

# Software als digitales Produkt

## Was bringen die gesetzlichen Neuregelungen?

**Dr. Hendrik Schöttle**

Rechtsanwalt, Partner, FA für IT-Recht, Osborne Clarke

Herbstakademie 2021

# Gesetzliche Grundlagen

Zwei Richtlinien:

- ▶ Richtlinie (EU) 2019/770 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen
- ▶ Richtlinie (EU) 2019/771 vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (sog. Warenkauf-Richtlinie)

Beide waren umzusetzen bis zum 1. Juli 2021, anzuwenden ab dem 1. Januar 2022

Umgesetzt in zwei Gesetzen:

- ▶ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021 (BGBl. I 2123)
- ▶ Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 25.6.2021 (BGBl. I 2133).

## Das neue Recht...

- ▶ führt Neureglungen für digitale Produkte und für Sachen mit digitalen Elementen ein – deren Abgrenzung voneinander unklar ist
- ▶ bringt Ausnahmeregelungen für Open-Source-Software mit sich. Diese sind für die Praxis zu eng und schließen den Großteil der freien Software aus
- ▶ verpflichtet Unternehmen zur Bereitstellung von Aktualisierungen
- ▶ bringt Beschränkungen bei Änderungen an der Software mit sich
- ▶ bringt eine Pflicht mit sich, über Änderungen auf einem dauerhaften Datenträger zu informieren

# Anwendungsbereich

## ▶ Persönlich

- ▶ auf Verträge mit Verbrauchern beschränkt  
( § 327 BGB i.V.m. § 310 Abs. 3 BGB für digitale Produkte,  
bzw. § 474 Abs. 2 S. 1 BGB für Waren mit digitalen Elementen)
- ▶ Praktisch werden die Pflichten vermutlich jedoch schnell in der Lieferkette durchgereicht werden

## ▶ Sachlich

- ▶ wird unterschieden zwischen digitalen Produkten ( § 327a Abs. 1 und 2 BGB) und Sachen mit digitalen Elementen ( § 327a Abs. 3 S. 1 BGB)
- ▶ Unterscheidung ist der nicht überzeugenden Struktur der Richtlinien geschuldet, die wiederum wohl politischen Zwängen geschuldet war

# Anwendungsbereich

- ▶ Digitale Produkte
  - ▶ **Software** (in § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB erwähnt, sowie in Gesetzesbegründung und Erwägungsgründen der Richtlinie)
  - ▶ **Paketverträge**, bei denen **neben digitalen Produkten auch Sachen oder andere Dienstleistungen bereitgestellt** werden: Regelungen zu digitalen Produkten auf betreffenden Teil des Vertrages anwendbar ( § 327a Abs. 1 BGB)
  - ▶ **Verbraucherverträge** über Sachen, **welche digitale Produkte enthalten** oder mit ihnen **verbunden** sind ( § 327a Abs. 2 BGB)
- ▶ Sache mit digitalen Elementen
  - ▶ Kann die Sache ihre Funktion ohne die digitalen Produkte nicht erfüllen („Sache mit digitalen Elementen“), greifen die Regelungen zum Kauf einer Ware mit digitalen Elementen ( § 327a Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 475b Abs. 1 S. 1 sowie S. 2 BGB)
- ▶ Im Zweifel Sache mit digitalen Elementen anzunehmen ( § 327a Abs. 3 S. 2 BGB).

## Anwendungsbereich

- ▶ Wann ist eine Sache mit digitalen Elementen gegeben?
  - ▶ Im Ergebnis kann es nur darauf ankommen, ob die Ware ohne das digitale Produkt ihre Funktion erfüllt oder nicht.
  - ▶ Produkt, das über ein Smartphone bedient und gesteuert werden kann, aber zusätzlich auch über eine eigene, davon unabhängige Schnittstelle zur Bedienung verfügt:
    - ▶ Wie wird das Gerät typischerweise genutzt?
    - ▶ Kann die Sache ihre Funktionen ohne die digitalen Produkte „nicht so gut“ erfüllen – oder „überhaupt nicht“?
  - ▶ Welche Erwartungen kann der Nutzer an die Sache berechtigterweise stellen? Hängt ggf. auch von deren Bewerbung ab

## Bereichsausnahme zu Open-Source-Software

- ▶ § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB enthält eine Bereichsausnahme für „freie *und* quelloffene Software“. Diese ist zu eng:
  - ▶ Die Regelung erfasst zahlreiche OSS-Lizenzen nicht und ist zu eng: MIT, BSD, Apache, Artistic, aber auch Public Domain verlangen alle nicht die Offenlegung des Source Codes, sind zwar „freie“, aber keine „quelloffenen“ Lizenzen
  - ▶ Widerlegliche Vermutung, dass personenbezogene Daten Gegenleistung für digitale Produkte sind ( § 327 Abs. 3 BGB).
    - ▶ Ausnahme nur für Daten zur Verbesserung der Sicherheit, der Kompatibilität oder der Interoperabilität der Software ( § 327 Abs. 6 Nr. 6 BGB).
    - ▶ Nicht erfasst: Funktionsverbesserungen – bei Open-Source-Projekten der absolute Standardfall. Entwickler arbeiten gemeinsam an Open-Source-Software, um diese zu verbessern, sie zu erweitern und mit neuen Funktionen zu versehen und nicht allein, um Fehler auszumergen.

## Veränderte Anforderungen an Vertragsgemäßheit, abweichender Mängelbegriff

- ▶ Subjektive und objektive Anforderungen werden eingeführt
  - ▶ In § 327e Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 BGB Anforderungen an **subjektive Beschaffenheit** definiert. Danach sind insbesondere die vereinbarte Menge, Funktionalität Kompatibilität und Interoperabilität gemäß Vereinbarung geschuldet.
  - ▶ In § 327e Abs. 3 BGB werden **objektive Anforderungen** an das digitale Produkt definiert.
    - ▶ Nr. 1 und 2: Spiegelung der subjektiven Anforderungen von Abs. 2 Nr. 1 a) und b), soweit *gewöhnliche* Verwendung betroffen und soweit Beschaffenheit *erwartet* werden kann.
    - ▶ Weitere Anforderungen wie Beschaffenheit einer Testversion oder Voranzeige relevant (Nr. 3), vereinbartes Zubehör und Anleitungen (Nr. 4) Bereitstellung von und Information über Aktualisierungen (Nr. 5), jeweils neueste Version (Nr. 6), falls nichts anderes vereinbart



## Aktualisierungen

- ▶ Quadratur des Kreises: Software soll immer aktuell sein, es soll sich aber nichts ändern
- ▶ § 327f BGB, der eine Entsprechung bei Waren mit digitalen Elementen in § 475b Abs. 3 Nr. 2 bzw. Abs. 4 Nr. 2 BGB hat, sieht eine **Pflicht** vor, **erforderliche Aktualisierungen** zur Verfügung zu stellen. Updates, insbesondere Sicherheitsupdates, sind während „maßgeblichem Zeitraum“ geschuldet. Maßgeblicher Zeitraum:
  - ▶ Vertragsdauer bei Dauerschuldverhältnissen.
  - ▶ Bei Softwarekauf: objektiv übliche Nutzungsdauer. Beispiel: Nutzungsdauer von Fahrzeug oder Heizungsanlage in der Regel länger als Gewährleistungszeitraum

## Aktualisierungen

- ▶ Abdingbarkeit von Aktualisierungspflicht möglich?
  - ▶ § 327h BGB erlaubt, von den Anforderungen des § 327f Absatz 1 BGB abzuweichen
  - ▶ Also grds. möglich, in Bezug auf Aktualisierungen abweichende Regelungen zu vereinbaren, insbesondere eine abweichende Frist für deren Bereitstellung
  - ▶ Allerdings nach § 327h BGB erforderlich, dass der Verbraucher hierzu
    - ▶ **vor Abgabe** seiner Vertragserklärung
    - ▶ **„eigens davon in Kenntnis gesetzt** wurde“ und
    - ▶ dass diese Abweichung von den objektiven Anforderungen **„im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart** wurde“
- ▶ Wohl gesondertes Beiblatt bei Offline-Vertragsschluss bzw. gesonderte, nicht vorausgewählte Checkbox erforderlich

# Änderungen

- ▶ Änderung nach § 327r BGB nur zulässig, soweit zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderlich oder wenn
  - ▶ Änderungen vertraglich bei triftigem Grund erlaubt
  - ▶ triftiger Grund vorliegt
  - ▶ keine zusätzlichen Kosten durch Änderungen
  - ▶ Verbraucher klar und verständlich über Änderung informiert
- ▶ Beeinträchtigt Änderung die Zugriffsmöglichkeit auf das Produkt oder die Nutzbarkeit des Produkts,
  - ▶ ist zusätzlich eine Information mittels eines „dauerhaften Datenträgers“ erforderlich ( § 327r Abs. 2 BGB)
  - ▶ dann Beendigungsmöglichkeit des Vertrages durch Verbraucher innerhalb von 30 Tagen möglich ( § 327r Abs. 3 BGB).  
Beendigung ausgeschlossen, wenn Nutzung des unveränderten digitalen Produkts weiterhin möglich ( § 327 Abs. 4 BGB)

# Änderungen

- ▶ Langfristige Wartungsverträge ohne Änderungen nicht wirtschaftlich darstellbar, da ansonsten zahlreiche Versionen gepflegt werden müssten. Konsolidierung der Zahl der zu pflegenden Versionen daher wohl „triftiger Grund“
- ▶ Informationspflicht in Textform ist datenschutzrechtlich kontraproduktiv: Nutzerkennung vom Kunden erforderlich, um per E-Mail informieren zu können.
- ▶ Vertragliche Vereinbarung erforderlich, damit Änderungen möglich sind
- ▶ Silent Updates: auch dann ggf. schon Nutzerkennung erforderlich, wenn Nutzer nicht anders erreicht werden kann

## Fazit

- ▶ Zahlreiche neue Anforderungen
- ▶ Pflicht zur Vornahme von Aktualisierungen über Lebensdauer des Produkts wird leerlaufen, da vertraglich verkürzt werden und neue Checkboxen und Formulare nach sich ziehen
- ▶ Änderungen (=Pflicht, die neueste Version einzusetzen) werden weiter an der Tagesordnung bleiben, da nur so Softwarepflege wirtschaftlich bleiben kann
- ▶ Software wird in vielen Fällen Einrichtung einer Nutzerkennung voraussetzen, um Informationspflichten zu genügen