich an diesen **Produkt- und Leistungsbeschreibungen**³¹² messen lassen.³¹³ Selbiges gilt gerade im Fall von *Android* für die Frage der **Kompatibilität** mit verschiedenen

³⁰⁸ Die Unvermeidbarkeit von Softwarefehlern ist anerkannt. Siehe *Marly*, *Softwarerecht*, S. 609 f. Rn. 1438 m.w.N.; dazu bereits *Heussen*, CR 2004, 1 (1 ff.).

³⁰⁹ Siehe dazu Kroker's Look @ IT, Neues aus Hightech- und Medienwelt, abrufbar im Internet: <<http://blog.wiwo.de/look-at-it/2013/12/13/so-viele-programmierzeilen-hat-software-von-der-iphone-app-uber-windows-bis-facebook/>> (Stand: 21.11.2018).

³¹⁰ *Marly*, *Softwarerecht*, S. 577 Rn. 1300.

³¹¹ So *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 3; *Schumacher*, BKR 2016, 53 (57).

³¹² Mit dieser Terminologie *Marly*, *Softwarerecht*, S. 612 Rn. 1447.

³¹³ So *Cichon*, Internet Verträge, 264 Rn. 988; *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 130 Rn. 360.

Smartphones (vgl. auch § 1 I Nr. 15 des Art 246a EGBGB).³¹⁴ Verfügt die App beispielsweise nicht über die im *Store* angepriesenen Funktionen, gelingt die Feststellung eines Mangels. Darüber hinaus lässt sich im Vergleich mit anderen Apps grob ein **allgemeiner Qualitäts- und Leistungsstandard** zu einem gewissen Zeitpunkt definieren.³¹⁵ Dabei ist jedoch zu beachten, dass **Leistungs- und Funktionsunterschiede** dem Markt inhärent sind und man einzelne Funktionen nicht vorschnell als Leistungsstandard definieren darf. Kann man etwa bei der einen Messenger-App Bilder schicken, bei einer anderen aber nicht, ist diese nicht allein deshalb mangelhaft. Darüber hinaus kann man bei einem sehr **geringen Preis** verständlicherweise keine perfekte Anwendung erwarten.³¹⁶ Auch eine Umsetzung des DIInhRL-E würde nicht für mehr Klarheit sorgen. Nach Art. 6 Nr. 1 a) DIInhRL-E sind Apps dann vertragsgemäß, wenn sie hinsichtlich der Quantität, Qualität, Dauer und Version, des Funktionsumfangs, der Interoperabilität und sonstiger Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit den Anforderungen entsprechen, die sich aus dem Vertrag oder den vorvertraglichen Informationspflichten, die Bestandteil des Vertrags sind, ergeben. *Faust* merkt zu Recht an, dass ein Gewinn an Präzision mit der Aufzählung im Richtlinienvorschlag nicht verbunden sei.³¹⁷

Evident mangelhaft ist eine App jedenfalls dann, wenn sich die App schon gar nicht öffnen lässt, oder wenn sie die Funktionsfähigkeit des Smartphones oder anderer Apps dauerhaft beeinträchtigt. Das kann der Fall sein, wenn die App Schadsoftware³¹⁸ beinhaltet oder häufig abstürzt³¹⁹. Bei *Apple* finden sich allerdings nur solche Apps im *App Store*, die *Apples* strengen Qualitätsanforderungen standhalten (sogenannte *App*

³¹⁴ Siehe zur Kompatibilität auch *Metzger*, AcP 2016, 817 (856).

³¹⁵ So vertreten von *Marly*, *Softwarerecht*, S. 613 Rn. 1450.

³¹⁶ Zumindest der RL-Entwurf über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte knüpft in Art. 6 II a) an den Preis an. Kritisch *Faust*, in: DJT 2016, A. 45, der die **Preisklasse** als geeignetes Kriterium sieht.

³¹⁷ *Faust*, in: DJT 2016, A 44.

³¹⁸ Mit diesem Beispiel *Kremer*, in: *Handbuch IT-Recht*, 28.

³¹⁹ *Lachenmann*, in: *Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps*, 130 Rn. 360.

*Store Review Guidelines*³²⁰).³²¹ Beta- oder Testversionen werden nicht angenommen.³²² Daher dürften bei *Apple* nur wenige evident mangelhafte Apps überhaupt den Weg auf das Smartphone des Endnutzers finden. *Google* verzichtet hingegen auf derartige Kontrollen im Vorfeld.³²³ Dadurch finden sich potenziell deutlich mehr Apps mit derartigen Mängeln im *Google Play Store*. Allerdings kam es im Februar 2013 dazu, dass *Google* auf einen Schlag 60.000 „spammy and low quality“ Apps aus dem *Play Store* entfernte.³²⁴ Schließlich beeinflussen App-Rankings das Downloadverhalten der *Nutzer*. Gerade bei den beliebten und damit in den *Stores* besonders sichtbaren Apps ist ein evidenter Mangel ohne Einschreiten des *Stores* unwahrscheinlich.

Nach der kaufrechtlichen Lösung bleibt es bei Annäherungen und einer Einzelfallbetrachtung. Eine subsumtionsfähige Definition eines App-Mangels fehlt. Abseits evidenter Mängel ist daher in jedem Fall eine **restriktive Handhabung** geboten.

Aktuell lassen sich einige konkreten Fragen nicht beantwortet. Dazu gehören zum Beispiel die Fragen, ob ein Onlineerfordernis bei der App-Nutzung bereits ein Mangel ist, oder ob man § 434 II 2 BGB (fehlerhafte Montage[anleitung]) sachgerecht auf einen App-Download übertragen kann.³²⁵ Das zeigt, dass ein kaufrechtlich angelegter Mangelbegriff im Ergebnis keinen vorhersehbaren Gewährleistungsausgleich schaffen kann. Abseits evidenter Mängel herrscht große **Rechtsunsicherheit**.

Daher bleibt mit *Hummelmeier* abschließend anzumerken: „Auch beim Mangelbegriff zeigt sich, dass die Regelungen des BGB, die sich aus einer buchstäblichen Vorstellung vom Kauf- oder Werkvertrag herleiten, für die

³²⁰ Diese sind abrufbar im Internet: <<https://developer.apple.com/app-store/review/guidelines/>> (Stand: 02.02.2017).

³²¹ *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 3; ebenso *Marly*, *Softwarerecht*, S. 501 Rn. 1150.

³²² *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 3.

³²³ Wiederum *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 3.

³²⁴ Explizit *Comino/Manenti/Mariuzzo*, iTunes vs Google Play, S. 3.

³²⁵ Mit diesem Gedanken *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 42 f.

*letztlich gedankliche Leistung eines Softwareprogramms nur mühsam passend gemacht werden können.*³²⁶

Außerdem muss der Mangel bei **Gefahrübergang** vorliegen (vgl. § 446 S. 1 BGB). Nach § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über. Bei einer **entsprechenden Anwendung** der Vorschrift spricht vieles dafür, den Gefahrübergang erst bei **vollständiger Übertragung der App** auf das Smartphone anzunehmen.³²⁷ Zwar ließe sich ein Gefahrübergang auch im Bereitstellen der App im *App Store* sehen (vgl. § 269 I, II BGB). Es ist jedoch **unbillig**, dem Erwerber das **Übermittlungsrisiko** aufzubürden.³²⁸ Daher kann man argumentieren, dass sich aus der Natur des Schuldverhältnisses (vgl. Wortlaut des § 269 I BGB) bereits als Leistungsort das Smartphone des Erwerbers ergibt. Allerdings ist der Streit nur theoretischer Natur.³²⁹ Ein Ausschluss nach § 377 HGB wird mangels beiderseitigem Handelsgeschäft regelmäßig nicht gegeben sein.³³⁰ Bei einer kaufrechtlichen Lösung dürfte auch ein Ausschluss nach § 442 I BGB (Kenntnis des Käufers) nur bei Kenntnis von evidenten Mängeln in Betracht kommen.

Gelingt eine Subsumtion unter den Mangelbegriff, ist zunächst zu fragen, ob dem *Nutzer* ein **Nacherfüllungsanspruch** nach § 439 I BGB zusteht. Nach § 439 I BGB kann der Käufer **nach seiner Wahl** Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Zumindest bei Apps im unteren Preissegment – und das sind aktuell wohl noch die meisten Apps – ist das Wahlrecht rechtlich problematisch und praktisch fern der Realität:

Wurde die App korrekt auf das Smartphone übertragen, scheidet bei einem Funktionsfehler eine „*Nachlieferung*“ nach § 439 I Var. 2 BGB schon der

³²⁶ *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 38 f.

³²⁷ Mit diesem Ergebnis im Softwarebereich *Cichon*, Internet Verträge, 271 Rn. 1011.

³²⁸ *Cichon*, Internet Verträge, 272 Rn. 1013.

³²⁹ Siehe bereits die Ausführungen unter B.II.1.bb.

³³⁰ Zu Ausschlüssen nach § 377 HGB im Softwarebereich vertiefend *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 43 ff.

Sache nach aus (vgl. § 275 I BGB). Wenn nämlich die Kopie fehlerhaft ist, wird eine neue Kopie bei korrekter Übertragung ebenfalls fehlerhaft sein. Eine Nachlieferung in Form eines Neudownloads hilft daher nur weiter, wenn beim Übertragungsvorgang selbst ein Fehler aufgetreten ist.³³¹ Denkbar wäre dann eine Nachbesserung. Zwar kann eine Nachbesserung in vielen Fällen technisch möglich sein. Man wird sich jedoch sodann mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Art der Nacherfüllung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist und ob der Verkäufer sie deshalb nach § 439 IV S. 1 und 3 Hs. 2 BGB verweigern kann. Dabei sind nach § 439 IV S. 2 BGB insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung zurückgegriffen werden kann. Letzteres ist, wie gezeigt, nicht der Fall, steht der Verweigerung aber nicht entgegen (§ 439 IV S. 3 Hs. 2 BGB). Bedenkt man, dass eine App oft nur einen geringen Wert hat und dass bei einer Nachbesserung, die gegebenenfalls einen erheblichen Programmieraufwand erfordert, die diskutierten Wertgrenzen von 100-200%³³² schnell erreicht sind, wäre die Vorschrift dem **Wortlaut** nach einschlägig. In einem Vorabentscheidungsverfahren („Gehr. Weber“) hat der EuGH im Jahr 2011 jedoch entschieden, die Verweigerung der Nacherfüllung wegen **absoluter Unverhältnismäßigkeit** sei nicht richtlinienkonform: *„Folglich zeigt sich, dass der Unionsgesetzgeber dem Verkäufer das Recht zur Verweigerung der Nachbesserung des mangelhaften Verbrauchsguts oder der Ersatzlieferung nur im Fall der Unmöglichkeit oder einer relativen Unverhältnismäßigkeit gewähren wollte. Erweist sich nur eine dieser beiden Abhilfen als möglich, kann der Verkäufer die einzige Abhilfe, durch die sich der vertragsgemäße Zustand des Verbrauchsguts herstellen lässt, somit nicht verweigern.“*³³³ Wendet

³³¹ Diesen Aspekt beleuchtet *Cichon*, Internet Verträge, 266 f. Rn. 993 ff..

³³² Siehe *Faust*, in: BeckOK-BGB, § 439 BGB Rn. 66.

³³³ EuGH, Urteil vom 16.06.2011 – C-65/09, C-87/09, NJW 2011, 2269 (2274) Rz. 71.

man die Vorschrift bei **richtlinienkonformer Rechtsfortbildung aufgrund einer teleologischen Reduktion** nicht an,³³⁴ hätte der Käufer einen Nachbesserungsanspruch.

Diese Rechtsprechung ist nunmehr Gesetzeslage. Nach § 475 IV BGB kann der Unternehmer die Nacherfüllung nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten nach § 439 IV 1 BGB verweigern, wenn die eine Art der Nacherfüllung nach § 275 BGB ausgeschlossen ist.

Bei einer App, die für wenige Euro gekauft wurde, müssten Programmierleistungen von möglicherweise mehreren tausend Euro zur Nachbesserung erbracht werden. Aufgrund der §§ 474, 476 I 1 BGB kann sich der Verkäufer nicht auf abweichende Vereinbarungen berufen. Außerdem kann man nicht vorschnell eine Korrektur über § 275 II BGB oder § 242 BGB annehmen. Auch eine Korrektur über § 474 IV 2 BGB, wonach der Unternehmer bei unverhältnismäßige Aufwendungen den Aufwendungsersatzanspruch des Verbrauchers auf einen angemessenen Betrag begrenzen kann, hilft richtigerweise nicht weiter.³³⁵ Zwar wäre eine Anwendung des § 439 II, III 1 BGB, da § 439 II BGB auch Arbetiskosten umfasst, denkbar, indes ergibt sich aus der Gesetzessystematik und dem Zweck, dass es gerade nicht um Kosten der eigentlichen Reparatur gehen kann.³³⁶ Zudem wird bereits aus dem Wortlaut der § 439 II und III S. 1 BGB deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Norm vor allem an Bauverträge gedacht hat und keine Korrektur der Nacherfüllung für digitale Inhalte vornehmen wollte.³³⁷ Ein Aufwendungsersatzanspruch des *Nutzers* besteht in diesen Fällen – anders als etwa bei einem Ausbau von Fliesen durch den Verbraucher – gerade nicht, sodass dieser auch nicht begrenzt werden muss. Daher käme man bei der konsequenten Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften zu dem befremdlichen Ergebnis. Gleichwohl ist zu erwarten, dass die das Kaufrecht bejahenden Stimmen auch in diesen Fällen derartige Ergebnisse korrigieren würden. Konsequent ist das nicht.

³³⁴ Dazu *Faust*, in: BeckOK-BGB, § 439 BGB Rn. 64.

³³⁵ So *Faust*, in: BeckOK-BGB, § 475 BGB Rn. 47.

³³⁶ *Faust*, in: BeckOK-BGB, § 475 Rn. 47 *Weidenkaff*, in: Palandt, § 439 BGB Rn. 13 – eigene Aufwendungen dürfe der Verkäufer nicht in Rechnung stellen.

³³⁷ So ausdrücklich *Marly*, *Softwarerecht*, S. 560 Rn. 1309.

Im unteren Preissegment dürfte eine **Minderung** nach §§ 437 Nr. 2, 441 BGB praktisch kaum interessengerecht sein. Ein **Rücktritt** nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB setzt eine Fristsetzung voraus. Wenn man tatsächlich dem Verkäufer auch bei Apps ein Recht zur zweiten Andienung durch Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften zusprechen möchte, ist zu fragen, was eine angemessene Frist ist. Welcher Zeitraum wäre für einen Verkäufer angemessen, um notwendige Programmierleistungen zu erbringen? Bei größeren Programmfehlern wird man einem Verkäufer eine gewisse Zeit zubilligen müssen. Dabei bleibt außer Betracht, dass viele *Anbieter* aus der Startup-Szene kommen und über keine nennenswerten Ressourcen verfügen.³³⁸ Doch wenn die Voraussetzungen des Rücktritts irgendwann gegeben sein sollten, treten dann die Probleme dieser Konstruktion offen zu Tage. Nach erfolgtem Rücktritt entsteht ein **Rückabwicklungsschuldverhältnis** nach §§ 346 I, 323 BGB. § 346 I BGB ordnet als Rechtsfolge die Herausgabe der empfangenen Leistungen oder gezogenen Nutzungen an. Hilfsweise ist Nutzungsersatz zu leisten. Bedenkt man, dass viele *Anbieter* im Gegenzug für die Nutzung Nutzerdaten verarbeiten, werden weitere Folgeprobleme offenkundig. Welchen Wert hat die Datennutzung? Wie ist die Rückgewähr zu bewerkstelligen?³³⁹ Genügt es, wenn beide Parteien die Daten **löschen**³⁴⁰? Zeigen die vielen Probleme bei einer Anwendung kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte nicht, dass der App-Download mehr den Charakter eines **Dauerschuldverhältnisses** hat? Beispielsweise werden erworbene Apps im Regelfall durch Updates aktualisiert und verbessert. Deshalb könnte eine

³³⁸ Vgl. zu den relativ niedrigen Forschungs- und Entwicklungskosten von Apps *Bresnahan/Davis/Yin*, *Economic Value Creation in Mobile Applications*, 4 f. – „*R&D costs had already been sunk and spread over thousands of applications*“.

³³⁹ Selbst *Metzger*, AcP 2016, 817 (861), der sich im Grundsatz für die Anwendbarkeit des kaufrechtlichen Gewährleistungsregimes bei digitalen Inhalten ausspricht räumt ein: „*Wie dies im Fall einer bereits erfolgten Preisgabe von Daten zu bewerkstelligen ist, sei weitgehend ungeklärt*“.

³⁴⁰ Für eine Löschpflicht beim Rücktritt *Cichon*, *Internet Verträge*, 268 Rn. 999; *Metzger*, AcP 2016, 817 (861) – die Löschungspflicht ergebe sich aus § 35 II2 BDSG a.F.

Kündigung sachnäher als der Rücktritt sein. Dann hätte man bei kostenlosen und kostenpflichtigen sowie bei dauerhaften und vermeintlich nur zeitweise überlassenen Apps kein **völlig unterschiedliches Gewährleistungsregime**.³⁴¹

Festzuhalten bleibt damit, dass die entsprechende Anwendung der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften den Rechtsanwender vor einige Rechtsprobleme stellt. Nur wenn man den Wortlaut von § 453 I BGB, der explizit eine **entsprechende** Anwendung anordnet, großzügig weit auslegt, hätte man wohl gerade noch die nötige Flexibilität, um interessengerechte Ergebnisse erzielen zu können.³⁴² Wenn man allerdings den Vertragstyp nur unter dieser Prämisse für anwendbar hält, führt das gerade **nicht zu mehr Rechtssicherheit**. Muss man die kaufrechtlichen Vorschriften immer stark modifizieren, dann helfen diese als „gesetzliches Leitbild“ bei der AGB-Kontrolle wenig.³⁴³ Entscheidungen werden nicht vorhersehbarer. Widersprüche bei der Rechtsanwendung und Sachverhaltsquetsche unter „willkürlich“ modifiziertes Gesetzesrecht sind zwingende Folge.

(3) Zwischenergebnis

Es ist dogmatisch möglich, den dauerhaften entgeltlichen App-Download als Kaufvertrag über einen sonstigen Gegenstand im Sinne des § 453 I Var. 2 BGB einzuordnen (**kaufrechtliche Lösung**). Dafür lässt sich die Gesetzeshistorie zu § 453 I BGB anführen. Zudem entspricht die Zuordnung zum Kaufrecht bei der dauerhaften Überlassung von Standardsoftware noch der herrschenden Meinung. Doch selbst mit einer kaufrechtlichen Lösung bleibt zusätzlich der Abschluss eines Lizenzvertrags erforderlich.³⁴⁴ Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht passt nur schwerlich

³⁴¹ Dieser Aspekt wird unter C.IV.2.a.bb(3) noch einmal näher thematisiert.

³⁴² Auf dieser Linie *Faust*, in: DJT 2016, A 43.

³⁴³ *Spindler/Schuster/Döpfkens*, in: *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl., § 307 BGB Rn. 36 – das führe zu einer gewissen Beliebigkeit in der Rechtsprechung.

³⁴⁴ Siehe bereits *Pres*, *Softwarelizenzverträge*, S. 48.

auf die denkbaren Probleme im App-Bereich.³⁴⁵ *Hummelmeier* verwendet daher zutreffend das Zitat von Mark Twain: „Wenn Dein einziges Werkzeug ein Hammer ist, wirst Du jedes Problem als Nagel betrachten.“³⁴⁶ Bei *Google* tragen die *Storebedingungen* eine kaufrechtliche Einordnung. Bei *Apple* ist das im Verhältnis *Anbieter* und *Nutzer* zweifelhaft. Allenfalls im Verhältnis *Nutzer* und *Apple* als *Storebetreiber* könnte man aufgrund der *Storebedingungen* eine kaufrechtliche Lösung ableiten. Selbst dagegen spricht jedoch, dass *Apple* selbst gerade nicht für mangelhafte Apps haften möchte. Eine Haftung von *Apple* wäre jedoch bei einer kaufrechtlichen Lösung und der damit verbundenen Anwendung der zwingenden Gewährleistungsvorschriften (vgl. § 476 BGB) die Folge. Eine mit den *Storebedingungen* widerspruchsfreie Lösung lässt sich nicht erzielen. Da die dogmatische mögliche Einordnung als Rechtskauf nicht interessengerecht erscheint, soll im Folgenden untersucht werden, ob der dauerhafte entgeltliche Erwerb einer App typologisch nicht richtigerweise als Lizenz verstanden werden muss.

bb. Lizenzvertragliche Lösung

Neben der Einordnung als Rechtskauf, kommt beim **dauerhaften entgeltlichen App-Download** ernsthaft nur noch die Einordnung **als atypischer Vertrag nach § 311 I BGB**, also als **Lizenzvertrag**, in Betracht. Eine **Lizenz** ist die **Befugnis**, ein **Immaterialgut** eines anderen zu **benutzen**.³⁴⁷ In einem ersten Schritt erfolgt eine Abgrenzung zum Kaufvertrag anhand typusprägender Charakteristika (unter (1)). Sodann wird eine Einordnung als Lizenzvertrag aufgrund des Vertragsinhalts und Vertragszwecks geprüft (unter (2)), bevor schließlich die Einordnung überprüft wird. Dazu

³⁴⁵ Optimistischer aber *Faust*, in: DJT 2016, A 43 – der die Probleme durch die entsprechende Anwendung für lösbar hält; ähnlich *Raue*, NJW 2017, 1841 (1843) – etablierte bürgerlich-rechtliche Haftungskonzepte hielten (unter gewissen Voraussetzungen) auch im digitalen Zeitalter passende Antworten bereit.

³⁴⁶ *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 35.

³⁴⁷ Siehe bereits *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen, S. 79; *Marly*, Softwarerecht, S. 304 Rn. 697; *Strenkert*, Beendigung des Lizenzvertrags, S. 8.

findet (unter (3)) eine Auseinandersetzung mit den aus dem Bereich der Standardsoftware bekannten Gegenargumenten statt.

(1) Typusprägende Charakteristika

Die Einordnung als **Lizenz im Falle des dauerhaften entgeltlichen App-Downloads** erfordert die **Abgrenzung zum Kaufvertrag**. Die Annahme eines **atypischen**, einfach gesetzlich nur angedeuteten Vertragstyps (insbesondere im Patentrecht; vgl. etwa § 15 II, III PatG)³⁴⁸ erfordert nämlich, dass eine Zuordnung zu einem der klassischen Vertragstypen des BGB scheitert. Dazu soll in einem ersten Schritt anhand der **allgemeinen Strukturcharakteristika des Kaufvertrags** nach *Haedicke* geprüft werden,³⁴⁹ ob ein App-Download dieses typischerweise aufweist.

Für die Erörterung der **typusprägenden Charakteristika eines Kaufvertrags** muss vorweggeschickt werden, dass nicht immer alle Typenmerkmale erfüllt sein müssen, um einen Vertrag einem gesetzlichen Leitbild zuordnen zu können.³⁵⁰ „*Sofern das Gesamtbild des Vertrags dem gesetzlichen Typus im Wesentlichen entspricht, können einige Züge in nur geringem Maße ausgeprägt sein oder sogar ganz fehlen.*“³⁵¹

Der **Austausch von Waren gegen Geld** (Entgeltlichkeit des Gütertransfers) ist **erste Grundvoraussetzung** eines Kaufvertrags.³⁵² Bei dieser Voraussetzung ist nur fraglich, ob eine App unter den Warenbegriff subsumiert werden kann. Das BGB arbeitet – wie gezeigt – mit dem Sachbegriff. Man kann sich jedoch über das UN-Kaufrecht annähern. Nach Art. 1 CISG ist dieses Übereinkommen, wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, auf Kaufverträge über Waren anwendbar. In dem Zusammenhang

³⁴⁸ So *Cichon*, Internet Verträge, 256 Rn. 957 m.w.N. – Vertrag sui generis sei nur als ultima ratio anzunehmen.

³⁴⁹ Nach *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 93.

³⁵⁰ So *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 93.

³⁵¹ *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 93.

³⁵² Siehe *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 93.

wurde ebenfalls diskutiert, ob Software eine Ware im Sinne des Übereinkommens sei.³⁵³ Da der Wortlaut weiter ist als bei § 433 I 1 BGB und es keine Parallelnorm zu § 90 BGB gibt, kann man den Warenbegriff weit verstehen und Software darunter subsumieren.³⁵⁴ Die **erste Grundvoraussetzung**, namentlich die **Entgeltlichkeit des Gütertransfers**, ist beim entgeltlichen App-Download mithin gegeben.

Charakteristisch ist ferner die Möglichkeit, zwischen einem schuldrechtlichen und einem gegenständlichen Geschäft zu unterscheiden (**Trennungsprinzip**).³⁵⁵ Als Verpflichtungsgeschäft bewirkt der Kaufvertrag alleine **keine Zuordnungsänderung**.³⁵⁶ Zur Rechtsübertragung ist dazu eine **Verfügung**, ein hiervon zu unterscheidender selbstständiger **dinglicher Vertrag**, notwendig.³⁵⁷ Eine Verfügung ist nach allgemeiner Anschauung eine Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Inhaltsänderung eines Rechts. Klärungsbedürftig ist, ob dieses Kriterium beim App-Download erfüllt ist. Im Gegensatz zu einem klassischen Kaufvertrag nach § 433 I 1 BGB kommt es beim App-Download gerade nicht zu einem Verfügungsgeschäft in Form einer **Übergabe** i. S. d. § 929 S. 1 BGB.³⁵⁸ Der Kopiervorgang der App beim App-Download ist ein Realakt. Als **dinglicher Vertrag** kommt beim App-Download daher einzig die **Einräumung eines Nutzungsrechts in Betracht** (vgl. §§ 413, 398 BGB). Anders als bei vielen Softwareüberlassungsverträgen erfolgt die Nutzungsrechteinräumung – wie gezeigt³⁵⁹ – **nur obligatorisch** und nicht quasi-dinglich nach § 31 I UrhG.³⁶⁰

³⁵³ Dazu *Huber*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, Art. 1 CISG Rn. 19 ff.

³⁵⁴ Dies ist nicht völlig unumstritten. Dafür aber *Huber*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, Art. 1 CISG Rn. 20 m.w.N.

³⁵⁵ So *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 94.

³⁵⁶ Wiederum *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 94.

³⁵⁷ *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 94.

³⁵⁸ Zur Übergabe siehe C.III.1.

³⁵⁹ Siehe C.III.3.c.bb.

³⁶⁰ Zur dinglichen Verfügung beim Erwerb von Standardsoftware siehe *Heydn*, CR 2010, 765 (774).

Ein dingliches **Verfügungsgeschäft** fehlt daher beim App-Download. Die Einräumung des Nutzungsrechts geschieht direkt mit dem Start des Downloadvorgangs. Der Überlassungsvertrag sorgt selbst für eine Zuordnungsänderung. Mithin kann man bei einem App-Download nicht „zwischen einem obligatorischen Vertrag und einem diesem gegenüber eigenständigen Verfügungsvertrag unterscheiden“³⁶¹. Derartige Zuordnungsveränderungen findet man im BGB sonst typischerweise bei Nutzungsüberlassungsverträgen wie etwa dem Miet- oder Pachtvertrag.³⁶² Das für den Kaufvertrag charakteristische **Trennungsprinzip** ist beim App-Download nicht verwirklicht. Daher fehlt beim App-Download jedenfalls der für einen Kaufvertrag **charakteristische** verfügende Teil. Das ist ein erstes gewichtiges Indiz gegen eine kaufvertragliche Einordnung. Daher muss nun näher auf den **Vertragsinhalt und Vertragszweck** beim App-Download eingegangen werden. Schließlich sind diese für die Einordnung des Vertragstyps bedeutsam. Sollten Vertragsinhalt und Vertragszweck ebenfalls gegen eine kaufrechtliche Einordnung sprechen, wären das gewichtige Argumente für eine lizenzvertragliche Einordnung.

(2) Vertragsinhalt und Zweck

Für den Vertragsinhalt sind die **Hauptleistungspflichten** von Bedeutung. Der *Nutzer* ist beim entgeltlichen App-Download verpflichtet, ein **Entgelt** für den Download zu entrichten.³⁶³ Die Entgeltlichkeit alleine ermöglicht jedoch keine Zuordnung zu einem Vertragstyp, da diese für die meisten Vertragstypen im BGB charakteristisch ist. Der Fokus liegt daher auf der Hauptleistungspflicht des *Anbieters*. Nach der **dritten Grundfeststellung**

³⁶¹ Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 95.

³⁶² Haedicke, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, S. 95.

³⁶³ Dazu McGuire, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 705 ff. – Hauptpflicht des Lizenznehmers sei die Vergütungspflicht, auch die Entgeltlichkeit sei kein notwendiges Charakteristikum des Lizenzvertrags.

ist der *Anbieter* verpflichtet, dem *Nutzer* ein Nutzungsrecht einzuräumen.³⁶⁴ Die Einräumung des Nutzungsrechts in Form einer schuldrechtlichen Gestattung ist die **Hauptleistungspflicht** des *Anbieters*. An dieser Stelle muss man sich spätestens noch einmal die Definition einer **Lizenz** vergegenwärtigen. Eine Lizenz ist die Befugnis, ein Immaterialgut nutzen zu können.

Da die Hauptleistungspflicht für eine lizenzvertragliche Einordnung spricht,³⁶⁵ muss geklärt werden, ob es einen **darüberhinausgehenden Vertragszweck** gibt, der in der Gesamtbetrachtung für ein kaufvertragliches Gepräge spricht. Zunächst muss dabei der Blick auf das **Gewährleistungsrecht** fallen.³⁶⁶ Die Parteien könnten bezwecken, den Vertrag dem kaufrechtlichen Gewährleistungsregime im BGB zu unterwerfen.

Wie jedoch schon dargelegt worden ist, sind die kaufrechtlichen Gewährleistungsregeln – anders als bei den früheren BGH-Entscheidungen im Standardsoftwarebereich – nicht zwingend interessengerecht. Sowohl *Apple* als auch *Google* räumen zunächst einmal ein „*Widerrufsrecht*“ ein.³⁶⁷ Ohne Angabe von Gründen kann ein App-Erwerb bei *Apple* innerhalb von 14 Tagen rückgängig gemacht werden und es erfolgt eine **Erstattung**.³⁶⁸ Im *Play Store* besteht diese Möglichkeit lediglich für 48 Stunden.³⁶⁹ Aus den jeweiligen *Storebedingungen* ergibt sich, dass die **Erstattung als Primärrechtsbehelf** angesehen wird und ein ausdifferenziertes Gewährleistungsregime nicht vorgesehen ist. Der Primärrechtsbehelf ist dabei durchaus interessengerecht. Die *Storebetreiber* haben ähnlich wie

³⁶⁴ Ausführlich hergeleitet unter C.III.2.

³⁶⁵ Siehe *McGuire*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 698 f. – Hauptpflicht des Lizenzgebers sei die Gewährung eines positiven Nutzungsrechts.

³⁶⁶ Zum Gewährleistungsrecht siehe C.IV.2.(2)(b).

³⁶⁷ Ausführungen zum Widerruf finden sich bereits unter B.VI.

³⁶⁸ Siehe wiederum die *iTunes-Nutzungsbedingungen*, abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017).

³⁶⁹ Die *Google Play Storebedingungen*, abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017), verweisen auf die *Google Play-Hilfe*. Dort wird der Erstattungsvorgang erklärt. Siehe dazu die *Google Play-Hilfe*, abrufbar im Internet: <https://support.google.com/googleplay/answer/2479637?hl=de&ref_topic=3364671> (Stand: 08.02.2017).

Amazon ein vom Kaufrecht losgelöstes Gewährleistungsregime geschaffen, welches bis dato vom *Nutzer* akzeptiert wird.³⁷⁰ Zwar kann man unterschiedlich beurteilen, ob das genügt und ein hinreichendes Schutzniveau erreicht wurde. Gleichwohl ist das Bedürfnis für die entsprechende Anwendung kaufrechtlicher Gewährleistungsregeln jedenfalls nicht so hoch oder offensichtlich, dass diese dem Vertrag ein **eigenes Gepräge** geben könnten. Aus dem kaufrechtlichen Gewährleistungsregime lässt sich mithin kein über die Einräumung des Nutzungsrechts hinausgehender Vertragszweck ableiten.

Schließlich muss geprüft werden, ob die **Vertragsparteien privatautonom** im Wege der **Auslegungslösung** für eine Anwendung kaufrechtlicher Vorschriften votieren. Dafür könnte sprechen, dass beide *Stores* in ihrer Ausgestaltung beim entgeltlichen App-Download das Wort „KAUFEN“ verwenden. Zudem wird auch bei Rechnungen von einem „Kauf“ gesprochen. Schließlich finden sich in beiden *Storebedingungen* Anhaltspunkte für einen „Kauf“ oder „Erwerb“. Alleine die **Bezeichnung** „KAUFEN“ im *Store* spricht jedoch nicht zwangsläufig für eine kaufrechtliche Einordnung. Wegen der Buttonlösung in § 312j III 1 BGB muss für den Verbraucher klar sein und dieser muss ausdrücklich bestätigen, dass er zu einer Zahlung verpflichtet ist. Würde ein Download durch die Berührung einer Fläche „Lizenzierung“ ausgelöst, würde der durchschnittliche Verbraucher nicht unbedingt sofort realisieren, dass er einen kostenpflichtigen Bestellvorgang auslöst. Mit dem Wort „Kauf“ assoziiert mittlerweile jeder einen kostenpflichtigen Bestellvorgang. Daher spricht die Bezeichnung alleine nicht entscheidend für eine kaufrechtliche Einordnung. Mit der Bezeichnung als „Kauf“ wird der *Nutzer* aus Sicht des Vertragspartners nur bestmöglich auf seine **Hauptleistungspflicht** – die Zahlungspflicht – aufmerksam gemacht. Zudem ist allgemein anerkannt, dass die **Vertragsbezeichnung der Parteien** allein keine Einordnung treffen kann (vgl.

³⁷⁰ Dazu schon B.VI.3.

§ 133 BGB).³⁷¹ Würden die *Storebedingungen* eindeutig und ausdifferenziert für eine kaufvertragliche Einordnung sprechen, wäre das ein gewichtiges Indiz (fünfte Grundfeststellung). Weder bei *Apple* noch bei *Google* lässt sich jedoch derartiges entnehmen. Bei *Apple* entsteht bei wortgetreuer Anwendung ein unüberwindbarer Widerspruch. Ein Kaufvertrag ohne Gewährleistungsverpflichtung zwischen *Nutzer* und *Apple* und parallel ein Lizenzvertrag mit Gewährleistungsrechten zwischen *Nutzer* und *Anbieter* lassen sich mit der deutschen Rechtsordnung nicht vereinbaren. Daher kann aus der Bezeichnung „KAUFEN“ nicht geschlossen werden, dass eine vertragstypologische Zurodnung nach deutschem Recht erfolgen sollte.

Bei *Google* ist zwar klarer, dass ein Vertrag zwischen *Anbieter* und *Nutzer* geschlossen werden soll. Auch verwendet *Google* bisweilen kaufrechtliche Termini. Die *Google Play Nutzungsbedingungen* beziehen sich jedoch auf verschiedene Inhalte (Musik, Filme, E-Books). Im Abschnitt „6. Rechte und Einschränkungen“ unter dem Punkt „Lizenz zur Nutzung von Inhalten“ steht etwa „Nach der Zahlung der entsprechenden Vergütung für Inhalte“. Gerade in dem für Apps relevanten Abschnitt werden kaufrechtliche Termini vermieden. Entscheidend ist vielmehr, dass die in den *Google Play Nutzungsbedingungen* vorgesehene Gewährleistung dem kaufrechtlichen Leitbild widerspricht. Daher treffen die *Storebedingungen* weder bei *Apple* noch bei *Google* eine **eindeutige kaufrechtliche Einordnung**. Mithin **votieren** die Vertragsparteien selbst **nicht für eine kaufrechtliche Lösung**.

Insgesamt sprechen **Vertragsinhalt und Vertragszweck** nicht eindeutig für eine kaufrechtliche Einordnung. Im Gegenteil – der **prägende Vertragszweck** ist die Bereitstellung der App und die **Einräumung eines Nutzungsrechts** an der App. Weder das Gewährleistungsrecht noch der im Wege der Auslegungslösung **ermittelte Parteiwille** geben dem Vertrag ein anderes Gepräge. Das spricht wegen der **fünften Grundfeststellung**

³⁷¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2567) Rz. 49; vgl. BGH, Urteil vom 08.10.2009 – III ZR 93/09, NJW 2010, 150-152 (151) Rz. 16 m.w.N.; Ganzhorn, Digitale Güter, S. 90.

bereits stark für einen **Lizenzvertrag**. Bevor jedoch eine abschließende Einordnung erfolgen soll, ist eine Auseinandersetzung mit den Argumenten für und gegen einen Lizenzvertrag erforderlich.

(3) Argumentation

Zunächst führt die Einordnung als atypischer Vertrag eigener Art (**Lizenz**) zum **Gleichlauf des Gewährleistungsrechts**. Dann macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine vorübergehende oder dauerhafte, entgeltliche oder unentgeltliche App-Überlassung handelt. Momentan sind die meisten Apps kostenlos.³⁷² Einige wenige *Anbieter* verlangen Cent- oder niedrige Eurobeträge. Wirklich hochpreisige Apps in den *Stores* sind die Seltenheit. Wenn jedoch die Übergänge zwischen kostenlosen und niedrigpreisigen Apps derart fließend sind, ist ein unterschiedliches Gewährleistungsregime unbillig.³⁷³ Die Annahme von Kaufrecht führt aktuell dazu, dass mangels wirksamer Regelung (auch über die Spielregelkonstruktion) kein interessengerechter Ausgleich geschaffen würde.³⁷⁴ Mit der Einordnung als Lizenzvertrag kann der im niedrigen Preissegment **interessengerechte Erstattungsmechanismus** bei Leistungsstörungen problemlos durchgeführt werden.

Auf den ersten Blick könnte man dagegen einwenden, die Einordnung als Lizenzvertrag Sorge für weniger **Rechtssicherheit**,³⁷⁵ weil es an einem **gesetzlichen Leitbild** für eine AGB-Kontrolle fehle. Diese Betrachtungsweise verkennt aber, dass eine unmittelbare AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB im Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter* ohnehin nicht stattfindet.³⁷⁶ *Stoffels* merkt zu Recht an, dass die Leistungsfähigkeit der gesetzli-

³⁷² Siehe bereits A.I.

³⁷³ Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei *Kannowski/Jan-Niklas*, NJOZ 2017, 522 (523).

³⁷⁴ Die nicht interessengerechten Folgen der Anwendung des dann zwingenden Gewährleistungsregimes wurden bereits unter C.IV.2.(2)(b) dargestellt.

³⁷⁵ Etwa *Pahlow*, *Lizenz und Lizenzvertrag*, S. 261; *Oberhem*, *Open-Source Software*, S. 128, 211.

³⁷⁶ Siehe B.I.1.b.cc.

chen Regelung gerade in ihrer maßstabsbildenden Funktion nicht überschätzt werden sollte.³⁷⁷ Da nach § 453 I BGB die kaufrechtlichen Vorschriften **nur** „*entsprechend*“ angewendet werden, ist der Kontrollmaßstab bei der kaufrechtlichen Lösung **ebenso unsicher**.

Schließlich führt eine Einordnung als Lizenzvertrag nicht dazu, dass ein kaufrechtlicher Kontrollmaßstab per se ausgeschlossen ist. Eine Kontrolle anhand kaufrechtlicher Vorschriften ist jedoch – wenn man eine AGB-Kontrolle überhaupt vornimmt – nur dann statthaft, wenn die Voraussetzungen einer **Analogie** gegeben sind.³⁷⁸ In **historischer Hinsicht** ist zu beachten, dass die **Abkehr vom Typenzwang** gerade eine **Rechtsfortbildung** im Rahmen des AGB-Rechts zulässt.³⁷⁹ Damit spricht der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht für die kaufrechtliche Lösung. Ein einheitliches Gewährleistungsregime ist indes interessengerecht. Daher spricht dieser Gesichtspunkt für die Annahme eines Lizenzvertrags.

Als letzter Einwand könnte vorgebracht werden, dass man aus dem **Used-Soft-Urteil** des EuGH eine Tendenz zum Kaufrecht ableiten könne.³⁸⁰

Im Urteil des EuGH findet man jedoch **keinen verbindlichen Hinweis** auf die Anwendung von Kaufrecht.³⁸¹ Zudem ging es bei UsedSoft und bei den vermeintlich meinungsprägenden Erörterungen immer um Standardsoftware; häufig sogar um Software auf einem Datenträger. Im App-Bereich hat sich dagegen noch **kein festes Meinungsspektrum** etabliert. Ferner gibt es einige **Vorteile bei einer lizenzrechtlichen Konstruktion**, gerade wenn diese dem **Parteiwillen** entspricht.

Die lizenzvertragliche Konstruktion ist **dogmatisch sauber und methodenehrlich**. Dagegen müsste man bei der entsprechenden Anwendung von Kaufrecht gerade im Fall von *Apple* viele (gewagte) Rechtskonstruktionen bedienen, um zu halbwegs zielführenden Ergebnissen zu gelangen. Mit der

³⁷⁷ Explizit *Stoffels*, Schuldverträge, 116 f.

³⁷⁸ Siehe *Dietrich*, NJ 2011, 309 (311 ff.).

³⁷⁹ *Oechsler*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, M Rn. 1.

³⁸⁰ Zur UsedSoft-Entscheidung bereits C.II.3.

³⁸¹ Wiederum C.II.3.

lizenzvertraglichen Lösung ist das deutlich einfacher. Allein die regelmäßige Aktualisierung von Apps hat eher **Dauerschuldcharakter**.³⁸² Dieses Phänomen wäre für einen Vertrag, der – wie der Kauf – auf einen **einmaligen Leistungsaustausch** gerichtet ist,³⁸³ untypisch. Die Beendigung dieses Dauerschuldverhältnisses – etwa durch Deinstallation der App – ist deutlich näher an einer **Kündigung** (vgl. § 314 I BGB) als an einem Rücktritt (vgl. § 346 BGB). Zusammenfassend lässt sich mit *Oechsler* sagen: „Die methodische Redlichkeit gebietet es daher, alle nicht eindeutig im BGB typisierten Formen des Austauschvertrags wie atypische Verträge zu behandeln: Auf sie werden die §§ 433 ff. nämlich auch nach der Typentheorie im Wege der Analogie im Einzelfall angewendet.“³⁸⁴

Nimmt man die **Privatautonomie** ernst, ist dieser Weg konsequent. Lücken im Recht gerade bezüglich digitaler Inhalte muss der Gesetzgeber schließen und für Rechtssicherheit sorgen. Die Rechtsprechung alleine ist dazu nicht im Stande.³⁸⁵ Solange der Gesetzgeber untätig bleibt, sollten die privatautonomen Vereinbarungen vorrangig sein. Selbstverständlich dürfen die Vereinbarungen aber nicht schlechterdings unvereinbar mit althergebrachten Rechtsprinzipien sein. In einem solchen Fall kann man aber behutsam korrigieren.

Schließlich benötigt man bei der kaufrechtlichen Konstruktion immer zusätzlich einen Lizenzvertrag.³⁸⁶ Wenn eine Lizenz aber ohnehin benötigt wird und das kaufrechtliche Leistungsstörungenrecht ohne Modifikationen weder praxistauglich noch interessengerecht ist, muss man am Mehrwert

³⁸² Vgl. dazu *Kannowski/Jan-Niklas*, NJOZ 2017, 522 (523); *Metzger*, AcP 2016, 817 (835 f.); vgl. zudem zum Dauerschuldcharakter des Lizenzvertrags *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 256 – Lizenzvertrag könne als Dauerschuldverhältnis qualifiziert werden; *Strenkert*, Beendigung des Lizenzvertrags, 28 f. – Lizenzvertrag als Dauerschuldverhältnis; *Stumpf/Groß/Stumpf-Groß*, Lizenzvertrag, 43 Rn. 20.

³⁸³ Siehe schon *Malzer*, Softwarevertrag, S. 52; siehe zudem *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Bd. 2, S. 6.

³⁸⁴ *Oechsler*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, M Rn. 35.

³⁸⁵ So überzeugend *Hummelmeier*, in: DJT 2016, K 35.

³⁸⁶ So etwa *Heydn*, CR 2010, 765 (774).

der kaufrechtlichen Konstruktion zweifeln. Schon *Canaris* darauf hingewiesen, dass eine Rechtstheorie, die „für die Praxis nicht taugt“, mit der Anwendungsorientierung juristischer Theorien nicht vereinbar sei und daher eigentlich gar nicht vorkommen dürfe.³⁸⁷ Bei der schuldrechtlichen Einordnung als **atypischer Vertrag (Lizenz)** lässt sich der **eine (!) Vertrag** klar auf eine Formel bringen: Einräumung eines Nutzungsrechts gegen Zahlung eines Entgelts. Das gelingt ohne kaufrechtliches Vehikel.

cc. Finale Einordnung

Beim App-Download ist sowohl die Einordnung als **Kaufvertrag** (§ 453 I Var. 2 BGB) als auch als **atypischer Vertrag**, mithin als **Lizenzvertrag**, möglich (vgl. § 311 I BGB). Dennoch ist die Annahme eines **eigenen Vertragstyps** präziser und methodenehrlicher.³⁸⁸ Wendet man großzügig „entsprechend“ an – soweit das überhaupt wegen §§ 474 ff. BGB möglich ist –, bleibt die kaufrechtliche Lösung gangbar. Allerdings kann man der kaufvertraglichen Lösung kritisch entgegenhalten, dass eine Lösung, „die nicht anzugeben vermag, wann die ihr entsprechende Regel anzuwenden und wann und warum von dieser eine Ausnahme zu machen ist, erfüllt weder dogmatisch noch praktisch ihre Aufgabe. Sie ist im Gegenteil außerordentlich schädlich, weil sie eine trügerische Scheinsicherheit vorspiegelt, den Blick auf die wirklichen Probleme verstellt und fehlerhafte Entscheidungen [provokieren kann].“³⁸⁹

Denn selbst wenn man den Vertrag als Kaufvertrag einordnet, bedarf es daneben ebenfalls eines Lizenzvertrags.³⁹⁰ Dieser regelt dann die Rechteeinräumung (Lizenz), wohingegen der Kaufvertrag für das Gewährleistungsrecht maßgeblich ist.³⁹¹ Da aber **gerade diese Gewährleistungsregelungen** beim App-Download **wenig interessengerecht** sind und sich

³⁸⁷ *Canaris*, JZ 1993, 377 (391).

³⁸⁸ Zur Einordnung der Lizenz als Vertrag sui generis grundlegend *McGuire*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 658 ff.

³⁸⁹ *Canaris*, AcP 1990, 410 (451).

³⁹⁰ *Hilty*, MMR 2003, 3 (15) – Lizenzrecht des Nutzers sei unter allen Umständen erforderlich; *Pres*, Softwarelizenzverträge, S. 48.

³⁹¹ *Heydn*, CR 2010, 765 (774).

ein **eigenes Gewährleistungsregime** etabliert hat, spricht wenig dafür, den Parteien gegen ihren Willen das kaufrechtliche Gewährleistungsregime aufzuzwängen. Darauf haben sich weder *Nutzer* noch *Anbieter* eingelassen. Diese „*Spielregeln*“ haben sie schlicht nicht akzeptiert und würden das vermutlich auch nicht.

Die **lizenzvertragliche Lösung** passt sich hingegen den praktischen Gegebenheiten an und akzeptiert die zahlreichen Unterschiede zum typischen Kaufrecht. Möchte man unterbinden, dass Unternehmen wie Amazon, Apple und Google ein eigenes Gewährleistungsregime schaffen und dadurch faktisch auch Gerichtsverfahren vermeiden, muss der Gesetzgeber tätig werden. Soweit jedoch die Beteiligten, insbesondere *Nutzer* und *Anbieter*, aktuell keinen Handlungsbedarf sehen und alle Parteien davon profitieren, ist die rechtlich ehrliche Antwort darauf, einen atypischen Vertrag anzunehmen.

Welche dogmatische Konstruktion vorzugswürdig ist, hängt von allen Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere der Parteiwille kann Ausschlag für die eine oder andere Einordnung geben (fünfte Grundfeststellung). Ist dieser jedoch nicht eindeutig, sprechen die besseren Argumente bei einer rein typologischen Betrachtung für die Einordnung als atypischer Vertrag in Form eines Lizenzvertrags.

b. Vorübergehende Überlassung

Im Bereich der Standardsoftware hat man strikt zwischen einer dauerhaften Softwareüberlassung und einer **Überlassung auf Zeit** zu unterscheiden.³⁹² Betrachtet man die *Storebedingungen* und vergegenwärtigt man sich den typischen Downloadvorgang, ist diese Unterscheidung aktuell im Bereich des App-Downloads **kaum relevant**. Im Bereich von Standardsoftware wird bei einer **nur zeitweisen Überlassung gegen Entgelt Mietrecht**³⁹³

³⁹² Vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394 ff.); so *Chrocziel*, in: Martinek/Semler/Flohr, Vertriebsrecht, 48; *Lejeune*, CR 2007, 75 (78); *Marly*, *Softwarerecht*, S. 291 f. Rn. 673 ff. m.w.N.

³⁹³ Vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394) – Mietrecht sei beim ASP-Vertrag direkt anwendbar; siehe zudem *Faust*, in: DJT

zumindest entsprechend für anwendbar gehalten oder eine (Rechts-)Pacht³⁹⁴ nach § 581 BGB angenommen. Es soll kurz auf die bestehenden Ansichten eingegangen und gezeigt werden, dass mit der **Annahme eines Lizenzvertrags** auch eine nur temporäre Programmüberlassung gut in den Griff zu bekommen wäre.

aa. Miete

Die vorübergehende App-Überlassung könnte als Mietvertrag nach § 535 BGB zu klassifizieren sein. Allerdings spricht der **Wortlaut** in § 535 I BGB explizit von der *Mietsache*. **Systematisch** bezieht sich das auf den Sachbegriff in § 90 BGB; Rechte fallen nicht unter diese Vorschrift.³⁹⁵ Da Apps aber **keine Sachen im Sinne von § 90 BGB** sind,³⁹⁶ fallen sie richtigerweise nicht unter die Vorschrift. Daher käme allenfalls eine **analoge Anwendung** in Betracht. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Analogievoraussetzungen gegeben sind. An der planwidrigen Regelungslücke lässt sich schon insofern zweifeln, dass im Mietrecht eine Parallelregelung zu § 453 I BGB fehlt.³⁹⁷ Hätte der Gesetzgeber das Mietrecht im Zweifel auch auf Rechte und sonstige Gegenstände erstrecken wollen, hätte er auch für das Mietrecht eine Vorschrift wie § 453 I BGB erlassen können. Diese Regelung hätte man etwa im dritten Untertitel (Mietverhältnisse über andere Sachen) erwartet. Die Systematik verdeutlicht, dass der Gesetzgeber vor allem Wohnräume im Blick hatte. So wird in § 536 Ia BGB, der freilich noch im allgemeinen Teil des Mietrechts steht,

2016, A 53; *Grübler*, Digitale Güter, 106 ff.; *Lejeune*, ITRB 2014, 234 (235); *Kunick/Patzak*, CRi 2007, 1 (3 f.); *Marly*, Softwarerecht, S. 322 Rn. 743; *Redeker*, CR 2014, 73 (74); *Redeker*, IT-Recht, Rn. 596; explizit für Apps *Zdanowiecki*, in: *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, 836 Rn. 12; **a.A.** aber *Stumpf/Groß/Stumpf-Groß*, Lizenzvertrag, 43 Rn. 21.

³⁹⁴ *Heydn*, CR 2010, 765 (773); siehe auch *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 259 Fn. 76, 77 m.z.w.N. – allgemein zu Lizenzverträgen; *Mehrings*, NJW 1986, 1904 (1905) – pachtähnlicher Vertrag.

³⁹⁵ Siehe nur *Weidenkaff*, in: Palandt, § 535 BGB Rn. 2.

³⁹⁶ Dargelegt unter C.III.1.

³⁹⁷ Ebenso *Marly/Jobke*, LMK 2007, 209583.

eine Ausnahmeregelung für eine energetische Modernisierung geregelt. Weiterhin ist in systematischer Hinsicht fraglich, ob gerade im App-Bereich eine mit der Anwendung von Mietrecht einhergehende **Garantief Haftung** nach § 536 I Var. 1 BGB (mit Mietminderung *ipso iure*) und ein **Selbstvornahmerecht** nach § 536a II Nr. 1 BGB der Interessenlage der Parteien entspricht. Ebenfalls ist zweifelhaft, ob eine für das Mietrecht typische **dauerhafte Instandhaltungspflicht** (§ 535 I 2 BGB) – was auch immer diese im App-Bereich bedeuten mag (Updateverpflichtung?) – und eine **Rückgabepflicht**³⁹⁸ nach Beendigung des Mietverhältnisses (§ 546 BGB) interessengerecht sind. Daher weist *Pahlow* zu Recht darauf hin, dass man eine **mietrechtliche Beurteilung als überholt** ansehen könne.³⁹⁹ Lehnt man richtigerweise die direkte Anwendbarkeit der §§ 535 ff. BGB ab,⁴⁰⁰ scheidet konsequenterweise auch eine Analogie.

bb. Rechtspacht

Möglicherweise kann eine vorübergehende kostenpflichtige App-Überlassung aber als **Rechtspacht** nach § 581 BGB gesehen werden. Nach dem **Wortlaut** von § 581 I 1 BGB wird der Verpächter verpflichtet, dem Pächter den **Gebrauch des verpachteten Gegenstandes** und den Genuss der Früchte während der Pachtzeit zu gewähren. Der offene Wortlaut schließt die Anwendbarkeit der Vorschrift im App-Bereich nicht zwingend aus.⁴⁰¹ In **systematischer Hinsicht** passt das Fruchtziehungsrecht beim Pachtvertrag zumindest nicht intuitiv auf einen App-Download. Nach § 99 BGB ist Bezugspunkt für die Fruchtziehung nämlich immer eine Sache (§ 99 I BGB) oder ein Recht (§ 99 II BGB) – nicht jedoch ein **sonstiger**

³⁹⁸ Dazu *Marly*, *Softwarerecht*, S. 322 f. Rn. 746.

³⁹⁹ *Pahlow*, *Lizenz und Lizenzvertrag*, S. 259.

⁴⁰⁰ Gegen die Anwendbarkeit von Mietrecht sprechen sich aus: *Kirn/Müller-Hengstenberg*, *NJW* 2017, 433 (435).

⁴⁰¹ Nach *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 581 BGB Rn. 3 können nicht nur Sachen, sondern auch Rechte sowie allgemeine Vermögensgüter Gegenstand des Pachtvertrags sein; siehe darüber hinaus *Pahlow*, *Lizenz und Lizenzvertrag*, S. 264.

Gegenstand. Ein Unterschied ist zudem darin zu sehen, dass ein Nutzungsrecht an Apps – im Gegensatz zum Pachtgegenstand – wirksam an mehrere völlig unabhängige Personen übertragen werden kann.⁴⁰² Da eine Einordnung als Recht aber denkbar ist,⁴⁰³ spricht dies nicht entscheidend gegen die Einordnung als Rechtspacht. Die wiederkehrende Verpflichtung der Pachtzahlung (§ 581 I 2 BGB) wird jedenfalls aktuell bei Apps nicht praktiziert. Auf den Pachtvertrag nach § 581 II BGB sind die Vorschriften über den Mietvertrag entsprechend anzuwenden. Das mietvertragliche Gewährleistungsrecht passt aber beim App-Download ebenso wenig wie das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht.⁴⁰⁴ Freilich würde das Wort *entsprechend* wiederum Spielraum für interessengerechte Ergebnisse einräumen.⁴⁰⁵ Im Gegensatz zum Kaufrecht fehlt im Mietrecht außerhalb der Wohnraummiete ein zwingendes Verbraucherschutzrecht. Das erleichtert die flexible Handhabung deutlich. Allerdings liegt es nahe, die temporäre Programmüberlassung als Lizenzvertrag zu klassifizieren.

cc. Lizenz

Die Einordnung als **Lizenzvertrag** ist naheliegend.⁴⁰⁶ Die Einordnung führt wie bei der dauerhaften Programmüberlassung zu **interessengerechten Ergebnissen** und ist **methodengerecht**.

dd. Zusammenfassung

Eine nur temporäre Überlassung von Apps wird aktuell nicht praktiziert. In diesem Fall kommt eine Einordnung als **Rechtspacht** (§ 581 I 1 BGB) und als **Lizenzvertrag** in Betracht. Für die Abgrenzung lassen sich viele

⁴⁰² Mit diesem Argument *Stumpf/Groß/Stumpf-Groß*, Lizenzvertrag, 44 Rn. 23.

⁴⁰³ Siehe C.IV.2.a.aa.

⁴⁰⁴ Siehe zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht bereits C.IV.2.(2)(b).

⁴⁰⁵ Siehe bereits die Diskussion bei § 453 I BGB C.IV.2.a.aa. Um Wiederholungen zu vermeiden und mangels praktischer Bedeutung soll es bei diesen Ausführungen bleiben.

⁴⁰⁶ So etwa *Lachenmann*, K u. R 2013, 505 (505 f.); *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 778.

Argumente der finalen Einordnung beim dauerhaften App-Download übertragen.⁴⁰⁷

3. Unentgeltlicher Download

*„Kostenlose Apps stellen eine der zentralen Nutzungsformen des Smartphones dar. Gemessen an der Bedeutung solcher Apps wurden in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zahlreiche Fragen hinsichtlich der vertraglichen Beziehungen bisher jedoch eher stiefmütterlich behandelt.“*⁴⁰⁸

Die ganz überwiegende Anzahl der Apps in den jeweiligen Stores wird zumindest in der Grundversion **kostenlos** zum Download angeboten.⁴⁰⁹ Es muss daher untersucht werden, ob dem kostenlosen App-Download **überhaupt ein Vertragsverhältnis** zugrunde liegt und, bei Bejahung dieser Frage, welcher **Vertragstyp** in Frage kommt.

a. Dauerhafte Überlassung

aa. Vertragsverhältnis

Als Vorfrage muss man bei der dauerhaften kostenlosen App-Überlassung klären, ob sich die Parteien überhaupt **vertraglich** binden wollen. Nur wenn grundsätzlich ein Vertragsverhältnis besteht, ist überhaupt nach dem Vertragstyp zu fragen. Fraglich ist daher, ob es sich bei dem kostenlosen App-Download um einen rechtlich bindenden Vertrag oder um ein **bloßes**

⁴⁰⁷ Siehe C.IV.2.a.cc.

⁴⁰⁸ Klein/Datta, CR 2016, 587 (587).

⁴⁰⁹ Wiederum Comino/Manenti/Mariuzzo, iTunes vs Google Play, S. 11 – bei Google waren zum Zeitpunkt der Erhebung nur 17 der Top 1000 Apps kostenpflichtig. Bei Apple waren es 8,3 %. Die übrigen Apps waren kostenlos.

Gefälligkeitsverhältnis handelt.⁴¹⁰ Eine vertragliche Bindung ist dann gegeben, wenn die Parteien mit **Rechtsbindungswillen** gehandelt haben.⁴¹¹ Das bemisst sich nach Ansicht des BGH danach, „*ob der Leistungsempfänger unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste.*“⁴¹² Dabei sind vor allem die Risiken, die beide Parteien tragen, entscheidend.⁴¹³

Rechtsbindungswille ist bei der Auslegung regelmäßig jedenfalls abzulehnen, wenn der *Anbieter* die rechtliche Bindung durch einen **ausdrücklichen Hinweis** ausschließt.⁴¹⁴ Muss der *Nutzer* zuvor die Nutzungsbedingungen akzeptieren, ist von einer vertraglichen Bindung auszugehen.⁴¹⁵ Typischerweise findet sich beim App-Download ein ausdrücklicher Hinweis gerade nicht. Der *Nutzer* muss, um den jeweiligen *Store* nutzen zu können, die Nutzungsbedingungen des *Stores* akzeptieren. Ein App-Download läuft hingegen ohne eine Bestätigung ab, sodass man daraus noch kein entscheidendes Argument ziehen kann. Betrachtet man hingegen die Interessenlage der Parteien, spricht vieles für eine **vertragliche Bindung**. Zunächst einmal hat der *Anbieter* häufig ein Interesse daran, dass die Nutzung im Rahmen der *Storebedingungen* erfolgt. Ohne Vertragsverhältnis wäre die Reichweite der zulässigen Nutzung unklar.⁴¹⁶ Zudem verfolgt der *Anbieter* einer kostenlosen App typischerweise **keine altruistischen Motive**.⁴¹⁷ Vielmehr geht das kostenlose Angebot häufig mit der

⁴¹⁰ Zur Abgrenzung *Faust*, BGB AT, S. 38 ff. Rn 14; vgl. auch für Freeware *Cichon*, Internet Verträge, 287 ff. Rn. 1074 ff.; für Opensource Software *Oberhem*, Opensource Software, S. 94.

⁴¹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 21.06.2012 – III ZR 291/11, NJW 2012, 3366 (3367) Rz. 14.; *Faust*, BGB AT, S. 38 ff. Rn. 14.

⁴¹² BGH, Urteil vom 21.06.2012 – III ZR 291/11, NJW 2012, 3366 (3367) Rz. 14.

⁴¹³ Statt vieler *Faust*, BGB AT, S. 38 ff. Rn. 14.

⁴¹⁴ So *Faust*, in: DJT 2016, A 62.

⁴¹⁵ Wiederum *Faust*, in: DJT 2016, A 62.

⁴¹⁶ Siehe zum Erfordernis eines Vertrags allein aus Klarstellungsgründen C.III.3.c.aa.

⁴¹⁷ Vgl. *Faust*, in: DJT 2016, A 63.

Preisgabe von Nutzerdaten einher. Diese Daten haben einen **wirtschaftlichen Wert**.⁴¹⁸ In einer Beispielsrechnung eines Deutsche Bank Reserach Papers aus dem Jahr 2014 wurde etwa der monetäre Wert eines Facebook-profils bereits auf 58-88 Euro geschätzt.⁴¹⁹ Der *Anbieter* hat also sowohl ein **rechtliches Interesse** (Nutzungsumfang) als auch ein **wirtschaftliches Interesse** (Nutzerdaten) an dem Download.⁴²⁰ Eine unbefugte Weitergabe oder Verwendung stellt erhebliche Risiken für den *Nutzer* dar. Weiterhin ist eine kostenlose App häufig nur „*Vorstufe*“ für einen später folgenden In-App-Kauf. In diesen Fällen ist das Angebot im *App Store* „*notwendiger Zwischenschritt für das anschließende Angebot seiner kostenpflichtigen Leistungen*.“⁴²¹ Eine vertragliche Haftung benachteiligt daher den *Anbieter* nicht unangemessen, sondern ist hinzunehmen. Daher ergibt die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont im Fall des App-Downloads,⁴²² dass sich der *Anbieter* **vertraglich** binden möchte.⁴²³ Mithin besteht zwischen *Anbieter* und *Nutzer* ein Vertrag und nicht nur ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis.

⁴¹⁸ Dazu nur die folgende Infografik abrufbar im Internet: <<http://www.trendmicro.de/media/image/infographic-wie-viel-sind-ihre-personlichen-daten-wert-de.jpg>> (Stand: 21.11.2018).

⁴¹⁹ Vgl. *Dapp/Heine*, Big Data, 18 ff.

⁴²⁰ Beides spricht für einen Rechtsbindungswillen – dazu *Oberhem*, Open-Source Software, S. 95 m.w.N.

⁴²¹ Vgl. *Oberhem*, Open-Source Software, S. 97.

⁴²² Auf die Problematik der tatsächlichen Fiktion des Rechtsbindungswillens durch das Vorgehen der Rechtsprechung soll hier nicht weiter eingegangen werden. Siehe dazu *Faust*, in: DJT 2016, A 63 f.

⁴²³ Ebenso *Grübler*, Digitale Güter, 70 ff. – beim unentgeltlichen Musik-Download bei einer vorhergehenden zwingenden Registrierung; *Koglin*, Opensourcerecht, S. 37 kommt im Opensourcebereich zum selben Ergebnis; **A.A.** für den Download von Freeware aus dem Internet aber *Cichon*, Internet Verträge, 288 Rn. 1077.

bb. Vertragstypologische Einordnung

Die **kostenlose Überlassung** wurde selbst bei Standardsoftware wenig erörtert. In Betracht kommt von den gesetzlichen Vertragstypen die entsprechende Anwendung der **Schenkungs Vorschriften**⁴²⁴ oder, wenn der Erwerber als Gegenleistung in die Nutzung seiner Daten einwilligt und man diesen Entgeltcharakter⁴²⁵ beimisst, ein **Tauschvertrag nach § 480 BGB**.⁴²⁶ Daher werden eine Rechtsschenkung (unter (1)), ein Tauschvertrag (unter (2)) und eine Lizenz (unter (3)) näher beleuchtet.

(1) Rechtsschenkung

Im Softwarebereich wurde vielfach bei kostenloser Standardsoftware (Freeware) eine **Rechtsschenkung** angenommen.⁴²⁷ Zu prüfen ist daher, ob beim App-Download ein Schenkungsvertrag als Vertragstyp in Betracht kommt. Gemäß § 516 BGB ist eine Schenkung eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Der App-Download muss für den *Nutzer* eine Zuwendung sein. Der **Wortlaut** ist weiter als etwa bei § 433 BGB, sodass man „*die Zuwendung*“ vom

⁴²⁴ So *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, S. 11; *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); für Online-Games *Erkeling*, in: Taeger, Smart World – Smart Law?, 787; *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, 28; *Lachenmann*, K u. R 2013, 505 (505); *Schumacher*, BKR 2016, 53 (55); *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 114 Rn. 312; *von dem Bussche, Axel Freiherr/Schelinski*, in: 2013, Teil 1. IT-Vertragsgestaltung Rn. 260 f.

⁴²⁵ Dazu ausführlich unter C.IV.3.(1).

⁴²⁶ So *Faust*, in: DJT 2016, A 42 f.; dafür spreche ebenfalls nach *Metzger*, AcP 2016, 817 (818), dass Art. 3 Nr. 1 DInHRL-E entgeltliche Verträge mit Verträgen, bei denen Daten weitergegeben werden, gleichsetzt.

⁴²⁷ Für Apps ausdrücklich *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 11 ff. Rn. 31 ff.; *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht, § 28 Apps und Social Media Rn. 15 f.; *Lachenmann*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps, 114 Rn. 312; siehe ansonsten *Oberhem*, Open-Source Software, 97 ff.; **a. A.** für Open-Source-Lizenzen aber *Koglin*, OpenSource-Recht, S. 52 – Schenkungsrecht sei auf Open-Source-Lizenzen nicht anwendbar.

Wortlaut her auf Rechte oder sonstige Gegenstände erstrecken kann.⁴²⁸ In **systematischer Hinsicht** wird jedoch vertreten, die Schenkung sei unentgeltliches Gegenstück zum Kauf, und es könnten daher nur Kaufgegenstände Objekt einer Schenkung sein.⁴²⁹ Zwar könnte man bei der **schuldrechtlichen Rechteeinräumung** bei einem App-Download bereits an dem Zuwendungsbegriff zweifeln. Gleichwohl lässt sich die App als sonstiger Gegenstand im Sinne des § 453 I BGB einordnen, sodass die Schenkung nicht bereits zwingend am Zuwendungsbegriff scheitert.

Weiterhin muss jedoch mit der Schenkung eine **dauerhafte Verminderung des gegenwärtigen Vermögens** des Schenkers verbunden sein.⁴³⁰ Beim App-Download erhält der *Nutzer* eine Kopie der App auf sein Smartphone. Eine Vermögensminderung des *Anbieters* lässt sich dabei nicht konstruieren.⁴³¹ Wirtschaftlich betrachtet wirkt sich sogar jeder weitere Download bei kostenlosen werbefinanzierten Apps positiv auf das Vermögen des *Anbieters* aus.⁴³² *Oberhem* argumentiert mit technischen Besonderheiten im Softwarebereich und führt aus, das Kriterium der Entreichung finde sich nicht ausdrücklich im Gesetzeswortlaut wieder.⁴³³ Ebenso wie man eine Übergabe bei §§ 929 ff. BGB für Software konstruieren könne, könne man schuldrechtlich auf die **Entreichung** bei der Schenkung verzichten.⁴³⁴ Dieser Argumentation liegt freilich die Annahme zugrunde, Software sei eine Sache.⁴³⁵ Dem kann, wie bereits dargelegt worden ist,⁴³⁶ schon im Grundsatz nicht gefolgt werden. Zudem ist nicht ersichtlich, warum man auf die Entreichung auf Seiten des Schenkers verzichten soll. Zum einen kann man das Entreichungserfordernis bereits in

⁴²⁸ Dieser Gedanke wird bei *Cichon*, Internet Verträge, 287 f. Rn. 1076 angedeutet.

⁴²⁹ So *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, § 516 BGB Rn. 3 m.w.N.

⁴³⁰ Ganz h.M.: vgl. BGH, Urteil vom 01.07.1987 – IVb ZR 76/86, NJW 1987, 2816 (2817); *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, § 516 BGB Rn. 4; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 516 BGB Rn. 5.

⁴³¹ Ebenso für Open-Source-Software *Hoeren*, in: FS Kollhasser, 235.

⁴³² Mit diesem Gedanken *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (179).

⁴³³ *Oberhem*, Open-Source Software, S. 98.

⁴³⁴ *Oberhem*, Open-Source Software, S. 98.

⁴³⁵ So *Oberhem*, Open-Source Software, S. 53.

⁴³⁶ Dazu unter C.III.1.

den Wortlaut „Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert“ hineinlesen. Zum anderen räumt *Oberhem* selbst ein, das Kriterium des „*Ärmer Werdens*“ des Schenkers finde sich in den Motiven des Gesetzgebers.⁴³⁷ Daher spricht nichts dafür, man über die ganz herrschende Meinung und den Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen. Schon mangels Entreicherung ist die Annahme einer Schenkung zweifelhaft.

Selbst wenn man das Kriterium der **Entreicherung** entgegen der ganz herrschenden Meinung für entbehrlich hält, muss die Zuwendung **unentgeltlich** erfolgen. **Unentgeltlich** ist die Zuwendung, wenn sie unabhängig von einer Gegenleistung geschieht.⁴³⁸

Problematisch ist, ob man bei einem App-Download typischerweise davon ausgehen kann, dass die App-Nutzung nicht von einer Gegenleistung abhängig ist.⁴³⁹ Bedenkt man, dass durch die App-Nutzung der *Anbieter* regelmäßig **Zugriff auf die Nutzerdaten** erhält, kann man an der Unentgeltlichkeit zweifeln. Man kann eine Unentgeltlichkeit der App-Nutzung schließlich nicht mit einer vermeintlichen Einwilligung in die Datennutzung oder dem Kopplungsverbot in § 28 IIIa BDSG erklären.⁴⁴⁰ Nach § 28 IIIa BDSG darf der Abschluss des Vertrags nur von einer Einwilligung abhängig gemacht werden, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen in zumutbarer Weise möglich ist. Das wäre der Fall, wenn man etwa jede App in einer kostenpflichtigen Version verwenden könnte, ohne dass dabei auf Nutzerdaten zugegriffen wird. Da das in der Praxis nicht der Fall ist, kann eine weitere Erörterung unterbleiben. Weiterhin fällt bei dem hier vertretenen Vertragschlussmechanismus (Gedanke der Spielregeln) die Konstruktion einer

⁴³⁷ Ausdrücklich *Oberhem*, *Open-Source Software*, S. 99; auf dieses Kriterium rekurriert auch *Hoeren*, in: FS Kollhasser, 235.

⁴³⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 28.05.2009 – Xa ZR 9/08, NJW 2009, 2737 (2738) Rz. 7; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 516 BGB Rn. 8.

⁴³⁹ Ausnahmsweise mag es ebenfalls Anwendungen geben, bei denen keinerlei Nutzerdaten erhoben werden, vgl. dazu *Härting*, CR 2016, 735 (738).

⁴⁴⁰ So überzeugend *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (636); *Faust*, in: DJT 2016, A 18 f.

wirksamen Einwilligung schwer. Daher spricht im Ergebnis viel dafür, die **Unentgeltlichkeit aufgrund der obligatorischen Datenweitergabe abzulehnen**.⁴⁴¹ Faktisch besteht ein **Austauschvertrag** „*Daten gegen IT-Leistung*“.⁴⁴²

Beim kostenlosen App-Download fehlt eine für einen Schenkungsvertrag konstitutive Entreichung seitens des Schenkers. Ferner fehlt es an der Unentgeltlichkeit, weil der *Nutzer* faktisch als Gegenleistung seine Daten weitergeben muss. Oder um es mit den Worten *Wandtke* zu formulieren: „*Daten sind das Objekt wirtschaftlicher Begierde und das Öl künftiger digitaler Produktionsweisen. Sie sind das Rückgrat der aufkommenden Big Data-Industrie.*“⁴⁴³ Der kostenlose App-Download kann daher nicht als Rechtsschenkung konstruiert werden.⁴⁴⁴

Es könnte sich beim unentgeltlichen App-Download aber um einen Tausch „App-Nutzung gegen Daten“ handeln.

(2) Tauschvertrag

Spricht man Daten Entgeltcharakter zu und lehnt richtigerweise einen Schenkungsvertrag ab, kommt von den Vertragstypen im BGB allein der **Tausch** und damit eine weitere **kaufrechtliche Lösung** in Betracht. Gemäß **§ 480 BGB** sind die Vorschriften über den Kauf **entsprechend** anwendbar. Die **entsprechende Anwendung** kaufrechtlicher Vorschriften würde wiederum die Möglichkeit einer flexiblen Handhabung bieten.

⁴⁴¹ Mit diesem Ergebnis *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (178); bei sozialen Netzwerken *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (638 ff.); *Faust*, in: DJT 2016, A 16 ff.; siehe auch *Stürner*, JA 2017, 171 (172).

⁴⁴² *Bräutigam*, MMR 2012, 635 (638); ähnlich *Metzger*, AcP 2016, 817 (818) – Dienst gegen Daten; vgl. zudem *Kilian*, CR 2017, 202 (209) – personenbezogene Daten als Mittel zur Bezahlung stünden unmittelbar vor der Anerkennung; siehe auch *Schmidt-Kessel*, K u. R 2014, 475 (479) – personenbezogene Daten als eine Art Parallelwährung; *Zdanowiecki*, in: *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, 857 Rn. 1 – Daten als Zahlungsmittel.

⁴⁴³ Wörtlich *Wandtke*, MMR 2017, 6 (6) m.w.N.

⁴⁴⁴ *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (179 f.) beleuchten noch die Rechtsfolgende (Haftungsprivilegierung) kritisch. Die Erörterung soll an dieser Stelle unterbleiben.

Der Tausch wird nicht legal definiert. Es handelt sich um einen **gegenseitig verpflichtenden Schuldvertrag**.⁴⁴⁵ Tauschgegenstände können dabei **Wirtschaftsgüter beliebiger Art** sein.⁴⁴⁶ Daher kann man die **Einwilligung in die Datennutzung** als „**Tausch**“ für die „**App-Nutzung**“ einordnen.⁴⁴⁷ Wird die App zu Werbezwecken angeboten oder zielt sie vornehmlich auf den Konsum von Werbung ab, ohne dass in eine Datennutzung eingewilligt werden muss, kann man daran zweifeln, ob es sich dabei dann tatsächlich noch um Wirtschaftsgüter handelt. Gerade wenn es also an einer expliziten Einwilligung zur Datenweitergabe fehlt, ist die Gegenleistung fraglich.

Diese Konstruktion haben ebenfalls *Datta und Klein*⁴⁴⁸ sowie *Metzger*⁴⁴⁹ mit gewichtigen Argumenten kritisiert. Die Einwilligung zur Datennutzung und die Gebrauchsüberlassung stünden **nicht in einem synallagmatischen Verhältnis**.⁴⁵⁰ Der *Anbieter* habe typischerweise seinen Teil der Leistungspflicht nach dem Download bereits erfüllt.⁴⁵¹ So würde die Annahme eines synallagmatischen Verhältnisses dazu führen, dass der *Anbieter* einen klagbaren Anspruch gegen den *Nutzer* auf App-Nutzung und Konsum von Werbung hätte.⁴⁵² Die Leistungen des *Nutzers* (Nutzung der App und Konsum der Werbung) und die Datennutzung des *Anbieters* seien zudem dauerhaft, was nicht zum Charakter des Tauschvertrags passe.⁴⁵³

Die genannten Kritikpunkte sind nicht von der Hand zu weisen. Niemand würde aus einem kostenlosen Download, den einige *Nutzer* oftmals ganz beiläufig tätigen, eine derartig weitreichende Verpflichtung ableiten. Die-

⁴⁴⁵ Siehe *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, § 480 BGB Rn. 1 m.w.N.

⁴⁴⁶ So *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, § 480 BGB Rn. 1 m.w.N.; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, § 480 BGB Rn. 1.

⁴⁴⁷ So *Faust*, in: DJT 2016, A 42 f.

⁴⁴⁸ Siehe dazu *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (176 f.).

⁴⁴⁹ *Metzger*, AcP 2016, 817 (835).

⁴⁵⁰ Siehe dazu *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (177).

⁴⁵¹ *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (177).

⁴⁵² *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (177).

⁴⁵³ So *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (177); *Metzger*, AcP 2016, 817 (835).

sem Ergebnis könnte man einzig mit einer Modifikation des Tauschgegenstandes begegnen. Ließe man als Gegenleistung für den Download und die Nutzung die Möglichkeit der Datennutzung und Werbung genügen, so stünden diese Leistungen im Synallagma. Selbst wenn der *Nutzer* die App direkt wieder löschen würde, hätte zumindest für wenige Sekunden die Möglichkeit bestanden. Dogmatisch überzeugend ist dieser „Rettungsversuch“ indes nicht. Die Diskussion über die Vertragscharakteristik weist Parallelen zur Diskussion um die Einordnung bei der dauerhaften entgeltlichen App-Überlassung auf. Nimmt man eine Lösung über § 480 BGB an, ist das kaufrechtliche Gewährleistungsregime entsprechend anwendbar.⁴⁵⁴ Von den gesetzlichen Vertragstypen ist sicherlich der Tauschvertrag noch der naheliegendste. Spricht man sich für den Tausch und die kaufrechtliche Lösung beim entgeltlichen Download aus, liefern unentgeltlicher und entgeltlicher App-Download aus Sicht des Gewährleistungsrechts parallel. Das erscheint insoweit zumindest konsequent.

(3) Lizenzvertrag

Allerdings kann man auch die **kostenlose Überlassung** einer App als **Lizenzvertrag** verstehen.⁴⁵⁵ Die Argumente, die bei der entgeltlichen Programmüberlassung für und gegen eine kaufvertragliche Einordnung eingewandt werden, lassen sich auf die Zuordnung übertragen. Bei einer lizenzvertraglichen Lösung ist ebenfalls ein Gleichlauf des Gewährleistungsrechts möglich. Gegen diesen Gleichlauf kann nicht in systematischer Hinsicht eingewandt werden, der Gesetzgeber sehe bei kostenlosen Überlassungen typischerweise eine Haftungsprivilegierung vor (vgl. §§ 521, 599, 690 BGB). Allein schon aufgrund des wirtschaftlichen Werts der Datennutzung oder des Konsums von Werbung ist der App-Download nicht mit einer Schenkung, Leihe oder Verwahrung vergleichbar.⁴⁵⁶ Zudem

⁴⁵⁴ So *Faust*, in: DJT 2016, A 43.

⁴⁵⁵ Einen Vertrag *sui generis* diskutieren auch *Klein/Datta*, CR 2017, 174 (180).

⁴⁵⁶ Vgl. dazu auch *Spindler*, MMR 2016, 147 (150), der zurecht anmerkt, dass auch der InhRL-E keine Haftungsprivilegierung mehr vorsieht.

wäre eine Differenzierung bei der aktuellen Kostenstruktur (viele kostenpflichtige Apps kosten nur Cent-Beträge) unbillig. Mithin ist die lizenzvertragliche Lösung für die *Storebetreiber* ein Instrument, mit Hilfe dessen sie sich dem technischen Fortschritt flexibel anpassen können. Zudem werden von der Lösung auch Apps erfasst, bei denen keinerlei Nutzerdaten erhoben werden. Daher ist die Einordnung als Lizenzvertrag bei der kostenlosen Überlassung naheliegend.

cc. Zwischenergebnis

Ebenso wie beim entgeltlichen Download überzeugt beim unentgeltlichen Download eine lizenzvertragliche Einordnung am meisten. Nur der Vollständigkeit halber soll auf die unentgeltliche vorübergehende Überlassung eingegangen werden. Aktuell wird eine vorübergehende unentgeltliche App-Überlassung nicht praktiziert.

b. *Zeitweise Überlassung*

Zur vorübergehenden kostenlosen App-Überlassung gibt es bis dato keinen Meinungsstand. Aufgrund des **Dauerschuldcharakters** passt in diesem Zusammenhang ein Tausch typologisch nicht. Eine temporäre kostenlose Programmüberlassung ähnelt von der Konzeption her der Überlassung von Shareware. Shareware ist Software, die für einen bestimmten Zeitraum testweise überlassen wird und dann in ihrer Funktionalität eingeschränkt ist. *Marly* führt dazu aus, dass das Sharewarekonzept rechtlich noch nicht zufriedenstellend aufgearbeitet sei und einige Probleme aufwirft.⁴⁵⁷ Gleichwohl kommt er zu dem Ergebnis, die typenprägenden Charakteristika entsprechen den Voraussetzungen eines **Lizenzvertrags**.⁴⁵⁸ Bei Apps ist die Einordnung als **Lizenzvertrag** problemlos möglich. Im Ergebnis würde man daher die kostenlose temporäre App-Überlassung ohne weitere Anhaltspunkte als **Lizenzvertrag** einordnen. Eine weitere Vertiefung soll mangels praktischer Bedeutung gleichwohl unterbleiben.

⁴⁵⁷ Siehe *Marly*, *Softwarerecht*, S. 386 Rn. 900.

⁴⁵⁸ So *Marly*, *Softwarerecht*, S. 386 Rn. 902.

4. Fazit

Aktuell ist im Bereich des App-Downloads die Unterscheidung zwischen dauerhaften kostenpflichtigen Downloads und dauerhaften unentgeltlichen Downloads relevant. Letztere sind die absolute Mehrzahl. Das liegt zum einen daran, dass mehr Umsatz mit Modellen wie *In-App-Käufen* oder Pro-Versionen oder Werbeanzeigen gemacht wird.⁴⁵⁹ Zum anderen bieten viele Unternehmen benutzerfreundliche Apps als Serviceleistung für ihre Produkte an, ohne damit unmittelbar Zusatzeinnahmen zu erzielen.⁴⁶⁰ Eine nur vorübergehende Überlassung hat sich im App-Bereich bis dato nicht durchgesetzt. Bei allen Downloads räumt der *Anbieter* dem *Nutzer* eine **Lizenz** zur Nutzung ein.⁴⁶¹ Das geschieht durch **schuldrechtliche Gestattung**. Nach der kaufrechtlichen Lösung besteht zudem bei kostenpflichtigen Apps ein **Kaufvertrag nach § 453 I BGB**, bei kostenlosen ein **Tauschvertrag nach § 480 BGB**. Bei dieser Lösung sind die **kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften entsprechend anwendbar**. Erkennt man jedoch an, dass die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften ohnehin nicht interessengerecht sind und eine kaufrechtliche Gewährleistung auch nicht praktiziert wird, fragt sich, was der Mehrwert dieser Konstruktion ist. Ehrlicher Weise wird das kaufrechtliche Vehikel nicht benötigt. Zudem sind – abgesehen von der Entgeltlichkeit – die typusprägenden Charakteristika eines Kaufvertrags nicht verwirklicht. Es handelt sich insgesamt um einen **Vertrag eigener Art**. Die **Nutzungsrechteinräumung** steht dabei im Vordergrund. Der weitere Inhalt des Vertrages wird beim Download durch die *Storebedingungen* vorgegeben und über die **Auslegungslösung** Vertragsbestandteil. Eine Zuordnung zum Kaufrecht ist weder dogmatisch noch praktisch brauchbar, wenn sie im Einzelfall in

⁴⁵⁹ Dazu *Bresnahan/Davis/Yin*, *Economic Value Creation in Mobile Applications*, S. 23 ff.

⁴⁶⁰ So *Bresnahan/Davis/Yin*, *Economic Value Creation in Mobile Applications*, S. 25.

⁴⁶¹ Bei digitalen Inhalten ebenfalls *Metzger*, *AcP* 2016, 817 (835 ff.).

wesentlichen Punkten durchbrochen werden muss.⁴⁶² Die **lizenzvertragliche Lösung** ist konsequenter. Sie wird den Parteiinteressen deutlich besser gerecht. Auch wenn Apps zurzeit nicht vorübergehend überlassen werden, wäre dieses Szenario ausschließlich mit einer lizenzvertraglichen Lösung widerspruchsfrei abzubilden. Spätestens bei der vorübergehenden Überlassung verbietet sich nämlich definitiv der Rückgriff auf das Kaufrecht. Somit ist bei aktueller Gesetzeslage allein eine lizenzvertragliche Lösung eine stimmige Antwort auf das Phänomen des App-Downloads.

⁴⁶² So in anderem Kontext *Canaris*, JZ 1993, 377 (385) – in diesen Fällen sei eine Thorie inkonsistent; darauf rekurrend *McGuire*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, S. 669.

D. Vertragsinhalt

Abschließend werden zur **lizenzvertraglichen Lösung** vertragsinhaltliche Überlegungen angestellt. Zunächst wird (unter I.) der Inhalt im Zusammenspiel mit der Auslegungslösung noch einmal näher beleuchtet. Sodann wird thematisiert, inwiefern Apps vom *Nutzer* ohne Zustimmung des *Anbieters* weiterveräußert werden können (unter II.).

I. Inhalt

Wendet man die **Auslegungslösung** konsequent an, ergibt sich der Vertragsinhalt aus den **Storebedingungen**. Konsequenterweise ist dann auch auf den Vertrag zwischen *Anbieter* und *Nutzer* **deutsches Recht anwendbar**.¹ Außerdem lassen sich mit **§ 241 II BGB** gewisse Verhaltensregeln der Parteien begründen. Danach kann das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur **Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen** des anderen Teils verpflichten. Solange es kein ausdifferenziertes Regelungsregime für digitale Inhalte gibt, kann man einige akzeptierten Pflichten über § 241 II BGB in das Vertragsverhältnis hineinlesen. So besteht zwischen den Parteien das Gebot der **Datensparsamkeit** (vgl. auch Art. 5 I b) DSGVO). Es dürfen grundsätzlich nur diejenigen Daten verwendet und gespeichert werden, die für die Nutzung unbedingt erforderlich sind. Aus der Rücksichtnahmepflicht lässt sich auch eine **Löschpflicht** der Daten entsprechend Art. 17 I a) DSGVO konstruieren, sobald keine Verwendung mehr dafür besteht.² Ebenso lässt sich zumindest eine **Informationspflicht**, im Einzelfall auch eine **Updatepflicht** des *Anbieters* ableiten, wenn **Sicherheitslücken** der App bekannt werden.³ Gleichwohl sind die

¹ Siehe bereits B.I.1.a.aa.

² Allerdings kann das sogenannte Radiergebot faktische Grenzen setzen. Siehe dazu *Keppeler/Berning*, ZD 2017, 314 (316 f.).

³ Anknüpfungspunkt dafür könnte zwar auch das Deliktsrecht sein – vgl. dazu *Raue*, NJW 2017, 1841 (1843 ff.). § 241 II BGB wird den Besonderheiten von Software und Apps besser gerecht. Da es keine fehlerfreie Software gibt und auch eine an sich ordentlich programmierte App dann updatebedürftig sein kann, wenn Hacker diese angreifen, lässt sich eine Warnungs- und Updatepflicht mit einer Nebenpflicht der Rechteeinräumung sauber erklären. Die deliktsrechtliche Rechtsprechung war eher

Storebedingungen vor § 241 II BGB vorrangig. Das gilt besonders für das in den *Storebedingungen* vorgesehene **Gewährleistungsregime**. Nur wenn dieses **unbillig** (vgl. § 157 BGB) oder **unvollständig** ist, kann man korrigierend oder ergänzend eingreifen. Als Instrumente bieten sich dann der Rückgriff auf Regelungen des **allgemeinen Schuldrechts**,⁴ die **ergänzende Vertragsauslegung** oder die – stets **begründungsbedürftige** – **analoge Anwendung** von Vorschriften **aus dem besonderen Schuldrecht** an.⁵ Zuletzt kann man ausnahmsweise mit **§ 242 BGB** korrigieren.⁶ Ansonsten führt die **Auslegungslösung** dazu, dass zwischen *Nutzer* und *Anbieter* faktisch eine **Wirksamkeitsvermutung** besteht. Anders als im Rahmen von §§ 307 ff. BGB ist es in diesem Verhältnis nicht ohne Weiteres möglich, eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen.⁷ Grund dafür ist, dass man im Ausgangspunkt sowohl die gesamte Vertragsabwicklung als auch den gesamten Vertragsinhalt im Blick haben muss. Wenn beide Parteien sich den **Bedingungen** in den *Stores* unterwerfen und auf dieser Grundlage Verträge schließen, muss man primär davon ausgehen, dass die Nutzung des jeweiligen *Stores* zu den gegebenen Bedingungen in der Gesamtabwägung vorteilhaft ist. Dass dabei einzelne Bestimmungen in den *Storebedingungen* die eine oder die andere Vertragspartei bevorzugen, ist bis zur engen **Grenze des § 157 BGB** hinzunehmen. An folgendem Beispiel soll der Kontrollmaßstab verdeutlicht werden. So könnte man im Fall von *Google Play* fragen, ob der **Erstattungszeitraum von 48 Stunden** nicht zu knapp bemessen ist. Ein evidenter Verstoß gegen ein **gesetzliches Verbot** (vgl. § 134 BGB) oder die **guten Sitten**

von anfänglich fehlerhaften Produkten geprägt (vgl. die Kategorien Konstruktionsfehler, Fabrikationsfehler). Die Vorwerfbarkeit ist dabei originär eine andere.

⁴ *Hilty*, MMR 2003, 3 (15).

⁵ Siehe *Diedrich*, CR 2002, 473 (474) – das gesetzliche Pflichtenprogramm gelte nur hilfsweise, wenn Parteivereinbarungen fehlen.

⁶ Dabei handelt es sich freilich nur um eine dogmatisch andere Lösung. § 157 BGB und § 242 BGB haben den gleichen Maßstab.

⁷ Siehe bereits B.II.1.b.cc.

(vgl. § 138 I BGB) ist nicht gegeben.⁸ Das Widerrufsrecht wurde bei *Google Play* erfolgreich abbedungen (§§ 356 V, 361 II 1 BGB).⁹ Das Gesetz kennt abseits des Widerrufsrechts einen zeitlichen Ausschluss für die Geltendmachung von Ansprüchen grundsätzlich nur im Verjährungsrecht. Wohingegen die regelmäßige Verjährung drei Jahre beträgt (§ 193 BGB), beträgt die Verjährung der Mängelansprüche im Kaufrecht mindestens zwei Jahre (§ 438 I Nr. 3 BGB).

Die Erstattungsfrist von 48 Stunden könnte gemäß § 157 BGB nicht in den Vertrag hineinzulesen sein, wenn sie treuwidrig ist. Dazu müsste die Regelung in jedem Fall gegen §§ 307 ff. BGB verstoßen, wenn diese im Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter* anwendbar wären. Wenn nicht einmal ein Verstoß gegen §§ 307 ff. BGB gegeben ist, muss ein Verstoß gegen § 157 BGB erst recht ausscheiden.

Dazu muss zunächst einmal ein Kontrollmaßstab gefunden werden (vgl. § 307 III 1 BGB). In Betracht kommt die **entsprechende Anwendung**¹⁰ der kaufrechtlichen Regelverjährung. Klärungsbedürftig ist, ob die **Analogievoraussetzungen** gegeben sind und § 438 I Nr. 3 BGB entsprechend herangezogen werden muss. Eine Analogie setzt eine **planwidrige Regelungslücke** voraus.¹¹ Der zu beurteilende Sachverhalt muss in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung zum gleichen Ergebnis gekommen.¹² Im Gegensatz zum Kaufrecht weist der App-Download Besonderheiten auf, die gegen eine Vergleichbarkeit sprechen. Zwei Jahre scheinen im Bereich digitaler Inhalte ein nahezu utopischer Zeitraum, wenn man bedenkt, dass sich

⁸ Die von *Stumpf/Groß/Stumpf-Groß*, Lizenzvertrag, 63 f. Rn. 50 ff. in diesem Kontext erörterten Konstellationen sind auf den App-Download nicht übertragbar; auch ein Verstoß gegen das Urhebervertragsrecht ist nicht ersichtlich, vgl. dazu *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 257.

⁹ Siehe B.VI.1.

¹⁰ Siehe C.IV.2.(3).

¹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 04.12.2014 – III ZR 61/14, NJW 2015, 1176 (1176) – ständige Rechtsprechung; *Sprau*, in: Palandt, Einleitung Rn. 48.

¹² Mit diesem Maßstab BGH, Urteil vom 04.12.2014 – III ZR 61/14, NJW 2015, 1176 (1176 f.).

in diesem Zeitraum allein schon das jeweilige Betriebssystem wesentlich ändert. Die **Interessenlage** der Parteien (keine aufwendige Nachbesserung, keine Minderung) ist ebenfalls verschieden. Daher ist eine Übertragung des Verjährungsmaßstabs auf die Frage, ob die Parteien im App-Download Bereich die Gewährleistungsregeln modifizieren können, nicht anwendbar. Gegen die Planwidrigkeit spricht außerdem die Gesetzessystematik. Es gilt nicht für jeden Vertragstyp das Widerrufsrecht uneingeschränkt (vgl. § 312 II, III BGB). Gerade bei digitalen Inhalten ist ein rasches Erlöschen möglich (§ 356 V BGB).¹³ Außerdem haben aufgrund der **Rückabwicklungsproblematik** beide Parteien ein Interesse daran, rasch Rechtsklarheit zu haben.¹⁴ Eine App lässt sich typischerweise auch innerhalb von 48 Stunden austesten. Je länger eine App auf dem Smartphone des *Nutzers* installiert ist und genutzt wurde, desto höher ist das Bestandsinteresse des *Anbieters* und letztlich auch des *Stores*. Da schon kein Verstoß gegen §§ 307 ff. BGB festgestellt werden konnte, ist ein Erstattungszeitraum von nur 48 Stunden erst recht **nicht treuwidrig** (vgl. §§ 242, 157 BGB).

Das Beispiel hat gezeigt, dass man die Regeln in den *Storebedingungen* kontrollieren kann. Zunächst gewähren §§ 134, 138 BGB klassische Einfallstore. Schließlich kann man nicht unterstellen, dass die Parteien eine treuwidrige Regelung in die Auslegung einbeziehen werden (vgl. § 157 BGB).

Eine Treuwidrigkeit lässt sich durch folgende **Prüfungsreihenfolge** feststellen:

Zunächst kann man hilfsweise prüfen, ob die Regelung gemäß §§ 307 ff. BGB als AGB unwirksam wäre. Bei einem Lizenzvertrag handelt es sich um einen Vertrag *sui generis*. Ein Abweichen von gesetzlichen Vorschriften gemäß § 307 III 1 BGB setzt demnach voraus, dass die gesetzlichen Vorschriften überhaupt auf den Lizenzvertrag anwendbar sind. Das sind Vorschriften des besonderen Schuldrechts nur, wenn die Analogie Voraussetzungen gegeben sind. Sofern sich keine Analogie begründen

¹³ B.VI.

¹⁴ Dazu B.VII.

lässt oder die Klausel einer AGB-Kontrolle standhält, ist die Klausel **erst recht nicht treuwidrig**. Nur wenn die Klausel bereits nach §§ 307 ff. BGB unwirksam wäre, muss man nach der Treuwidrigkeit fragen (§ 157 BGB). Dann muss in einem letzten Schritt erörtert werden, ob die Klausel schlechthin treuwidrig ist oder sich möglicherweise mit Blick auf das gesamte Vertragsverhältnis als haltbar erweist. Diese Konstruktion führt daher faktisch zu einer Wirksamkeitsvermutung. Nur in **absoluten Ausnahmefällen wird man eine Treuwidrigkeit** nach § 157 BGB annehmen können.

II. Erschöpfung

„Eine der umstrittensten Fragen des Urheberrechts ist jene nach der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Güter.“¹⁵

In den **UsedSoft-Entscheidungen** ging es um die Frage, ob eine Weiterveräußerung von „gebrauchter“ Software rechtlich zulässig war.¹⁶ Das Gericht hat die Frage bejaht. Es musste dazu den Erschöpfungsgrundsatz auf Software, die ausschließlich online vertrieben wird, erstrecken. Im Folgenden wird zunächst einmal (unter 1.) die Online-Erschöpfung näher dargestellt, bevor (unter 2.) diskutiert wird, ob man die Rechtsprechung auf den App-Download übertragen kann.

1. Online-Erschöpfung

Grundsätzlich steht dem Rechtsinhaber gemäß § 69c Nr. 3 UrhG das ausschließliche **Verbreitungsrecht** zu. Das Verbreitungsrecht in § 69c Nr. 3 UrhG entspricht inhaltlich dem Verbreitungsbegriff in § 17 I UrhG.¹⁷ Der Rechtsinhaber hat folglich alleine das Recht, das Ori-

¹⁵ *La Durantaye/Kuschel*, ZGE 2016, 195 (195).

¹⁶ Siehe C.II.3.

¹⁷ Siehe BT-Drucks. 12/4022 S. 11 – „*diese Bestimmung sieht in Übereinstimmung mit § 17 UrhG ein Verbreitungsrecht vor*“; ebenso *Kaboth/Spies*, in: BeckOK-UrhG, § 69c UrhG Rn. 14.

ginal oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der **Öffentlichkeit anzubieten** oder **in Verkehr zu bringen** (vgl. § 17 I UrhG). Das Recht **erschöpft** jedoch, wenn ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers in einem Mitgliedsstaat in den Verkehr gebracht wurde (vgl. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG). In diesem Fall ist das dem Rechtsinhaber zustehende Verbreitungsrecht **verbraucht**.¹⁸ Der Rechtsinhaber kann im Fall der Erschöpfung Anderen die Verbreitung nicht mehr untersagen (vgl. § 97 I 1 UrhG). Derjenige, der sich auf die Erschöpfung berufen kann, kann hingegen das „gebrauchte“ Werk weiterverbreiten (zum Beispiel weiterveräußern).

Der Erschöpfungsgrundsatz **bezweckt**, die **Verkehrsfähigkeit** eines mit Zustimmung des Urhebers in den Verkehr gebrachten Werkes sicherzustellen.¹⁹ Das Werk soll nun **frei zirkulieren** können.²⁰ Der Urheber hat zuvor die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung zu erhalten. Die Erschöpfung bezieht sich immer nur auf ein konkretes „Werkexemplar“, nicht jedoch auf die noch nicht veräußerten Exemplare.²¹ Wird beispielsweise ein Buchexemplar mit Zustimmung des Urhebers in den Verkehr gebracht (zum Beispiel ein *Harry Potter* Roman), kann der rechtmäßige Erwerber das „gebrauchte“ Buch ohne Zustimmung des Urhebers (*Joanne K. Rowling*) weiterverbreiten (beispielsweise indem er es nach dem Lesen an einen Freund weiterverkauft). Für andere Werkexemplare gilt der Er-

¹⁸ Wörtlich *Götting*, in: BeckOK-UrhG, § 17 UrhG Rn. 38.

¹⁹ So *Götting*, in: BeckOK-UrhG, § 17 UrhG Rn. 38 m.w.N.

²⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 04.05.2000 – I ZR 256/97, NJW 2000, 3783 (3785) = BGHZ 144, 232.

²¹ Vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1991 – I ZR 147/89, NJW 1992, 689 (691) m.w.N.; ebenfalls *Götting*, in: BeckOK-UrhG, § 17 UrhG Rn. 38.

erschöpfungsgrundsatz jedoch grundsätzlich ebenso wenig wie für ein Vervielfältigungsrecht.²² In der UsedSoft-Entscheidung wurde nun entschieden,²³ dass der Erschöpfungsgrundsatz auch bei aus dem Internet heruntergeladene Software greift. Das ist in dogmatischer Hinsicht nach deutschen Recht problematisch:

Zum einen spricht der **Wortlaut** explizit von einem „*Vervielfältigungsstück*“. Vielfach hat man nur **körperliche Gegenstände** als „*Vervielfältigungsstück*“ verstanden.²⁴ Diese Ansicht berief sich auf einen **systematischen Vergleich** mit Art. 3 III sowie Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-Richtlinie (RL 2001/29/EG)²⁵ und Art. 8 WCT.²⁶ Wenn es nach der UsedSoft-Entscheidung jedoch eine Online-Erschöpfung geben muss,²⁷ lässt sich dieses Verständnis nicht mehr aufrechterhalten.

Zum anderen geht bei der Onlineverbreitung von Programmen (etwa dem App-Download) mit der Verbreitung technisch typischerweise eine Vervielfältigung (Programmkopie) einher.²⁸ Nach dem Gesetzeswortlaut und dem bisherigen Verständnis greift der **Erschöpfungsgrundsatz** aber nur

²² Vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1991 – I ZR 147/89, NJW 1992, 689 (691) – die Erschöpfung erfasse lediglich die Weiterverbreitung des konkreten Werkexemplars, das Vervielfältigungsrecht bleibe davon ohnehin unberührt; gleichwohl kann sich der Erschöpfungsgrundsatz ausnahmsweise auf das Vervielfältigungsrecht auswirken – dazu BGH, Urteil vom 04.05.2000 – I ZR 256/97, NJW 2000, 3783 (3785) = BGHZ 144, 232 – die Erschöpfung im Urheberrecht könne nur hinsichtlich des Verbreitungsrechts eintreten m.w.N., der zur Weiterverbreitung Berechtigte könne dann aber nicht mit Verweis auf das Vervielfältigungsrecht an der Verbreitung gehindert werden.

²³ Dazu C.II.3.

²⁴ Vgl. OLG München, Urteil vom 03.08.2006 – 6 U 1818/06, MMR 2006, 748 (748) – „da sich sowohl das deutsche UrhG als auch die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 ausdrücklich auf in einem Gegenstand **verkörperte Werke** beziehen“; Schack, GRUR 2007, 639 (643 f.).

²⁵ Vgl. OLG München, Urteil vom 03.08.2006 – 6 U 1818/06, MMR 2006, 748 (748); Grützmacher, CR 2007, 549 (551).

²⁶ Siehe Grützmacher, CR 2007, 549 (550).

²⁷ Siehe dazu C.II.3.

²⁸ Siehe C.III.3.b. und C.III.3.c.aa.

für das Verbreitungsrecht (§ 69c Nr. 3 UrhG) und nicht für das Vervielfältigungsrecht.²⁹ Eine für eine Onlineverbreitung erforderliche Vervielfältigung wäre nach wie vor zustimmungsbedürftig (§ 69c Nr. 1 UrhG). Damit würde der Erschöpfungsgrundsatz in diesen Konstellationen leerlaufen.³⁰ Eine Online-Erschöpfung erfordert daher, dass sich der Erschöpfungsgrundsatz in dem Fall – entgegen des eindeutigen Wortlauts – auch auf das Vervielfältigungsrecht bezieht.³¹ Das ist dogmatisch zweifelhaft.³² Daher sollte der Gesetzgeber dringend das deutsche Urheberrecht an die europarechtlich vorgeprägte Rechtsentwicklung anpassen. Da aufgrund der Used-Soft-Entscheidung trotz der dogmatischen Zweifel eine Online-Erschöpfung bei Software stattfindet, wird nun geprüft, ob man die Online-Erschöpfung auf den App-Download übertragen kann.

2. Übertragung auf Apps

Fraglich ist zunächst, ob bei Apps überhaupt ein Bedürfnis für eine Weiterveräußerung bestehen kann. Bei vielen Apps im unteren Preissegment gibt es ohnehin kein Weiterveräußerungsbedürfnis. Da man die allermeisten Apps für wenige Cents oder geringe Eurobeträge erwerben kann, scheitert es zumeist an der Kundennachfrage. Warum aufwendig einen Zweitmarkt suchen, wenn man für vergleichbaren Aufwand das „Originalprodukt“ bekommen kann? Gleichwohl ist nicht von der Hand zu weisen, dass gerade bei Apps, bei denen die Funktionalität durch zahlreiche *In-App-Käufe* erweitert wurde, sich ein solches Bedürfnis legitimer Weise entwickeln kann. Ebenso verhält es sich, wenn man an Spieleapps denkt, bei

²⁹ Ebenso Heydn, CR 2010, 765 (771).

³⁰ Was bis zu der UsedSoft-Entscheidung der ganz herrschenden Meinung entsprach – siehe etwa Fn.1 bei Krüger/Biehler/Apel, MMR 2013, 760 (761) mit zahlreichen Nachweisen zum damaligen Meinungsstand; Loewenheim, in: FS Pfennig, 69 ff.; Roth, wrp 2015, 1303 (1306 f.) zeigt die Argumentationsstränge gut auf.

³¹ Ähnlich aber bereits BGH, Urteil vom 04.05.2000 – I ZR 256/97, NJW 2000, 3783 (3785) = BGHZ 144, 232.

³² Eine dogmatisch saubere Übertragbarkeit in das deutsche Urheberrechtssystem scheint kaum möglich – dazu etwa exemplarisch Dietrich, NJ 2014, 194 (195) und Redeker, CR 2014, 73 (75).

denen ein hoher Spielfortschritt erreicht wurde. Das Online-Computerspiel *World of Warcraft* ist bestes Beispiel für eine derartige Nachfrage. Laut *Focus Online* wurde der Rekordpreis von 7.000 € für einen Account mit entsprechendem Spielfortschritt bezahlt.³³ Daher kann die Frage nach einer Erschöpfung des Verbreitungsrechts beim App-Download aufkommen. Sie wurde bis dato noch nicht diskutiert.

In den **UsedSoft-Entscheidungen** wurde der **Grundsatz der Online-Erschöpfung** für Software mit Verweis auf die Computerprogrammrichtlinie bejaht. Zuvor wurde die Online-Erschöpfung wegen des Wortlauts des § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG „*Vervielfältigungsstück*“ herrschend abgelehnt.³⁴ Nunmehr hat eine Online-Erschöpfung nach der Rechtsprechung vereinfacht gesagt die Voraussetzungen, dass es sich um eine **entgeltlich dauerhafte Nutzungsüberlassung** mit Zustimmung des Rechtsinhabers handelt und dass die **Programmkopie** vom Ersterwerber **unbrauchbar** gemacht wurde.³⁵ Unter diesen Voraussetzungen kann der Ersterwerber die Kopie weiterveräußern, ohne dass der ursprüngliche Rechtsinhaber das verhindern kann, weil sein Verbreitungsrecht erschöpft ist. Fraglich ist, ob man die Konstellation der Online-Erschöpfung auf den App-Download übertragen kann.

Die erste Voraussetzung ist, dass die UsedSoft-Rechtsprechung an sich auf Apps übertragbar ist. Bei E-Books und Hörbüchern haben Gerichte die Übertragung der Rechtsprechung verneint.³⁶ In der Literatur finden die

³³ Siehe abrufbar im Internet: <http://www.focus.de/digital/games/brennpunkt-world-of-warcraft_aid_353917.html> (Stand: 04.04.2016).

³⁴ Dazu exemplarisch *Böcker*, Computerprogramme, 154 ff. m.w.N.; siehe auch die Literaturübersicht bei *Herzog*, Gebrauchte Software, S. 17 Fn. 11.

³⁵ Zusammengefasst ebenfalls bei *Hansen/Struwe*, MMR 2015, 744 (744).

³⁶ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 24.03.2015 – 10 U 5/11, MMR 2015, 744 – keine Erschöpfung bei E-Books und Hörbüchern; vgl. zudem OLG Hamm, Urteil vom 15.05.2014 – 22 U 60/13, NJW 2014, 3659 – keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts beim Download von Hörbüchern; OLG Stuttgart, Urteil vom 03.11.2011 – 2 U 49/11, CR 2012, 299 – keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb von Hörbüchern.

Entscheidungen mehr Unterstützer als Gegner.³⁷ Da aber anders als bei E-Books und Hörbüchern § 69c Nr. 3 UrhG auf Apps anwendbar ist, muss man im Ausgangspunkt eine Übertragbarkeit annehmen. Zudem kommt es jedenfalls beim entgeltlichen App-Download zu einer „*entgeltlichen dauerhaften Nutzungsüberlassung*“. Nach den Anforderungen der Rechtsprechung scheidet die Entgeltlichkeit nicht etwa daran, dass viele Anbieter nur Cent-Beträge verlangen. Es genügt, wenn der Anbieter potenziell „*die Möglichkeit hatte, beim Erstverkauf der betreffenden Kopie eine angemessene Vergütung zu erzielen*“³⁸

Allerdings sehen die *Storebetreiber* einen Weiterverkauf von Apps nicht vor.³⁹ Im Gegenteil: Durch die typische Bindung der Nutzer an die Nutzeraccounts (*Apple App Store, Google Play Store*) ist eine Weiterveräußerung **faktisch nur eingeschränkt möglich**. Alle Apps sind an den Nutzeraccount gebunden. Ohne diesen Account ist die Nutzung von Apps nicht möglich. Ist, wie bei dem Spiel *World of Warcraft*, nur ein Spiel mit

³⁷ **Gegen** eine Übertragbarkeit auf andere digitale Güter: *Apel*, ZUM 2015, 640 (461 ff.); *Bäcker/Höfinger*, ZUM 2013, 623 (636 ff.); *Dietrich*, NJ 2014, 194 (196 f.); *Becker*, ZGE 2016, 239 (241); *Krüger/Biehler/Apel*, MMR 2013, 760 (760 ff.) – keiner Übertragung bei Videospiele; *Hansen/Struwe*, MMR 2015, 744 (745); *Hauck*, NJW 2014, 3616 (3619); *Leistner*, wrp 2014, 995 (1002 f.); *Rauer/Ettig*, GRUR-Prax 2015, 202 (204); *Schneider/Spindler*, CR 2014, 213 (222),

Für eine Übertragbarkeit jedoch: *Hartmann*, GRUR-Int. 2012, 980 (984); *Hoeren/Försterling*, MMR 2012, 642 (647); *Kubach*, CR 2013, 279 (283); *Malevanny*, CR 2013, 422 (426 f.); *Neuber*, wrp 2012, 1274 (1277 ff.); *Redeker*, CR 2014, 73 (76 ff); *Scholz*, ITRB 2012, 162 (20 f.); *Specht*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 588 Rn. 68 f.; *Terhaag/Telle*, K u. R 2013, 549 (551 ff.).

³⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (776) Rz. 39.

³⁹ In den *Google Play Nutzungsbedingungen* heißt es unter „6. Rechte und Einschränkungen“ unter der Überschrift „Veräußerung, Verteilung oder Übertragung an Dritte“ explizit: „*Sie dürfen Inhalte nicht ohne Autorisierung veräußern, vermieten ...*“ – diese sind abrufbar im Internet: <https://play.google.com/intl/de_de/about/play-terms.html> (Stand: 21.06.2017); in den *iTunes-Nutzungsbedingungen* – abrufbar im Internet: <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html>> (Stand: 07.07.2017) – steht bei „a. Umfang der Lizenz“: „*Sie dürfen die lizenzierte Applikation nicht übertragen, weitervertreiben oder unterlizenzieren, und wenn Sie ihr Apple-Gerät an Dritte verkaufen, müssen Sie die lizenzierte Applikation zuvor von dem Apple-Gerät entfernen, bevor sie das tun*“.

dem Account verknüpft, kann der *Nutzer* relativ einfach den gesamten Account an einen anderen *Nutzer* übertragen. Wenn jedoch, wie typischerweise bei einem Smartphone, jedwede Anwendung mit dem Account verknüpft ist (auch Apps, die der Benutzer nicht veräußern möchte), scheidet diese Möglichkeit unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit faktisch aus.

Daher kommt eine Online-Erschöpfung beim App-Download nur in Betracht, wenn die Bindung an den Nutzeraccount rechtswidrig ist und ein Anspruch gegen die *Storebetreiber* auf Ermöglichung der Weiterveräußerung besteht.

Der BGH hat in seiner „Half Life II“-Entscheidung vor „UsedSoft“ explizit technische Schutzmaßnahmen und eine Accountbindung gebilligt.⁴⁰ Zwar ist nicht klar, inwieweit die „Half Life II“-Entscheidung nach der „UsedSoft“ noch uneingeschränkt gültig ist.⁴¹ Allerdings wurde in der UsedSoft-Entscheidung und in „UsedSoft III“ angedeutet, dass technische und schuldrechtliche Schutzmaßnahmen, die eine Erschöpfung faktisch verhindern, nicht per se unzulässig sind.⁴² Die Bindung an den Nutzeraccount erscheint daher nicht per se rechtswidrig.⁴³

⁴⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 11.02.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661; dazu *Dietrich*, NJ 2012, 281.

⁴¹ Offengelassen *Dietrich*, NJ 2014, 194 (196); *Malevanny*, CR 2013, 422 (425) – Erschöpfung greife nicht, Half Life 2 bleibe gültig; zweifelnd *Neuber*, wrp 2012, 1274 (1279); *Schneider*, CR 2015, 413 (421 f.) – Half Life 2 bleibt gültig.

⁴² Vgl. BGH, Urteil vom 11.12.2014 – I ZR 8/13, GRUR 2015, 772 (778) – es bestünden schuldrechtliche Möglichkeiten; vgl. ebenfalls EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C-128/11, NJW 2012, 2565 (2569) Rz. 79 – es stehe dem Vertreiber frei, technische Schutzmaßnahmen, anzuwenden; Siehe auch *Dietrich*, NJ 2012, 281 (283 f.); *Malevanny*, CR 2013, 422 (425), der sich differenziert für die Zulässigkeit von Benutzerkonten ausspricht; zweifelnd *Weisser/Färber*, MMR 2014, 364 (366) – Bindung an Nutzerkonto müsse jedenfalls Verhältnismäßig sein.

⁴³ Vgl. dazu KG Berlin, Beschluss vom 27.08.2015 – 23 U 42/14, CR 2016, 81 (81 ff.) – Steam-Nutzerkonten seien nicht, da übertragbar, da schon keine Erschöpfung bei Kontenbindung vorliege; siehe auch *Gabel/Bernzen*, in: Taeger, Smart World – Smart Law?, 806.

Doch selbst wenn man eine Rechtswidrigkeit annehmen würde, müssten die *Storebetreiber* dazu verpflichtet sein, dem *Nutzer* eine Weiterveräußerung zu ermöglichen. Sie müssten faktisch einen legalen Zweitmarkt bereitstellen. Wenn jedoch Apps aus technischen Gründen nicht übertragbar sind, „*ergibt sich aus dem Erschöpfungsgrundsatz kein Anspruch darauf, sie übertragbar zu machen.*“⁴⁴ Dafür fehlt schon die Anspruchsgrundlage.⁴⁵

Damit lässt sich folgendes festhalten: Aktuell ist die Frage nach einer Erschöpfung beim App-Download praktisch kaum zu stellen. Zum einen besteht die Möglichkeit einer Weiterveräußerung tatsächlich nicht. Zum anderen besteht im Regelfall auch kein Bedürfnis des *Nutzers*. Ungeachtet dessen kann aus den UsedSoft-Entscheidungen jedoch **kein Anspruch** darauf abgeleitet werden, dass die *Storebetreiber* einen Zweitmarkt für Apps schaffen müssen. Die UsedSoft-Entscheidungen wirken sich damit auf den App-Download aktuell nicht spürbar aus.

III. Zusammenfassung

Der Vertragsinhalt bestimmt sich nach den *Storebedingungen* (**Auslegungslösung**) und ergänzend nach § 241 II BGB und durch **ergänzende Vertragsauslegung**. Die Auslegungslösung führt faktisch zu einer **Wirksamkeitsvermutung**. Zwar werden **treuwidrige Regelungen** bei der Auslegung nach § 157 BGB nicht berücksichtigt. Eine Treuwidrigkeit ist jedoch nur in **Ausnahmefällen** anzunehmen. Dafür bietet sich folgende Prüfungsreihenfolge an:

- Verstößt eine Regelung des durch die Auslegungslösung erzielten Vertrags gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)?
- Wenn ausnahmsweise ein Gesetzesverstoß oder Sittenverstoß zu bejahen ist, kann die Regelung nicht durch Auslegung in den Vertrag einbezogen werden (§ 157 BGB).

⁴⁴ Redeker, IT-Recht, 60b.

⁴⁵ Dazu auch Heydn, MMR 2017, 22 (24).

- Wenn eine Vorschrift wegen § 157 BGB nicht in den Vertrag einbezogen wird, muss nach der **ergänzenden Vertragsauslegung**, gegebenenfalls **unter analoger Anwendung** einer Vorschrift des **besonderen Schuldrechts**, festgestellt werden, welche Regelung an deren Stelle tritt.
- Andernfalls muss (hilfsweise) geprüft werden, ob die *Storebedingungen* einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten würden, wenn sie unmittelbar vom *Anbieter* gestellt worden wären (Aufgrund der lizenzvertraglichen Lösung können Gewährleistungsvorschriften nur dann als gesetzlicher Maßstab fungieren, wenn die Analogievoraussetzungen gegeben sind).
- Wenn man das verneint, muss eine Treuwidrigkeit nach § 157 BGB **erst recht** ausscheiden.
- Nur wenn man einen Verstoß gegen §§ 307 ff. BGB bejahen kann, muss man weiter prüfen, ob andere Regelungen einzelne Nachteile **kompensieren** können (**Gesamtabwägung**).
- Nur wenn eine einzelne Regelung eine Vertragspartei **unangemessen** benachteiligt und keine Rechtfertigung möglich ist, kann die Regelung nach der Auslegungslösung nicht einbezogen werden.
- In diesem Fall kommt es, wie dargestellt, zur **ergänzenden Vertragsauslegung**.

Zuletzt muss festgestellt werden, dass aktuell eine Übertragung der Used-Soft-Rechtsprechung zur Online-Erschöpfung auf den App-Download praktisch bedeutungslos ist. Es ist schon fraglich, ob die Accountbindung keine zulässige technische Schutzmaßnahme ist, aufgrund derer eine Online-Erschöpfung scheitert. Doch selbst wenn man das verneint, besteht **kein Anspruch** des *Nutzers* gegen den *Storebetreiber*, einen legalen Zweitmarkt für Apps zu eröffnen.

E. Ergebnisse

I. Fazit

Das Alltagsphänomen des App-Downloads ist rechtlich nach aktuellem Recht in den Griff zu bekommen. Der Vertragsschluss lässt sich mit dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch recht gut erfassen. Um den wenigen Berührungen bei der Smartphonennutzung einen Erklärungswert beimessen zu können, muss man diese Willenserklärungen unter Berücksichtigung der *Storebedingungen* als „*Spielregeln*“ auslegen (§§ 133, 157 BGB). Dieser Weg ist durch die Übertragung der eBay-Rechtsprechung gangbar und sinnvoll. Gleichwohl machen es die unterschiedlichen Beteiligten (*Nutzer*, *Storebetreiber* und *Anbieter*) rechtlich anspruchsvoll. Im Ausgangspunkt besteht zwischen *Nutzer* und dem jeweiligen *Storebetreiber* ein Rahmenvertrag in Form der *Storebedingungen*. Diese werden bei zeitgemäßem Verständnis von § 305 II BGB Vertragsbestandteil. Richtigerweise wird beim App-Download im Regelfall (auch) der *Anbieter* Vertragspartner. Problematisch sind die Vertragsbeziehungen, wenn ein Minderjähriger beteiligt ist. Ohne ein Zusammenspiel mit den Eltern fehlt es meist an einer vertraglichen Bindung. Das Anfechtungs- und Widerrufsrecht ist praktisch bedeutungslos, da die *Storebetreiber* ein eigenes Erstattungssystem vorsehen. Spätestens bei Fragen der Rückabwicklung, wenn Daten bereits verwendet wurden, kommt das aktuelle Recht jedoch erstmals an seine Grenzen. So führt *Becker* aus: „*Im Datenschutzrecht besteht aber eine so große Diskrepanz zwischen Recht und Realität wie in fast keinem anderen Rechtsgebiet. Das Einwilligungsprinzip versagt auf mehreren Ebenen.*“¹

Das Recht kommt ebenfalls an seine Grenzen, wenn man versucht, die im BGB vordefinierten Vertragstypen direkt auf den App-Download anzuwenden. So kommt das kaufrechtliche Leitbild, insbesondere das Gewährleistungsregime, beim App-Download ersichtlich an seine Grenzen. Um

¹ Explizit *Becker*, JZ 2017, 170 (173).

interessengerechte Ergebnisse erzielen zu können, ist vielmehr eine flexible und vor allem zurückhaltende Rechtsanwendung erforderlich. Überzeugenderweise gelingt das nicht durch eine äußerst freie Handhabung über eine „entsprechende“ Anwendung der kaufrechtlichen Vorschriften (als „Rettungsversuch“). Dem stehen §§ 474 ff. BGB entgegen.

Wohingegen in den wenigen Gerichtsentscheidungen im Softwarebereich das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht noch willkommen war, passt es beim App-Download nicht mehr als Leitbild. Ein Lizenzvertrag wäre auch bei der kaufrechtlichen Lösung in jedem Fall notwendig. Würde man zusätzlich Kaufrecht anwenden, wäre zwingend eine Konstruktion mit zwei Verträgen notwendig. Diese Konstruktion bringt jedoch beim App-Download keinen Mehrwert. Die rein lizenzvertragliche Lösung ist die folgerichtige und klare Konsequenz. Sie rückt die Privatautonomie stark in den Vordergrund.

Insgesamt zeigt das Ergebnis der Untersuchung bei Apps deutlich, warum bereits im Softwarebereich immer wieder für einen Vertrag *sui generis* votiert wurde. Drei der fünf Grundfeststellungen der Arbeit gelten uneingeschränkt für Standardsoftware und sollten die dortige Diskussion befrieden. Software ist keine Sache im Sinne des § 90 BGB, und es kommt auch nicht zu einer Eigentumsübertragung im sachenrechtlichen Sinn (erste und zweite Grundfeststellung). Zudem kann das Urheberrecht den Vertragstyp beeinflussen (vierte Grundfeststellung). Die Ausführungen zum Urheberrechtsschutz von Apps (dritte Grundfeststellung) lassen sich hingegen nicht pauschal auf Standardsoftware übertragen, da insbesondere die Gestattungsstufe dort variieren kann. Selbiges gilt auch für den Einfluss der Parteiinteressen (fünfte Grundfeststellung), da der Feststellung die Auslegungslösung zu Grunde liegt. Diese Vertriebsart ist jedoch bei Standardsoftware nicht üblich.

II. Ausblick

Da das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht in der heutigen Zeit zunehmend keine interessengerechten Lösungen mehr bietet, etablieren Unter-

nehmen Gewährleistungs- und Abwicklungsregime außerhalb des Kaufrechts. Das wird insbesondere bei *Amazon* deutlich, obwohl dort das Kaufrecht – im Gegensatz zum App-Download – unstreitig direkt anwendbar ist. *Amazon* bietet beispielsweise entgegen § 439 I BGB eine voraussetzungsarme Rückabwicklung ohne ein Fristsetzungserfordernis an. Die Verbraucher profitieren davon und werden sich nicht wehren. Sofern man das Schutzniveau für nicht ausreichend hält, könnte man die Rechte von Verbraucherzentralen im Verbandsklageverfahren stärken.² Bei *Amazon* könnte man dann die Nutzungsbedingungen am Kaufrecht messen. Da der Verbraucherschutz bei *Amazon* über dem gesetzlichen Standard liegt, wäre das jedoch aktuell kontraproduktiv. So können *Amazon*-Kunden vermeintlich mangelhafte Produkte direkt an *Amazon* zurückschicken. Sie bekommen entweder ein anderes Produkt geschickt oder den Preis erstattet. Das geschieht unabhängig davon, ob *Amazon* selbst oder ein Dritter Vertragspartner ist. Die Kunden müssen im Gegensatz zu § 439 BGB keine Frist setzen oder einen Mangel bei Gefahrübergang beweisen.

Beim App-Download ist ebenfalls denkbar, dass Verbraucherzentralen eine wichtige Rolle einnehmen. So ist es grundsätzlich begrüßenswert, wenn die *Storebedingungen*, die im Wege der Auslegungslösung Vertragsinhalt werden, kontrolliert werden. Allerdings sollten dafür gesetzliche Mindeststandards als Kontrollmaßstab geschaffen werden. Ansonsten ist gerade im Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter* eine Angemessenheitskontrolle aufgrund der Auslegungslösung nur schwierig durchführbar.

Sofern man also das Schutzniveau bei der lizenzvertraglichen Lösung im Rahem der Auslegungslösung für nicht ausreichend hält, muss daher der Gesetzgeber tätig werden.³ Dabei ist offen, ob neue Regelungen ins BGB passen oder ob sie nicht vielleicht deutlich besser andernorts aufgehoben

² Diese Möglichkeit räumt zukünftig auch Art. 80 DSGVO ein. Auch Art. 18 Nr. 2 b) DIInhRL-E sieht das vor; dazu auch *Spindler*, CR 2016, 219 (224).

³ Vgl. dazu *Spindler*, JZ 2016, 805 (816).

wären. So könnte man alternativ eine Lösung im Urhebervertragsrecht verorten.⁴ Ebenso könnte man ein eigenes Regelungsregime für digitale Inhalte oder gar ein Gesetz für geistiges Eigentum schaffen. Der DINhRL-E kann isoliert betrachtet, selbst im Fall einer Umsetzung die bestehenden Rechtsprobleme nicht zufriedenstellend lösen.

Daher gibt es schließlich nur zwei Möglichkeiten: Man findet sich entweder mit den aktuellen Entwicklungen ab. Aus Sicht der Beteiligten und insbesondere der Kunden gibt es offenbar keinen Handlungsbedarf. Im digitalen Bereich werden dann Angebote und Gestaltungsformen gewählt, die sich zunehmend vom aktuellen Gesetzesrecht, wie beispielsweise von Vertragstypen im BGB, entfernen. Die einfache Handhabung und Benutzerfreundlichkeit sind Hauptgründe für den Erfolg von Apps.⁵ Andernfalls müssen Lösungen *de lege ferenda* geschaffen werden. Das erfordert jedoch, dass man die verschiedenen Regelungsebenen (Vertragsrecht, Urheberrecht, Datenschutzrecht) aufeinander abstimmt. Dann wird die Praxis im Zweifel auch die Regelungen bei der Vertragsgestaltung berücksichtigen. Besonders dringlich sind die bis dato ungelösten Probleme mit Daten (vor allem der Entgeltcharakter und die Rückabwicklungsproblematik).⁶ All diese Probleme der Rechtsprechung zu überlassen, funktioniert nicht.⁷ Dafür fehlen aktuell allein schon die Rechtstreitigkeiten in diesem Bereich.

III. Offene Fragen

Zwar konnte die Arbeit einige Lösungsvorschläge für das Alltagsproblem des App-Downloads präsentieren. Nichtsdestotrotz bleiben immer noch einige Fragen offen. Zum einen wurden einige Fragen von der Bearbeitung bewusst ausgeklammert, und es wurde ein Schwerpunkt auf die Nutzerperspektive gelegt.

⁴ Für ein Gesetz über dispositives Lizenzvertragsrecht spricht sich etwa *Hilty*, CR 2012, 625 (637) aus.

⁵ Dazu *Bresnahan/Davis/Yin*, *Economic Value Creation in Mobile Applications*, S. 5.

⁶ Auf die Rückabwicklungsproblematik weist auch *Stöhr*, ZIP 2016, 1468 (1474) hin.

⁷ Auf dieser Linie *Spindler*, JZ 2016, 805 (816).

So wurden etwa Rechtsfragen rund um die Vertragsbeziehungen zwischen *Anbieter*, *Entwickler* und *Storebetreiber* nicht vertieft bearbeitet. Bereiche wie das Kartellrecht wurden nicht thematisiert.⁸ Zudem ergeben sich Folgefragen, wenn man einzelne der teilweise sehr umstrittenen Rechtsfragen vertretbar anders bewertet. Nähme man etwa eine quasi-dingliche Rechteeinräumung an, würde sich die gesamte Vertragskonstruktion ändern. Spräche man sich für einen Vertragsschluss zwischen *Anbieter* und *Storebetreiber* aus, bestünde ein anderer Kontrollmaßstab (§§ 307 ff. BGB). Wenn man die Einbeziehung der *Storebedingungen* ablehnen würde, würde die Interpretation des Vertragsinhalts noch schwieriger. Gerade bei Fragen des Gewährleistungsrechts fehlen praxistaugliche Lösungen im dispositiven Recht.

Zum anderen liegt das an der aktuellen Gesetzeslage. Das Urheberrecht kann mit §§ 69a ff. UrhG nicht alle Fragen beantworten. So bleibt die Frage im Raum, ob das urheberrechtliche Schutzkonzept von Computerprogrammen wirklich in das System passt. Jedenfalls ist das Urhebervertragsrecht nicht umfassend geregelt. Zudem ist bei der Anwendung der urheberrechtlichen Normen einiges noch immer heillos umstritten (insbesondere § 69d UrhG). Schließlich ist bei der rechtlichen Bewertung ein gewisser Gleichlauf digitaler Inhalte erwägenswert. Die Diskussionen über eine Übertragbarkeit der UsedSoft-Rechtsprechung auf andere digitale Inhalte haben gezeigt, dass diesbezüglich noch einige Fragen offen sind und „*Forschungsbedarf besteht*“⁹. Es ist beispielsweise nicht überzeugend, dass die Regelungen aktuell vielfach an die Überlassungsform anknüpfen. Die aktuellen Überlassungsformen (Streaming, Cloud-Services, Abonnements) werden dadurch nicht hinreichend berücksichtigt, und es kommt entweder zu Wertungswidersprüchen oder zu einer Überdehnung des Wortlauts. So wäre wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber auf die UsedSoft-Entscheidungen reagiert hätte.¹⁰ Es ist offen, ob legislativ diesbezüglich

⁸ Dazu etwa *Kremer/Hoppe/Kamm*, CR 2015, 18; vgl. auch *Klawitter*, Lizenzverträge und Kartellrecht.

⁹ *La Durantaye/Kuschel*, ZGE 2016, 195 (216).

¹⁰ Einen Reformbedarf sehen etwa *Schneider/Spindler*, CR 2012, 489 (498).

noch eine Anpassung an die aktuelle Rechtslage erfolgt. Im Datenschutz- und Vertragsrecht ergibt sich ein vergleichbares Bild. Im Vertragsrecht befürworten selbst die Traditionalisten zumindest punktuelle Anpassungen.¹¹ Ob die DINhRL kommt und wenn ja, wie sie umgesetzt wird, ist offen. Offen ist zuletzt, ob neue Regelungsinstrumente wie die DSGVO und das BDSG-neu es schaffen, zumindest (sachgerechte) Antworten auf die offenen datenschutzrechtlichen Fragen zu geben.¹²

Solange der Gesetzgeber nicht reagiert, ist das Verhältnis zwischen Vertragsrecht, Urheberrecht und Datenschutzrecht ebenfalls nicht endgültig gelöst.

IV. Thesen

Die Untersuchungsergebnisse lassen sich mit folgenden Thesen zusammenfassen:

- Zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* sowie zwischen *Storebetreiber* und *Anbieter* besteht ein Vertragsverhältnis (**Rahmenvertrag**).
- An die **Einbeziehungskontrolle nach § 305 II BGB** im m-Commerce dürfen dabei keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.
- Zwischen *Nutzer* und *Storebetreiber* sowie zwischen *Nutzer* und *Anbieter* ist **deutsches Recht** anwendbar.

¹¹ So *Faust*, in: DJT 2016, A 88 – im BGB seien lediglich punktuelle Neuregelungen erforderlich; zustimmend *Kirn/Müller-Hengstenberg*, NJW 2017, 433 (438); kritisch jedoch *Kilian*, CR 2017, 202 (211) und *Spindler*, JZ 2016, 805 (816).

¹² Vgl. dazu *Baumgartner/Gausling*, ZD 2017, 308 (311) – Art. 25 I DSGVO könne für App-Anbieter die Auswirkung haben, dass Apps zukünftig nur die für ihre Funktion wirklich erforderlichen Daten erheben dürfen und die Datenverarbeitung für den Nutzer jederzeit transparent sein müsse; *Becker*, JZ 2017, 170 (180 f.), bei möglichen Regelungen *de lege ferenda* bestehe ein Spannungsfeld zwischen Anonymität und Gefahrenabwehr; kritisch bezüglich der DSGVO *Härting/Schneider*, CR 2015, 819 (819); vgl. auch *Graf von Westphalen/Wendehorst*, BB 2016, 2179 (2179 ff.) – ebenfalls offen sei das Verhältnis von EU-DSGVO und DINhRL-E.

- Die *Storebedingungen* werden als „*Spielregeln*“ in die Auslegung der Erklärungen zwischen *Nutzer* und *Anbieter* einbezogen (**Auslegungslösung**). Insofern lässt sich die eBay-Rechtsprechung auf den App-Download übertragen.
- Beim App-Download wird ein Vertrag **zwischen Nutzer und Anbieter** geschlossen.
- Es findet im Verhältnis *Nutzer* und *Anbieter* **keine Inhaltskontrolle** der *Storebedingungen* nach §§ 307 ff. BGB statt (Relativität der Schuldverhältnisse). Ausnahmsweise ist jedoch eine Korrektur über § 157 BGB (alternativ § 242 BGB) möglich.
- Die *Storebedingungen* der *Anbieter* sind kaum widerspruchsfrei in das deutsche Recht übertragbar.
- Die *Storebetreiber* handeln als **Vertreter** für die *Anbieter*. Sie übernehmen die **Vertragsabwicklung**.
- Die im *Store* angebotenen Apps werden unmittelbar **angeboten** (keine bloße *invitatio ad offerendum*). Die Anforderungen des § 312j III BGB (**Buttonlösung**) werden eingehalten.
- **Minderjährige** laden täglich Apps herunter. Allerdings sind bereits die Inbetriebnahme des Smartphones und das obligatorische Erstellen eines Nutzeraccounts sowie jeder App-Download einwilligungsbedürftige Rechtsgeschäfte (vgl. § 107 BGB). Benutzen Minderjährige das Smartphone der Eltern **unter fremdem Namen**, können die Eltern nach den **Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht** verpflichtet werden.
- Es besteht ein **Anfechtungs- und ein Widerrufsrecht** nach allgemeinen Regeln. Beide Institute sind jedoch praktisch bedeutungslos.
- Die **Rückabwicklung** ist bei erfolgter **Datennutzung problematisch**. Das aktuelle Recht kommt dabei an seine tatsächlichen Grenzen.
- Im Softwarebereich gibt es nur wenig **Rechtsprechung**. Die Rechtsprechung ist nicht in der Lage, für die erhoffte Rechtsklarheit zu sorgen. Das Verhältnis zwischen **Schuldrecht und Urheberrecht** ist noch nicht eindeutig geklärt.
- Die **UsedSoft-Entscheidung** des EuGH ist für die hiesige Untersuchung nicht von entscheidender Bedeutung. Insbesondere determiniert die Entscheidung nicht die Frage des **Vertragstyps** beim App-Download.

- Apps und Software sind **keine Sachen** im Sinne des § 90 BGB (erste Grundfeststellung).
- Es wird **kein Eigentum** im sachenrechtlichen Sinn **übertragen** (zweite Grundfeststellung).
- Apps sind **urheberrechtlich geschützt**. Es ist **keine urheberrechtsneutrale Nutzung** möglich. Die App-Nutzung bedarf einer **schuldrechtlichen Gestattung** (dritte Grundfeststellung).
- Das **Urheberrecht** kann **den Vertragstyp beeinflussen**. Die diesbezügliche Rechtsprechung des BGH ist obsolet (vierte Grundfeststellung).
- Auch der **Parteiwille** kann die vertragstypologische Zuordnung beeinflussen. Sind die *Storebedingungen* widerspruchsfrei und sprechen sich für einen Vertragstyp aus, sind diese im Wege der Auslegungslösung auch diesbezüglich zu berücksichtigen (fünfte Grundfeststellung).
- Die **Grundfeststellungen** leisten einen Beitrag zu den langanhaltenden Diskussionen im Softwarebereich. Dieser neue Blickwinkel stellt viele vermeintlich herrschende Auffassungen im Softwarebereich in Frage.
- Bei **kostenpflichtigen App-Downloads** kommt eine **kaufrechtliche Lösung über § 453 I BGB** und eine **lizenzvertragliche Lösung** (Vertrag sui generis) in Betracht.
- Bei **kostenlosen App-Downloads** kommt ebenfalls eine **kaufrechtliche Lösung (§ 480 BGB)** und eine **lizenzvertragliche Lösung** in Betracht.
- Das **kaufrechtliche Gewährleistungsregime** gibt beim App-Download ohne starke Modifikationen **keine interessengerechten Antworten** auf Leistungsstörungen.
- **Vertragstypologisch und methodisch präziser** ist die Einordnung als **Vertrag sui generis** in Form eines **Lizenzvertrags**.
- Der **Vertragsinhalt** ergibt sich aus den *Storebedingungen* (**Auslegungslösung**), aus § 241 II BGB und schließlich durch ergänzende Vertragsauslegung.
- Bei der lizenzvertraglichen Lösung ist nach dem Kontrollmaßstab bei § 307 III 1 BGB zu fragen. Dabei kommen alle schuldrechtlichen Vorschriften in Frage, wenn die **Analogievoraussetzungen** gegeben sind. Das führt freilich faktisch zu einer **Wirksamkeitsvermutung**.

- Die *Storebetreiber* haben ein **eigenes Gewährleistungsregime geschaffen**. Kennzeichnend sind die **Erstattung** als einziges Gewährleistungsrecht und der kurze Erstattungszeitraum. Eine evidente Treuwidrigkeit lässt sich dabei pauschal nicht erkennen.
- Eigene – häufig voraussetzungsarme und einfache – **Gewährleistungsregime außerhalb von § 437 BGB** sind auch außerhalb des App-Downloads eine häufige Antwort auf neue Bedürfnisse und Kundenerwartungen (vor allem Amazon). Diese werden von den Beteiligten akzeptiert.
- Möchte man die Rechtsgestaltung im digitalen Bereich nicht den Beteiligten überlassen, muss der **Gesetzgeber** tätig werden. „*Ein Update des BGB*“ ist dabei nicht zwingend, aber möglich. Denkbar ist freilich auch ein anderer Regelungsort.
- Durch das **Verbandsklageverfahren** können Verbraucherzentralen die Nutzungsbedingungen der *Storebetreiber* zwar per se überprüfen lassen (vgl. §§ 1, 2 I und II Nr. 1 b), 3 I Nr. 1 UKlaG). Ohne „*Update*“ fehlt jedoch häufig ein verlässlicher Kontrollmaßstab für interessengerechte Ergebnisse.
- Aus den UsedSoft-Entscheidungen lässt sich **kein Anspruch** darauf ableiten, dass *Storebetreiber* für Apps einen **Zweitmarkt** eröffnen müssen.
- Der **DInhRL-E** kann selbst bei Umsetzung nicht alle Probleme lösen. Gerade die Datenproblematik ist damit nicht in den Griff zu bekommen.

Literaturverzeichnis

- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter*, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 21. Edition 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-UrhG)
- Apel, Simon*, Keine Anwendung der >>UsedSoft<<-Rechtsprechung des EuGH jenseits von Computerprogrammen, Eine Bestandsaufnahme zur Erschöpfung bei >>gebrauchten<< digitalen Gütern, ZUM 2015, S. 640-648
- Appt, Stephan/Langer, Claudia-Bernadette*, Mobile Apps, RAW 2016, S. 26-33
- Bäcker, Kerstin/Höfing, Frank Michael*, Online-Vertrieb digitaler Inhalte: Erstvertrieb, nachgelagerte Nutzungen und nachgelagerte Märkte, ZUM 2013, S. 623-641
- Backu, Frieder*, Datenschutzrechtliche Relevanz bei Onlinespielen, Überblick über die einzelnen Problemstellungen, ZD 2012, S. 59-63
- Bamberger, Georg/Roth, Herbert*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 47. Edition 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BGB)
- Bartsch, Michael*, Software als Rechtsgut, Zur Wahrnehmung von Software aus Sicht des Rechts, zur Begriffsbildung im Recht und zu den praktischen Konsequenzen, CR 2010, S. 553-559
- Baumgartner, Ulrich/Ewald, Konstantin*, Apps und Recht, 2. Auflage, 2016 (zitiert als: *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht)
- Baumgartner, Ulrich/Gausling, Tina*, Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Was Unternehmen nach der DS-GVO beachten müssen, ZD 2017, S. 308-313
- Becker, Maximilian*, Ein modernes Urheberrecht, Von den Nutzungshandlungen zum digitalen Lebensbereich, ZGE 2016, S. 239-288
- Becker, Maximilian*, Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 2017, S. 170-181
- Bisges, Marcel*, Schlumpfbeeren für 3000 – Rechtliche Aspekte von In-App-Verkäufen an Kinder, NJW 2014, S. 183-186
- Böcker, Lina Barbara*, Computerprogramme zwischen Werk und Erfindung, Eine wettbewerbsorientierte Analyse des immaterialgüterrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen unter besonderer Berücksichtigung von Open-Source-Software, 1. Auflage, 2009 (zitiert als: *Böcker*, Computerprogramme)

- Börding, Andreas/Julicher, Tim/Röttgen, Charlotte/Schönfeld, Max v.*, Neue Herausforderungen der Digitalisierung für das deutsche Zivilrecht, Praxis und Rechtsdogmatik, CR 2017, S. 134-140
- Borges, Georg*, Rechtsscheinhaftung im Internet, NJW 2011, S. 2400-2403
- Bormann, Friedrich/Bormann, Michael*, Rechtsnatur und Rechtsschutz der Software, DB 1991, S. 2641-2649
- Bräutigam, Peter*, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken, Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistungen gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, S. 635-641
- Bräutigam, Peter*, Second-Hand Software in Europe, Thoughts on the three questions of the German Federal Court of Justice referred to the Court of Justice of the European Union, CRi 2012, S. 1-9
- Bräutigam, Peter*, E-Commerce, Rechtshandbuch, 1. Auflage, 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce)
- Bremer, Diana*, Möglichkeiten und Grenzen des Mobile Commerce, CR 2009, S. 12-17
- Bresnahan, Timothy/Davis, Jason/Yin, Pai-Ling*, Economic Value Creation in Mobile Applications, 2014
- Buchwitz, Wolfram*, Onlinespiele, Mehrwertdienste und Minderjährige, VuR 2010, S. 378-382
- Busch, Christoph/Dannemann, Gerhard/Schulte-Nölke, Hans*, Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online-Plattformen im Digitalen Binnenmarkt, Diskussionsentwurf für eine mögliche EU-Richtlinie, MMR 2016, S. 787-792
- Butchereit, Torben*, Rechtliche Aspekte von Entertainmentangeboten und Zusatzdiensten im Mobilfunk, 2009 (zitiert als: *Butchereit*, Rechtliche Aspekte von Entertainmentangeboten)
- Bydlinski, Peter*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 1998, S. 287-328
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Interessenlage, Grundprinzipien und Rechtsnatur des Finanzierungsleasings, AcP 1990, S. 410-469
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, S. 377-391
- Carare, Octavian*, THE IMPACT OF BESTSELLER RANK ON DEMAND, EVIDENCE FROM THE APP MARKET*, International Economic Review (53) 2012, S. 717-742

- Cichon, Caroline*, Internet-Verträge, Verträge über Internet-Leistungen und E-Commerce, 2. Auflage, 2005 (zitiert als: *Cichon*, Internet Verträge)
- Comino, Stefano/Manenti, Fabio M./Mariuzzo, Franco*, Updates Management in Mobile Applications, iTunes vs Google Play, 2015
- Dapp, Thomas/Heine, Veronika*, Big Data – die ungezähmte Macht, 2014
- Degmair, Stephan*, Apps – Die schwierige Suche nach dem Vertragspartner, K. u. R 2013, S. 213-218
- Derleder, Peter/Thielbar, Carsten*, Handy, Klingeltöne und Minderjährigenschutz, NJW 2006, S. 3233-3239
- Deutsch, Andreas*, Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände, MMR 2004, S. 586-589
- Diedrich, Kay*, Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform, Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen, CR 2002, S. 473-480
- Diegmann, Heinz/Kuntz, Wolfgang*, Praxisfragen bei Online-Spielen, NJW 2010, S. 561-566
- Dietrich, David*, Entwicklung und rechtliche Behandlung moderner Vertragstypen im Zivilrecht, Darstellung anhand des Beispiels der "Kapitalanlagerechtsbeziehung", NJ 2011, S. 309-318
- Dietrich, Nils*, "Half Life 2" vs. "UsedSoft", Zur Verhinderung der urheberrechtlichen Erschöpfungswirkung, NJ 2012, S. 281-284
- Dietrich, Nils*, Von UsedSoft II und dessen Folgen, Die "Online-Erschöpfung" nach dem Urteil des BGH im deutschen Recht, NJ 2014, S. 194-198
- Dornis, Tim*, Anmerkung zu BGH NJW 2017, 1660 (Vertragsauslegung bei eBay), JZ 2017, S. 637-640
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot/Specht, Louisa (Begr.)*, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 5. Auflage, 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze)
- Druschel, Johannes*, Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR), GRUR-Int. 2015, S. 125-137
- Druschel, Johannes/Lehman, Michael*, „Ein digitaler Binnenmarkt für digitale Güter“, CR 2016, S. 244-251
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar GG, 33. Edition 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-GG)

- Erkeling, Saskia*, Minderjährige als Vertragspartner eines Online-Game-Nutzungsvertrags, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Smart World – Smart Law?, Weltweite Netze mit regionaler Regulierung (Tagungsband der Herbstakademie 2016), 2016 (zitiert als: *Erkeling*, in: Taeger, Smart World – Smart Law?)
- Faust, Florian*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2018 (zitiert als: *Faust*, BGB AT)
- Feldmann, Thorsten*, Mobile Apps: Zivilrecht – Telemedienrecht – Datenschutz, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Die Welt im Netz, Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft (Tagungsband der Herbstakademie 2011), 2011 (zitiert als: *Feldmann*, in: Taeger, Die Welt im Netz)
- Fervers, Matthias*, Die Button-Lösung im Lichte der Rechtsgeschäftslehre 2016, S. 2289-2294
- Fezer, Karl-Heinz*, Dateneigentum, Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten, MMR 2017, S. 3-5
- Flume, Werner*, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992 (zitiert als: *Flume*, Rechtsgeschäft)
- Föhlisch, Carsten/Stariradef, Tanya*, Zahlungsmittel und Vertragsschluss im Internet, NJW 2016, S. 353-358
- Forkel, Hans*, Gebundene Rechtsübertragungen, Ein Beitrag zu den Verfügungsgeschäften über Patent-, Muster-, Urheber- und Persönlichkeitsrechte, 1977 (zitiert als: *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen)
- Gabel, Detlev/Bernzen, Anna*, Update EDV-Vertragsrecht, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Smart World – Smart Law?, Weltweite Netze mit regionaler Regulierung (Tagungsband der Herbstakademie 2016), 2016 (zitiert als: *Gabel/Bernzen*, in: Taeger, Smart World – Smart Law?)
- Ganzhorn, Marco*, Rechtliche Betrachtung des Vertriebs und der Weitergabe digitaler Güter, 2015 (zitiert als: *Ganzhorn*, Digitale Güter)
- Gerecke, Martin*, Werbung gegenüber Kinder und Jugendlichen, NJW 2015, S. 3185-3264
- Graf von Westphalen, Friedrich/Wendehorst, Christiane*, Herausgabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte - Gegenleistung bereitzustellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt, BB 2016, S. 2179-2187
- Grübler, Ulrike*, Digitale Güter und Verbraucherschutz, Baden-Baden/Halle-Wittenberg, 01.01.2010 (zitiert als: *Grübler*, Digitale Güter)

- Grützmacher, Malte*, Gebrauchtssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, S. 549-556
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Mayer, Jörg*, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, Stand: 1.8.2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK-BGB)
- Habermann, Norbert/Honsell, Heinrich/Kannowski, Bernd/Roth, Herbert/Staudinger, Julius von/Albrecht, Karl-Dieter, J. von Staudingers* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger-BGB)
- Haberstumpf, Helmut*, Der Handel mit gebrauchter Software im harmonisierten Urheberrecht, Warum der Ansatz des EuGH einen falschen Weg zeigt, CR 2012, S. 561-572
- Haedicke, Maximilian*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, Forderungen, Immaterialgüterrechte und sonstige Gegenstände als Kaufobjekte und das reformierte Schuldrecht, 2003 (zitiert als: *Haedicke*, Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung)
- Hansen, Hauke/Struwe, Dario*, Anmerkung zu OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 4.12.2014 und Beschluss vom 24.3.2015 – 10 U 5/11, MMR 2015, S. 744-745
- Härting, Niko*, Digital Goods und Datenschutz – Daten sparen oder monetarisieren, Die Reichweite des vom DinHRL-E erfassten Geschäftsmodells, CR 2016, S. 735-740
- Härting, Niko/Schneider, Jochen*, Das Ende des Datenschutzes – es lebe die Privatsphäre, Eine Rückbesinnung auf die Kern-Anliegen des Privatsphärenschutzes, CR 2015, S. 819-827
- Hartmann, Thomas*, Weiterverkauf und "Verleih" online vertriebener Inhalte, Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11 – UsedSoft ./ Oracle, GRUR-Int. 2012, S. 980-989
- Hauck, Ronny*, Gebrauchthandel mit digitalen Gütern, NJW 2014, S. 3616-3619
- Heidel, Thomas/Hüfstege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich*, Allgemeiner Teil, EGBGB, 3. Auflage, 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: NK-BGB AT)
- Heiderhoff, Bettina*, Die Wirkung der AGB des Internetauktionators auf Kaufverträge zwischen den Nutzern, ZIP 2006, S. 793-798

- Herbst, Reimer*, Die rechtliche Ausgestaltung der Lizenz und ihre Einordnung in das System des bürgerlichen Rechts, 1968 (zitiert als: *Herbst, Lizenz*)
- Hermes, Kai*, Games: Aktuelle Rechtsfragen zum Handel mit virtuellen Gegenständen, GRUR-Prax 2013, S. 400-402
- Herzog, Ralf*, Handel mit gebrauchter Software, 2009 (zitiert als: *Herzog, Gebrauchte Software*)
- Heussen, Benno*, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen, GRUR 1987, S. 779-792
- Heussen, Benno*, Unvermeidbare Softwarefehler, Neue Entlastungsmöglichkeiten für Hersteller, CR 2004, S. 1-10
- Heydn, Truiken*, Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht, Eine grundsätzliche Betrachtung, CR 2010, S. 765-776
- Heydn, Truiken*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 12.10.2016 – C-166/15, MMR 2017, S. 22-24
- Hilty, Reto*, Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft, Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, S. 3-15
- Hilty, Reto*, Die Rechtsnatur des Softwarevertrags, CR 2012, S. 625-637
- Hoeren, Thomas*, in: Bork, Reinhard/Hoeren, Thomas/Pohlmann, Petra (Hrsg.), Recht und Risiko, Festschrift für Helmut Kollhasser zum 70. Geburtstag, 2004 (zitiert als: *Hoeren*, in: FS Kollhasser)
- Hoeren, Thomas*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software, Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, S. 665-673
- Hoeren, Thomas/Försterling, Matthias*, Onlinevertrieb "gebrauchter" Software, Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung "UsedSoft", MMR 2012, S. 642-647
- Janal, Ruth*, Die AGB-Einbeziehung im "M-Commerce", NJW 2016, S. 3201-3205
- Jandt, Silke/Roßnagel, Alexander*, Social Networks für Kinder und Jugendliche, Besteht ein ausreichender Datenschutz, MMR 2011, S. 637-642
- Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug); Kommentar, 17. Auflage, 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Jauernig-BGB)

- Junker, Abbo*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992, NJW 1993, S. 824-832
- Kannowski, Bernd/Jan-Niklas, Till*, Der In-App-Kauf als neuer Vertragstyp, NJOZ 2017, S. 522-526
- Keppeler, Lutz Martin/Berning, Wilhelm*, Technische und rechtliche Probleme bei der Umsetzung der DS-GVO-Löschpflichten, Anforderungen an Löschkonzepte und Datenbankstrukturen, ZD 2017, S. 314-319
- Kilian, Matthias*, Wandel des juristischen Arbeitsmarktes – Wandel der Juristenausbildung?, Zukunftsherausforderungen der Rechtswissenschaft als Professionswissenschaft, AnwBl 2016
- Kilian, Wolfgang*, Idee und Wirklichkeit der Rechtsinformatik in Deutschland, CR 2017, S. 202-212
- Kirn, Stefan/Müller-Hengstenberg, Claus*, Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?, NJW 2017, S. 433-438
- Klawitter, Christian*, Lizenzverträge und Kartellrecht, Kommentierte Darstellung der Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer, 2. Auflage, 2015 (zitiert als: *Klawitter*, Lizenzverträge und Kartellrecht)
- Klein, Urs Albrecht/Datta, Amit*, Vertragsstrukturen beim Erwerb kostenloser Apps, Der App-Anbieter als Vertragspartner des Nutzers, CR 2016, S. 587-590
- Klein, Urs Albrecht/Datta, Amit*, Kostenlose Apps – eine vertragsrechtliche Analyse, Warum werbefinanzierte Gratis-Apps nicht verschenkt werden, CR 2017, S. 174-181
- Koch, Frank A.*, Auswirkungen des EuGH-Urteils zum Gebrauchtssoftwarehandel auf das Urheberrecht – Teil 1, Zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Online-Überlassung von Software, ITRB 2013, S. 9-17
- Koch, Frank A.*, Auswirkungen des EuGH-Urteils zum Gebrauchtssoftwarehandel auf das Urheberrecht – Teil 2, Zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei Online-Überlassung von Software, ITRB 2013, S. 38-41
- Koglin, Olaf*, Opensourcerecht, 2007 (zitiert als: *Koglin*, Opensourcerecht)
- König, Michael*, Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung, NJW 1990, S. 1584-1586

- König, Michael*, Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf, NJW 1993, S. 3121-3124
- Krasemann, Henry*, Spielwiese für Juristen, MMR 2006, S. 351-357
- Kremer, Sascha*, Vertragsgestaltung APPS, CR 2011, S. 769-776
- Kremer, Sascha*, in: Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage, 2016 (zitiert als: *Kremer*, in: Handbuch IT-Recht)
- Kremer, Sascha/Hoppe, Axel/Kamm, Kristof*, Apps und Kartellrecht, CR 2015, S. 18-26
- Kreße, Bernhard*, Vertragsschluss bei der Internetauktion und Geltung der Auktionshaus-AGB im Marktverhältnis, NJ 2015, S. 448-454
- Krüger, Stefan/Biehler, Manuel/Apel, Simon*, Keine "Used Games" aus dem Netz, Unanwendbarkeit der "UsedSoft"-Entscheidung des EuGH auf Videospiele, MMR 2013, S. 760-765
- Kubach, Laura*, Musik aus zweiter Hand – ein neuer digitaler Trödelmarkt?, Zur Zulässigkeit eines Weiterverkaufs digitaler Musik nach dem EuGH-Urteil „UsedSoft“, CR 2013, S. 279-284
- Kunick, James/Patzak, Andrea*, Issues to Consider When Licensing US Software in Germany, CRi 2007, S. 1-7
- La Durantaye, Katharina de/Kuschel, Linda*, Der Erschöpfungsgrundsatz - Josef Kohler, UsedSoft, and Beyond, ZGE 2016, S. 195-217
- Lachenmann, Matthias*, K&R Kommentar, Anmerkung zu LG Frankfurt, K u. R 2013, S. 505-506
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Auflage, 1994 (zitiert als: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Bd. 2)
- Leenen, Detlef*, Typus und Rechtsfindung, Berlin, 1971 (zitiert als: *Leenen*, Typus und Rechtsfindung)
- Leistner, Matthias*, Segelanweisungen und Beweislastklippen: eine problemorientierte Stellungnahme zu BGH-Urteil UsedSoft II, wrp 2014, S. 995-1003
- Lejeune, Mathias*, Softwarevertrieb über Distributoren, ITRB 2014, S. 234-239
- Lejeune, Mathias*, Anmerkung BGH: Mietvertragliche Rechtsnatur des ASP-Vertrags, BGH, Urt. vo 15.11.2006 - XII ZR 120/04, CR 2007, S. 75-79
- Leupold, Andreas/Glossner, Silke/Braun, Jens-Daniel (Begr.)*, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Auflage, 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Leupold/Glossner/Braun, IT-Recht)

- Lober, Andreas/Weber, Olaf*, Money for Nothing?, Der Handel mit virtuellen Gegenständen und Charakteren, MMR 2005, S. 653-660
- Loewenheim, Ulrich*, Software aus zweiter Hand, in: Schierholz, Anke/Melichar, Ferdinand (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag, 2012 (zitiert als: *Loewenheim*, in: FS Pfennig)
- Lutz, Holger*, Softwarelizenzen und die Natur der Sache, 2009 (zitiert als: *Lutz*, Softwarelizenzen)
- Malevanny, Nikita*, Die UsedSoft-Kontroverse: Auslegung und Auswirkung des EuGH-Urteils, CR 2013, S. 422-427
- Malzer, Hans Michael*, Der Softwarevertrag, 1991 (zitiert als: *Malzer*, Softwarevertrag)
- Mankowski, Peter*, Apps und fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht, Neues und altes Fernabsatzrecht sowie Initiative der Länderverbraucherschutzminister, CR 2013, S. 508-515
- Mansel, Heinz-Peter/Thorn, Karsten/Wagner, Rolf*, Europäisches Kollisionsrecht 2008: Fundamente der Europäischen IPR-Kodifikation, IPrax 2009, S. 1-23
- Marly, Jochen*, Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB, BB 1991, S. 432-436
- Marly, Jochen*, Der Handel mit Gebrauchtssoftware, Das Urteil fällt und alle Fragen offen – zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/09 – UsedSoft II, CR 2014, S. 145-150
- Marly, Jochen*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, Urheberrecht, Patentrecht, Pflichtverletzungen, Vertragsgestaltung, allgemeine Geschäftsbedingungen, 7. Auflage, 2018 (zitiert als: *Marly*, Softwarerecht)
- Marly, Jochen/Jobke, Nils*, Anmerkung BGH: Softwareüberlassung im ASP-Vertrag hat grundsätzlich mietvertraglichen Charakter, Zur Rechtsnatur der Softwareüberlassung im Rahmen eines ASP-Vertrages, LMK 2007, S. 209583
- Martinek, Michael/Semler, Franz-Jörg/Flohr, Eckhard*, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage, 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Martinek/Semler/Flohr, Vertriebsrecht)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman*, Grundgesetz, Kommentar, 2009 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig)
- McGuire, Mary-Rose*, Die Lizenz, Eine Einordnung in die Systemzusammenhänge des BGB und des Zivilprozessrechts, 2012 (zitiert als:

- McGuire*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums)
- McGuire, Mary-Rose/Kunzmann, Jens*, Sukzessionsschutz und Fortbestand der Unterlizenz nach "M2Trade" und "Take Five" – ein Lösungsvorschlag, GRUR 2014, S. 28-35
- Mehring, Josef*, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, S. 1904-1909
- Metzger, Axel*, Dienst gegen Daten, Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 2016, S. 817-865
- Meyer, Susanne*, Gratisspiele im Internet und ihre minderjährigen Nutzer, NJW 2015, S. 3686-3691
- Michael Kroker, So viele Programmierzeilen hat Software: Von der iPhone App über Windows bis Facebook 2013, abrufbar im Internet: <http://blog.wiwo.de/look-at-it/2013/12/13/so-viele-programmierzeilen-hat-software-von-der-iphone-app-uber-windows-bis-facebook/> (Stand: 21.11.2018)
- Moritz, Hans-Werner*, Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?, CR 1994, S. 257-263
- Müller-Hengstenberg, Claus*, Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, S. 3128-3134
- Müller-Hengstenberg, Claus/Kirn, Stefan*, Vertragscharakter des Application Service Providing-Vertrags, NJW 2007, S. 2370-2373
- Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, 3. Auflage, 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: 2013)
- Mustervorschriften für den Schutz von Computerprogrammen, GRUR-Int. 1978, S. 286-291
- Neuber, Michael*, Online-Erschöpfung doch nur für Software?, wrp 2012, S. 1274-1279
- Nicklisch, Fritz*, Der komplexe Langzeitvertrag, Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit = The complex long-term contract, 1987 (zitiert als: *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag)
- Nolden, Christoph*, Das Abstraktionsprinzip im urheberrechtlichen Lizenzverkehr, 2005 (zitiert als: *Nolden*, Abstraktionsprinzip)
- Oberhem, Carolina*, Vertrags- und Haftungsfragen beim Vertrieb von Open-Source-Software, 2008 (zitiert als: *Oberhem*, Open-Source Software)
- Oechsler, Jürgen*, in: Beckmann, Roland Michael/Busche, Jan/Coster, Michael/Staudinger, Julius von (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts,

6. Auflage, 2018 (zitiert als: *Oechsler*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts)
- Ohly, Ansgar*, Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet, Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II, GRUR 2012, S. 983-992
- Pahlow, Louis*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006 (zitiert als: *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag)
- Pahlow, Louis*, Lizenzen als handelbare Güter? , Nutzungsrecht und Nutzungsgegenstand im Softwarerecht, ZGE 2016, S. 218-238
- Palandt, Otto/Bassenge, Peter (Begr.)*, Palandt, Mit Nebengesetzen, insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom-I-, Rom-II- und Rom-III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB- Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 77. Auflage, 2018 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Palandt)
- Peintinger, Stefan*, Widerrufsrecht beim Erwerb digitaler Inhalte, Praxisvorschläge am Beispiel des Softwarekaufs unter Berücksichtigung von SaaS-Verträgen 2016, S. 3-8
- Petershagen, Jörg*, Augen auf beim Internetverkauf – Auktionsabbruch nach alten und neuen eBay-AGB, Was von der Rechtsprechung geklärt und wo Streitpotential verblieben ist, CR 2015, S. 589-595
- Pfeiffer, Thomas*, Von Preistreibern und Abbruchjähgern, Rechtschäftslehre bei Online-Auktionen, NJW 2017, S. 1437-1440
- Pres, Andreas*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Eine juristische und ökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Juni 1993, 1994 (zitiert als: *Pres*, Softwarelizenzverträge)
- Ranke, Johannes*, M-Commerce – Einbeziehung von AGB und Erfüllung von Informationspflichten, MMR 2012, S. 509-515
- Rath, Michael/Maiworm, Christoph*, Weg frei für Second-Hand-Software?, EuGH, Urteil vom 03.07.2012 – C 128/11 ebnet Handel mit gebrauchter Software, wrp 2012, S. 1051-1055

- Raue, Benjamin*, "Kostenpflichtig bestellen" – ohne Kostenfalle?, Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, MMR 2012, S. 438-443
- Raue, Benjamin*, Haftung für unsichere Software, NJW 2017, S. 1841-1846
- Rauer, Nils/Ettig, Diana*, Verkehrsfähigkeit von E-Books und anderen digitalen Werken, GRUR-Prax 2015, S. 202-204
- Redeker, Helmut*, Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?, NJW 1992, S. 1739-1740
- Redeker, Helmut*, Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, S. 2917-2926
- Redeker, Helmut*, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt, Was eigentlich übertragen wird und weitergegeben werden darf, CR 2014, S. 73-78
- Redeker, Helmut*, IT-Recht, 6. Auflage, 2017 (zitiert als: *Redeker, IT-Recht*)
- Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander*, Urheberrecht, Ein Studienbuch, 18. Auflage, 2018 (zitiert als: *Rehbinder/Peukert, Urheberrecht*)
- Rolfs, Christian/Kreiebohm, Ralf/Giesen, Richard/Udsching, Peter*, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 44. Edition 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK-ArbR)
- Rössel, Markus*, Transparenzgebote im M-Commerce AGB-Einbeziehung und Informationspflichten, ITRB 2006, S. 235-239
- Roth, Hans-Peter*, Eine unendliche Geschichte: Der Handel mit gebrauchter Software, Auswirkungen und Konsequenzen der Rechtsprechung im UsedSoft-Streit, wrp 2015, S. 1303-1311
- Roth-Neuschild, Birgit*, in: Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage, 2016 (zitiert als: *Roth-Neuschild*, in: Handbuch IT-Recht)
- Rudkowski, Lena/Werner, Deborah*, Neue Pflichten für Anbieter jenseits der "Button-Lösung", Paid Content-Verträge nach der Verbraucherrechte-Richtlinie, MMR 2012, S. 711-715
- Sabellek, André/Heinemeyer, Dennis*, Widerrufsrecht beim Kauf virtueller Gegenstände, CR 2012, S. 719-725
- Säcker, Franz/Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Gesetzeskommentar, Bd. 1, 7. Auflage, 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 1)

- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.)*, Münchener Gesetzeskommentar, Bd. 2, 7. Auflage, 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 2)
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.)*, Münchener Gesetzeskommentar, Bd. 3, 7. Auflage, 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3)
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.)*, Münchener Gesetzeskommentar, Bd. 6, 7. Auflage, 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB Bd. 6)
- Schack, Haimo*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639-645
- Schenk, Sopia von/Mueller-Stöfen, Tilmann*, Die Datenschutz-Grundverordnung: Auswirkungen in der Praxis, GWR 2017, S. 171-179
- Schlewing, Anja*, Vertragsgestaltung, Auslegung, Unklarheitenregel, geltungserhaltende Reduktion, blue-pencil-Test, ergänzende Vertragsauslegung und Verweisklauseln, NZA-Beil. 2012, S. 33-41
- Schmidt-Kessel, Martin*, Verträge über digitale Inhalte, Einordnung und Verbraucherschutz, K u. R 2014, S. 475-483
- Schneider, Jochen*, Spätfolgen der UsedSoft-Entscheidung, Wie sieht die Softwarelizenz 2020 aus? Vorschläge zur Überlassung von Standardsoftware, ITRB 2014, S. 120-123
- Schneider, Jochen*, Software als handelbares verkehrsfähiges Gut - "Volumen-Lizenzen" nach BGH, Die Verkehrsfähigkeit als Maßstab für Erschöpfung, Lizenzen und Aufspaltbarkeit, CR 2015, S. 413-423
- Schneider, Jochen/Spindler, Gerald*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, Das Urteil des EuGH vom 3.7.2012 – Rs. C-128/11 – „UsedSoft“ Gebrauchte Software, CR 2012, S. 489-498
- Schneider, Jochen/Spindler, Gerald*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei "gebrauchter" Software im Praxistext, Der Umgang mit dem unabdingbaren Kern als Leitbild für Softwareüberlassungs-AGB und andere praxisrelevante Aspekte aus BGH, Urt. v. 17.7.2013 - I ZR 129/08 - UsedSoft II, CR 2014, 168 ff., CR 2014, S. 213-223
- Scholz, Jochen*, Sind "Lizenzen" kündbar?, Beendigung der Nutzungsrechtseinräumung bei Softwareüberlassung, ITRB 2012, S. 162-165
- Schriek, Michael*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, Eine kritische Analyse rechtlicher Transparenzfordernisse, 2006 (zitiert als: *Schriek, M-Commerce*)

- Schulze, Gernot*, Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets, NJW 2014, S. 721-726
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 9. Auflage, 2017 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hk-BGB)
- Schumacher, Michael*, Apps als Kreditsicherheit, BKR 2016, S. 53-59
- Seitz, Stephan*, "Gebrauchte" Softwarelizenzen, Münster/Regensburg, 01.01.2010 (zitiert als: *Seitz*, "Gebrauchte" Softwarelizenzen)
- Senfleben, Martin*, Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld, Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag?, NJW 2012, S. 2924-2927
- Solmecke, Christian/Taeger, Jürgen/Feldmann, Thorsten/Denker, Christian*, Mobile Apps, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen, 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Solmecke/Taeger/Feldmann, Mobile Apps)
- Spindler, Gerald*, Digitale Wirtschaft – analoges Recht: Braucht das BGB ein Update, JZ 2016, S. 805-816
- Spindler, Gerald*, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze, Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, S. 147-153
- Spindler, Gerald*, Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität, CR 2016, S. 219-224
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian/Döpfkens, Harm-Randolf*, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 3. Auflage, 2015 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Recht der elektronischen Medien)
- Spindler, Gerald/Thorun, Christian/Blom, Annelies G.*, Die Evaluation der Button-Lösung, Ergebnisse einer empirischen Studie, MMR 2015, S. 3-7
- Stichtenoth, Jonas*, Softwareüberlassungsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K u. R 2003, S. 105-110
- Stieper, Malte*, Vorzeitige Beendigung einer eBay-Auktion, Ausgestaltung von Willenserklärungen durch AGB als Herausforderung für die Rechtsgeschäftslehre, MMR 2015, S. 627-631
- Stieper, Malte/Henke, Hannes*, Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes beim isolierten Verkauf von Produktschlüsseln, Neues vom Handel mit Softwarelizenzen, NJW 2015, S. 3548-3551
- Stiftung Warentest, Viel zu verlieren, Spiele Apps, Stiftung Warentest 7/2017, S. 26-32

- Stoffels, Markus*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, 2001 (zitiert als: *Stoffels*, Schuldverträge)
- Stöhr, Alexander*, Das BGB im digitalen Zeitalter, ZIP 2016, S. 1468-1474
- Strenkert, Andreas*, Die Beendigung des Lizenzvertrags, Berlin/Regensburg, 01.01.2011 (zitiert als: *Strenkert*, Beendigung des Lizenzvertrags)
- Stumpf, Herbert/Groß, Michael/Stumpf-Groß*, Der Lizenzvertrag, 8. Auflage, 2005 (zitiert als: *Stumpf/Groß u.a.*, Lizenzvertrag)
- Stürner, Michael*, Vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, JA 2017, S. 171-178
- Sutschet, Holger*, Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet, Bid Shielding, Shill Bidding und Mr. Noch Unbekannt, NJW 2014, S. 1041-1046
- Telang, Rahul/Garg, Rajiv*, ESTIMATING APP DEMAND FROM PUBLICLY AVAILABLE DATA, 2011
- Terhaag, Michael/Telle, Sebastian*, Immaterielle Erschöpfung – Gibt es den virtuellen Flohmarkt für Multimediadateien?, Zur Frage, ob Unternehmen die Weitergabe angebotener Downloads rechtlich einschränken können, K u. R 2013, S. 549-553
- Ulmer, Detlef/Hoppen, Peter*, Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Europa gibt die Richtung vor, Zu Voraussetzungen und Umfang der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, ITRB 2012, S. 232-239
- Vianello, Mirko*, Handel mit gebrauchter Software für Schüler, Studenten und Lehrkräfte, Die aktuelle Rechtsprechung des BGH, MMR 2012, S. 139-144
- Vieweg, Klaus/Werner, Almuth*, Sachenrecht, 8. Auflage, 2018 (zitiert als: *Vieweg/Werner*, Sachenrecht)
- Vinje, Thomas/Marsland, Vanessa/Gärtner, Anette*, Software Licensing After Oracle v. UsedSoft, Implication of Oracle v. UsedSoft (C-128/11) for European copyright law, CRi 2012, S. 97-102
- Wagner, Tobias/Zenger, Ralph*, Vertragsschluss bei eBay und Angebotsrücknahme, Besteht ein "Loslösungsrecht" vom Vertrag contra legem?, MMR 2013, S. 343-348

- Wandtke, Artur-Axel*, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, Diskussion des "Warencharakters" von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht, MMR 2017, S. 6-12
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried/Block, Ulrich*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, 2014 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger)
- Weisser, Ralf/Färber, Claus*, Weiterverkauf gebrauchter Software - Used-Soft-Rechtsprechung und ihre Folgen, Erschöpfungsgrundsatz und Schutz der Softwarehersteller, MMR 2014, S. 364-367
- Wendehorst, Christiane*, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, S. 2609-2613
- Westphalen, Friedrich von/Thüsing, Gregor/Drettmann, Fritz (Hrsg.)*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2015. Auflage, 2016 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht un AGB-Klauselwerke)
- Wolf, Manfred/Lindacher Walter F./Pfeiffer, Thomas*, AGB-Recht, Kommentar, 6. Auflage, 2013 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: AGB-Recht)
- Würdinger, Markus*, Das Ziel der Gesetzesauslegung – ein juristischer Klassiker und Kernstreit der Methodenlehre, JuS 2016, S. 1-6