

Ivo Bach

Server- und Infrastrukturzugänglichkeit als Qualität

Schmidt-Kessel/Kramme (Hrsg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, JWV 2017, S. 223-240

I. Einführung	224
II. Serverausfall als Vertragswidrigkeit	225
1. Grundlagen	225
2. Der relevante Zeitpunkt	228
3. Die „Störung der Geschäftsgrundlage“ als Ausweg	233
III. Rechtsfolgen der Vertragswidrigkeit	235
1. Unter der Richtlinie	235
2. Unter dem BGB	237
IV. Rekurs: Maßstab einer Störung der Geschäftsgrundlage	238
V. Exkurs: Unzureichende Internetanbindung des Verbrauchers	238

[↑ JWV 2017, 223 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 224 ↓](#)

I. Einführung

Weihnachten 2014 war für viele Kinder wohl das schlimmste Weihnachten aller Zeiten: Hacker legten die Server von Playstation und Xbox lahm. Das bedeutete für viele, dass die neue Xbox, die gerade frisch unterm Weihnachtsbaum gelegen hatte, nicht funktionierte.¹ Zur Erklärung: Die Xbox ist eigentlich eine ganz normale Spielekonsole. Sie funktioniert offline. Man schließt sie an den Fernseher an, steckt ein Spiel hinein und kann loslegen. Aber – und das war Weihnachten 2014 das große Problem – vor dem ersten Spiel muss man die Xbox einmal online auf den Servern von Microsoft registrieren. Ohne Registrierung keine Nutzungsmöglichkeit – und ohne Zugang zu den Microsoft-Servern keine Registrierung!

Der Hintergrund dieses Registrierungserfordernisses ist übrigens ganz interessant: Ursprünglich sollte die Xbox wohl mit einem Online-Zwang ausgestattet werden, also nur in Verbindung mit den Microsoft-Servern funktionieren. Diese Pläne haben jedoch einen solch großen Sturm der Entrüstung ausgelöst, dass Microsoft sie kurz vor der Markteinführung zurückzog.² Allerdings erfolgte der Rückzug wohl derart kurzfristig, dass man die Firmware nicht mehr umstellen konnte. Die Konsole ist also ab Werk eigentlich mit dem ursprünglich geplanten Online-Zwang ausgestattet – und die

Registrierung auf den Microsoft-Servern dient in erster Linie wohl dazu, diesen Online-Zwang abzuschalten.³

Für die Konsole selbst gibt es also gewissermaßen nur einen einmaligen Online-Zwang, aber keinen dauerhaften. Einige Spiele der Xbox – und übrigens genauso einige Spiele der Playstation – sind aber tatsächlich mit solch einem dauerhaften Online Zwang ausgestattet. Ein Beispiel ist das Spiel „Star Wars Battlefront“ (das es für beide Konsolen gibt). Hier genügt wohl zum einen die Rechenleistung und/oder die Speicherkapazität der Konsole nicht, so dass einige Vorgänge auf die Server des jeweiligen Konsolenherstellers (also Microsoft bzw. Sony) ausgelagert werden. Zum anderen ist es ein sog. Multi-Player-Game;

[↑ JWV 2017, 224 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 225 ↓](#)

man spielt es also gegen andere Spieler – und die Vernetzung der Spieler untereinander findet auf den Servern des Konsolenherstellers statt.⁴

Und natürlich gibt es außerhalb des Bereichs von Spielekonsolen ganz vielfältige Fälle von Online-Zwang. Ein Fall sind die sog. Online-Spiele (wie bspw. „World of Warcraft“), die der Verwender von vornherein nicht (jedenfalls nicht vollständig) auf der eigenen Festplatte liegen hat, sondern online auf den Servern des Herstellers spielt. Hierzu schließt er ein Abonnement ab und zahlt eine monatliche Gebühr. Weitere Fälle sind zum einen das Streaming von Musik und Filmen und zum anderen natürlich die ganzen „digitalen Dienstleistungen“, also beispielsweise Cloud-Services, soziale Netzwerke und Webhosting.

Wir haben also drei Fallgestaltungen. Fall 1: Eine Konsole (oder allgemeiner: eine Hardware) muss einmalig online aktiviert werden; Fall 2: Ein Spiel (oder allgemeiner: ein digitaler Inhalt) wird auf einem körperlichen Datenträger verkauft, kann aber nur unter Rückgriff auf die Server des Anbieters genutzt werden. Und Fall 3: Ein digitaler Inhalt kann *von vornherein* nur online auf den Servern des Anbieters genutzt werden. In all diesen Fällen stellt sich die Frage danach, ob und inwieweit die Zugänglichkeit dieser Server als vertraglich geschuldete Qualität der „Kaufsache“ (bewusst in Anführungsstrichen) zu werten ist, inwieweit ein Breakdown der Server also eine Vertragswidrigkeit darstellt.

II. Serverausfall als Vertragswidrigkeit

1. Grundlagen

a) Fall 3

Am einfachsten ist diese Frage für Fall 3 zu beantworten bzw. genauer: am einfachsten wird diese Frage für Fall 3 zu beantworten sein, wenn die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL) verabschiedet, in Kraft getreten und ins deutsche Recht umgesetzt sein wird. Denn in Art. 6 Abs. 1 lit. a des Richtlinienentwurfs (DIRL-E)⁵, der die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte zum Gegenstand hat, ist die Zugänglichkeit ausdrücklich er-

[↑ JWV 2017, 225 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 226 ↓](#)

wähnt: „Die digitalen Inhalte sind 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 [...] ergeben.“ Hier lautet die Antwort also: ja, Zugänglichkeit ist eine Qualität (bzw. streng genommen: Zugänglichkeit ist zwar keine Qualität, aber ein sonstiges der Qualität gleichgestelltes Leistungsmerkmal).

Und auch nach dem bisherigen deutschen Recht hat der Verwender in Fall 3 selbstverständlich einen Anspruch darauf, dass er auf die Server des Anbieters zugreifen kann. Ein solcher Vertrag über die Nutzungsmöglichkeit eines digitalen Inhalts im Internet ist als Mietvertrag einzustufen;⁶ und bei einem Mietvertrag trifft den Vermieter nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB die Pflicht, dem Mieter während der Vertragsdauer den Gebrauch des Mietgegenstands zu überlassen. Für digitale Inhalte bedeutet das: Der Anbieter muss sicherstellen, dass der Verwender aus dem Netz auf die Server zugreifen kann.

Ist ein solcher Zugriff nicht möglich, weil der Server des Anbieters ausfällt, liegt darin eine Vertragsverletzung des Anbieters. Zwar handelt es sich dabei m.E. streng genommen nicht um einen *Qualitätsmangel* der Mietsache, sondern um eine vorübergehende Nichtleistung. Das Ergebnis ist aber natürlich dasselbe: Für die Zeit des Serverausfalls entfällt die Zahlungspflicht des Verwenders. Dazu später mehr.⁷

b) Fall 2

Etwas schwieriger wird es bei Fall 2, also dann, wenn der Verwender einen digitalen Inhalt zwar auf einem körperlichen Datenträger kauft, ihn aber nur in Verbindung mit den Servern des Herstellers (= Anbieters) nutzen kann. Auch dieser Fall fällt in den Anwendungsbereich der neuen Richtlinie, auch in diesem Fall gilt also die Zugänglichkeit

[↑ JWV 2017, 226 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 227 ↓](#)

als „sonstiges Leistungsmerkmal“. Allerdings taucht hier ein gewisses sprachliches Problem auf: Die Zugänglichkeit bezieht sich auf den digitalen Inhalt, und der ist ja eigentlich gut zugänglich: Er befindet sich auf dem Datenträger, der wiederum im Besitz des Verwenders ist. Unzugänglich ist gewissermaßen nur ein Hilfsmittel, das notwendig ist, um den Digitalen Inhalt nutzen zu können.

Nun kann vom Ergebnis her kein Zweifel bestehen, dass dann, wenn zwar die „Kaufsache“ selbst zugänglich ist, ein Hilfsmittel für ihre Nutzung aber nicht zur Verfügung steht, insgesamt betrachtet eine Vertragsverletzung seitens des Anbieters vorliegt. Auch die Richtlinie sieht das natürlich so: Gem. Art. 6 Abs. 2 DIRM muss sich der digitale Inhalt „für Zwecke eignen, für die digitale Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden“. Ein Spiel muss also gespielt werden können. Wiederum gilt also: Die Serverzugänglichkeit ist zwar streng genommen keine „Qualität“ des Spiels, die mangelnde Zugänglichkeit stellt aber eine Vertragsverletzung dar.

Und dasselbe gilt auch wieder im deutschen Recht: Hier wäre in Fall 2 nicht mehr von einem Miet-, sondern von einem Kaufvertrag auszugehen.⁸ Ob und unter welchen

Voraussetzungen eine Kaufsache als mangelhaft einzustufen ist, bestimmt § 434 BGB. Und auch diese Vorschrift sieht vor, dass sich die Kaufsache – hier also das Spiel auf dem Datenträger – zur gewöhnlichen Verwendung eignen muss (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB).

c) Fall 1

Dasselbe gilt letztlich auch für meinen Fall 1, also den Fall des Kaufs einer *Spielekonsole*. Auch hier würde man einen Serverausfall im deutschen Recht als Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB einstufen können.

Und auch hier würde man unter der Richtlinie dasselbe Ergebnis nach deren Art. 6 Abs. 2 erzielen – wenn die Richtlinie denn anwendbar

[↑ JWV 2017, 227 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 228 ↓](#)

wäre. Das ist sie aber gem. Art. 3 Abs. 3 DIRM nur für digitale Inhalte und gerade nicht für die Hardware.⁹

2. Der relevante Zeitpunkt

a) Grundsatz: Zeitpunkt der Übergabe bzw. Bereitstellung

Jetzt möchte ich Sie aber zunächst einmal auf ein gravierendes Problem aufmerksam machen, dass sich sowohl in Fall 1 als auch in Fall 2 – und sowohl im deutschen Recht als auch unter der Richtlinie – stellt. Es ist ein zeitliches Problem: Der relevante Zeitpunkt für die Frage, ob ein Sachmangel vorliegt oder nicht, ist derjenige der Bereitstellung bzw. der Übergabe des digitalen Inhalts. Das findet sich in der Richtlinie in Art. 10 lit. b normiert. Im deutschen Recht steht es in § 434 BGB (abgestellt wird hier auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs und dieser Gefahrübergang findet im Normalfall bei Übergabe der Kaufsache statt, § 446 S. 1 BGB).

Als der Weihnachtsmann die Xbox am 23. Dezember 2014 im Media Markt gekauft hat, waren die Server von Microsoft nun aber noch völlig intakt, die Konsole hätte also ohne weiteres in Betrieb genommen werden können. Der Serverausfall ereignete sich erst am 24. oder 25. Dezember. Mit anderen Worten: Zum relevanten Zeitpunkt hatte die Konsole die geschuldete Qualität; es lag also kein Sachmangel vor. Der Verkäufer hat seine vertragliche Pflicht voll erfüllt. Dasselbe gilt natürlich für das Spiel „Star Wars Battlefront“, das der Weihnachtsmann im Media Markt gleich mitbesorgt und neben die Konsole unter den Weihnachtsbaum gelegt hatte.

Nun werden Sie mir wahrscheinlich alle darin zustimmen, dass dieses Ergebnis merkwürdig anmutet. Ich kaufe eine Konsole oder ein Spiel, dass man nur unter Rückgriff auf die Server des Herstellers nutzen kann, diese Server geben einen Tag nach dem Kauf für immer den Geist auf – und das soll nicht als Vertragsverletzung einzustufen sein? Ich soll das Spiel nicht zurückgeben und mein Geld heraus verlangen können? Aber in der Tat: Auf geradem Weg besteht diese Möglichkeit wohl tatsächlich nicht. Das Gesetz bietet aber glücklicherweise immer wieder die Möglichkeit, *auf Umwegen* zu dem als gerecht empfundenen Ziel zu gelangen.

[↑ JWV 2017, 228 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 229 ↓](#)

b) Materielle Aufspaltung des Vertrags als Lösungsmöglichkeit

Unter Geltung der Richtlinie scheint ein solcher Umweg recht leicht zu finden: Es genügt, die Leistungspflicht nicht als punktuell, sondern als dauerhaft einzustufen,¹⁰ und schon löst Art. 10 lit. c DIRM-E das Problem. Danach haftet der Anbieter für „jede Vertragswidrigkeit, die im Laufe eines Zeitraums eintritt, wenn die digitalen Inhalte dem Vertrag zufolge in diesem Zeitraum bereitzustellen sind“.

Ganz so einfach ist es aber natürlich nicht. Zumindest zwei Stolpersteine müssen überwunden werden.

Erstens ist der Kauf des Spiels nun mal ein punktuell Geschäft – und es wäre ganz sicher unbillig, den Verkäufer dauerhaft für „normale“ Mängel an dem Spiel haften zu lassen. Man müsste daher den Vertrag gewissermaßen in zwei Bestandteile aufspalten: einerseits den punktuellen Kauf der Software und andererseits den dauerhaften Zugang zum Server.

Zweitens geht Art. 10 lit. c DIRM-E davon aus, dass die digitalen Inhalte „im Laufe eines Zeitraums“ bereitzustellen sind. Normalerweise heißt das: Der Vertrag läuft über einen bestimmten Zeitraum – eine Stunde, einen Tag, einen Monat, ein Jahr. Es sind also ein Anfangs- und ein Endzeitpunkt bestimmt. Das ist aber natürlich nicht der Fall, wenn jemand ein Spiel auf einem Datenträger kauft; jedenfalls ein Endzeitpunkt wird dann nirgendwo festgelegt. Wollte man hier auf Art. 10 lit. c DIRM-E zurückgreifen, müsste man das letztlich bis in ultimo tun. Hier wird man sich aber wohl mit dem üblichen Rückgriff auf § 157 BGB helfen und schlicht dasjenige als Vertragsinhalt unterstellen können, was nach allgemeiner Verkehrsanschauung erwartet werden kann.

Beide Stolpersteine lassen sich also mit ein wenig gutem Willen überwinden.¹¹

[↑ JWV 2017, 229 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 230 ↓](#)

Dasselbe gilt für das deutsche Recht. Auch hier besteht – mit denselben Stolpersteinen – die Möglichkeit einer Aufspaltung des Vertrags in einen kaufvertraglichen Teil hinsichtlich der Konsole bzw. des Spiels selbst und einen zweiten gesonderten Teil hinsichtlich der Zugänglichkeit des Servers. Im deutschen Recht muss man sich dann zwar immer entscheiden, welchem Typus der betreffende Vertragsteil zuzurechnen ist¹² (der Vertrag über den Zugang zum Server ließe sich entweder als Mietvertrag oder als Dienstvertrag einstufen). Letztlich ist diese Einstufung aber für das Ergebnis zunächst einmal völlig gleichgültig: Jedenfalls handelt es sich um ein sog. Dauerschuldverhältnis; die Zugänglichkeit des Servers ist also dauerhaft geschuldet. Fällt der Server irgendwann innerhalb dieses Zeitraums aus, liegt hierin eine Vertragsverletzung.

Allerdings gibt es – im deutschen Recht ebenso wie unter der Richtlinie – einen dritten Stolperstein, der deutlich größer ist als die beiden anderen und der sich m.E. kaum überwinden lässt. Noch einmal die Situation: Jemand geht in den örtlichen Media Markt und kauft dort eine CD mit dem Spiel „Star Wars Battlefront“ für die Xbox oder die Playstation (das, wie gesagt, nur online unter Nutzung der Server von Microsoft bzw. Sony gespielt werden kann). Will sich Media Markt an dieser Stelle wirklich verpflichten, seinen¹³ Kunden Zugang zu den Servern von Microsoft oder Sony zu

gewähren? Und umgekehrt: Erwartet der Kunde das von Media Markt? Ich meine: Zweimal Nein.

Media Markt möchte sich subjektiv nur zu derjenigen Leistung verpflichten, die er auch selbst erfüllen kann: Übergabe und Übereignung der CD mit dem Spiel. Das Geschäftsmodell von Media Markt ist darauf ausgerichtet, das zu verkaufen, was im Laden steht (Präsenzhandel). Dazu passt es nicht, sich a) zu einer Serviceleistung zu verpflichten, die b) außerhalb des Geschäfts und vor allem c) nicht einmal sofort, sondern dauerhaft bis in ferne Zukunft, zu erfüllen ist.

[↑ JWV 2017, 230 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 231 ↓](#)

Und wenn ich das Ganze aus meiner eigenen Kundenperspektive betrachte, dann *erwarte* ich auch nicht von Media Markt, dass er sich vertraglich verpflichtet, mir Zugang zu den Servern zu gewährleisten. Wenn der Serverzugang nicht funktionierte, würde ich sicherlich nicht in den örtlichen Media Markt gehen und dort darum bitten, Einfluss auf Microsoft bzw. Sony zu nehmen. Ich würde mich direkt an den Kundendienst von Microsoft bzw. Sony wenden.

Ich fasse noch einmal zusammen: Beim Kauf eines Spiels oder einer Konsole, die nur funktioniert, wenn eine Verbindung zu den entsprechenden Servern hergestellt wird, fällt es nicht in das Pflichtenprogramm des Verkäufers, den Zugang zu den Servern bereitzustellen. Wenn die Server also ausfallen, führt das nicht zur Vertragswidrigkeit der Ware. Das bedeutet natürlich auch, dass es auf die Ausgangsproblematik (also den Zeitpunkt der Beurteilung) gar nicht mehr ankommt: Selbst dann, wenn die Server bereits vor dem Kauf ausgefallen waren, liegt keine Vertragsverletzung seitens des Verkäufers vor.

c) Personelle Aufspaltung des Vertrags als Lösungsmöglichkeit

Das wiederum bringt mich zur nächsten Frage: Wenn schon kein Serverzugangsvertrag *mit Media Markt* besteht, der verletzt sein könnte: Besteht dann wenigstens einer mit Microsoft? Diese Frage lässt sich natürlich pauschal kaum beantworten; vieles kommt auf den jeweiligen Einzelfall an. Folgende zwei Überlegungen dürften aber im Regelfall zutreffen.

Erstens: Mit dem Kauf der Sache selbst (also mit dem Kauf des Datenträgers oder der Konsole) kommt kein Vertrag zwischen dem Käufer und dem Anbieter der Serverleistung (also etwa Microsoft oder Sony) zustande. Voraussetzung für einen solchen Vertragsschluss wäre nämlich, dass der Verkäufer (also Media Markt) gem. § 164 BGB als Stellvertreter des Anbieters der Serverleistung aufträte – und das erscheint doch arg konstruiert.

Zweitens: Ein Vertrag kommt aber in aller Regel mit der ersten Anmeldung auf dem Server zustande, also mit der Registrierung der Konsole oder des Spiels. Üblicherweise muss der Verwender zu diesem Zeitpunkt den AGB des Anbieters bzw. einem sog. end-user licen-

[↑ JWV 2017, 231 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 232 ↓](#)

se agreement (EULA)¹⁴ zustimmen.¹⁵ Allerdings sucht man in diesen Klauselwerken vergeblich nach einer Pflicht des Anbieters, dem Verwender dauerhaft einen Zugang zu seinen Servern zu gewährleisten; es findet sich nur ein Recht des Verwenders, die digitalen Inhalte zu nutzen. Aber lässt sich aus diesem Nutzungsrecht des Verwenders eine Pflicht des Anbieters ableiten, seine Server bereitzustellen? Auf den ersten Blick ist man geneigt, das eine als Kehrseite des anderen (und damit als stillschweigend mitvereinbart) anzusehen: Wenn digitale Inhalte nur über die Server des Vertragspartners genutzt werden können, dann impliziert eine Einräumung des Nutzungsrechts, dass die Nutzung möglich ist – sprich: dass die Server für die Dauer des Nutzungsrechts zur Verfügung stehen.

Allerdings besteht hier wieder dasselbe Problem wie oben: Das Nutzungsrecht wird in den Fallgestaltungen 1 und 2 nicht für bestimmte Zeit, sondern auf Dauer gewährt, und es würde sicher zu weit gehen, hieraus eine „ewige Pflicht“ des Herstellers zur Serverbereitstellung abzuleiten. Zwar ist dieses Problem wie gesagt ohne weiteres dadurch in den Griff zu bekommen, dass die Frage der Pflichtdauer anhand der allgemeinen Verkehrsanschauung bestimmt wird.¹⁶ Es zeigt aber, dass das Nutzungsrecht des Verwenders nicht an die Bereitstellungspflicht des Herstellers gekoppelt sein muss. Das spricht gegen eine (stillschweigende) vertragliche Vereinbarung einer solchen Bereitstellungspflicht.

Letztlich ist die Frage nach der vertraglichen Bereitstellungspflicht des Herstellers aber wohl ohnehin müßig. Denn jedenfalls wäre eine solche Pflicht nicht mit einer Gegenleistung (im klassischen Sinne¹⁷) verknüpft:¹⁸ Der Verwender bezahlt dem Anbieter kein Geld! Und das

[↑ JWV 2017, 232 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 233 ↓](#)

bedeutet natürlich: Wenn der Anbieter den Vertrag nicht so erfüllt, wie er es hätte sollen, bekommt der Verwender auch kein Geld zurück.

Was dem Verwender selbstverständlich zustünde, wäre ein Erfüllungsanspruch gegen den Anbieter; er könnte den Zugang zu den Servern also im Ernstfall einklagen. In der Praxis dürfte der Verwender hieran aber regelmäßig kein Interesse haben. In aller Regel will er dann, wenn etwas dauerhaft nicht funktioniert, sein Geld zurück. Hinzu kommt, dass sich der Anbieter wahrscheinlich einer Erfüllungsklage seitens des Verwenders recht einfach dadurch entziehen könnte, dass er den Vertrag beendet. Bei unentgeltlichen Verträgen wie der Leihe¹⁹ oder dem Auftrag²⁰ steht dem Schuldner grundsätzlich das Recht zu, den Vertrag jederzeit zu beenden. Und in den AGB des Anbieters dürfte sich dieses Recht mit ziemlicher Sicherheit auch finden.

Aber wie gesagt: In der Praxis dürfte der Verwender ohnehin selten bis nie an seinem „Erfüllungsanspruch“ interessiert sein, sondern daran, sein Geld zurückzubekommen. Und das hat nun einmal der Verkäufer und nicht der Betreiber des Servers. Der Käufer ist also in einem Dilemma: Er sieht sich zwei unterschiedlichen Parteien gegenüber, von denen die eine sein Geld hat und die andere eigentlich haften müsste.

3. Die „Störung der Geschäftsgrundlage“ als Ausweg

Gibt es einen Weg aus diesem Dilemma heraus? Ich glaube schon. Das BGB enthält nämlich ein Allzweckinstrument, mit dem sich auch diese Konstellation lösen lässt: das Institut des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage. Nach § 313 Abs. 1 BGB kann eine Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn „sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert [haben] und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen [hätten], wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten.“²¹ Und nach Abs. 3 kann statt einer *Vertragsanpassung* eine *Vertragsbeendigung* verlangt werden, wenn „eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar [ist].

Jedenfalls für den Extremfall dürfte § 313 BGB einen Ansatzpunkt bilden. Mit Extremfall meine ich dabei den Fall, dass die Server des

[↑ JWV 2017, 233 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 234 ↓](#)

Anbieters *dauerhaft* ausfallen. Hier wird man davon ausgehen dürfen, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer davon ausgegangen sind, dass die Server mittel- bis langfristig zur Verfügung stehen. Ein Spiel, das nur über die Server des Herstellers betrieben werden kann, würde niemand kaufen, wenn er nicht sicher davon ausgehen könnte, dass die Server auf Dauer zugänglich bleiben. Genauso würde wohl keine redliche Person ein solches Spiel verkaufen.

Im Fall des dauerhaften Serverausfalls bin ich daher der Meinung, dass man von einer Störung der Geschäftsgrundlage ausgehen kann (der Geschäftsgrundlage des Kaufvertrags wohlgemerkt). Der Käufer kann also nach § 313 Abs. 3 BGB – weil eine Vertragsanpassung evident unsinnig wäre – vom Kaufvertrag zurücktreten und sein Geld zurückverlangen.²²

Was aber gilt, wenn die Server nicht dauerhaft ausfallen, sondern nur immer mal wieder für kurze Zeit? Sagen wir: einmal pro Woche für einen halben Tag!? Oder alle zwei Monate für eine Stunde!? Oder einmal im Jahr für 5 Minuten!? Ist das jetzt auch ein Fall für § 313 BGB? Hier kommt der große Vorteil des § 313 BGB ins Spiel: Er ist ungemein flexibel; stufenlos einstellbar sozusagen.

Die Vorschrift hat zunächst einmal zwei Voraussetzungen. Erstens: Gewisse Umstände müssen zur Vertragsgrundlage geworden sein, und sie müssen sich – zweitens – wesentlich geändert haben (oder von Beginn an wesentlich anders gewesen sein als die Parteien gedacht haben). Für Flexibilität sorgt hier ausschließlich die *zweite* Voraussetzung. Die erste ist mehr oder weniger starr: Entweder ein Umstand ist Vertragsgrundlage oder er ist es nicht. Wenn man die dauerhafte Zugänglichkeit des Servers in dem Extremfall des dauerhaften Serverausfalls als Geschäftsgrundlage einstuft, dann muss man das natürlich auch in den weniger schwerwiegenden Fällen tun. Was aber gilt in diesen Fällen für die Voraussetzung, dass sich die Umstände wesentlich geändert haben? Oder anders gefragt: Ab welcher Zeitspanne ist ein Serverausfall

[↑ JWV 2017, 234 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 235 ↓](#)

wesentlich? Und ab welcher Frequenz ist bei wiederkehrenden kurzfristigen Ausfällen von einer Wesentlichkeit auszugehen?

Diese Fragen lassen sich natürlich nicht pauschal beantworten; Vieles hängt vom Einzelfall ab. Grundsätzlich gilt aber sicherlich: Je häufiger es zu Serverausfällen kommt und je länger die einzelnen Ausfälle dauern, umso eher muss man von einer *wesentlichen* Änderung der Umstände ausgehen.

Ganz pauschal wird man aber vor allem Folgendes fordern müssen: Der Maßstab, der bei dieser Frage nach der Wesentlichkeit angelegt wird, sollte sich an demjenigen Maßstab orientieren, den das Gesetz für „echte“ Qualitätsmängel vorsieht. Der Umweg über § 313 BGB soll schließlich nicht dazu führen, dass sich der Käufer schneller vom Vertrag lösen kann, als er es könnte, wenn der Verkäufer selbst Schuldner der Serverzugänglichkeit wäre. Oder anders formuliert: Der Käufer von „Star Wars Battlefront“ und der Abonnent von „World of Warcraft“ sollten Ihr Geld grundsätzlich unter denselben Umständen wiederbekommen.²³

An dieser Stelle möchte ich die Betrachtung der Fälle 1 und 2 daher kurz abbrechen und zu Fall 3 zurückkehren, also dem Fall der reinen Online-Spiele.

III. Rechtsfolgen des Serverausfalls

Wie gesagt ist dort ein Serverausfall ohne weiteres als Vertragswidrigkeit einzustufen. Was aber folgt daraus? Welche Rechtsfolgen sind an diese Vertragswidrigkeit geknüpft? Oder konkreter: Ab wann bekommt der Verwender sein Geld (oder zumindest Teile davon) zurück?

1. Unter der Richtlinie

Die Richtlinie sieht im Fall der Vertragswidrigkeit sowohl den Rücktritt als auch die Minderung als Rechtsfolge vor. Voraussetzung für beide Rechtsbehelfe ist aber im Regelfall, dass der Anbieter den vertragsgemäßen Zustand nicht innerhalb einer angemessenen Frist hergestellt hat (Art. 12 Abs. 3 lit. b i.V.m. Abs. 2 DRL-E).

Das bedeutet: Ein einzelner Serverausfall berechtigt nur dann zum Rücktritt, wenn er länger andauert, als jene „angemessene“ Frist. Ist

[↑ JWV 2017, 235 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 236 ↓](#)

er vor Ablauf der Frist beseitigt, entsteht kein Rücktrittsrecht. Wenn es danach zu einem weiteren Serverausfall kommt, gilt zunächst einmal wieder dasselbe: Der Käufer muss dem Verkäufer wiederum eine angemessene Frist zur Fehlerbehebung gewähren, bevor er zurücktreten darf. Wenn der Server vor Ablauf dieser Frist wieder zur Verfügung steht, steht dem Käufer wiederum kein Rücktrittsrecht zu. Und dasselbe gilt an sich auch bei jedem weiteren Serverausfall. Es kommt also, wenn man das Gesetz beim Wort nimmt, nicht auf die Frequenz der Ausfälle an, sondern auf die Länge jedes einzelnen Ausfalls. Solange sie sich im Rahmen des „Angemessenen“ hält, steht dem Verwender kein Recht zur Minderung oder gar zum Rücktritt zu.²⁴

Interessanterweise hält das deutsche Kaufrecht hier eine Abhilfe bereit: Nach § 440 BGB ist eine Fristsetzung nicht erforderlich, wenn die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist – eine Generalklausel, unter die sich sehr Vieles subsumieren lässt. So wird eine Unzumutbarkeit gemeinhin etwa dann angenommen, wenn der Käufer berechtigterweise sein Vertrauen in die Fähigkeiten des Verkäufers verloren hat, also überspitzt formuliert: bei erwiesenem Dilettantismus des Verkäufers.²⁵

Eine solche Generalklausel fehlt in der Richtlinie aber, und man kann nur hoffen, dass sie im Gesetzgebungsverfahren noch eingefügt wird. Ansonsten bleibt allenfalls die Möglichkeit, eine der anderen Klauseln gewissermaßen zu zweckentfremden. Denkbar ist das vor allem bei Art. 12 Abs. 3 lit. c DIRM-E: Danach ist ein Rücktritt ohne Abwarten einer Nacherfüllungsfrist möglich, wenn „*die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte für den Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten mit sich bringen würde*“. Das passt zwar nicht hundertprozentig; aber ich kann mir durchaus vorstellen, dass die Rechtsprechung zur Not auf diese Klausel zurückgreifen würde.

[↑ JWV 2017, 236 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 237 ↓](#)

2. Unter dem BGB

Unter dem BGB ist die Sache einfacher. Zwar hilft hier der eben genannte § 440 BGB auch nicht weiter, weil er nur auf Kaufverträge Anwendung findet, das Spiele-Abonnement in Fall 3 aber, wie gesagt, als Mietvertrag einzustufen ist. Beim Mietvertrag ist das Rücktrittsrecht jedoch von vornherein an eine generalklauselartig formulierte Voraussetzung geknüpft: Nach § 543 Abs. 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein solcher wichtiger Grund wird dann vom Gesetz selbst näher definiert. Er liegt vor, „wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls [...] und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses [...] nicht zugemutet werden kann.“ Diese Formulierung eröffnet genügend Spielraum, um sowohl die Länge als auch die Frequenz der Serverausfälle zu berücksichtigen.

Wenn Länge und Frequenz nicht für eine Kündigung ausreichen, heißt das übrigens nicht, dass der Verwender gar kein Geld zurückbekommt. Wie eingangs angerissen bedeutet ein Serverausfall, dass der Anbieter für die Zeit dieses Ausfalls seiner Pflicht aus § 535 BGB zur Gebrauchsüberlassung nicht nachkommt. Mehr noch: Da er die Gebrauchsüberlassung für die betreffende Zeit auch nicht mehr nachholen kann, geht die ganz h.M.²⁶ davon aus, dass für die Zeit des Serverausfalls eine – vorübergehende – Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Und in solch einem Fall entfällt für die Zeit der Unmöglichkeit kraft Gesetzes (§ 326 Abs. 1 BGB) auch die Gegenleistungspflicht, hier also die Pflicht des Verwenders zur Zahlung des vereinbarten Mietpreises. Fällt der Server also einen ganzen Tag aus, kann der Verwender sein Geld anteilig für diesen Tag zurückverlangen. Bei einem vereinbarten Preis von 15 € pro Monat wären das also 50 Cent.

[↑ JWV 2017, 237 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 238 ↓](#)

IV. Rekurs: Maßstab einer Störung der Geschäftsgrundlage

Ich komme zurück zu den Fällen 1 und 2, zu den Fällen also, in denen der Serverausfall keine Vertragswidrigkeit des Verkäufers darstellt und in denen man daher auf die Störung der Geschäftsgrundlage zurückgreifen muss. Wie gesagt ist hier entscheidend, ob die Änderung der Umstände als wesentlich einzustufen ist oder nicht; und wie gesagt sollte hier, wenn irgend möglich, derselbe Maßstab gelten wie in Fall 3. Das bedeutet zunächst einmal wieder, dass *nicht* von einer Wesentlichkeit auszugehen ist, wenn ein einzelner Serverausfall innerhalb einer angemessenen Frist behoben wird. Und bei wiederholten Serverausfällen sollte auch hier entscheidend sein, ob dem Käufer ein Festhalten am Vertrag weiterhin zuzumuten ist oder nicht.

In den Fällen, in denen man dem Käufer das noch zumuten kann, kommt allerdings – wenn man wirklich eine Parallele zu Fall 3 anstrebt – zumindest noch eine *Vertragsanpassung* in Betracht.²⁷ Wie gesagt: Bei einem Tag Serverausfall im Monat, kann der Verwender in Fall 3 ein Dreißigstel des Monatspreises zurückverlangen. Streng genommen müsste man den Vertrag in den Fällen 1 und 2 also entsprechend anpassen, den vereinbarten Preis also anteilig kürzen. Damit würde der Anwendungsbereich von § 313 BGB aber wohl etwas überspannt. Letztlich ist das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage ein Notanker um in unzumutbaren Situationen Einzelfallgerechtigkeit herzustellen. Die Vorschrift kann daher wohl jedenfalls erst dann greifen, wenn eine gewisse Bagatellgrenze überschritten ist.

V. Exkurs: Unzureichende Internetanbindung des Verbrauchers

Zum Abschluss meines Vortrags möchte ich noch einen kurzen Exkurs unternehmen und diejenigen Fallgestaltungen streifen, in denen die Verbindung zum Server nicht deswegen fehlschlägt, weil jener Server ausfällt oder vom Netz abgeschnitten wird, sondern in denen das Problem an der Internetverbindung des Verwenders liegt. Dieses Problem wird vor allem dann virulent, wenn ein Online-Spiel oder ein Streaming-

[↑ JWV 2017, 238 ↑](#)

[↓ JWV 2017, 239 ↓](#)

dienst nur mit einer „schnellen“ Internetverbindung funktioniert, also etwa einen VDSL-Anschluss erfordert. Was gilt nun, wenn der Verwender sich – in Unkenntnis dieses Erfordernisses oder in dem Glauben, über eine entsprechend schnelle Internetanbindung zu verfügen – ein solches Spiel „kauft“ oder einen solchen Streamingdienst abonniert?

Wenn man – wie ich das ja bislang getan habe – den Zugang zu den Servern des Anbieters ganz allgemein als Geschäftsgrundlage einstuft, dann läge auch in diesem Fall wohl eine Störung vor: Die Situation ist letztlich vom Ergebnis her mit einem dauerhaften Totalausfall der Server des Anbieters identisch. Auch hier müsste man also konsequenterweise zu einem Rücktrittsrecht des Verwenders nach § 313 Abs. 3 BGB kommen.

Allerdings hat § 313 BGB noch eine weitere Voraussetzung, die ich bislang unterschlagen habe: Zu einer Vertragsanpassung oder gar -aufhebung kommt es nur dann, wenn „einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls,

insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann“. Der Unterschied zu den Fallgestaltungen eines Serverausfalls liegt hier in der anderen Risikoordnung: Das Risiko des eigenen Internetzugangs trägt grundsätzlich der Verwender selbst. Wer ein Auto kauft, kann es ja auch nicht zurückgeben, nur weil er durch die Führerscheinprüfung fällt.

Allerdings ist dem Autokäufer das Risiko, durch die Führerscheinprüfung zu fallen, von vornherein bewusst. Demgegenüber wird der Abonnent eines Online-Spiels oder eines Streamingdienstes vielleicht nicht genau einschätzen können, welche Voraussetzungen sein System erfüllen muss (und welche Voraussetzungen es tatsächlich erfüllt). Insofern erscheint es überlegenswert, hier großzügigere Maßstäbe anzulegen – zumal auch dem Anbieter bewusst sein dürfte, dass sein Produkt nicht in jedem Haushalt funktioniert.²⁸ Man könnte also durchaus erwägen, dieses Risiko nicht allein dem Verwender aufzubürden und ihm

↑ JWV 2017, 239 ↑

↓ JWV 2017, 240 ↓

dementsprechend über § 313 BGB einen Ausweg aus dem Vertrag zu gewähren.

Mit dieser – bewusst unfertigen – Überlegung möchte ich meinen Vortrag beenden und danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

¹ <http://www.tagesspiegel.de/medien/digitale-welt/angriff-hacker-legen-netzwerke-von-playstation-und-xbox-lahm/11161458.html> (zuletzt abgerufen am 10.08.2016).

² <http://www.spiegel.de/netzwelt/games/microsoft-verzichtet-nun-doch-auf-online-zwang-bei-der-neuen-xbox-one-a-906826.html> (zuletzt abgerufen am 05.09.2016).

³ <http://news.xbox.com/2013/06/19/update/> (zuletzt abgerufen am 05.09.2016).

⁴ <https://de.wikipedia.org/wiki/Gameserver> (zuletzt abgerufen am 06.09.2016). Siehe auch: https://de.wikipedia.org/wiki/Massively_Multiplayer_Online_Role-Playing_Game (zuletzt abgerufen am 06.09.16).

⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634. Wenn im Folgenden der (sprachlichen) Einfachheit von der „Richtlinie“ gesprochen wird, ist immer dieser Kommissionsvorschlag gemeint.

⁶ BGH, 15.11.2006 - XII ZR 120/04, NJW 2007, 2934; *Faust*, Digitale Wirtschaft- Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?- Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, A 53; *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2611; wohl auch *Spindler*, NJW 2016, 805, 810; a. A. *Hauck*, Digitale Inhalte – Verkehrsfähigkeit oder Lizenzketten, S. 15 ff. (für eine Einstufung als Lizenzvertrag); krit. auch *Maissen*, Service, Kauf oder Nutzungsberechtigung – Vertragstypen bei digitalen Inhalten, in diesem Band S. 106 ff.

⁷ Siehe unten III. 2.

⁸ BGH, 14.7.1993 - VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437 f.; BGH, 15.11.2006 - XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 Rn. 15; *Faust*, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, A 43; BeckOGK BGB/*Mössner*, Stand: 15.04.2016, § 90 Rn. 85; BeckOGK BGB/*Mörsdorf*, Stand: 01.04.2016, §356 Rn. 10; BeckOK/*Fritzsche*, 39. Edition, § 90 Rn. 27; MüKo BGB/*Stresemann*, 7. Aufl., § 90 Rn.25, Palandt/*Ellenberger*, 75. Aufl., § 90 Rn. 2.

⁹ Vgl. *Schmidt-Kessel/Erlar/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 62.

¹⁰ Vgl. zur Unterscheidung zwischen punktuellen und dauerhaften Pflichten unter der Richtlinie *Schmidt-Kessel/Erlor/Grimm/Kramme*, GPR 2016, 54, 61 f.

¹¹ Für meinen Ausgangsfall der Xbox-Registrierung wird man für den Serverzugang auch auf die Update-Pflicht nach Art. 6 Abs. 1 lit. d) DRL-E abstellen können (siehe dazu unten *Riehm*, Updates, Patches etc. – Schutz nachwirkender Qualitätserwartungen, in diesem Band S. 201 ff.): Wie gesagt wird die Anmeldung primär dazu benötigt, den auf der Firmware der Konsole eingerichteten Online-Zwang abzuschalten – mit anderen Worten: Die Firmware bekommt ein Update, das diesen Online-Zwang nicht mehr enthält. Allerdings ist hier die Richtlinie eigentlich gar nicht anwendbar, weil es sich um einen Hardware-Kauf handelt (Art. 3 Abs. 3 DRL-E). Wenn man den Vertrag allerdings ohnehin aufteilt in einen punktuellen Kauf des eigentlichen Produkts und einen gesonderten Teil hinsichtlich des Serverzugriffs – dann kann man unter Umständen jenen zweiten Teil auch beim Hardwarekauf unter die Richtlinie ziehen. Art. 3 Abs. 3 DRL-E schließt m.E. nur aus, dass der Kauf der Hardware selbst – also hier der Konsole – nach den Vorschriften der Richtlinie beurteilt wird.

¹² Siehe hierzu BeckOK BGB/*Gehrlein/Sutschet*, § 311 Rn. 20.

¹³ Streng genommen eigentlich „ihren“: Die einzelnen Media-Markt-Filialen werden als selbständige Unternehmen, regelmäßig in Form einer GmbH, geführt.

¹⁴ Siehe dazu oben Hauck, Digitale Inhalte – Verkehrsfähigkeit oder Lizenzketten, in diesem Band S. 20 f.

¹⁵ Natürlich kann es dann aber nicht zu einem Vertragsschluss kommen, wenn der Serverausfall gerade diese erste Registrierung verhindert, wie dies Weihnachten 2014 bei der Xbox der Fall war.

¹⁶ Siehe bereits oben b).

¹⁷ Zum Problemkomplex Daten als Gegenleistung siehe *De Franchesci*, Digitale Inhalte gegen personenbezogene Daten: Unentgeltlichkeit oder Gegenleistung?, in diesem Band S. 113 ff.; ferner *Faust*, Gutachten zum 71 DJT, S. 6 ff.; *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218; *Bräutigam*, MMR 2012, 635. Im hiesigen Kontext kann diese Gegenleistungsvariante aber außer Betracht bleiben.

¹⁸ Offen bleiben kann dabei an dieser Stelle, um welchen Vertragstyp es sich genau handelt. In Betracht kommen insb. die Leihe und der Auftrag – oder ein Vertrag sui generis.

¹⁹ BeckOK/C. *Wagner*, 39. Edition, § 604 Rn. 2.

²⁰ § 671 Abs. 1 BGB.

²¹ Nach § 313 Abs. 2 BGB steht es einer Veränderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

²² M.E. wäre ein Rückgriff auf § 313 BGB selbst dann nötig, wenn man davon ausgehen wollte, dass der – vom Hersteller verschiedene – Verkäufer selbst vertraglich zur Serverbereitstellung verpflichtet ist (dazu oben II. 2. b). Denn auch in diesem Fall würde man wohl den Kaufvertrag und den Serverzugänglichkeitsvertrag als zwei eigenständige Verträge begreifen müssen, die lediglich miteinander kombiniert sind (vgl. *Staudinger/Löwisch/Feldmann*, § 311 Rn. 40 ff.). Das ist schon allein deshalb zwingend, weil – wollte man einen einheitlichen Kaufvertrag annehmen – die Serverzugänglichkeit nur bei Gefahrübergang geschuldet wäre. Die Kopplung der beiden Verträge erfolgt über § 313: Die Erfüllung des Serverzugangsvertrags stellt eine Geschäftsgrundlage für den Kauf dar.

²³ Vgl. auch *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2611, die aus diesem Grund eine Angleichung der kauf- und mietrechtlichen Mängelgewährleistungsvorschriften fordert.

²⁴ Etwas anderes gilt zunächst einmal nur, wenn der Serverausfall immer wieder auf derselben Ursache beruht. Dann wird man unter Umständen davon ausgehen können, dass der Fehler gar nicht ganz behoben wurde – und der Anbieter den vertragsgemäßen Zustand dementsprechend nicht vollständig (!) wiederhergestellt hat.

²⁵ So auch LG Zweibrücken, 14.6.2004 - 1 O 274/03, NJOZ 3119, 3120; *MüKo/Westermann*, 7. Aufl., § 440 Rn.8; a. A. BeckOGK BGB/*Höpfner*, Stand: 15.07.2016, § 440 Rn. 39.

²⁶ BGH, 11.7.1953 - II ZR 126/52, NJW 1953, 1465, 1465; BGH, 22.5.1990 - IX ZR 208/89, NJW 1990, 2549, 2550; MüKo/Ernst, 7. Aufl., § 275 Rn.49; BeckOGK/Riehm, Stand: 15.07.2016, § 275 Rn. 91; BeckOK/Unberath, 39. Edition, § 275 Rn. 37; Jauernig/Stadler, 16. Aufl., § 275 Rn. 14; Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994), S. 327 ff.; krit. Bach, Leistungshindernisse, § 10 C. I. 4 (im Erscheinen).

²⁷ Vgl. hierzu auch *Schlechtriem*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (2001), S. 9 (S. 26 f.).

²⁸ Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass es auf Seiten des Anbieters technisch möglich zu sein scheint, zu überprüfen, ob der Verwender über die technischen Voraussetzungen für die Nutzung des Spiels bzw. Dienstes verfügt (siehe oben *Sänn/Pampel/del Monego*, Technische Qualitätsstandards und Überprüfungsmöglichkeiten, S. 195 f.). Dieser Umstand sollte bei der „Risikoverteilung“ m.E. Berücksichtigung finden. Es ließe sich sogar darüber nachdenken, dem Anbieter eine vorvertragliche Pflicht zur Systemprüfung aufzubürden; in diese Richtung auch *Spindler*, JZ 2016, 805, 809.