

# **Exposé zur Dissertation**

Vorläufiger Arbeitstitel

## **„Updates, Patches & Co – Zivilrechtliche Fragen zur Softwareaktualisierung“**

Verfasserin

Mag.iur. Sophia Maria Fida

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Betreuerin

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. (Cantab.)

Wien, 2018

Studienrichtung: Rechtswissenschaften

Studienkennzahl: A 783 101

## I. Problemstellung und Forschungsfragen

Computersoftware ist in den letzten Jahrzehnten zu einem unverzichtbaren Bestandteil unseres täglichen Lebens geworden. Sie ist integraler Bestandteil von Smartphones und Tablets, die kaum mehr wegzudenken sind. Ebenso finden *Smarthome*-Systeme immer mehr Anklang und auch *Wearables*, am Körper getragene Computersysteme wie Smartwatch, Activity Tracker uvm, konnten sich am Markt bereits durchsetzen. Updates ermöglichen es dem Hersteller, die Software in kurzer Zeit über das Internet – meist automatisiert und ohne Benutzer eingriff – zu überarbeiten, kleine Fehler zu beheben und die Software so an die kontinuierliche Weiterentwicklung des Marktes anzupassen. *Wendehorst*<sup>1</sup> hat bereits darauf hingewiesen, dass Software, insbesondere in Bezug auf das Internet der Dinge, ohne entsprechende Aktualisierungen rasch wertlos oder sogar gefährlich werden kann. Insbesondere Sicherheitslücken können gravierende Folgen haben. So etwa hat die Schadsoftware „WannaCry“ im Jahr 2017 ungepatchte Windows-PCs angegriffen, die Benutzerdaten verschlüsselt und so den Betrieb von Krankenhäusern und Behörden zum Stillstand gebracht.<sup>2</sup> Die Folgen waren gravierend, die Lösung für das Problem relativ simpel: Die Sicherheitslücke hätte durch ein Sicherheitsupdate verhindert werden können. Microsoft reagierte in diesem Fall sehr schnell und veröffentlichte ein Patch, um die weitere Verbreitung der Schadsoftware zu verhindern. Doch aufgrund der dargestellten Bedeutung von Aktualisierungen stellt sich für den Nutzer die Frage, ob und unter welchen Umständen diesem, abseits einer etwaigen vertraglichen Vereinbarung, ein Anspruch auf Aktualisierung zusteht. Da, wie oben ausgeführt, Angriffe durch Schadsoftware immer mehr auf fehlende Sicherheitsupdates zurückzuführen sind, ist in diesem Zusammenhang auch eine Haftung des Nutzers bei unterlassener Aktualisierung zu untersuchen. Ebenso stellt sich die Frage, ob dem Nutzer die Pflicht auferlegt werden kann, die Nutzung der Software zu unterlassen, wenn Softwarehersteller sicherheitsrelevante Updates gar nicht oder verspätet zur Verfügung stellen.

---

<sup>1</sup> *Wendehorst*, Besitz und Eigentum im Internet der Dinge, in *Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat* (Hrsg) Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt (2017) 367 (394).

<sup>2</sup> <https://derstandard.at/2000066778145/WannaCry-Mindestmass-an-IT-Security-haette-Chaos-verhindert> (zuletzt abgerufen am 12.2.2018).

Dazu kommt, dass viele Hersteller aufgrund der ständigen Weiterentwicklung des Marktes versuchen, möglichst rasch Aktualisierungen auf den Markt bringen. Doch so schnell die Anpassungen an neue technische Möglichkeiten auch erfolgen, mangels technischer Ausreifung sind die Aktualisierungen oft fehlerbehaftet. Dies wirft die Frage auf, welche Ansprüche dem Nutzer gegen fehlerbewirkende Updates zustehen. Ein ähnliches Problem zeigt sich, wenn durch das Update das Bedienungsfeld, die Nutzeroberfläche oder etwa die Interoperabilität mit der Hardware verändert werden, das Update also die Bedienung verändert und auf diese Weise vom Nutzer unerwünschte Folgen bewirkt. Das Update kann unter Umständen zwar abgelehnt werden, doch in den meisten Fällen wird der Nutzer faktisch zur Installation des Updates gezwungen, da sonst Systeminstabilität droht. Rückgängig machen lassen sich die vorgenommenen Aktualisierungen nur in den seltensten Fällen. Es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten dem Nutzer offenstehen, um sich vor unerwünschten Updates, die die Bedienung verändern, aber keine Fehler i.e.S. bewirken, zu schützen.

Die Thematik hat aber auch europäische Dimensionen: Die Europäische Kommission hat am 9.12.2015 im Rahmen ihrer Strategie für einen digitalen Binnenmarkt<sup>3</sup> zwei Richtlinienvorschläge veröffentlicht, darunter einen Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (kurz Digitale-Inhalte-Richtlinie, in Folge DI-RL KE).<sup>4</sup> Im Juni 2017 legte der Rat der Europäischen Union einen stark überarbeiteten Entwurf der Richtlinie in seiner Allgemeinen Ausrichtung fest (in Folge DI-RL AA).<sup>5</sup> In der Folge beschloss das Europäische Parlament in ihrem Bericht im November 2017 diverse Änderungsvorschläge (in Folge DI-RL EP).<sup>6</sup> Um einen einheitlichen Rechtsstand und damit

---

<sup>3</sup> Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final.

<sup>4</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 9.12.2015, COM (2015) 634 final. Zu diesem Entwurf siehe *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? (2016).

<sup>5</sup> Allgemeine Ausrichtung des Rates der Europäischen Union zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 9901/17 ADD 1.

<sup>6</sup> Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, A8-0375/2017.

ein einheitliches Verbraucherschutzniveau innerhalb der Europäischen Union zu gewährleisten, soll die Richtlinie vollharmonisierend umgesetzt werden.<sup>7</sup> Der Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs stellt allein auf den Vertragsgegenstand „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistung“ ab, wobei der Entwurf des Rates hier eine Unterscheidung in „kontinuierliche Bereitstellung über einen gewissen Zeitraum“ und „einmalige Bereitstellung“ trifft.<sup>8</sup> Der Begriff „digitale Inhalte“ wurde bewusst weit gefasst, um zu vermeiden, dass die Richtlinie wegen der technologischen Entwicklungen des Marktes zu schnell veraltet und so die Zukunftsfähigkeit der Richtlinie zu gewährleisten.<sup>9</sup> Da Kernregelungen des Richtlinienentwurfs das Gewährleistungsrecht, also die Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte und die Rechtsfolgen bei Vertragswidrigkeit,<sup>10</sup> betreffen, ist es von wesentlicher Bedeutung, diese Entwicklungen in das Dissertationsvorhaben einfließen zu lassen. Es soll untersucht werden, ob die geplanten Regelungen geeignet sind, die bestehenden Fragen zu lösen und eine mögliche Umsetzung in das nationale Recht aufgezeigt werden.

---

<sup>7</sup> Siehe COM (2015) 634 final 7; vgl Art 4 und Erwägungsgrund Nr 5 DI-RL KE.

<sup>8</sup> Vgl FN 52 DI-RL AA sowie Erwägungsgrund 34,34a und 34b recitals of the proposal for a Directive of the European Parliament and of Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content 12958/17.

<sup>9</sup> Vgl dazu Erwägungsgrund 11 DI-RL KE, sowie den Bericht des Europäischen Parlaments vom 27.11.2017, A8-0375/2017, Änderungsantrag 17.

<sup>10</sup> Zum aktuellen Entwurf der Richtlinie *Riehm*, Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte, ZUM 2018, 82; zur Bewertung des Richtlinienvorschlags der Kommission aus österreichischer Sicht *Zöchling-Jud*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission über digitale Inhalte und Fernabsatzverträge aus österreichischer Sicht, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? (2016) 10 ff.

## II. Überblick über den Forschungsstand

### A. Grundlagen

#### 1. Vertragsrechtliche Einordnung

Bereits die rechtliche Einordnung des Ersterwerbs von Software ist strittig.<sup>11</sup> *Aicher*<sup>12</sup> betonte bereits, dass eine einheitliche Zuordnung aufgrund der verschiedenen Softwarearten und Gestaltungen gar nicht möglich sei. Dennoch hat sich innerhalb der letzten Jahre hinsichtlich der vertragstypologischen Beurteilung des Softwareüberlassungsvertrags in Literatur und Rechtsprechung eine Art „Basistypologie“ herausgebildet. So qualifizieren herrschende Lehre und Rechtsprechung die Überlassung von Standardsoftware auf Dauer gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts als Kaufvertrag und die Überlassung von Standardsoftware gegen Entgelt auf Zeit als Bestandvertrag.<sup>13</sup> Handelt es sich um sogenannte Individualsoftware, also um Software, die im Auftrag des Nutzers erstellt oder an dessen Bedürfnisse angepasst wurde, so soll ein Werkvertrag vorliegen.<sup>14</sup>

#### 2. Definition der Aktualisierung

Im normalen Sprachgebrauch wird der Begriff der Softwareaktualisierung mit dem des Updates oft synonym verwendet. Aktualisierungen stellen sich einerseits als Verände-

---

<sup>11</sup> Statt vieler *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (Stand 1.3.2017, rdb.at) § 1053Rz 39; zum deutschen Recht vgl zB *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht<sup>6</sup> (2014) Rz 715 ff mwN.

<sup>12</sup> *Aicher* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2017) § 1053 ABGB Rz 48.

<sup>13</sup> *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1053 ABGB Rz 48; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1053 Rz 39; *Staudegger* in *Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), IT-Recht<sup>3</sup> (2012) 135 (141ff); Qualifizierung als Kaufvertrag bei dauerhafter Überlassung gegen einmaliges Entgelt RIS-Justiz RS0108702; OGH 14.10.1997, 5 Ob 504/96 = ecolex 1998/127, OGH 26.06.2002, 7 Ob 94/02b; OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g = jusIT 2011/41, 89; Qualifizierung als Bestandvertrag bei Nutzung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit mit Kündigungsmöglichkeit und Rückgabepflichtung siehe OGH 22.1.2015, 1 Ob 229/14d = MR 2015, 263 = ecolex 2015/218.

<sup>14</sup> *Westermann* in *MüKo-BGB*<sup>7</sup> (2016) Vor § 433 Rz 19; Zur Beurteilung der Lieferung von Individualsoftware als Werkvertrag siehe OGH 23.10.2012, 5 Ob 111/12b = MR 2012, 341 = jusIT 2013/3, 6; OGH 22.01.2015, 1 Ob 229/14d = MR 2015, 263 = ecolex 2015/218.

rung/Verbesserung bestehender Inhalte und andererseits als Lieferung neuer Inhalte dar. In der Praxis lassen sich Update, Upgrade, Patch und Version kaum noch unterscheiden, da durch die Installation sowohl Sicherheitslücken beseitigt, Funktionsstörungen behoben und neue Funktionen hinzugefügt werden. Die Tatsache, dass Softwarehersteller diese Begriffe teils synonym, teils mit unterschiedlicher Bedeutung verwenden, erschwert der Praxis die Abgrenzung.<sup>15</sup>

## **B. Anspruch auf Aktualisierung**

### **1. Softwareüberlassung auf Dauer**

Ein Anspruch auf Aktualisierung kann sich zunächst aus dem Gewährleistungsrecht ergeben. Ist die Software bei Gefahrenübergang mangelhaft oder der Mangel zumindest latent angelegt, so kann dem Nutzer grundsätzlich ein gewährleistungsrechtlicher Anspruch auf Aktualisierung zustehen, sofern der Mangel durch die Aktualisierung behoben werden kann.<sup>16</sup> Ein zentrales Element der Gewährleistungsbestimmungen ist der Begriff des Mangels. § 922 Abs 1 Satz 2 ABGB bestimmt, dass der Übergeber sowohl für die, wenn auch stillschweigend, zugesicherten Eigenschaften als auch für die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haftet.<sup>17</sup> Nach *Eidenberger*<sup>18</sup> ist Software dann mangelhaft, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht dem vernünftigerweise zu erwartenden Stand der Tech-

---

<sup>15</sup> Dazu etwa *Conrad/Schneider* in *Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg), Handbuch IT- und Datenschutzrecht<sup>2</sup> (2016) § 14 Softwarepflege-Verträge Rz 22.

<sup>16</sup> *Raue*, Haftung für unsichere Software, NJW 2017, 1841 (1843); *Spindler*, IT-Sicherheit und Produkthaftung – Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 2004, 3145 (3146); *Riehm*, Updates, Patches & Co – Schutz nachwirkender Qualitätserwartungen, in *Schmidt-Kessel/Kramme* (Hrsg), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt (2017) 201 (210).

<sup>17</sup> *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 923 Rz 11 ff mwN.

<sup>18</sup> *Eidenberger*, Software ohne Gewähr, wann ist die Qualität von Computer-Software mangelhaft? Sachverständige, 2014, 14 f.

nik entspricht. *Welser/Vcelouch*<sup>19</sup> konkretisieren und stellen hier im Zuge des Problems der „Jahr 2000-Tauglichkeit“<sup>20</sup> auf die vorausgesetzte durchschnittliche Lebensdauer eines Produktes ab, und damit auf die typische Nutzungserwartung des durchschnittlichen Käufers. Demnach gilt, dass, wenn Software aufgrund der technischen Entwicklung zu einem späteren Zeitpunkt unbrauchbar wird, kein Mangel vorliegt, sofern die Software bei Übergabe tauglich war und die technische Entwicklung nicht vorhergesehen werden konnte.<sup>21</sup>

Fraglich ist auch, ob auch nach allgemeinem Deliktsrecht ein Anspruch auf Aktualisierung abgeleitet werden kann. Im Hinblick auf das deutsche Recht argumentiert *Riehm*<sup>22</sup> für einen Schadenersatzanspruch nach § 823 BGB bei Verletzung einer Verkehrspflicht durch den Hersteller und verweist hierbei einerseits auf eine Haftung für anfängliche Produktfehler und andererseits auf eine Haftung bei Verletzung der Produktbeobachtungs- und Rückrufpflicht im Zusammenhang mit später entdeckten Fehlern. Ähnlich argumentiert *Spindler*<sup>23</sup>, dass aus der unvermeidbaren Fehlerhaftigkeit von Software eine Pflicht des Herstellers zur sorgfältigen Produktbeobachtung erwachse und leitet daraus bei drohender Gefahr eine Warnpflicht des Herstellers ab. Entsprechend dem durch die deliktische Haftung geschützten Integritätsinteresse<sup>24</sup> kommen *Spindler*<sup>25</sup> und *Riehm*<sup>26</sup> zu dem Schluss, dass bei deliktsrechtlichen Ansprüchen grundsätzlich aber kaum Pflichten des Herstellers begründet werden können, die über Warnungen hinausgehen.<sup>27</sup> *Raue*<sup>28</sup> hingegen spricht sich für eine über Warnun-

---

<sup>19</sup> *Welser/Vcelouch*, Haftung für mangelnde „Jahr 2000-Tauglichkeit“ von Hard -und Software, *ecolex* 1998, 829.

<sup>20</sup> Im Vorfeld des Jahreswechsels 1999/2000 wurde befürchtet, dass viele Computer die Datumsumstellung nicht ohne weiteres bewältigen könnten und es so zu gravierenden Problemen kommen würde.

<sup>21</sup> So auch *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 213.

<sup>22</sup> *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme* 219; ebenso *Raue*, *NJW* 2017, 1843 f.

<sup>23</sup> *Spindler*, *NJW* 2004, 3146 f.

<sup>24</sup> Vgl etwa *Förster* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg), BeckOK BGB, 44. Edition, 01.11.2017, § 823 BGB Rz 660.

<sup>25</sup> *Spindler*, *NJW* 2004, 3150.

<sup>26</sup> *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme* 218 f.

<sup>27</sup> So auch *Wendehorst* in *Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat* 395; aA *Raue*, *NJW* 2017, 1844.

<sup>28</sup> *Raue*, *NJW* 2017, 1844.

gen hinausgehende Updateverpflichtung des Herstellers aus, die zumindest während des Vertriebs der Software zumutbar sei und begründet dies mit einer umfassenden Interessenabwägung, die zugunsten des Verbrauchers ausschlagen würde.

Da der Nutzer von Software im Regelfall an einer Sicherstellung der Einsatzbereitschaft der Software interessiert ist, soll auch eine Verpflichtung des Anbieters zum Abschluss eines Pflegevertrages als eines Kontrahierungszwangs geprüft werden. Hierzu entschied etwa das Landgericht Köln, dass den Softwarehersteller für einen gewissen Zeitraum eine Verpflichtung zum Abschluss eines Pflegevertrags bestehe und begründete dies mit einer entsprechenden vertraglichen Nebenpflicht des Herstellers nach § 242 BGB.<sup>29</sup> *Marly*<sup>30</sup> betont hingegen, dass eine solche Verpflichtung nicht bloß aus der Erwartungshaltung des Nutzers abgeleitet werden kann, sondern diese Erwartung im Überlassungsvertrag Ausdruck gefunden haben müsse.

## 2. Softwareüberlassung auf Zeit

In der Entscheidung 1 Ob 229/14d hat der OGH festgehalten, dass eine Aktualisierungs- und Anpassungspflicht bei Lizenzverträgen als Dauerschuldverhältnis aus den Regeln des Bestandvertrags nicht abzuleiten sei und diese nur mit entsprechender Vereinbarung bestünde.<sup>31</sup> So leitet der OGH aus § 1096 ABGB zwar grundsätzlich eine Erhaltungspflicht des Software-Überlassers als Bestandgeber, aber mangels Vereinbarung keine Pflicht zur Aktualisierung und Anpassung des Softwaresystems ab.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> LG Köln, NJW RR 1999, 1285 (1286); *Raue*, NJW 2017, 1843; aA *Servais*, Der Softwarepflegevertrag (2014) 90; *Marly*, *Softwarerecht*<sup>6</sup> Rz 1075.

<sup>30</sup> *Marly*, *Softwarerecht*<sup>6</sup> Rz 1075.

<sup>31</sup> OGH 22.1.2015, 1 Ob 229/14d = MR 2015, 263 = *ecolex* 2015/218..

<sup>32</sup> So auch *Brenn/Staudegger*, Überlassene Software muss brauchbar sein, *ÖJZ* 2015, 692 (694f).



*Andréewitch/Amlacher*<sup>33</sup> wiesen aber in diesen Zusammenhang darauf hin, dass der OGH in seiner Entscheidung übersehe, dass Erhaltungspflichten iS einer Aktualisierung oder Adaptierung zumindest im Einzelfall auch ohne vertragliche Vereinbarung bestehen können. So etwa sind sich Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich einig, dass eine Modernisierungspflicht des Bestandgebers iS einer Verbesserung der vereinbarten Beschaffenheit des Bestandobjekts besteht, sofern gesetzliche oder vertragliche Mindeststandards unterschritten werden.<sup>34</sup> Neben den sich aus der bestandsrechtlichen Regelung des § 1096 ABGB ergebenden Ausnahmen ist außerdem an eine Verpflichtung des Bestandgebers zur Aktualisierung im Rahmen der Schutz und Sorgfaltspflichten des Bestandgebers zu denken. So etwa hat der Bestandgeber den Bestandnehmer vor Gefahren, vor allem wenn diese mit dem Bestandobjekt in Zusammenhang stehen, soweit zumutbar, zu schützen, zumindest aber zu warnen.<sup>35</sup> So kann den Bestandgeber bei erkennbar drohender Gefahr wohl eine Pflicht zur Durchführung von Wartungs- und Überprüfungsmaßnahmen treffen, um den Bestandnehmer vor einem drohenden Schaden zu bewahren.<sup>36</sup>

### 3. Änderungen durch die geplante Digitale-Inhalte-Richtlinie

Das könnte sich für die Zukunft aber ohnehin ändern. In der Digitale-Inhalte-Richtlinie ist nämlich geplant ist, dass zukünftig digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen den Anforderungen des Vertrages entsprechend aktualisiert werden müssen.<sup>37</sup> Zwar soll eine Aktua-

---

<sup>33</sup> *Andréewitch/Amlacher*, Erhaltungspflichten des Lizenzgebers bei mietrechtlicher Softwareüberlassung – eine Erörterung aus Anlass der Entscheidung OGH 22.1.2015, 1 Ob 229/14d, jusIT 2015, 133ff.

<sup>34</sup> *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014) § 1096 ABGB Rz 36; *Iro* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>5</sup> (2017) § 1096 Rz 3; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 Rz 2, 10; vgl hier etwa bei der Herabsetzung der Grenzwerte für Blei im Trinkwasser, OGH vom 30.8.2005, 7 Ob 155/05b; *Prader*, Blei im Trinkwasser und Mietzinsminderung, immolex 2005, 336f.

<sup>35</sup> RIS-Justiz RS0020884.

<sup>36</sup> *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1096 ABGB Rz 40; *Andréewitch/Amlacher*, jusIT 2015, 135; bejahend zumindest im Hinblick auf Sicherheitsupdates *Schmitt*, Gewährleistung für digitale Inhalte – neuer Vorschlag, alte Probleme, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2017, 279 (311).

<sup>37</sup> Art 6 Abs 1 lit d DI-RL AA.

lisierungspflicht nur bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung bestehen<sup>38</sup>, dennoch müssen – dies ergibt sich aus dem Art 6a DI-RL AA sowie dem Bericht des Europäischen Parlaments – digitale Inhalte oder Dienstleistungen zusätzlich zu den vertraglich vereinbarten Anforderungen bestimmte objektive Anforderungen erfüllen.<sup>39</sup> So müssen digitale Inhalte und Dienstleistungen über „Sicherheitsaktualisierungen verfügen, die für die Nutzung gleichartiger digitaler Inhalte oder einer gleichartigen digitalen Dienstleistung üblich sind und die der Verbraucher unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsschlusses von dem Anbieter oder anderen Personen abgegeben wurden, vernünftigerweise erwarten kann“<sup>40</sup> und digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen „für das sichere Funktionieren der digitalen Inhalte oder der digitalen Dienstleistung erforderlichenfalls aktualisiert werden“<sup>41</sup>. Die Aktualisierungspflicht soll nur im Rahmen der Bestimmung des Art 6a Abs 2, also wenn der Verbraucher über die Abweichung von den Anforderungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Kenntnis gesetzt wurde und er diese Abweichung ausdrücklich und gesondert akzeptiert<sup>42</sup>, ausgeschlossen werden können.

### C. Haftung des Nutzers bei unterlassener Aktualisierung

Eine weitere Frage stellt sich im Hinblick auf die Frage nach der Haftung des Nutzers von Software bei unterlassener Aktualisierung. Ohne ein besonderes Gebot ist grundsätzlich niemand zu einem Handeln verpflichtet.<sup>43</sup> Da es keine allgemeine Pflicht des Nutzers gibt, die Software zu aktualisieren, bedarf Annahme einer Sorgfaltspflicht einer besonderen Begründung. *Raue*<sup>44</sup> verweist hierzu im Hinblick auf die deutsche Lehre auf Verkehrspflichten, deren Verletzung einen Schadenersatzanspruch begründen kann. So ist es in der deutschen Lehre

---

<sup>38</sup> Vgl Erwägungsgrund 24b DI-RL AA.

<sup>39</sup> Siehe Art 6a DI-RL AA, sowie Änderungsantrag 99 = Vorschlag zu einem Art 6a DI-RL EP.

<sup>40</sup> Art 6a Abs 1 lit b DI-RL AA.

<sup>41</sup> Art 6a Abs 1 lit e DI-RL AA.

<sup>42</sup> Art 6a Abs 2 DI-RL AA.

<sup>43</sup> *Reischauer*, in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>3</sup> § 1295 ABGB Rz 3.

<sup>44</sup> *Raue*, NJW 2017, 1842.

und Rechtsprechung als verpflichtend angesehen, dass Internetnutzer Virens Scanner verwenden.<sup>45</sup> Es stellt sich die Frage, ob man den Nutzer einer Software dazu verpflichten kann, die Software regelmäßig zu aktualisieren (um auf diese Weise etwaige Sicherheitslücken zu schließen). Daran knüpft auch die Frage an, ob dem Nutzer auch die Verpflichtung auferlegt werden kann, die Software nicht mehr zu nutzen, sofern es keine entsprechende Aktualisierungsmöglichkeit gibt.

#### **D. Schutz vor unerwünschten Updates**

Der Schutz vor unerwünschten Updates wurde in der österreichischen Literatur bisher kaum diskutiert. *Riehm*<sup>46</sup> etwa unterteilt unerwünschte Updates in jene, die die Bedienung verändern und solche, die neue Fehler bewirken. Diese Einteilung soll im Ansatz übernommen werden.

##### **1. Bedienungsverändernde Updates**

*Riehm*<sup>47</sup> spricht sich gegen einen Anspruch des Nutzers im Zusammenhang mit bedienungsverändernden Updates aus und begründet dies mit dem begründeten Interesse des Softwareherstellers an der Weiterentwicklung der Software und der Tatsache, dass es ohne Einverständnis des Nutzers ohnehin zu keinem Update kommen würde.

Sofern es sich bei den Updates um solche handelt, die ohne Ablehnungsmöglichkeit oder automatisch installiert werden oder um solche, deren Installation zwar abgelehnt werden kann, aber der Nutzer mit dem Hinweis, dass es in diesem Fall zu Sicherheitslücken oder zu

---

<sup>45</sup> *Raue*, NJW 2017, 1841 (1842) mwN.

<sup>46</sup> *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 219.

<sup>47</sup> *Riehm*, in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 221.

Systeminstabilität kommen kann, zu einer Installation gedrängt wird, spricht man von sogenannten Zwangsupdates.

Mitte 2013 entschied das LG Frankfurt, dass die pauschale Einwilligung des Kunden zu einer automatischen Installation von Updates einen Verstoß gegen das Klauselverbot nach § 308 Nr 4 BGB darstelle, da der Änderungsvorbehalt ohne Rücksicht auf die Zumutbarkeit für den Verbraucher vereinbart wurde.<sup>48</sup> Nach Ansicht von *Wendehorst*<sup>49</sup> wird die pauschale Einwilligung in Updates jeder Art eher an der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB scheitern, da der Anbieter nicht sein eigenes Leistungsversprechen ändert, sondern sich ausbedingt, in bereits gelieferte Inhalte eingreifen zu dürfen.

## 2. Fehlerbewirkende Updates

Im Hinblick auf fehlerbewirkende Updates sprach sich *Riehm*<sup>50</sup> dafür aus, dass im Kauf- und Werkvertragsrecht bei Updates, die einen neuen Fehler bewirken, ein gewährleistungsrechtlicher Rechtsbehelf nicht zur Disposition stehe, da der Mangel idF eben erst nach Übergabe entstanden sei. Ein vertragsrechtlicher Anspruch könne aber aus der Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten abgeleitet werden.<sup>51</sup> Problematisch wird dies, wenn zwischen Nutzer und Hersteller kein Vertragsverhältnis besteht, der Softwarekauf also über einen Distributor erfolgt.<sup>52</sup> *Riehm*<sup>53</sup> nimmt in diesem Fall Abruf bzw Auslieferung des Updates als Abschluss eines, wenn auch unentgeltlichen, Vertrages an und folgert, dass im Rahmen der

---

<sup>48</sup> LG Frankfurt, Urteil vom 6.6.2013 – 2-24 O 246/12, CR 2013, 744.

<sup>49</sup> *Wendehorst* in *Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat*, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt 394.

<sup>50</sup> *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 220; so auch OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503.

<sup>51</sup> *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 220; so auch OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503.

<sup>52</sup> Zu den unterschiedlichen Rechtsbeziehungen der Parteien siehe *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 206.

<sup>53</sup> *Riehm* in *Schmidt-Kessel/Kramme*, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt 220.

Rücksichtnahmepflicht eine Verpflichtung des Herstellers bestehe, darauf zu achten, dass das Update keine Fehler bewirkt. Ein vertraglicher Anspruch soll idF daher nur bei Verletzung einer Sorgfaltspflicht bestehen.

### **3. Änderungen durch die geplante Digitale-Inhalte-Richtlinie**

Im Hinblick auf die geplante Digitale-Inhalte-Richtlinie ist festzuhalten, dass Änderungen der digitalen Inhalte oder Dienstleistung, wie etwa Aktualisierungen oder Verbesserungen nur im Rahmen der Voraussetzungen des Art 15 DI-RL AA zulässig sind.<sup>54</sup> Dies etwa wenn nach dem Vertrag eine solche Änderung gestattet und im Vertrag ein triftiger Grund dafür angegeben wurde, die Änderung nicht mit zusätzlichen Kosten für den Verbraucher verbunden ist und dieser im Voraus über die Änderung unterrichtet wurde. Zwar soll dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben werden, den Vertrag zu beenden, wenn sich die Änderungen mehr als nur geringfügig auf die Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistung oder auf den Zugang zu ihnen auswirken<sup>55</sup>, weitere Ansprüche werden dem Verbraucher jedoch nicht zugesprochen. Der in Art 14 DI-RL KE normierte Schadenersatzanspruch wurde im Zuge der Allgemeinen Ausrichtung gestrichen und vorgeschlagen, die Regelung des Schadenersatzes dem einzelstaatlichen Recht zu überlassen.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Art 15 DI-RL AA.

<sup>55</sup> Vgl FN 67 zu Erwägungsgrund 45 DI-RL AA.

<sup>56</sup> FN 66 DI-RL AA.

### III. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit soll versuchen, die oben aufgezeigten Fragen durch eine umfassende Analyse der bisherigen Judikatur und Literatur einer Lösung zuzuführen. Ebenso soll beurteilt werden, ob die Regelungen der **geplanten Digitale-Inhalte-Richtlinie** geeignet sind, die aufgeworfenen Fragen zu lösen und eine mögliche Umsetzung in das nationale Recht aufgezeigt werden.

Zu Beginn der Dissertation wird zunächst auf die vertragstypologische Einordnung des Softwareüberlassungsvertrages eingegangen und erläutert, wie die möglichen Vertragsparteien (Hersteller – Distributor – Nutzer) in unterschiedlichen Konstruktionen zueinander stehen. In einem weiteren Schritt gilt es, Notwendigkeit und Natur von Aktualisierungen – insbesondere im Hinblick auf die unterschiedlichen Ausführungen und Charaktermerkmale – zu analysieren. Anschließend soll sich die Arbeit den zentralen Fragestellungen „Anspruch auf Aktualisierung“ und „Schutz vor unerwünschter Aktualisierung“ widmen. Der **erste Hauptteil**, die **Frage nach dem Anspruch auf Aktualisierung** soll entsprechend der vertragstypologischen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen in „Softwareüberlassung auf Dauer“ und „Softwareüberlassung auf Zeit“ unterteilt werden. Neben Ansprüchen aus der (Sonder)Gewährleistung, sollen Ansprüche im Rahmen der Schutz und Sorgfaltspflichten und der deliktischen Haftung beurteilt werden. Hinsichtlich der Frage nach dem konkludenten Abschluss von Softwarepflegeverträgen soll auch eine etwaige Verpflichtung des Herstellers in einem möglichen Kontrahierungszwang beurteilt werden. Am Rande gilt es das Verhältnis zwischen Pflege und Nacherfüllung abzugrenzen und die Frage nach der Mehrfachvergütung bei Softwarepflegeverträgen zu behandeln.

Im **zweiten Hauptteil** soll die **Haftung des Nutzers bei unterlassener Aktualisierung** untersucht werden. Hierbei werden insbesondere Ansprüche anhand der von der deutschen Lehre vertretenen Verkehrspflichten beurteilt und Möglichkeiten einer Haftung des Nutzers gegenüber Dritten aufgezeigt. Im **dritten Hauptteil der Dissertation** werden **Aspekte unerwünschter Aktualisierung** diskutiert. Hierbei soll eine Unterteilung in „Bedienungsverändernde Updates“ und „Fehlerbewirkende Updates“ erfolgen. Ebenso sollen sogenannte Zwangsupdates umfassend zu beurteilt werden.

## **IV. Vorläufige Gliederung**

### **I. Einleitung**

### **II. Begriffsbestimmungen**

#### A. Software

##### 1 Definition

1.1. Unterscheidung Computerprogramm/Software

1.2. Individual/Standardsoftware

##### 2 Charakteristika von Software

2.1. Unvermeidbare Fehlerhaftigkeit

2.2. Fehlerbegriff

##### 3 Notwendigkeit von Aktualisierungen

#### B. Aktualisierungen

##### 1 Definition

##### 2 Formen

2.1. Softwarepflegevertrag

2.2. Abo

2.3. Einzelerwerb

### **III. Vertragstypologische Einordnung**

#### A. Softwareüberlassung auf Dauer

##### 1 Lehre

##### 2 Rechtsprechung

##### 3 Rechtslage in Deutschland

#### B. Softwareüberlassung auf Zeit

##### 1 Lehre

##### 2 Rechtsprechung

##### 3 Rechtslage in Deutschland

#### C. Aktualisierung

### **IV. Vertragsparteien**

## **V. Anspruch auf Aktualisierung**

### **A. Softwarepflegevertrag**

- 1 Anspruch auf Abschluss
- 2 Verhältnis von Pflege und Nacherfüllung
- 3 Problem der Mehrfachvergütung
- 4 Anspruch auf Quellcodeherausgabe bei Abschluss durch Dritten

### **B. Anspruch auf Aktualisierung ohne Vereinbarung**

#### **1 Softwareüberlassung auf Dauer**

- 1.1. Ansprüche im Rahmen der Gewährleistung
  - 1.1.1 Mangelbegriff bei Software
- 1.2. Vertragliche Nebenpflichten
- 1.3. Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte
- 1.4. Produkthaftung
- 1.5. Deliktische Haftung

#### **2 Softwareüberlassung auf Zeit**

- 2.1. Erhaltungspflichten des Bestandgebers
  - 2.1.1 Rechtslage in Österreich
  - 2.1.2 Rechtslage in Deutschland
- 2.2. Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte
- 2.3. Schutz und Sorgfaltspflichten
- 2.4. Wegfall der Geschäftsgrundlage

### **C. Folgen ausgebliebener Aktualisierung**

- 1 Vertragliche Haftung
- 2 Deliktische Haftung
- 3 Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte

### **D. Eigene Stellungnahme**

## **VI. Schutz vor unerwünschter Aktualisierung**

### **A. Bedienungsverändernde Updates**

- 1 Zwangsupdates
- 2 Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte

### **B. Fehlerbewirkende Updates**



- 1 Softwareüberlassung auf Zeit
- 2 Softwareüberlassung auf Dauer
- 3 Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte

C. Eigene Stellungnahme

## **VII. Zusammenfassung der Ergebnisse**

## **V. Vorläufiger Zeitplan**

WS 2017/18

Recherche für das Dissertationsvorhaben

Beginn mit der Abfassung der Dissertation

SE zur Vorstellung und Diskussion des Dissertationsvorhabens

SS 2018 – SS 2020

Abfassen der Dissertation

WS 2020

Fertigstellung der Dissertation

Abgabe der Dissertation und Defensio

## VI. Vorläufiges Literaturverzeichnis

### Zeitschriftenaufsatz

*Andréewitch*, Zur Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes für Softwarefehler, EDVuR 1990, 50.

*Andréewitch/Amlacher*, Erhaltungspflichten des Lizenzgebers bei mietrechtlicher Softwareüberlassung – eine Erörterung aus Anlass der Entscheidung OGH 22.1.2015, 1 Ob 229/14d, jusIT 2015, 133.

*Brenn/Staudegger*, Überlassene Software muss brauchbar sein, ÖJZ 2015, 692, 694.

*Eidenberger*, Software ohne Gewähr, wann ist die Qualität von Computer-Software mangelhaft?, Sachverständige, 2014, 14.

*Holzinger*, Produkthaftpflicht und Software, EDVuR 1988, 10.

*Prader*, Blei im Trinkwasser und Mietzinsminderung, immolex 2005, 336.

*Raue*, Haftung für unsichere Software, NJW 2017, 1841.

*Riehm*, Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte, ZUM 2018, 82.

*Schmitt*, Gewährleistung für digitale Inhalte – neuer Vorschlag, alte Probleme, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2017, 279.

*Spindler*, IT-Sicherheit und Produkthaftung – Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 2004, 3145.

*Welser/Vcelouch*, Haftung für mangelnde „Jahr 2000-Tauglichkeit“ von Hard -und Software, ecolex 1998, 829.

## **Monographie**

*Servais*, Der Softwarepflegevertrag, 2014.

## **Handbuch**

*Auer-Reinsdorff/Conrad* (Hrsg), Handbuch IT- und Datenschutzrecht<sup>2</sup>, 2016.

*Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), IT-Recht<sup>3</sup>, 2012.

*Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht<sup>6</sup>, 2014.

## **Kommentierung**

*Aicher* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>4</sup> (2017) § 1053 ABGB

*Förster* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg), BeckOK BGB, 44. Edition, 01.11.2017, § 823 BGB

*Iro* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar ABGB<sup>5</sup> § 1096 ABGB.

*Pesek* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2014) § 1096 ABGB.

*Posch/Terlitza* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016) zu § 4 PHG.

*Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1096 (Stand 1.10.2016, rdb.at).

*Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 1053 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

*Wagner*, Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup>, 2017, § 2 ProdHaftG.

*Westermann*, Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup>, 2016, Vor § 433 BGB.

*Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 923 (Stand 1.1.2016, rdb.at).

## **Sammelwerk**

*Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat* (Hrsg) Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017.

*Schmidt-Kessel/Kramme* (Hrsg), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017.

*Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016.

## **Beitrag in Sammelwerk**

*Riehm*, Updates, Patches & Co – Schutz nachwirkender Qualitätserwartungen, in *Schmidt-Kessel/Kramme* (Hrsg), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017, S 201.

*Wendehorst*, Besitz und Eigentum im Internet der Dinge, in *Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat* (Hrsg) Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S 367.

*Wendehorst*, Hybride Produkte und hybrider Vertrieb - Sind die Richtlinienentwürfe vom 9. Dezember 2015 fit für den digitalen Binnenmarkt, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016, S 79.

*Zöchling-Jud*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission über digitale Inhalte und Fernabsatzverträge aus österreichischer Sicht, in *Wendehorst/Zöchling-Jud* (Hrsg), Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2016, S 10.

## **Judikatur**

LG Frankfurt, Urteil vom 6.6.2013 – 2-24 O 246/12

LG Köln, NJW RR 1999, 1285

OGH 14.10.1997, 5 Ob 504/96

OGH 26.06.2002, 7 Ob 94/02b

OGH 30.8.2005, 7 Ob 155/05b

OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g

OGH 22.1.2015, 1 Ob 229/14d

RIS-Justiz RS0020884

RIS-Justiz RS0108702

### **Bericht**

Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Sicherheitsbericht 2017, 10.

<https://derstandard.at/2000066778145/WannaCry-Mindestmass-an-IT-Security-haette-Chaos-verhindert> (zuletzt abgerufen am 16.2.2018).

<https://derstandard.at/2000065299310/iOS-11-02-Apple-bringt-naechstes-Update-zur-Problembhebung> (zuletzt abgerufen am 16.2.2018).

<https://derstandard.at/2000065890799/Fehler-in-iOS-11-Apple-bringt-schon-drittes-Update> (zuletzt abgerufen am 16.2.2018)