

Die Pflicht zur Aktualisierung. Zwischen Anspruch auf Leistung und Nacherfüllung

*Julia Buschmann / Julia Ludwigkeit**

Zusammenfassung: Mit der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie ((EU) 2019/770) und der Warenkauf-Richtlinie ((EU) 2019/771) wurde den Regelungen des Gewährleistungsrechts für Verträge über digitale Produkte und für Verbrauchsgüterkaufverträge eine Aktualisierungspflicht hinzugefügt. Sie zielt darauf ab, ein digitales Produkt/ eine Ware mit digitalen Elementen während eines bestimmten Zeitraums in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten, indem Aktualisierungen bereitgestellt werden. Der nachfolgende Beitrag soll zeigen, dass diese Pflicht kein rechtliches Novum ist, sondern als Konkretisierung der Vertragsmäßigkeit zu verstehen ist. Damit fügt sich diese Pflicht aus Sicht der Autorinnen in das bestehende System des Gewährleistungsrechts ein.

Schlüsselwörter: Digitale Produkte, Ware mit digitalen Elementen, Aktualisierungspflicht, Vertragsmäßigkeit, Mangelgewährleistungsrecht

Resumen: La transposición de las Directivas sobre contenidos digitales ((UE) 2019/770) y venta de bienes ((UE) 2019/771) añadió el deber de proporcionar actualizaciones en la regulación sobre la garantía legal o responsabilidad del empresario por falta de conformidad al contrato. Se trata de mantener la conformidad al contrato de un producto digital/un bien con elementos digitales durante un determinado período de tiempo, a base de suministrar dichas actualizaciones. Esta contribución muestra que tal deber no es ninguna novedad jurídica, sino una concreción de la obligación del empresario de suministrar un producto digital/entregar un bien conforme al contrato. Según las autoras, este deber encaja en el

* Julia Buschmann ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld. Julia Ludwigkeit ist Richterin am Landgericht Wuppertal.

systema de la responsabilidad por falta de conformidad o garantía legal de la conformidad.

Palabras claves: Productos digitales, bienes con elementos digitales, deber de actualización, conformidad al contrato, garantía legal por vicios

A. Einführung

Zum 01.01.2022 wurden in Deutschland die Digitale-Inhalte-Richtlinie¹ und die Warenkauf-Richtlinie² in den §§ 327 ff. sowie §§ 475b ff. BGB umgesetzt. Beide Richtlinien statuieren eine Aktualisierungspflicht. Das meint die Pflicht des Unternehmers, eine Sache während eines bestimmten Zeitraums in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten, indem Aktualisierungen bereitgestellt werden und der Verbraucher über die Bereitstellung informiert wird. Ob eine solche Pflicht mit einem gewissen Dauerschuldcharakter mit dem bestehenden Gewährleistungsrecht in Einklang zu bringen ist, wurde vielfach in Frage gestellt. Dass dies der Fall ist und wie sich die Pflicht zur Bereitstellung von Aktualisierungen in das bestehende System einfügt, soll Inhalt dieses Beitrags sein.

B. Europäischer Hintergrund und Umsetzung in das deutsche Recht

Im Mai 2019 wurden mit der Digitale-Inhalte- und der Warenkauf-Richtlinie zwei Richtlinien verabschiedet, die der fortschreitenden Technisierung des Alltags und der in ihm verwendeten Gegenstände Rechnung tragen sollen.³ Während die Digitale-Inhalte-Richtlinie typenunabhängig auf Verbraucherverträge über digitale Produkte, d.h. digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Anwendung findet, bezieht die Warenkauf-Richtlinie Verbrauchsgüterkaufverträge in ihren Anwendungsbereich ein.

1 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Abl. EU L 136 S. 1.

2 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, Abl. EU L 136 S. 28.

3 Vgl. nur Erwägungsgründe 1 und 5 der Warenkauf-Richtlinie.

I. Regelungen in den Richtlinien

Die Richtlinien stellen unter anderem objektive und subjektive Anforderungen auf, die ein digitales Produkt/ eine Ware erfüllen muss, um vertragsgemäß zu sein.⁴ Zu den bisher bereits bekannten Kriterien vereinbarter oder üblicher Beschaffenheiten oder der Eignung für einen bestimmten Zweck, kommt nun die Aktualisierungspflicht hinzu. Dazu stellt Art. 7 lit. d) der Digitale-Inhalte-Richtlinie klar, dass ein digitales Produkt die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit erfüllt, wenn es, wie im Vertrag bestimmt, aktualisiert wird. Die objektiven Anforderungen werden laut Art. 8 Abs. 2 Digitale-Inhalte-Richtlinie erfüllt, wenn der Unternehmer sicherstellt, dass der Verbraucher über solche Aktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind, informiert wird und ihm die Aktualisierungen bereitgestellt werden. Im Wortlaut leicht abweichend, sieht Art. 6 lit. d) der Warenkauf-Richtlinie vor, dass eine Ware den subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit entspricht, wenn sie, wie im Kaufvertrag bestimmt, Aktualisierungen erhält. Den objektiven Anforderungen entspricht die Ware mit digitalen Elementen gemäß Art. 7 Abs. 3 Warenkauf-Richtlinie, wenn der Verkäufer dafür sorgt, dass der Verbraucher Aktualisierungen erhält, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit der Ware erforderlich sind und der Verbraucher hierüber informiert wird.

Inhaltlich bezieht sich die Aktualisierung dabei immer nur auf den Erhalt der Vertragsmäßigkeit („update“), nicht aber auf eine (nachträgliche) Verbesserung des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen („upgrade“).⁵

In zeitlicher Hinsicht sehen beide Richtlinien vor, dass objektiv eine Bereitstellung von Aktualisierungen während eines Zeitraums erforderlich ist, den der Verbraucher nach Art und Zweck des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann.⁶ Alternativ kann ein Zeitraum zwischen den Parteien auch vereinbart werden.⁷

4 Zu den Änderungen im Hinblick auf das System objektiver und subjektiver Anforderungen, s. K. Gelbrich/D. Timmermann, Der Mangelbegriff im Kaufrecht nach Umsetzung der WKRL und DIRM, NJOZ 2021, 1249.

5 S. etwa Erwägungsgrund 30 Warenkauf-Richtlinie.

6 Vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. a) Warenkauf-Richtlinie; Art. 8 Abs. 2 lit. b) Digitale-Inhalte-Richtlinie.

7 Vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. b) Warenkauf-Richtlinie; Art. 8 Abs. 2 lit. a) Digitale-Inhalte-Richtlinie.

II. Umsetzung in deutsches Recht

Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinienvorschriften im Wortlaut nahezu identisch umgesetzt, aber in das System des BGB eingegliedert.

Die Regelungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie wurden in den §§ 327 ff. BGB in einem neuen eigenen Titel 2a in das allgemeine Schuldrecht integriert. Die Aktualisierungspflicht hat dabei in § 327e BGB Eingang gefunden. Die Norm ist mit „Produktmangel“ überschrieben. In den Absätzen 2 und 3 sind nach dem Vorbild der Richtlinie die subjektiven und die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts geregelt. Die objektiven Anforderungen sind sodann in einem eigenen § 327f BGB weiter erläutert. Dieser entspricht weitestgehend dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 Digitale-Inhalte-Richtlinie. Die Aktualisierungspflicht der Warenkauf-Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber in § 475b Abs. 3 Nr. 2 (subjektiv) und Abs. 4 Nr. 2 (objektiv) BGB umgesetzt. Diese Regelung ist mit „Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen“ überschrieben. Sämtliche Regelungen sind in ihrer Anwendung auf Verbraucherverträge beschränkt. Im unternehmerischen Verkehr finden sie keine Anwendung.⁸

C. Dogmatische Einordnung

Dem Wortlaut und der Verortung nach verstehen offenbar sowohl die Richtlinien als auch das Umsetzungsrecht die Aktualisierungspflicht als ein Element der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen. Dennoch wird in Deutschland ganz grundlegend darüber diskutiert, wie die Pflicht des Unternehmers zur Bereitstellung von Aktualisierungen dogmatisch einzuordnen ist.⁹ Dies hat folgenden Hintergrund:

Anknüpfungspunkt des Gewährleistungsrechts ist grundsätzlich, dass ein Mangel des digitalen Produkts oder der Ware zu einem bestimmten Zeitpunkt, in der Regel der Gefahrübergang, vorliegt (s. § 327e BGB¹⁰ und § 434 BGB). Ein solcher Mangel ist dann grundsätzlich vom Unternehmer

8 Kritisch dazu bereits etwa J. D. Harke, Warum nur 1:1? – Zum Regierungsentwurf für die Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, GPR 2021, 129; J. Hoffmann/E. Löffler, Die Aktualisierungspflicht in der Lieferkette, ZfPW 2023, 1 (23).

9 Einen Überblick gibt T. Manhardt, Die Aktualisierungspflicht beim Kauf von Waren mit digitalen Elementen, Augsburg 2023, S.107.

10 § 327e BGB geht im Grundsatz nur von der „maßgeblichen Zeit“ aus. Diese ist nach § 327e Abs.1 Satz 2 BGB grds. der Zeitpunkt der ersten Bereitstellung, wenn sich keine Pflicht des Unternehmers zur dauerhaften Bereitstellung aus dem Vertrag

im Rahmen der Nacherfüllung (§ 327l BGB und § 439 BGB) am digitalen Produkt/ an der Ware mit digitalen Elementen zu beheben, wenn der Verbraucher dies unter Setzung einer Frist verlangt. Dabei hat der Verbraucher während der zweijährigen Gewährleistungsfrist grundsätzlich die Wahl, ob eine Nachbesserung oder eine Nachlieferung erfolgen soll. Gelingt es dem Unternehmer nicht, die Vertragsmäßigkeit durch die Nacherfüllung herzustellen, werden weitere Gewährleistungsrechte ausgelöst. Nach Ablauf von zwei Jahren kann der Unternehmer die Erfüllung der Gewährleistungsrechte in der Regel verweigern (§ 438 BGB).

Die nun implementierte Aktualisierungspflicht ist hingegen so formuliert, dass der Unternehmer dem Verbraucher während eines bestimmten Zeitraums Aktualisierungen zur Verfügung stellen muss, die für den Erhalt der Vertragsgemäßheit des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen notwendig sind.¹¹ Der Verbraucher muss über die Bereitstellung einer Aktualisierung nur informiert werden.¹² Ob er die Aktualisierung auf seinem digitalen Produkt/ seiner Ware mit digitalen Elementen installiert, kann er selbst entscheiden. Unterlässt er es, verliert er allerdings Gewährleistungsansprüche im Hinblick auf das Fehlen der Aktualisierung (s. § 327f Abs. 2 BGB und § 475b Abs. 5 BGB). Wie lange der Zeitraum ist, in dem die Aktualisierungen bereitgestellt werden müssen, steht, außer in den Fällen einer konkreten Vereinbarung, nicht sicher fest. Anhand der im Gesetz genannten Kriterien werden Zeiträume je nach digitalem Produkt/ Ware mit digitalen Elementen durch die Rechtsprechung zu konkretisieren sein.¹³

ergibt (§ 327e Abs. 1 Satz 3 BGB). Weiterhin ist die maßgebliche Zeit in Bezug auf den Erhalt der Vertragsmäßigkeit aber gem. § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 5 iVm § 327f Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB auch der objektiv zu erwartende Zeitraum, während dem Aktualisierungen bereitgestellt werden müssen. Zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der ursprünglichen Bereitstellungspflicht und der Aktualisierungspflicht in Verträgen über eine dauerhafte Bereitstellung, s. S. Jung Rolsing/N. Rolsing, Die Erfüllung der Aktualisierungspflicht bei digitalen Produkten, ZfDR 2023, 399.

- 11 Näher zu den Anforderungen an die Bereitstellung: Jung Rolsing/Rolsing, Erfüllung (Fn. 10), 406 f.
- 12 Im Einzelnen: S. Lorenz in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band IV, 9. Aufl., München 2024, § 475b Rn. 23 f.
- 13 Als zeitliche Untergrenze des Aktualisierungszeitraums sieht Erwägungsgrund 31 der Warenkaufrichtlinie die kaufrechtliche Gewährleistungsfrist von zwei Jahren vor; weitergehend: Jung Rolsing/Rolsing, ZfDR 2023, 399 (407 f.); Lorenz (Fn. 12), § 475b Rn. 21 f.; A. Staudinger/M. Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, München 2022, S. 170 Rn. 422 ff.

Gewährleistungsansprüche für fehlende oder fehlerhafte Aktualisierungen bei Waren mit digitalen Elementen knüpfen über die noch immer geltenden §§ 434, 437 BGB also scheinbar an einen Zeitpunkt an, zu welchem die Pflicht zur Aktualisierung noch gar nicht verletzt sein kann. Denn Aktualisierungen werden ihrem Wesen nach erst nach der Bereitstellung des digitalen Produkts/ Lieferung der Ware mit digitalen Elementen relevant. Anders sieht das zwar bei § 327e BGB aus, der auf einen Mangel „zur maßgeblichen Zeit“, die auch der Bereitstellungszeitraum sein kann, als Voraussetzung für die Gewährleistungsrechte nach § 327i BGB verweist. Dennoch ist auch im Bereich der digitalen Produkte fraglich, wie sich die Nacherfüllung bei einer Verletzung der Aktualisierungspflicht gestaltet.

I. Aktualisierung als eigenständige Pflicht

Aufgrund dieser vordergründig bestehenden enormen Unterschiede der Nacherfüllung und der Pflicht zur Aktualisierung wird teilweise vertreten, die Pflicht zur Aktualisierung sei ein rechtlich eigenständiges Institut neben dem bisher bekannten Gewährleistungsrecht.¹⁴ Der Unternehmer ist nach dieser Ansicht nunmehr zum einen zur Bereitstellung, bzw. Lieferung eines digitalen Produkts/ einer Ware mit digitalen Elementen im vertragsgemäßen Zustand verpflichtet. Zum anderen soll ihn daneben die rechtlich selbständige (Primär-) Pflicht treffen, die Vertragsmäßigkeit durch die Bereitstellung von Aktualisierungen zu erhalten.

Als Begründung für diese Einordnung wird vor allem angeführt, dass die zeitraumbezogene Aktualisierungspflicht sich nicht in das zeitpunktbezogene Gewährleistungsrecht integrieren ließe. Vielmehr ähnele die Aktualisierungspflicht der Erhaltungspflicht des Vermieters in § 535 Abs. 1 BGB.¹⁵

Dass schon der europäische Gesetzgeber eine eigenständige Pflicht im Sinn gehabt habe, zeige sich darin, dass die Aktualisierungspflicht im Wortlaut abweichend von den sonstigen Anforderungen an die Vertragsmäßig-

14 So T. Pfeiffer, Die Umsetzung der Warenkauf-RL in Deutschland – Beobachtungen zu Sachmängeln und Aktualisierungspflicht, GPR 2021, 120 (125 f.); ders., Neues Kaufrecht – Die Umsetzung der Warenkaufrichtlinie in Deutschland, GPR 2022, 223 (228); J. C. Felsch/J. Kremer/J. Wagener, Handhabung der neuen Aktualisierungspflicht bei digitalen Produkten, MMR 2022, 18 (20); Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 6.

15 Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 20.

keit formuliert sei, nämlich ausdrücklich als Pflicht des Unternehmers.¹⁶ Diese sei weitgehend in eigenen Absätzen der Richtlinienartikel geregelt und nicht einfach in die Auflistung der weiteren Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit aufgenommen worden. Damit werde deutlich, dass die Aktualisierung des digitalen Produkts/ des digitalen Elements einer Ware dem Erhalt der Vertragsmäßigkeit im Übrigen diene. Wenn dem so sei, dann könne ihr Fehlen nicht zugleich selbst ein Mangel sein.¹⁷

Auch der deutsche Gesetzgeber habe der Aktualisierungspflicht einen eigenen Stellenwert beimessen wollen, indem er § 327 f BGB als eigene Regelung geschaffen habe.¹⁸ Zumal in der Gesetzesbegründung zu dieser Regelung ausdrücklich von einer selbständigen Verpflichtung des Unternehmers die Rede sei.¹⁹ Auch in anderen Regelungen werde die Aktualisierungspflicht als eigenständige Pflicht in Bezug genommen, so etwa in den Regelungen zum Unternehmerregress in § 327u Abs.1 BGB oder § 445a Abs.1 BGB.²⁰

II. Aktualisierung als Konkretisierung der Vertragsmäßigkeit

Anderer Ansicht nach wird durch die Pflicht zur Aktualisierung lediglich die generell bestehende Pflicht zur Bereitstellung eines digitalen Produkts/ Lieferung einer Ware mit digitalen Elementen in einem vertragsgemäßen Zustand konkretisiert.²¹

Für dieses Verständnis spricht schon die Systematik der oben erläuterten europarechtlichen und nationalen Regelungen. Die Richtlinien betten die Aktualisierungspflicht in das System der subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit ein, indem sie sie in den entsprechenden Artikeln regeln. Dass hierbei zum Teil eigene Absätze und abweichende Formulierungen genutzt werden, ist dabei nicht überzubewerten. Zumal in

16 Art. 7 Abs. 3 Warenkauf-Richtlinie: „sorgt der Verkäufer dafür“; Art. 8 Abs. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie: „der Unternehmer stellt sicher“; *Hoffmann/Löffler*, Lieferkette (Fn. 8), 7.

17 Vgl. *Felsch/Kremer/Wagener*, Handhabung (Fn. 14), 20 f.

18 *Felsch/Kremer/Wagener*, Handhabung (Fn. 14), 21.

19 BT-Drucks. 19/27653, S. 58: „§ 327f BGB-E enthält mit der selbstständigen Verpflichtung des Unternehmers zu Aktualisierungen eine der wesentlichen Neuerungen der Richtlinie“.

20 Dazu *Pfeiffer*, Neues Kaufrecht (Fn. 14), 228; *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 114.

21 Ausführlich: *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 115 ff.

den Regelungen der subjektiven Anforderungen die Aktualisierungspflicht wie die weiteren Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit aufgelistet werden.²² Außerdem nimmt Art. 7 Abs. 5 der Warenkauf-Richtlinie im Rahmen der objektiven Anforderungen ausdrücklich Bezug auf eine „Vertragswidrigkeit im Sinne der Absätze 1 oder 3“, unterscheidet also nicht zwischen der Aktualisierungspflicht (Abs. 3) und der Vertragsmäßigkeit im Übrigen (Abs. 1).²³ Hinzu kommt, dass der europäische Gesetzgeber in den Erwägungsgründen beider Richtlinien ausdrücklich klargestellt hat, dass die unterbliebene Bereitstellung von vertraglich vereinbarten Aktualisierungen als Vertragswidrigkeit betrachtet werden solle.²⁴

Auch im deutschen Umsetzungsrecht spricht nichts dafür, dass die Aktualisierungspflicht neben dem Gewährleistungsrecht stehen soll. Dass mit § 327f BGB eine eigene Regelung entstanden ist, hat ausweislich der Gesetzesbegründung rein rechtstechnische Gründe: Man hielt die Ausgliederung aus § 327e BGB für übersichtlicher.²⁵ Die Information über und Bereitstellung von Aktualisierungen gehört aber laut der Gesetzesbegründung auch zu den objektiven Konformitätskriterien.²⁶ Dass es sich bei der Auslagerung der Pflicht in eine eigene Regelung nur um eine gestalterische Frage handelt, wird zudem dadurch deutlich, dass sich der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie in § 475b Abs. 4 und 5 BGB trotz inhaltlichen Gleichlaufs für eine andere Gestaltung entschieden hat. Dort hat man gerade keine eigene Norm geschaffen.

Auch die bereits angesprochenen Regressregelungen gehen letztlich davon aus, dass bei der Verletzung der Aktualisierungspflicht Aufwendungen im Rahmen der Nacherfüllung entstanden sind.²⁷ Eine gesonderte Behandlung erfolgt nicht.

22 Art. 6 lit. d) Warenkauf-Richtlinie; Art. 7 lit. d) Digitale-Inhalte-Richtlinie.

23 S. auch *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 117.

24 Erwägungsgrund 28 Warenkauf-Richtlinie; Erwägungsgrund 44 Digitale Inhalte-Richtlinie.

25 BT-Drucks. 19/27653, S. 57.

26 BT-Drucks. 19/27653, S. 57.

27 Dazu *M. Leithäuser*, Nachträgliche Mängel beim Softwarekauf, RD 2023, 274 (276 f.); *T. Manhardt*, (K)ein „Recht auf Updates“, JZ 2024, 394 (396); ausführlich auch: *Hoffmann/Löffler*, Lieferkette (Fn. 8), 1 ff.

D. Pflicht vs. Anspruch

Die vorstehend beschriebenen unterschiedlichen dogmatischen Einordnungen der Aktualisierungspflicht haben grundlegende Konsequenzen für ihre rechtliche Behandlung.

I. §§ 327f und 475b Abs. 4 BGB als Anspruchsgrundlagen

Die Stimmen, die die Aktualisierungspflicht als eigenständiges Institut behandeln wollen, stilisieren die §§ 327f und 475b Abs. 4 BGB zu selbständigen Grundlagen für die dementsprechende Pflicht des Unternehmers und damit einhergehend zu einer eigenen Anspruchsgrundlage des Verbrauchers.²⁸

Das bedeutet nach dieser Lesart, dass der Unternehmer die Pflicht hat, das digitale Produkt oder die Ware mit digitalen Elementen zu beobachten und Aktualisierungen bereitzustellen, um eine Funktionsbeeinträchtigung zu vermeiden. Umgekehrt kann der Verbraucher vom Unternehmer die Bereitstellung ganz konkreter Aktualisierungen verlangen. Dabei wird einerseits vertreten, dass der Verbraucher schon dann einen Anspruch auf die Bereitstellung einer Aktualisierung habe, wenn eine Funktionsbeeinträchtigung künftig drohe.²⁹ Andererseits wird argumentiert, der präventiven Beobachtungspflicht des Unternehmers stehe erst dann ein konkreter Anspruch des Verbrauchers gegenüber, wenn das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen bereits eine Funktionsbeeinträchtigung erlitten habe.³⁰

28 Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 6; Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 20 f.; s.A. Pfeiffer, Neues Kaufrecht (Fn. 14), 228, der ergänzend § 242 BGB heranzieht.

29 Vgl. dazu Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 275 f. mit Verweis auf T. J. Heydn, Schuldrechtsreform 2.0: Das neue Gewährleistungsrecht für digitale Produkte in der Praxis, CR 2021, 709 (710) und M. Schmidt-Kessel, Digitale Produktsicherheit im neuen Vertragsrecht, ZfPC 2022, 117 (120).

30 Metzger, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band III, 9. Aufl., München 2022, § 327f Rn. 6; Teilweise wird auch vertreten, es bestehe zwar eine primäre Pflicht des Unternehmers zur Aktualisierung, dieser stünde aber kein korrespondierender Anspruch des Verbrauchers gegenüber. Der Verbraucher könne die Aktualisierung stets nur über den Nacherfüllungsanspruch einfordern, so: Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht (Fn. 13),

Dass § 327f BGB als eigene Anspruchsgrundlage konzipiert sei, solle sich unter anderem aus der Gesetzesbegründung ergeben. Denn dort ist von einem „Anspruch des Verbrauchers etwa auf Aktualisierungen *nach* § 327f BGB-E“ die Rede.³¹ Verkannt wird dabei indes, dass es dort gerade nicht heißt, ein Anspruch *aus* § 327f BGB. In abenteuerlicher Konstruktion wird dann teilweise vertreten, auch im Verbrauchsgüterkauf sei ein Anspruch des Verbrauchers nach § 327f BGB analog anzunehmen, obwohl § 327a Abs. 3 BGB dessen Anwendbarkeit auf das Verbrauchsgüterkaufrecht ausdrücklich ausschließt.³² Dies wird damit begründet, dass § 475b Abs. 4 BGB nicht auslegungsfähig sei, weil er offenkundig als Regelung des Sachmangels konzipiert sei. Es bestehe aber eine zu schließende Regelungslücke, denn der deutsche Gesetzgeber könne bei dem umfassenden Umsetzungsprojekt der Digitale Inhalte- und der Warenkauf- Richtlinie nicht sämtliche Probleme überblickt haben.³³

Aus diesen konstruierten Zusammenhängen wird schnell deutlich, dass dies weder vom europäischen Gesetzgeber noch vom deutschen Gesetzgeber gewollt sein kann und auch nicht lapidar auf eine versehentliche Regelungslücke abgewälzt werden kann. Erlassen sowohl der Richtlinien- als auch der Umsetzungsgesetzgeber ein System aus Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit und Abhilfen für den Fall von Verstößen, besteht keinerlei Anlass dafür, eigene Konstruktionen an die Stelle des gesetzgeberischen Willens zu stellen.

II. Pflicht zur Bereitstellung eines mangelfreien digitalen Produkts/ Lieferung einer mangelfreien Ware mit digitalen Elementen

Belässt man es nämlich dabei, dass die einzige Primärpflicht des Unternehmers ist, ein mangelfreies digitales Produkt bereitzustellen/ eine mangelfreie Ware mit digitalen Elementen zu liefern, zeigt sich, dass die Aktualisierungspflicht in die entsprechenden Regelungen eingebettet werden kann, ohne das gesamte bisher bekannte Gepräge des Gewährleistungsrechts auf den Kopf zu stellen.

S. 72 Rn. 154; *Leithäuser*, Softwarekauf (Fn. 27), 275 ff.; *Hoffmann/Löffler*, Lieferkette (Fn. 8), 4.

31 BT-Drucks. 19/27653, S. 46.

32 So *Felsch/Kremer/Wagener*, Handhabung (Fn. 14), 21.

33 Vgl. *Felsch/Kremer/Wagener*, Handhabung (Fn. 14), 21; a.A. ausführlich: *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 124 ff.

Nach dieser Konstruktion konkretisieren die §§ 327e, f, 475b BGB lediglich die primären Pflichten des Unternehmers aus § 327d BGB und §§ 433 Abs. 1, 434 BGB.³⁴ Die Pflicht zur Bereitstellung von erforderlichen Aktualisierungen ist damit von Anfang an Teil der unternehmerischen Erfüllungspflichten. Neu ist dabei, dass der Betrachtungszeitpunkt für die Beurteilung der vertragsgemäßen Erfüllung dieser Pflichten zeitlich über den Gefahrübergang hinaus ausgedehnt wird.³⁵ Das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen kann also auch nach Gefahrübergang mangelhaft werden. Diese Beurteilung hat zur Folge, dass der Verbraucher grundsätzlich einen Anspruch auf Erhalt eines funktionsfähigen Produkts/ einer funktionsfähigen Ware, nicht aber auf die Programmierung eines bestimmten Updates, hat.³⁶ Büßt das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen ihre Funktionsfähigkeit nach Gefahrübergang ein, weil eine Aktualisierung fehlt, besteht ein Anspruch auf Nacherfüllung, also Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit, durch Bereitstellung der notwendigen Aktualisierung.³⁷

Dass dies auch der Idee des Unionsrechts entspricht, lässt sich daran erkennen, dass beide Richtlinien im Grundsatz ebenfalls weiterhin von einem Zeitpunkt der Bereitstellung/ Lieferung ausgehen, zu dem das digitale Produkt/ die Ware mit digitalen Elementen vertragsgemäß sein muss.³⁸ Auch der europäische Gesetzgeber hält die Aktualisierungspflicht mit diesem grundlegenden Konstrukt also für vereinbar. Einen Sonderweg für die Aktualisierungspflicht sehen die Richtlinien wie schon beschrieben gerade nicht vor.

E. Folgen unterbliebener Aktualisierungen

Auch die Konsequenzen, die sich für den Verbraucher auf Rechtsbehelfsebene stellen divergieren je nachdem, welchem Verständnis der Aktualisierungspflicht man sich anschließt.

34 *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 120 f; *ders.*, Recht auf Updates (Fn. 27), 397.

35 Vgl. *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 132 ff.

36 So wohl i.E. auch *Leithäuser*, Softwarekauf (Fn. 27), 279 f.; *Manhardt*, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 118 ff; *ders.*, Recht auf Updates (Fn. 27), 398 f.

37 So auch *Lorenz* (Fn. 12), § 475b, Rn. 34; *Faust*, in: W. Hau/ R. Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 75. Ed., München 01.02.2025, § 475b, Rn. 31.

38 Vgl. insbesondere Art. 11 Digitale-Inhalte-Richtlinie; Art. 10 Warenkauf-Richtlinie.

Folgte man der Sichtweise eines eigenständigen, vom sonstigen Anspruch auf die Bereitstellung eines mangelfreien digitalen Produkts gem. § 327d BGB bzw. auf die Lieferung einer mangelfreien Ware gem. § 433 Abs.1 S.2 BGB losgelösten Anspruchs auf Aktualisierungen, würde das Unterbleiben der Aktualisierung nach Gefahrübergang zunächst bedeuten, dass eine Nichtleistung vorläge. Bei einem auf einer unterbliebenen Aktualisierung beruhenden Mangel hätte der Verbraucher gegen den Unternehmer somit zunächst den primären Leistungsanspruch auf die Aktualisierung. Stellt der Unternehmer die Aktualisierung sodann bereit, behebt sie jedoch nicht die Mangelhaftigkeit, läge eine Schlechtleistung vor. Mangels für diese Fälle vorgesehenen Gewährleistungsrechts wäre dann auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht zu rekurrieren.³⁹ Denn die §§ 327i ff. BGB greifen nur bei einem Produktmangel und auch die §§ 437 ff. BGB gelten nur für die Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung der Ware. Dies bedeutet, dass dem Verbraucher nur das Recht auf Schadensersatz und Rücktritt zustünde. Teilweise wird deshalb vertreten, es solle eine Analogie zu den entsprechenden Mangelgewährleistungsrechten gebildet werden.⁴⁰ Denn, dass nur das allgemeine Leistungsstörungenrecht anwendbar sei, könne im Ergebnis so vom Unionsgesetzgeber bei Erlass der vollharmonisierenden Richtlinien nicht gewünscht sein.

Praktikablere Ergebnisse erzielt man deshalb, wenn man die Aktualisierungspflicht als Konkretisierung der Pflicht zur Bereitstellung eines mangelfreien digitalen Produkts bzw. zur mangelfreien Lieferung der Kaufsache versteht. Denn dann behält man einen einheitlichen Anknüpfungspunkt für das Eingreifen der Mangelgewährleistungsrechte: den Mangel des Produkts/ der Ware, nicht aber das Ausbleiben der Aktualisierung als solches.⁴¹ Inhaltlich eingeschränkt wird der Mangel nur insofern, als dass er auf einer ausbleibenden Aktualisierung beruhen muss und dieses Ausbleiben nicht lediglich auf eine unterbliebene Installation durch den Verbraucher gem. §§ 327f Abs. 2, 475b Abs. 5 BGB zurückzuführen ist.⁴² In der Folge kann der Verbraucher jegliche Rechte aus § 327i BGB bzw. § 437 BGB bezogen

39 Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 21; Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 7, halten die Richtlinien und das Umsetzungsrecht insoweit für auslegungsbedürftig.

40 Felsch/Kremer/Wagener, Handhabung (Fn. 14), 21.

41 Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S.119 m.w.N.

42 Vgl. Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 25 ff.; Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 279.

auf den Mangel des Produkts/ der Ware geltend machen.⁴³ Das heißt also vor allem zunächst nach § 327I BGB Nacherfüllung⁴⁴ oder nach § 439 BGB nach seiner Wahl Nachbesserung oder Nachlieferung verlangen. Ein eigens einklagbarer Anspruch auf (präventive) Bereitstellung einer Aktualisierung besteht hingegen nicht.⁴⁵

Dass die Anknüpfung an den Mangel des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen und nicht an die Verletzung der Aktualisierungspflicht an sich sinnvoll ist, verdeutlicht auch folgende Überlegung: Führt nämlich eine fehlende/ fehlerhafte Aktualisierung dazu, dass an der Ware weitere Schäden entstehen („Weiterfressermangel“), hat der Verbraucher im Rahmen der Nacherfüllung einen Anspruch auf Beseitigung aller Mängel am digitalen Produkt/ an der Ware mit digitalen Elementen und nicht nur auf Nachbesserung der Aktualisierung bzw. Bereitstellung einer fehlerfreien Aktualisierung.⁴⁶ Auch könnte er, wenn die Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist, bei welcher in Anbetracht der bereits zuvor bestehenden Aktualisierungspflicht anzudenken wäre, die Erkennbarkeit in die Beurteilung der Angemessenheit einzubeziehen,⁴⁷ misslingt, zum Schadensersatz oder Rücktritt schreiten. Sähe man die Aktualisierungspflicht hingegen als eigenständige Pflicht, reagiert das Gewährleistungsrecht wie gewohnt erst mit Scheitern des zweiten Versuchs zur mangelfreien Bereitstellung eines Updates mit Schadensersatz und Rücktritt.⁴⁸ Diese uncharmanten und den Verbraucher ungleich belastende Lösung, die de facto zu einer zeitlichen Verzögerung der Rechte des Verbrauchers führt, kann so nicht intendiert gewesen sein.

43 Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 34; Faust (Fn. 37), § 475b, Rn. 30a; Hoffmann/Löffler, Lieferkette (Fn. 8), 4.

44 Ein Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung besteht hier nicht, s. dazu Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht (Fn. 13), 176, Rn. 441. Im Recht der digitalen Produkte wird die Nacherfüllung wohl ohnehin idR durch Updates geschehen, vgl. Manhardt, Recht auf Updates (Fn. 27), 401 – eine weitere Anspruchsebene ist daher nicht zweckmäßig.

45 So i.E. auch Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 277; Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 35.

46 Vgl. Maultzsch, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg/C. Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band IV, 9. Aufl., München 2024, § 439, Rn. 13 ff.; Lorenz (Fn. 12), § 475b, Rn. 27; Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 139 f.

47 Dazu Leithäuser, Softwarekauf (Fn. 27), 280.

48 Manhardt, Aktualisierungspflicht (Fn. 9), S. 137 f.

F. Fazit

Nur dann, wenn man die Aktualisierungspflicht als Teil der Pflicht zur vertragsgemäßen Leistung gemäß § 327d BGB bzw. § 433 Abs.1 S.2 BGB versteht, ist sie mit dem Wortlaut und dem Zweck des Unionsrechts und seiner Umsetzungsnormen vereinbar und führt zu einer fortgesetzten Kohärenz mit dem Mangelgewährleistungsrecht. Der Verbraucher hat somit einen Anspruch auf die Bereitstellung von Aktualisierungen, der letztlich über den Nacherfüllungsanspruch durchgesetzt wird. Über diesen kann er sodann solche Funktionsbeeinträchtigungen des digitalen Produktes/ der Ware mit digitalen Elementen geltend machen, die auf eine fehlende oder fehlerhafte Aktualisierung zurückzuführen sind. Auf diese Weise wird der eigentliche Zweck der Aktualisierungspflicht – der Erhalt der Funktionsfähigkeit des digitalen Produkts/ der Ware mit digitalen Elementen – verwirklicht.⁴⁹

49 Vgl. insbes. Erwägungsgrund 47 Digitale-Inhalte-Richtlinie.