

Richtlinie Digitale Inhalte: Anmerkungen zu möglichen Regeln für Updates

Mit Regelungen zu Updates betritt die Richtlinie Neuland. Grund dafür ist eine im Vergleich zur analogen Welt zu beobachtende Verschiebung in der Vertragspraxis und offenbar auch bei den Verbrauchererwartungen. Diese schlägt sich auch in Änderungen der Vertragstypologie nieder: Der analoge Kauf als punktueller Austausch verliert an Bedeutung. Der Gefahrübergang als historisch wichtigster Ausdruck der Punctualität des Austauschs (s. noch Art. 20 VerbraucherrechteRL 2011/83/EU) wird in Frage gestellt. Dies betrifft viele Punkte der neuen Richtlinie (etwa: weitgehender Verzicht auf Vertragstypen, besondere Beachtung von „kontinuierlicher Bereitstellung“, Fristenregime und Beweislastumkehr) und zu diesen gehört auch die Frage nach den Updates.

Die im Gesetzgebungsverfahren zu klärende rechtspolitische Frage lautet: Wie weit soll die zeitliche Verantwortung des Unternehmers für die Qualität reichen?

I. Rechtspolitische Grundüberlegungen

Für die rechtspolitische Entscheidung sind zunächst die Fälle der Mängelbeseitigung wie auch das Problem der Verschlechterung durch (geschuldete oder ungeschuldete) Updates auszublenden. Für sie sind gesonderte Erwägungen erforderlich, um die es hier nicht gehen kann.

1. Damit verbleiben letztlich drei **Arten von Updates**, welche sich vornehmlich auf Software beziehen, aber für mediale Inhalte ebenfalls in Betracht kommen: Sicherheitsupdates, Funktionssicherungsupdates und Funktionserweiterungsupdates. Vor allem die beiden ersten Kategorien überlappen sich vielfach, was die Antwort auf die rechtspolitische Frage nicht erleichtert.

(a) **Sicherheitsupdates** zielen auf die Beseitigung von Gefährdungen für andere Rechtsgüter des Verbrauchers. Entsprechende Pflichten des Unternehmers bestehen – kraft Produktverantwortung – vielfach auch außerhalb von vertraglichen Beziehungen etwa aus Deliktsrecht oder aus Produktsicherheitsrecht. Eine Regelung in der Richtlinie bewirkt (und erfordert) auch eine Koordination mit dem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Sicherheitsupdates schützen dabei jedenfalls das Integritätsinteresse und nicht notwendig auch das Äquivalenzinteresse des Verbrauchers. Der Schutz des reinen Integritätsinteresses ist typischerweise mit den Rechtsbehelfen Schadensersatz und (erheblich seltener) vorbeugender

Erfüllungsanspruch verbunden; Vertragsaufhebung und Preisherabsetzung passen hierzu nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres.

(b) **Funktionssicherungsupdates** dienen dazu, in einer sich wandelnden (ggf. auch nicht-digitalen) Umgebung die ursprünglich geschuldete Funktionalität aufrecht zu erhalten. Sie sollten das Zentrum der rechtspolitischen Debatte bilden, auch soweit sie Sicherheitserwartungen betreffen. Im Kern geht es um die Frage, ob und ggf. in welchen Situationen die geschuldete Funktionalität über den Zeitpunkt der ersten Bereitstellung hinaus aufrecht erhalten werden muß und wie lange dies der Fall zu sein hat. Zumindest *prima vista* bestehen insoweit Differenzierungsmöglichkeiten zwischen Gestaltungen einmaliger Bereitstellung (oder einer Reihe einzelner Bereitstellungen) und solchen kontinuierlicher Bereitstellung.

(c) **Funktionserweiterungsupdates** gehen über die ursprünglich geschuldeten Funktionalitäten hinaus und erweitern deren Kreis. Die Praxis am Markt verlangt ein Nachdenken auch über diese Kategorie von Updates und spricht für ein gewisses Maß an Verbrauchererwartungen (empirische Untersuchungen kenne ich freilich nicht). Für die klassische Regulierung der analogen Welt mag das überraschen, weil selbst bei Gebrauchsüberlassungen mit Erhaltungspflicht Modernisierungspflichten regelmäßig nicht enthalten sind.¹ Die nicht allein bei Betriebssystemsoftware und sozialen Netzwerken für digitale Inhalte zu konstatierende – und nicht zuletzt aus Gründen der Kundenbindung bestehende – Praxis legt aber eine Befassung mit der Frage für die digitale Welt mehr als nahe.

2. Ein wesentlicher Gesichtspunkt für respective gegen das Bestehen von Updatepflichten bildet die **grundsätzliche Vertragsgestaltung**. Bei **kontinuierlicher Bereitstellung** darf mit einer gewissen Selbstverständlichkeit erwartet werden, daß zumindest die Sicherheit und die anfänglich geschuldeten Funktionalitäten über die gesamte Vertragsdauer gewährleistet sind. Dies steht zwischen den Organen des Trilogs im Grundsatz mit Recht außer Streit (KOM: Art. 6 III; Rat: Art. 6a IIIa; EP: Art. 6a II)². Eine generelle Modernisierungsverpflichtung im Sinne einer Verpflichtung zu Funktionserweiterungsupdates wäre – auch beschränkt auf vom Unternehmer tatsächlich bereits entwickelte Updates – hingegen eine Neuheit, die einer eigenen rechtspolitischen Begründung bedarf. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob der

¹ Art. IV.B.–3:104 DCFR auferlegt dem (Mobiliar-)Vermieter nicht einmal die Beseitigung der Folgen gewöhnlicher Abnutzung („*normal wear and tear*“). Die – eher dünnen und zumindest für das deutsche Recht auch nicht ganz fehlerfreien – Notes II zu Art. IV.B.–3:104 DCFR bestätigen die Zurückhaltung gegenüber Modernisierungspflichten durch Schweigen und verdeutlichen das dringende Bedürfnis nach einer größeren rechtsvergleichenden Studie zu Gebrauchsüberlassungen.

² Randbemerkung: Die Lösungen von Rat und EP stellen derzeit freilich nicht sicher, daß die Ausweitung der Qualitätserwartung über die Zeit auch für Artt. 6, 7, 8 (letzteres für die Ratsfassung) gelten. Richtiger Standort einer derart allgemeinen Regel wäre vielmehr EP:Art. 5a der dann auch EP:Art. 8a aufnehmen könnte.

Unternehmer für derartige Updates ein gesondertes Entgelt verlangen darf und wie mit der Differenzierung zwischen Kunden und Kundengruppen in dieser Hinsicht oder hinsichtlich des Zugangs zum Update überhaupt umzugehen ist.

Anders ist die Lage bei **einmaliger Bereitstellung**. In dieser dem klassischen Kauf jedenfalls nahekommenden Gestaltung bilden nach Leistungsaustausch (und Gefahrübergang) entstehende Pflichten oder sonstige Verantwortungen des Unternehmers jenseits einer Mangelbeseitigung³ die Ausnahme, finden sich aber durchaus:

(a) Bereits Kraft außervertraglicher Verantwortung (Produkt- und Produzentenhaftung sowie Produktsicherheitsrecht) bestehen auch bei einmaliger Bereitstellung nicht selten auch nach Gefahrübergang **berechtigte Sicherheitserwartungen** von Verbrauchern und der Allgemeinheit.⁴ Ob und ggf. inwieweit diese auch in den Vertrag integriert werden, divergiert zwischen den mitgliedersstaatlichen Rechtsordnungen ganz erheblich. Diese Sicherheitserwartungen fallen als solche aufgrund ihrer außervertraglichen Wurzeln schon nicht in den Kern des Anwendungsbereichs der Richtlinie, überlappen sich aber gegebenenfalls mit der vertraglich geschuldeten Qualität und dem darin verschlüsselten Integritätsinteresse.

(b) Als zweite Ausnahme von den befreienden Wirkungen des Gefahrübergangs kommen **berechtigte Haltbarkeitserwartungen** des Verbrauchers in Betracht. Mangels nennenswerter realistischer Möglichkeit einer Verschlechterung der Substanz digitaler Inhalte mit der Zeit, kommen Haltbarkeitsdefizite vor allem im Hinblick auf Wandlungen der funktionalitätsrelevanten (nicht nur digitalen) Umgebung in Betracht. Dabei werden absehbare Umgebungsänderungen vielfach schon nach allgemeinen Regeln zu einer anfänglichen Verpflichtung des Unternehmers auf die Eignung für den künftigen Zustand führen müssen; fehlt diese Eignung geht es nicht um Updates, sondern um Mangelbeseitigung.⁵ Funktionssicherungsupdates kommen folglich vor allem für überraschende externe Funktionseinschränkungen in Betracht. Rechtspolitisch lautet daher die Frage, ob dem Unternehmer das Risiko eines – im Verhältnis zur berechtigterweise erwartbaren Nutzungsdauer – vorzeitigen Funktionsverlusts aufgebürdet werden soll. Dabei wird auch relevant sein, ob solche Updates ohnehin zur Verfügung stehen, weil der Unternehmer sie für andere Kunden

³ Als Grundlage für nachlaufende Pflichten ohne gesonderte Vereinbarung kommen von den allgemeinen Standards der Qualitätsbestimmung nach den verschiedenen Richtlinienfassungen insbesondere öffentliche Erklärungen im Vorfeld des Vertragsschlusses in Betracht.

⁴ Dabei wird hier nicht übersehen, daß für rein digitale Produkte ein (unionsrechtliches) Produktsicherheitsrecht und Produkthaftungsrecht bislang nicht besteht und daß das geltende (unionsrechtliche) Produktsicherheits- und Produkthaftungsrecht digitale (Integritäts-)Risiken nicht vollständig erfaßt.

⁵ Über die Einordnung einer Falschbezeichnung als unfaire Geschäftspraktik im Sinne der UGP-Richtlinie 2005/29/EG wäre zumindest nachzudenken.

mit Anspruch auf kontinuierliche Bereitstellung entwickeln muß. Zudem ist – auch bei Bestehen einer Updatepflicht – keine Selbstverständlichkeit, daß der Verbraucher dafür kein zusätzliches Entgelt entrichten muß.

3. Für die Entscheidung über eine dem Bereitstellungszeitpunkt nachlaufende Update-Verpflichtung des Unternehmers sind auch **Art, Umfang und Dauer der Gegenleistung** rechtspolitisch relevant. In den klassischen Kaufsituationen der analogen Welt spielte dieser Punkt kaum eine Rolle und fand etwa auch letztlich keinen Eingang in die Qualitätsbestimmung nach Art. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG. Mit den neuen Entgeltformen und insbesondere den durch Art. 3 I des Richtlinienvorschlags einbezogenen Datennutzungsbefugnisse könnte sich dies ändern. Der Grund dafür liegt im zeitlichen Charakter der Datennutzungsbefugnis. Diese macht zwar aus einem Vertrag über eine einmalige Bereitstellung digitaler Inhalte noch keine kontinuierliche Bereitstellung, nimmt jedoch unabhängig von der genauen dogmatischen Ausgestaltung insbesondere einer – hinsichtlich der digitalen Inhalte – kaufartigen Situation den Charakter des punktuellen Austauschs. Daraus ließe sich rechtspolitisch gegebenenfalls ableiten, daß eine Updatepflicht jedenfalls solange besteht, als beim Unternehmer eine Datennutzungsbefugnis zu vertragsfremden Zwecken besteht.

4. Eng verwandt mit den Qualitätsstandards der Richtlinie ist schließlich die über Art. 6 V Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU begründete **Haftung für vorvertragliche Information** zum Zwecke der Erfüllung von Informationspflichten nach Art. 6 Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU. Wegen der Erklärung dieser Informationen zum Vertragsbestandteil, treten die Effekte dieser Richtlinie immer zu den Maßstäben der hier gegenständlichen Richtlinie hinzu. Soweit etwa der Unternehmer zur Angabe wesentlicher Eigenschaften oder von Kundendienstleistungen (Art. 6 I lit. a und m Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU) auf erwartbare Updates verweist, würde die Verpflichtung unabhängig von der hier gegenständlichen Richtlinie Vertragsgegenstand.

5. Eine Sonderfrage betrifft schließlich den Fall, daß der **Verbraucher** das bereitgestellte **Update nicht übernimmt** (als insbesondere installiert) und es daraufhin zu Sicherheitsproblemen oder Funktionsstörungen kommt. Auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, der Verbraucher könne sich dann selbstverständlich nicht auf die fehlende Qualität berufen. Das gilt freilich nicht, wenn dem Verbraucher die Übernahme des Updates nicht zuzumuten ist und er diese zurecht nicht stattfinden läßt. Die rechtspolitische Gemengelage an diesem Punkt ist besonders kompliziert, weil die Gründe des Unterbleibens der Übernahme eines Updates sehr unterschiedlich sein können. Das gilt insbesondere dann, wenn die verschiedenen Arten von Updates miteinander vermischt werden oder wenn ein Sicherheits- oder

Funktionssicherungsupdate andere zuvor nicht vorhandene Nachteile für den Verbraucher aufweist. Hier muß dem Verbraucher zumindest möglich sein, eine Unzumutbarkeit der Übernahme des Updates einzuwenden. Diese könnte sich auch schon daraus ergeben, daß ein Sicherheitsupdate mit der Hinzufügung neuer Funktionen verbunden wird, welche der Verbraucher nicht akzeptieren möchte.

II. Sachentscheidungen

Die zu treffenden Entscheidungen können wohl kaum einheitlich getroffen werden, vielmehr ist zu differenzieren:

1. Der **Integritätsschutz** des Verbrauchers bildet stets ein hohes Gut und die Richtlinie sollte ihm auch – und zwar auch hinsichtlich der **Sicherheitsupdates** – verpflichtet sein.

a) Daher muß zunächst als Minimum sichergestellt sein, daß der bestehende unionsrechtliche wie nationale **außervertragliche Integritätsschutz** durch die Richtlinie (und ihre vollharmonisierenden Wirkungen) nicht eingeschränkt wird. Das gilt auch dann, wenn dadurch im Ergebnis auch das Erfüllungsinteresse des Verbrauchers geschützt wird.

b) Angesichts der starken Verbindung und Überlappung des Integritätsschutzes mit der geschuldeten Qualität bietet es sich zudem an, den Integritätsschutz einschließlich der Sicherheitsupdates auch zum **Gegenstand der geschuldeten Qualität** zu machen. Das gilt auch für die kaufartigen Situationen einmaliger Bereitstellung, für welche den Unternehmer durch den Gefahrübergang auch jetzt schon nicht seiner Integritätsverantwortung enthoben wird.

Hinsichtlich der Rechtsbehelfe paßt zwar für den – vermutlich seltenen – Fall reiner Sicherheitsupdates ohne Funktionalitätsauswirkungen die Preisherabsetzung dann zwar nicht, weil das Äquivalenzinteresse des Verbrauchers nicht betroffen ist und der Verbraucher kaum einmal an der fortgesetzten Nutzung mit höherem Risiko interessiert sein wird. Auch die Vertragsaufhebung paßt zum Interesse des Verbrauchers nicht ohne weiteres. Zwar kann sich der Verbraucher so vor bestehenden Sicherheitsdefiziten schützen, er verliert aber den digitalen Inhalt und seine Nutzbarkeit. Ohne einen – nach der künftigen Richtlinie oder autonomem nationalem Recht etwa bestehenden – Schadensersatzanspruch ermöglicht die Vertragsaufhebung als Reaktion auf ein Ausbleiben von Sicherheitsupdates auch kein für den Verbraucher schadloses Deckungsgeschäft. Hinsichtlich beider Rechtsbehelfe läßt sich die Entscheidung darüber aber dem Verbraucher überantworten.

2. Bei den **Funktionssicherungsupdates** ist vor allem zwischen den Vertragsgestaltungen zu unterscheiden.

a) Bei **kontinuierlicher Bereitstellung** digitaler Inhalte dürfte die Aufrechterhaltung der Funktionalität durch Funktionssicherungsupdates ohnehin außer Streit stehen. Sie sollte entsprechend dem Stand der verschiedenen Entwurfsfassungen erhalten bleiben.

b) Bei **einmaliger Bereitstellung mit Datennutzungsbefugnis als Gegenleistung** sollte ebenso verfahren werden. Soweit und solange der Unternehmer die personenbezogenen Daten des Verbrauchers zu anderen Zwecken als denen der Vertragsdurchführung nutzen darf, sollte er zur Sicherstellung der Funktionalität verpflichtet sein. Würde dem Verbraucher in diesen Fällen keine Update-Verpflichtung des Unternehmers zugesprochen, könnte es zu ganz erheblichen Schieflagen im vertraglichen Äquivalenzverhältnis kommen, welche Bedürfnisse nach einer Art Preiskontrolle befördern könnte.

c) Für die übrigen Fälle **einmaliger Bereitstellung** ist ebenfalls nicht zu verkennen, daß Funktionserhaltungsupdates – vermutlich auch als Folge von Versuchen einer Durchsetzung von Lizenzdenken – zunehmend Gegenstand sowohl der Vertragspraxis als auch von Verbrauchererwartungen sind. Gleichwohl hat sich eine generelle Update-Pflicht praktisch bislang nicht durchgesetzt. Zu klar und plausibel sind dafür die gegenläufigen Interessen der Unternehmerseite. Hinzu kommt die Schwierigkeit, eine solche Pflicht – unterhalb der Schwelle der Gewährleistungsfristen – zeitlich richtig zu kalibrieren. Die verschiedenen Ausnahmen von der klassischen Risikoverteilung – einschließlich des soeben entwickelten Falles der nicht nur Punktuellen Datennutzungsbefugnis als Gegenleistung – deuten aber auf eine **Verschiebung im Regelausnahmeverhältnis** hin, welche sich auch in der rechtspolitischen Grundentscheidung niederschlagen sollte. Soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, sollte der Unternehmer daher auch zur Aufrechterhaltung der Funktionalität verpflichtet sein. Eine hinreichend klare Abweichung davon würde auch die Enttäuschung von Verbrauchererwartungen vermeiden helfen und eröffnete dem Unternehmer zugleich die Möglichkeit, sich von der Verpflichtung zu befreien. Für diese Lösung spricht zudem, daß die zahlreichen Ausnahmen von den Gefahrübergangswirkungen schon jetzt eine hinreichend transparente Ausgestaltung der unternehmerischen Pflichten kaum zulassen.

3. Bei den **Funktionserweiterungsupdates** ist hingegen Vorsicht geboten. Sie sind vom ursprünglichen Äquivalenzverhältnis nicht erfaßt und sollten dem Verbraucher daher ohne besondere Begründung nicht ohne Vereinbarung zugesprochen werden. Denkbar erscheint allenfalls die Verpflichtung zu einem – vergütungspflichtigen –

Andienungsrecht, von welchem der Verbraucher Gebrauch machen kann aber nicht muß. Das gilt richtigerweise sowohl für die einmalige Bereitstellung wie auch für die kontinuierliche Bereitstellung digitaler Inhalte. Für letztere kann sich aus einer Modifikationsbefugnis des Unternehmers hinsichtlich der Notwendigkeit der Nutzung des Updates anderes ergeben.

III. Implementierung im bestehenden System

Auch für die Implementierung der Sachentscheidungen in das System der vorliegenden Entwurfsfassungen bedarf es eines differenzierten Zugangs:

1. Für die **Immunsierung außervertraglicher Pflichten zu Sicherheitsupdates** dürfte ein Erwägungsgrund genügen.

2. Zusätzlich sollte die **Sicherheit** der Inhalte einschließlich der **Updates** zum **Gegenstand der objektiven Qualitätsanforderungen** gemacht werden. Art. 6a I lit. b der Ratsfassung bietet dafür einen guten Ausgangspunkt und den richtigen Regelungsort. In Übereinstimmung mit dem Acquis sollte insoweit allerdings auf die „berechtigten Sicherheitserwartungen“ der Verbraucher abgestellt werden. Abdingbar könnte diese Vorgabe auch bei einmaliger Bereitstellung nicht sein. Um die Komplexität der Regelung nicht weiter zu erhöhen sollten jedoch keine Modifikationen des Rechtsbehelfssystems vorgenommen werden.

3. **Funktionssicherungsupdates** bei **kontinuierlicher Bereitstellung** ergeben sich – auch jenseits der Sicherheitsupdates – aus den bereits akzeptierten Regeln zur Aufrechterhaltung der geschuldeten Qualität während des Zeitraums der Bereitstellung.

4. Für **Funktionssicherungsupdates** bei **einmaliger Bereitstellung** sollten die zahlreichen rechtspolitisch wünschenswerten Differenzierungen – einschließlich des Falles der Datennutzungsbefugnis als Entgelt – durch eine Umkehr des Regelausnahmeverhältnisses gelöst werden. Regelungstechnisch erscheint es mir dazu das folgende Vorgehen sinnvoll:

a) In Verbindung der Ansätze von Rat und Parlament (Rat: Art. 6a I lit. e und EP: Art. 6a IV) sollte in Art. 6a I lit. e eine generelle Pflicht zu Updates angeordnet werden. Diese sollte wie der Text des Rates – im Hinblick auf die abweichende Behandlung bei der Abdingbarkeit – Sicherheitsupdates nicht ansprechen.

b) Diese Frist sollte – im Sinne der Fassung des Parlaments – auf eine „*reasonable period of time*“ beschränkt werden.⁶ An der Anwendbarkeit der Gewährleistungsfrist ändert dies nichts.

c) Für die Abdingbarkeit gibt es zwei Lösungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Anforderungen an die abweichende Vereinbarung, nämlich

- ein einleitendes „*unless otherwise agreed*“ oder
- den aufwendigeren Mechanismus des Art. 8a der Parlamentsfassung / Art. 6a II Ratsfassung.

Angesichts des Standes der Entwicklung läge eine erleichterte Abdingbarkeit näher. Sie könnte zum Ausgleich – in Art. 6 I lit. e – um eine Gegen Ausnahme wegen widersprüchlichen Verhaltens ergänzt werden, daß eine anderweitige Vereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn der Unternehmer gleichwohl Updates zur Funktionalitätssicherung anbietet.

5. Für **Funktionserweiterungsupdates** genügt die Formulierung in Art. 6 (I) lit. d der verschiedenen Fassungen.⁷

6. Ob es einer ausdrücklichen **Regelung für nicht übernommene Updates** bedarf, erscheint wegen der bereits angedeuteten Komplexitäten durch multifunktionale oder Hybrid-Updates, welche schlimmstenfalls Elemente der Mängelbeseitigung ebenso enthalten wie Sicherheitsupdates sowie Funktionssicherungs- und Funktionserweiterungsupdates sowie Modifikationen, sehr zweifelhaft. Solange die Anbieterseite die verschiedenen Aspekte nicht hinreichend voneinander trennt und vor allem Funktionserweiterungsupdates und Modifikationen mit den anderen Arten verbindet, wird der Verbraucher immer auf eine Möglichkeit zur Zurückweisung angewiesen sein. Sinnvoller erscheint es hier zunächst – ggf. im Wege eines Erwägungsgrundes – auf die Konkretisierung des unionsrechtlichen Verbots des Rechtsmußbrauchs zu vertrauen.

⁶ Art. 6a I lit. e der Ratsfassung ist demgegenüber zeitlich nicht beschränkt.

⁷ Das Addendum in der Parlamentsfassung ist m.E. überflüssig und lädt allenfalls zu Umkehrschlüssen ein.