

VERTRAGSRECHT IM DIGITALEN ZEITALTER ANGEKOMMEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (vzbv) zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

30. November 2020

Impressum

Verbraucherzentrale

Bundesverband e.V.

Team

Recht-und-Handel

Rudi-Dutschke-Straße 17

10969 Berlin

recht-und-handel@vzbv.de

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
II. BESTE WIRKUNG FÜR UPDATE-PFLICHT	4
1. Gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einführen	4
2. Update-Pflicht: Konkretisierung der Dauer	5
3. Trennung von verschiedenen Update-Arten	6
III. VERTRAGSRECHT UND DATENSCHUTZRECHT IM GUTEN EINKLANG	7

I. ZUSAMMENFASSUNG

Digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen sind ein wichtiger Bestandteil des Verbraucheralltags sowie der deutschen und internationalen Wirtschaft. Sie stellen aber auch das geltende Vertragsrecht vor große Herausforderungen, da sie sich einer klaren Vertragstypisierung entziehen. Nach geltendem Recht ist beispielsweise nicht eindeutig geklärt, welche Rechte Verbraucherinnen und Verbrauchern¹ bei fehlerhafter Software zustehen. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie² schafft hier erstmals einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen für den Erwerb digitaler Güter. Ihre Umsetzung in deutsches Recht ist daher ein wichtiger Schritt zur Verbesserung des Verbraucherschutzes in Deutschland mit Blick auf das Vertragsverhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie wurde auf der EU-Ebene zusammen mit der Warenkauf-Richtlinie³ verhandelt. Beide Richtlinien regeln Aspekte von Verträgen über Software, wobei der Vertragstyp (Miete, Kauf, Lizenz) nicht entscheidend ist. Die Warenkauf-Richtlinie ist anwendbar auf Software, die in körperlichen Waren enthalten oder mit ihnen verbunden ist, sodass die Waren ihre Funktionen ohne diese Software nicht erfüllen könnten (z.B. ein auf einem Smart-TV vorinstalliertes Betriebssystem). Die Digitale-Inhalte-Richtlinie dagegen ist anwendbar auf Software, die unabhängig von körperlichen Waren, z.B. auf einem eigenen Datenträger, vertrieben wird (z.B. eine Antiviren-Software). Maßgeblich für die Unterscheidung ist der zugrundeliegende Kaufvertrag; im Zweifel soll die Warenkauf-Richtlinie (also nicht die mit dem vorliegenden Entwurf umzusetzenden Digitale-Inhalte-Richtlinie) anwendbar sein.⁴ Bedauerlicherweise liegt für die Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie noch kein Referentenentwurf vor, so dass eine Prüfung auf Konsistenz der Regelungen nicht möglich ist.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) hat den Erlass der Digitale-Inhalte-Richtlinie auf EU-Ebene begrüßt.⁵ Die Regelungen der Richtlinie sind vollharmonisierend, sodass der deutsche Gesetzgeber wenig Spielraum bei der Umsetzung hat. Aus Sicht des vzbv hat der deutsche Gesetzgeber die Regelungen gut in die deutsche Gesetzgebungssystematik übertragen. Die Einführung eines neuen Mängelbegriffs, datenschutzrechtlicher Grundsätze wie Datensparsamkeit als Konformitätskriterien sowie der Datenportabilität bei Vertragsbeendigung sind wichtige Neuerungen mit Blick auf die vertragsrechtlichen Regelungen von Software.

Gleichwohl sieht der vzbv noch Verbesserungspotenzial. Eine der wichtigsten Neuerungen der Richtlinie aus Sicht des vzbv ist die Pflicht, beim Verkauf von Software über Aktualisierungen zu informieren und diese bereitzustellen (§ 327 f BGB-E).

¹ Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

² Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

³ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG

⁴ Vgl. vertiefend Erwägungsgründe 21 und 22 der Digitale-Inhalte-Richtlinie (EU) 2019/770.

⁵ Online-Meldung des vzbv vom 26.03.2020, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/meldung/eu-verbessert-gewaehrleistungsrecht-fuer-verbraucher> (abgerufen am 17.11.2020).

Im Rahmen der Update-Pflicht fordert der vzbv folgende Anpassungen:

- ❖ Die Update-Pflicht gilt nur für den Verkäufer von Software. Der Verkäufer hat jedoch oft nur geringen Einfluss auf die Entwicklung und Bereitstellung von Updates. Der Hersteller der Software, der Entwickler, muss daher im Wege einer **gewährleistungsähnlichen Herstellerhaftung** ebenfalls zur Bereitstellung von Updates verpflichtet werden.
- ❖ Der deutsche Gesetzgeber sollte in der Gesetzesbegründung Kriterien aufnehmen, um die **Dauer der Update-Pflicht zu konkretisieren**.
- ❖ **Verschiedene Update-Arten** (funktionserhaltend, funktionserweiternd, Sicherheit) sollten, soweit möglich, technisch voneinander getrennt werden müssen.
- ❖ Die durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie vorgesehene Abdingbarkeit der Update-Pflicht muss so ausgestaltet werden, dass in der Praxis die **Update-Pflicht nicht vollständig ausgehöhlt** werden kann.

Für den vzbv ist neben der Update-Pflicht das verbraucherfreundliche Zusammenspiel von Vertragsrecht und Datenschutzrecht von hoher Bedeutung. Den wichtigsten Grundsatz, dass der Unternehmer keine vertragsrechtlichen Ersatzansprüche geltend machen kann, wenn der Verbraucher seine datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft, hat der deutsche Gesetzgeber mit § 327 q BGB-E umgesetzt. Das begrüßt und unterstützt der vzbv sehr. Lediglich hinsichtlich § 327 q Abs. 2 BGB-E bleiben für den vzbv weiterhin Fragen offen.

- ❖ Der vzbv regt eine **Konkretisierung von § 327 q Abs. 2 BGB-E** an, um klarzustellen, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Insbesondere die Gefahr, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht, sollte Berücksichtigung finden.

II. BESTE WIRKUNG FÜR UPDATE-PFLICHT

1. GEWÄHRLEISTUNGSÄHNLICHE HERSTELLERHAFTUNG EINFÜHREN

Gem. § 327f Abs. 1 S. 1 BGB-E ist der Unternehmer, nicht aber der Hersteller zur Bereitstellung von Software-Updates verpflichtet. Dies wird in der Praxis regelmäßig zu Schwierigkeiten führen. Der Verkäufer wird häufig - anders als der Hersteller - keinen Einfluss darauf haben, ob Updates entwickelt oder herausgegeben werden.

Digitale Inhalte sind typischerweise generell stärker mit ihrem Hersteller verbunden als physische Produkte. Häufig ist ein Fernzugriff möglich; die Auslieferung von Updates erfolgt ohne nennenswerte logistische Kosten. Hinzu kommt, dass auch nur der Hersteller die Vertragsdaten des Nutzers hat. Diese Verbundenheit und Profitmöglichkeit muss sich auch in dem Pflichtenkatalog des Herstellers niederschlagen. Die Update-Pflicht sollte genauso den Hersteller treffen wie auch den Verkäufer, nur dann kann sie in der Praxis Wirkung entfalten. Sie muss spätestens dann greifen, wenn Sicherheitslücken offenbar werden – wenn also der Hersteller davon Kenntnis haben muss, etwa

weil der Warn- und Informationsdienst des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie (BSI)⁶ die Sicherheitslücke publiziert.

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie hindert den deutschen Gesetzgeber ausdrücklich nicht daran, diese aus Verbrauchersicht sinnvolle und erforderliche gewährleistungsähnliche Herstellerhaftung einzuführen.⁷

Das wäre auch aus Sicht des deutschen Gesetzgebers nur konsequent. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD haben die Parteien vereinbart, „klare Regelungen für die Produkthaftung in der digitalen Welt“ aufzustellen; dabei sollen u.a. „die Hersteller und Anbieter digitaler Produkte und Dienstleistungen [...] Sicherheitslücken bekanntmachen und schnellstmöglich beheben“.⁸ Der vzbv hat diese Ansätze begrüßt.⁹ Der Referentenentwurf sollte nun diesen Worten auch Taten folgen lassen und nicht nur Verkäufer, sondern auch Hersteller in die Update-Pflicht mit einbeziehen.

DER VZBV FORDERT:

Nicht nur Verkäufer, sondern vor allem Hersteller sind dafür verantwortlich und dazu in der Lage, Software-Aktualisierungen zu entwickeln und bereitzustellen. Deswegen müssen Hersteller im Wege einer gewährleistungsähnlichen Haftung zur Bereitstellung von Aktualisierungen entsprechend § 327f BGB-E verpflichtet werden. Diese Pflicht muss mindestens immer dann greifen, wenn Sicherheitslücken in digitalen Produkten offenbar werden.

2. UPDATE-PFLICHT: KONKRETISIERUNG DER DAUER

Insbesondere eine gesetzlich vorgeschriebene Update-Pflicht ist für viele Verbraucher von großem Interesse. Im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen können digitale Produkte ohne entsprechende Updates ihre Funktionsfähigkeit jederzeit verlieren. Insbesondere fehlende Sicherheitsaktualisierungen können zur völligen Unbrauchbarkeit eines digitalen Produktes und darüber hinaus zu Schäden an den Rechtsgütern des Verbrauchers und der Allgemeinheit führen.

Nach einer repräsentativen Umfrage der hopp Marktforschung wünschen sich Verbraucher, dass bei gekaufter Software der Hersteller im Durchschnitt 4,1 Jahre Aktualisierungen bereitstellt. 40 Prozent aller Befragten finden eine Aktualisierung von fünf Jahren oder mehr als angemessen.¹⁰

Gem. § 327f Abs. 1 S. 2 BGB-E müssen Updates bei der dauerhaften Bereitstellung von digitalen Produkten für den Bereitstellungszeitraum und in allen anderen Fällen entsprechend der Erwartungshaltung des Verbrauchers bereitgestellt werden. Unternehmen müssen dadurch unter Umständen deutlich länger Updates zur Verfügung stellen, als dies bisher der Fall ist.

⁶ Zuständig dafür ist der Warn- und Informationsdienst des Computer Emergency Response Team des BSI (CERT-Bund), abrufbar unter <https://www.cert-bund.de/wid>, abgerufen am 19.11.2020

⁷ Erwägungsgrund 13 der Digitale-Inhalte-Richtlinie.

⁸ Koalitionsvertrag 2018, Zeilen 1987ff., abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>, abgerufen am 17.11.2020.

⁹ Onlinemeldung des vzbv vom 08.05.2018, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/meldung/produkthaftung-digitale-herausforderungen-anpassen>, abgerufen am 17.11.2020.

¹⁰ Onlinebefragung (CAWI, panelbasiert), n: 1.000 Personen, Statistische Fehlertoleranz: max. +/- 3,1 Prozentpunkte in der Gesamtstichprobe, Befragungszeitraum: 18. bis 28. September 2020

Aus Sicht des vzbv ist es grundsätzlich richtig, keine festen Zeiträume für die Update-Pflicht vorzugeben, zumal die Digitale-Inhalte-Richtlinie diesen Spielraum auch nicht zulässt. Gleichwohl sollte der deutsche Gesetzgeber weitere Kriterien zur Auslegung der Erwartungshaltung in der Gesetzesbegründung aufnehmen.

Zu diesen Kriterien sollte gehören:

- Ob das zu aktualisierende Produkt vom Unternehmer oder von vergleichbaren Unternehmern noch auf dem Markt verkauft wird. Wenn mit einem digitalen Inhalt noch durch den Vertrieb an den Verbraucher Geld verdient wird, bedeutet das im Umkehrschluss, dass auch Updates zur Verfügung gestellt werden müssen.
- Wie weit verbreitet die Nutzung des Produkts ist und ob ggf. durch diese Nutzung verwertbare Daten beim Unternehmer oder beim Hersteller anfallen, die für diese einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen.
- Wie groß das Gesamtrisiko für Nutzer einzuschätzen ist, welches im Falle eines konkret ausbleibenden Updates droht. Damit ist vor allem zu bewerten, ob Sicherheits-Updates auch nach langen Zeiträumen noch geschuldet werden.

DER VZBV FORDERT:

Die Dauer der Update-Pflicht in § 327f BGB-E mit Blick auf die Erwartungshaltung der Verbraucher sollte in der Gesetzesbegründung mithilfe eines nicht abschließenden Kriterienkatalogs besser konkretisierbar gemacht werden.

3. TRENNUNG VON VERSCHIEDENEN UPDATE-ARTEN

Über Updates haben Hersteller und Verkäufer die Möglichkeit, ein digitales Produkt zu verändern, auch nachdem der Verbraucher es erhalten hat. Dadurch unterscheiden sich digitale Inhalte von klassischen körperlichen Waren.

Das bedeutet aber auch, dass ein Produkt durch Updates auch nachteilige Eigenschaften erhalten kann. Dazu könnte die Erhebung zusätzlicher persönlicher Daten oder eine Funktionseinschränkung gehören. Insgesamt lassen sich Updates in drei Kategorien einordnen:

- Funktionserhaltende Updates: Aktualisierungen, die dafür sorgen, dass die Funktion oder Kompatibilität des aktualisierten Produkts erhalten bleibt, es also weiter funktionieren kann.
- Funktionsändernde Updates: Aktualisierungen, durch die das Produkt erweitert oder eingeschränkt wird, z.B. indem neue Funktionen hinzugefügt oder bestehende entfernt werden.
- Sicherheitsupdates: Aktualisierungen, die für die technische Sicherheit des Produkts sorgen, damit es beispielsweise weniger anfällig für Hackerangriffe ist.

Diese Arten von Updates sollten, soweit technisch möglich, voneinander getrennt werden. Es sollte stets auch für den Verbraucher bei der Bereitstellung jedes Updates deutlich erläutert werden, was sich mit dem betreffenden Update genau ändert und um welche Art des Updates es sich handelt, insbesondere wenn es sich um Sicherheitsupdates handelt. Dies ist für den Verbraucher besonders relevant, da er mangels techni-

schen Sachverstands und Einblick in die Systemarchitektur weder die technische Notwendigkeit der Bereitstellung von Updates in der Regel zuverlässig beurteilen, noch rechtssicher beweisen kann.

Bei Sicherheitsupdates sollten die Verbraucher ausdrücklich darauf hingewiesen werden müssen, welche Sicherheitslücken bestehen und welche Folgen aus der Nicht-Installation des Sicherheitsupdates folgen. Nur mit Hilfe dieser Informationen können Verbraucher entscheiden, ob sie Updates installieren wollen oder nicht. Auch nur dann ergibt § 327f Abs. 2 BGB-E Sinn, wonach Verbraucher ihre Haftungsansprüche gegenüber dem Unternehmer verlieren, wenn sie bereitgestellte Aktualisierungen nicht rechtzeitig installieren. Ohne ausreichende Informationen an den Verbraucher ist diese Rechtsfolge ansonsten nicht sachgerecht.

Die Art der Bereitstellung wird von der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Übrigen auch nicht geregelt, sodass er deutsche Gesetzgeber hier den nötigen Umsetzungsspielraum hat.

DER VZBV FORDERT:

Die Arten von Updates (funktionserhaltend, funktionsändernd, Sicherheit) müssen, soweit technisch möglich, voneinander getrennt und separat ausgeliefert werden. Jedem Update müssen die Informationen darüber beiliegen, was genau dadurch am Produkt verändert wird und insbesondere, ob es sich um Sicherheits-Updates handelt.

III. VERTRAGSRECHT UND DATENSCHUTZRECHT IM GUTEN EINKLANG

Für den vzbv war bei den Verhandlungen zum digitalen Vertragsrecht stets von hoher Bedeutung, dass die Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss keine Auswirkungen auf den Vertrag haben. Zudem darf der Unternehmer keine vertragsrechtlichen Ersatzansprüche geltend machen, wenn der Verbraucher seine datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft. Beides hat der deutsche Gesetzgeber mit § 327q BGB-E umgesetzt, was der vzbv sehr begrüßt. Der Gesetzgeber macht in seiner Begründung auch noch einmal besonders deutlich, dass der Verbraucher seine datenschutzrechtlichen Befugnisse ungehindert ausüben können muss, ohne hierdurch rechtliche Nachteile fürchten zu müssen.

Hinsichtlich § 327q Abs. 2 BGB-E bleiben für den vzbv allerdings weiterhin Fragen offen. Insbesondere ist unklar, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Denn wäre die Datenverarbeitung für die Erbringung des Vertrags tatsächlich erforderlich, hätte die Datenverarbeitung auf der Rechtsgrundlage des Art. 6 (1) b) DSGVO durchgeführt werden können. Fraglich ist daher, ob mit dieser Regelung nicht eine neue Art der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung entsteht und somit die Gefahr besteht, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht. Daraus folgend stellen sich Fragen zum Verhältnis zu den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung, insbesondere Art. 7 (4) DSGVO. Kann eine Einwilligung in die Verarbeitung von perso-

nenbezogenen Daten, die nicht zur Erbringung des Dienstes erforderlich sind, als freiwillig erachtet werden, wenn der Dienst jederzeit gekündigt werden kann, sobald der Betroffene seine Einwilligung widerruft? Auch formuliert Art. 21 (2) und (3) DSGVO ein bedingungsloses Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der Direktwerbung. Unterläuft es also nicht den Bestimmungen der DSGVO, dass Unternehmer Verträge kündigen können, wenn Verbraucher ihr Recht auf Widerspruch gegen die Verarbeitung ihrer Daten zu Zwecken der Direktwerbung wahrnehmen?

DER VZBV FORDERT

Der vzbv regt eine Konkretisierung von § 327q Abs. 2 BGB-E an, um klarzustellen, unter welchen Bedingungen eine Vertragsfortführung durch den Unternehmer nicht mehr zumutbar ist. Insbesondere die Gefahr, dass Unternehmer stets einen Vertrag kündigen, wenn ein Verbraucher seine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerruft oder einer Datenverarbeitung widerspricht, sollte Berücksichtigung finden.