



Verträge über Digitale Produkte: Aktualisierungspflicht des Unternehmers (§ 327f BGB)

-MASTERARBEIT-

Zur Erlangung des akademischen Grades eines Master of Laws (LL.M.)
im Studiengang „Deutsches und Europäisches Recht und Rechtspraxis (LL.M.)“
an der
Humboldt Universität zu Berlin

vorgelegt von

Ceyda Erbay
(Matr. Nr. 628772)

Der betreuende Professor:
Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)

Erstgutachter/in: Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)
Zweitgutachter/in:
Eingereicht am 02.06.2023

INHALTSVERZEICHNIS:

Inhaltsverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	VII
Internetquellen.....	XVII
A. Einleitung und Ziel der Arbeit.....	1
B. Einführung in die Aktualisierungspflicht.....	3
I. Europäischer Hintergrund.....	3
II. Normzweck und Systematik des § 327f BGB.....	6
1- Systematik.....	6
2- Normzweck.....	8
III. Praktische Anwendungsfälle der Aktualisierungspflicht.....	9
IV. Adressat der Aktualisierungspflicht.....	13
C. Umfang der Aktualisierungen.....	14
I. Allgemeiner Hinweis auf Bereitstellung der Aktualisierungen.....	14
II. Sicherheitsaktualisierungen.....	17
III. Vereinbarte Aktualisierungen.....	21
D. Voraussetzungen einer vertragsgemäßen Aktualisierung (§ 327f I BGB).....	23
I. Erforderlichkeit für Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts.....	23
II. Maßgeblicher Zeitraum.....	25
1- Bei dauerhaften Bereitstellungen.....	26
2- Bei einmaligen Bereitstellungen	27

III. Informationspflicht des Unternehmers über Aktualisierung.....	36
E. Unterlassung der Aktualisierung durch Verbraucher (§ 327f II	
BGB).....	41
I. Installation der Aktualisierung.....	42
II. Innerhalb einer angemessenen Frist.....	43
III. Informationspflicht des Unternehmers über die Folgen einer unterlassenen	
Installation.....	43
IV. Mangelhafte Installationsanleitung	44
F. Rechtsfolgen der Verletzung der Aktualisierungspflicht.....	45
H. Abgrenzung der Aktualisierungspflicht von weiteren Änderungen	
(§§327f, 327r BGB).....	49
I. Beweislast	56
J. Verjährung	57
K. Fazit.....	58
 Schlussversicherung.....	 62

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere Ansicht
AaO	am angegebenen Ort
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
B2C	Business to Consumer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzesblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CR	Zeitschrift "Computer und Recht"
CRA	Cyber Resilience Act
DAR	Zeitschrift "Deutsches Autorecht"
DIRL	Digitale Inhalte Richtlinie (2019/770)
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
Erw. Gr.	Erwägungsgrund
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ff.	Fortfolgende
GEKR	Gemeinsames Europäisches Kaufrecht
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
Hrsg.	Herausgeber/in
i.d.R.	in der Regel
i.R.v.	im Rahmen von

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IoT.....	Internet of Things
IP-.....	Internet Protocol
iTAN	indizierte Transaktionsnummer
JURA.....	Zeitschrift "Juristische Ausbildung"
JZ.....	Juristische Zeitschrift, Juristische Zeitung
K&R.....	Zeitschrift "Kommunikation& Recht"
LG	Landgericht
lit.	littera
MMR.....	Zeitschrift "Multimedia und Recht"
NJOZ.....	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandsgericht
PC.....	Personal Computer
PIN	Personal Identification Number
RD i.....	Zeitschrift "Recht Digital"
Reg-E	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.....	Randnummer
s.....	<i>Siehe</i>
Urt.	Urteil
User-ID	Benutzer Identifikationsnummer
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
Vgl.....	Vergleichbar
VuR	Zeitschrift "Verbraucher und Recht"
WKRL.....	Warenkauf-Richtlinie (2019/771)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfDR	Zeitschrift für Digitalisierung und Recht

ZfPW.....Zeitschrift für die gesamte Privatwissenschaft
Ziff.Ziffer
ZR Zivilrecht
ZUM.....Zeitschrift für Urheber-und Medienrecht



LITERATURVERZEICHNIS

- Bach, Ivo* Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705-1711.
(zitiert als: Bach, NJW 2019, ...)
- Biermann, Anna* Das neue Kaufrecht: Die wichtigsten Änderungen, DAR 2022, 134-136.
(zitiert als: Biermann, DAR 2022, ...)
- Bittner, Lydia* Verträge über digitale Produkte-Beginn des digitalen Zeitalters im BGB, VuR 2022, 9-14.
(zitiert als: Bittner, VuR 2022, ...)
- Buchmann, Felix/
Panfili, Chiara* Das neue Schuldrecht 2022 (Teil 2), K&R 3/2022, 159-168.
(zitiert als: Buchmann/Panfili, K&R 3/2022, ...)
- Dubovitskaya, Elena* Kauf von Waren mit digitalen Elementen: Fortschritt und Rechtssicherheit im Verbrauchergüterkaufrecht, MMR 2022, 3-8.
(zitiert als: Dubovitskaya, MMR 2022, ...)
- Ebisch, Hellmuth /
Gottschalk, Joachim /
Hoffjan, Andreas/
Müller, Hans-Peter* Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 9.Auflage, München 2020.
(zitiert als: Ebisch/Gottschalk/ Hoffjan/Müller,)

*Ehle, Kristina/ Kreß,
Stephan*

Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienst-
gegenüber Verbrauchern: Subjektiv-Objektiver Mangelbegriff,
Aktualisierungspflicht und Änderungsbefugnis, CR 2019, 723-
731.

(zitiert als: Ehle/Kreß, CR 2019, ...)

Fellner, Christoph

Neue Regelungen für Verträge über digitale Inhalte und
Dienstleistungen, MDR 2021, 976- 982.

(zitiert als: Fellner, MDR 2021...)

*Felsch, Johannes Claudio/
Kremer, Julian/
Wagener, Jonas*

Handhabung der neuen Aktualisierungspflicht bei Digitalen Pro-
dukten: Anwendungsbereich, Inhalt und Dauer anhand zweier
konkreter Beispiele, MMR 2022, 18-23.

(zitiert als: Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, ...)

*Gelbricht, Katharina/
Timmermann, Daniel*

Der Mangelbegriff im Kaufrecht nach Umsetzung der WKRL
und DIRM, NJOZ 2021, 1249 -1257.

(zitiert als: Gelbricht/Timmerman, NJOZ 2021, ...)

*Grüneberg, Christian
(Hrsg.)*

Grüneberg BGB, Band 7, 82. Auflage, München 2023.

(zitiert als: Grüneberg in Grüneberg, §... Rn. ...)

*Gsell, Beate/Krüger,
Wolfgang/Lorenz,
Stephan/ Reymann,
Cristoph*

Beck-online. Grosskommentar, Stand: 01.02.2023.
(zitiert als: Fries in BeckOGK, §... Rn. ...)

*Hau, Wolfgang/
Poseck, Roman*

Beck'sche Online Kommentar BGB, 65. Auflage, 1.2.2023.
(zitiert als: Wendland in BeckOK, §... Rn.)

*Hessel, Stefan/
Potel, Karin*

Update qua Gesetz- Aktualisierungspflicht nach §327f in der
Praxis , RD i 2022, 25 – 31.
(zitiert als: Hessel/Potel, RD i 2022, Rn. ...)

Heydn, Truiken J.

Internet of Things: Probleme und Vertragsgestaltung
Softwareverträge im Schubladen des BGB III, MMR 2020, 503-
508.
(zitiert als: Heydn, MMR 2020, ...)

Heydn, Truiken J.

Schuldrechtsreform 2.0: Das neue Gewährleistungsrecht für
digitale Produkte in der Praxis, CR 2021, 709-716.
(zitiert als: Heydn, CR 2021, ...)

*Hoffmann, Jochen/
Löffler, Emma*

Die Aktualisierungspflicht in der Lieferkette, ZfPW 2023, 1-24.
(zitiert als: Hoffmann/Löffler, ZfPW 2023, ...)

- Jacoby, Florian/
Von Hinden, Micheal
(Hrsg.)* Studienkommentar BGB, 18. Auflage, München 2022.
(zitiert als: Jacoby/von Hinden, §... Rn. ...)
- Kesisogluligil, Benjamin/
Lang, David* Ein Jahr „Schuldrechtsreform 2022“- ungeklärte Fragen zum neuen Recht, NJW 2023, 1009-1014.
(zitiert als: Kesisogluligil/Lang, NJW 2023, ...)
- Klett, Detlef/
Gehrmann, Mareike* Sicherheitsmängel in der Software, MMR 2022, 435-440.
(zitiert als: Klett/Gehrmann, MMR 2022, ...)
- Kramme, Malte* Vertragsrecht für digitale Produkte: Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Schuldrecht AT, RD i 2021, 20-29.
(zitiert als: Kramme, RD i 2021, ...)
- Kumkar, Lea
Katharina* Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter, ZfPW 2020, 306-333.
(zitiert als: Kumkar, ZfPW 2020, ...)
- Kühner, Jasmin/
Piltz, Carlo* Die Updatepflicht für Unternehmen in Umsetzung der Digitale Inhalte Richtlinie: Der Regelungsmechanismus im Referentenentwurf des BMJV v. 3.11.2020 zur Umsetzung der Richtlinie 2019/770/EU, CR 2021, 1-7.
(zitiert als: Kühner/Piltz, CR 2021, ...)
- Lohsse, Sebastian/
Schulze, Reiner/
Staudenmayer, Dirk* Smart Products: Münster Colloquia on EU Law and Digital Economy VI, Baden-Baden 2022.
(zitiert als: *Bearbeiter* in Smart Products, *Beitragstitel*, ...)

Lorenz, Stephan

Die Umsetzung der EU- Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht,
NJW 2021, 2065- 2073.

(zitiert als: Lorenz, NJW 2021, 2065,)

Martens, Sebastian

Schuldrechtsdigitalisierung: Einführung in die Änderungen des
Kauf-und Verbraucherrechts, insbesondere in die Regelungen der
Verträge über digitale Produkte (§§327ff. BGB), München 2022.

(zitiert als: Martens, Rn. ...)

Metzger, Axel

Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen:
Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019,
577-586.

(zitiert als: Metzger, JZ 2019, ...)

Möllnitz, Christina

Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Produkten:
Auslegung und Folgen des § 327r BGB- RefE, MMR 2021, 116-
121.

(zitiert als: Möllnitz, MMR 2021, ...)

Pfeiffer, Thomas

Die Umsetzung der Warenkauf RL in Deutschland:
Beobachtungen zu Sachmängeln und Aktualisierungspflicht,
GPR 2021, 120-128.

(zitiert als: Pfeiffer, GPR 2021, ...)

- Raue, Benjamin* Haftung für unsichere Software, NJW 2017, 1841-1846.
(zitiert als: Raue, NJW 2017, ...)
- Rennert, Justin* Mehr Sicherheit für vernetzte Produkte: Der Vorschlag der EU-Kommission für einen „Cyber-Resilience Act“ : Eine Analyse vor dem Hintergrund jüngster Bedrohungen für die Cybersicherheit, ZfDR 2023, 206-217.
(zitiert als: Rennert, ZfDR 2023, ...)
- Riehm, Thomas/
Abold, Metawi Adrian* Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte, ZUM 2018, 82-91.
(zitiert als: Riehm/Abold, ZUM 2018,)
- Riehm, Thomas/
Abold, Metawi Adrian* Rechtsbehelfe von Verbrauchern bei Verträgen über digitale Produkte: Einführung in das neue Gewährleistungsrecht für die Digitalisierung, CR 2021, 530-540.
(zitiert als: Riehm/ Abold, CR 2021,)
- Rockstroh, Sebastian/
Peschel, Christopher* Sicherheitslücken als Mangel, NJW 2020, 3345- 3350.
(zitiert als: Rockstroh/Peschel, NJW 2020, ...)
- Säcker, Franz Jürgen/
Rixecker, Roland/
Oetker, Hartmut/
Limpert, Bettina
(Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3, 9. Auflage 2022.
(zitiert als: *Bearbeiter* in MüKoBGB, §., Rn....)

- Schippel, Robert* Die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen für digitale Produkte, K&R 2021, 151-153.
(zitiert als: Schippel, K&R 2021, . . .)
- Schöttle, Hendrik* Software als digitales Produkt: Was bringen die gesetzlichen Neuregelungen?, MMR 2021, 683-690.
(zitiert als: Schöttle, MMR 2021, ...)
- Schulze, Reiner (Hrsg.)* Bürgerliches Gesetzbuch- Handkommentar, 11. Auflage 2022.
(zitiert als: Bearbeiter in HK-BGB, §... Rn. ...)
- Schulze, Reiner/
Zoll, Fryderyk* European Contract Law, 3. Auflage, 2021.
(zitiert als: Schulze/Zoll, EU Contract Law, Ch. ..., Rn. ...)
- Schulze, Reiner/
Staudenmayer, Dirk* EU Digital Law – Article-by-Article Commentary, 2020.
(zitiert als: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. ... Rn.)
- Schreiber, Kristina* Ein neues Vertragsrecht für digitale Produkte, MMR 2021, 601-602.
(zitiert als: Schreiber, MMR 2021, ...)
- Schreiber, Kristina
(Hrsg.)* Digitale Angebote: Neuer Rechtsrahmen für ihre Entwicklung von der Idee bis zum Vertrieb, Köln 2022.
(zitiert als: Schreiber/Bearbeiter, Rn. ...)

- Schreiber, Kristina/
Esser, Julia* Einheitliche Update-Zyklen im Spannungsfeld der §§ 327f, 327r BGB: Aktualisierung und Funktionsänderung, RD i 2022, 317-323.
(zitiert als: Schreiber/Esser, Einheitliche Update-Zyklen, RD i 2022, ...)
- Specht-Riemenschneider,
Louisa/Mehnert, Victor* Updates und das „Recht auf Reparatur“, ZfDR 2022, 313-338.
(zitiert als: Specht-Riemenschneider/Mehnert, ZfDR 2022, ...)
- Spindler, Gerald/
Sein, Karin* Die Richtlinie über Verträge über digitale Produkte: Gewährleistung, Haftung und Änderungen, MMR 2019, 488-493.
(zitiert als: Spindler/Sein, MMR 2019, ...)
- Spindler, Gerald* Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB: Schwerpunkt 1: Anwendungsbereich und Mangelbegriff, MMR 2021, 451-457.
(zitiert als: Spindler, MMR 2021, ...)
- Spindler, Gerald* Ausgewählte Rechtsfragen der Umsetzung der digitalen Inhalte-Richtlinie in das BGB: Schwerpunkt 2: Rechtsbehelfe, Beweislastregelungen und Regress zwischen Unternehmern, MMR 2021, 528-533.
(zitiert als: Spindler, *Schwerpunkt 2*, MMR 2021, ...)

- Stabentheiner, Johannes/
Wendehorst, Christiane/
Zöchling-Jüd, Brigitta* Das neue europäische Gewährleistungsrecht: Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Wien 2019.
(zitiert als: *Autor* in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jüd, *Beitragstitel*, ...)
- Staudenmayer, Dirk* Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen ZEuP 2019, 663-694.
(zitiert als: Staudenmayer, ZEuP 2019, ...)
- Staundiger, Ansgar/
Artz, Markus* Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Inhalte: Einführung in das neue Recht, Bielefeld 2022.
(zitiert als: Staundiger/Artz, Rn. ...)
- Stürner, Micheal* Verträge über digitale Produkte: Die neuen §§327-327u BGB: Teil 1: Grundlagen und vertragliche Pflichten", JURA 2022, 32-41.
(zitiert als: Stürner, JURA 2022, ...)
- Tonner, Klaus* Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, VuR 2019, 363-371.
(zitiert als: Tonner, VuR 2019, ...)

Tölle, Antje G.I./

Jörg, Benedict/

Koch, Harald/

Klawitter, Stephan/

Paulus Christoph G./

Preetz, Friedrich

Selbstbestimmung: Freiheit und Grenzen: Festschrift für
Reinhard Singer zum 70. Geburtstag, Berlin 2021.

(zitiert als: *Metzger* in Tölle (Hrsg.),)

Wilke, Felix M.

Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf RL, VuR
2021, 283-293.

(zitiert als: Wilke, VuR 2021, ...)

INTERNETQUELLEN:

1. Aufsatz: Schippel, Robert, Die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen für digitale Produkte, K&R 2021, 151-153 (Aufgerufen am 06.04.2023):

<https://online.ruw.de/suche/kur/Die-Pfli-zur-Bereitstell-von-Aktualisierun-fue-dig-c373c3126e989c93b81b31530c0ed90f?crefresh=1>

2. Die Studie „Sonicwall Cyber Threat Report“ (Aufgerufen am 19.05.2023)

<https://www.sonicwall.com/medialibrary/en/white-paper/2023-cyber-threat-report.pdf>

3. Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 26.02.2021: Nutzungsdauer von Computerhardware und Software zur Dateneingabe und- verarbeitung (Aufgerufen am 26.03.2023):

https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Einkommensteuer/2022-02-22-nutzungsdauer-von-computerhardware-und-software-zur-dateneingabe-und-verarbeitung.pdf?__blob=publicationFile&v=3

4. Die Studie vom Bundesverband der Verbraucherzentralen, Langlebige Produkte nutzen Verbraucher*innen und schonen das Klima, Meldung vom 26.11.2020 (Aufgerufen am 26.03.2023)

<https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/studie-zu-langlebigkeit-von-produkten-qualitaet-zahlt-sich-aus>

5. Für die Kommentare der Nutzer „ING Banking App nicht mehr nutzbar“ (Aufgerufen am 08.05.2023)

<https://communities.apple.com/de/thread/254083758>

6. Der Vorschlag für CRA (Aufgerufen am 23.3.2023)

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/cyber-resilience-act>

VERTRÄGE ÜBER DIGITALE PRODUKTE: AKTUALISIERUNGSPFLICHT DES UNTERNEHMERS (§ 327F BGB)

A. EINLEITUNG UND ZIEL DER ARBEIT

Zum 20.05.2019 sind zwei Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs¹ und Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen² kundgemacht worden, die auf das heutige Vertragsrecht auf EU-Ebene einen großen Einfluss genommen haben. Beide Richtlinien dienen im Zusammenhang mit weiteren Bemühungen des europäischen Gesetzgebers einer Vereinheitlichung und Modernisierung des überkommenen europäischen Privatrechts.³ Dabei zielen sie darauf ab, dass die größten Schwierigkeiten bei der Entwicklung des grenzüberschreitenden elektronischen Handels in der Union überwunden werden und dessen Wachstumspotenzial durch einen besseren Zugang zu digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen unterstützt wird.⁴ Dadurch werden gleichzeitig die Entwicklung der Wettbewerbsfähigkeit für Unternehmer veranlasst und ein zuverlässiger Geschäftsbereich für Verbraucher durch ein hohes Verbraucherschutzniveau geschaffen.⁵ Um dieses ausgewogene Rechtsverhältnis zu gewährleisten, tauchen neue Regelungen im Kaufrecht und in der digitalen Wirtschaft durch diese Richtlinien auf.

¹ Wird in Folgenden als „WKRL“ bezeichnet.

² Wird in Folgenden als „DIRL“ bezeichnet.

³ Martens, Rn. 1.

⁴ DIRL Erw. Gr. 1.

⁵ AaO Erw. Gr. 2.

Zur Umsetzung dieser Neuregelungen im deutschen Recht sind zum 1.1.2022 die §§ 327 ff. BGB in Kraft getreten. Damit werden grundlegende Neuerungen wie Aktualisierungspflicht, Daten als Gegenleistung oder Gewährleistungsrechte des Verbrauchers wegen Mängel an einem digitalen Inhalt oder einer digitalen Dienstleistung zum ersten Mal im deutschen Recht geregelt.

Diese Bestimmungen werden in dem allgemeinen Teil des Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches (von § 241 bis zu § 433 BGB) aufgenommen und führen keinen neuen Vertragstyp ein.⁶ Damit wird klargestellt, dass sie für Verbraucherverträge (§ 327 I 1 BGB) gelten, unabhängig davon, ob der Verbraucher einen Kauf-, Miet- oder Dienstleistungsvertrag über digitale Inhalte oder eine digitale Dienstleistung abgeschlossen hat.⁷

Die Bedeutung dieser Thesis liegt darin begründet, dass eine neue Pflicht (Aktualisierungspflicht § 327f BGB), die bisher im Kaufrecht nie bestand, den Unternehmen durch DIRM als vertragliche Verpflichtung auferlegt und als ein Teil der großen Modernisierungsreform⁸ des deutschen Schuldrechts angesehen wird. Hiermit erläutert die Arbeit zunächst den europäischen Hintergrund im Zusammenhang mit Zweck und Systematik des § 327f BGB.⁹ Zudem wird der Umfang der Aktualisierungen erörtert und die Voraussetzungen einer vertragsgemäßen Aktualisierung, einschließlich ihrer Rechtsfolgen, besprochen. Schließlich wird sich darum bemüht, die Bedeutung der Aktualisierungspflicht im Hinblick auf andere Regelungen über digitale Produkte zu erfassen.

⁶ Spindler, MMR 2021, 451 (451).

⁷ Kumkar, ZfPW 2020, 306 (310).

⁸ S. Stürner, JURA 2022, 32 (33).

⁹ §§ ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche des BGB.

B. EINFÜHRUNG IN DIE AKTUALISIERUNGSPFLICHT

I. Europäischer Hintergrund

Seit den 1980er Jahren bemüht sich der europäische Gesetzgeber aus politischen und kompetenzrechtlichen Gründen darum¹⁰, erhebliche Entwicklungen im Verbraucherrecht zu verfolgen und dementsprechend durch Richtlinien manche Änderungen in der Union vorzunehmen. Dafür hat er zuerst zwei wichtige Projekte (Verbrauchsgüterkauf RL und GEKR) durchgeführt, die allerdings häufig von Mitgliedstaaten diskutiert wurden. Im Jahr 2014 sind spezielle Vorschriften zum Zweck der Umsetzung der Verbraucherrechte-RL zur Produktbeschreibung und zum Widerrufsrecht für Kauf der digitalen Inhalte im deutschen Recht in Kraft getreten, obwohl einheitliche Regelungen zum Schutz der Verbraucher im Hinblick auf fehlerhafte digitale Produkte auf EU-Ebene nicht geschaffen wurden.¹¹ Im Laufe der Zeit gingen die Mitgliedstaaten über das Mindestschutzniveau, das in der Verbrauchergüterkauf-RL vorgesehen war, hinaus¹², was die Gefahr von erhöhten Transaktionskosten für Unternehmen und für Rechtunsicherheit unter Verbrauchern in Mitgliedstaaten für digitale Produkte barg.¹³ Tatsächlich enthielt die Verbraucherrechte- RL schon die Regelungen über Onlinekauf oder die Gegenstände mit digitalen Inhalten¹⁴, dennoch wollte die Kommission durch zwei Richtlinien (WKRL und Dirl) den Warenhandel umfassender regeln und für das Problem des fragmentarischen Charakters des europäischen Privatrechts eine Lösung anbieten. Daher wurden zwei Vorschläge für die WIRL und Dirl im Dezember 2015 von der Kommission zur Diskussion gestellt.¹⁵

¹⁰ Martens, Rn.9.

¹¹ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (2).

¹² Staudenmayer, ZEuP 2019, 663 (665).

¹³ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (2).

¹⁴ Metzger in Tölle (Hrsg.), 431 (432).

¹⁵ Martens, Rn.12.

Während der Vorarbeiten wurden manche Unstimmigkeiten zum Ausdruck gebracht. Erstens wurde der Umfang der WKRL als ein Problem wahrgenommen, da er nur einer bestimmten Vertriebsform (Fernabsatz) diene.¹⁶ Dann wurde die Frage aufgeworfen, wie die Dirl und WKRL voneinander abzugrenzen sind.¹⁷ Denn die Dirl hätte für alle Vertragstypen einschließlich des von der WKRL geregelten Kaufvertrags Geltung finden können. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der beiden Richtlinien musste deshalb ausdrücklich geregelt werden. Am Ende dieser Diskussion wurde beschlossen, dass die WKRL nur dann Anwendung findet, wenn der Kaufvertrag über Waren, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind und ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen können (Waren mit digitalen Elementen), abgeschlossen wurde.¹⁸ Dagegen findet die WKRL nicht Anwendung, wenn der Vertragsgegenstand ein körperlicher Datenträger ist, der lediglich der Bereitstellung der digitalen Inhalte dient.¹⁹ So sollte bspw. eine vorinstallierte oder erst später heruntergeladene Video-Anwendung eines Smartautos als Bestandteil des Kaufvertrags und im Anwendungsbereich der WKRL angesehen werden,²⁰ während körperliche Datenträger, wie DVDs, CDs, USB-Sticks und Speicherkarten²¹ im Rahmen der Dirl in Betracht kommen. Schließlich war auch problematisch, dass die Verpflichtung des Verbrauchers zur Preisgabe personenbezogener Daten aus der Dirl unter Berücksichtigung der DSGVO unnachvollziehbar schien.²²

Auf der anderen Seite haben die beiden Richtlinien die Möglichkeit gegeben, eine schon seit 1999 mit Verabschiedung der Verbrauchergüterkauf-RL beginnende Vollharmonisierung des

¹⁶ Für ausführliche Informationen s. Martens, Rn.13.

¹⁷ AaO Rn.14.

¹⁸ Dirl, Erw. Gr. 21; Staudenmayer ZEuP 2019, 663 (667).

¹⁹ AaO Erw.Gr.13.

²⁰ AaO Erw.Gr.21.

²¹ WKRL Erw.Gr.13.

²² Martens, Rn.15 und Rn.176 ff.

Kaufrechts zu schaffen und das europäische Privatrecht an digitale Wirtschaft anzupassen.²³

Vollharmonisierung bedeutet, dass es den Mitgliedstaaten nach Art. 4 WKRL untersagt ist, im nationalen Recht von Richtlinien abweichende Vorschriften zu erlassen. Bis dahin war es den Mitgliedsstaaten erlaubt, abweichende Vorschriften zu erlassen, falls sie nur einem besseren Verbraucherschutz dienen.²⁴ Da das allerdings zu einer Zersplitterung der Schutzstandarten im nationalen Recht der Mitgliedstaaten führte,²⁵ versuchte das Europäische Parlament durch Richtlinien in der Union eine Rechteinheit zu schaffen.²⁶ Zu diesem Zweck ist in Art. 4 der DRL der Grad der Harmonisierung ausdrücklich so geregelt: *„Sofern in dieser Richtlinie nichts anderes bestimmt ist, dürfen die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden Vorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“*

Mit vielen essentiellen Vorbereitungen fanden erste Trilog-Verhandlungen, bei denen der europäische Gesetzgeber erstmals beide Richtlinienentwürfe zur Beratung stellte, am 12.12.2018 unter österreichischem Vorsitz statt.²⁷ Infolge der Fortsetzungen der Verhandlungen wurden die beiden Richtlinien am 15.4.2019 mit 27 Ja-Stimmen angenommen und am 22.5.2019 im Amtsblatt der EU bekanntgegeben.²⁸ Die Mitgliedstaaten mussten bis zum 1.7.2021 diese Regelungen ins nationale Recht überführen.²⁹

²³ Staudenmayer, ZEuP 2019, 663 (664).

²⁴ Staundiger/Artz, Rn.12 ff.

²⁵ Martens, Rn. 16.

²⁶ *Kritisch* Tonner, VuR 2019, 363 (367).

²⁷ Martens, Rn. 17.; für weitere Informationen siehe *Stabentheiner* in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, *Hintergründe und Entstehung der beiden Richtlinien und die Bemühungen der österreichischen Ratspräsidentschaft um Konsistenz und Vereinfachung*, 2 ff.

²⁸ Martens, Rn.17.

²⁹ Kühner/Piltz, CR 2021,1 (2).

In Deutschland wurden die Richtlinien durch „das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.06.2021“ und „das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.06.2021“ in §§ 327 ff. BGB umgesetzt,³⁰ die zum 1.1.2022 in Kraft getreten sind. Damit finden §§ 327 ff. die Anwendung auf die ab dem 1.1.2022 geschlossenen Verträge oder auf die Verträge, in denen die Bereitstellung von digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen erst ab diesem Datum erfolgt.³¹

Der europäische Hintergrund der beiden Richtlinien ist für die Aktualisierungspflicht insoweit wichtig, als deren Vorschrift (§ 327f) in der Praxis mithilfe der richtlinienkonformen Auslegung und richtlinienkonformen Rechtsfortbildung angewendet werden muss.³²

II. Normzweck und Systematik des § 327f BGB

Bei Behandlung dieser neuen Pflicht im Verbraucherrecht ist zu betrachten, wie das Telos (Normzweck) und die Systematik dieser Pflicht (§ 327f) ausgelegt werden.

1- Systematik

Die auf Grundlage von Art. 8 II DRL und in § 327f BGB vorgeschriebene Aktualisierungspflicht ist eine erhebliche Neuerung sowohl im EU- Privatrecht als auch im deutschen Verbraucherrecht.

³³ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Pflicht erst im Rahmen von Produktmängeln bezüglich subjektiver Anforderungen § 327e II 1 Nr.3 und objektiver Anforderungen § 327e III 1 Nr.5 i.V.m. § 327f geregelt.³⁴ Während sie jedoch insbesondere bei objektiven

³⁰ BGBl. 2021 I 2133 und BGBl. 2021 I 2123; vgl. Martens, Rn.1.

³¹ Art. 229 §57 II EGBGB.

³² s. Staundiger/Artz, Rn.17 ff.

³³ Schulze in HK-BGB, § 327f BGB Rn.1.

³⁴ Martens, Rn. 259.

Anforderungen (§ 327e III) eine Rolle gespielt hat, hat der deutsche Gesetzgeber sie aufgrund ihrer speziellen und zentralen Bedeutung in einem gesonderten Paragraphen (§ 327f) behandelt und der RL entsprechend auf objektive Anforderungen (§ 327 III Nr.5 BGB) verwiesen.³⁵ Der Verweis auf § 327e III Nr.5 regelt nicht nur die Bereitstellung der Aktualisierungen, sondern auch die Informationspflicht über die Aktualisierungen für einen Unternehmer. Demnach muss der Unternehmer zuerst die neue Aktualisierung für einen Verbraucher bereitstellen und dann ihn darüber informieren, dass die Aktualisierung zur Installation verfügbar ist (§ 327f I 1) und welche Folgen eine unterlassene Installation hat (§ 327f II 1 Nr. 1). Deswegen ist § 327f tatsächlich zweigegliedert³⁶ und ergibt sich die Haftung des Unternehmers gem. § 327d i.V.m. § 327e III Nr.5 i.V.m. § 327f I 1 entweder bei einer Verletzung der Bereitstellung der Aktualisierungen oder bei Verletzung der Informationspflicht. Kann der Unternehmer allerdings wegen einer durch den Hersteller verursachten unterbliebenen Bereitstellung seine Pflicht gegenüber dem Verbraucher nicht erfüllen, so kann er gem. § 327u I den Ersatz seiner Aufwendungen gegen den Hersteller in Regress nehmen.³⁷

Unterlässt der Verbraucher dagegen eine Installation trotz der Information des Unternehmers und ordnungsgemäßer Installationsanleitung, so darf der Verbraucher sich auf Gewährleistungsrechte aus § 327i nicht berufen, da der Unternehmer nicht für einen Produktmangel haftet (§ 327f II).

Schließlich gehört die Aktualisierungspflicht bei Produktmangel noch gem. § 327e III Nr.3. zu subjektiven Anforderungen. Diese entspricht allerdings den vertraglich vereinbarten Aktualisierungen, die insbesondere bei Bestimmung des maßgeblichen Zeitraums an Bedeutung gewinnen.

³⁵ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (4).

³⁶ *Ebenda*.

³⁷ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.2.

2- Normzweck

Die neuen Vorschriften des BGB (§§ 327 ff.), insbesondere die Aktualisierungspflicht (§ 327f), dienen in Mitgliedstaaten nicht nur der Erhöhung der Rechtssicherheit inklusive Kostensenkung,³⁸ sondern auch der Cybersicherheit digitaler Produkte³⁹ und der damit verbundenen Stärkung des Verbrauchervertrauens.

Da sich digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen rasch weiterentwickeln und für Verbraucher oftmals vorteilhaft sein werden, müssen manche Aktualisierungen, Verbesserungen oder ähnliche Änderungen an solchen Produkten durchgeführt werden.⁴⁰ Mit anderen Worten erfordert die kontinuierliche Fortentwicklung und Veränderung des digitalen Produkts regelmäßige Aktualisierungen im Produkt, um Vertragsmäßigkeit aufrechtzuerhalten.⁴¹ In diesem Sinne weicht der § 327f vom Zweck der anderen Regelungen im Hinblick auf den Bereitstellungszeitraum der Aktualisierungen, der gem. § 327f I 3 von Erwartungen des Verbrauchers abhängig gemacht worden ist, ab.⁴² Denn der Unternehmer verpflichtet sich auch bei den auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten digitalen Produkten (z.B. Kauf einer Musik-CD), die neuen Aktualisierungen noch für längeren Zeitraum bzw. nach Bereitstellung des digitalen Inhalts oder digitaler Dienstleistung bereitzustellen⁴³, d.h. diese Verpflichtung kann im Rahmen des maßgeblichen Zeitraums auch über die Begrenzung des Gewährleistungszeitraums des Produkts hinausgehen.⁴⁴ Dies könnte unter Berücksichtigung eines einmalig geleisteten Kaufvertrags nicht nur zu gewissen Elementen eines Dauerschuldverhältnisses,⁴⁵ sondern auch zu einer praktisch

³⁸ Schulze in HK-BGB, §§327- 327u BGB Rn.2.

³⁹ Hessel/Potel, RDt 2022, Rn.34.

⁴⁰ DfRL Erw. Gr. 74.

⁴¹ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn. 1.

⁴² Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (6).

⁴³ Schulze in HK-BGB, §§327- 327u BGB Rn.2.

⁴⁴ AaO §327f Rn.8; so auch Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.1.

⁴⁵ Kramme, RDt 2021, 20 (25).

unkalkulierbaren Rechtslage für Unternehmer führen.⁴⁶ Beispielsweise lässt sich gerade nicht sicher abschätzen, wie lange Softwareaktualisierungen für Computer oder Handys nach ihrer Lieferung bereitgestellt werden müssen. Das soll aber in Zukunft durch Gerichtsentscheidungen konkretisiert werden.⁴⁷

Letztendlich werden die Vorschriften aus der DURL und §§ 327 ff. nicht für solche Fälle gelten, in denen ein neuer Vertrag für die Herausgabe einer weiterentwickelten Version des digitalen Produkts abgeschlossen wird.⁴⁸

III. Praktische Anwendungsfälle der Aktualisierungspflicht

Die neuen Vorschriften betrifft das Nutzungsverhalten von Verbrauchern, die immer mehr mit digitalen Produkten wie Smartprodukten, Social-Media-Plattformen in Berührung kommen und Medien wie Musik, Filme oder Bücher digital über Streaming-Dienste herunterladen. Dabei fühlen sich viele Nutzer oft ungeschützt oder unerfahren, wenn sie mit einem Problem über diese Produkte konfrontiert sind.⁴⁹ Um die Probleme bei der Bereitstellung von digitalen Produkten anzugehen, führt die DURL zahlreiche Beispiele an, wie „Computerprogramme, Anwendungen, Videodateien, Musikdateien, digitale Spiele, elektronische Bücher, Software-as-a-Service, wie die gemeinsame Nutzung von Video- oder Audioinhalten und andere Formen des Datei-Hosting, Textverarbeitung oder Spiele, die in einer Cloud-Computing-Umgebung und in sozialen Medien angeboten werden.“⁵⁰ Daneben werden neue Vorschriften auch auf körperliche Datenträger, unabhängig von der Art der Datenübermittlung und der Gewährung des Zugangs zu den für die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen verwendeten Datenträgern, Anwendung finden,

⁴⁶ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (6).

⁴⁷ *Ebenda*.

⁴⁸ DURL, Erw.Gr. 75.

⁴⁹ Heydn, CR 2021, 709 (709).

⁵⁰ DURL Erw. Gr. 19.

weil sie zahlreiche Bereitstellungsweisen für digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen in der Praxis umfassen sollten.⁵¹

Da die DIRM und WKRL zusammen verabschiedet wurden, haben sie eine enge Beziehung hinsichtlich der Anwendungsfälle, müssen aber auch voneinander abgegrenzt werden.⁵² Wenn bspw. ein Verbraucher von einer bekannten Marke einen Kühlschrank kauft, der in einer Weise digitale Elemente wie Abspeicherung der Stimmen oder eine digital hergestellte Alarmanlage enthält, können beide Richtlinien gleichzeitig auf diesen Verbrauchervertrag Anwendung finden. Um die Abgrenzung im deutschen Recht besser zu realisieren, steht im § 327a der neue Begriff „Paketvertrag“, der dazu führt, dass die spezifischen Vorschriften über digitale Produkte (§§ 327 ff.) i.d.R. nur auf diejenigen Bestandteile des Paketvertrags angewendet werden, welche die digitalen Produkte betreffen (§ 327a I 2). Dies bedeutet, dass die Bestimmungen bzgl. der Aktualisierungspflicht nur für diejenigen Bestandteile eines Verbrauchervertrags, die ein digitales Produkt enthalten, gelten. Wird etwa ein Computerspiel aus dem App-Store heruntergeladen, stellt es ein digitales Produkt dar und muss gem. §§ 327e und 327f aktualisiert werden.⁵³ Kauft der Verbraucher das Spiel allerdings mit einer CD, liegt ein Paketvertrag, der sowohl das digitale Produkt (Computerspiel) als auch gem. § 327 V einen körperlichen Datenträger (CD) enthält, vor.⁵⁴ In diesem Schuldverhältnis müssen die Aktualisierungen für das Computerspiel sichergestellt werden. Allerdings ist zu beachten, dass der Paketvertrag keine inhaltliche Verbundenheit oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Leistungspflichten darstellt, wie dies zum Beispiel bei verbundenen Verträgen im Sinne des § 358 oder zusammenhängenden Verträgen

⁵¹ *Ebenda*.

⁵² Spindler, MMR 2021, 451 (452).

⁵³ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (19).

⁵⁴ *Ebenda*.

im Sinne des § 360 der Fall ist. Er drückt nur eine Kombination der unterschiedlichen Elemente aus.⁵⁵

Daneben sehen beide Richtlinien eine andere Abgrenzung für Anwendungsfälle durch den Begriff „Waren mit digitalen Elementen“ vor. Dieser bleibt, wie oben erwähnt, im Anwendungsbereich der WKRL und setzt Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, aber ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können, voraus.⁵⁶ In der Praxis ist es aber manchmal nicht einfach zu unterscheiden, nach welchen Kriterien digitale Produkte oder Waren mit digitalen Elementen bestimmt werden. Ein Beispiel hierfür kann anhand eines Smartphones angeführt werden. Während ein Betriebssystem (wie Android 12.0 bei Samsung S21 oder iOS 16 beim iPhone 14) oder eine Kalender-App ein übliches digitales Element des Smartphones darstellt und der WKRL unterliegt, werden andere Anwendungen wie Spiele oder Fitness-Apps, die zusätzlich im App-Store oder bei Google Play heruntergeladen werden können, lediglich als digitale Produkte bezeichnet und im Anwendungsbereich der DURL angesehen.⁵⁷ Ein konkreteres Beispiel: Die Basis-Steuerungsapp (Watch) für die Apple Watch, die grundlegende Eigenschaften wie Uhreinstellungen oder Schrittzähler einstellt, wird beim Kauf eines iPhones im Handy schon mitgegeben. Dadurch trifft diese zu einem digitalen Element. Sollte man allerdings eine andere Anwendung von App-Store für das Bildschirm des Smartwatches (z.B. Watch Faces&Widgets) oder für Notizen herunterladen, wird sie als digitales Produkt im Rahmen von DURL und §§ 327 ff. eingeschätzt.⁵⁸

Da die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen in Waren ständig weiterentwickelt und gegen Sicherheitsbedrohungen

⁵⁵ Reg-E 19/27653, 45.

⁵⁶ DURL, Erw. Gr. 21.

⁵⁷ Kern in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, *Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL*, 33 (48).

⁵⁸ Vgl. Kern in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, 33 (49) für weitere Beispiele wie Actionkamera oder Smarte Heimüberwachungssysteme siehe Kern, in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, 33(49,50).

geschützt werden sollen,⁵⁹ regelt der europäische Gesetzgeber die Aktualisierungspflicht auch für Waren mit digitalen Elementen. (Art. 6 I und Art. 7 III WKRL). Dementsprechend reguliert der deutsche Gesetzgeber sie im § 475b II als eine der Vertragsmäßigkeit voraussetzungen. Somit werden die unterbliebenen Bereitstellungen des digitalen Produkts oder fehlerhafte und unvollständige Aktualisierungen nach dem deutschen Recht als Sachmangel betrachtet.⁶⁰

Die Aktualisierungspflicht kann entweder mit einem Dauerschuldverhältnis oder mit den auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnissen erfolgen. Bei Dauerschuldverhältnissen umfasst sie in der Praxis viele Fälle, bspw. Aktualisierung eines sozialen Netzwerks (wie Facebook/Instagram)⁶¹ oder bei Streamingdiensten wie etwa Netflix, Spotify.⁶² Hier entspricht die Rechtslage bei der Aktualisierungspflicht tatsächlich der Rechtslage bei Mietverträgen für Abonnements digitaler Inhalte (§ 535 ff. BGB), sodass der Vertragsgegenstand für die gesamte Vertragslaufzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu halten ist.⁶³ Mit anderen Worten ist anzunehmen, dass der Zeitraum für Aktualisierungen bei dauerhaften Bereitstellungen dem Zeitraum für die Nacherfüllungspflicht entspricht.⁶⁴

Bei einmaligen Bereitstellungen wie z.B. Download eines Videos oder Übersetzung eines Dokuments durch ein entsprechendes Online-Tool⁶⁵ hat die Aktualisierungspflicht eine andere Bedeutung. So kann bspw. für den Kauf einer Sache eine Aktualisierungspflicht zur Mängelbeseitigung an der Sache innerhalb der zweijährigen Verjährungsfrist gemäß §§ 439 aus einer Nacherfüllungspflicht

⁵⁹ WKRL Erw. Gr.28.

⁶⁰ *Ebenda*.

⁶¹ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, *Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen: Das neue Gewährleistungsrecht auf dem Prüfstand*, 111 (115).

⁶² Kumkar, ZfPW, 306 (314).

⁶³ Ehle/Kreß, CR 2019, 723 (727).

⁶⁴ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.6.

⁶⁵ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst, Zöchling-Jud, 111 (115).

abgeleitet werden.⁶⁶ Dennoch kann sie bei einmaliger Bereitstellung eines digitalen Produkts (z.B. Kauf einer Software) deutlich über diese Frist hinausgehen.⁶⁷ Wenn das digitale Produkt also zunächst bei Bereitstellung mangelfrei ist, aber dann nach der Bereitstellung von seiner „Soll-Beschaffenheit“ abweicht, so muss diese Abweichung durch die Aktualisierungspflicht beseitigt werden.⁶⁸

IV. Adressat der Aktualisierungspflicht

Die praktische Anwendung der Aktualisierungspflicht ist dadurch eingeschränkt, dass der Nutzer in der Praxis keine vertragliche Beziehung zum Hersteller hat.⁶⁹ Der Nutzer (Verbraucher) schließt bei digitalen Produkten einen Vertrag meistens mit Letztverkäufer ab, was zu einem B2C-Verhältnis führt. Trotzdem werden die Updates in der Praxis vom Hersteller bereitgestellt und die weiteren Bereitstellungen von ihm abhängig gemacht.⁷⁰ Zudem hat der Hersteller die Fachkenntnisse, technische Erfahrung und Möglichkeit, um diese Updates zu erstellen. Der Verkäufer hingegen ist meistens nicht imstande, um dem Dritten technische Angelegenheit wie Updates oder Upgrades zur Verfügung zu stellen.

In der Lieferkette kommt häufig sogar nicht zu einem direkten Rechtsverhältnis zwischen dem Hersteller und dem Verkäufer; sondern zu einer langen Kette, die vom ersten Hersteller bis zu Lieferanten und Endverkäufer mehrere Rechtsverhältnisse umfasst. Dieses Problem wollte der deutsche Gesetzgeber im Lichte des Art. 20 DURL lösen, sodass der Verkäufer (Unternehmer) den Ersatz der Aufwendungen gem. § 327u von seinem Vertriebspartner verlangen kann, die durch den Vertriebspartner verursachten Verletzung der Aktualisierungspflicht entstanden sind. Im Hinblick auf Verbraucherinteresse ist aber beachtenswert, dass der

⁶⁶ Ehle/Kreß, CR 2019, 723 (727).

⁶⁷ DURL Erw. Gr. 47.

⁶⁸ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn. 6.

⁶⁹ Raue, NJW 2017, 1841 (1843).

⁷⁰ Janssen in Smart Products, *The Update Obligation for Smart Products*, 91 (97).

Vertriebspartner hier nur gegen den Verkäufer zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet und wird nicht dazu gezwungen, dem Verbraucher die Updates bereitzustellen.⁷¹ Nach DURL ist entscheidend, den Umfang des Rechtsverhältnisses in der Vertriebskette festzulegen und sicherzustellen, dass der Unternehmer seine Rechte gegenüber anderen Vertriebspartnern oder dem Hersteller ausüben kann, obwohl er gegenüber dem Verbraucher allein haften sollte.⁷² Oder er kann die Abweichungsmöglichkeit, die ihm gem. § 476 I 1 unter bestimmten Formerfordernissen geboten wird, nutzen und die im § 475b IV objektive Anforderungen (inklusive Aktualisierungspflicht) im Vertrag ausschließen.⁷³

C. UMFANG DER AKTUALISIERUNGEN

I. Allgemeiner Hinweis auf Bereitstellung der Aktualisierungen

Die Regelung § 327f I zielt darauf ab, Art. 8 II DURL umzusetzen und sieht in dessen vor, dass der Unternehmer sicherzustellen hat, dem Verbraucher während des maßgeblichen Zeitraums die für Vertragsmäßigkeit erforderliche Aktualisierungen bereitzustellen und ihn über diese Aktualisierungen zu informieren. Die Sicherheitsaktualisierungen gelten auch gem. §327 I 2 als eine der erforderlichen Aktualisierungen.

Unter einer Aktualisierung wurde hiermit eine Änderung in digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen normiert, um das digitale Produkt im Vergleich zum bisherigen Zustand zu verbessern.⁷⁴ Diese umfasst durch richtlinienkonforme Auslegung sowohl „Updates“ als auch „Upgrades“.⁷⁵ Mit Update ist grundsätzlich Korrektur von Fehlern oder eine neue Version der Software oder

⁷¹ Lorenz, NJW 2021, 2065 (2068).

⁷² DURL Erw.Gr.78.

⁷³ Biermann, DAR 2022, 134 (135).

⁷⁴ Fries in BeckOGK, §327f BGB Rn.9.

⁷⁵ Kramme, RDt 2021, 20 (25).

Beseitigen von Sicherheitslücken gemeint, während mit Upgrade neue Funktionen oder grundlegende Verbesserungen im digitalen Produkt erfasst wurden.⁷⁶ Daneben können unter Updates alle Änderungen am digitalen Produkt verstanden werden, die für Verbraucher vorteilhaft sind und mindestens in seinem Interesse liegen.⁷⁷ Wenn diese Änderungen i.R.v. objektiven Anforderungen (§ 327e III Nr.5) behandelt werden, dann müssen sie erst für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich erscheinen, sodass das digitale Produkt ohne diese Änderung einen Mangel aufweisen könnte.⁷⁸ Bspw. Sicherheitsupdates oder Anpassungen des Produkts an technische Standards⁷⁹ können als erforderliche Aktualisierungen genannt werden. Auf der anderen Seite können die Parteien während des Vertragsschlusses über § 327f hinausgehende Aktualisierungen auch vereinbaren. Diese stellen dann i.R.d. Produktmangels subjektive Anforderungen (§ 327e II Nr.3) dar.⁸⁰ Ohne spezielle Vereinbarung sollte aber nicht angenommen werden, dass jede Funktionserweiterung eine Aktualisierung ist. So muss bspw. ein Buchhandel die jährlich neuerscheinenden Auflagen eines E-Books im Rahmen der Aktualisierungspflicht dem Leser nicht schicken.⁸¹

Der Begriff „Bereitstellung“ wird anhand der Differenzierung der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen im § 327b III und IV definiert.⁸² Demnach erfolgt die Bereitstellung erst, wenn der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen unmittelbar oder mittels einer von ihm im BGB bestimmten Einrichtung zugänglich gemacht hat. Dies kann hinsichtlich der Aktualisierungen in die Praxis umgesetzt werden, indem der Unternehmer dem Verbraucher geeignete Mittel bspw. Hardware oder Zugangsschlüssel zum Herunterladen der

⁷⁶ Schreiber/ Esser, Rn. 51; so auch Schippel, K&R 2021, 151 (151), abrufbar unter: online.ruw.de (6.4.2023).

⁷⁷ Martens, Rn. 263.

⁷⁸ Staundiger/Artz, Rn. 419.

⁷⁹ AaO Rn. 421.

⁸⁰ Metzger in MüKoBGB, §327e BGB Rn.19.

⁸¹ Staundiger/Artz, Rn. 419.

⁸² Hessel/Potel, RDt, 2022, Rn.8.

Aktualisierung anbietet.⁸³ Bei Bereitstellung i.S.v. § 327b wäre es auch möglich, digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen durch eine DVD oder einen USB-Stick zu liefern.⁸⁴ Allerdings ist in der Praxis vielmehr üblich, dass digitale Produkte automatisch aktualisiert werden. Eine automatische Bereitstellung der Aktualisierung kann aus rechtlicher Sicht insbesondere bei Betriebssystemen und Anwendungssoftware erfolgen, solange der Unternehmer seine Kunden darüber ordnungsgemäß informiert.⁸⁵ D.h. die Bereitstellung kann im Zusammenhang mit weiterer Auslegung der §§ 327e II, III und 327f und mit Zustimmung des Verbrauchers⁸⁶ auch die durch Unternehmer selbst geleistete Aktualisierungen umfassen.⁸⁷ Es ist i.d.R. nicht entscheidend, ob eine solche Zustimmung ausdrücklich oder konkludent erfolgt.⁸⁸ Allerdings müssen bei einer durch AGB erteilten Einwilligung zur automatischen Installation die Vorschriften zur AGB-Kontrolle berücksichtigt werden.⁸⁹

Der Unternehmer darf nach DURL keine zusätzlichen Kosten oder Daten für die Entwicklung einer aktualisierten Version digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen verlangen.⁹⁰

Auch wenn der § 327f I ausdrücklich beinhaltet, dass diese Pflicht dem Unternehmer auferlegt, kann er sie durch andere Personen erfüllen. Aufgrund unpersönlicher Formulierung des Art. 8 DURL und des § 327e ist es ihm noch möglich, einen Dritten, bspw. den Hersteller, zur Bereitstellung der Aktualisierung oder zur deren Information zu tätigen, sodass der hier gem. § 278 als Erfüllungsgehilfe eine Rolle spielen kann.⁹¹

⁸³ Spindler, MMR 2021, 451(453).

⁸⁴ Kühner/Pilz, CR 2021, 1 (5).

⁸⁵ Ehle/Kreß CR 2019, 723 (728); so auch Fries in BeckOGK, §327f BGB, Rn.11.

⁸⁶ *Stellvertretend* Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.16; so auch Ehle/Kreß, CR 2019, 723 (728).

⁸⁷ Martens, Rn. 260.

⁸⁸ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.16.

⁸⁹ Für weitere Informationen s. Kapitel „H.“ in der Arbeit.

⁹⁰ DURL Erw.Gr. 64.

⁹¹ Reg-E 19/27653, 59; Staundiger/Artz, Rn.420.

II. Sicherheitsaktualisierungen

Soweit die Abhängigkeit an digitale Produkte wächst, taucht für Verbraucher eine neue Gefahr über Cyberangriffen auf. Als ein Beispiel ist das Gesamtvolumen bei IoT (Internet-of-Things) Schadsoftware im Jahr 2022 um 87% gegenüber dem Vorjahr angestiegen.⁹² Die Höhe des Verbrauchervertrauens hingegen nimmt für IT-Sicherheit vernetzter Produkte (etwa 34%) immer mehr ab.⁹³ Deswegen steigt die Tendenz eher an, den Verbraucher zu schützen, indem die Haftung von Unternehmer oder Hersteller des digitalen Produkts aufgrund Sicherheitslücken im digitalen Produkt geregelt wird (§§ 327i, 327r).

In diesem Zusammenhang nennt DIRM als Zweck der Aktualisierungspflicht, dass digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen vertragsgemäß und sicher bleiben.⁹⁴ Allerdings lässt sie die im Unionsrecht oder im nationalen Recht festgelegten Verpflichtungen zur Bereitstellung von Sicherheitsaktualisierungen unberührt. Der deutsche Gesetzgeber berücksichtigt mit § 327f I 2 die Sicherheitsaktualisierungen als eine von erforderlichen Aktualisierungen, da sie zu Sicherheit und Funktionalität des digitalen Produkts einen großen Beitrag leisten können.⁹⁵ So kann Wartungsverträge bezüglich des digitalen Produkts in Praxis mehr eingesetzt werden.⁹⁶

Sicherheitsaktualisierungen sind auch im Sinne von objektiven Anforderungen § 327e Nr.3 BGB zu verstehen. Was aber die Sicherheit betrifft, ist sowohl in Richtlinien als auch im BGB nicht definiert.⁹⁷ Dabei geht es zuerst um Sicherheit von Daten.⁹⁸ Die Verbraucher können nunmehr nach neuen Bestimmungen im BGB

⁹² S. die Studie „2023 Sonicwall Cyber Threat Report“, 4, abrufbar unter: sonicwall.com (aufgerufen am 19.05.2023).

⁹³ Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (438).

⁹⁴ DIRM Erw. Gr. 47.

⁹⁵ Hessel/Potel, RD 2022, Rn. 2.

⁹⁶ Schippel, K&R 2021, 151 (151); dazu Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (438).

⁹⁷ Gelbricht/Timmermann, NJOZ 2021, 1249 (1251).

⁹⁸ Grüneberg in Grüneberg, §327e BGB Rn.7.

und in DIRM ihre Gegenleistungen durch Preisgabe ihrer personenbezogenen Daten erbringen. Der Grundsatz sog. „Zahlen mit Daten“ oder „Daten als Gegenleistung“ erfordert den Schutz dieser Daten, die vom Verbraucher an Unternehmer anvertraut wurde. In diesem Umfang sind Sicherheitsaktualisierungen insoweit wichtig, dass sie das Vertrauen und die Sicherheit der Verbraucher aufbauen oder deutlich erhöhen können.⁹⁹

Vor der Neuerung in digitalen Produkten war es umstritten, ob eine Sicherheitslücke in einem digitalen Produkt bspw. in einer Software zum Mangel führen kann. Nach einer Entscheidung des OLG Köln wurde es zum Ausdruck gebracht, dass die Sicherheitslücken bei einem Smartphone keinen Mangel aufweisen, wenn die Verkehrsfähigkeit des Betriebssystems seine Leistung noch erbringen könne.¹⁰⁰ Mit Aufnahme der neuen Regeln wurde in der Literatur dementsprechend angeführt, dass eine Sicherheitslücke nicht zum Mangel führe, wenn sie von Funktionalität des digitalen Produkts nicht nachteilig abweiche.¹⁰¹ So § 327e III Nr.2 erklärt „... der Sicherheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist und die der Verbraucher unter Berücksichtigung der Art des digitalen Produkts erwarten kann.“ Der Gesetzgeber deutete hier und auch im Wortlaut von § 434 III eher darauf hin, dass nicht alle Sicherheitslücken zu einem Mangel führen könnten.¹⁰² Allerdings lässt sich noch nicht feststellen, welche Kriterien hier zu erachten sind. Man spricht davon, dass die Gefahr über Cyberangriffe im Hinblick auf Nutzung der Software in Betracht kommen.¹⁰³ Dabei könnten Fehlerdichte, Anzahl und Schwere der vorhandenen Sicherheitslücken oder allgemeine Einhaltung bestimmter Sicherheitsstandards zur Feststellung der Mangelfreiheit eine Rolle spielen.¹⁰⁴

⁹⁹ Hessel/Potel, RDi 2022, Rn.2.

¹⁰⁰ OLG Köln Urteil vom 30.10.2019 - 6 U 100/19 Rn.77.

¹⁰¹ Rockstroh/Peschel, NJW 2020, 3345 (3350).

¹⁰² Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (437).

¹⁰³ Stellvertretend Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (437).

¹⁰⁴ Dazu s. Rockstroh/Peschel, NJW 2020, 3345 (3347).

Andererseits kann nach bisheriger Rechtsprechung des BGH eine Sicherheitslücke in einem digitalen Produkt für einen Mangel genügen, wenn die Nutzung des Produkts aus diesem Grund abgenommen und sich dadurch das Risiko eines großen wirtschaftlichen Schadens erhöht hat, obwohl die Sicherheitslücke die Funktionsfähigkeit des digitalen Produkts nicht beeinträchtigt.¹⁰⁵ Dementsprechend wird in Begründung der Regierung für § 327f darauf hingewiesen, dass eine Aktualisierungspflicht zur Behebung des Sicherheitsmangels vorliegt, auch wenn der Sicherheitsmangel keine Auswirkung auf die Funktionsfähigkeit der Sache hat.¹⁰⁶ In der Literatur wird daher auch die Auffassung vertreten, dass jede erkennbare Sicherheitslücke in einer Software dem Softwareanbieter als Mängelhaftung auferlegen sollte, da dies viel effizienter, günstiger und erfolversprechender Weg sei.¹⁰⁷

Ein anderer Punkt im Rahmen von Sicherheitsaktualisierungen ist die Frage, wie lange der Unternehmer zur Bereitstellung der Sicherheitsaktualisierungen verpflichtet ist. Denn es ist manchmal aus technischen Gründen schwierig, eine Schwachstelle („Bugs“) in einem digitalen Produkt zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs festzustellen.¹⁰⁸ Dies kann jedoch erst durch die Anwendung nach vielen Jahren erfolgen.¹⁰⁹ Als ein aktuelles Beispiel dafür, kann die im Mitte Dezember 2021 nach sieben Jahren seiner Veröffentlichung festgestellte Sicherheitslücke „Log4Shell“ in der Java Bibliothek angeführt werden.¹¹⁰ In diesem Punkt lässt sich einerseits anführen, dass die Entdeckung solcher Sicherheitslücke außerhalb vom Zeitraum des Gefahrübergang nicht auf Mangel hinweisen sollte, da sie zu diesem Zeitpunkt technisch nicht möglich oder konkret war.¹¹¹ Andererseits könnte es auch begründet werden, dass das digitale Produkt in Zukunft auch genutzt werden kann, aber der Verbraucher

¹⁰⁵ BGH-Urteil vom 26.4.2017- VIII ZR 80/16; *dazu noch* Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (437).

¹⁰⁶ Reg-E 19/27653, 59.

¹⁰⁷ S. Raue, NJW 2017, 1841 (1843).

¹⁰⁸ *Vgl.* Metzger, JZ 2019, 577 (580).

¹⁰⁹ Schreiber/Esser, Rn.51; so auch Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (439).

¹¹⁰ Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (439).

¹¹¹ Schreiber/Esser, Rn.51.

technisch unerfahren bleibt, um diese Lücke zu beheben. Unter Berücksichtigung der neuen Regeln, dass der Zeitraum der Sicherheitsaktualisierungen über Verjährungsfrist hinausgehen kann, kann der Unternehmer auch nach Jahren zur Behebung eines neu entdeckten Sicherheitsmangels durch Aktualisierung verpflichtet.¹¹²

Angesicht der technischen Unerfahrenheit des Verbrauchers kommt es zum Thema „die Zwangsaktualisierungen“, die weder im BGB noch im Regierungsentwurf deutlich erklärt wurde.¹¹³ Gem. § 327e II hat der Verbraucher die vom Unternehmer bereitgestellten Aktualisierungen zu installieren. Für unterlassene Installation sieht § 327f II keine Haftung des Unternehmers für Produktmangel vor. Damit ergibt sich aus den Vorschriften des BGB, dass der Verbraucher bei der Entscheidung der Durchführung von Updates frei gelassen wird.¹¹⁴ Dies könnte jedoch hinsichtlich der Sicherheitsupdates zu einer kritischen Lage führen, weil der Verbraucher meistens dazu keine technischen Vorkenntnisse oder kein Interesse hat wie der Unternehmer.¹¹⁵ Fraglich wäre deshalb, ob eine Schutzpflicht in Gestaltungsform der Zwangsaktualisierung für Unternehmer vorliegt.¹¹⁶ Kommt das große Schädigungsrisiko wegen Sicherheitslücken in Betracht, könnte solche Pflicht bejaht werden.¹¹⁷ Warnt der Unternehmer allerdings den Verbraucher vor Schadenspotenzial der Sicherheitslücke, sollte der Verbraucher frei entscheiden können, sodass eine Zwangsaktualisierung nach Umständen nicht als Angriff der Privatsphäre des Verbrauchers angesehen wird.¹¹⁸

¹¹² S. Kapitel D. II. in der Arbeit.

¹¹³ Spindler, MMR 2021, 451 (456).

¹¹⁴ DIRL Erw. Gr. 47.

¹¹⁵ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jüd, 111 (125).

¹¹⁶ Spindler, MMR 2021, 451 (456).

¹¹⁷ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jüd, 111 (125).

¹¹⁸ Spindler, MMR 2021, 451 (456); auch Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.16.

III. Vereinbarte Aktualisierungen

Nach § 327e II Nr.3 entspricht ein digitales Produkt den subjektiven Anforderungen, wenn die im Vertrag vereinbarten Aktualisierungen während des nach Vertrag maßgeblichen Zeitraums bereitgestellt werden. Grundsätzlich lässt der Gesetzgeber hier die Parteien frei, Umfang, Art oder Dauer der Aktualisierung zu vereinbaren¹¹⁹ und sieht keine inhaltliche Beschränkung vor.¹²⁰ Dadurch haben die Unternehmer nach wie vor die Möglichkeit, Aktualisierungen im digitalen Produkt durch einzelne Verträge¹²¹ oder sog. „Nutzungsbedingungen“¹²² zu vereinbaren. In der Praxis ist es auch möglich, die Produkteigenschaften oder die Bedingungen der Bereitstellung der Aktualisierung, wie bei Weiterlauf des Videostreaming ohne Unterbrechung oder Angebot zum Download, konkludent zu vereinbaren.¹²³

Die Voraussetzungen für die Abweichungsmöglichkeit durch vertragliche Vereinbarungen finden sich in § 327h.¹²⁴ Demnach kann von den objektiven Anforderungen nach § 327e III 1 und 2 und § 327f I und § 327g nur abgewichen werden, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal des digitalen Produkts von diesen objektiven Anforderungen abweicht, und diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wurde. Dadurch kann die Aktualisierungspflicht im Rahmen von objektiven Anforderungen nur in manchen Konstellationen wie Festlegung der Lebensdauer eines digitalen Produkts¹²⁵ abgedungen werden.¹²⁶ In der Praxis erfolgt diese durch Anklicken eines Kästchens oder Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer

¹¹⁹ Metzger in MüKoBGB, § 327e BGB Rn. 19.

¹²⁰ Martens, Rn.265.

¹²¹ Hessel/Potel, RDt 2022, Rn.26.

¹²² Metzger, JZ 2019, 577 (579).

¹²³ Metzger in MüKoBGB, §327e BGB Rn.20; a.A. Wendland in BeckOK, § 327e BGB Rn. 68.

¹²⁴ Reg-E, 19/27653, 25.

¹²⁵ Hessel/Potel, RDt, 2022, Rn. 28.

¹²⁶ Staundiger/Artz, Rn. 419.

ähnlichen Funktion.¹²⁷ Eine Vereinbarung durch vorangekreuzte Kästchen oder nachträgliche Zustimmung bzw. AGB ist allerdings nicht zulässig.¹²⁸ Trotzdem bleibt die Anwendbarkeit der Vorschriften über AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) bestehen, da DIRM diesbezüglich keine spezifische Regelung gebracht hat.¹²⁹ D.h. es muss ein eindeutiger Hinweis auf Nutzungsbedingungen erfolgen, indem der Verbraucher die Willen zur Einbeziehung der Nutzungsbedingungen in den Vertrag gut erkennt.¹³⁰

Gem. § 327s I kann sich der Unternehmer auf eine Vereinbarung mit dem Verbraucher nicht berufen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften dieses Untertitels abweicht, es sei denn, die Vereinbarung wurde erst nach der Mitteilung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer über die unterbliebene Bereitstellung oder über den Mangel des digitalen Produkts getroffen. Damit ist Aktualisierungspflicht i.d.R. auch kein Bereich, von dem der Unternehmer zum Nachteil des Verbrauchers abweichen kann. Eine vergleichbare Vorschrift steht hinsichtlich der Waren mit digitalen Elementen im § 476 I 2.

Die vereinbarten Aktualisierungen gewinnen insbesondere an Bedeutung, wenn ein kürzerer Zeitraum für Aktualisierungspflicht von beiden Parteien festgelegt wurde.¹³¹ Die Unbestimmtheit über den Bereitstellungszeitraum führt zur unvorhergesehenen Rechtslage für Unternehmer, da er aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände oder der Art des Vertrags die Verbrauchererwartungen berücksichtigen muss. (§ 327f I 3 Nr. 2).

Ogleich die Informationspflicht des Unternehmers in subjektiven Anforderungen § 327e II Nr.3 nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, bleibt der Unternehmer aufgrund seiner Nebenpflicht (§ 242)

¹²⁷ DIRM Erw.Gr.49.

¹²⁸ Reg-E 19/27653, 62.

¹²⁹ Spindler, MMR 2021, 451 (456).

¹³⁰ Schreiber/Schreiber, Rn. 200.

¹³¹ Staundiger/Artz, Rn. 388.

verpflichtet,¹³² den Verbraucher über Bereitstellung der neuen Aktualisierungen zu informieren.

D. VORAUSSETZUNGEN EINER VERTRAGSMÄßIGEN AKTUALISIERUNG (§ 327f I BGB)

I. Erforderlichkeit für Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts

Die Aktualisierungspflicht erfasst nach § 327f nur solche Aktualisierungen, die zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind. Bei der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts werden subjektive Anforderungen und objektive Anforderungen gem. §§ 327d i.V.m. 327e abgestellt.¹³³ In diesem Umfang muss die Aktualisierung im Hinblick auf Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität, Kontinuität und Sicherheit des digitalen Produkts erforderlich sein.¹³⁴ Bspw. kann eine neue geschaffene Technik, eine Sicherheitslücke¹³⁵ oder Beseitigung eines Softwaredefekts¹³⁶ im digitalen Produkt die Aktualisierung erfordern. So muss ein Mangel im digitalen Produkt, der bei Bereitstellung der digitalen Inhalte oder der digitalen Dienstleistungen entsteht, durch Aktualisierungspflicht beseitigt werden.¹³⁷ Dies gilt auch bei einmaligen Bereitstellungen, obwohl die Kompatibilität und die Kontinuität für Aktualisierungspflicht einen Dauercharakter schaffen.¹³⁸ Somit muss der Anbieter auch nach der Bereitstellung die Abweichungen im Produkt mit der Aktualisierung beheben, um gegen den Verbraucher gem. § 327i nicht zu verpflichten.¹³⁹ Wenn sich die Bedingungen vom digitalen Markt verändert und digitalen Elemente deshalb mit der geänderten

¹³² Martens, Rn. 261.

¹³³ RegE, 19/27653, 59.

¹³⁴ Jacoby/von Hinden, §327f Rn.2; auch Schulze in HK-BGB, § 327f BGB Rn.4.

¹³⁵ Fries in BeckOGK, §327f BGB Rn.10.

¹³⁶ Schippel, K&R 2021, 151 (151) abrufbar unter: online.ruw.de (06.04.2023).

¹³⁷ Ehle/Kreß, CR 2019, 723(728).

¹³⁸ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (21).

¹³⁹ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.6.

digitalen Umgebung nicht mehr kompatibel aussieht, ist die Aktualisierung ebenso erforderlich.¹⁴⁰

Die Aktualisierung kann in Bezug auf Waren mit digitalen Elementen (WKRL) erforderlich erscheinen. Sollten die Voraussetzungen einer Aktualisierung für eine Kaufsache erfüllt werden, unabhängig davon, ob diese mit Internet verbunden oder auf anderem technischem Weg ein Fernzugriff erfolgen kann, muss dem Verbraucher eine Aktualisierung zur Verfügung gestellt werden.¹⁴¹ Wenn die Verletzung der Aktualisierungspflicht einen Sachmangel verursacht, beschränkt sich der Umfang der Aktualisierungspflicht auf Aktualisierung der digitalen Elemente.¹⁴²

Fraglich ist allerdings, inwiefern die Neuerungen im digitalen Produkt erforderlich erscheinen könnten. Denn die Aktualisierung im weiteren Sinne (Modification-Änderung) kann in deutscher Sprachfassung sowohl Updates (Aktualisierung) als auch Upgrades (Verbesserung) umfassen. Dafür ist es zu sagen, dass die Verbesserungen i.d.R. nicht erforderlich sind, wenn sie keine Rolle spielen, um die Vertragsmäßigkeit des Produkts aufrechtzuerhalten.¹⁴³ Denn es geht bei Aktualisierungspflicht nicht um Bereitstellung einer neuen Version, sondern um ständige Verfügbarkeit der vorhandenen Funktion, um den Verbraucher zum Ziel zu führen.¹⁴⁴ Damit werden insbesondere leistungssteigernde bzw. funktionserweiternde Aktualisierungen (sog. Upgrades) nicht im Rahmen von Aktualisierungspflicht verstanden, wenn sie nicht vertraglich vereinbart wurden.¹⁴⁵ Deswegen hat der Verbraucher i.d.R. keinen Anspruch darauf, durch Aktualisierung eine bessere Leistung vom digitalen Produkt zu erhalten.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/ Zöchling-Jud, 111 (122); a.A: Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (21).

¹⁴¹ Reg-E, 19/27424, 33.

¹⁴² Reg-E, 19/27424, 33.

¹⁴³ Fries in BeckOGK, §327f BGB Rn.10.

¹⁴⁴ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (22).

¹⁴⁵ Spindler, MMR 2021, 451(455); Staundiger/Artz, Rn.421.

¹⁴⁶ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/ Zöchling-Jud, 111 (123).

Die Frage, inwieweit die Aktualisierungen für ein digitales Produkt erforderlich sind, hängt auch von zeitlicher Hinsicht der Aktualisierungspflicht ab. So darf der Verbraucher z.B. bei den in einem Kraftfahrzeug integrierten Geräten wie Navigationssystemen oder Unterhaltungselektronik während der Nutzungsdauer vernünftigerweise erwarten, sodass die Aktualisierung für vertraglich vereinbarte Zusatzfunktionen notwendig erscheint.¹⁴⁷

Eine andere Frage ist, welche Aktualisierungen bei einmalig bereitgestellten digitalen Inhalten oder Dienstleistungen kostenlos zu geben sind. Geschuldet sind nur die Updates, die gem. § 327f I für Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich aussehen.¹⁴⁸ Man spricht davon, dass diese im Rahmen von Mangelbeseitigungspflichten im Gewährleistungszeitraum kostenlos sichergestellt werden, um die Vertragsmäßigkeit aufrechtzuerhalten.¹⁴⁹ Dagegen sollten darüber hinausgehende Aktualisierungen mit Wartungs- oder Supportsverträgen kostenpflichtig bestellt werden, um höheren Aufwand für Unternehmer und die damit verbundenen Preiserhöhungen zu verhindern.¹⁵⁰ Dieser Ansatz kann allerdings dem Verbraucherschutz und der Neuerung bzgl. Umwandlung der auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Verträgen ins Dauerschuldverhältnis widersprechen.

II. Maßgeblicher Zeitraum

Ein wichtiger Anhaltspunkt für die Aktualisierungspflicht ist der maßgebliche Zeitraum, der in den §§ 327e ff. mehrfach behandelt wird. Dieser Begriff ist ein wichtiger Maßstab nicht nur für die Dauer der Aktualisierungen, sondern auch für die Feststellung eines Produktfehlers. Die Bedeutung des maßgeblichen Zeitraums liegt insb. bei der Aktualisierungspflicht darin, dass die

¹⁴⁷ Reg-E, 19/27653, 59.

¹⁴⁸ Specht-Riemenschneider/Mehnert, ZfDR 2022, 313 (331).

¹⁴⁹ Ehle/Kreß, CR 2019, 723 (728).

¹⁵⁰ *Ebenda*.

Vertragsmäßigkeit nach Leistungsaustausch im Kaufrecht nicht mehr vom Zeitpunkt des Gefahrübergangs abhängt.¹⁵¹

Der maßgebliche Zeitraum wurde in § 327e I 3 und § 327f I 3 näher erklärt und dabei eine Differenzierung zwischen der dauerhaften Bereitstellung und allen anderen Fällen (insbesondere einmaliger Bereitstellung) vorgesehen.¹⁵² Trotz seiner im § 327f I 3 bestimmten Legaldefinition wurde er weder im BGB noch in der Richtlinie über digitale Inhalte konkretisiert, wie lange der Unternehmer verpflichtet ist, dem Verbraucher die erforderlichen Updates zur Verfügung zu stellen.¹⁵³ Um dieses Thema besser zu erörtern und um die gesetzliche Differenzierung zu berücksichtigen, wird der Begriff „maßgeblicher Zeitraum“ in dieser Arbeit ebenfalls mit einer binären Unterscheidung analysiert.

1- Bei dauerhaften Bereitstellungen

Eine dauerhafte Bereitstellung wird gem. § 327e III 3 als eine fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum genannt. Für solche Bereitstellung ist der maßgebliche Zeitraum der gesamte vereinbarte Zeitraum der Bereitstellung (Bereitstellungszeitraum). Ein Vertrag für fortlaufende Bereitstellung kann befristet (z.B. Zweijahresvertrag für Cloudspeicherung) oder unbefristet (z.B. Mitgliedschaft bei einer Plattform in sozialen Medien) abgeschlossen werden.¹⁵⁴ Allerdings ist sie nicht mit einem üblichen Dienstvertrag im nationalen oder EU Recht zu vergleichen.¹⁵⁵ Entscheidend ist, dass der Unternehmer in der Vertragslaufzeit dem Verbraucher den digitalen Inhalt oder digitale Dienstleistung ordnungsgemäß zur Verfügung stellt und die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts aufrechterhält.¹⁵⁶ Mit einer fortlaufenden Bereitstellung wird nicht immer eine langfristige Bereitstellung

¹⁵¹ Wilke, VuR 2021, 283 (286), Dazu noch Schulze in HK-BGB, § 327f BGB Rn.7 ff.

¹⁵² Schulze in HK-BGB, § 327f BGB Rn.3.

¹⁵³ Staundiger/Artz, Rn. 421.

¹⁵⁴ DIRL Erw.Gr. 57.

¹⁵⁵ Schulze/Zoll, EU Contract Law, Ch. 5, Rn.50.

¹⁵⁶ Schulze in HK-BGB, § 327f BGB Rn.7.

gemeint, beispielsweise hängt bei einem Video-Streamingdienst die Bereitstellung nicht von tatsächlicher Abspieldauer der Videos ab, handelt es sich jedoch um eine fortlaufende Bereitstellung über einen bestimmten Zeitraum.¹⁵⁷ Der Beginn der Bereitstellung ist der Zeitpunkt, wann der digitale Inhalt überlassen bzw. freigeschaltet worden ist.¹⁵⁸

Wenn der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung während des Zeitraums des befristeten oder unbefristeten Vertrags regelmäßig oder wiederholt bereitgestellt wird, sollte das als fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum berücksichtigt werden. Z.B. in einem Vertrag, in dem ein Antivirenprogramm für ein Jahr geschuldet und immer am ersten Tag des Monats in Vertragslaufzeit aktualisiert wird, hat der Unternehmer dem Verbraucher nur so lange über einen Zeitraum das digitale Produkt bereitzustellen, wie die festgelegte Vertragslaufzeit andauert.¹⁵⁹

2- Bei einmaligen Bereitstellungen

§ 327f I 3 Nr.2 sieht vor, dass die Dauer der Aktualisierungspflicht in allen anderen Fällen außerhalb der dauerhaften Bereitstellung vom Zeitraum, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks des digitalen Produkts und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, abhängt. Diese Fälle können insbesondere bei einmaligen Bereitstellungen (beispielhaft hier ist Herunterladen und Abspeichern eines E-Books auf persönliches Gerät) oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen (bspw. wöchentliche Links zum Herunterladen eines neuen E-Books) in Betracht kommen.¹⁶⁰ Da der Verbraucher hier einen unbefristeten Zugriff oder unbefristete Nutzungsrechte auf das digitale Produkt haben darf, muss Vertragsmäßigkeit noch auf einen einheitlichen Mindestzeitraum vom Unternehmer aufrechterhalten

¹⁵⁷ DIRL, Erw. Gr. 57.

¹⁵⁸ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (22).

¹⁵⁹ DIRL, Erw. Gr. 57.

¹⁶⁰ AaO Erw.Gr. 56.

werden und dem Verbraucher eine sicherere Lage bieten.¹⁶¹ Aufgrund des großen Spektrums der Produkte und solcher Rechtslage scheint es nicht sachgemäß, eine generelle oder feste Frist für Aktualisierungspflicht anzuführen.¹⁶² Deswegen stellt § 327f I 3 „die Verbrauchererwartung“ in den Mittelpunkt der Dauer der Aktualisierungspflicht sowie der Zeit der Vertragsmäßigkeit. In Art.8 II DURL und in Art 7. III WKRL wird vom Zeitraum erwähnt, den der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Der Begriff „vernünftigerweise (*reasonable expectations*)“ wurde während der Umsetzung der Richtlinien ins BGB nicht übernommen. Den Grund erklärt der Regierungsentwurf zur Umsetzung der WKRL, dass dieser Begriff im deutschen Recht nicht häufig verwendet wird und dass er schon geprüft werden sollte, um die Erwartungen eines durchschnittlichen Käufers zu beschreiben.¹⁶³ Die Verbrauchererwartung bleibt aber als ein abstrakter Begriff, da es noch festzustellen ist, was man unter Verbrauchererwartung oder Art und Zweck des digitalen Produkts verstehen sollte.

Die Verbrauchererwartung soll gem. § 327e III 1 Nr.2 im Rahmen der objektiven Anforderungen bestimmt werden.¹⁶⁴ Dieser Begriff ist als Erwartungshorizont eines durchschnittlichen Käufers zu verstehen.¹⁶⁵ Für konkrete Bestimmung der Dauer sind die Bedingungen der Einzelfälle zu berücksichtigen. Im Hinblick auf §475b Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen gibt der Regierungsentwurf manche konkreten Kriterien wie z.B. Aussagen in der Werbung, zur Herstellung verwendete Materialien, der Preis oder „LifeCycle“, der Sache und deren andauernden Vertrieb und der Umfang des ohne die Aktualisierung drohenden Risikos.¹⁶⁶ Bei einer

¹⁶¹ *Ebenda.*

¹⁶² Schulze in HK-BGB, §327f BGB Rn.8.; Spindler, MMR 2021, 451 (455).

¹⁶³ Reg-E, 19/27424, 33.

¹⁶⁴ Staundiger/Artz, Rn.423

¹⁶⁵ Reg-E, 19/27424, 33.

¹⁶⁶ *AaO*, 33.

integrierten Software kann man den Zeitraum an Lebensdauer des körperlichen Gegenstands zugrunde liegen.¹⁶⁷

Für Erwartung des Verbrauchers kommen Art und Zweck des digitalen Produkts als ein wichtiges Merkmal. So sollte ein digitales Produkt einen zeitlich begrenzten Zweck haben, erfüllt der Unternehmer seine Aktualisierungspflicht nur innerhalb von diesem begrenzten Zeitraum.¹⁶⁸ Z.B. bei einer Anwendung für die Teilnahme an einem bestimmten Ereignis, wie einem Fußballspiel¹⁶⁹ oder einer Konferenz oder einem Musikfestival¹⁷⁰, besteht keine Verpflichtung mehr zur Aktualisierung, nachdem das Ereignis stattgefunden hat. Oder z.B. bei Computerspielen können Erscheinungsintervalle (wie jede Saison erscheinende Sportsimulationsspiele) auf Verbrauchererwartung einen Einfluss haben.¹⁷¹ Des weiteren kommen manche Kriterien in Betracht, beispielsweise der maßgebliche Zeitraum bestimmt sich nach übliche Nutzungs- und Verwendungsdauer der Ware, wenn das digitale Produkt in einer Sache enthalten oder mit dieser verbunden ist.¹⁷² Auch bei höherwertigen Produkten, die grundsätzlich länger als zwei Jahre benutzt werden, kann einen längeren Bereitstellungszeitraum als Mängelgewährleistungszeitraum in Frage kommen.¹⁷³

Für die Bestimmung von Nutzungsdauer der digitalen Produkte i.S.v. Aktualisierungszeitraum könnten wissenschaftliche Forschungen¹⁷⁴, staatliche Regelungen oder bisherige Rechtsprechung in Betracht kommen. Z.B. kann man bei einem Smart Auto von einer durch Rechtsprechung gerechnete

¹⁶⁷ Bach, NJW 2019, 1705 (1707)

¹⁶⁸ DIRL Erw. Gr. 47; Wendland in BeckOK, § 327f BGB Rn.18.

¹⁶⁹ Schulze in HK-BGB, §327f BGB Rn.9.

¹⁷⁰ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.12.

¹⁷¹ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (23).

¹⁷² RegE, 19/27653, 59.

¹⁷³ Schöttle, MMR 2021, 683 (687); Martens, Rn. 271.

¹⁷⁴ Hessel/Potel, RDt 2022, Rn.11; bspw. eine Studie steht: Bundesverband der Verbraucherzentralen, Langlebige Produkte nutzen Verbraucher*innen und schonen das Klima, Meldung vom 26.11.2020, abrufbar unter: vzbv.de (26.03.2023).

Nutzungsdauer ausgehen. Demnach liegt eine durchschnittliche Gesamtfahrleistung eines Autos bei ca. 250.000 bis 300.000 km¹⁷⁵ und die jährliche Nutzung bei ca. 20.000 km. Das bedeutet, dass für ein Auto entsprechend seiner Nutzungsdauer ein Aktualisierungszeitraum von 12,5 bis 15 Jahren angenommen werden kann.¹⁷⁶

Als staatliche Vorschriften kann man das Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen bezüglich der steuerrechtlichen Abschreibungsmaßstäbe für Wirtschaftsgüter darstellen. Das Bundesministerium weist in diesem Schreiben vom 26.02.2021 darauf hin, dass die nach § 7 Absatz 1 EStG anzusetzende Nutzungsdauer für Computerhardware sowie Betriebs- und Anwendersoftware zur Datenverarbeitung und -eingabe eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von einem Jahr zugrunde gelegt werden kann.¹⁷⁷ Diese Regelung könnte sich einerseits aus Rechtssicherheitsgründen auf die Feststellung der Dauer der Aktualisierungspflicht beziehen¹⁷⁸; andererseits wäre sie nicht zielführend, weil einjährige Nutzungsdauer der Dauer für Mangelhaftigkeit, die die Mitgliedstaaten nach DIRM für Verbraucherschutz in ihrem nationalen Recht mindestens als 2 Jahre einführen müssen, widersprechen könnte.¹⁷⁹ Bei einem Handy ist hingegen eine 5-jährige Nutzungsdauer angenommen, was der Lebenserfahrung entsprechen kann.¹⁸⁰

Ein anderes praxisbezogenes Beispiel kann von steuerlicher Nutzungsdauer angeführt werden. So ist die steuerliche

¹⁷⁵ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (23); Für 250.000 km BGH Beschl. v. 9.12.2014 – VIII ZR 196/14 Rn. 3; für 300.000 km BGH Urt. v. 23.3.2021 – VI ZR 3/20 Rn. 11.

¹⁷⁶ OLG Köln Urt. v. 2.4.2020 – 18 U 60/19 Rn. 31.: „Die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Personenkraftwagen mit Dieselmotor lag 2018 bei 20.169 km/Jahr (...). Bei einer Nutzungsdauer von 15 Jahren und einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung von 20.000 km ergibt sich die vom Senat zugrunde gelegte Gesamtnutzung von 300.000 km.“ (aaO 18 (23)).

¹⁷⁷ Ein Beispiel: Bundesministerium für Finanzen, Nutzungsdauer von Computerhardware und Software zur Dateneingabe- und Verarbeitung, 26.02.2021, abrufbar unter: bundesfinanzministerium.de (26.3.2023) so auch Hessel/Potel, RD 2022, Rn.13.

¹⁷⁸ S. Hessel/Potel, RD 2022, Rn.13.

¹⁷⁹ S. Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435 (438).

¹⁸⁰ Kesisoglul/Lang, NJW 2023, 1009 (1013).

Nutzungsdauer bei bspw. Alarm- und Überwachungsanlagen als 11 Jahre dargestellt.¹⁸¹ Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung könnte die 11-jährige Frist für Smartphone-Apps, die mit Alarmanlagen gesteuert werden können, als Aktualisierungszeitraum in Betracht kommen.¹⁸² Oder für Foto-, Film-, Video- und Audiogeräte wie Fernseher, CD-Player, Kameras, Monitore ist die Nutzungsdauer als 7 Jahre vorgesehen, was ebenfalls in Bestimmung des maßgeblichen Zeitraums eine Bedeutung haben kann.¹⁸³

Außerdem scheint es im Rahmen vom in Art.20a GG verankerten und vom BVerfG geförderten Ansatz nach Nachhaltigkeit und Klimaschutz notwendig, die Aktualisierungspflicht so zu bemessen, dass für den Verbraucher kein Anreiz besteht, ein noch funktionsfähiges physisches Produkt wegen fehlender Aktualisierungen auszutauschen oder zu ersetzen.¹⁸⁴ Zu diesem Zweck könnten die Bestimmungen der Durchführungsverordnungen zur Ökodesign-RL 2009/125/EG geeignete Kriterien zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitraums festlegen.¹⁸⁵ Da der Erwägungsgrund der DIRL jedoch keinen ausdrücklichen Verknüpfungsregel mit Ökodesign-RL bestimmt hat,¹⁸⁶ ist es durch Auslegung des § 327f I 3 Nr.2 und § 475b IV Nr.2 zu prüfen, ob die in Durchführungsverordnungen vorgeschriebenen Zeiträume für Bestimmung des Aktualisierungszeitraums herangezogen werden kann.¹⁸⁷ Es ist auch zu betrachten, ob der Unternehmer durch einschlägige Angaben zur Nutzungsdauer des digitalen Produkts auf Verbrauchererwartung einen Einfluss genommen hat.¹⁸⁸

¹⁸¹ Ebisch / Gottschalk / Hoffjan / Müller, *Anhang Steuerliche Abschreibungstabellen AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter (AV)*, 597 Ziff. 3.10.6.

¹⁸² Heydn, CR 2021, 709 (711).

¹⁸³ Ebisch / Gottschalk / Hoffjan / Müller, 599, Ziff.6.14.4.

¹⁸⁴ BVerfG, Beschl. vom 24.3.2021-1 BvR 2656/18; s. auch Fries in BeckOGK, §327f BGB Rn.16.

¹⁸⁵ Specht-Riemenschneider/Mehnert, ZfDR 2022, 313 (332 ff.).

¹⁸⁶ *AaO*, 313 (332).

¹⁸⁷ Für ausführliche Auslegung der § 327f I S.3 Nr.2 und § 475b IV Nr.2 in Bezug auf Ökodesign RL s. Specht-Riemenschneider/Mehnert, ZfDR 2022, 313 (332 ff.).

¹⁸⁸ Hessel/Potel, RDt 2022, Rn.14.

Die Referenzpunkte hinsichtlich der Umstände und der Art des Vertrags sind die Fragen, inwiefern das digitale Produkt in einem bestimmten Wirtschaftsbereich, zu dem es gehört, die Änderungen oder Anpassungen oder neue Versionen erfordert,¹⁸⁹ in welchem Maße das digitale Produkt weiterhin vertrieben wird oder was der Umfang des ohne die Aktualisierung drohenden Risikos ist.¹⁹⁰ Die Art des Vertrags gewinnt hinsichtlich der subjektiven Anforderungen an Bedeutung, wenn der Unternehmer eine über zweijährige Verjährung (§ 327j) hinausgehende Servicegarantie für Verbraucher anbietet.¹⁹¹ Darüber hinaus ist bei einem digitalen Produkt den Bedarf des Verbrauchers zu berücksichtigen, z.B. ein Betriebssystem für ein mit dem Internet verbundenes Gerät kann länger mit Aktualisierungen unterstützt werden als eine Anwendungssoftware, die ohne Internet verwendet wird.¹⁹² Auch bei verschiedenen Anwendungsprogrammen kann die Verbrauchererwartung hinsichtlich seiner durchschnittlichen Supportdauer variieren.¹⁹³

Eine andere praxisrelevante Frage bezüglich des maßgeblichen Zeitraums ist, ob die Aktualisierungen für ältere digitale Produkte auch nach Veröffentlichung einer neuen Version bereitgestellt werden muss.¹⁹⁴ Nach Regierungsentwurf hat die Tatsache, dass ein Unternehmer in bestimmten Abständen regelmäßig neue Versionen eines digitalen Produkts veröffentlicht, keinen Einfluss auf die berechnete Verbrauchererwartung, außer dass sie wegen bestimmter externer Faktoren nach objektiven Anforderungen (wie bei einer Steuerberatungssoftware) erforderlich aussehen würden.¹⁹⁵ Kriterien, die berechnete Verbrauchererwartung beeinflussen, können Verwendungsdauer oder Vertriebsumfang des digitalen

¹⁸⁹ Schulze in HK-BGB, §327f BGB Rn.10.; *noch dazu* Martens, Rn.271.

¹⁹⁰ Wendland in BeckOK, § 327f BGB Rn. 20.

¹⁹¹ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn. 13.

¹⁹² Reg-E, 19/27653, 59.

¹⁹³ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.12.

¹⁹⁴ Klett/Gehrman, MMR 2022, 435 (438); *entsprechend* Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn. 18.

¹⁹⁵ Reg-E 19/27653, 59.

Produktes oder das ohne Aktualisierung drohende Risiko dargestellt werden.

Man könnte anhand dieser Parameter nicht erwarten, dass der Unternehmer nach Herstellung neuer Version des digitalen Produkts die älteren Versionen mit Aktualisierung unterstützen muss.¹⁹⁶ Es ist schwer vorzustellen, dass z.B. Microsoft weiterhin verpflichtet sein wird, Updates für abgelaufene Betriebssysteme wie Windows 7 bereitzustellen¹⁹⁷. Solche Änderung sollte nur unter Voraussetzungen des § 327r angenommen werden.¹⁹⁸ Andererseits lässt sich z.B. für ein Computerspiel (wie Age of Empires III-2005) die Aktualisierungen nur erwarten, sofern es in Spielreihe noch angeboten und keine neue Version (Age of Empires IV-2021) erschienen wird.¹⁹⁹ Aus diesem Grund spricht man hier davon, dass die Aktualisierungspflicht des Unternehmers nach Verfügung der neuen Versionen enden könnte.²⁰⁰ Damit wird der Unternehmer nur dazu verpflichtet, die neue Versionen mit Updates mangelfrei zu halten.²⁰¹ Andererseits ist in der Praxis häufig der Fall, dass die digitalen Produkte mit überholten Versionen weiterhin benutzt werden.²⁰² In diesem Zusammenhang können die Aktualisierungen auch für ältere Versionen des digitalen Produktes erforderlich aussehen, soweit das Produkt von Verbraucher Praxis benutzt wird.²⁰³ Trotzdem kann die Tatsache, dass der Unternehmer Upgrades für ältere Versionen des digitalen Produkts bereitstellt, in der Praxis für Unternehmer in Lieferkette zu höheren Kosten führen. Da diese Verpflichtung auf maßgebliche aber noch unbestimmte Zeit bestehen bleibt, kann solches Rechtsgeschäft eine unverhältnismäßige Belastung für den Unternehmer darstellen. Deswegen ist es anzunehmen, dass die Updatepflicht die älteren

¹⁹⁶ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.12.

¹⁹⁷ Spindler, MMR 2021, 451 (455).

¹⁹⁸ Bach, NJW 2019, 1705 (1707).

¹⁹⁹ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (23); *ähnlich* Metzger in MüKoBGB, §327f BGB, Rn.12.

²⁰⁰ Schippel, K&R 2021, 151 (153).

²⁰¹ Bach, NJW 2019, 1705 (1707).

²⁰² Klett/Gehrman, MMR 2022, 435 (438).

²⁰³ *Ebenda*.

Versionen des digitalen Produktes nicht umfassen wird. Dies sorgt auch bessere Möglichkeiten für eine Korrelation des wirtschaftlichen Gewinns und der technischen Entwicklungen.

Ferner ist es noch zu berücksichtigen, dass der Verbraucher durch Aktualisierung keinen Anspruch auf neue Versionen haben sollte. Z.B. bringt ein Unternehmer für ein Computerspiel einen zweiten Teil (Nachfolger) mit neuen Funktionen (als 2.0 Version) auf den Markt, kann der Verbraucher diese neuen Funktionen durch Aktualisierung für ältere Version (1.1 oder 1.2. Versionen) nicht erwarten, da es sich hier nunmehr um ein neues digitales Produkt handelt.²⁰⁴ Die Frage, ob die Hardware für die Durchführung des Updates ausreicht, hängt allerdings von objektiven berechtigten Erwartungen des Verbrauchers i.S.v. funktionaler Abhängigkeit der WKRL (z.B. unzureichender Speicherplatz für eine Betriebssystemaktualisierung bei einem Handy) oder i.S.v. der Integration in die digitale Umgebung des Verbrauchers, ab.²⁰⁵

Neben der Pflicht zur Bereitstellung der Aktualisierungen hat der Unternehmer gem. § 327f I 1 sicherzustellen, dass der Verbraucher in einem angemessenen Zeitraum über diese Aktualisierungen und die Folgen einer unterlassenen Installation informiert wird. Der Zeitraum, in dem der Unternehmer seine Informationspflicht erfüllen muss, wurde im Gesetz ebenfalls nicht konkretisiert. Allerdings kann dieser insbesondere bei Sicherheitsaktualisierungen erheblich aussehen, wenn sich der Unternehmer entscheiden sollte, wann er den Verbraucher informieren wird.²⁰⁶ Z.B. ist eine große Anzahl der persönlichen Daten des Verbrauchers gefährdet, muss der Unternehmer nach Umständen in einigen Tagen nach Herausfinden der Sicherheitslücke reagieren.²⁰⁷ Dagegen muss er darauf achten, dass ein arglistiger Dritter (Hacker) bei frühzeitiger Information über ein Sicherheitsupdate die Sicherheitslücke

²⁰⁴ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (21).

²⁰⁵ Spindler, MMR 2021, 451 (455).

²⁰⁶ Staundiger/Artz, Rn. 427.

²⁰⁷ Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn.14.

ausnutzen könnte, bis der Verbraucher die Aktualisierung installiert oder wenn er die Installation unterlässt.²⁰⁸

Letztlich lässt sich sagen, dass ein angemessener Zeitraum für Aktualisierungspflicht weder auf Zeitraum der Gewährleistung beschränkt noch mit diesem festzustellen ist²⁰⁹ Nach der DIRM dürfen die Mitgliedstaaten den Zeitraum nicht weniger als zwei Jahren regeln.²¹⁰ Der auf Verbrauchererwartung gerichtete Zeitraum kann insbesondere bei Sicherheitsaktualisierungen über Gewährleistungszeitraum des Vertrags hinausgehen²¹¹ und länger als typische Verjährung von Mängelansprüchen, also zwei Jahre, dauern.²¹² Man spricht deshalb davon, dass z.B. ein 6–8-jähriges Sicherheitsupdate bei Windows Betriebssystemen den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers entsprechen kann.²¹³ Demgegenüber wird dieser Ansatz auf die Produkte, deren Lebensdauer weniger als zwei Jahre sind, keine Wirkung haben.²¹⁴ Es ist für Bestimmung des maßgeblichen Zeitraums nicht relevant, ob der Verbraucher das digitale Produkt gegen Preiszahlung oder Bereitstellung seiner personenbezogenen Daten erhalten hat.²¹⁵

Trotz der genannten Punkte bleibt die praxisrelevante Frage über die Dauer der Aktualisierungspflicht im Vergleich zu seiner verbundenen Innovation noch unklar und abstrakt. Die Lösung dieser Probleme und die Auslegung der Dauer der Aktualisierungspflicht wird maßgeblich den Gerichten überlassen.²¹⁶ Dies kann einerseits vorteilhaft dem Verbraucher die Möglichkeit geben, das digitale Produkt nach Umständen mit neuen und sichereren Funktionen zu nutzen und damit, statt einer Pauschalisierung der Aktualisierungsfrist, von einem längeren

²⁰⁸ Spindler, MMR 2021, 451 (456).

²⁰⁹ Wendland in BeckOK, § 327f BGB Rn.17.

²¹⁰ DIRM Erw.Gr.56.

²¹¹ AaO Erw.Gr.47.

²¹² Wilke, VuR 2021, 283 (287).

²¹³ Spindler/Sein, MMR 2019, 488 (492).

²¹⁴ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (23).

²¹⁵ Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art.8 Rn.143.

²¹⁶ Hessel/Potel, RD 2022, Rn.12.

Schutz zu profitieren. Andererseits führt die Lage, dass die Dauer der zukünftigen Aktualisierungen nicht festgestellt werden kann, für Unternehmer sowohl zu einer Rechtsunsicherheit²¹⁷, als auch zum Aufwand hinsichtlich der Umstellungskosten für erforderliche Vertragsanpassungen.²¹⁸ Um diese Unbestimmtheiten zu beseitigen, dürfen die Unternehmer diesen Bereich durch vertragliche Regelungen gestalten.²¹⁹ Unter Voraussetzungen des § 327h ist es den Parteien möglich, einen konkretisierten Zeitraum im Text des Vertrags²²⁰ oder mit einer gesonderten Bestätigung wie etwa eine Klick Box bei einem automatisierten Vertragsschluss²²¹ zu vereinbaren.

III. Informationspflicht des Unternehmers über Aktualisierung

Die Aktualisierungspflicht enthält gem. § 327e III Nr.5 und § 327f I 1 nicht nur die Bereitstellung der Aktualisierungen, sondern auch eine Verpflichtung zur Information über Bestehen neuer Aktualisierungen. § 327f I 1 erklärt ausdrücklich, der Unternehmer hat sicherzustellen, dass der Verbraucher über Bereitstellung der Aktualisierungen informiert wird. Diese ist keine bloße Information über Verfügbarkeit der Aktualisierung; muss auch auf deren Umfang und Sicherheitsrelevanz hinweisen.²²²

Ferner ist es von § 327f II Nr.1 auszugehen, dass der Verbraucher durch diese Information von Folgen einer unterlassenen Installation auch zur Kenntnis nimmt. Daher muss der Unternehmer hinsichtlich jeder einzelnen Aktualisierung gesonderte Konsequenzen oder Nachteile ausreichend klar vor Augen führen.²²³ Diese spielt insbesondere eine erhebliche Rolle, wenn die Folgen der Aktualisierung für Verbraucher nicht wünschenswert sind.

²¹⁷ Schöttle, MMR 2021, 683 (687).

²¹⁸ Schreiber, MMR 2021, 601 (602).

²¹⁹ Bittner, VuR 2022, 9 (12).

²²⁰ *Ebenda*.

²²¹ Schreiber, MMR 2021, 601 (602).

²²² Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn.12.

²²³ Reg-E 19/27653, 60.

Beispielsweise bei einem Tesla kann die Haftung des Unternehmers in Frage kommen, wenn er den Kunden nicht über den Inhalt und die Auswirkungen des Updates informiert hat und der Kunde davon ausgegangen ist, das Update würde auf Beschreibung aus dem Kaufvertrag „Enhanced Autopilot“ beziehen, stattdessen aber die Höhenverstellbarkeit des Tesla eingeschränkt wurde.²²⁴

Trotzdem ist der Verbraucher bei der Entscheidung frei, ob er dem digitalen Produkt neue Updates installieren wird. So unterlässt er die Installation eines bereitgestellten Updates trotz einer ordnungsgemäßen Information, wird der Unternehmer nicht mehr für einen Produktmangel haften. Aus diesem Grund muss die Information des Verbrauchers neben Zugriffsmöglichkeit der Aktualisierung noch weitere zwei Elemente, nämlich tatsächliche und rechtliche Folgen einer unterlassenen Installation umfassen.²²⁵ Unterbleibt allerdings solche Informationspflicht, stellt diese keinen eigenständigen Produktmangel dar; sondern haftet der Unternehmer weiterhin wegen eines Produktmangels, der durch unterlassene Installation verursacht wurde.²²⁶ Darüber hinaus kann auch eine unlautere geschäftliche Handlung gem. §3 UWG in Betracht kommen.²²⁷

Der Zugang der Information bestimmt sich nach allgemeinen Regeln des BGB (§ 130), indem sie in den Machtbereich des Verbrauchers erreicht (bspw. an digitales Produkt oder an das Gerät, das das digitale Produkt enthält) und der Verbraucher die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.²²⁸ Es kann aus Beweisgründen ratsam sein, dass der Unternehmer die Kenntnisnahme bestätigen lässt, damit der Unternehmer enthaften kann.²²⁹ Wenn eine Aktualisierung selbst vom Unternehmer installiert wird, muss der Verbraucher trotzdem

²²⁴ LG München I Endurteil vom 13.9.2021 – 34 O 15883/20.

²²⁵ Buchmann/Panfili, K&R 3/2022, 159 (164).

²²⁶ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (5).

²²⁷ Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn.12.

²²⁸ *Ebenda*.

²²⁹ Kühner/Piltz, CR 2021, 1 (5).

beleuchtet werden; sonst steht ihm möglich, die Rechtsbehelfe wegen Vertragsmäßigkeit geltend zu machen.²³⁰

Die Ausführung der Aktualisierung muss sich inhaltlich klar und verständlich erfolgen.²³¹ Die Art und Weise der Information hängt jedoch von jedem Einzelfall und Umständen ab. In der Praxis bleibt der Zugriff des digitalen Produkts dem Hersteller durch Internet oder andere Netzwerkverbindungen noch möglich, sodass die Aktualisierungen und deren Informationen ohne Mitwirkung des Unternehmers durch eine Nachricht erfolgen können.²³² Z.B. wenn es um ein digitales Produkt wie ein Übersetzungs- oder Textverarbeitungsprogramm geht, kann der Hinweis auf Update während der Nutzung des Produkts oder als Pop-up Nachricht des Herstellers erscheinen.²³³ Die Information gelangt hier in den Machtbereich des Verbrauchers, sodass sie ihm auffällig sein kann. Ein allgemeiner Hinweis durch Geschäftsbedingungen während des Vertragsschlusses entspricht nicht den Voraussetzungen des § 327f I. Deswegen sollte die Konsequenzen dem Verbraucher außer dieser Geschäftsbedingungen nochmal klar und verständlich aufgeklärt werden. Ob ein Link zu weiterführenden Informationen als Erfüllung der Informationspflicht ausreicht, ist fraglich. Denn unmittelbare Sicherheitsrisiken können oft für den Verbraucher in Frage kommen. Daher muss entweder ein deutlicher Hinweis in die Ankündigung der Aktualisierung²³⁴ oder eine Installationsanleitung gegeben werden.²³⁵ Andererseits wenn der Unternehmer den Verbraucher informiert und ein bestimmtes Kommunikationsmittel oder Medium für Benachrichtigungen schon auswählt, muss er üblicherweise bei weiteren Informationen auch dieses Mittel benutzen, sodass keine Gefahr besteht, dass der Verbraucher verwirrt oder überhaupt nicht informiert wird.²³⁶ Vorstellbar wäre

²³⁰ Martens, Rn.261

²³¹ *AaO* Rn.262.

²³² Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.8.

²³³ Schulze in HK-BGB, § 327f BGB Rn.6.

²³⁴ Spindler, MMR 2021, 451 (456).

²³⁵ Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn.12.

²³⁶ Martens, Rn.262.

auch eine zweistufige Mitteilung, die sowohl vom Verkäufer als auch vom Hersteller geschickt wurde.²³⁷

Trotz ihrer vernünftigen und verbraucherfreundlichen Wirkung kann Informationspflicht einige negative und schwer umsetzbare Aspekte, insbesondere hinsichtlich des Datenschutzes, mit sich bringen. Da der Unternehmer dem Verbraucher aufgrund weiterer Aktualisierungen und Informationen erreichen muss, scheint es ihm erforderlich, persönliche Angaben des Verbrauchers zu erlangen und zu verarbeiten oder ggf. dem Hersteller weiterzuleiten. Dies führt eher dazu, dass er noch viele Jahre nach der Bereitstellung des digitalen Produkts mit dem Verbraucher Kontakt knüpfen und seine persönlichen Daten behalten kann.²³⁸ Darüber hinaus führt es noch zu einem Zusatzaufwand aus Sicht des Unternehmers, wenn er diese Angaben für jedes verkaufte digitale Produkt sammeln muss.²³⁹ Daher ist es in der Praxis häufig der Fall, dass die Informationen über Verfügbarkeit der Aktualisierung direkt an das Gerät gesendet werden, ohne persönliche Daten des Verbrauchers zu benötigen.²⁴⁰ In diesem Sinne wird es dem Unternehmer nicht möglich sein, die Daten des Verbrauchers zu erlangen oder sie zu verarbeiten. Dies bedeutet gleichzeitig, dass er dem Verbraucher nicht individuell informieren kann.²⁴¹ Im Hinblick auf erforderliche Datenverarbeitungen des Herstellers wie IP-Adresse oder User-ID kommt hingegen als Rechtfertigungsgründe hier Art 6. I lit. c DSGVO (zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht) oder Art. 6 I lit. f DSGVO (Interessenabwägung) in Betracht.²⁴²

Im Hinblick auf zeitlichen Referenzpunkt und Umfang der Informationspflicht bringt weder DIRM noch BGB eine Regel. Wann der Verbraucher über neue erschienen Aktualisierung informieren werden muss, bestimmt sich deswegen nach Umständen des

²³⁷ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.20.

²³⁸ AaO Rn.8.

²³⁹ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst, Zöchling-Jud, 111 (123).

²⁴⁰ AaO 111 (124).

²⁴¹ Staundinger/Artz, Rn.426; so auch vgl. Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.8

²⁴² Kühner/Piltz, CR 2021, 1(5); auch Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.8.

Einzelfalls und objektiven Maßstäben.²⁴³ In diesem Sinne muss der Unternehmer den Verbraucher unverzüglich nach Bereitstellung der Aktualisierung informieren.²⁴⁴ Der Regierungsentwurf stellt eine angemessene Frist gem. § 327f II dar, welche für Zeitraum des Informationspflicht auch gelten.²⁴⁵ Deswegen spricht man auch davon, dass die Information gleichzeitig mit Aktualisierung bereitgestellt werden müsste, weil diese der tatsächlichen Durchführung oder der praktischen Effektivität der Aktualisierung dienen könnte.²⁴⁶ Es ist außerdem in zeitlicher Hinsicht zu betrachten, je schwerwiegender die Gefahr der Nichtinstallation ist, desto eindringlicher muss die Informationspflicht erfolgen.²⁴⁷ Die Gefahr der unterlassenen Installation ist bei Sicherheitsaktualisierungen eher größer, deswegen kann dem Unternehmer ein gewisser Spielraum überlassen werden, wann er dem Verbraucher darüber informieren wird.²⁴⁸ Eine frühzeitige Information, wie oben erwähnt, kann hier eine große Wirkung haben, sodass dritte Personen einen Zugriff dem digitalen Produkt erhalten können.

Wenn der Verbraucher von einem bereitgestellten Update ohne Mitteilung des Unternehmers zufällig oder auf andere Weise erfährt, so kann nicht einfach davon ausgegangen werden, dass der Unternehmer von Mangel befreit wird.²⁴⁹ Vielmehr muss durch eine richtlinienkonforme Auslegung eine Verpflichtung, die deutlich dem Unternehmer in Art.8 IV DIRM auferlegt wird, noch bestehen. Der Unternehmer wird in diesem Fall seine Verpflichtung nicht erfüllen, kann aber aufgrund der Zweckerreichung auf Unmöglichkeitsvorschriften (§ 275 I) zurückgreifen.²⁵⁰ Auf der anderen Seite muss der Unternehmer seine Informationspflicht nicht

²⁴³ Reg-E 19/27653, 60.

²⁴⁴ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.8.

²⁴⁵ Reg-E 19/27653, 60.

²⁴⁶ S. Martens, Rn.262.

²⁴⁷ Grüneberg in Grüneberg, §327f BGB Rn.5.

²⁴⁸ Staundiger/Artz, Rn. 427.

²⁴⁹ Wilke, VuR 2021, 283 (287).

²⁵⁰ *Ebenda*.

persönlich erfüllen. Er verpflichtet nur sicherzustellen, dass der Verbraucher die Information erhält. In diesem Sinne kann dem Verbraucher die erforderlichen Informationen auch durch Dritte, etwa wie Hersteller, zur Verfügung gestellt werden. (§ 278 1).²⁵¹ Der Grundgedanke der Informationspflicht besteht nur darin, dass der Verbraucher in der Lage sein sollte, die Informationen über neue Updates zuverlässig zu erhalten und sie einfach zu installieren.

E. UNTERLASSUNG DER AKTUALISIERUNG DURCH VERBRAUCHER (§ 327F II BGB)

Der Unternehmer ist nach § 327f II von der Haftung für Produktmängel freigestellt, wenn der Verbraucher trotz einer rechtzeitigen Bereitstellung und Information die Updates für das digitale Produkt nicht installiert. Zur Freistellung muss der Produktmangel nur auf das vom Verbraucher freiwillig verursachte Fehlen der Updates zurückzuführen sein. Der Verbraucher muss dafür sowohl auf den Aktualisierungsbedarf des digitalen Produkts aufmerksam gemacht werden als auch die Möglichkeit haben zu entscheiden, ob er überhaupt installieren will.²⁵² In diesem Fall können Zwangsaktualisierungen problematisch erscheinen, da sie dem Verbraucher keine freie Wahl lassen, die Updates nach Belieben zu installieren.²⁵³ Der Verbraucher hat nur die Obliegenheit, daran mitzuwirken, dass das digitale Produkt mit dem Vertrag übereinstimmt, indem er die vom Unternehmer bereitgestellten Updates installiert.²⁵⁴ Andernfalls kann der Verbraucher seine Gewährleistungsansprüche wegen Produktmangels aus § 327i nicht mehr geltend machen.

²⁵¹ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.8.

²⁵² Schulze/Zoll, EU Contract Law, Ch. 5, Rn. 48.

²⁵³ Spindler, MMR 2021, 451 (456).

²⁵⁴ Wendland in BeckOK, § 327f Rn.22.

I. Installation der Aktualisierung

Erste Voraussetzung einer Haftungsfreistellung des Unternehmers ist, dass der Verbraucher die bereitgestellte Aktualisierung nicht installiert. Die Installation stellt alle notwendigen Maßnahmen des Verbrauchers dar, die darin bestehen, den Inhalt der Aktualisierung zu kopieren und die vom Unternehmer vorgeschriebenen Schritte durchzuführen.²⁵⁵ Sie ist bei mit Internet verbundenen Geräten wie PCs oder Smartphones nicht problematisch, weil die Installationsmöglichkeit ohne weitere Bemühung oder Kenntnis schon bereitgestellt wird.²⁵⁶ Deswegen erfolgt sie in der Praxis mit dem Herunterladen neuer Funktionen und Ergänzungen, die für das digitale Produkt bereitgestellt werden.²⁵⁷ Bei der Installation geht es nur um die Aktualisierung des digitalen Produkts selbst, nicht aber i.S.v. § 327e IV 2 um die sich daraus ergebende Wechselwirkung mit Hardware, Software oder Netzverbindungen (digitale Umgebung).²⁵⁸

Die Installation kann auch durch eine Handlung des Unternehmers erfolgen. Genau wie bei automatischen Aktualisierungen braucht es hier die Zustimmung des Verbrauchers.²⁵⁹ Wenn die Installation durch den Unternehmer aus einem Grund, den der Verbraucher verursacht hat (wie mangels Zustimmung), nicht geschafft wurde, bleibt die Haftung des Unternehmers ausgeschlossen.²⁶⁰

Trotz der nach Absatz 2 erfolgten Haftungsfreistellung des Unternehmers besteht aber immer noch der Anspruch des Verbrauchers gem. Absatz 1 auf Bereitstellung der weiteren Aktualisierungen.²⁶¹

²⁵⁵ Reg-E 19/27653, 60.

²⁵⁶ Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art.8 Rn.118.

²⁵⁷ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.16.

²⁵⁸ Reg-E 19/27653, 60; und Schulze in HK-BGB, §327f BGB Rn.12.

²⁵⁹ Vgl. Ehle/Kreß, CR 2019, 723 (728).

²⁶⁰ Metzger in MüKoBGB, §327f BGB, Rn.17.

²⁶¹ Jacoby/von Hinden, §327f Rn.4.

II. Innerhalb einer angemessenen Frist

Der Verbraucher muss nach Absatz 2 die Installation innerhalb einer angemessenen Frist durchführen. Was man unter einer solchen Frist verstehen sollte, bestimmt sich nach der Rechtsprechung und den Umständen des Einzelfalls.²⁶² So können bspw. die benötigte Zeit für die Installation der Aktualisierung, die Auswirkungen der Installation auf Hard- und Software oder die drohende Gefahr bei Sicherheitsaktualisierungen zur Bestimmung der angemessenen Frist herangezogen werden.²⁶³ Die Frist zur Installation einer Sicherheitsaktualisierung kann dementsprechend kürzer bemessen werden,²⁶⁴ da eine unterlassene Installation hierbei ein größeres Risiko für persönliche Daten trägt.²⁶⁵ In der Literatur wird vertreten, dass eine angemessene Frist i.d.R. zwischen einem Tag und einer Woche liegen kann.²⁶⁶

Wenn der Verbraucher schließlich das Update nicht installiert, wird er bei einem möglichen Schadenersatzanspruch aufgrund seiner unterlassenen Mitwirkungshandlung ein Mitverschulden i.S.v. § 254 BGB haben.²⁶⁷

III. Informationspflicht des Unternehmers über die Folgen einer unterlassenen Installation

Sowohl § 327f II Nr. 1 als auch Art. 8 III DRL schreiben vor, dass der Unternehmer den Verbraucher über Folgen einer unterlassenen Installation und Verfügbarkeit der Aktualisierung zu informieren hat. Außer jenen Maßstäben bestimmen diese Vorschriften aber keine weitere Konkretisierung für den Inhalt der Information. Fraglich ist deswegen, ob die Informationspflicht sich auf alle technischen Einzelheiten des bereitgestellten Updates ausdehnen

²⁶² Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn.20.

²⁶³ Reg-E. 19/27653, 60.

²⁶⁴ Schreiber/Esser, Rn. 80.

²⁶⁵ Vgl. Staundiger/Artz, Rn.431.

²⁶⁶ Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn.20.

²⁶⁷ Spindler/Sein, MMR 2019, 488 (489).

sollte.²⁶⁸ Die Vorschriften bestimmen nur, dass der Unternehmer den Verbraucher darüber informieren muss, dass sich seine Entscheidung auf die Haftung des Unternehmers auswirken kann.²⁶⁹ Diese enthält eigentlich keine spezifische Bedingung im Vergleich zur Informationspflicht bei Änderung im digitalen Produkt im § 327 r I Nr. 3.²⁷⁰ In der Praxis kann die Information tatsächliche und rechtliche Folgen der Nichtinstallation enthalten.²⁷¹ Allerdings sollte dies nicht alle komplexen und technischen Kleinigkeiten umfassen, die deren Nachvollziehbarkeit für den Nutzer beeinträchtigen könnte.²⁷² Daher braucht man durch solche Information keine detaillierte Fachkenntnis zum Update zu geben.

IV. Mangelhafte Installationsanleitung

Nach Absatz 2 ist die letzte Voraussetzung der Haftungsbefreiung die Tatsache, dass eine unterlassene oder unsachgemäße Installation nicht auf mangelhafter Installationsanleitung beruht. Obwohl der Wortlaut von Absatz 2 die Unterlassung der Installation für die Haftungsfreistellung voraussetzt, kann dies gem. Absatz 2 Nr. 2 die unsachgemäßen Installationen auch umfassen.²⁷³ Wann eine Installationsanleitung mangelhaft ist, ist gesetzlich nicht bestimmt.²⁷⁴ Wichtig ist, dass die Anleitung für Verbraucher so verständlich ist, dass sie auch bei Personen ohne digitale Erfahrung keine mangelhafte Installation zulässt.²⁷⁵

Allerdings ist dies in der Praxis meistens nicht der Fall, denn entweder kann der Verbraucher die Installation auch ohne Anleitung durchführen (wie Installation von WhatsApp im App-Store), oder wird das Produkt durch den Hersteller automatisch installiert.²⁷⁶

²⁶⁸ Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 8 Rn.149.

²⁶⁹ DIRL Erw.Gr.47.

²⁷⁰ Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 8 Rn.149.

²⁷¹ Buchmann/Panfili, K&R 3/2022, 159 (164).

²⁷² Janssen in Smart Products, 91 (96).

²⁷³ Martens, Rn.276.

²⁷⁴ Riehm/Abold, ZUM 2018, 82 (88).

²⁷⁵ Staundiger/Artz, Rn.433.

²⁷⁶ Vgl. Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.21.

F. RECHTSFOLGEN DER VERLETZUNG DER AKTUALISIERUNGSPFLICHT

Der besondere Charakter der Aktualisierungspflicht ergibt sich auch im Falle einer Verletzungskonstellation. Obwohl die Aktualisierungspflicht in einem einzelnen Paragraphen (§ 327f) behandelt wird, gewinnt sie ihre Bedeutung aus der Systematik, indem sie i.V.m. § 327e ausgelegt wird. Diese Pflicht ist gleichzeitig eine der subjektiven (§ 327e II Nr. 3) und objektiven Anforderungen (§ 327e III Nr. 5), sodass eine Verletzung dazu führt, dass das Produkt allgemein als mangelhaft angesehen wird. Das gilt auch bei unzureichenden oder falschen Informationen, selbst wenn Updates fehlerfrei bereitgestellt werden.²⁷⁷ Infolgedessen findet § 327i (Rechte des Verbrauchers bei Mängeln) auch bei Updatepflichtverletzungen Anwendung, sodass der Verbraucher je nach Umständen die Nacherfüllung (§ 327l), Preisminderung (§ 327n), Vertragsbeendigung, Schadensersatz statt der Leistung (§ 327m III 1 i.V.m. § 280 I) oder neben der Leistung (§ 327i Nr. 3 i.V.m. § 280 I) und Aufwendungsersatz (§ 284) verlangen kann. So kann der Verbraucher gegen den Verkäufer tatsächlich nicht direkt z.B. für die Bereitstellung eines Software-Updates Klage erheben, sondern darf nur Rechtsbehelfe wie Preisminderung oder schlimmstenfalls Vertragsbeendigung geltend machen.²⁷⁸ Denn die Aktualisierungspflicht begründet keinen Primäranspruch, sondern nur einen Sekundäranspruch.²⁷⁹ Allerdings soll diese nur dann als ein Primäranspruch angesehen werden, wenn die Parteien die Aktualisierung gesondert vertraglich vereinbart haben.²⁸⁰

Im deutschen Gewährleistungsrechtssystem hat der Nacherfüllungsanspruch i.R.v. Kauf- und Werkverträgen Vorrang.²⁸¹ So hat der Unternehmer nach Verletzung der

²⁷⁷ Fries in BeckOGK, § 327f BGB Rn.18.

²⁷⁸ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, 111 (120).

²⁷⁹ Vgl. Staundiger/Artz, Rn.417; auch Riehm/Abold, CR 2021, 530 (538).

²⁸⁰ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (20).

²⁸¹ Reg-E. 19/27653, 23.

Aktualisierungspflicht zuerst gem. § 327I I 1 den vertragsgemäßen Zustand (Bereitstellung der unterbliebenen Aktualisierung oder Beseitigung des Fehlers der Aktualisierung) herzustellen und erforderliche Aufwendungen zu tragen. Wenn ihm dies nicht gelingt, kommen Preisminderung oder Vertragsbeendigung in Frage. Beachtenswert ist hier, dass bei Vertragsbeendigung der Grad der Verletzung eine wichtige Rolle spielt. Ist die Pflichtverletzung unerheblich, wird die Beendigung des Vertrags ausgeschlossen (§ 327m II 1). In Art. 14 VI sieht die DIRM dementsprechend vor, dass der Verbraucher bei Bereitstellung der digitalen Produkte gegen Zahlung eines Preises nur dann berechtigt ist, den Vertrag zu beenden, wenn die Vertragswidrigkeit nicht geringfügig ist. Auch in Fällen, in denen das digitale Produkt nur gegen persönliche Daten bereitgestellt wird (wie bei Mail-Diensten), muss man nach Art. 14 III lit. d der DIRM bestimmen, ob die Vertragsbeendigung für den Fall gerechtfertigt ist. Deswegen ist im Falle einer Updatepflichtverletzung zu entscheiden, inwiefern die unterbliebene Aktualisierung für Verbraucher erheblich ist. In diesem Zusammenhang muss einerseits die Beendigung des Vertrags wegen Verletzung der Aktualisierungspflicht nach richtlinienkonformer Auslegung stets in Betracht kommen.²⁸² Andererseits sollte dem Verbraucher nicht möglich sein, nach Jahren der Nutzung des digitalen Produkts nur wegen einer ausgebliebenen Aktualisierung den Vertrag zu beenden, da der zeitliche Umfang zukünftiger Updates nicht vorsehbar ist.²⁸³ Deswegen lässt sich sagen, dass eine Updatepflichtverletzung eine Vertragsbeendigung nur dann begründen kann, wenn die Nutzung des digitalen Produkts durch die Verletzung stark eingeschränkt wird.²⁸⁴ Andernfalls kann der Verbraucher wegen unerheblicher Updatepflichtverletzung den Vertrag nicht beenden. Er kann aber i.d.R. einen – wenn auch geringen – Schadenersatzanspruch haben, wenn die

²⁸² Vgl. Pfeiffer, GPR 2021, 120 (126).

²⁸³ Riehm/Abold, ZUM 2018, 82 (87).

²⁸⁴ Vgl. Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (21).

Nichtbereitstellung der Aktualisierung (insb. einer Sicherheitsaktualisierung) einen Schaden verursacht hat.²⁸⁵

Es ist dem Regierungsentwurf zu entnehmen, dass der Verkäufer die Aktualisierungen nur sicherzustellen hat und diese durch den Hersteller oder einen Dritten erfüllen kann, was in der Praxis häufig der Fall ist.²⁸⁶ Allerdings scheint diese Lösung nicht befriedigend, weil der Verkäufer meistens keinen Einfluss auf Handlungen des Herstellers nehmen kann, um dem Käufer die Aktualisierung zur Verfügung zu stellen.²⁸⁷ Diese werden fast immer vom Hersteller direkt an das Gerät geschickt, sodass der Verkäufer ohne Hilfe des Herstellers seiner Aktualisierungspflicht nicht nachkommen kann. Insbesondere bei der Nacherfüllung könnte diese Konstellation vorkommen, weil der Unternehmer meistens nicht in der Lage ist, die fehlende Aktualisierung selbst bereitzustellen oder deren Fehler zu beseitigen.²⁸⁸ Auch beim Schadensersatz kann der Verkäufer gem. § 280 I 2 seine Exkulpationsmöglichkeit nutzen und plädieren, dass er den Schaden nicht zu vertreten hat.²⁸⁹ Dagegen sieht der deutsche Gesetzgeber in diesen Fällen vor, dass der Verkäufer von seinem Vertriebspartner in der Lieferkette seine Aufwendungen durch einen Regressanspruch verlangen kann, wenn der Vertriebspartner eine Verletzung der Aktualisierungspflicht verursacht hat (§§ 327t - 327u). Dementsprechend kann er auch bei Waren mit digitalen Elementen § 475b seine Aufwendungen gem. § 445a i.R.d. Nacherfüllung verlangen. Allerdings ist nicht klar, welche Erfüllungsaufwendungen für den Verkäufer tatsächlich entstehen, wenn der Hersteller die Aktualisierungen überhaupt nicht zur Verfügung stellt. In der Literatur wird vertreten, es wäre praktikabel gewesen, wenn der Verkäufer nicht die Aufwendungen, sondern die Kosten wegen Preisminderung oder Rücktritt gegen den

²⁸⁵ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (21); vgl. Metzger in Tölle (Hrsg.), 431 (437).

²⁸⁶ Fellner, MDR 2021, 976 (978).

²⁸⁷ Dubovitskaya, MMR 2022, 3 (6); für mögliche Rechtsschutzinstrumente bei digitalen Produkten s. Metzger in Tölle (Hrsg.), 431 (438-442).

²⁸⁸ Riehm/Abold, CR 2021, 530 (536).

²⁸⁹ *AaO*, 530 (539); dieser Ansicht nach sei der Hersteller nicht als Erfüllungsgehilfe tätig in der Lieferkette. Dazu noch s.

Hersteller hätte geltend machen können.²⁹⁰ Für die Herstellerseite liegt derzeit nach DIRM keine gesetzliche Verpflichtung vor, Aktualisierungen bereitzustellen. Vielmehr stellt er dem Verbraucher die Aktualisierungen zur Verfügung, um die Qualität seines Produkts zu schützen.²⁹¹ Deswegen könnten diese Vorschriften für den Verbraucherschutz unzulänglich sein, solange der Verbraucher keine Gelegenheit hat, seinen Schaden unmittelbar vom Hersteller zu verlangen.²⁹²

Allerdings kann diese Lücke in Zukunft mit Umsetzung der CRA (Cyber Resilience Act) auf EU-Ebene geschlossen werden. Am 15.9.2022 hat EU-Kommission den Vorschlag einer „*Verordnung über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/1020*“ angekündigt.²⁹³ Ein der Ziele des Vorschlags besteht darin, einen einheitlichen Rechtsrahmen für grundlegende Cybersicherheitsanforderungen für Produkten mit digitalen Elementen auf dem Unionsmarkt zu schaffen.²⁹⁴ Damit verpflichtet die Hersteller sich während des gesamten Lebenszyklus eines Produkts ernsthaft zu kümmern.²⁹⁵ Im Unterschied zu DIRM sieht CRA eine unmittelbare Verpflichtung des Herstellers zur Sicherheitsaktualisierungen bei Hard-und Software vor.²⁹⁶ Somit wird es möglich, dass der Nutzer seine Ansprüche direkt gegen Hersteller geltend macht. Außerdem sind auch die Personen, die nicht Vertragsparteien zur Bereitstellung von Produkten sind, anhand CRA verpflichtet und berechtigt.²⁹⁷

²⁹⁰ Dubovitskaya, MMR 2022, 3 (7).

²⁹¹ Hoffmann/Löffler, ZfPW 2023, 1 (8).

²⁹² Zu dieser Kritik s. Dubovitskaya, MMR 2022, 3 (7); Janssen in Smart Products, 91 (97), Heydn, MMR 2020, 503 (508).

²⁹³ Der Verordnungsentwurf ist abrufbar unter: digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/cyber-resilience-act (23.5.2023).

²⁹⁴ CRA-E Erw.Gr.1.

²⁹⁵ CRA-E Erw.Gr.2.

²⁹⁶ Rennert, ZfDR 2023, 206 (214).

²⁹⁷ Ebenda.

Anstatt den Vertrag zu beenden, kann der Verbraucher auch von seinem Anspruch auf Preisminderung (§ 327n) Gebrauch machen, falls er das digitale Produkt gegen Preiszahlung erhalten hat. In der Praxis lässt sich die Höhe der Minderung aber nicht einfach berechnen, wenn das digitale Produkt trotz fehlender Updates einwandfrei funktioniert und seinen Verwendungszweck erfüllt.²⁹⁸

Die Bedeutung der Updatepflicht liegt darin, dass sie das digitale Produkt an technische Entwicklungen anpassen und einen Schutz gegen Sicherheitslücken bieten kann. Es kann aber auch manchmal dazu kommen, dass irgendeine Funktion im Produkt durch die bereitgestellte Aktualisierung beeinträchtigt wird. In solchen Fällen wird der Unternehmer wegen fehlerhafter oder unvollständiger Updates ebenfalls i.R.d. Vertragswidrigkeit haften.²⁹⁹ Dagegen ist die Haftung des Unternehmers für Fälle ausgeschlossen, in denen das Unterlassen des Updates in der Sphäre des Verbrauchers (z.B. Stromausfall, ungenügende Internetverbindung) geschehen ist.³⁰⁰

H. ABGRENZUNG DER AKTUALISIERUNGSPFLICHT VON WEITEREN ÄNDERUNGEN (§§ 327F, 327R BGB)

Ein weiterer wichtiger Punkt im Zusammenhang mit der Aktualisierungspflicht ist die Unterscheidung zwischen Aktualisierungen (§ 327f) und anderen Änderungen am digitalen Produkt (§ 327r). Sowohl der europäische Richtliniengeber (in Art. 19 DRL) als auch der deutsche Gesetzgeber (§ 327r) sehen in neuen Regelungen vor, dass das digitale Produkt aktualisiert oder verändert werden soll, um es den technischen Entwicklungen anzupassen. Für die Praxis ist jedoch nicht geklärt, welche Änderungen als Aktualisierungen anzusehen sind und dem Unternehmen als Pflicht auferlegt werden sollen. Denn die Änderungen aus § 327r sind

²⁹⁸ Riehm/Abold, CR 2021, 530 (539).

²⁹⁹ Wendehorst in Stabentheiner/Wendehorst, Zöchling-Jud, 111 (128).

³⁰⁰ Spindler, MMR 2021, 451 (456); Kumkar, ZfPW 2020, 306 (313).

eigentlich keine gesetzliche Verpflichtung und hängen erst von der vertraglichen Vereinbarung ab.

Der Begriff „Aktualisierung“ wird im BGB als Oberbegriff für jede Änderung oder Verbesserung (Update/Upgrade) verwendet, da eine scharfe begriffliche Unterscheidung nach dem Regierungsentwurf dem Ziel des Gewährleistungsrechts nicht dient.³⁰¹ Bei der Abgrenzung ist der Grad der funktionalen Änderung im Produkt entscheidend, aber nicht, ob es sich begrifflich um ein Update oder ein Upgrade handelt.³⁰² Auch die Benennung einer Version etwa Version 2.0 verweist nicht immer auf ein Upgrade.³⁰³

Gem. § 327r I darf der Unternehmer durch eine Vereinbarung die Änderungen des digitalen Produkts, die über das zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit nach § 327e II und III und § 327f erforderliche Maß hinausgehen, nur vornehmen, wenn ein triftiger Grund vorliegt und keine zusätzlichen Kosten entstehen und der Verbraucher darüber informiert wird. So hat der Gesetzgeber zur Unterscheidung tatsächlich nur ein Kriterium im Paragraphen genannt. Demnach gelten die Änderungen am digitalen Produkt nur dann als eine Aktualisierung, wenn diese erforderlich sind, um das Produkt gem. § 327 vertragsgemäß zu halten. Das Kriterium für die Erforderlichkeit der Änderung bestimmt sich nach dem mit dem Verbraucher abgeschlossenen Vertrag.³⁰⁴

Bei der Differenzierung bringt ein Upgrade (§ 327r) für das digitale Produkt eine höhere Version, erweiterte Funktionalität, neue technische Standards oder eine modernere Hardware.³⁰⁵ Dieses unterscheidet sich wesentlich von der vorherigen Version des Produkts und braucht i.d.R. mehr Zeit und Aufwand zur

³⁰¹ Reg-E. 19/27653, 58.

³⁰² Kumkar, ZfPW 2020, 306 (317).

³⁰³ Schreiber/ Esser, Einheitliche Update-Zyklen, RD 2022, 317 (319).

³⁰⁴ Schreiber/Esser, Rn.61.

³⁰⁵ Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn.15.

Durchführung.³⁰⁶ Solche grundlegenden Änderungen basieren auf einer umfassenden konzeptionellen Überarbeitung am Produkt, sodass es für ein User-Interface (überarbeitete Benutzeroberfläche) oder eine weitgehende Interoperabilität, neue technische Funktionen oder die Integration neuer Standards und der Marktveränderungen (wie Kompatibilität mit KI, Machine Learning, Predictive Analytics, Deep Learning usw.) geeignet ist.³⁰⁷ Steigt die Leistung des digitalen Produkts durch eine Änderung, fällt diese unter § 327r, solange nichts anderes vereinbart wurde.³⁰⁸ Die Aktualisierungen dienen dagegen nur geringfügigen und regelmäßigen funktionalen Verbesserungen oder der Behebung eines Defekts (wie Service Releases, Patches oder Hotfixes) am digitalen Produkt³⁰⁹, damit es für eine angemessene Zeit keinen Mangel aufweist. Bei der Erforderlichkeit eines Updates ist zu berücksichtigen, ob die gewöhnliche Verwendung, die zu erwartende Beschaffenheit, das Zubehör oder Anleitungen oder die neueste verfügbare Version wiederhergestellt werden müssen (§ 327e III).³¹⁰ Damit reicht es aus, wenn der Unternehmer vor Gericht nachweisen kann, dass eine Vertragswidrigkeit am digitalen Produkt vorliegt und dass die bereitgestellte Aktualisierung für diese Vertragswidrigkeit nach Marktbedingungen zumutbar ist.³¹¹

Im Unterschied zur Aktualisierungspflicht ist die Änderungsbefugnis (§ 327r) nur bei dauerhafter Bereitstellung des digitalen Produkts vorgesehen. Bei einmaligen oder einer Reihe von einzelnen Bereitstellungen liegt grundsätzlich keine Änderung vor, denn ein Upgrade stellt bei diesen einen neuen Vertragsschluss dar.³¹² Demgegenüber wird ein Update in der Literatur „als Minus“ der Änderungsbefugnis (Upgrades) ausgelegt, sodass es zulässig ist, die Aktualisierungspflicht beim Vertragsschluss weitgehend zu

³⁰⁶ Schreiber/Esser, Rn. 61; Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn.15.

³⁰⁷ Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn.15.

³⁰⁸ Spindler, MMR 2021, 451 (455).

³⁰⁹ Schippel, K&R 2021, 151 (151); *so auch* Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn.16.

³¹⁰ Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn.17.

³¹¹ Martens, Rn. 282.

³¹² Schreiber/ Esser, Einheitliche Update-Zyklen, RDt 2022, 317 (321).

modifizieren und in diesem Umfang eine neue Version auch bei einmalig bereitgestellten digitalen Produkten anzubieten.³¹³ Hierfür spricht auch der Erwägungsgrund der DIRL, dass die Parteien neben der vereinbarten Aktualisierung die Möglichkeit zum Hinzufügen neuer Merkmale haben.³¹⁴ Ohne solche Vereinbarung ist eine Änderung an einem einmalig bereitgestellten digitalen Produkt aufgrund des deutlichen Wortlauts des § 327r I nicht möglich.³¹⁵

Der § 327r ist auf Paketverträge mit Bestandteilen eines Internetzugangsdienstes oder öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdienstes nicht anwendbar (§ 327r VI). Außer diesen Verträgen findet er aber als „*lex specialis*“ bei Verträgen über digitale Produkte Anwendung, falls ein Mangel am digitalen Produkt nach einem den Vorgaben entsprechenden Upgrade vorliegt. In diesem Sinne kann der Verbraucher seine Rechtsbehelfe aus § 327i hier nicht wie bei § 327f geltend machen.³¹⁶

Eine Änderung kann auch negative Abweichungen (Verschlechterungen) erfassen, wenn die Voraussetzungen des § 327r II vorliegen. Inhaltlich besteht keine Beschränkung für die Änderungsbefugnis³¹⁷, allerdings kann der Verbraucher den Vertrag innerhalb von 30 Tagen unentgeltlich beenden, wenn die vorgenommene Änderung die Zugriffsmöglichkeit oder die Nutzbarkeit des digitalen Produkts erheblich beeinträchtigt (§ 327r III). Dagegen darf eine Aktualisierung keinesfalls zur Verschlechterung bei Nutzung des digitalen Produkts führen.³¹⁸ Denn ein Update dient dem Ziel, die Funktionsfähigkeit des digitalen Produkts zu schützen und seine Fehler zu beheben. Demgegenüber

³¹³ Martens, Rn. 280.

³¹⁴ DIRL, Erw. Gr. 44 und auch bei Möllnitz, MMR 2021, 116 (117).

³¹⁵ Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn.8.

³¹⁶ Metzger in MüKoBGB, §327r BGB Rn.2.

³¹⁷ Möllnitz, MMR 2021, 116 (117).

³¹⁸ Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn. 18.

ist hier ein Fall aus dem Jahr 2022 anzuführen.³¹⁹ So hatte die Direktbank ING-Diba im Juli 2022 ein neues Update für ihre Online-Banking-App zur Behebung einer Sicherheitslücke bei iPhones bereitgestellt, was allerdings nur bei IOS 13 (bei iPhone 13) funktionsfähig war und bei älteren Betriebssystemen wie etwa IOS 12 (bei iPhone 6 oder 7) nicht unterstützt wurde. Deshalb war ein Zugriff auf Bankkonten mit alten iPhones nicht mehr möglich. Damit wurden viele Nutzer, die über solches iPhone verfügten, benachteiligt, da die Nutzung von Online-Banking im Internetbrowser auch eine zweistufige Verschlüsselung erforderte, die eine Bestätigung durch die App zwingend notwendig machte. Die Nutzer konnten schließlich ohne alternative Zugangsdaten (wie iTANs oder PINs) nicht mehr auf ihre Bankkonten zugreifen und beschwerten sich, dass sie vorher darauf nicht hingewiesen wurden.³²⁰ Auch ein optionaler Wechsel zur Vorgängerversion der Online-Banking-App war nicht mehr möglich. Durch die mangelnde Kompatibilität und die Sicherheitsverbesserungen der App sahen sich die Nutzer dazu gezwungen, ein neues iPhone zu kaufen. In diesem Fall ist zu betonen, dass eine Aktualisierung im allgemeinen Sinne (Update/Upgrade) tatsächlich auf das digitale Produkt einen so wesentlichen Einfluss haben kann, dass die gesamte Funktionalität des digitalen Produkts oder der Sache davon betroffen ist. Ein Verbraucher sieht die Neuigkeiten oder Verbesserungen erst, nachdem er das Update heruntergeladen hat. So kann es zu einer durch Update hervorgerufenen Verschlechterung kommen, die zu einem Schaden etwa durch Beeinträchtigung der Erreichbarkeit von persönlichen Daten führen kann, bis der Verbraucher sein Vertragsbeendigungsrecht ausübt. Aber auch die Beendigung des gesamten Vertrags kann das Interesse des Verbrauchers nicht befriedigen, sollte er das Produkt eigentlich weiter nutzen wollen. Die Informationspflicht des Unternehmers spielt hier eine enorme Rolle; denn die Verbraucher müssen wissen, ob sie die Folgen der

³¹⁹ Für den Fall s. aaO, Rn. 18.1.

³²⁰ Für die Kommentare der Nutzer „ING Banking App nicht mehr nutzbar“ s. communities.apple.com/de/thread/254083758 (aufgerufen am 08.05.2023).

Durchführung eines Updates in Kauf nehmen wollen. In der Praxis erfüllt diese Pflicht jedoch seine Funktion nicht, wenn die Information nur einen geringen Inhalt vermittelt oder durch AGB geregelt wird. Denn man kann etwa am obigen Beispiel der ING-DiBa sehen, dass die Verbraucher im Alltag die Information über Updates häufig nicht richtig bekommen oder mit den Neuerungen am Produkt nicht zufrieden sind, obwohl das Update fehlerfrei ist. Ein einfacherer Weg für den oben genannten Fall wäre gewesen, dem Verbraucher zu ermöglichen, das digitale Produkt nach der Installation in die vorherige Version oder Funktion eigenverantwortlich – entsprechend der Haftungsfreistellung des Unternehmers genau wie bei Unterlassen der Installation – zurückzuwandeln. Diese Fälle könnten in Zukunft an Relevanz gewinnen, wenn das Vertragsbeendigungsrecht nicht genügt, das Interesse des Verbrauchers zu schützen.

Obwohl gemäß § 327r vertraglich vereinbart werden kann, dass der Unternehmen das digitale Produkt selbst ändert, hat er keine gesetzliche Änderungsbefugnis.³²¹ Beide Parteien können durch eine umfassende Regelung der Aktualisierungspflicht oder eine einzelne Regelung im Vertrag vereinbaren, dass solche Änderungen vorgenommen werden sollen. Wird diese Befugnis im Vertrag im Rahmen der Aktualisierungspflicht geregelt, muss sie noch den weiteren Voraussetzungen des § 327r entsprechen. Der Normzweck des § 327r ist ein Interessenausgleich zwischen Verbraucher und Unternehmer und wird dadurch erreicht, dass ein Upgrade keine Ersetzung mit einem neuen Produkt bedeutet.³²²

Die Einigung über Änderungsmöglichkeit kann im Vertrag entweder mit einzelnen Klauseln oder mit AGB zustande kommen.³²³ Wird sie mit AGB vereinbart, ist die Inhaltskontrolle zum AGB-Recht entsprechend anzuwenden. Insbesondere bei der Information nach §

³²¹ Schulze in HK-BGB, § 327r BGB Rn.1.

³²² Vgl. Möllnitz, MMR 2021, 116 (118).

³²³ Vgl. Kodek in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, 141 (146).

§ 327r I Nr. 3 müssen dem Verbraucher die Einzelheiten der Änderung verständlich und klar erklärt werden, sodass er sich genaue Gedanken machen kann. Die Vorgabe des § 308 Nr. 4, dass ein einseitiger Änderungsvorbehalt des Verwenders unwirksam sein kann, überschneidet sich mit Wortlaut des § 327r; jedoch sind beide Regeln in der Praxis parallel anwendbar und bleiben unberührt.³²⁴ Dadurch werden beide Parteien bei der Erteilung einer Änderungsbefugnis gem. § 327r nicht gehindert;³²⁵ aber die Anforderungen des § 308 Nr. 4 werden auch bei der Vertragsregelung i.S.v. Änderungsbefugnis berücksichtigt. So verstößt etwa eine formularmäßige Einwilligung für automatische Aktualisierungen nach dem LG Frankfurt gegen § 308 Nr. 4, wenn sie dem Anbieter die Bereitstellung ohne Einschränkung oder Informationspflicht ermöglicht.³²⁶ Daher ist die durch AGB erfasste Einwilligung im Vertrag eindeutig und zielgenau zu formulieren.

Grundsätzlich erscheint eine Einigung darüber möglich, dass die Aktualisierungen mit Upgrades kombiniert bereitgestellt werden, da solche Konstellation im Zivilrecht nicht ausdrücklich verboten sind.³²⁷ Die Voraussetzungen des § 327f, insbesondere der Informationspflicht von Unternehmern und der Installation durch Verbraucher, kommen hier in Betracht, weil der Verbraucher entscheiden soll, ob er solche Bündelung für sein digitales Produkt annehmen will oder nicht.³²⁸ Andererseits ist es bei dieser Kombination zu erkennen, ob es versucht wird, eine Aktualisierung mit einem Upgrade, das sich in einer Benachteiligung für Verbraucher niederschlägt, in einem Paket zur Verfügung zu stellen. Hier sind die Regelungen zur AGB-Kontrolle (§ 305 ff. BGB) zu berücksichtigen, wenn z.B. der Verbraucher ein erforderliches Sicherheitsupdate in Kombination mit einem

³²⁴ Spindler, *Schwerpunkt 2*, MMR 2021, 528 (531); so auch Metzger in MüKoBGB § 327r BGB Rn. 3.

³²⁵ Schulze in HK-BGB, § 327r BGB Rn. 1.

³²⁶ LG Frankfurt a.M., Urteil vom 6.6.2013 – 2- 24 O 246/12; s. auch Schreiber/ Esser, Einheitliche Update-Zyklen, RDi 2022, 317 (321).

³²⁷ Vgl. Schreiber/ Esser, Einheitliche Update-Zyklen, RDi 2022, 317 (321).

³²⁸ DRL Erw. Gr. 47.

funktionseinschränkenden Upgrade akzeptieren muss oder wenn ein Update zusammen mit einem Upgrade, das die Zugriffsmöglichkeit maßgeblich beeinträchtigt, installiert werden muss.³²⁹ Wird der Verbraucher gezwungen oder überredet, zusätzlich zu einem erforderlichen Update ein nachteiliges Upgrade zu akzeptieren, ist diese Kombination unzulässig. Außerdem entspricht es nicht den Voraussetzungen eines Upgrades, wenn der Verbraucher es selbst installieren muss. Vielmehr muss der Unternehmer diese Änderungen direkt vornehmen.³³⁰

Anders als Aktualisierungen braucht der Unternehmer schließlich für ein Upgrade keine erneute Einwilligung des Verbrauchers, auch wenn dies auf eine Umgestaltung der Daten beim Zugriff hinausläuft.³³¹ Bei einer Aktualisierung kann er sich allerdings nur im Rahmen der Vertragsbedingungen bewegen und ggf. eine neue Zustimmung des Verbrauchers erhalten.

I. BEWEISLAST

§ 327k BGB und Art.12 der DRL normieren die allgemeine Beweislastumkehr, die auch bei der Aktualisierungspflicht anzuwenden ist.³³² Demnach trägt der Unternehmer die Beweislast, ob eine Vertragsmäßigkeit innerhalb eines Jahres (einmalige Bereitstellung) oder während der Vertragslaufzeit (dauerhafte Bereitstellung) vorliegt.³³³ Die Beweisregel ist vor allem bei der Informationspflicht und Installation des Updates von Bedeutung, da sich dies für den Unternehmer in einem Haftungsausschluss niederschlägt. Er hat gem. § 327k III zu beweisen, dass der Verstoß gegen die Aktualisierungspflicht auf einer unterlassenen Mitwirkungshandlung des Verbrauchers beruht. Dagegen muss der

³²⁹ Für weitere Informationen s. Schreiber/ Esser, Einheitliche Update-Zyklen, RDi 2022, 317 (322 ff.).

³³⁰ Für die Ansicht, dass § 327r keine Anwendung bei optionalen Upgrades findet, s. Wendland in BeckOK, § 327r BGB Rn.19.

³³¹ Fries in BeckOGK, § 327r BGB Rn.4.

³³² Metzger in MüKoBGB, §327f BGB Rn.22.

³³³ DRL Erw. Gr. 59.

Verbraucher nachweisen, dass der Unternehmer keine Aktualisierung bereitgestellt oder ihn vor Vertragsschluss darüber nicht klar und verständlich informiert hat (§ 327k IV).

J. VERJÄHRUNG

§ 327j III regelt die Verjährungsfrist hinsichtlich der Aktualisierungspflicht. Demzufolge verjähren Ansprüche wegen einer Verletzung der Aktualisierungsfrist nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des für die Aktualisierungspflicht maßgeblichen Zeitraums. Beachtenswert ist hier nicht der Zeitpunkt der Bereitstellung; sondern der Zeitpunkt, zu dem die Aktualisierungspflicht für den Unternehmer abläuft.³³⁴ Dieser Zeitpunkt wird gem. § 327 I 3 bei einmaligen Bereitstellungen nach der Verbrauchererwartung; bei dauerhaften Bereitstellungen nach dem Bereitstellungszeitraum festgestellt. So können bspw. bei einem Auto, das im Jahr 2021 ausgeliefert wird und für das nach den Erwartungen der Verbraucher ein Aktualisierungszeitraum von 10 Jahren vorgesehen werden kann, die Ansprüche aus der Verjährungsfrist erst nach Ablauf von 10 Jahren, also ab dem Jahr 2031, beginnen und können innerhalb von 12 Monaten geltend gemacht werden.³³⁵ Wie bereits mehrfach erwähnt, kann die Aktualisierungspflicht daher in der Praxis von der Verjährungsfrist von 2 Jahren wesentlich abweichen. Für Waren mit digitalen Elementen gilt auch eine parallele Regel der Verjährung im § 475e. Nach Absatz 2 verjährt ein Anspruch wegen der Verletzung der Updatepflicht bei Waren mit digitalen Elementen nicht vor dem Ablauf von 12 Monaten nach Ende des Zeitraums der Pflicht. In Anwendung der allgemeinen Verjährungsregeln beträgt die Höchstverjährungsfrist nach § 199 IV zehn Jahre.³³⁶ Eine Vereinbarung für die Verkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr ist unter Berücksichtigung der Ferenschild- Entscheidung des

³³⁴ Schulze in HK-BGB, § 327j BGB Rn.4.

³³⁵ Felsch/Kremer/Wagener, MMR 2022, 18 (23).

³³⁶ Lorenz, NJW 2021, 2065 (2071).

EuGH³³⁷ und der Verweigerung einer richtlinienkonformen Auslegung des § 476 II durch den BGH³³⁸ nur bei gebrauchten Waren möglich.³³⁹ Dazu bedarf es der Kenntnis des Verbrauchers und einer ausdrücklichen und gesonderten Vereinbarung. Die Auseinandersetzungen, ob die in der RL vorgesehene Zwei-Jahres-Frist auf diese Weise abbedungen werden kann, erklären die Unterscheidung der Haftungsfrist und der Frist, innerhalb derer der Verbraucher seine Rechte geltend machen darf.³⁴⁰

K. FAZIT

Die neue Aktualisierungspflicht stellt sowohl theoretisch als auch praktisch eine große Neuerung im deutschen und europäischen Privatrecht dar. In ihrem Hintergrund steht zwei EU RL (DIRL und WRKL) aus dem Jahr 2019. Zur Umsetzung dieser beiden Richtlinien sind am 1.1. 2022 neue Regelungen in den Allgemeinen Teil §§ 327 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und in den Besonderen Teil für Kauf-, Miet- und Schenkungsverträge in Kraft getreten. So wird die Aktualisierungspflicht im § 327f BGB gesondert geregelt, während sie auch im § 327e BGB als eine subjektive und objektive Anforderung für Produktmangel genannt wird. Daneben ist die Anforderung eines Updates auch bei Waren mit digitalen Elementen angenommen, sodass es sowohl bei digitalen Produkten (§ 327f) als auch bei Waren mit digitalen Elementen (§ 475b) dem Unternehmer als eine gesetzliche Pflicht auferlegt, um die Vertragsmäßigkeit des Produkts aufrechtzuerhalten und dem Verbraucher eine sichere Rechtslage zu bieten.

Die Aktualisierung bedeutet in deutscher Sprachfassung sowohl ergänzende Funktionen, Behebung von Fehlern (Update) als auch

³³⁷ EuGH, Urteil v. 13.7.2017, C- 133/16.

³³⁸ BGH Urteil vom 18.11.2020 – VIII ZR 78/20.

³³⁹ Biemann, DAR 2022, 134 (136).

³⁴⁰ BGH Urteil vom 18.11.2020 – VIII ZR 78/20, Rn. 36.

eine Erhöhung auf neue Version, grundlegende Verbesserungen am digitalen Produkt (Upgrade). Welche Änderung im Rahmen von Aktualisierungspflicht (§ 327) anzusehen ist, bestimmt sich nach ihrer Erforderlichkeit für Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts. Der deutsche Gesetzgeber nennt in diesem Rahmen auch Sicherheitsaktualisierungen als eine notwendige Aktualisierung im § 327f I 2, um einen besseren Schutz für preisgegebene Daten des Verbrauchers zu verschaffen. Der maßgebliche Zeitraum, in dem die Aktualisierungen gem. § 327f vom Unternehmer regelmäßig bereitgestellt werden muss, ist bei dauerhafter Bereitstellung des digitalen Produkts (wie Mitgliedschaft bei Netflix) der Bereitstellungszeitraum, während er sich bei anderen Fällen (z.B. Kauf eines E-books) nach Verbrauchererwartung ausgeprägt wird. Die Bedeutung der Erwartung des Verbrauchers bleibt vage, werden aber mögliche Kriterien zu ihrer Feststellung wie Aussagen in der Werbung, der Zweck des abgeschlossenen Vertrags oder durchschnittliche Verwendungsdauer der Sache gezählt. Unter Berücksichtigung dieser Unbestimmtheit kann der maßgebliche Zeitraum, insb. bei Sicherheitsaktualisierungen über typische Verjährung hinausgehen. Trotzdem überlassen der deutsche Gesetzgeber und der europäische Richtlinienggeber den Gerichten die Auslegung des maßgeblichen Zeitraums.

Die §§ 327e III Nr.5 und 327f I 1 enthalten darüber hinaus eine Verpflichtung des Unternehmers zur Information über Bereitstellung der Aktualisierungen. Der Inhalt dieser Information ergibt sich aus § 327f II Nr.1 als die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen einer unterlassenen Installation. Dagegen hat der Verbraucher keine Verpflichtung zur Installation dieser Aktualisierung, sondern nur eine Obliegenheit. D.h. installiert der Verbraucher die ihm bereitgestellte Updates trotz einer ausführlichen Information und Installationsanleitung nicht innerhalb einer angemessenen Frist, verliert er die Möglichkeit, um sich auf Rechtsbehelfen aus § 327i zu berufen.

In einem Fall, in dem der Unternehmer die erforderlichen Updates nicht bereitstellt oder den Verbraucher nicht ordnungsgemäß informiert, liegt eine Verletzung der Aktualisierungspflicht vor. Damit wird die Rechtsfolge durch den Verweis auf § 327e mit Rechtsfolgen des Produktmangels gem. § 327i gleichgesetzt. Daher kann der Verbraucher bei Verletzung der Aktualisierungspflicht je nach Umständen die Nacherfüllung (§ 327l), Preisminderung (§ 327n), Schadensersatz (§ 280) oder Vertragsbeendigung (§ 327m) verlangen. Während der Verbraucher die Preisminderung nur bei Erfüllung seiner Gegenleistung durch Bezahlung eines Preises verlangen kann, kann er die Vertragsbeendigung nur verlangen, wenn die Nichtbereitstellung des Updates für ihn eine erhebliche Pflichtverletzung bedeutet, wie etwa starke Einschränkung des digitalen Produkts wegen des unterbliebenen Updates. Sofern die Verletzung der Aktualisierung insb. zur Behebung eines Fehlers einen Schaden zufügt, ist dem Verbraucher möglich, einen Schadensersatz zu beanspruchen. Schließlich ist bei solcher Verletzung bemerkenswert, dass die Updates in der Praxis nicht vom Verkäufer, der im BGB zu Aktualisierungen verpflichtet, sondern vom Hersteller -meistens automatisch- direkt zu Gerät bereitgestellt. Jedoch liegt kein Vertrag zwischen dem Verbraucher und dem Hersteller vor. Sowohl im Regierungsentwurf als auch in der Literatur sieht man die Updates vom Hersteller als die Handlung der Erfüllungsgehilfe gem. § 278. Problematisch ist allerdings, dass der Verkäufer weder technische Vorbereitung zu Updates noch einen Einfluss auf Handlung des Herstellers hat, wenn der Hersteller die erforderlichen Updates nicht versorgt. Der deutsche Gesetzgeber sieht dafür im §327u -entsprechend der DIRM- vor, dass der Verkäufer bei Verletzung der Aktualisierungspflicht, die der Hersteller verursacht hat, seine Aufwendungen in Regress nehmen kann. Als Hintergedanke steht, dass der Verbraucher i.R.v. abgeschlossenem Vertrag direkt gegen den Verkäufer seine Rechte geltend machen kann, weil das für Verbraucher viel effizienter und

einfacher ist. Trotzdem wird er nicht genügend geschützt, solange er keine direkte vertragliche Beziehung zum Hersteller hat. Diese Lücke kann aber in der Zukunft bei Sicherheitsupdates durch Einführung der CRA beseitigt werden, da diese Verordnung ein direkter Anspruch gegen den Hersteller vorsieht.

Letztendlich steht ein Beweislastumkehr gem. § 327k zugunsten des Verbrauchers für Nachweis der Vertragsmäßigkeit und verjähren die Ansprüche wegen einer Verletzung der Aktualisierungspflicht gem. § 327j nicht Ablauf von 12 Monaten nach Ende des für die Aktualisierung maßgeblichen Zeitraums.



SCHLUSSVERSICHERUNG

Hiermit versichere ich, dass ich die Arbeit ohne fremde Hilfe und nur mit den von mir angegebenen Hilfsmitteln angefertigt habe. Sämtliche Quellen, einschließlich Internetquellen, die unverändert oder abgewandelt wiedergegeben werden, sind als solche kenntlich gemacht.

Mir ist bekannt, dass bei Verstößen gegen diese Grundsätze ein Verfahren wegen Täuschungsversuchs bzw. Täuschung eingeleitet wird.

02.06.2023

C. ~~Ernst~~

DANKSAGE

Durch das Stipendienprogramm der Botschaft der Republik Türkei für Bildungswesen (des Bildungsministeriums der Republik Türkei) für akademische Forschung und das Masterprogramm „Deutsches und Europäisches Recht und Rechtspraxis“ an Humboldt Universität zu Berlin, habe ich diese Masterarbeit geschrieben. Deswegen bin ich dem Bildungsministerium, meinen Eltern und Freunden und auch Verstorbenen dankbar, die auf diesem Weg jetzt oder schon vorher ihre finanzielle und moralische Unterstützung nicht gescheut haben.

Ceyda Erbay