

Die einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers bei Bereitstellung digitaler Inhalte

Robert Eitel

§ 1 Einleitung¹

A. Einführung in die Rechtsgrundlage

Die EU hat die Richtlinie für Digitale Inhalte² (im Folgenden DID-RL) und die Warenkaufrichtlinie³ (im Folgenden WK-RL) eingeführt, um den digitalen Binnenmarkt für Europa zu regulieren und zu vereinheitlichen.⁴ Die DID-RL ist zum 20.05.2019 in Kraft getreten, war bis zum 1.7.2021 ins nationale Recht der Mitgliedstaaten umzusetzen und diese umgesetzten Bestimmungen sind auf Verträge, die ab 1.1.2022 geschlossen werden, anzuwenden.⁵ Durch die in Art. 4 DID-RL und WK-RL festgelegte Vollharmonisierung soll ein „modernes Vertragsrecht für Europa“ in einem digitalen Binnenmarkt⁶ geschaffen werden⁷, wobei sich die Regelungsinhalte der Richtlinien ergänzen.⁸ Die einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Inhalten ist Teil des durch die DID-RL eingeführten Regelungskomplexes (Art. 19 DID-RL) und wurde zum 1.1.2022 in der Bundesrepublik Deutschland (BRD) und der Republik Österreich (RÖ) eingeführt.

1 Soweit und sofern in dieser Arbeit geschlechtsspezifische Terminologie verwendet wird, sind immer auch alle anderen Geschlechter gemeint.

2 RL (EU) 2019/770 des EP und des Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABL L 2019/136, 1.

3 RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments (EP) und des Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der VO (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG.

4 Schmidt-Kessel/Erlner/Grimm/Kramme, GPR 2016, 2, 2; Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 387.

5 Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 2 Rn. 7.

6 Maute/Mackenrodt Recht als Infrastruktur für Innovation/Datta 155, 158.

7 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: Ein modernes Vertragsrecht für Europa – Das Potenzial des elektronischen Handels freisetzen vom 9.12.2015, KOM (2015) 633.

8 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 388.

In BRD mit Neufassung der §§ 327 ff. BGB (Änderungsbefugnis des Unternehmers in § 327r BGB), in RÖ mit dem Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG) (Änderungsbefugnis in § 27 VGG).

Die Änderungsbefugnis des Unternehmers ermöglicht diesem, im Rahmen eines laufenden Vertrags Anpassungen am Vertragsgegenstand vorzunehmen, die nicht zur Erhaltung der Vertragsmäßigkeit notwendig wären. Die Einführung dieser Regelung ist bedeutsam, da Verträge mit digitalen Elementen häufig über längere Zeit laufen und sich während dieser Vertragslaufzeit aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Entwicklungen gewichtige Anpassungsbedarfe ergeben. Im Kontrast dazu steht der althergebrachte „*pacta sunt servanda*“-Grundsatz, nach dem Verträge so zu erfüllen sind, wie sie geschlossen wurden.⁹ Bei digitalen Inhalten können bspw. Sicherheitsaktualisierungen notwendig werden, weil in der ursprünglichen Version einer Software eine bei Auslieferung nicht erkennbare Sicherheitslücke entdeckt wurde; oder die Software einer Heizungsanlagensteuerung verwendet eine mittlerweile nicht mehr unterstützte Programmiersprache. Steigende Nutzerzahlen können zu einer nicht mehr ausreichend performanten Software führen oder es können sich Anforderungen an den Datenschutz geändert haben¹⁰; möglich sind auch Änderungen von optischen Elementen aufgrund der stetigen technischen Weiterentwicklung, von technischen Grundlagen einer Software oder zur Sicherstellung der Wirtschaftlichkeit der Bereitstellung, indem nur die aktuelle Variante des Produkts gepflegt werden muss, um die Software weiterhin einer Vielzahl von Kunden anbieten zu können.¹¹ Solche Änderungen können sowohl im als auch gegenläufig zum Interesse des Nutzers sein.¹² Bei Dauerschuldverhältnissen ist eine solche Änderung aber nicht vorgesehen, denn bei diesen wird die Leistung zwischen den Parteien bei Vertragsschluss definiert und danach nicht mehr geändert.¹³ Der Unternehmer kann aus o.g. Gründen zur Veränderung gezwungen sein, während der Nutzer entweder die digitale Leistung weiterhin wie gewohnt nutzen können und entsprechende Funktionalitäten vorfinden möchte oder aber ebenfalls eine Änderung wünscht, um die Interoperabilität mit anderen Komponenten weiterhin sicher zu stellen; es

9 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 1.

10 Möllnitz, MMR 2021, 116; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 1.

11 Hunzinger, CR 2022, 349, Rn. 1; Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 1.

12 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 1.

13 Möllnitz, MMR 2021, 116, 116.

resultiert daher ein „Spannungsverhältnis zwischen Vertragsbindung und -Kontinuität sowie Flexibilitätserfordernissen“. ¹⁴ Eine solche Änderung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, die über den Vertragsmäßigkeitserhalt hinausgeht, sieht Art. 19 DID-RL vor, wobei ein Ausgleich zwischen den unternehmerischen Interessen und denen des Verbrauchers erfolgen soll. ¹⁵

Dazu bedarf es erstens der Gestattung einer solchen Änderung bereits im zugrunde liegenden Vertrag, der triftige Gründe nennen muss, dem Verbraucher dürfen zweitens keine zusätzlichen Kosten entstehen und drittens muss der Unternehmer den Verbraucher durch eine klare und verständliche Mitteilung über die Änderung informieren. ¹⁶ In Art. 19 Abs. 1 lit. d) DID-RL ist noch eine kumulative vierte Bedingung enthalten, sofern der Verbraucher durch die Änderung bei Zugang oder Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht nur geringfügig beeinträchtigt wird, wobei dann eine Unterrichtung über Merkmale und Zeitpunkt der Änderung im Vorfeld auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen muss. Aus der Mitteilung muss sich auch ergeben, dass der Verbraucher innerhalb von 30 Tagen zur Beendigung des Vertrags berechtigt ist. ¹⁷ Bei der Umsetzung der Digitalisierung in Vertragsrecht ist der Gesetzgeber trotz der Tendenz zur Vernetzung der Technik am Leitbild der bilateralen Konnexität verhaftet geblieben. Dem Verbraucher wird nur ein Ansprechpartner, der Unternehmer, gegenüber gestellt, ¹⁸ um so eine einfachere Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen.

B. Forschungsfrage und Relevanz

Der Änderungsmaßstab tritt in der gesetzlichen Umsetzung und der DID-RL nicht hinreichend klar zu Tage. So ist es für Unternehmer und Verbraucher schwer ersichtlich, welche Veränderungen der Vertragsleistung die im Gesetz vorgesehenen Grenzen des triftigen Grundes und der geringfügigen Änderung überschreiten. Daher liegt dieser Arbeit die Forschungsfrage zugrunde, anhand welcher Unterscheidungskriterien bestimmt werden kann, was ein triftiger Grund und eine nicht nur geringfügige Änderung ist.

14 Möllnitz, MMR 2021, 116, 116; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 2.

15 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 2.

16 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 2.

17 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 3.

18 Legner, NJOZ 2022, 353, 357.

Dadurch soll Unternehmern und Verbrauchern ein Leitfaden an die Hand gegeben werden, zur Einschätzung, was eine entsprechende Änderung ist und der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle ein Kontrollmaßstab an die Hand gegeben werden.

C. Aufbau der Arbeit und Methodik

Mit der vorliegenden Arbeit wird nach einer Abgrenzung von DID-RL und WK-RL ein Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen auf europäischer Ebene und die konkreten Umsetzungen in der BRD und der RÖ gegeben. Zunächst werden die unterschiedlichen Anforderungen und Regelungen beleuchtet, wobei rechtsvergleichend auf die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen EU- und den beiden nationalen Gesetzeswerken eingegangen wird. In einem nächsten Abschnitt wird die Änderungsbefugnis von der Änderungspflicht abgegrenzt. Anschließend wird der dieser Arbeit zugrunde liegenden Forschungsfrage des Maßstabs der Änderung nachgegangen. Diese Fragestellung wird im nächsten Kapitel mittels Transfers ähnlicher gesetzlicher Regelungen gelöst, anhand derer durch allgemein bekannte Methodiken der Gesetzesauslegung eine entsprechende Anwendung auf IT-Verträge vorgenommen wird. Ansatz der Arbeit ist, die Rechtsfigur der Gestaltungsrechte und der für diese vorhandenen Bewertungskriterien auf die Änderungsbefugnis des Unternehmers zu übertragen. Abschließend wird die Problematik in den Gesamtzusammenhang eingeordnet und ein Ausblick gegeben, was zukünftige Umsetzungen bringen könnten und sollten, um Unternehmern und Verbrauchern klare Regelungen an die Hand zu geben.

§ 2 Abgrenzung WK-RL und DID-RL

WK-RL und DID-RL sind zusammen in Kraft getreten und haben ähnliche Regelungsinhalte, die sich im Detail jedoch unterscheiden. Im Folgenden wird daher eine Abgrenzung vorgenommen.

A. DID-RL

Die *DID-RL* dient als vollharmonisierte eigenständige Auffangregelung von Gewährleistungsrechten für alle Vertriebsformen digitaler Leistungen, die nicht Bestandteil des Kaufvertrags sind.¹⁹ Sie gilt auch in Fällen, wenn die gekaufte Sache ihre Funktionen auch ohne das digitale Produkt erfüllen kann oder wenn der Vertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte nicht Bestandteil des Vertrags über den Kauf der Sache ist.²⁰

B. WK-RL

In den Anwendungsbereich der *WK-RL* fallen dagegen all jene digitalen Inhalte und Dienstleistungen, die in eine Ware integriert oder mit ihr verbunden sind und laut dem geschlossenen Kaufvertrag mit ihr bereitgestellt werden.²¹ Bei Sachen mit digitalen Elementen ist zu beachten, dass diese von der Warenkaufrichtlinie betroffen sind, sofern sie ein funktionales (die gekaufte Sache kann bei Fehlen der digitalen Produkte ihre Funktion nicht erfüllen) und ein vertragliches Element (die Bereitstellung der digitalen Produkte wird gem. dem Kaufvertrag über die Sache geschuldet) beinhalten.²²

Jene digitalen Inhalte, deren Bereitstellung sich nicht aus dem Kaufvertrag explizit ergibt, fallen unter die *DID-RL*, also fällt bspw. bei einem Smartphone das Betriebssystem unter die *WK-RL*, während die aus dem App-Store herunterladbaren Programme unter die *DID-RL* fallen; anderes gilt, sofern der Verkäufer explizit nur die Hardware verkauft.²³ Sofern Zweifel bestehen, gelten digitaler Inhalt / digitale Dienstleistung als mitverkauft, wobei die Beschaffenheit der Ware, objektiver Empfängerhorizont und öffentliche Erklärungen von Verkäufer und Hersteller zu berücksichtigen sind.²⁴ Eine Fitness-Uhr, bei der es zur Auswertung der von dieser aufgezeichneten Daten noch eine App auf dem Smartphone braucht, unterfällt samt ihrem Betriebssystem als auch die herstellereigene, zusätzlich

19 J. Flume, *ÖJZ* 2022, 137, 138; Fida, Updates, Patches & Co. Zivilrechtliche Fragen zur Softwareaktualisierung, 39.

20 Fida, Updates, 40.

21 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 46.

22 Kühner/Piltz, *CR* 2021, 1 Rn. 16.

23 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 48.

24 Heckmann/Paschke *juris-PK Internetrecht*/Paschke Rn. 584, 585.

aus dem Smartphone-App-Store herunterzuladende, Auswertungs-App der WK-RL²⁵; während ein zusätzlicher Vertrag, der in der Werbung als solcher auch klar offeriert werden muss, über die Auswertung dieser Daten und Erstellung personalisierter Trainingspläne hingegen unter die DID-RL fällt.²⁶ Ziel der WK-RL ist weitgehend eine Anpassung der Regelungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie über Waren.²⁷

C. Unterschiede – Einheit

Möglichkeiten digitale Leistungen bereitzustellen, gibt es unzählige, ähnlich hoch kann die Varianz der entsprechenden Vertragstypen sein, die sich vom bisherigen „Paradigma des Güteraustauschs“ entfernen, trotz allem beschränkt durch Titel und Modus des ABGB bzw. der entsprechenden Regelungen des BGB.²⁸ Die große Besonderheit der digitalen Welt stellt die nicht mehr dauerhafte Zuweisung von Rechten, sondern der bloße Zugang zu Dienstleistungen dar; wobei das kurzzeitige Nutzungsrecht an einer Dienstleistung, wie einem Computerprogramm, Rechenkapazität oder Cloud-Speicherplatz Eigentum und Besitz ablöst.²⁹ Damit hängen komplexe Fragen der Mehrpersonenverhältnisse zusammen, so wenn bspw. der Dienstleister des Herstellers das Produkt des Herstellers dem Verbraucher zur Verfügung stellt, solche des Urheberrechts, ob also Anbieter und Verbraucher überhaupt die Berechtigung des Herstellers haben, dessen Produkt zu nutzen und möglicher sachenrechtlicher Regelungen. Idealerweise sind die beiden Richtlinien nicht jeweils als eigenständige Einzelne zu betrachten, sondern als eine Einheit, die nach dem Willen des Gesetzgebers für die Schaffung eines digitalen Binnenmarkts³⁰ naht- und lückenlos zusammenpassen und für digitale Gegenstände möglichst entsprechende Regelungen treffen, obwohl die Terminologie manchmal divergiert, bspw. „digitales Produkt“ und „Ware mit digitalen Elementen“, die den gleichen Gegenstand meinen.³¹

25 Jaensch, jM 2022, 96, 97.

26 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 49.

27 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 34.

28 J. Flume, ÖJZ 2022, 137, 138.

29 J. Flume, ÖJZ 2022, 137, 139.

30 Artz/Gsell Verbrauchervertragsrecht/Lehmann 19, 22.

31 Schneider/Streitz, CR 2022, 141; Maute/Mackenrodt Recht als Infrastruktur für Innovation/Datta 155, 159.

§ 3 Ziel der DID-RL

Ziel der DID-RL ist die Harmonisierung des digitalen Binnenmarkts. In diesem Kapitel werden das Ziel im engeren Sinn, die Regelungsinhalte, Ausschlüsse sowie mögliche Schwachstellen angesprochen.

A. Ziel im engeren Sinn

Die DID-RL stellt eine „bereichsspezifische Ergänzung der Verbraucher-rechterichtlinie für den digitalen Bereich dar“.³² Ziel ist es, vorherige Regelungslücken im EU-Verbraucherrecht bzgl. bestimmter vertragsrechtlicher Aspekte der Bereitstellung digitaler Produkte zu schließen, da es zuvor keine harmonisierten Vorschriften zum Schutz der Verbraucher gab³³, wobei die Richtlinie technologieneutrale und zukunftsichere Regelungen aufstellen soll.³⁴ Die nicht harmonisierten Regelungen führten bisher zu erhöhten Transaktionskosten für Unternehmen sowie Rechtsunsicherheiten bei den Verbrauchern im grenzüberschreitenden Handel mit digitalen Produkten.³⁵ Somit ist die RL Ausdruck des EU-Binnenmarktes, indem grenzüberschreitender Handel, insbesondere von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)³⁶, und Vertrauen der Verbraucher beim Erwerb digitaler Produkte durch vollharmonisierte Regelungen gestärkt werden sollen.³⁷

B. Regelungsinhalte

Umfasst sind nach Art. 3 DID-RL Verträge zwischen Unternehmern (natürliche oder juristische Personen) und Verbrauchern über dauerhafte entgeltliche Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen.³⁸ Welcher Vertragsart diese Verträge zu unterstellen sind, lässt die Richtlinie offen³⁹,

32 Kühner/Piltz, CR 2021, 1, Rn. 4.

33 Kühner/Piltz, CR 2021, 1, Rn. 5.

34 Schneider, CR 2022, 1-9, 5.

35 Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 566.

36 Artz/Gsell Verbrauchervertragsrecht/Lehmann 19, 22.

37 Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 2 Rn. 5.

38 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 1; Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 2 Rn. 6; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 38.

39 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 39.

eine Unterscheidung anhand unterschiedlicher Vertragstypen erfolgt nicht mehr, vielmehr werden Vertragspflichten (insbesondere der Leistungsgegenstand⁴⁰) und Gewährleistungsrechte abstrakt aufgestellt.⁴¹ Im Geltungsbereich der DID-RL werden Regelungen zur genaueren Spezifikation der Leistungspflicht des Unternehmers sowie zu den Rechtsbehelfen des Verbrauchers aufgestellt.⁴² Die Vertragsmäßigkeit wird anhand kumulativ zu erfüllender⁴³ subjektiver und objektiver Anforderungen an das digitale Produkt sowie dessen sachgemäße Integration beschrieben, wodurch der Verbraucher bei Mangelleistung im Gewährleistungsrecht Hilfsmittel an die Hand bekommt.⁴⁴ Neben einer Gegenleistung in Geld kann mittels elektronischer Wertgutscheine oder virtueller Währung („digitale Darstellung eines Wertes“) bezahlt werden; sogar die Bereitstellung personenbezogener Daten des Verbrauchers oder das Versprechen dies zu tun, was bisher als unentgeltliche Leistung angesehen wurde, unterfällt nach der DID-RL dem umfassten Regelungsinhalt, womit auch sich über die Nutzerdatennutzung finanzierende soziale Netzwerke wie Facebook umfasst sind^{45, 46}

C. Ausschlüsse

Der DID-RL unterfallen nicht herkömmliche Dienstleistungen ohne digitale Inhalte, selbst wenn der Unternehmer zur Erstellung oder Überbringung des Ergebnisses der Dienstleistungserbringung digitale Formen oder Mittel einsetzt.⁴⁷ Nicht umfasst sind ferner Software unter einer freien und quell-offenen Lizenz, Gesundheits-, Glücksspiel- und Finanzdienstleistungen sowie elektronische Kommunikationsdienste⁴⁸ (wobei nummernunabhängige interpersonelle Dienste wie Skype oder WhatsApp doch unter die DID-RL fallen).⁴⁹

40 Artz/Gsell Verbrauchervertragsrecht/Lehmann 19, 21.

41 Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 565.

42 Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 2 Rn. 6.

43 Schneider, CR 2022, 1-9, 5.

44 Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 2 Rn. 6.

45 Artz/Gsell Verbrauchervertragsrecht/Lehmann 19, 22.

46 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 39; Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 565.

47 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 41.

48 juris-PK/Kaesling § 327r Rn.14; Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 11.

49 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kern 33, 41.

D. Mögliche Schwachstellen

Problematisch erscheint, dass die DID-RL weiterhin von einem Zwei-Personen-Vertragsverhältnis ausgeht. Dieses ist in der digitalen Welt zwar noch üblich, es weist aber Schwächen auf, sobald ein Dritter als (Zwischen-) Verkäufer ins Spiel kommt, etwa bei den beiden großen Smartphone-Betriebssystem-Anbietern Google (Android) und Apple (iOS), die mit dem auf ihren Geräten bereitgestellten App-Store dem Kunden Apps von Dritten (App-Anbieter /-Entwickler) vermitteln.⁵⁰ So kommt es auf der einen Seite vor, dass der Verkäufer selbst die Bereitstellung der digitalen Inhalte schuldet und soweit er diese Vertragsinhalte nicht selbst leisten kann, sich deren Herstellers bedient (bspw. der Rechenzentrums-Betreiber, der für den Nutzer eine Office-Installation von Microsoft anbietet oder die gerade genannten App-Store Betreiber als bloße technische Plattform⁵¹); sollten diese Inhalte dann nicht vertragsgemäß sein, haftet der Verkäufer unmittelbar aus dem Vertrag.⁵² Im Gegenfall ist der Verkäufer lediglich Vermittler zwischen Verbraucher und dem die digitalen Elemente bereitstellenden Hersteller, ohne eigene vertragliche Verpflichtungen. Bei einem zwischen diesen Fällen beheimateten Geschäftsmodell übernimmt der Verkäufer die Garantie zur Bereitstellung der digitalen Elemente durch den Hersteller und das haftungsmäßige Entstehen für Versäumnisse des Erbringers.⁵³ Die DID-RL sieht nicht vor, dass der Verkäufer die digitalen Elemente selbst bereitstellen müsste, als unmittelbarer Vertragspartner hat er nur Sorge dafür zu tragen, dass der Verbraucher Aktualisierungen erhält und über diese informiert wird.⁵⁴ Wie er dies aber ohne Einwirkungsmöglichkeit sicher stellen soll, regelt die DID-RL nicht. Ebenfalls unglücklich scheint die Regelung, dass der Kunde seine Daten aktiv als Gegenleistung zur Verfügung stellen muss, damit die DID-RL eingreift, da gerade die passive Datenerhebung im Hintergrund mittels Cookies und sonstiger Tracking-Elemente für viele Anbieter die weitüberwiegende Datenerhebungsmethode darstellt.⁵⁵ Die DID-RL umfasst auch Folgen der Rückabwicklung und das Recht auf

50 Maute/Mackenrodt Recht als Infrastruktur für Innovation/Datta 155, 156.

51 Maute/Mackenrodt Recht als Infrastruktur für Innovation/Datta 155, 156.

52 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 118.

53 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 119.

54 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 120.

55 Maute/Mackenrodt Recht als Infrastruktur für Innovation/Datta 155, 163.

Schadensersatz, was eine zusätzliche Komplexität in Bezug auf das nationale Recht aufbaut.⁵⁶

§ 4 Nationale Umsetzungen in Republik Österreich und Bundesrepublik Deutschland

Rechtsvergleichend wird in Kapitel 4 die nationale Umsetzung der DID-RL in der Republik Österreich (RÖ) und der Bundesrepublik Deutschland (BRD) näher beleuchtet, bevor anschließend auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Umsetzung eingegangen wird.

A. Umsetzung in der Republik Österreich

Die Regelungen der DID-RL sind in RÖ hauptsächlich im VGG umgesetzt worden, das sich auf Verbraucherverträge über den Kauf von Waren mit digitalen Elementen bezieht, wobei eine Haupt- oder Nebenfunktion ohne die digitale Leistung nicht erfüllt werden kann, sowie auf die Bereitstellung selbstständiger digitaler Leistungen in Abschnitt 3.⁵⁷ Des Weiteren findet das VGG auch auf den Kauf von Waren Anwendung.⁵⁸ Die Aufnahme der Regelungen in das ABGB wurde aufgrund der umfangreichen, Technik lastigen, sehr Verbraucher freundlichen und komplexen Vorschriften kritisch gesehen; aufgrund des Umfangs wurden die neuen Regelungen auch nicht in das Konsumentenschutzgesetz (KSchG) aufgenommen.⁵⁹ Mittels des Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG) wurde das VGG eingeführt und zusätzliche Anpassungen im ABGB und KSchG vorgenommen.⁶⁰ Die in Erwägungsgrund (Erwgr.) 13 DID-RL enthaltene Möglichkeit, die neuen Regelungen auch auf B2B-Geschäfte zu übertragen, wurde nicht ausgeschöpft.⁶¹ Es wird kein neuer Vertragstypus eingeführt, sondern für digitale Leistungen gegen Zahlungen sowie datenfinanzierte Geschäftsmodelle ein allgemeines Verbrauchergewährleistungsrecht einge-

56 Artz/Gsell Verbrauchervertragsrecht/Lehmann 19, 33.

57 Bischinger/Weber-Woisetschläger, JAP 2021/2022, 104.

58 Stabentheiner, ÖJZ 2021, 965, 968.

59 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Schwartz Rn. 2.

60 Stabentheiner, ÖJZ 2021, 965, 966.

61 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Schwartz Rn. 2.

führt.⁶² Bei verbundenen digitalen Leistungen hat der Verkäufer der Ware für Gewährleistungspflichten einzustehen, bei unverbundenen der Bereitsteller der digitalen Leistung.⁶³ Digitale Inhalte sind dabei Daten, die in digitaler Form erzeugt bzw. zur Verfügung gestellt werden (Fotos, E-Books, Musik, Videos), ebenso ist auch die Bereitstellung digitaler Dienstleistungen umfasst, wobei durch diese dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung und Speicherung von Daten oder Zugang zu solchen offeriert wird; umfasst sind auch Interaktionsplattformen mit digital hochgeladenen Daten bspw. in sozialen Netzwerken, Smartphone-Anwendungen, Computerprogramme, Cloudspeicher-Servicedienste, Streamingdienste.⁶⁴ Digitale Inhalte und Dienstleistungen werden zur „digitalen Leistung“ zusammen gefasst, die gegen Zahlung eines (sehr weit zu verstehenden) Entgelts oder Hingabe personenbezogener Daten iSd DS-GVO erbracht werden.⁶⁵ Das VGG gilt für die Bereitstellung digitaler Leistungen ab 1.1.2002, ist daher auch für vor dem 1.1.2022 abgeschlossene Verträge anwendbar, solange die Leistung über diesen Stichtag hinaus angeboten wird. Das hier thematisierte Recht des Unternehmers auf Änderung der digitalen Leistung gilt allerdings nur, wenn auch der Vertrag ab dem 1.1.2022 geschlossen wurde, § 29 Abs. 3 S. 2 VGG. Bei fortlaufender Bereitstellung einer digitalen Leistung sieht § 27 VGG ein Leistungsänderungsrecht des erbringenden Unternehmers vor, das dieser einseitig ausschöpfen kann.⁶⁶ Es gibt Parallelen zum Gewährleistungsrecht beim Warenkauf mit Weiterentwicklungen und Ausdifferenzierungen, jedoch sind dem bisher recht einheitlichen Gewährleistungsrecht des ABGB (§§ 922 ff ABGB) nunmehr komplexe und technikbezogene Vorschriften des VGG zur Seite gestellt worden, was künftig zu zwei unterschiedlichen Gewährleistungskomplexen führen wird.⁶⁷ Insbesondere ist in § 27 Abs. 2 S. 1 VGG ein Sonderkündigungsrecht für digitale Inhalte bei wesentlichen Änderungen vorgesehen, was sich nach der Ausgestaltung als Dauerschuldverhältnis darstellt und für solche eigentlich im ABGB

62 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Kronthaler/J.W. Flume/Ziegler Rn. 23; J. Flume, ÖJZ 2022, 137, 140.

63 Bischoinger/Weber-Woisetschläger, JAP 2021/2022, 104, 105.

64 Bischoinger/Weber-Woisetschläger, JAP 2021/2022, 104, 105.

65 Bischoinger/Weber-Woisetschläger, JAP 2021/2022, 104, 105.

66 Bischoinger/Weber-Woisetschläger, JAP 2021/2022, 181, 185; Siehe zu den Richtlinienvorgaben Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141; zu § 27 VGG: Stabentheiner, ÖJZ 2021, 965, 975; Stabentheiner, VbR 2022 2021, 188, 193.

67 J. Flume, ÖJZ 2022, 137, 140; Stabentheiner, ÖJZ 2021, 965, 967.

kein Sonderkündigungsrecht vorgesehen ist.⁶⁸ Im Zusammenspiel mit den übrigen Regelungen des VGG wird deutlich, dass die in § 27 VGG geregelte Änderungsbefugnis ausschließlich Änderungen umfassen kann, die nicht bereits in § 7 VGG genannt sind, also solche, die zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit der vertraglichen Leistung dienen.⁶⁹ In Bezug auf § 6 Abs. 2 Z. 3 KSchG, der besagt, dass nur dann eine einseitige Änderung durch den Unternehmer erfolgen kann, wenn sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist, verdrängt § 27 VGG diese Regelung als *lex specialis*, so dass hier § 6 Abs. 2 Z. 3 KSchG keine Anwendung findet, obwohl § 27 VGG zusätzliche Voraussetzungen nennt.⁷⁰

B. Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat sich zu einer Einbettung der Regelungen der DID-RL in das BGB entschieden, in der Tradition der bisher ebenfalls genutzten Vorgehensweise anhand eines systematischen Konzepts⁷¹. Hier wurde in das allgemeine Schuldrecht ein neuer Titel 2a eingefügt, der in §§ 327 – 327u BGB Verträge zwischen einem Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) und einem Verbraucher (§ 13 BGB) über digitale Produkte unabhängig davon regelt, ob ein Kauf-, Miet- (der neue § 548a BGB regelt die analoge Anwendung des Sachmietrechts auf Mietverträge über digitale Produkte⁷²) oder Dienstvertrag über ein digitales Produkt vorliegt.⁷³ Dieser Regelungskomplex trat zum 1.1.2022 in Kraft. B2B- und C2C-Verträge haben keine Regelung erfahren.⁷⁴ Keine Anwendung finden die Regelungen auf diverse Dienstleistungsverträge nach Maßgabe des § 327 Abs. 6 BGB.⁷⁵ Der Terminus „digitales Produkt“ umfasst sowohl digitale Inhalte als auch digitale Dienstleistungen; Begriffe, welche, um Entwicklungsoffenheit sicherzustellen, weit zu verstehen sind.⁷⁶ Dabei sind digitale Inhalte Daten, die in

68 J. Flume, *ÖJZ* 2022, 137, 142.

69 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 32.

70 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 33.

71 Müller-Graff, *GPR* 2009, 106, 119.

72 Redecker, *ITRB* 2022, 187.

73 Kühner/Piltz, *CR* 2021, 1, 2.

74 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Schwartze Rn. 3.

75 A. Staudinger/Artz, *Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte. Einführung in das neue Recht* (2022) 134.

76 Heckmann/Paschke *juris-PK Internetrecht/Paschke* Rn. 571, 574.

digitaler Form er- und bereitgestellt werden, § 327 Abs. 2 S. 1 BGB, und digitale Dienstleistungen sind solche, die entweder die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu solchen Daten ermöglichen bzw. die gemeinsame Nutzung der [...] hochgeladenen oder erstellten Daten oder sonstige Interaktion mit diesen Daten ermöglichen, § 327 Abs. 2 S. 2 BGB.⁷⁷ Besondere Relevanz erhalten diese Vorschriften, da sie grds. einen zwingenden Charakter aufweisen, § 327s Abs. 1, 2 BGB.⁷⁸ Die Bereitstellung der vertraglichen Leistung unterscheidet zwischen einmaliger, § 327b Abs. 3 BGB, mehrfacher, § 327b Abs. 5 BGB sowie fortlaufender über einen Zeitraum hinweg, § 327b Abs. 4 BGB.⁷⁹ Die Änderungsbefugnis des Unternehmers ist in der Bundesrepublik Deutschland in § 327r BGB umgesetzt worden, in dem Voraussetzungen und Rechtsfolgen geregelt sind.⁸⁰ In Abs. 1 sind die für nachteilige und positive Änderungen erforderlichen Voraussetzungen geregelt, in Abs. 2 zusätzliche bei nachteiligen Abweichungen, in Abs. 3 ist das Kündigungsrecht des Verbrauchers bei nachteiligen Änderungen geregelt bzw. in Abs. 4 dessen Ausschluss, sofern der Verbraucher zwischen neuer und alter Produktversion wählen kann.⁸¹ Dabei wird nicht selbst ein Änderungsrecht vorgesehen, sondern stattdessen die vertragliche Begründung und Ausgestaltung von solchen eingehengt.⁸² Es sind ausschließlich Änderungen durch den Unternehmer umfasst, auch solche von Dritten wie dem Hersteller, die er sich über § 278 BGB zurechnen lassen muss.⁸³ Die Regelung, die dem Unternehmer über den zum Erhalt der Vertragsmäßigkeit hinausgehende Produktänderungen während der dauerhaften Bereitstellung digitaler Produkte ermöglicht,⁸⁴

77 Schneider, CR 2022, 1-9, 4; Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 580, 581.

78 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 392; Heydn, CR 2021, 709, 714 Rn. 35.

79 Schneider, CR 2022, 1-9, 4.

80 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 1. Vgl. als Beispiel <https://policies.google.com/terms?hl=en> („develop, improve, and update Google services“): Anpassungen an neue Technologien, an sich ändernde Nutzerzahlen, um Änderungen in den Lizenzierungsmodellen ggü. Dritten zu implementieren, um Missbrauch oder Beschädigungen abzuwenden und schließlich um gesetzliche, regulatorische, sicherheitsrelevante etc. Änderungen vorzunehmen. Vgl. zur Praxis gängiger Cloud-Anbieter, ihre Nutzungsbedingungen zu ändern, European Commission, Comparative Study on cloud computing contracts: Final Report (2015), 54 f., <https://op.europa.eu/s/o6bI>. (jeweils zuletzt abgerufen am 13.12.2023).

81 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 1.

82 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 1.

83 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 4.

84 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 1.

ist im triadischen Zusammenspiel mit § 327f BGB, der Änderungen bei Erfüllung der Aktualisierungspflicht regelt, sowie mit § 327h BGB, der Abweichungen zur Absenkung der Anforderungen bei Vertragsschluss ermöglicht, zu sehen.⁸⁵ Zur Anwendung gelangt man, sofern es sich um einen Verbrauchervertrag (Vertrag zwischen Unternehmer, § 14 BGB, und Verbraucher, § 13 BGB) handelt, der Verbraucher einen Preis oder Daten als Gegenleistung zu erbringen hat und es sich bei der Leistung des Unternehmers um ein digitales Produkt handelt.⁸⁶ Bisher waren solche Änderungsbefugnisse oftmals Teil von Vereinbarungen in AGB und nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich, § 308 Nr. 4 BGB.⁸⁷ Die Regelungen des Titels 2a sollen nicht bei fehlender vertraglicher Grundlage, sofern der Verbraucher im Gegenzug Werbung eingeblendet erhält, anzuwenden sein.⁸⁸ Bei der Umsetzung der DID-RL fällt auf, dass in dieser Software nur einer von unterschiedlichen weiteren Gegenständen ist, in der deutschen Umsetzung jedoch wird nur Software genannt.⁸⁹ Durch die neue Rechtsfigur für die Leistung des Unternehmers, die Bereitstellung von Daten, wird dafür ein neuer Vertragstyp in den §§ 327 ff. BGB geschaffen, wobei die Vertragsgegenstände digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen über die Art ihrer Leistung bzgl. Daten eingruppiert werden.⁹⁰

In § 327a Abs. 3 S. 2 BGB gibt es eine „Im-Zweifel-Regelung“, nach der §§ 327 ff BGB nicht auf Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen anzuwenden sind, weil nach § 475b Abs. 1 S. 2 BGB „im Zweifel anzunehmen ist, dass die Verpflichtung des Verkäufers die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst.“⁹¹ Sofern der Verbraucher einen Preis für das digitale Produkt zu zahlen hat, so finden die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB als auch diejenigen der §§ 474 ff. BGB Anwendung; während bei einer Gegenleistung in Form von Daten nach § 327 Abs. 3 BGB die §§ 327 ff. BGB Anwendung finden, aber die Regelungen im besonderen Schuldrecht nach § 433 Abs. 2 BGB die Leistung eines vereinbarten Kaufpreises erfordert, Daten hier also explizit ausgeschlossen sind.⁹² Allerdings sind die Vorschriften der §§ 327 ff. BGB nicht anzuwenden, wenn

85 Schneider, CR 2022, 1-9, 8 Rn. 54.

86 Buchmann/Panfili, KuR 2022, 73, 74.

87 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 394.

88 Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 572.

89 Schneider, CR 2022, 1-9, 3.

90 Schneider, CR 2022, 1-9, 4.

91 Schneider/Streitz, CR 2022, 141, 142.

92 Buchmann/Panfili, KuR 2022, 73, 74.

die vom Verbraucher bereitgestellten Daten dem Unternehmer lediglich dazu dienen, überhaupt seine Leistungspflicht erfüllen zu können, bspw. Adressdaten zur Abwicklung einer Bestellung.⁹³

C. Gemeinsamkeiten

I. Keine Ausdehnung

Von der in Erwgr. 16 DID-RL enthaltenen Möglichkeit, den Schutz auch auf NGO's, KMU oder neu gegründete Unternehmen auszuweiten, wurde kein Gebrauch gemacht.⁹⁴ Umfasst sind in beiden Ländern lediglich Verträge zwischen Unternehmer und Verbraucher. Damit wurde der Regelungsinhalt auf die kleinstmögliche Gruppe beschränkt und andere dem Verbraucher ähnlich schutzwürdige Gruppen nicht eingeschlossen.

II. Vertragsschluss

An den grundlegenden Erfordernissen des Vertragsschlusses ändert sich in beiden Umsetzungen nichts, so bedarf es sowohl im Internet als auch in der analogen Welt übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien, die seit der ricardo.de-Entscheidung des BGH⁹⁵ auch elektronisch übermittelt werden können, sofern im Verbrauchergeschäft der Bestellbutton mit „zahlungspflichtig bestellen“ beschriftet ist^{96,97}. Ob und wann ein Vertrag zu Stande kommt, bestimmt sich nach den §§ 145 ff. BGB, §§ 861, 862, 864, 869 ABGB insbesondere nach dem objektiven Empfängerhorizont §§ 133, 157 BGB, §§ 863, 914 ff ABGB, es muss ein Rechtsbindungswille vorliegen und die Gesamtumstände hinzugezogen werden⁹⁸. Praxisnah ist davon auszugehen, dass der Unternehmer seine Leistung mit Einnahmeerzielungsabsicht

93 Buchmann/Panfili, KuR 2022, 73, 75.

94 Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 577.

95 BGH VIII ZR 13/01, ricardo.de: Zustandekommen von Verträgen im Internet <https://openjur.de/u/62092.html>.

96 Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 4.

97 Härting Internetrecht/Härting Rn. 635; ABGB-ON/Wiebe § 861 Rn. 17, 18, 20.

98 Buchmann/Panfili, KuR 2022, 73, 74; Härting, Härting-Vertragsrecht, Härting Rn. 689; Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 10; ABGB-ON/Wiebe § 861 Rn. 18.

erbringt, bspw. indem mittels Tracking-Verfahren personalisierte Werbung gezielt geschaltet werden kann.⁹⁹

III. Daten als alleinige Gegenleistung

In beiden Ländern sind auch Verträge umfasst, die keine klassische Geldzahlung als Gegenleistung beinhalten, sondern wo der Verbraucher den Unternehmer mit Bereitstellung von Daten bezahlt.¹⁰⁰ Eine analoge Anwendung ist bei ähnlichen Gegenleistungen möglich, bspw. Rechenkapazität oder Speicherplatz. Bereits eine Einwilligung zur Verpflichtung, personenbezogene Daten bereitzustellen, eröffnet den Anwendungsbereich der Regelung¹⁰¹, sofern jedoch der Unternehmer die durch den Nutzer zur Verfügung gestellten Daten nur zur Erfüllung seiner Leistungspflicht oder rechtlicher Anforderungen verarbeitet, ist der Anwendungsbereich der §§ 327 ff BGB, des VGG nicht eröffnet, §§ 327 Abs. 3, 312 Abs 1a S. 2 BGB, § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit b) VGG.¹⁰² Die bloße Bereitstellung anderer, nicht-personenbezogener Daten ist von der Regelung nicht umfasst. „Bereitstellung“ umfasst sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten durch den Anbieter in Verbindung mit dem Vertragsgegenstand oder auch zu weitergehenden Zwecken (wie Werbung)¹⁰³, wobei die in der DS-GVO niedergelegten Rechte Anwendung finden.¹⁰⁴ Eine aktive Übermittlung der Daten durch den Verbraucher ist nicht notwendig.

D. Unterschiede

I. Unterschiedliche Vorgehensweisen bei der Neuregelung

In der BRD wurden die Änderungen in das bestehende BGB eingefügt, wobei entweder nur §§ 327 ff oder aber zusätzlich auch §§ 474 ff BGB Anwendung finden; in RÖ wurde das neue VGG geschaffen, das auch für Warenkäufe und Werkverträge gilt, mit Anpassungen im KSchG und ABGB.

⁹⁹ Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 2 Rn. 11.

¹⁰⁰ Jaensch, jM 2022, 96, 97; Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 3 Rn. 11.

¹⁰¹ Kühner/Piltz, CR 2021, 1, 3 Rn. 11.

¹⁰² Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 392.

¹⁰³ Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 392.

¹⁰⁴ Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 593.

II. Unterschiedliche Begrifflichkeiten

Im VGG findet der einschlägige 3. Abschnitt auf „digitale Leistungen“ Anwendung, die in § 2 Z. 1 VGG als „digitale Inhalte“ oder „digitale Dienstleistungen“ aufgetrennt werden. In den Regelungen der §§ 327 BGB findet sich „digitale Leistung“ als Begriff nicht, dort wird als Oberbegriff „digitales Produkt“ verwendet, das in „digitaler Inhalt“ und „digitale Dienstleistung“ unterschieden wird. Während in § 327e BGB der Produktmangel sowohl subjektiv wie objektiv thematisiert wird, sind in § 5 VGG die vertraglich vereinbarten Eigenschaften (subjektiv) und in § 6 VGG die objektiv erforderlichen Eigenschaften genannt.

III. Aufbau

Der Aufbau von § 327r BGB und § 27 VGG unterscheiden sich. So ist die Regelung bzgl. der den Verbraucher benachteiligenden Änderung in § 27 als Abs. 1 Ziff. 4 gefasst, während im § 327r diese Regelung in Abs. 2 zu finden ist.

Die Regelung der weiteren Zugriffsmöglichkeit auf das unveränderte digitale Produkt ist in § 327r Abs. 4 BGB, § 27 Abs. 4 VGG geregelt, hat aber einen leicht abweichenden Inhalt, indem das Produkt nicht „unverändert“ sein muss, sondern „weiterhin dem Vertrag entspricht“.

§ 5 Änderungsbefugnis in Abgrenzung zur Änderungspflicht

Im neuen Regelungspaket ist die Unterscheidung zwischen Änderungspflicht und Änderungsbefugnis entscheidend. Der Unternehmer muss einerseits Änderungen zur Erhaltung der Mangelfreiheit des Produkts durchführen (Änderungspflicht), kann andererseits aber auch Anpassungen am Produkt vornehmen, um andere Zwecke zu erreichen (Änderungsbefugnis).¹⁰⁵

A. Grundsätzliche Annahmen für beide Änderungsarten

Änderungsbefugnis und Änderungspflicht verbinden verschiedene Kennzeichen. So werden sie vom Unternehmer durchgeführt und sie müssen,

¹⁰⁵ Möllnitz, MMR 2021, 116, 116.

um wirksam zu werden, auf das Gerät des Nutzers gelangen. Dabei unterfällt der Verbraucher keinem Zwang zur Installation, der Unternehmer hat keine Befugnis zum Zugriff auf das Gerät des Verbrauchers, während jeweils das unternehmerische Interesse Berücksichtigung findet.

I. Kein Installationszwang

Der Verbraucher ist nicht verpflichtet, eine Änderung zu installieren, der Unternehmer muss den Verbraucher nur über das Vorliegen einer Änderung informieren. Es besteht für den Unternehmer keine Verpflichtung, Sicherheitsaktualisierungen zwangsweise am Verbraucher vorbei zu installieren, wobei er dann auch nicht (mehr) für Produktmängel aufgrund des Fehlens der Aktualisierung haftet¹⁰⁶, vielmehr soll der Verbraucher selbst entscheiden, ob und wann er eine Aktualisierung installiert.¹⁰⁷ Hier treffen zwei Interessensphären aufeinander: Der Verbraucher kann durchaus berechtigte Gründe haben, auf eine Aktualisierung zu verzichten, weil er bspw. Auswirkungen auf seine Infrastruktur fürchtet oder bekannt ist, dass das Update einen Fehler auf dem spezifischen Gerät des Verbrauchers verursacht, was zum Totalschaden führt; während der Unternehmer hingegen allgemein bekannte Sicherheitslücken schließen oder zukünftige technische Entwicklungen vornehmen möchte, bspw. indem die Hausautomation mit einem neuen Protokoll kommuniziert oder eine neue Skriptsprache, die weniger Kapazität braucht, eingeführt werden soll.¹⁰⁸ Bei Sicherheitsaktualisierungen erscheint es plausibel, im Rahmen der vertraglichen Schutzpflichten gem. § 242 BGB eine entsprechende Vornahmepflicht des Unternehmers anzunehmen, um den Verbraucher bei der Installation zu unterstützen und illegale Aktivitäten wie Bot-Netze zu vermeiden, da hier eine Pflicht zum Selbstschutz besteht (bspw. die Verwendung von Anti-Viren-Software), die auch in Bezug auf Drittnutzer, welche durch den fehlenden

106 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 394.

107 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 124; zur Zulässigkeit von Zwangsupdates hat das LG Frankfurt entschieden, dass die pauschale Einwilligung in die Installation sämtlicher Updates einen Verstoß gegen das Klausel-Verbot des § 308 Nr. 4 BGB darstellt, wenn der Änderungsvorbehalt unabhängig davon vereinbart wurde, ob er für den Verbraucher zumutbar ist, LG Frankfurt 2–24 O 246/12 CR 2013, 744 Rn 59.

108 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 125.

Schutz gefährdet sind, gelten kann.¹⁰⁹ In einem solchen Fall greifen die Verkehrssicherungspflichten, die es dem Gefahrenquellenverursacher auferlegen, den Schadenseintritt bei einem Dritten zu verhindern, aufgrund einer vom Nutzer geschaffenen und nicht beherrschten Gefahrenquelle.¹¹⁰ Hier erscheint es interessengerecht, die in § 327f Abs. 2 Nr. 2 BGB, § 7 Abs. 3 VGG getroffene Regelung entsprechend anzuwenden, nach der der Unternehmer nicht für einen Produktmangel haftet, der allein auf das Fehlen einer Aktualisierung zurückzuführen ist; sofern der Unternehmer über die Verfügbarkeit der Aktualisierung, die Folgen einer Nichtinstallation informiert und die Tatsache, dass der Verbraucher die Aktualisierung nicht installiert hat, nicht auf eine dem Verbraucher bereitgestellte, mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist.

II. Berücksichtigung des Unternehmerischen Interesses

Durch die Änderungsbefugnis des Unternehmers bei der dauerhaften Bereitstellung digitaler Produkte werden Veränderungen ermöglicht, die über das zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderliche Maß hinausgehen und notwendig sind, um Produkt und Dienstleistung auf dem Stand der Technik zu halten, was auch die Schnelllebigkeit digitaler Produkte und damit das unternehmerische Interesse berücksichtigt, nicht mehrere unterschiedliche Versionen pflegen zu müssen, ohne jedoch verpflichtende Änderungen zu sein.¹¹¹

B. Zeitraum und Nutzungsdauer

Änderungspflicht und Änderungsbefugnis haben je nach Nutzungs-Dauer und Nutzungs-Zeitraum unterschiedliche Anforderungen zu erfüllen.

109 Fida, Updates, 168; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 126.

110 Fida, Updates, 171.

111 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 142, 143, 145.

III. Aktualisierungspflicht für einen gewissen Zeitraum

Für Waren mit digitalen Elementen und digitale Leistungen muss der Unternehmer eine Aktualisierungspflicht über einen gewissen Zeitraum einhalten (bspw. Sicherheitsupdates), um so die Ware / digitale Leistung weiterhin sicher und im vertragsgemäßen Zustand zu halten.¹¹² Die ausgelieferte Version muss der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aktuellen Version entsprechen, allerdings sind nachträglich auch Änderungen zur Erhaltung der Vertragskonformität durch zu führen.¹¹³ Im Übrigen kann sich der Unternehmer auch vertraglich zur Bereitstellung von Aktualisierungen verpflichten¹¹⁴, insbesondere auch solchen Aktualisierungen zur Beibehaltung der IT-Sicherheit, die aber über die Verjährungsfrist für Mängel hinausgehen können.¹¹⁵

IV. Unterschiede je nach Nutzungsdauer

Bei Einmalleistungen hat der Unternehmer für eine unter Berücksichtigung der Umstände und Art des Vertrags vernünftigerweise zu erwartende Zeitdauer im Rahmen seiner Organisationspflicht¹¹⁶ Aktualisierungen bereitzustellen.¹¹⁷ Bei fortlaufender Leistung über einen befristeten oder unbefristeten Zeitraum ist für den gesamten Bereitstellungszeitraum, § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB, § 7 Abs. 2 Nr. 2 VGG (übliche Nutzungsdauer) eine Aktualisierung geboten, mindestens jedoch zwei Jahre nach Übergabe¹¹⁸, da der Unternehmer über diesen Zeitraum auch die Mangelfreiheit bzw. die Mangelbeseitigung verspricht.¹¹⁹ Ebenso ist auch bei einem einmaligen Leistungsaustausch eine dauerhafte Verpflichtung zum Erhalt der Mangelfreiheit der Leistung gegeben¹²⁰, wobei hierbei Art und Zweck des digitalen Produkts sowie Umstände und Art des Vertrags maßgeblich sind, § 327f

112 Möllnitz, MMR 2021, 116, 116; Stabentheiner, ÖJZ 2022, 99, 102; Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 393.

113 Stabentheiner, ÖJZ 2022, 99, 102.

114 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 393.

115 Schneider, CR 2022, 1-9, 3.

116 Rieländer, GPR 2021, 257, 267.

117 Jaensch, jM 2022, 96, 98; Stabentheiner, ÖJZ 2022, 99, 102.

118 Stabentheiner, ÖJZ 2022, 99, 102; Jaensch, jM 2022, 96, 98; Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 394.

119 J. Flume, ÖJZ 2022, 137, 141.

120 Buchmann/Panfil, KuR 2022, 159, 161.

Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB, § 7 Abs 2 Nr. 1 VGG.¹²¹ Bei Sicherheitsaktualisierungen hat der Verbraucher oftmals eine gesteigerte Erwartung, was die in der DID-RL genannte „vernünftige Verbrauchererwartung“ noch umfasst.¹²² Sofern der Verbraucher besonders davon in Kenntnis gesetzt wird, sowie ausdrücklich und gesondert zustimmt, können Verbraucher und Unternehmer durch Abweichungsvereinbarung von dieser Änderungspflicht abweichen (In § 1 Abs. 3 VGG ist eine solche Vereinbarung auch zwischen Unternehmern möglich, dann jedoch auch konkludent oder mittels AGB).¹²³ Eine Abbedingung ist nur im besonderen Falle möglich, § 327h BGB, § 6 Abs. 1 S. 2 VGG.¹²⁴

C. Mangelbehebung

Die Behebung des Mangels obliegt dem Unternehmer, dieser hat bei der Wahl des Mittels der Nacherfüllung die Freiheit, ob er eine Aktualisierung anbietet, oder dem Verbraucher ein neues digitales Produkt bereitstellt.¹²⁵ Sofern es sich beim Unternehmer nicht um den Hersteller handelt, muss dieser mit seinem Lieferanten entsprechende Verträge abschließen, um die Aktualisierungspflicht überhaupt erfüllen zu können.¹²⁶ Die Aktualisierungspflicht lässt sich daher auch als Teil des Mangelbegriffs bzw. der Gewährleistung auffassen, nicht als eigenständige Verpflichtung¹²⁷, da sie die allgemeine Gewährleistung nach § 18 VGG, § 327e BGB ergänzt, um einen aufgrund eines fehlerhaften oder unterlassenen Updates auftretenden Mangel zu beheben, wodurch die Gewährleistung nicht mehr statisch im Zeitpunkt der Bereitstellung zu betrachten ist, sondern als ein „fortlaufender dynamischer Prozess“.¹²⁸ Neben die Aktualisierungspflicht tritt die Informationspflicht über die Aktualisierung sowie über die Folgen bei Nichtinstallation, § 327f Abs. 1 S. 1 BGB, § 7 Abs. 3 Nr. 1 VGG.¹²⁹ Der Verbraucher hat die Wahl, die Aktualisierungen zu installieren; sollte er es

121 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 394.

122 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Maier 51, 58.

123 Stabentheiner, ÖJZ 2022, 99, 102.

124 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 393.

125 Buchmann/Panfili, KuR 2022, 159, 161.

126 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 393.

127 Buchmann/Panfili, KuR 2022, 159, 161.

128 J. Flume, ÖJZ 2022, 137, 141.

129 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 393.

jedoch unterlassen, führt dies zum Totalverlust seiner Mängelrechte bzw. zur Kürzung etwaiger Ersatzansprüche wegen Mitverschuldens, § 254 BGB, § 1304 ABGB.¹³⁰ Sofern der Unternehmer die Bereitstellung oder Information einer Aktualisierung unterlässt, besteht ein Produktmangel, wobei dem Verbraucher die Gewährleistungsrechte des § 327i BGB, § 20 VGG zustehen.¹³¹

D. Mögliche Folgeprobleme

Durch die Änderungspflicht auch lange nach Bereitstellung des Produkts können sich für den Unternehmer u.U. problematische Situationen ergeben, wenn die Aktualisierung wiederum einen Fehler enthält. Nach dem Telos der Regelung müsste die fehlerhafte Aktualisierung als Lieferung einer mangelhaften Sache aufzufassen sein, mit der wiederum das allgemeine Mängelfolgeschema eingreifen würde.

Schließlich lassen sich aus der Änderungsbefugnis und der Änderungspflicht auch Folgekonstellationen denken: So aktualisiert der Unternehmer unter den unten genannten Gesichtspunkten im Rahmen seiner Änderungsbefugnis das Produkt, baut darin einen Fehler ein und muss dann im Rahmen der Aktualisierungspflicht diesen Fehler wieder korrigieren. So kann die rechtlich eigentlich dem Unternehmer entgegenkommende Möglichkeit, sein Produkt auf neue technische Änderungen anzupassen, negative Folgen zeitigen.

§ 6 Voraussetzungen der Änderungsbefugnis

Im Folgenden wird auf das Kernthema dieser Arbeit rekuriert, die Änderungsbefugnis des Unternehmers. Zunächst werden in diesem Kapitel die allgemeinen Voraussetzungen der vertraglich gestatteten Änderung auf triftigem Grund dargestellt, bevor dann im nächsten Kapitel auf die Kernproblematik vorgestoßen wird, ab wann ein triftiger Grund vorliegt bzw. welcher Maßstab für die Veränderung angewandt wird.

130 Rieländer, GPR 2021, 257, 267.

131 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 394.

A. Begriff der Änderung

Die einseitige Änderung muss im Vertrag bereits vorgesehen und vereinbart sein, wie dies bereits bisher häufig in AGB der Anbieter der Fall ist¹³², und kann nicht nachträglich vereinbart werden.¹³³ Eine Definition für „Änderung“ bleiben § 327r BGB, § 27 VGG als auch Art. 19 DID-RL schuldig. In Erwgr. 74 zur DID-RL werden Aktualisierungen und Verbesserungen genannt, wobei Verbesserungen mit Upgrades gleichgesetzt werden und Aktualisierungen als Updates bezeichnet werden. Die Unterscheidung zwischen Update und Upgrade macht der RL-Geber jedoch nicht deutlich.¹³⁴ Änderungen und Aktualisierungen sind voneinander abzugrenzen. Letztere erhalten die Vertragsmäßigkeit, indem die Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität des digitalen Produkts sichergestellt werden.¹³⁵ Änderungen sind weniger klar und jenseits der festgelegten Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit über alle Produktteile zu sehen.¹³⁶ Eine Änderung meint dabei sowohl Aktualisierungen, Verbesserungen als auch Verschlechterungen, also jegliche Abweichung vom bisherigen Leistungsgegenstand, soweit nicht § 327e BGB, §§ 5, 6 VGG umfasst sind.¹³⁷ Entscheidend ist, ob die Änderung über das erforderliche Maß hinausgeht, ob also das geänderte digitale Produkt ein Aliud zum ursprünglich bereitgestellten Produkt darstellt, was anhand der Verkehrsanschauung beurteilt wird, bspw. ob es durch die Änderungen qualitativ oder quantitativ erhebliche zusätzliche Funktionen aufweist, während untergeordnete neue Funktionen für die Wertung als ein neues digitales Produkt nicht ausreichen.¹³⁸

B. Hauptvoraussetzungen

Damit der Unternehmer die ihm aus dem Vertragsverhältnis begründete Änderungsbefugnis ausüben kann, muss er mehrere Hauptvoraussetzungen erfüllen. Es muss ein triftiger Grund für die Vornahme der Änderung vorliegen, sodann muss das zu ändernde Produkt dauerhaft bereitgestellt

132 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 145.

133 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 6.

134 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 6.

135 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 4.

136 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 4.

137 Möllnitz, MMR 2021, 116, 116.

138 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 6.

werden, schließlich dürfen dem Kunden daraus keine Kosten entstehen und er nur geringfügig beeinträchtigt werden.

I. Triftiger Grund

Eine Änderung muss vertraglich aufgrund eines triftigen Grundes vorgesehen sein, der hinreichend konkret spezifiziert sein und dann auch tatsächlich vorliegen muss, ein bloß abstraktes Verweisen auf dessen Notwendigkeit ist nicht ausreichend¹³⁹; die Notwendigkeit für den triftigen Grund ist schon in der Klausel-RL enthalten gewesen, die AGB-Klauseln für ungültig erklärt hat, nach denen der Unternehmer ohne triftigen Grund Änderungen vornehmen kann.¹⁴⁰ Da ein solcher Grund in der Vertragsurkunde „enthalten“ sein soll (nicht bloß vorgesehen oder erforderlich), muss er konkret benannt sein und dem Verbraucher dadurch die Chance gegeben werden, das Ob des Eintretens und den Umfang der Änderung bereits bei Vertragsschluss einzuschätzen, um so seine Kaufentscheidung bewusst treffen zu können.¹⁴¹ Durch Abwägung des Unternehmerinteresses an der Änderung mit dem Verbraucherinteresse an deren Unterbleiben ist zu bestimmen, was ein triftiger Grund ist.¹⁴² Unvorhersehbare Änderungen sind schwierig zu erfassen.¹⁴³ Änderung soll dasjenige sein, was über den bloßen Erhalt der Vertragsmäßigkeit hinausgeht.¹⁴⁴ Eine Modifikation des Leistungsumfangs ist genauso umfasst, wie bspw. die Anpassung an neue technische Gegebenheiten, Nutzerzahlen, wegen Änderungen der Technik des Betriebs oder solchen in der Sphäre des Unternehmers¹⁴⁵. Der Umfang der zukünftigen Änderung ist hingegen noch nicht im Vertrag zu konkretisieren, was gerade aufgrund der schnellen Entwicklungen im digitalen Bereich wohl auch schwerlich erfüllbar wäre; zumal der Verbraucher aufgrund der Informationspflicht über den konkreten Umfang Kenntnis

139 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 15; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 11.

140 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 5; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 7.

141 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 15; Müller-Graff, GPR 2009, 106 Rn. 15; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 11; juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 5.

142 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 15.

143 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 147.

144 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 9.

145 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 146.

erlangt und auch dann noch eine Zeitspanne zur Reaktion erhält.¹⁴⁶ Es ist unerheblich, ob die Änderung obligatorisch oder fakultativ ausgestaltet ist.¹⁴⁷ Der triftige Grund muss bei Änderungsvornahme bestehen und die Änderung darauf zielen, genau diesen triftigen Grund zu beheben.¹⁴⁸ Es erscheint naheliegend, dass bei nur begünstigenden Änderungen die Schwelle für den „triftigen Grund“ herabzusetzen wäre; insbesondere da der Unternehmer bereits bei Vertragsschluss zukünftige Entwicklungen vorhersehen und mögliche Änderungsbedarfe einschätzen können muss, was selbst bei sorgfältigem Vorgehen im Bereich der IT mit großen Unsicherheiten behaftet ist.¹⁴⁹ Dem Verbraucher soll die Änderung keine zusätzlichen Kosten verursachen, wobei auch Zahlungen mit personenbezogenen Daten hierunter zu fassen sind¹⁵⁰, also bspw. eine Ausweitung der Datenübermittlung nicht umfasst ist.

II. Dauerhafte Bereitstellung

Der Unternehmer muss verpflichtet sein, ein digitales Produkt dauerhaft bereit zu stellen (§ 327e Abs. 1 S. 3 BGB; § 27 Abs. 1 VGG), auf einmalige Bereitstellung findet die Vorschrift keine Anwendung, ebenso wenig, sofern der Unternehmer die Leistung wiederholt bereitstellen muss; eine analoge Anwendung der Regelungen ist aufgrund fehlender Planwidrigkeit der Regelungslücke als auch Vollharmonisierung der Richtlinie nicht denkbar.¹⁵¹

Bei fortlaufender Bereitstellung (über befristeten oder unbefristeten Zeitraum) kann der Unternehmer die digitale Leistung ändern, wenn dies im Vertrag inkl. eines triftigen Grundes vereinbart ist, dem Verbraucher keine Kosten entstehen und der Verbraucher klar über die Veränderung informiert und nur geringfügig beeinträchtigt wird.¹⁵² Ist die Beeinträchtigung des Verbrauchers nicht bloß geringfügig, muss er im Vorhinein mittels eines dauerhaften Datenträgers (auch E-Mail) über die Merkmale und den

146 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 15.

147 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 7; aA: Schöttle, MMR 2021, 683, 688, auch MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 4.

148 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 145; Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 15; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 11.

149 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 145; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 11.

150 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 5.

151 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 5.

152 Möllnitz, MMR 2021, 116, 116.

Zeitpunkt der Änderung sowie über sein Recht auf Vertragsauflösung sowie über die Möglichkeit der unveränderten Beibehaltung informiert werden. In einem solchen Fall einer nicht bloß geringfügigen Beeinträchtigung hat der Verbraucher das Recht zu einer kostenfreien Vertragsauflösung binnen 30 Tagen ab Änderung bzw. ab Zugang der Information, je nachdem, was später erfolgt.

III. Kostenneutralität

Zusätzliche Kosten dürfen für den Verbraucher durch eine Änderung nicht entstehen.¹⁵³ Davon umfasst sind sowohl die Erhebung einer Gebühr für die Änderung als auch die Anhebung des Produktpreises aus Anlass der Änderung.¹⁵⁴ Gerade durch Änderungen, die indirekte Kosten nach sich ziehen, indem die Interoperabilität der weiteren Verbrauchergeräte eingeschränkt wird, könnten sich erhebliche Belastungen ergeben, die der Verbraucher überhaupt nicht beeinflussen kann, auch diese sind ausgeschlossen.¹⁵⁵ Dabei wäre bei einem Aufwendungsersatzanspruch des Verbrauchers gegen den Unternehmer der Verbraucher erheblich schlechter gestellt, da er das Insolvenzrisiko sowie eine mögliche Last aus dem Prozess zu tragen hätte. Es sind auch Verträge umfasst, bei denen der Verbraucher nicht zur Zahlung eines Preises verpflichtet ist, der Verbraucher also auch nicht weitere persönliche Daten zur Verfügung stellen muss.¹⁵⁶

IV. Einseitigkeit

Nicht im expliziten Wortlaut genannt, ist der Regelungsumfang aber nur auf einseitige Änderungen des Unternehmers ausgedehnt.¹⁵⁷ Einvernehmliche Absprachen zwischen Unternehmer und Verbraucher zur Vertragsände-

153 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 16; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 14.

154 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 17.

155 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 17; Möllnitz, MMR 2021, 116, 116, 119; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 14; zurückhaltender aber MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 8.

156 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 16; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 147.

157 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 10.

rung sind nicht umfasst, ebenso wenig wie neue Verträge über die durch die Änderung betroffenen Produkte.¹⁵⁸

C. Maß der zugelassenen Änderungen

Es können sowohl positive als auch nachteilige Änderungen vorkommen.¹⁵⁹ In diesem Fall greifen § 327r Abs. 2 BGB, § 27 Abs. 2 VGG, Art. 19 Abs. 2 DID-RL, die bei nicht nur unerheblicher bzw. geringfügiger Beeinträchtigung (Zugriffsmöglichkeit / Zugänglichkeit oder Nutzbarkeit werden eingeschränkt) weitere Anforderungen vorsehen.¹⁶⁰ Nutzbarkeit meint die Tauglichkeit des digitalen Produkts zur vertraglich geschuldeten Verwendung, wobei diese nicht nur bei der Betroffenheit der Nutzung selbst, sondern auch eine Veränderung der digitalen Umgebung des Verbrauchers und damit seiner Nutzungsmöglichkeit umfassen kann, so bspw. wenn die Software plötzlich erheblich größere Hardware-Anforderungen hat.¹⁶¹ Die Beurteilung erfolgt anhand eines objektiven Kriterienkatalogs, der Art und Zweck des digitalen Produkts, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität und andere übliche wesentliche Merkmale berücksichtigt.¹⁶²

D. Kontrollmechanismen

Um die Änderungsbefugnis nicht uferlos werden zu lassen, hat der Gesetzgeber zwei Kontrollmechanismen eingeführt: es muss eine vertragliche Vereinbarung getroffen sein, die einer Transparenzkontrolle sowie dem AGB-Recht standhält.

158 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 10.

159 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 8.

160 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 14, 21.

161 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 21; Ehle/Krefß, CR 2019, 723, 729 f.

162 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 7; Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 21.

I. Vertragliche Vereinbarung und Transparenzkontrolle

Die Befugnis, eine Änderung durchzuführen, muss im Vertrag zwischen den Parteien vereinbart worden sein.¹⁶³ Es handelt sich also nicht um ein gesetzliches Änderungsrecht, sondern um eines, das in die Vertragsfreiheit der Parteien gestellt und besonderen Bestimmungen unterworfen ist.¹⁶⁴ Das Änderungsrecht des Art. 19 Abs. 1 lit. a DID-RL muss dabei nicht in einer bestimmten Form geregelt sein und wird daher häufig in besonderen, deutlich strengeren Rechtsvorschriften unterfallenden,¹⁶⁵ AGB geregelt werden.¹⁶⁶ Im Verbraucherfall sind individuelle Beschaffenheitsvereinbarungen selten und eine von objektiven Anforderungen abweichende Regelung kann nur geschlossen werden, wenn der Unternehmer den Verbraucher explizit über diese Abweichung informiert und der Vertrag genau diese Abweichung aufgreift.¹⁶⁷

II. Anwendbarkeit des AGB-Rechts

Eine Klausel ist jedoch missbräuchlich, sofern darin „der Gewerbetreibende die Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses oder der zu erbringenden Dienstleistung einseitig ohne triftigen Grund ändern kann“ (Anhang Abs. 1 lit. k Klausel-RL).¹⁶⁸ Eine einseitige Änderungsbefugnis für den Unternehmer, die nicht einzeln ausgehandelt wurde, ist nach § 6 Abs. 2 Z 3 KSchG, § 308 Nr. 4 BGB nichtig, außer die Änderung bzw. Abweichung ist aufgrund Geringfügigkeit oder sachlicher Rechtfertigung für den Verbraucher zumutbar.¹⁶⁹ Dies hat der EuGH noch dahingehend präzisiert, dass „Anlass und Modus der Änderung“ in der vertraglichen Regelung offensichtlich erläutert wird, der Verbraucher die Möglichkeit der Vertragskündigung eingeräumt bekommt, er davon auch tatsächlich Gebrauch machen kann, und er darüber auch informiert worden ist.¹⁷⁰ Die in Art. 19 Abs. 1 lit. a DID-

163 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 10.

164 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 10.

165 Hunzinger, CR 2022, 349, 353, Rn. 28.

166 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 146; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 10.

167 Redecker, ITRB 2022, 68, 70.

168 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 146; Hunzinger, CR 2022, 349, 353, Rn. 30.

169 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 146.

170 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 3.

RL vorgesehene Änderungsbefugnis würde daher leerlaufen, da sie dann nicht vereinbart werden könnte. Insofern ist auf das im Vertrag vorgesehene Änderungsrecht und das zusätzliche Erfordernis des triftigen Grundes Wert zu legen, zumal nach Abs. 2 der Verbraucher ein Beendigungsrecht eingeräumt bekommt.¹⁷¹ Daraus lässt sich schließen, dass Art. 19 DID-RL als *lex specialis* nach dem Grundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“ der Regelung in der Klausel-RL vorgeht. Die Regelungen sind ansonsten parallel zu berücksichtigen und das AGB-Recht wird nicht durch §§ 327r BGB, 27 VGG verdrängt, da ersteres die Änderungsklauseln auf ihre Wirksamkeit prüft, während in §§ 327r BGB, 27 VGG die tatsächliche Änderung rechtlich geprüft wird.¹⁷² Auch der EuGH hat in der Entscheidung RWE Vertrieb ./.. Verbraucherzentrale ein einseitiges Änderungsrecht des Unternehmers mit anschließender Beendigungsbefugnis für den entsprechend informierten Verbraucher als unbedenklich angesehen.¹⁷³

E. Absolute Grenze der Änderung

Ein Zustimmungserfordernis des Verbrauchers zur Änderung besteht nicht, daher besteht eine absolute Grenze der Änderung, die erreicht ist, wenn durch Modifikationen ein gänzlich anderes digitales Produkt entsteht. Problematisch scheint, ob eine Änderung einen tatsächlichen Eingriff in das Produkt erfordert oder auch bloße Umgebungsveränderungen bereits eine Änderung darstellen können und ob bei einer oder mehreren Änderungen, die ein gänzlich neues Produkt nach sich ziehen, überhaupt die Regelung der §§ 327r BGB, 27 VGG, Art. 19 DID-RL Anwendung findet. Hier ist nach den Erwägungsgründen und der Gesetzesbegründung davon auszugehen, dass in solchen Fällen auch ein neuer Produktvertrag zu Stande kommen darf, wobei dann Telos-gerecht bei Entstehung eines gänzlich neuen Produkts von einer Ersetzung gesprochen wird und die Änderungsbefugnis als Interessenausgleich der Parteien nur bei einem im Kern nicht veränderten Produkt erhalten bleibt und daher bei einer gänzlichen Änderung nicht eingreift.¹⁷⁴

171 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 146.

172 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 3.

173 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 147.

174 Möllnitz, MMR 2021, 116, 118.

§ 7 Maßstab zur Beurteilung des Ausmaßes der Änderung

Um das Ausmaß der Änderung zu beurteilen, braucht es einen Maßstab. Eine Referenzgruppe wird durch die DID-RL nicht vorgegeben, damit ist die Vorgehensweise für eine objektive Bestimmung offen; möglich scheint eine Beurteilung der Üblichkeit, die aber angesichts der rasanten technischen Entwicklung schwer zu ermitteln ist.¹⁷⁵

A. Wertende Betrachtung

Anhand einer wertenden Betrachtung ist dasjenige Maß für die Beeinträchtigung¹⁷⁶ der Änderung auf die Nutzung des digitalen Produkts zu bestimmen, das neben Art und Zweck der digitalen Produkte, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität und andere wesentliche Merkmale berücksichtigt, welche vergleichbare digitale Produkte dieser Art aufweisen, dem Vertragszweck entspricht und unter der Schwelle der „Wesentlichkeit“ im österreichischen Recht liegt.¹⁷⁷ So sollte zunächst untersucht werden, wie sich die Veränderung auf die betroffenen Produkteigenschaften sowie wie stark diese sich auf das gesamte Produkt auswirkt, und ob der Kern des Produkts verändert wird.^{178, 179} Diese Anforderungen sind unterschiedlich zu gewichten, beinhalten aber teilweise Überschneidungen, wie die Qualität, die auch Kompatibilität, Sicherheit und Interoperabilität beinhaltet.¹⁸⁰ Subjektive und objektive Anforderungen stellen nur scheinbar klar voneinander zu scheidende Kriterien dar, die Maßstäbe müssen einerseits rechtsicher ermittelt werden aber auch lebensnah ausgelegt werden¹⁸¹, wobei besonders auf die Interoperabilitäts- und Kompatibilitätsanforderungen zu achten ist, da nach Erwgr. 50 DID-RL mittels offener Dateiformate auch nicht personenbezogene Daten exportiert und importiert werden können sollen.¹⁸²

175 Stiemerling, ITRB 2022, 64-67, 65.

176 Möllnitz, MMR 2021, 116, 121.

177 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 148; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 15.

178 Möllnitz, MMR 2021, 116, 118.

179 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 15.

180 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

181 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

182 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

B. Übliche Beschaffenheit

Die übliche Beschaffenheit bemisst sich danach, was auf dem Markt für den Produkttyp üblich ist und was der durchschnittliche¹⁸³ Verbraucher dabei erwarten kann,¹⁸⁴ § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB, § 6 Abs. 2 Nr. 5 VGG, wodurch das subjektive Kriterium eine Objektivierung erfahren muss.¹⁸⁵ Dies lässt sich auch durch die Mangelregelung in § 327e BGB, § 6 VGG negativ abgrenzen, die die bisherigen Mangelbegriffe auf digitale Produkte konkretisieren und dabei in die gleichberechtigt geltenden subjektiven, objektiven und Integrations-Anforderungen untergliedern.¹⁸⁶ So unterfallen den subjektiven Anforderungen Menge, Funktionalität, Kompatibilität und Interoperabilität, sowie eventuelle zusätzliche Leistungen wie Zubehör, Anleitungen, Kundendienst und Aktualisierungen.¹⁸⁷ Der bunte Strauß der Anforderungen kann nicht in allen Belangen gleichermaßen erreicht werden, schon gar nicht in der höchsten Ausprägung.¹⁸⁸ Die subjektiven Erwartungen des einzelnen Verbrauchers sind nicht ausschlaggebend, da diese von den zu unterschiedlichen Fähigkeiten der Verbraucher abhängen.¹⁸⁹ Bei den objektiven Anforderungen an Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit¹⁹⁰ sind gem. Art. 8 Abs. 1 lit. a) DID-RL besonders technische Normen zu berücksichtigen.¹⁹¹ Berücksichtigung finden sollte auch die jeweilige Machbarkeit bzw. Maßstäbe wie Angemessenheit oder Zumutbarkeit der Kosten.¹⁹²

C. Stärke der Beeinträchtigung

Die Stärke der Beeinträchtigung hängt von Art und Zweck der digitalen Leistung und der Qualität, der Funktionalität, der Kompatibilität und anderer wesentlicher Merkmale, wie sie bei digitalen Leistungen gleicher

183 Möllnitz, MMR 2021, 116, 121.

184 Schneider, CR 2022, 1-9, 8.

185 Schneider, CR 2022, 1-9, 5.

186 Stiemerling, ITRB 2022, 64-67, 65; Redecker, ITRB 2022, 68, 68.

187 Stiemerling, ITRB 2022, 64-67, 65.

188 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

189 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 148.

190 Stiemerling, ITRB 2022, 64-67, 65.

191 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

192 Schneider, CR 2022, 1-9, 7, 8.

Art üblich sind, ab. Durch die Änderung sind die Anforderungen in ihrer Gesamtheit einer Dynamik unterworfen, wodurch Flexibilität nötig wird.¹⁹³ Es soll berücksichtigt werden, dass der Verbraucher zwar einer Änderungsmöglichkeit zugestimmt hat, deren Tragweite er zum Zustimmungszeitpunkt jedoch nicht abschätzen konnte.¹⁹⁴ Eine objektive Mess- und Fassbarkeit der Beeinträchtigung ist daher erforderlich; eine bloß subjektiv empfundene ist für einen Auflösungsanspruch nicht ausreichend.¹⁹⁵ Nach § 327r Abs. 2 S. 1 BGB, § 27 Abs. 2 S. 1 VGG, Art. 19 Abs. 2 DID-RL steht dem Verbraucher dann ein Auflösungsrecht zu, sofern eine substantiell nachteilige Änderung vorliegt, indem der Zugang zu Inhalten oder deren Nutzung beeinträchtigt wird.¹⁹⁶ Damit wird von der in Erwgr. 49 der DID-RL angeregten „ausreichenden Flexibilität“ Gebrauch gemacht, mittels derer die objektiven Anforderungen nicht unverrückbar sind, sondern von denen abgewichen werden kann.¹⁹⁷ Die einzelnen Parameter können je nach digitalem Produkt funktional und leistungsmäßig bis zu einem je nach Produkt unterschiedlichen Minimum angepasst werden.¹⁹⁸

D. Hierarchisierung

Sofern zwischen den Anforderungen Wirkmechanismen gelten, wie bspw. technisch, preislich oder organisatorisch, muss eigentlich eine Gewichtung und Hierarchisierung vorgenommen werden, was angesichts der im Gesetz angelegten Gleichrangigkeit problematisch scheint, aber für die praktische Anwendung notwendig ist.¹⁹⁹ So könnten sich Anforderungen gegenseitig verstärken, während andere sich antagonistisch zueinander verhalten und so konkurrieren.²⁰⁰ Eine Rolle spielt auch die Positionierung des Produkts durch den Hersteller. Assistenzsysteme sind bspw. manchmal unterstützend und manchmal paternalistisch ausgelegt oder es wird stärker oder schwä-

193 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

194 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 148.

195 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 10.

196 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 9; Erman-BGB/Bernzen/Speccht-Riemenschneider § 327r Rn. 28; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 148.

197 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

198 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

199 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

200 Schneider, CR 2022, 1-9, 8.

cher auf das Nutzerverhalten reagiert, wodurch das Nutzerverhalten gesteuert werden kann.²⁰¹ So kann der Nutzer von Sicherheit, Usability und Kompatibilität einerseits profitieren, für den Hersteller ergeben sich daraus aber große Anforderungen an sein Produkt.²⁰² Gesetzlich nicht ausdifferenziert ist, was bei negativen Wechselwirkungen zwischen Anforderungen gilt, was für den Verbraucher noch tolerabel ist und ab wann er ein Kündigungsrecht besitzt.²⁰³ Eine weitere Problemzone könnte sich beim Thema Sicherheit des Produkts eröffnen, da bei diesem Bereich Nutzerfreundlichkeit und Funktionsumfang des Produkts in Konflikt geraten können, bspw. bei den Grundsätzen / Sicherheit der Verarbeitung personenbezogener Daten nach der DS-GVO, bei denen Risiko-Potential und Sicherheitsbedarf in Relation zueinander zu setzen sind, wobei bei den im Rahmen der Änderungsbefugnis betroffenen Verbrauchern insbesondere die Ausspähung zu Werbezwecken einen hohen Schutzbedarf vermuten lässt.²⁰⁴ Bei Änderungen der Zugriffsmöglichkeit und Nutzbarkeit treffen den Unternehmer besondere Informationspflichten nach § 327r Abs. 2 BGB, § 27 Abs. 2 VGG, wobei bei deren Erfüllung dann die entsprechenden Änderungen erlaubt sind.²⁰⁵

In der gesetzlichen Regelung finden sich keine uneindeutigen Kriterien, anhand derer man einen Maßstab für die Beurteilung der Änderung aufbauen könnte. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird daher durch Anwendung der Regelungsinhalte anderer Gestaltungsrechte ein Kriterienkatalog erarbeitet. Um die Bedeutung zu unterstreichen, werden im folgenden Kapitel zunächst die Rechtsfolgen einer Änderung aufgezeigt.

§ 8 Einfluss des Änderungsmaßes auf die Rechtsstellung des Verbrauchers

Sofern eine ausreichende Information des Verbrauchers erfolgt, gibt es zwei Möglichkeiten: Die tatsächliche Änderungsdurchführung ohne Verbraucherrechte oder bei einer erheblichen Änderung ein Recht zur Vertragsbeendigung.

201 Schneider, CR 2022, 1-9, 8.

202 Schneider, CR 2022, 1-9, 8.

203 Schneider, CR 2022, 1-9, 9.

204 Schneider, CR 2022, 1-9, 7.

205 Schneider, CR 2022, 1-9, 9.

A. Anforderungen an die Information

Die Anforderungen unterscheiden sich danach, ob eine nur geringfügige oder eine den Verbraucher nicht nur unerheblich beeinträchtigende Änderung vorgenommen werden soll.

I. Information bei unerheblich beeinträchtigender Änderung

Der Unternehmer muss dem Verbraucher eine klare und verständliche Information über die Änderung zukommen lassen.²⁰⁶ Umfasst sind dabei neben der Information über Vornahme und Merkmale der Änderung auch der voraussichtliche Änderungszeitpunkt; dies gilt auch, wenn diese den Verbraucher nur geringfügig oder gar nicht beeinträchtigt.²⁰⁷ Die bloße Möglichkeit der Änderung durch Niederlegung in der Vertragsurkunde ist nicht ausreichend, der Verbraucher muss über jede einzelne Anpassung vom Unternehmer informiert werden, spätestens zeitgleich bei einer verbraucherfreundlichen Änderung.²⁰⁸ Diese Information soll es dem Verbraucher ermöglichen, eventuelle Änderungen in seiner digitalen Umgebung vor Änderungseintritt durchzuführen, was bei einer nachträglichen Information nicht gewährleistet wäre.²⁰⁹ Die Information muss zwei Aspekte enthalten: Zunächst muss die Änderung des digitalen Produkts mitgeteilt werden, sodann der Umfang der Änderung, wobei diese nicht die Anforderungen des § 327r Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB, § 27 Abs. 1 Nr. 4 VGG erfüllen muss, jedoch dem Verbraucher ausreichend verdeutlichen, wie das digitale Produkt in Zukunft ausgestaltet sein wird.²¹⁰ Durch den Änderungsvorbehalt im ursprünglichen Vertrag erlangt der Verbraucher diese Information nicht, weil zwar der Grund genannt, aber nicht der Umfang der zukünftigen Änderungen deutlich wird.²¹¹ Eine reine Nachricht, es erfolge ein Update auf eine höhere Version, reicht nicht aus, da so nicht klar wird, was der

206 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 18; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 9.

207 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 16; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 13.

208 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 18; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 9.

209 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 18.

210 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 19; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 147.

211 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 19.

Unternehmer zukünftig schuldet.²¹² Um zu vermeiden, dass die Informationspflicht leer läuft, muss die durchgeführte Änderung nach Art und Umfang der Angekündigten entsprechen, sollte sie darüber hinausgehen, wäre sie mangels Information insgesamt unzulässig; tatsächliche Änderung und Information sind daher kongruent zu gestalten.²¹³

II. Information bei nicht nur geringfügiger Beeinträchtigung

Bei mehr als geringfügiger Beeinträchtigung muss die Information im Vorhinein „mit angemessener Frist“²¹⁴ (je nach Einzelfall, bspw. auch technisch notwendiger Kurzfristigkeit²¹⁵, jedoch so, dass eine gewisse Vorbereitung auf die Änderung möglich ist, unabhängig von der 30-tägigen Frist des § 327r Abs. 3 BGB²¹⁶, § 27 Abs. 2 VGG, Art. 19 Abs. 2 DID-RL) klar und verständlich²¹⁷ mittels dauerhaftem Datenträger (Art. 2 Nr. 13 DID-RL) und aktiv erfolgen (der Verbraucher muss die Möglichkeit haben, die Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und er die Erklärung unverändert wiedergeben kann, bspw. mittels Papier, DVD, USB-Stick; eine Anzeige in einem Online-System wie Homepage oder Social-Media-Kanal des Unternehmers oder Pop-Up-Benachrichtigungen reicht dafür nicht, da keine dauerhafte Abspeicherung möglich ist, eine Benachrichtigung per E-Mail hingegen durchaus²¹⁸) und die Merkmale enthalten, also besonders Umfang und Auswirkungen der Änderung auf Zugriffsmöglichkeit und Nutzbarkeit des digitalen Produkts, Zeitpunkt der Änderung sowie Rechte des Verbrauchers nach § 327r Abs. 3, 4 BGB, § 27 VGG Abs. 2, Art. 19 Abs. 2 DID-RL, also zur kostenlosen Vertragsauflösung binnen einer Frist von 30 Tagen ab Änderung / verspäteter Information bzw. den Ausschluss dieses

212 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 18.

213 Erman-BGB/Bernzen/Speccht-Riemenschneider § 327r Rn. 19.

214 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 19, 21.

215 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 147; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 11; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 21; juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 8.

216 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 11.

217 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 16, 18.

218 Erman-BGB/Bernzen/Speccht-Riemenschneider § 327r Rn. 25; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 147; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 12; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 16, der aber eine Anzeige in einem „Online-System“, unter das er die Homepage des Anbieters nicht fasst, als ausreichend ansieht.

Rechts unter bestimmten Bedingungen, sowie die Modalitäten der Rechtsausübung.²¹⁹ Auch Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung, die Erstattung der bereits geleisteten Zahlungen sowie Rechte und Pflichten des Verbrauchers nach §§ 327o, 327p BGB, §§ 24, 25 VGG, Artt. 16, 17 DID-RL sind mitzuteilen.²²⁰ Dem Verbraucher muss es möglich sein, eine technische und rechtliche Prüfung der Veränderung und besonders auch eine Datensicherung durchzuführen, auch wenn der Verbraucher sich gegen die Änderung nicht wehren, sondern nur den Vertrag nach der weiteren 30-tägigen Frist des Abs. 3 (BGB) bzw. Abs. 2 (VGG) beenden kann.²²¹ Sofern keine Benutzerschnittstelle zwischen „smarter Sache“ und Verbraucher existiert (bspw. bei Geräten ohne Display wie internetfähigen Haushaltsgeräten), muss der Unternehmer einen Informationskanal für den Verbraucher eröffnen, bspw. ein Nutzerkonto oder einen sonstigen Kommunikationskanal.²²²

B. Rechtsfolgen einer zulässigen Änderung

Sofern eine zulässige Änderung durchgeführt wird, hat der Verbraucher eine Duldungspflicht, der Unternehmer aber keine Eingriffsmöglichkeit in die Geräte des Nutzers. Sofern der Unternehmer die Verbraucherinformation regelkonform vorgenommen hat, darf er die Änderung durchführen.

I. Duldungspflicht

Der Verbraucher hat bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 327r Abs. 1 BGB, § 27 Abs. 1 VGG sowie ggfs. zusätzlich § 327r Abs. 2 BGB, § 27 Abs. 1 Nr. 4 VGG eine Duldungspflicht für die Änderung des digitalen Produkts, woraus sich eine Änderung des Vertragsinhalts ergibt.²²³ Es besteht kein Recht für den Verbraucher, weiterhin die unveränderte Version des digitalen Produkts bereit gestellt zu erhalten. Das geänderte Produkt wird dann

219 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 147; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 15, 20; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 14.

220 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 14.

221 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 11.

222 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 20; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 16.

223 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 11; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 23.

auch nicht vertragswidrig. In § 327r BGB, § 27 VGG sind Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Änderungen abschließend geregelt, insbesondere ist der Interessenausgleich abschließend.²²⁴ Das geänderte Produkt muss die Qualitätsstandards der übrigen Regelungen des VGG (insb. § 7 VGG) bzw. BGB erfüllen.²²⁵

II. Eingriffsrecht des Unternehmers bzw. Anspruch auf Durchführung der Änderung

Problematisch für den Unternehmer wird es, wenn das digitale Produkt seiner Kontrolle entzogen ist, weil es bspw. auf den Geräten der Verbraucher läuft und nicht auf den Servern des Unternehmers, denn dieser hat aus § 327r BGB, § 27 VGG keine Eingriffsbefugnis in die technische und digitale Umgebung des Verbrauchers, da das Eigentum, die Achtung des Privatlebens, insbesondere der Kommunikation (Art. 7 GRCh), sowie der Schutz der persönlichen Daten (Art. 8 GRCh) besonderen Schutz genießen.²²⁶ Aus der Systematik der Vorschrift sollte eigentlich eine Durchsetzungsmöglichkeit für den Unternehmer vorhanden sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, daher kann keine Selbstvornahme durch den Unternehmer erfolgen, wenn die zu ändernden Daten gar nicht in seiner Zugriffssphäre sind. So wird der Integritätsschutz für die Systeme gewährleistet und die Beeinträchtigung der Sphäre des Verbrauchers so gering wie möglich gehalten. Durch eine Änderung können sich Probleme mit Kompatibilität und Interoperabilität der digitalen Geräte des Verbrauchers ergeben, wodurch sich u.U. starke Beeinträchtigungen ergeben könnten. Digitale Inhalte und Dienstleistungen ermöglichen einen ferngesteuerten Zugriff und auch eine Deaktivierung,²²⁷ die den Nutzer allerdings unzulässig in seinen Rechten beeinträchtigen würden und die daher nicht eingesetzt werden können, um Änderungen durchzuführen.

224 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 26.

225 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 24.

226 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 27; Fida, Updates, 166; juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 12 (der es als zu klären ansieht, ob der Verbraucher in gewissen Grenzen zur Mitwirkung bei Implementierung der Änderungen verpflichtet ist); Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 23.

227 Fida, Updates, 167.

C. Rechtsfolgen einer nicht nur geringfügigen Änderung

Bei einer nicht nur geringfügigen Änderung hat der Verbraucher mehrere Möglichkeiten. Er kann entweder die Änderung akzeptieren und das Produkt in der geänderten Form weternutzen (oder dies für 30 Tage versuchen). Sodann kann er sofort oder innerhalb dieser 30 Tage Frist das Produkt kündigen. In diesem Fall ergeben sich Rechtsfolgen in Bezug auf die Nutzerdaten.

I. Auflösungsrecht bei nicht nur geringfügiger Beeinträchtigung

Bei nur geringfügiger Beeinträchtigung des Zugangs zum digitalen Produkt oder dessen Nutzung durch die Änderung ist der Verbraucher nicht zur Beendigung des Vertrags berechtigt, vielmehr muss er diese hinnehmen²²⁸, sofern jedoch eine stärkere Beeinträchtigung vorliegt, hat der Verbraucher das Recht, den Vertrag aufzulösen.²²⁹

II. Auflösungsfrist

Das Auflösungsrecht muss innerhalb von 30 Tagen nach dem Zeitpunkt der Änderungsmitteilung (positive Kenntnis des Verbrauchers erforderlich) bzw. nach Eintritt der Änderung (je nachdem, was später eintritt) ausgeübt werden, wobei so die Möglichkeit gegeben ist, die Änderung zunächst auszuprobieren; zur Fristberechnung kann auf die üblichen Vorschriften der §§ 187, 188, 193 BGB; § 902 ABGB abgestellt werden.²³⁰ Ein Recht auf Beendigung besteht auch bei unterlassener Information durch den Unternehmer, die Informationspflicht ist nur Voraussetzung für die nachteilige Änderung des Produkts.²³¹ Die Auflösungserklärung ist dabei nicht formgebunden (also genügt einfache Textform) und wirkt auf den Zeitpunkt der Änderungsvornahme zurück.²³² Sofern eine Vertragsauflösung erklärt

228 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 29; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 148.

229 Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 24.

230 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 9; Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 30; Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 149; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 19.

231 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 17.

232 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 149.

wird, gelten die Regelungen zur Vertragsauflösung, es entsteht ein Rückabwicklungsverhältnis, wobei der Verbraucher seine Zahlung anteilig ab Änderungseintritt zurückerstattet erhält²³³ und die Beendigung ihm keine Kosten verursachen darf, § 327r Abs. 3 S. 1 BGB, § 27 Abs. 2 VGG²³⁴. Der Verbraucher kann die Änderung nicht verhindern, sondern nur den Vertrag beenden.²³⁵ Sofern der Unternehmer dem Verbraucher die unveränderte Beibehaltung der digitalen Leistung ohne zusätzliche Kosten ermöglicht und die digitale Leistung weiterhin dem Vertrag entspricht, besteht kein Auflösungsrecht, § 327r Abs. 4 Nr. 2 BGB, § 27 Abs. 4 VGG, vielmehr hat der Verbraucher die Wahl zwischen der bisherigen unveränderten unter den bisherigen Konditionen und der neuen geänderten Variante.²³⁶ Die Vertragsbeendigung muss der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer ausüben, §§ 327r Abs. 5 BGB iVm § 327o Abs. 1 BGB, §§ 24 – 26 VGG.²³⁷

III. Auswirkungen einer Kündigung

Der Unternehmer kann eine Änderung vornehmen, ohne dass das digitale Produkt dadurch vertragswidrig wird, sofern die Vereinbarung den Anforderungen der §§ 327r Abs. 1, 2 BGB, § 27 Abs. 1, 2 VGG entspricht; wobei der Verbraucher diese zu dulden hat (s. o.).²³⁸ Die Rechtsfolgen bei einer Vertragsbeendigung bemessen sich nach §§ 327o II – V und 327p BGB, §§ 24 – 26 VGG.²³⁹ Nach der Vertragsbeendigungserklärung durch den Verbraucher gegenüber dem Unternehmer entsteht ein Rückgewährschuldverhältnis, § 327o Abs. 2 BGB, § 24 Abs. 2 VGG. Der Unternehmer darf personenbezogene Inhalte, die bei der Nutzung des vom Unternehmer bereitgestellten Produkts angefallen sind, nicht mehr weiter nutzen, muss sie dem Verbraucher jedoch auf dessen Verlangen zur Verfügung stellen [es kann hier nicht auf die Frage eingegangen werden, ob der Nutzer ein

233 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 32.

234 Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 33.

235 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 149.

236 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 10; Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 29; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 20.

237 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 11; Erman-BGB/Bernzen/Specht-Riemenschneider § 327r Rn. 31.

238 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 12.

239 juris-PK/Kaesling § 327r Rn. 13; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 29.

Dateneigentum²⁴⁰ hat].²⁴¹ Der Verbraucher darf das digitale Produkt nach der Beendigung des Vertrags nicht mehr nutzen, § 327p Abs. 1 S. 1 BGB, § 24 Abs. 3 VGG, der Unternehmer darf aufgrund der Kontrollschwierigkeiten gem. S. 2 / Hs. 2 eine aktive Unterbindung der Nutzung vornehmen, bspw. durch Lizenz- oder Kontensperrung.²⁴²

D. Ausnahme: Weiternutzung des bisherigen Produkts

Nach Art. 19 Abs. 4 DID-RL, § 327r Abs. 4 Nr. 2 BGB, § 27 Abs. 4 VGG kann der Unternehmer dem Verbraucher die unveränderte Weiternutzung des im Funktionsumfang der Vertragsgemäßheit entsprechenden Dienstes anbieten, wobei dann die Abs. 2 und 3 nicht angewendet werden.²⁴³ Art. 19 Abs. 1 DID-RL, § 327r Abs. 1 BGB, § 27 Abs. 1 VGG gelten jedoch auch in dieser Konstellation, der Unternehmer darf also auch bei einer vorgesehenen Weiternutzungsmöglichkeit nur dann eine einseitige Änderung des Vertragsgegenstands vornehmen, wenn der Verbraucher einer einseitigen Veränderung im Vertrag bereits zugestimmt hatte und ein triftiger Grund vorliegt.²⁴⁴ Der Verbraucher erhält in dieser Konstellation ein Wahlrecht, die zuletzt von ihm benutzte Version (ein Zurückspringen auf ältere Versionen wird nicht ermöglicht) weiter zu nutzen, wobei der Unternehmer weiterhin eine einschränkungsfreie Vertragsgemäßheit zu leisten hat, oder aber die neue Veränderte.²⁴⁵ Auch die Nutzung des unveränderten Produkts darf keine weiteren Kosten nach sich ziehen, sollte das anders sein, greift wiederum das Beendigungsrecht nach Abs. 3.²⁴⁶

§ 9 Transfer bereits existierender Maßstäbe auf die Änderungsbefugnis

Dem Leser der Richtlinien-Regelungen und deren gesetzlicher Umsetzungen fällt auf, dass es für den Unternehmer zwar scheinbar klare Regelun-

240 Maute/Mackenrodt Recht als Infrastruktur für Innovation/Schmidt 265, 265.

241 Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 642, 643.

242 Jaensch, jM 2022, 96, 102; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 29.

243 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 150; MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 21; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 30.

244 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Kodek 141, 150.

245 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 21; Flume/Kronthaler/Laimer VGG/Parzmayr Rn. 30.

246 MüKo-BGB/Metzger § 327r Rn. 23.

gen gibt, wie er bei Änderungen vorzugehen hat. Auch ist begrüßenswert, dass der (Europäische) Gesetzgeber die Relevanz der nachträglichen vertraglichen Anpassbarkeit bei Dauerschuldverhältnissen in der langfristigen Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen erkannt hat. Jedoch ist es allein auf Grundlage der Richtlinie und der sie umsetzenden Gesetze nicht möglich, zu bestimmen, welche Auswirkungen eine Änderung hat. Zwar wird durch die Beurteilung anhand bestimmter generalisierender und objektiver Maßstäbe der Blickwinkel weg vom Einzelnutzer mit einer speziellen digitalen Umgebung hin zu einer Vielzahl an Nutzern gelenkt.

Durch die Änderung können sich auch erst nachträglich nach Ablauf der 30-tägigen Kündigungsfrist nachteilige Auswirkungen für den Verbraucher zeigen. Der Verbraucher ist dann darauf angewiesen, das Produkt weiter zu nutzen, sofern er den Vertrag nicht ordentlich kündigen möchte. Eine weitere Nutzung des bisherigen Produkts scheint zwar technisch grundsätzlich möglich, dies wäre aber der bloßen Zuvorkommenheit des Unternehmers geschuldet, nicht weil er gesetzlich dazu verpflichtet wäre.

Die Bereitstellung von Software über die Cloud stellt nur einen kleinen Bruchteil der gesetzlichen Fälle dar. Ausschlaggebender werden eher Anwendungsszenarien sein, die auf den ersten Blick gar nichts oder nur wenig mit digitalen Inhalten zu tun haben. So ist bei modernen Autos oft auch ein Entertainment- und Steuerungs-System verbaut, das digitale Dienste beinhaltet, so bspw. die Funktionalität der Navigation, damit wird das Fahrzeug komplex, da es neben der reinen Stoffansammlung auch noch Software, Lizenzen und digitale Dienste umfasst.²⁴⁷ Diese werden – sofern in der Grundausstattung des Wagens mitgeliefert – der WK-RL unterfallen. Werden jedoch zusätzliche abspflichtige Dienstleistungen angeboten, wie bspw. eine aktive Stauumfahrung, die Freischaltung bestimmter Extras oder die Bereitstellung neuen angepassten Kartenmaterials über einen bestimmten Zeitraum, werden diese Dienste der DID-RL unterfallen. Die Nutzungsdauer eines Fahrzeugs ist zumeist über mehrere Jahrzehnte. Wenn nun in dieser langen Zeit der Unternehmer die Software zur Bereitstellung dieser Dienste auf einen neuen Stand bringen möchte, was bspw. auch mit einer neuen Nutzerführung verbunden ist, wäre wohl eine Änderung im Sinne der hier thematisierten Vorschriften gegeben. Diese Änderung müsste dann bereits in den Vertragsbedingungen zu den Abodiensten angelegt werden und der konkrete Umstand als triftiger Grund genannt sein. Sofern

247 Wendehorst, NJW 2016, 2609, 2609.

der Nutzer sich weigert, die Änderung durchzuführen und die Bedienungsstruktur dann beim alten System bleibt, könnte bspw. ein Unfall entstehen, weil dieses stark Untermenü-lastig aufgebaut ist und dadurch der Fahrer beim Einstellen stärker abgelenkt wird als bei der neuen Oberfläche. Sofern das Gericht zum Schluss kommt, dass die Software ursächlich für den Fehler des Nutzers ist, so könnte dieser sich wohl gegen den Unternehmer wenden. Hier gäbe es im bisherigen Recht zahlreiche Möglichkeiten des Regresses / Schadensersatzes. Durch die Änderung der Funktionalität hat der Unternehmer aber gerade die Software verkehrssicher gestaltet, nur der Verwender hat die Änderung nicht implementiert. Somit kann sich der Unternehmer enthaften,²⁴⁸ da die Nichtdurchführung der Aktualisierung in der Sphäre des Verbrauchers liegt, Art. 8 Abs. 3 DID-RL bzw. Art. 7 Abs. 4 WK-RL, § 327f Abs. 2 BGB, § 7 Abs. 3 VGG.²⁴⁹ Dem Verbraucher bliebe dann ein großes Haftungsrisiko, das er bei Nutzung der Software und dem Ablehnen des Updates sehr wahrscheinlich gar nicht abschätzen können wird.

Wenn hinter dem Unternehmer als Vertragspartner des Verbrauchers noch ein untätiger Hersteller steht, der die erforderliche Aktualisierung nicht bereitgestellt hat, haftet der Unternehmer dem Verbraucher trotzdem.²⁵⁰

Bei den eingangs dieser Arbeit erwähnten Beispielen ist die DID-RL ein großer Schritt zur kontrollierten Regelung einer bisher weitgehend ungeregelten Rechtsmaterie. Der Heizungsbauer bspw. kann dadurch seine Steuerungssoftware verändern. Er müsste in dem Vertrag über die Bereitstellung der Software mit dem Verbraucher einen triftigen Grund ausreichend spezifisch geregelt haben. Hier wäre in Anbetracht der Umstellung auf eine neue Programmiersprache eine Formulierung „der Unternehmer behält sich die Änderung der Software vor, sofern Umstände eintreten, die die Unterstützung der der Software zugrundeliegenden Programmiersprache nicht mehr gewährleisten“ denkbar. Die Umstellung auf eine neue Programmiersprache stellt eine gravierende Änderung im Programmcode dar. Dem Verbraucher entstehen durch die Änderung jedoch keine Kosten, da er auch bisher mit der Software nur insofern zu tun hatte, als er die Steuerung der Heizung mit ihr vorgenommen hat. Der Unternehmer hat den

248 Wendehorst, NJW 2016, 2609, 2610.

249 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 126; Heckmann/Paschke juris-PK Internetrecht/Paschke Rn. 630.

250 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 126.

Verbraucher über die anstehende Änderung zu informieren. Dies wird er durch Brief oder E-Mail tun, da der Standort der Heizung im Haushalt des Verbrauchers bekannt ist und darin beschreiben, was das Problem mit der Software ist, wie die Änderung durchgeführt wird und inwiefern die anschließende Nutzung davon betroffen ist (bspw. ist die Steuerung für das warme Wasser jetzt in einem anderen Unterpunkt zu finden). Auch unter Beachtung technischer Regelungen handelt es sich bei der Umstellung der Programmiersprache einer Software um eine größere Änderung. Jedoch ist die Software nach der Umstellung als Steuerung für das Gerät des Verbrauchers weiterhin nutzbar und dieses daher einsatzfähig. Es stellt sich allerdings die Frage, wie der Unternehmer die Änderung durchführen kann, wenn der Verbraucher ihn nicht in den Keller, in dem die Heizung steht, lässt. Dann wird der Unternehmer keine Möglichkeit zur Änderung haben, gleichzeitig aber auch nicht aus dem Vertrag aussteigen können. Der Verbraucher wird in diesem Fall trotz einer gravierenden Änderung kein Interesse daran haben, aus dem Vertrag auszusteigen, da er dann das Gerät nicht mehr nutzen könnte. Dadurch wird der Unternehmer zukünftig seine vertraglich geschuldete Leistung nicht mehr erbringen können. Hier zeigt sich, dass der Verbraucher durch die Entscheidung für ein bestimmtes Gerät mit einer herstellereigenen Software-Lösung auch leicht in eine Abhängigkeit geraten kann und der Unternehmer andererseits keine Durchgriffsmöglichkeit hat, die Änderung in der Sphäre des Verbrauchers durchzuführen.

Sofern eine Software aufgrund steigender Nutzerzahlen angepasst werden muss, ist der bisherige Nutzer vermutlich weniger stark betroffen. Er profitiert möglicherweise sogar davon, dass zukünftig neue Nutzer zum Produkt greifen, weil er so leichter Kollaborationsfunktionen nutzen können wird.

Am markanten Beispiel der Microsoft Office Bedienoberfläche lässt sich Wohl und Wehe der Regelung der DID-RL demonstrieren. Microsoft hatte mit Einführung der Office Suite 2007 beschlossen, die Nutzerführung / Menüstruktur auf eine „Ribbon“ Oberfläche umzustellen.²⁵¹ Sofern es damals diese Regelung der DID-RL bereits gegeben hätte und Office so wie heute als Software-Dienst im Abo-Modell angeboten worden wäre, so wäre dies eine Änderung gewesen, die den jeweiligen Nutzer stark betroffen hätte. Es gingen unzählige Nutzerbeschwerden ein, die teilweise auch stark for-

251 <https://techterms.com/definition/ribbon>, zuletzt abgerufen am 05.09.2022.

derden, die Nutzeroberfläche wieder umzustellen, es gab sogar Programme, die die Nutzeroberfläche wieder auf die frühere Variante umstellten.²⁵² Die Änderung der Nutzerführung war eine gravierende Änderung, die nach einem objektiven Maßstab eine Vielzahl von Nutzern betroffen hätte. All diese Nutzer hätten dann ein Vertragsbeendigungsrecht gehabt. Dem Unternehmer entsteht bei der Einführung einer Änderung ein wirtschaftliches Risiko. Er muss darauf achten, die Änderung im Rahmen des eingangs erwähnten Flexibilitätserfordernisses vorzunehmen und gleichzeitig die Kunden nicht so stark zu beeinträchtigen, dass diese in großer Zahl von ihren Kündigungsrechten Gebrauch machen. Bei einer großen Änderung sind in der modernen Welt auch viele Nutzer tatsächlich oder vermeintlich betroffen, da diese Nutzungseinschränkungen feststellen. Ein objektiver Maßstab lässt sich aufstellen, aber die konkrete Einschränkung kaum ermessen. Zur Behebung der aufgezeigten Unschärfen wird die Übertragung bereits im Gesetz verankerter, von der Rechtsprechung aufgestellter und anerkannter Regelungsinhalte sowie die Auslegung der Regelungen nach deren Telos helfen.

A. Verfassung als Ausgangspunkt der Innovation

Im abgestuften Bau der Rechtsordnung liegt jeglicher staatlicher Regelung die Verfassung zugrunde, die die gesetzgebende Gewalt bindet.²⁵³ Da die Verfassung Geltungsvorrang vor dem einfachen Gesetz hat,²⁵⁴ muss eine Innovation bereits in dieser angelegt sein. Stärker als die Verfassung, die einerseits Stabilität für die langfristige Dauer ihrer Existenz verkörpern muss, sich andererseits aber auch der Dynamik des Fortschritts nicht verschließen darf, unterfallen einfache Gesetze kontrafaktischen Besonderheiten²⁵⁵, wodurch sie leichter auf Innovationen reagieren können. Durch stetige Veränderungen im schnelllebigen technischen Bereich sind Innovationen nur eine logische Folge,²⁵⁶ an die bestehende Produkte angepasst werden müssen, um Markt-Chancen haben zu können. Neuerungen als Beschreibung von Innovationen müssen eine gewisse Signifikanz, Qualität,

252 <https://www.addintools.com/german/default.htm>, zuletzt abgerufen am 05.09.2022.

253 Isensee/Kirchhof HdB StR/Badura 591, 592.

254 Isensee/Kirchhof HdB StR/Badura 591, 594.

255 Hornung, Grundrechtsinnovationen (2015), 76, 77.

256 Hornung, Grundrechtsinnovationen, 139, 140.

Merklichkeit oder Bedeutung aufweisen.²⁵⁷ Gerade bei Innovationen ist die „Störung von Erfahrung und Routine“²⁵⁸ immanent, was bei völlig Neuem (Basisinnovation) der Fall ist, aber auch bereits bei bloßer Umbildung, -Gestaltung oder Kombination wird das Bisherige signifikant neu gestaltet und weiter entwickelt (inkrementelle Innovation), um so eine Diffusion (gelungene Verbreitung) am Markt zu erreichen.²⁵⁹ Im Gesetz muss daher das Interesse des Unternehmers ermöglicht werden, sein Produkt möglichst lange am Markt zu halten, indem am steten Strom der Innovationen partizipiert wird, diese in das Produkt einfließen, um so aufgrund eines attraktiven Angebots Kunden anzusprechen.²⁶⁰ Das Gesetz kann jedoch niemals alle Möglichkeiten abdecken, daher muss es allgemein formuliert sein, um auch zukünftige Entwicklungen abbilden zu können, ohne dabei jedoch spezifische Vorgaben außer Acht zu lassen. Im Folgenden werden Anpassungsbedarfe und anschließend verschiedene gesetzliche Regelungen aufgezeigt, die bereits bisher einseitige Gestaltungsrechte beinhalten, um deren Aussagegehalt auf die neue Regelung zu übertragen.

B. Innovationsgetriebene Änderungsbefugnis als Ausfluss des einseitigen Gestaltungsrechts

Wie im Fall der DID-RL mit der Änderungsbefugnis für den Unternehmer können verallgemeinernd mit dem privaten Gestaltungsrecht konkret bestehende Rechtsbeziehungen durch einseitiges (subjektives) Rechtsgeschäft ausgestaltet²⁶¹ oder verändert werden.²⁶² Dabei werden durch Gestaltungsrecht Verträge (Schuldverhältnisse) überhaupt begründet, und deren Inhalt kann ebenso im Rahmen der Gestaltung geändert werden.²⁶³ Wahlrechte bestehen dann, wenn bestimmte Interessen einer Partei als schutzwürdig angesehen werden. Bei auf Einigung der Parteien basierenden Gestaltungs-

257 Hornung, Grundrechtsinnovationen, 143.

258 Luhmann, Organisation und Entscheidung² (2006), 162, zit. n. Hornung, Grundrechtsinnovationen, 144.

259 Hornung, Grundrechtsinnovationen, 144, 152.

260 Hornung, Grundrechtsinnovationen, 154, 156.

261 MüKo-BGB/Emmerich § 311 Rn. 22.

262 Seckel nach Adomeit, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem (1969), 10. Scholz, Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht (2010), 43. ABGB-ON/Wiebe § 859 Rn. 11.

263 Adomeit, Gestaltungsrechte, 14; Scholz, Gestaltungsrechte, 54.

rechten begibt sich der spätere Gegner bewusst der Rechtsgestaltung und ermächtigt den Inhaber zur einseitigen Veränderung, auf deren Eintritt er keinen Einfluss mehr hat.²⁶⁴ Durch die einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung ist die Rechtslage veränderbar, ohne dass der andere Teil mitwirken müsste, was die Schutzbedürftigkeit des anderen Teils nach sich zieht, soweit die Rechtsgestaltung nicht dem vorausgegangenen Konsens entspricht und daher einen Eingriff darstellt.²⁶⁵ Zur Regelung vertraglicher Gestaltungsrechte sind als *essentialia negotii* neben Berechtigtem, Gegner, das betroffene Rechtsverhältnis sowie die herbeizuführende Rechtsfolge zu nennen.²⁶⁶ Der Schutz des Gegners ist in formaler Hinsicht auf Sicherheit und Klarheit des Rechts sowie in inhaltlicher Sicht auf die Einhegung der Gestaltungsrechtsfolgen gerichtet, wie bspw. mithilfe der Billigkeitskontrolle des § 315 Abs. 3 BGB, was je nach Gestaltungsrecht und individueller Vereinbarung unterschiedlich ausgestaltet ist.²⁶⁷ Gerade dem formalen Schutz des Gestaltungsgegners vor dem ungewissen Eintritt des Ob und Wann der Ausübung²⁶⁸ dient die Regelung des Art. 19 DID-RL.

C. Anpassungsbedarfe

Anpassungsbedarfe können in den unterschiedlichsten Bereichen auftreten und sich aus verschiedensten Gründen ergeben, wie Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen, Evolutionen der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die Auswirkungen auf Haftungs-, Anzeige- und Hinweispflichten haben können.²⁶⁹ In einzelnen Bereichen war auch bisher schon eine einseitige Vertragsanpassung vom Gesetzgeber ermöglicht, insbesondere in Massenvertragsverhältnissen (was auch teilweise für die der vorliegenden Arbeit zugrunde liegenden digitalen Inhalte zutrifft) bspw. im Versicherungsrecht (§§ 164, 176, 203 Abs. 4 VVG), Energieversorgung (§ 5 Abs. 2 StromGVV bzw. GasGVV), Bausparkassen (§ 9 Abs. 1 BausparkG) und bei Investment-Verträgen (§ 43 Abs. 2 und 5 InvG), obwohl dies eine große Missbrauchsgefahr und Benachteiligungsfolgen für den zumeist un-

264 Scholz, Gestaltungsrechte, 57; Adomeit, Gestaltungsrechte, 36; Schellhase, Gesetzliche Rechte zur einseitigen Vertragsgestaltung (2013), 50.

265 MüKo-BGB/Emmerich § 311 Rn. 23; Schellhase, Vertragsgestaltung, 47, 50.

266 Schellhase, Vertragsgestaltung, 52.

267 Schellhase, Vertragsgestaltung, 57.

268 Schellhase, Vertragsgestaltung, 62.

269 Schellhase, Vertragsgestaltung, 24.

terlegenen Vertragspartner nach sich ziehen kann, da insoweit ein „Einbruch in die Privatautonomie“ erfolgt.²⁷⁰ Solch einseitige Vertragsgestaltungen sind auch Regelungen, die einen ausbleibenden Widerspruch binnen einer vorgegebenen Frist als Zustimmung fingieren, wie sie bspw. in § 675g Abs. 2 BGB Eingang gefunden hat.²⁷¹ Der BGH hat 1999 in einer Entscheidung über vertragliche Bedingungsanpassungen zur Interessenlage festgestellt, dass bei Berücksichtigung beiderseitiger Interessen eine Vertragsanpassung nur rechtfertigbar ist, wenn unvorhersehbare Veränderungen vorhandene Äquivalenzanforderungen nicht nur unbedeutend gestört haben; das Gesetz bezwecke lediglich, Benachteiligungen gegen Treu und Glauben für den Vertragspartner zu verhindern.²⁷² Ähnlich zur Regelung in der DID-RL treffen auch Unternehmen in verschiedenen anderen Bereichen die Pflicht zur Unterhaltung des Kommunikationskanals (bspw.: § 36 Abs. 1 EnWG, § 14 WpÜG, § 21 GasNZV).²⁷³ Im Versicherungsrecht ist auch die Einschaltung eines Treuhänders möglich, der die Leistung näher bestimmt (wie in § 317 Abs. 1 BGB vorgesehen) und die Angemessenheit der Vertragsänderung bestätigt.²⁷⁴ Im gerichtlichen Verfahren wird die Einhaltung der allgemeinen Grenzen der §§ 134, 138 BGB sowie des AGB-Rechts geprüft (zumeist anhand § 308 Nr. 4 BGB), sodann auf die ergänzende Vertragsgestaltung abgestellt, wobei ein vertragsspezifischer Regelungsgehalt in Anbetracht der objektiven Parteiinteressen zur Verfügung steht, und schließlich der Maßstab des billigen Ermessens des § 315 Abs. 1 BGB herangezogen.²⁷⁵

D. Einseitige Änderungsbefugnisse in anderen Regelungen

Nach der Herleitung der Anpassungsbedarfe aufgrund der innovativen wirtschaftlichen und technischen Gesellschaft wird im Folgenden das Herausarbeiten eines Erheblichkeitsmaßstabs für die Änderung angestrebt, wozu verschiedene Regelungen vorgestellt werden, die ebenfalls einseitige Änderungsbefugnisse einräumen. Hierbei werden allgemein bekannte sowie spezielle Regelungen im BGB thematisiert, bevor solche des ABGB angesprochen werden.

270 Schellhase, Vertragsgestaltung, 25.

271 Schellhase, Vertragsgestaltung, 26.

272 BGH IV ZR 218–97 (Düsseldorf), Unwirksame Bedingungsanpassungsklausel in der Rechtsschutzversicherung, NJW 1999, 1865.

273 Schellhase, Vertragsgestaltung, 168.

274 Schellhase, Vertragsgestaltung, 126, 127

275 Schellhase, Vertragsgestaltung, 130, 131.

I. Anpassung der essentialia negotii als Änderung

Die einseitige Änderungsbefugnis von wesentlichen Vertragselementen (essentialia negotii) gibt es nur selten. Eine Vertragsänderung über eine Zustimmungsfiktions-Klausel, die keine Beschränkung zum Schutz des Verbrauchers vor unangemessenen Nachteilen enthält, verstößt gegen das Transparenzgebot in § 6 Abs. 3 KSchG, besonders wenn die Vertragspflichten zu Gunsten des Verwenders in jede Richtung und in unbeschränktem Umfang geändert werden können. Der Verbraucher muss daher bereits zu Anfang über die Gründe und maßgeblichen Gesichtspunkte der Änderung informiert werden, da sonst Unklarheiten über die Auswirkungen der Klausel bleiben.²⁷⁶

II. Störung der Geschäftsgrundlage: § 313 BGB

1. Gesetzlicher Regelungsinhalt

§ 313 BGB schafft die Möglichkeit, eine Vertragsanpassung durchzuführen, wenn die Vertragsparteien unter Berücksichtigung der neuen Gegebenheiten in den Vertrag andere Bedingungen hineingeschrieben hätten. In § 313 Abs. 3 S. 1 BGB ist als Gradmesser für eine Anpassung oder Aufhebung des Vertrags die Zumutbarkeit heranzuziehen, um eine möglichst interessengerechte Verteilung des verwirklichten Risikos bei möglichst geringem Eingriff in die ursprüngliche Regelung zu gewährleisten.²⁷⁷ Dabei ist besonders das Parteiinteresse nach § 157 BGB zu beurteilen, um einen Ausgleich für das adäquate Maß übersteigender Einschränkung zu erzielen.²⁷⁸

2. Transfer

Auf die Änderungsbefugnis des Unternehmers angewendet, ergibt sich für das Maß der Änderung vor allen Dingen der Ansatz, das nach § 157 BGB zu beurteilende Parteiinteresse zu berücksichtigen. Indem der Verbraucher sich zu Beginn der Vertragsbeziehung über die von ihm gewünschte Leistung klar wurde, hat er den Unternehmer als seinen Vertragspartner ausge-

276 OGH 5 Ob 103/21 i, Energieversorger: Preisanpassungsklauseln VbR 2022/26 K2 Teil 1, Rn. 9.

277 MüKo-BGB/Finkenauer § 313 Rn. 88.

278 MüKo-BGB/Finkenauer § 313 Rn. 89.

wählt. Hier wäre jedoch problematisch, dass zu sehr auf den einzelnen Verbraucher abgestellt werden könnte, statt auf den Grad der Beeinträchtigung des Durchschnittsnutzers.

III. Leistungsbestimmung durch eine Partei: § 315 BGB

1. Gesetzlicher Regelungsinhalt

In § 315 I BGB ist der Fall geregelt, dass die Vertragsleistung durch eine Partei nach billigem Ermessen bestimmt werden soll, wobei im Konfliktfall eine Leistungsbestimmungskontrolle und eine Ersatzvornahme durch Gerichtsentscheidung vorgesehen ist.²⁷⁹ Dabei liefert der Vertrag als Grundgeschäft den Leistungsanspruch, wobei in der Übereinkunft das Leistungsbestimmungsrecht als Gestaltungsrecht zu Umfang, Grenzen und Entscheidungsrichtlinien ausgeformt und eine wirksame Leistungsbestimmung vereinbart ist.²⁸⁰ Bei der Grundversorgung dienenden Energielieferverträgen steht die Versorgungssicherheit für die Zukunft im Fokus, aufgrund der langfristigen Vertragslaufzeit ist es wirtschaftlich notwendig, Anpassungsmöglichkeiten in den Vertrag aufzunehmen²⁸¹, ebenso ist es auch bei den in ihrer Bedeutung stetig gewachsenen Internet und IT-basierten Dienstleistungen / Inhalten²⁸², die höchstrichterlich inzwischen als Teil der Grundversorgung anerkannt sind²⁸³. Diese Anpassungsklauseln müssen besonderen Anforderungen genügen, zumal es sich in den allermeisten Fällen um AGB handelt, wohingegen Individualvereinbarungen unüblich sind.²⁸⁴ Es greifen die Vorschriften der AGB-Kontrolle ein, die Transparenz und inhaltliche Angemessenheit erfordern. Im Kern soll bei Ausgleich von Missverhältnissen trotzdem die vertragsrechtliche Eigenverantwortung erhalten bleiben.²⁸⁵ Ähnlich zu den hier thematisierten Software-Anbietern ist der Kunde eines Versorgers diesem teilweise ausgeliefert, trotzdem soll dieser erst später nach Vertragsschluss die Bestimmung eines Vertragsbestandteils

279 Schellhase, Vertragsgestaltung, 27.

280 Staudinger BGB/Rieble § 315 Rn. 276.

281 Ehricke, JZ 2005, 599, 599.

282 <https://ourworldindata.org/grapher/supercomputer-power-flops>, letzter Zugriff am 03.09.2022; Hilbert/López, Science (New York, N.Y.) 2011, 60, 64.

283 BGH III ZR 98/12, BGH erkennt Schadensersatz für den Ausfall eines Internetanschlusses zu - juris = NJW 2013, 1072-1074 Rn. 17

284 Büdenbender, NJW 2013, 3601, 3601.

285 Ehricke, JZ 2005, 599, 599.

vornehmen können, um eine eventuelle Lücke zu schließen.²⁸⁶ Die Regelung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB greift mit einer Billigkeitskontrolle der einseitigen Leistungsbestimmung gegenüber dem sozial Schwächeren ein, woraus sich Schranken gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Ungleichgewichtslagen herausgebildet haben, die aber nur greifen, wenn der Kunde einem Kontrahierungszwang ausgesetzt ist.²⁸⁷ Eine entsprechende Anwendung der Rechtsgedanken des § 315 BGB erscheint naheliegend. Nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ist die Leistungsbestimmung danach zu messen, ob der Berechtigte seinen unternehmerischen Gestaltungsspielraum ausgenutzt hat, wobei sich dies an den vergleichbaren Konkurrenzprodukten bemisst, bzw. wenn solche nicht am Markt vorhanden sind, anhand der Interna des Festsetzenden, die auf Plausibilität geprüft werden.²⁸⁸

2. Transfer

Auf IT-Verträge gewendet, ist eine Anpassung an geänderte Nutzungsszenarien ohne Probleme möglich, wohingegen eine plötzliche Steigerung der Hardware-Anforderungen ohne erkennbare Notwendigkeit, da Konkurrenzprodukte auf dem bisherigen Stand verharren, nicht möglich ist. Auch eine Änderung der Programmiersprache, weil die bisherige nicht mehr genug Programmierern bekannt ist oder nicht mehr schließbare Sicherheitslücken aufweist und damit erhebliche Kostensteigerungen nach sich zieht, ist vom unternehmerischen Gestaltungsspielraum gedeckt.

IV. Einseitige Vertragsanpassung durch den Arbeitgeber

1. Grund der Auswahl

Das Arbeitsrecht ist Paradebeispiel für ein Über-/Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnis, ähnlich wie es auch zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer besteht.

286 Ehricke, JZ 2005, 599, 600.

287 Ehricke, JZ 2005, 599, 600.

288 Ehricke, JZ 2005, 599, 603, 604.

2. Gesetzlicher Regelungsinhalt

Im Arbeitsverhältnis herrscht ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis und damit ein Interessenungleichgewicht vor, da der Arbeitgeber ein Direktionsrecht bezogen auf Arbeitsausführung und sonstiges Verhalten hat.²⁸⁹ Dieses Direktionsrecht leitet sich aus der im Arbeitsvertrag niedergelegten Berechtigung ab, wobei der Arbeitgeber nach billigem Ermessen Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung bestimmen kann.²⁹⁰ Die Erfordernisse des billigen Ermessens sind erfüllt, wenn die wesentlichen Einzelfallumstände und die „widerstrebenden Interessen angemessen berücksichtigt“ worden sind.²⁹¹ So muss sich der Arbeitgeber bereits vertraglich oder nach den Umständen einen Wechsel der Beschäftigungsart eingeräumt haben, auch ein Wechsel des Beschäftigungsorts muss mit der Leistungspflicht des Arbeitnehmers korrelieren.²⁹² Schließlich sind bei Regelungen zum Verhalten sowie geregelten Arbeitsablauf und Zusammenwirken dem Betriebsrat Mitspracherechte eingeräumt.²⁹³

3. Transfer

Aus all dem wird deutlich, dass der Arbeitgeber nur im Rahmen bereits vorab geregelter Direktionsrechte bestimmen darf und bei besonderen Situationen auch der auf Seiten der Arbeitnehmer deren gemeinsame Interessen wahrnehmende Betriebsrat einzubeziehen ist. Übertragen auf die Änderungsbefugnis der §§ 327r BGB, 27 VGG lässt sich daraus ableiten, dass eine dritte Instanz zur Bewertung die Sicherstellung der Interessenwahrung mehrerer gewährleisten kann und bei großen Interessenungleichgewichten dadurch auch eine Befriedungsfunktion übernehmen kann.

289 Kiel Münchener Handbuch Arbeitsrecht/Fischinger Rn. 4.

290 Kiel Münchener Handbuch Arbeitsrecht/Fischinger Rn. 5.

291 Kiel Münchener Handbuch Arbeitsrecht/Fischinger Rn. 6.

292 Kiel Münchener Handbuch Arbeitsrecht/Fischinger Rn. 8, 9.

293 Kiel Münchener Handbuch Arbeitsrecht/Fischinger Rn. 11.

V. Gebot des fairen Verhandelns im Arbeitsrecht

1. Grund der Auswahl

Wie bereits bei der einseitigen Anpassung durch den Arbeitgeber ist auch beim übrigen Verhandeln im Arbeitsrecht ein Unter-/Überordnungsverhältnis gegeben. Der Schutz des Arbeitnehmers ist dabei für den Gesetzgeber ein vordringliches Ziel.

2. Gesetzlicher Regelungsinhalt

Bei der Anpassung eines arbeitsrechtlichen Vertrags wird auch der Prozess bis zum Vertragsschluss in die Betrachtung einbezogen, wobei sich ein Verbot bspw. aus Missbrauch oder Kreierung einer psychischen Druck- oder Überraschungssituation ergeben kann, soweit nicht ein „Mindestmaß an Fairness“ gegeben ist.²⁹⁴ Nach dem BAG ist das Mindestmaß nicht eingehalten, wenn beim Aufhebungsvertrag die erkennbare Schwäche der Arbeitnehmerseite ausgenutzt worden wäre.²⁹⁵ Dabei wirken die aus dem zugrunde liegenden Arbeitsvertrag bestehenden Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auf die Verhandlungen, um so die Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen sicherzustellen (also deren Berücksichtigung), wobei der Rücksichtnahme-Katalog im Einzelfall zu bestimmen ist.²⁹⁶

3. Transfer

Auf die Änderungsbefugnis der §§ 327r BGB, 27 VGG angewendet, muss der Unternehmer fair mit dem Verbraucher umgehen, indem er dessen schwächere Position anerkennt und seine Entscheidungen an dieser ausrichtet, ohne sie aber auszunutzen, indem er bspw. verlangt, ein zusätzliches Produkt aus seinem Portfolio zu erwerben, eine künstliche Abhängigkeit von einem solchen Produkt erzeugt, indem sonst keine Kompatibilität mit anderer Software mehr vorhanden ist.

294 Staudinger BGB/Fischinger/Hengstberger § 134 Rn. 19.

295 BAG 6 AZR 75/18, Aufhebungsvertrag - Widerruf BAGE 165, 315-329 - juris Rn. 9, 34.

296 BAG 6 AZR 75/18, Aufhebungsvertrag - Widerruf BAGE 165, 315-329 - juris Rn. 31, 33.

VI. Abonnement-Veränderungen in Pay-TV-Verträgen

1. Grund der Wahl

Bei Pay-TV-Verträgen hat der Verbraucher ein spezifisches Produkt, bestehend aus verschiedenen Programmkanälen gebucht. Auch hier handelt es sich zumeist um ein standardisiertes Paket, das nicht auf den Verbraucher zugeschnitten ist.

2. Gesetzlicher Regelungsinhalt

Veränderungsrechte für den Anbieter von Pay-TV-Verträgen müssen mit § 308 Nr. 4 BGB konform sein. Sofern in diesen Bestimmungen unklar geregelt ist, ob und in welchem Maß die „Zusammensetzung der vom Kunden gebuchten Programmpakete“ abgewandelt werden darf, ist die Kontrolle gescheitert.²⁹⁷ Der Verbraucher muss entgegen seines eigenen Verständnisses eine andere als die vertraglich geregelte Leistung als vertragsgemäß gelten lassen.²⁹⁸ Im Rahmen einer Interessenabwägung der Beteiligten dürfen für keine Seite unzumutbare Änderungen vorgenommen werden, dabei muss die Klausel in „ihren Voraussetzungen und Folgen für den anderen Vertragsteil zumindest“ eine Gewähr für eine gewisse Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungs-Anpassungen zeitigen.²⁹⁹ Ein grundloses Abänderungsrecht auch bei Erhalt des „Gesamtcharakters“ ist nicht gedeckt, wohingegen die Aufnahme konkretisierter und triftiger Umstände in die Bedingungen durchaus möglich ist, aus denen sich für den Kunden die Wahrscheinlichkeit einer Änderung kalkulieren und absehen ließe.³⁰⁰

297 Staudinger BGB/Bieder Anh zu §§ 305-310 Rn A 1, A 15.

298 LG München I 12. Zivilkammer 12 O 1982/18, Wirksamkeit eines Änderungsvorbehalts eines Pay-TV-Dienstleisters in Bezug auf das Leistungsangebot CR 2019, 266-269 - juris Rn. 36.

299 LG München I 12. Zivilkammer 12 O 1982/18, Wirksamkeit eines Änderungsvorbehalts eines Pay-TV-Dienstleisters in Bezug auf das Leistungsangebot CR 2019, 266-269 - juris Rn. 37.

300 LG München I 12. Zivilkammer 12 O 1982/18, Wirksamkeit eines Änderungsvorbehalts eines Pay-TV-Dienstleisters in Bezug auf das Leistungsangebot CR 2019, 266-269 - juris Rn. 37.

3. Transfer

Die Anpassungsklausel der Änderungsbefugnis muss eine konkrete Änderung vorsehen. Aus dieser muss sich für den Verbraucher anhand konkretisierender Angaben ergeben, was möglicherweise und warum zukünftig geändert werden kann.

VII. Pauschalreise-Recht: § 651f BGB

1. Grund der Auswahl

Pauschalreisen sind ein standardisiertes Produkt, bei dem der Verbraucher kaum bis keine Änderungsmöglichkeiten hat, damit ist ein Machtgefälle zwischen ihm und dem Anbieter gegeben.

2. Gesetzlicher Regelungsinhalt

§ 651f BGB, der ebenfalls auf der Umsetzung einer EU-Regelung basiert, nämlich auf Artikel 11 der Pauschalreise-Richtlinie der EU, regelt die Änderungsbefugnis des Unternehmers bei solchen Pauschalreise-Verträgen. Dabei ist ebenfalls eine Anpassungsklausel im Vertrag erforderlich, sowie eine nur unerhebliche Beeinträchtigung des Verbrauchers durch die Änderung; die Mitteilung muss auf einem dauerhaften Datenträger erfolgen.³⁰¹ Dabei sind unerhebliche Änderungen solche, die bloße Unannehmlichkeiten bereiten.³⁰² Ob eine erhebliche Änderung vorliegt, ist nach § 651g BGB anhand der wesentlichen Eigenschaften zu bestimmen, über die vorvertraglich informiert werden muss und die aus der Reisebestätigung ersichtlich sein müssen (im Reiserecht ist darunter v.a. der Hotelwechsel zu sehen).³⁰³ Die Sicht des Reisenden ist nach BGH für die Beurteilung entscheidend, so dass bei Wegfall eines für den Reisenden ausschlaggebenden Reiseumstands für die Wahl der Reise der Reisende diesen Wegfall nicht hinzunehmen braucht.³⁰⁴ Im Reiserecht ist überdies § 308 Nr. 4 BGB ausgeschlossen,

301 MüKo-BGB/Tonner § 651f Rn. 9, 20.

302 MüKo-BGB/Tonner § 651f Rn. 21.

303 MüKo-BGB/Tonner § 651g Rn. 11, 12.

304 MüKo-BGB/Tonner § 651g Rn. 13.

so dass die Zumutbarkeit nicht ausschlaggebend ist, sondern vielmehr auf weitgehend objektive Kriterien abzustellen ist.³⁰⁵

3. Transfer

Auf die Änderungsbefugnis entsprechend angewandt folgt aus der Regelung, dass eine gravierende Anpassung eines für die Wahl des digitalen Produkts entscheidenden Umstands vom Verbraucher nicht hingenommen werden muss. Ein solch entscheidender Umstand müsste allerdings aus der Bestellbestätigung des digitalen Dienstes hervorgehen. Darunter könnte bspw. fallen, dass das Produkt eine besondere Funktionalität aufweist wie die sichere 2-Faktor-Identifizierung für einen sicherheitssensiblen Dienst, wie eine Online-Banking-Software.

VIII. Vertragsanpassung aufgrund unwesentlichen Irrtums: § 872 ABGB

1. Grund der Auswahl

Eine Vertragsanpassung aufgrund unwesentlichen Irrtums erfolgt aufgrund einer Änderung eines Nebenumstandes, so wie es auch bei der Änderungsbefugnis grundsätzlich bis zur absoluten Grenze möglich ist.

2. Gesetzlicher Regelungsinhalt

Eine Vertragsanpassung kann nach § 872 ABGB erfolgen, wenn der der Änderung zugrunde liegende Irrtum weder die Hauptsache noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand betrifft.³⁰⁶ Die Fehlvorstellung bemisst sich nach dem Parteiwillen im Abschlusszeitpunkt, danach ist ein Irrtum „unwesentlich“, wenn ein anderer Vertragsinhalt gewählt, der Vertrag jedoch trotzdem geschlossen worden wäre.³⁰⁷ Nach § 922 Abs. 2 ABGB ist die Vertragsmäßigkeit einer Sache danach zu beurteilen, was über sie öffentlich in Werbung oder direkt vom Veräußerer geäußert wurde. Abzustellen ist auf den hypothetischen Parteiwillen oder

305 MüKo-BGB/Tonner § 651g Rn. 16.

306 ABGB-ON/Pletzer § 872 ABGB Rn. 4.

307 ABGB-ON/Pletzer § 872 ABGB Rn. 4.

sofern dieser nicht zu erforschen ist, auf die Verkehrsauffassung redlicher Parteien.³⁰⁸ Es kommt darauf an, ob beide Parteien in Ansehung der wahren Lage die anderen Vertragsbedingungen akzeptieren würden.³⁰⁹

3. Transfer

Auf die der Arbeit zugrundeliegende Regelung gewendet, folgt aus dieser Norm, dass eine Anpassung in einem nicht zum Kernbereich der Leistung gehörenden Bereich geringeren Anforderungen unterworfen ist. Sofern die digitale Leistung in einer Nebenleistung verändert wird, ist das tolerabel, sofern der Vertrag ursprünglich mit der neuen Bedingung trotzdem geschlossen worden wäre. Dies wäre bspw. der Fall, wenn nachträglich die Benutzeroberfläche nicht mehr weiß-blau, sondern weiß-schwarz erscheinen würde.

IX. Kostenvoranschlag und Änderung: § 1170a ABGB

Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind bei Kostenvoranschlag und Änderung ähnlich, auch ist weniger eine einzelne Änderung als vielmehr die Gesamtschau entscheidend.

1. Gesetzlicher Regelungsinhalt

Bei der Kostenüberschreitung eines unverbindlichen Kostenvoranschlags sind unbeträchtliche und unvermeidbare Steigerungen hinzunehmen; für die Beurteilung wird mit der Kündigung aus wichtigem Grund verglichen, wonach eine beträchtliche Überschreitung anzunehmen ist, sobald die Überschreitung dazu führt, dass es für den Bestellenden nicht zumutbar ist, an die Absprache gebunden zu sein.³¹⁰ Für die Beurteilung ist das Gesamtbild entscheidend, auch starke Steigerungen einzelner Posten können insgesamt als unbeträglich anzusehen sein.³¹¹ Auch in diesem Fall muss der Unternehmer dem Bestellenden die beträchtliche Überschreitung bei

308 ABGB-ON/Pletzer § 872 ABGB Rn. 5.

309 ABGB-ON/Pletzer § 872 ABGB Rn. 6.

310 ABGB-ON/Kletečka § 1170a Rn. 13.

311 ABGB-ON/Kletečka § 1170a Rn. 14.

Unvermeidlichkeit unverzüglich anzeigen, wodurch er nicht mehr an den Kostenvoranschlag gebunden sein will. Der Bestellende erlangt ein Gestaltungsrecht: entweder Festhalten am Vertrag (mit Verpflichtung zum Tragen der Mehrkosten durch die Vertragsanpassung) oder Rücktritt; alternativ könnte er die Anzeige unterlassen und den bisherigen Kostenvoranschlag gegen sich gelten lassen.³¹²

2. Transfer

Nach dem Telos der Regelung kommt es auf die Gesamtschau der Veränderungen an. Zwar ist der Kostenvoranschlag nur unverbindlich, insofern hat ein Verbraucher eines zweiseitig verpflichtenden IT-Vertrags eine höhere Schutzwürdigkeit. Jedoch sind die Interdependenzen groß und es gibt hier wie dort häufige Multikausalitäten, die eine Änderung bedingen. Die Rechtsfolgen sind denen der Änderungsbefugnis ähnlich: Rücktritt, Weiternutzung des Bisherigen oder aber Tragen der Änderung und Nutzung des Neuen.

X. Vertragsanpassung im Massengeschäft mit Verbrauchern

Im Massengeschäft mit Verbrauchern handelt es sich um eine ähnliche Konstellation wie bei IT-Verträgen, auch hier werden standardisierte Produkte an eine Vielzahl von Kunden ausgebracht.

1. Gesetzlicher Regelungsinhalt

In Bankverträgen, einem Massengeschäft in Form von Dauerschuldverhältnissen, sind Klauseln, die eine einseitige Leistungsänderung des Unternehmers ermöglichen, anhand von § 6 Abs. 2 Z. 3, Abs. 3 KSchG zu messen, der Geringfügigkeit und sachliche Rechtfertigung verlangt; durch diese inhaltlichen Schranken ist ein Interessenausgleich gewahrt.³¹³ Der Gesetzgeber gewährt dem Unternehmer daher die Möglichkeit, veränderte Rahmenbedingungen als Ausgangspunkt für eine Anpassung des Vertrags zu nehmen,

312 ABGB-ON/Kletečka § 1170a Rn. 27.

313 Riss, ÖBA 2014, 419, 420.

was sogar mittels AGB (eingeschränkte Willensfreiheit) und gegenüber Verbrauchern (besondere Schutzwürdigkeit) eingeräumt wird.³¹⁴ Der OGH geht bei der Beurteilung solcher Klauseln davon aus, dass diese im Rahmen einer vertraglichen Zustimmungsfiktion weitgehend auf eine „einseitige Änderungsbefugnis des Unternehmers hinausläuft“.³¹⁵ Dabei geht er davon aus, dass eine Klausel gröblich benachteiligend iSv § 879 ABGB sei, sofern nicht ansatzweise eine Eingrenzung erkennbar sei, die den Verbraucher vor „Eintritt unangemessener Nachteile bei Änderungen des Vertrags“ schützen würde, wobei die Klausel zusätzlich anhand der RL 93/13/EWG sowie deren nationaler Umsetzung in § 879 ABGB sowie § 6 Abs. 3 KSchG zu beurteilen sei.³¹⁶ Anhand von Art. 3 der Richtlinie sind missbräuchliche Klauseln solche, die entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zu Lasten des Verbrauchers verursachen, wobei das bestehende Kräfteverhältnis zwischen den Parteien zu berücksichtigen ist.³¹⁷ Bereits in dieser RL hat die EWG / EU in Beispiel j) und k) des Anhangs Vertragsklauseln als missbräuchlich angesehen, die dem Unternehmer eine einseitige Änderung der Merkmale des zu liefernden Erzeugnisses ohne im Vertrag aufgeführten triftigen Grund ermöglichen.

2. Transfer

Der Verbraucher muss gegen unangemessene Nachteile bei Vertragsänderungen geschützt werden. Dabei ist die Anpassung aufgrund geänderter Rahmenbedingungen möglich. Eine unangemessene Benachteiligung läge vor, wenn ein Quasi-Monopolist plötzlich sämtliche bisher exklusiv vom Programm genutzten Spezial-Dateitypen nicht mehr unterstützt und auch keine Möglichkeit in Aussicht stellt, diese Dateien anderweitig nutzbar zu machen.

314 Riss, ÖBA 2014, 419, 420.

315 OGH 10 Ob 60/17x RIS 3.4.

316 OGH 8 Ob 105/20d, NFC-Klausel ist intransparent RIS Rn. 14, 18.

317 RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen²⁸, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A31993L0013> (10. 9. 2022) Art. 3.

XI. Anwendung auf §§ 327r BGB, 27 VGG

Auf die Regelung der §§ 327r BGB, 27 VGG angewandt, ergibt sich daraus, dass es darauf ankommt, ob die vorvertraglich bekannten besonderen Eigenschaften des digitalen Produkts / der digitalen Dienstleistung für die Entscheidung des Verbrauchers zum Vertragsschluss wesentlich waren; auf die Zumutbarkeit der Änderung; sofern diese Änderung eher einen Nebenbestandteil der Leistung betrifft; ob der Unternehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Gestaltungsmacht ohne Ausnutzung seiner Marktstellung gehandelt hat; ob die Parteiinteressen bei Vertragsschluss und wie sehr diese durch die Änderung beeinträchtigt sind; ob dem Nutzer durch die Änderung eine bloße Unannehmlichkeit entsteht. Für die Beurteilung ist nach der DID-RL nicht auf den einzelnen Nutzer abzustellen, sondern auf den durchschnittlichen, sodass es darauf ankommt, ob die Änderung eine hinreichende Vielzahl an Nutzern stören wird. Bei der Vertragsauslegung ist anhand eines objektiv systematischen und teleologischen Ansatzes vorzugehen,³¹⁸ der auch die o.g. objektiven Kriterien hinzuzieht.

E. Ein allgemein gültiger Maßstab

Einen allgemein gültigen Maßstab für die Erheblichkeitsschwelle herauszuarbeiten, erscheint angesichts der höchst unterschiedlichen angebotenen Software-Produkte, der jeweiligen Kunden und der Hersteller schwierig. Nichtsdestotrotz können aus Verfassersicht mehrere Punkte als besonders berücksichtigungswert herausgestellt werden: Art und Zweck der digitalen Produkte, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität und andere wesentliche Merkmale sind zu berücksichtigen, daneben die übliche Beschaffenheit. Die zugrunde liegenden Verträge werden zwischen zwei Parteien geschlossen, die sowohl wirtschaftlich als auch aus Sicht des Gesetzgebers unterschiedliche Schutzniveaus haben. So ist der Unternehmer dazu gehalten, auf den Verbraucher Rücksicht zu nehmen und dieser hat zusätzlich ihn stärkende Rechte. Angesichts dessen lassen sich aus den obigen Beispielen folgende auf das Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher anzuwendende Regelungsmaßstäbe herauskristallisieren. Zuerst ist das jeweilige Interesse des Durchschnittskunden und der Vertragsparteien bei Vertragsschluss heranzuziehen. Je nachdem, ob es sich

318 Schrank, ZAS 2019, 255, 256.

um eine Standard-Lösung oder ein kompliziertes Produkt für eine spezielle Zielgruppe (bspw. eine Software-Lösung für ambitionierte Hobby-Fotografen) handelt, ist auch der Nutzerkreis und seine Erwartung verschieden. Hier würde es genügen, wenn zumindest eine signifikante Zahl an Nutzern betroffen ist. Dies könnte anhand einer Prozentzahl festgemacht werden, bspw. 15–20 %. Interessenwährend könnte auch eine Verbraucherschutzorganisation oder eine staatliche Behörde heranzuziehen sein, um zu beurteilen, ob die Signifikanz-Schwelle erreicht ist. Sodann ist zu beurteilen, ob der Unternehmer mit der Änderung im Rahmen seines unternehmerischen Gestaltungsspielraums im Hinblick auf das Durchschnitts-Verbraucher-Interesse gehandelt hat. Sofern er sich in diesem Rahmen bewegt, ist eine Änderung wohl rechtmäßig, sofern er seine Marktmacht nicht unbillig ausgenutzt hat (was bei großen IT-Unternehmen leicht der Fall sein kann, die in bestimmten Kategorien quasi Monopolisten sind, wie o.g. Microsoft; Google, oder Apple). Daneben ist auch darauf abzustellen, welchen Charakter der konkrete Einzelfall der Änderung im Gesamtzusammenhang der digitalen Leistung aufweist: Handelt es sich um eine bloß kosmetische Korrektur (bspw. die Änderung des Farbschemas oder wird die Benutzeroberfläche umgestaltet), um eine Veränderung des zugrunde liegenden Programmcodes, die Inkompatibilitäten nach sich ziehen kann oder aber um die Implementierung neuer Funktionalitäten, die der Nutzer zwar nicht begrüßt, aber auch nicht nutzen muss.

F. Handlungsbedarf für die Unternehmer

Anbietende Unternehmen müssen Vertragsdokumente sowie AGB für Kunden an neue gesetzliche Vorgaben anpassen, wobei auch die eigenen Lieferantenbeziehungen betroffen sind.³¹⁹ Durch die neuen Regelungen bestehen für die Kunden gesetzliche Kündigungsrechte sowie zu erfüllende Informationspflichten für die Unternehmen, um nicht diverse Rechte und Ansprüche der Kunden auszulösen.³²⁰ Es erscheint sinnvoll, zumindest eine Zeitwahl zur Vornahme der Aktualisierung vorzusehen, damit der Verbraucher Vorkehrungen treffen kann.³²¹ Die Unternehmen sollten um-

319 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 394.

320 Lunk/Meurer, BB 2022, 387, 394.

321 Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud Gewährleistungsrecht/Wendehorst 111, 125.

schreiben, was eine Aktualisierung zur Gebrauchstauglichkeitserhaltung beinhaltet sowie die Informationswege dokumentieren.³²² Dazu könnte auch anhand von klaren informativen Leistungsspezifikationen im Vorfeld des Vertragsschlusses der Erwartungshorizont des Abnehmers eingeordnet werden; durch Angaben zur Verwendung und Einsatz des Produkts kann die Vertragsmäßigkeit leichter kontrolliert werden.³²³ Die Gestaltung der Werbung kann leicht eine Haftung für die Bereitstellung eines digitalen Produkts auslösen.³²⁴ Problematisch scheint auch, nach mehreren Jahren eine Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte zu beweisen.³²⁵

§ 10 Schluss

Durch die Änderungsbefugnis erhält der Unternehmer die Möglichkeit, sein digitales Produkt an die sich ständig ändernden Verhältnisse und Marktgegebenheiten anzupassen. Dadurch ist gerade bei langfristigen Verträgen über die Bereitstellung von Medien oder Programmen gewährleistet, dass das Produkt nicht mit der Zeit gegenüber neueren Konkurrenzprodukten immer weiter ins Hintertreffen gerät. Sowohl für den Unternehmer als auch den Verbraucher ergeben sich dadurch Mehrwerte: Der Unternehmer kann sein Produkt anpassen, ohne neue Verträge schließen zu müssen, der Verbraucher erhält nicht nur zum Vertragsbeginn ein aktuelles Produkt, sondern dieses wird auch während der Laufzeit an neue Gegebenheiten angepasst und er selbst bekommt die Änderungen handlich serviert. Andererseits ist er dem Unternehmer auch nicht ausgeliefert, da er bei gravierenden Änderungen ein außerordentliches Kündigungsrecht erhält. Es ist begrüßenswert, dass sich der Europäische Normengeber auf dieses Terrain vorgewagt und versucht hat, die im modernen Technikzeitalter mit seiner Software und Digitalisierungs-Fokussierung drängende Frage der Anpassung anzugehen. Problematisch bleibt, dass die Vielzahl der Anwendungsfälle sich kaum in einer einzelnen gesetzlichen Regelung fassen lassen. Es wird den Gerichten obliegen, die zukünftigen Problemstellungen zu beurteilen. Bereits heute erscheint problematisch, dass mit Referenzgruppen, Software, Hardware einfache Begriffe höchst unterschiedliche Gemengelagen beschreiben; so wird an ein Betriebssystem eine andere Lauf-

322 Schneider/Streitz, CR 2022, 141, 348.

323 Schneider/Streitz, CR 2022, 141, 144, 145.

324 Schöttle, MMR 2021, 683, 684.

325 Artz/Gsell Verbrauchervertragsrecht/Lehmann 19, 27.

zeitprognose gestellt werden, als an eine Steuersoftware für ein bestimmtes Steuerjahr, an einen Film eine andere als an eine App zu einem bestimmten Ereignis wie einer Weltmeisterschaft. Die notwendigen Vergleichsmaßstäbe zu etablieren und anzuwenden, wird ein Prozess sein. Für den Verfasser dieser Arbeit handelt es sich bei der Änderungsbefugnis des Unternehmers um ein Gestaltungsrecht. Es erscheint daher sinnvoll, die zu diesem Regelungskomplex bereits bekannten rechtlichen Aspekte und Wertungen auf das neue Änderungsrecht anzuwenden. Dabei haben sich über die Jahre verschiedene Möglichkeiten einer Kontrolle etabliert. Neben der schon angesprochenen gerichtlichen Kontrolle anhand Billigkeitserwägungen und der objektiven Parteiinteressen ist auch die Einschaltung einer eher neutralen Position wie der eines Treuhänders möglich. Hier gäbe es möglicherweise mit dem Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik (BRD), der Staatssekretärin im Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (RÖ) oder dem Sachverständigenrat für Verbraucherfragen Anlaufstellen, die Vorschläge erarbeiten könnten. Ansonsten bliebe auch die Möglichkeit, Schiedsstellen einzurichten (so gibt es bei der Bundesnetzagentur eine solche für Telefondienste). Auch wenn im IT-Bereich neue Geschäftsmodelle um sich greifen, so sind diese doch oft auf bekannte rechtliche Regelungen zurückführbar. Insofern scheint auch die Anwendung entsprechender Auslegungen sinnvoll, um die Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch in der digitalen Welt zu gewährleisten.

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem (1969).
- Badura, § 270 Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts³ (20XX-) 591.
- Bischinger/Weber-Woissetschläger, Das neue Gewährleistungsrecht (Teil I). Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG): Anwendungsbereich und Gewährleistung beim Warenkauf, JAP 2021/2022, 104.
- Bischinger/Weber-Woissetschläger, Das neue Gewährleistungsrecht (Teil II). Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG): Gewährleistung bei Bereitstellung digitaler Leistungen und Verjährung; Änderungen in ABGB und KSchG, JAP 2021/2022, 181.
- Buchmann/Panfili, Das neue Schuldrecht 2022 (Teil I). Verbrauchervertrags- und Verbrauchsgüterkaufrecht bei digitalen Produkten – Zwei Regelungsregime im Vergleich, KuR 2022, 73.
- Buchmann/Panfili, Das neue Schuldrecht 2022 (Teil II). Aktualisierungen bei digitalen Produkten und Waren mit digitalen Elementen, KuR 2022, 159–167.

- Büdenbender, Neugestaltung von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen über Elektrizität und Gas, NJW 2013, 3601.
- Datta, Die Haftung bei Verträgen über digitale Inhalte, in *Maute/Mackenrodt* (Hrsg), Recht als Infrastruktur für Innovation. GRUR Junge Wissenschaft, München 2018¹ (2019) 155–178.
- Ehle/Kreß, Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienste gegenüber Verbrauchern. Subjektiv-Objektiver Mangelbegriff, Aktualisierungspflicht und Änderungsbefugnis, CR 2019, 723–731.
- Ehricke, Die Kontrolle von einseitigen Preisfestsetzungen in Gaslieferungsverträgen, JZ 2005, 599–606.
- EWG des Rates, RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen²⁸, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TX/T/?uri=celex%3A31993L0013> (10. 9. 2022).
- Fida, Updates, Patches & Co. Zivilrechtliche Fragen zur Softwareaktualisierung.
- Fischinger, § 11 Einseitige Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber, in *Kiel* (Hrsg), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht⁵ (2021).
- J. Flume, Digitale Leistungen, ÖJZ 2022, 137.
- Grunewald/Maier-Reimer/Westermann, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VBG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht – Erman/BGB¹⁷ (2023).
- Härtung, Vertragsrecht, in *Härtung* (Hrsg), Internetrecht⁶ (2021).
- Henssler, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 6: Schuldrecht – Besonderer Teil III §§ 631–704⁸ (2020).
- Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, juris-PK BGB⁹ (2022).
- Heydn, Schuldrechtsreform 2.0: Das neue Gewährleistungsrecht für digitale Produkte in der Praxis. Neue und altbekannte Rechtsbehelfe für Verbraucher und Unternehmen, CR 2021, 709–716.
- Hilbert/López, The world's technological capacity to store, communicate, and compute information, Science (New York, N.Y.) 2011, 60–65.
- Hornung, Grundrechtsinnovationen 239 (2015).
- Hunzinger, Änderungsbefugnisse des Unternehmers nach § 327r BGB. Auslegung und Vertragsgestaltung im Lichte der AGB-Rechtsprechung (§ 327r BGB), CR 2022, 349–355.
- Jaensch, Umsetzung der Richtlinien zu digitalen Inhalten und Diensten sowie zum Warenkauf. Teil I: Verbraucherverträge über digitale Produkte, jM 2022, 96.
- Kern, Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen (2019) 33.
- Kletečka/Schauer, ABGB-ON.

- Kodek, Änderung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Art 19 DIRM), in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen (2019) 141.
- Kronthaler/J.W. Flume/Ziegler, § 1, in *Flume/Kronthaler/Laimer* (Hrsg), VGG – Verbrauchergewährleistungsgesetz (2022).
- Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II⁹ (2022).
- Kühner/Piltz, 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.
- Legner, Eckpfeiler der Vertragsordnung im digitalen Wandel – beck-online, NJOZ 2022, 353.
- Lehmann, Binnenkohärenz des europäischen Verbrauchervertragsrechts, in *Artz/Gsell* (Hrsg), Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt. Die europäischen Richtlinien vorschläge zum Fernabsatz von Waren und zur Bereitstellung digitaler Inhalte (2018) 19.
- Löwisch, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen²⁰²⁰ (2020).
- Luhmann, Organisation und Entscheidung² (2006).
- Lunk/Meurer, Digital und analog – Dringender Handlungsbedarf für Unternehmen durch neue BGB-Vorschriften, BB 2022, 387–395.
- Maier, Die wichtigsten Inhalte im Überblick. Änderungen, Neuerungen, Versäumnisse, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen (2019) 51.
- Möllnitz, Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Produkten. Auslegung und Folgen des § 327r BGB-RefE, MMR 2021, 116.
- Müller-Graff, Kodifikationsgewinn durch Inkorporation des Inhalts von Schuldrechtsrichtlinien der EG in das BGB? GPR 2009, 106–121.
- Parzmayr, § 27 VGG, in *Flume/Kronthaler/Laimer* (Hrsg), VGG – Verbrauchergewährleistungsgesetz (2022).
- Paschke, Kapitel 4: Digitaler Handel, in *Heckmann/Paschke* (Hrsg), juris PraxisKommentar Internetrecht⁷ (2021).
- Redecker, § 548a BGB – neue Regelung zur Miete digitaler Produkte. Bedeutung, Geltungsbereich, Anwendungsbeispiele, ITRB 2022, 187–190.
- Redecker, Beschaffensvereinbarungen bei digitalen Produkten, insbesondere Software, ITRB 2022, 68–71.
- Rieländer, Leistungsstörungen im Digitalvertragsrecht (Teil I). Zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im BGB, GPR 2021, 257.
- Riss, Mechanismen der Vertragsanpassung im Massengeschäft mit Verbrauchern. Gedanken zu OGH II. 4. 2013, 1 Ob 210/12g und OGH 29. 8. 2013, 2 Ob 131/12x, ÖBA 2014, 419.

- Schellhase, Gesetzliche Rechte zur einseitigen Vertragsgestaltung 73 (2013).
- Schmidt, Datenschutz und Big Data – Ein Spannungsverhältnis, in *Maute/Mackenrodt* (Hrsg.), Recht als Infrastruktur für Innovation. GRUR Junge Wissenschaft, München 2018¹ (2019) 265.
- Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1, GPR 2016, 2.
- Schneider, Die komplexe Mechanik der neuen Anforderungen im Mängelregime. Warum die Grenzen der Gleichrangigkeit gesetzlicher Leistungsanforderungen für das geschuldete Leistungsprofil so etwas wie „praktische Konkordanz“ fordern, CR 2022, 1–9.
- Schneider/Streitz, Umsetzung der neuen Anforderungen bei der Vertragsgestaltung Gestaltungsmöglichkeiten, Leistungsspezifikationen und Abwägungsmodell, CR 2022, 141–149.
- Scholz, Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht 400 (2010).
- Schöttle, Software als digitales Produkt. Was bringen die gesetzlichen Neuregelungen? MMR 2021, 683.
- Schrank, Fehlerhafte Dienstverträge. Geltungserhaltende Reduktion oder Gesamtnichtigkeit fehler- oder lückenhafter Vertragsklauseln? ZAS 2019, 255.
- Schwartz, Rechtsvergleichende Betrachtung, in *Flume/Kronthaler/Laimer* (Hrsg.), VGG – Verbrauchergewährleistungsgesetz (2022).
- Stabentheiner, Ein Überblick über das Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz, VbR 2022 2021, 188.
- Stabentheiner, Grundzüge des neuen Verbrauchergewährleistungsrechts, ÖJZ 2022, 99.
- Stabentheiner, Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ 2021, 965.
- A. Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte. Einführung in das neue Recht¹ (2022).
- Stiernerling, Die technische Perspektive zum neuen Produktmangelbegriff in § 327e BGB für digitale Produkte (§ 327e BGB), ITRB 2022, 64–67.
- Wendehorst, Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen. Das neue Gewährleistungsrecht auf dem Prüfstand, in *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen (2019) III.
- Wendehorst, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609.

