

# ZVertriebsR

# Zeitschrift für

# Vertriebsrecht

[www.ZVertriebsR.de](http://www.ZVertriebsR.de)

Handelsvertreterrecht  
Vertragshändlerrecht  
Vertriebskartellrecht  
Franchiserecht  
Online-Vertriebsrecht

Herausgeber:

Eckhard Flohr  
Michael Martinek  
Karsten Metzloff  
Franz-Jörg Semler  
Ulf Wauschkuhn

Aus dem Inhalt

*Dr. Benedikt Rohrßen*

Digitale Distribution in der EU – Digital Single Market:  
Neue Regeln im E-Commerce ab 2022

71

*OLG Karlsruhe*

Kündigung eines Agenturvertrags auf dem Gebiet der  
Sportvermarktung nach § 627 Abs. 1 BGB und § 626 BGB

80

*EuGH*

Auf den Behältnissen und Verpackungen kosmetischer Mittel  
anzubringende Angaben

94

*AG Bremen*

Kein Anspruch auf Rückzahlung des Ticketpreises gegen den  
Ticketzwischenhändler bei Absage der Veranstaltung aufgrund  
der COVID-19-Pandemie

98

*OLG Nürnberg*

Intransparente Bewerbung einer Produktgarantie bei einem  
eBay-Sofortkaufangebot

102

*BGH*

Gesamtschuldnerinnenausgleich nach Begleichung der  
Provisionsforderung eines als Handelsvertreter handelnden  
Untervertreeters

112

*BGH*

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wegen  
Exklusivitätsbindungen

117

*BGH*

Rechtzeitigkeit einer Schiedseinrede

119

*EuGH*

Kein Widerrufsrecht bei personalisierten Waren

126



C.H. BECK

## 2/2021

S. 69–136, 12. März 2021  
10. Jahrgang



P050202102

---

---

## Aufsätze

---

---

Dr. Benedikt Rohrßen\*

### Digitale Distribution in der EU – Digital Single Market: Neue Regeln im E-Commerce ab 2022<sup>1</sup>

Die Digitalisierung hat den Vertrieb bereits sehr verändert: Vertrieb erfolgt losgelöst von Ort und Zeit<sup>2</sup>, obschon sich Gewohnheiten langsam ändern: Einkaufstag Nummer eins ist auch 2021 der Samstag – off- wie online<sup>3</sup>. Gleichwohl: Die Digitalisierung treibt die Hersteller weiter zur Vertikalisation, zum Direkt- und damit zum Dualvertrieb<sup>4</sup>. Der Hersteller wird zum Händler – und tritt in Konkurrenz

zu seinen Vertriebsmittlern, die vielfach schon lange online sind<sup>5</sup>.

Digitale Distribution meint – weit verstanden wie hier<sup>6</sup> – noch mehr: Nicht nur der Vertrieb selbst ist digital<sup>7</sup>. Die Produkte sind es vielfach auch. So erfolgt der Leistungs-

---

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei Taylor Wessing, Commercial Agreements & Distribution, München und President der T. R. A. D. E. Commission der AIJA.

1 Dieser Beitrag schließt an die Beiträge der letzten Jahre zum Internetvertrieb an, zuletzt Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341–347.

2 Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2018, 274, 280 bei Fn. 68.

3 Vgl. SZ 22.2.2021, Wirtschaft, Artikel Nr. 13.

4 Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 347. Näher BKartA, Hintergrundpapier – Arbeitskreis Kartellrecht, 10.10.2019, S. 10; Hampe, ZVertriebsR 2013, 21.

5 Wobei der Dualvertrieb von Herstellern und Händlern die Gefahr unzulässiger Preisabstimmung birgt, vgl. zu den Schwächen von Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO Metzloff, ZVertriebsR 2020, 69.

6 D.h. über die systemisch-vertriebsvertragliche Absatzkooperation hinaus, umfassend verstanden als Vertrags- und Wirtschaftsrecht des Waren-/Dienstleistungsabsatzes, vgl. Martinek, ZVertriebsR 2018 139. Zum Verhältnis von HGB, Kartellrecht und Vertriebsrecht vgl. K. Schmidt, JuS 2008, 665 ff. sowie zu Anspruch und Aufgaben des Vertriebsrechts Martinek, ZVertriebsR 2012, 1 ff.

7 Nicht nur digital, aber eben auch. Zum Omnichannel-Vertrieb Rohrßen, ZVertriebsR 2017, 274, 280; ders., ZVertriebsR 2016, 278, 281.

austausch bei digitalen Inhalten und Dienstleistungen ausschließlich online. Digitale Distribution umfasst danach jeglichen Vertrieb über digitale Kanäle, d. h. sowohl körperlicher als auch digitaler Produkte. Hinzu kommen hybride Produkte: körperliche Produkte mit digitaler Komponente, „Smart Products“.

Dieser technologischen Entwicklung zu einem „immer komplexeren Online-Ökosystem“<sup>8</sup> hinken die Gesetze derweil hinterher. Die E-Commerce-RL trägt immerhin den E-Commerce im Namen. Sie stammt indes aus dem Jahr 2000 – in Tech-Zeitrechnung: 8 Jahre vor dem ersten iPhone, quasi: der Steinzeit. Die Vertikal-GVO hat 2010 ein Update erfahren. Doch sie erwähnt mit keinem Wort das Internet<sup>9</sup>. Ob sie auf Plattformverträge Anwendung findet, ist umstritten<sup>10</sup>.

Indes hat die Europäische Kommission die Digitalisierung als *den* technologischen Treiber ausgemacht, um den „borderless single market“ zu vertiefen<sup>11</sup>. Dazu dürfte ab 2022 der Internetvertrieb auch ausdrücklich Eingang in der neuen Vertikal-GVO finden<sup>12</sup>. Zugleich wird der Gesetzgeber die digitalen Geschäftsmodelle stärker regulieren. Die Europäische Kommission schlägt einen neuen Rechtsrahmen vor: das **Digitale Dienste-Paket** („Digital Services Package“), bestehend aus dem **Digital Services Act-Entwurf** („DSA-E“<sup>13</sup>) (**I.**) sowie dem **Digital Markets Act-Entwurf** („DMA-E“<sup>14</sup>) (**II.1.**). Mit beiden verfolgt die Kommission die Schaffung (i) eines die Grundrechte der Nutzer schützenden, sichereren digitalen Raumes und (ii) gleicher Wettbewerbsbedingungen zur Förderung von Innovation, Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit, im europäischen Binnenmarkt und weltweit<sup>14</sup>.

Ein wesentlicher Umsetzungsincentive sind die schon bei der DSGVO „erfolgreich“ in Aussicht gestellten empfindlichen Geldbußen, beim DSA-E bis zu 6%<sup>15</sup>, beim DMA-E bis zu 10% des im Geschäftsjahr zuvor erzielten Gesamtumsatzes. Wobei wie z. B. im Kartell- und im Produktsicherheitsrecht eine Mitwirkung des betroffenen Unternehmens bei der Aufklärung positiv berücksichtigt werden wird<sup>16</sup>. Als zusätzliche Sanktion darf und wird die Kommission Beschlüsse über Geldbußen, Zwangsgelder etc. veröffentlichen<sup>17</sup>. Für die Reputation des betroffenen Dienstes dürfte das nur dann nicht nachteilig sein, wenn man proaktiv kooperiert und entsprechend kommuniziert.

Ausdrücklich unberührt bleibt eine Vielzahl hergebrachter Regelungen, darunter das EU-Verbraucherschutzrecht, das EU-Datenschutzrecht mit der DSGVO und das EU-Urheberrecht<sup>18</sup>. Das Recht des digitalen Vertriebs setzt sich mithin vor allem aus folgenden Bausteinen zusammen:

8 Digital Services Act-Entwurf COM/2020/825 final („DSA-E“), Erwägungsgrund Nr. 27

9 Nur in den begleitenden, sog. Vertikal-Leitlinien, vgl. Rn. 53 ff.

10 Vgl. Podszun/Bongartz, BB 2020, 2282, 2890 bei Fn. 104 m. w. N.

11 Vgl. nur DSA-E, vor Fn. 8.

12 Jedenfalls dürften die Vertikal-Leitlinien mehr klarstellende Hinweise bzgl. Beschränkungen der Werbung sowie des Verkaufs via Drittplattformen enthalten. Vgl. für ein „Update“ der Vertikal-GVO Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 346 f.; Leupold, NZKart 2019, 520; Wolf-Posch, NZKart 2019, 209; offen Metzlauff, ZVertriebsR 2020, 69; dagegen Emde, ZVertriebsR 2019, 139.

13 Wenn nachstehend im Indikativ „gilt“ etc. geschrieben ist, erfolgt dies aus Vereinfachungsgründen und bezieht sich stets auf den Stand des DSA-E vom 15.12.2020.

14 Vgl. nur DSA-E, bei Fn. 9 sowie DMA-E, S. 13 f.

15 Art. 59 Abs. 1 des DSA-E; eine 1%-Grenze soll es für bestimmte, aufgezählte Fälle geben, vgl. Abs. 2.

16 Art. 59 Abs. 4 des DSA-E. Zur Durchsetzung sehen Art. 60 DSA-E bzw. Art. 27 DMA-E Zwangsgeld vor.

17 Art. 64 DSA-E.

Allgemeiner Rechtsrahmen für digitale Dienste	• DSA, E-Commerce-RL
Spezielle Bereiche (Beispiele)	• DMA (Gatekeeper) • P2B-VO (Plattformbetreiber, Suchmaschinen) • Art. 101 AEUV und Vertikal-GVO (Vertikaler Vertrieb) • DSGVO (Erhebung / Verarbeitung personenbezogener Daten)
Vertriebsvertragliche Vorgaben	• BGB und HGB (bzw. sonstiges nationales Vertriebsrecht)

Parallel läuft die Regulierung des deutschen Gesetzgebers: Einerseits vorweggehend, mit der seit 19.1.2021 geltenden **GWB-Novelle**<sup>19</sup> (**dazu II.2.**), andererseits nachziehend, mit der Umsetzung der **Digitale-Inhalte-Richtlinie sowie der Warenkauf-Richtlinie (III.)**. Und damit zieht demnächst neu der legaldefinierte Begriff des „Vertriebspartners“ in das deutsche Recht ein. Allerdings nicht in Bezug auf das Vertriebsrecht im engeren Sinne als systemischer Absatzkooperation, sondern kaufvertraglich in Bezug auf den Unternehmerregress in der digitalen Vertriebskette.

Bei derart gehäuften Gesetzesvorhaben stellt sich die Frage nach dem Umsetzungsaufwand – und ergänzend: Wie läuft die **weitere Entwicklung der digitalen Distribution (IV.)?**

## I. Digital Services Act

Der Beitrag betrachtet schwerpunktmäßig den DSA. Denn er schafft grundlegende Regelungen für alle Diensteanbieter, während der DMA sich auf die sog. Gatekeeper (große Betreiber digitaler Dienste) konzentriert. Zwar befindet sich der DSA-E noch nicht im finalen Gesetzgebungsstadium. Änderungen sind möglich – und aufgrund der Stellungnahmen im Rahmen des Inception Impact Assessment auch zu erwarten<sup>20</sup>. Indes stellt der Entwurf ein gutes Gerüst dar, um in Kürze einen Überblick über künftige regulatorischen Pflichten zu geben – das ist ein Ziel dieses Beitrags.

### 1. Das Verhältnis zur EC-RL, zur DSGVO und zur P2B-VO

Der DSA-E baut auf der E-Commerce-Richtlinie („EC-RL“) auf. Der DSA wird neue Haftung- und Sorgfaltspflichten (inklusive Notice-and-action-Verfahren) für Vermittlungsdienste und Online-Plattformen wie Social Media und Marktplätze schaffen.

Die Haftungsregeln der EC-RL behält der DSA-E bei<sup>21</sup>. Er setzt sie allerdings in Form einer Verordnung um, da sie durch ihre unmittelbare Wirkung in allen Mitgliedstaaten

18 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 10 und Nr. 45 des DSA-E; Art. 1 Abs 5 DSA-E: Danach bleiben unberührt: Verordnung (EU) 2019/1148, Verordnung (EU) 2019/1150, Richtlinie 2002/58/EG, die künftige Regelung über vorübergehende Ausnahmen von der Richtlinie 2002/58/EG, das EU-Verbraucherrecht, insbesondere Richtlinie 2005/29/EG und Richtlinie 2013/11/EU mit ihrem alternativen Streitbeilegungsverfahren, Richtlinie 2011/83/EU, Richtlinie 93/13/EWG, Richtlinie (EU) 2019/2161, das Unionsrecht über den Schutz personenbezogener Daten, insbesondere die DSGVO und die Richtlinie 2002/58/EG sowie die EU-Regeln über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

19 Siehe zum treffend bezeichneten „Update für die Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft“ Nagel/Hillmer, DB 2021, 327 ff. Konsolidierte Fassung des GWB bei Bechtold, NZKart 2021, 1, Sonderheft.

20 So ebenfalls Schmid/Grewe, MMR-Aktuell 2021, 435431.

21 DSA-E, dritter Absatz nach Fn. 7.

für möglichst gleiche Rechtsumsetzung sorgt, und damit das Harmonisierungsniveau erhöht. So werden die Art. 12–15 EC-RL dort gelöscht und stattdessen in den DSA übernommen. Der DSA-E wird die künftige Grundregelung digitaler Dienste darstellen, ergänzt durch Spezialgesetze für einzelne Bereiche, etwa die Verbraucherrechte-RL, die DSGVO oder die P2B-VO.

## 2. Die betroffenen Akteure: Vermittlungsdienste & Co.

Die Akteure, die unter den neuen Rechtsrahmen fallen, sind:

### a) Vermittlungsdienste

Sie sind speziell unterteilt in:

- reine Durchleitungsdienste („*mere conduit*“), z. B. Telekommunikationsanbieter und Access Provider,
- Caching<sup>22</sup>-Dienste, z. B. Proxy-Cache-Server, sowie
- Hosting-Dienste<sup>23</sup>, d. h. Dienste, die Informationen von Nutzern in deren Auftrag speichern<sup>24</sup>, z. B. Cloud-bzw. Webhosting-Anbieter, soziale Netzwerke, oder Internet-Marktplätze.

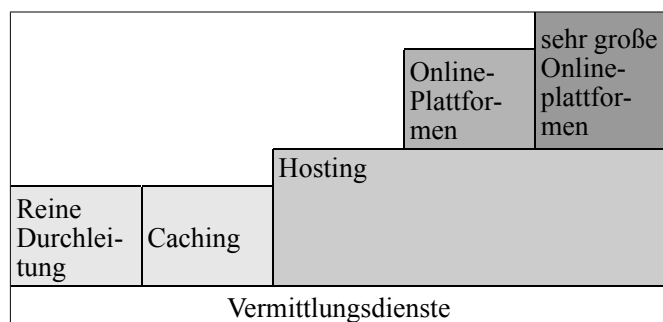
### b) Online-Plattformen

D.h.: Hosting-Diensteanbieter, die als Hauptfunktion für Nutzer Informationen speichern und öffentlich verbreiten<sup>25</sup>.

### c) Sehr große Onlineplattformen

D.h. Online-Plattformen mit mehr 45 Mio. monatlich aktiven Nutzern in der EU bzw. 10 % der EU-Bevölkerung<sup>26</sup>. Der Europäische Kommission wird die Liste der sehr großen Onlineplattformen im EU-Amtsblatt veröffentlichten und auf Stand halten<sup>27</sup>.

In eben dieser Reihenfolge sieht der DSA-E stufenweise ansteigende Pflichten vor:



## 3. Globale Anwendung – bei Angebot digitaler Dienste in der EU

Der DSA-E erhebt einen globalen Anwendungsanspruch. Der DSA soll – wie etwa schon die P2B-VO – für alle in der EU angebotenen digitalen Dienste gelten – unabhängig vom Sitz des Diensteanbieters<sup>28</sup>. Damit setzt die EU wieder einmal – nach der DSGVO<sup>29</sup> – einen Standard, der

weltweit, wenn nicht gleich Schule, so doch Beachtung finden wird. Alternativ bleibt den Diensteanbietern, ihre Dienste in der EU zu blockieren<sup>30</sup>.

## 4. Haftungsprivilegierung der Vermittlungsdienste für Inhalte

Für übermittelte Informationen gewährt der DSA-E den Diensteanbietern – weitgehend übernommen aus der E-Commerce-RL – eine Haftungsprivilegierung für fremde Inhalte<sup>31</sup>. Dies gilt auch dann, wenn die Vermittlungsdienste-Anbieter eigeninitiativ Inhalte untersuchen und illegale Inhalte entfernen oder den Zugang sperren<sup>32</sup>. Sie sind indes nicht allgemein zur Überwachung oder aktiven Nachforschung verpflichtet<sup>33</sup>, sondern allenfalls dann, wenn nationale Justiz- oder Verwaltungsbehörden das Vorgehen gegen bestimmte illegale Inhalte anordnen. Dann sind sie allerdings verpflichtet, nähere Informationen bereitzustellen<sup>34</sup>. Im Einzelnen:

### a) Reine Durchleistungsdienste

Für Vermittlungsdienste, die reine Durchleistungsdienste betreiben, gilt dasselbe wie unter der EC-RL: Art. 3 DSA-E ist identisch mit Art. 12 EC-RL (und damit im Ergebnis<sup>35</sup> mit § 8 TMG). D. h.: Neutrale Dienste, die die Übermittlung weder veranlassen, noch die Information auswählen oder verändert, sind für die übermittelten Informationen nicht verantwortlich. Anders gesagt: Wer fremde Informationen „rein durchleitet“, soll für deren Inhalt nicht haften<sup>36</sup>.

### b) Caching-Dienste (z. B. Proxy Cache Server)

Für sie ändert sich ebenfalls nichts: Art. 4 DSA-E ist identisch mit Art. 13 E-Commerce-RL (und damit mit § 9 TMG). D. h.: Solange es, wie bei der reinen Durchleitung, um fremde Informationen geht, sollen Caching-Dienste genauso wie Durchleitungsdienste haftungsprivilegiert sein. In der Praxis spielt die Musik hier beim Urheberrecht, da Caching eine Vervielfältigung darstellt<sup>37</sup>.

### c) Hosting-Dienste

Für sie bleibt es – weitgehend – bei den bisherigen Regelungen: Art. 5 DSA-E ist identisch mit Art. 14 Abs. 1 und 2 E-Commerce-RL, Art. 5 Abs. 4 ist weitgehend identisch mit Art. 14 Abs. 3 E-Commerce-RL. Allerdings sieht Art. 5 Abs. 3 DSA-E nun eine neue Ausnahme vom Haftungsprivileg vor – und zwar für B2C-Online-Plattformen:

28 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 76 des DSA-E; Art. 1 Abs. 3 DSA-E (in der Begründung, Ziff. 1.).

29 Vgl. nur die diversen Nachahmer-Regelungen, z. B. das strenge kalifornische Datenschutzrecht als „*kalifornische Antwort auf die DS-GVO*“, so Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 45 DS-GVO Rn. 24 e, dort mit Verweis auf Hense/Fischer, DSB 2019, 26.

30 Wie Facebook im Februar 2021 als Zeichen gegen den Draft „News media bargaining code“ alle Medieninhalte in Australien sperrte, vgl. MMR 2021, 436357.

31 Art. 3-5 DSA-E.

32 Art. 6 DSA-E mit seinem „Good Samaritan-Privileg“ nach Vorbild des Digital Millennium Copyrights Act in den USA, vgl. zu dieser Haftungsprivilegierung für Provider als Anreiz zur Entwicklung von Marktüberwachungsinstrumenten Spindler, MMR 2018, 48, 52.

33 Art. 7 DSA-E.

34 Art. 8-9 DSA-E.

35 Der Wortlaut unterscheidet sich im Detail, die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung sind indes im Ergebnis identisch.

36 Vgl. Maly, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 40. Aufl. 2009, Art. 12 E-Commerce-RL Rn. 2.

37 Vgl. Maly, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 40. Aufl. 2009, Art. 13 E-Commerce-RL Rn. 3.

22 In § 8 TMG zu Deutsch „Zwischenspeicherung“.

23 Vgl. Art. 2 lit. f) DSA-E.

24 Vgl. Art. 2 lit. f) DSA-E.

25 Vgl. Art. 2 lit. h) DSA-E.

26 Vgl. Art. 25 Abs. 1 DSA-E sowie S. 4 Abs. 2 des DSA-E.

27 Art. 25 Abs. 4 DSA-E.



Danach haften solche Plattformen für Informationen, Produkte oder Dienstleistungen, wenn ein durchschnittlicher, gut informierter Verbraucher annehmen kann, dass diese Informationen, Produkte oder Dienstleistungen von der Online-Plattform stammen oder von einem „unter ihrer Aufsicht“ stehenden Nutzer bereitgestellt werden – vergleichbar mit den im deutschen Recht bekannten Grundsätzen des „Zu-Eigenmachen fremder Inhalte“, die bislang jedenfalls dem EU-Recht fremd blieben, weil Art. 14 EC-RL nicht zwischen fremden und eigenen Inhalten differenziert, anders als das deutsche Pendant des § 10 TMG<sup>38</sup>.

### 5. Sorgfalts- und Informationspflichten

Alle Diensteanbieter haben eine zentrale Kontaktstelle („single point of contact“) für direkte elektronische Kommunikation mit den Behörden zu schaffen (Art. 10 DSA-E). Zusätzlich müssen sie alle einen Rechtsvertreter für die Kommunikation mit den Behörden beauftragen. Diensteanbieter ohne Niederlassung in der EU müssen einen solchen Rechtsvertreter benennen. D. h.: wie beim Produktrecht der Bevollmächtigte/Importeur gegenüber den Marktüberwachungsbehörden<sup>39</sup> soll auch bei digitalen Diensten ein Ansprechpartner in der EU greifbar sein und für Verstöße haften<sup>40</sup>.

Wie schon in der P2B-Verordnung<sup>41</sup>, greift auch der DSA-E in die AGB-Gestaltung ein, indem er inhaltliche Vorgaben macht. So müssen Diensteanbieter in ihren AGB künftig angeben, ob und wie sie Nutzer bei der Nutzung ihrer Dienste bzgl. der von den Nutzern bereitgestellten Informationen beschränken. D. h.: Diensteanbieter müssen insbesondere über alle Mittel, die sie in der Moderation der Inhalte einsetzen, inklusive Algorithmen und menschlicher Überprüfung, per AGB informieren<sup>42</sup>.

Zudem müssen die Vermittlungsdienste über solche Moderation von Inhalten von sich aus mindestens einmal jährlich berichten, ausgenommen Kleinst- und Kleinunternehmen<sup>43</sup>, und zwar über:

- behördliche Anordnungen (Anzahl, Art, Dauer bis zur Ergreifung),
- Meldungen gemäß dem Melde- und Abhilfeverfahren,
- eigeninitiativ durchgeführte Moderation von Inhalten (Anzahl, Art der Maßnahmen, Grundlage),
- Beschwerden (Anzahl, Grundlage, Entscheidungen, Entscheidungsdauer, Anzahl rückgängig gemachter Fälle).

### 6. Besondere Pflichten für Hosting-Diensteanbieter

Zusätzlich sind Hosting-Diensteanbieter verpflichtet, ein Melde- und Abhilfeverfahren („notice and action mechanisms“) einzurichten, das nutzerfreundlich und rein über elektronische Medien funktioniert und bei Entfernen oder Sperren von Einzelinformationen eine – spätestens bei Entfernen / Sperren abzugebende – Begründung nach näheren Vorgaben erfordert<sup>44</sup>. Das ist neu bzw. eine klare

Weiterentwicklung – jedenfalls auf EU-Level. Denn die E-Commerce-RL kennt bislang als Pendant nur rudimentär die Notice-and-Action-Pflicht<sup>45</sup>. Weiter entwickelt sind hingegen schon das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz<sup>46</sup> der US-Digital Millennium Copyright Act mit seinem Notice-and-Take-down-Verfahren<sup>47</sup>.

### 7. Besondere Pflichten für Online-Plattformen

Online-Plattformen müssen ein benutzerfreundliches internes Beschwerdemanagementsystem („Internal complaint-handling system“) einrichten<sup>48</sup>. Für die Lösung etwaiger Streitigkeiten zwischen Nutzern und Online-Plattformen müssen sich die Online-Plattformen einer außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle unterwerfen<sup>49</sup>. Hinweise von sog. vertrauenswürdigen Hinweisgebern („trusted flaggers“) haben Online-Plattformen vorrangig und unverzüglich zu bearbeiten<sup>50</sup>. Den Status als „vertrauenswürdiger Hinweisgeber“ erkennt der Koordinator für digitale Dienste im jeweiligen Mitgliedstaat zu, allerdings nicht Einzelpersonen, sondern nur „Stellen“, etwa öffentlichen Stellen oder NGOs<sup>51</sup>. Ferner müssen sie Maßnahmen gegen Missbrauch treffen, sowohl bzgl. des häufigen und offensichtlichen Bereitstellens illegaler Inhalte als auch bzgl. häufig offensichtlich unbegründeter Meldungen oder Beschwerden<sup>52</sup>. Den Umgang mit solchen Fällen müssen Online-Plattformen künftig auch in ihren AGB „klar und ausführlich“ festlegen. Bei Verdacht schwerer Straftaten (sowohl begangener als auch ggf. drohender) sollen die Online-Plattformen die Strafverfolgungsbehörden ihres Sitz-Mitgliedsstaats bzw. Europol informieren.

B2C-Online-Plattformen sollen sicherstellen, dass Händler anhand der Vorgaben des Art. 22 Abs. 1 identifizierbar sind. Außerdem sollen die Online-Plattformen so konzipiert sein, dass die Händler die vorvertraglichen Informationen sowie – eine Schnittstelle zum Produktsicherheitsrecht – die Produktsicherheitsinformationen abgeben können<sup>53</sup>. Damit erweitert der DSA-E die inhaltlichen Vorgaben der für jeden Vermittlungsdienst geltenden Transparenzberichtsspflichten und stellt zusätzlich für Online-Werbung weitere Transparenzpflichten auf<sup>54</sup>.

### 8. Besondere Pflichten für sehr große Online-Plattformen

Sehr große Online-Plattformen wiederum haben – zusätzlich zu allem Vorstehenden – mindestens einmal jährlich eine systemische Risikobewertung vorzunehmen<sup>55</sup>. Systemische Risiken sind die

- Verbreitung illegaler Inhalte;
- negative Effekte auf die Grundrechte der Achtung des Privat- und Familienlebens, die Meinungs- und Informationsfreiheit das Diskriminierungsverbot und die Rechte des Kindes;

38 Vgl. Gerecke, in: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. 2021, 53. Abschnitt, Rn. 22 f.

39 Vgl. etwa den „Blue Guide“ (amtlich: Leitfaden für die Umsetzung der Produktvorschriften der EU (2016/C 272/01) vom 26.7.2016, Fn. 71.

40 Art. 11 DSA-E, zur Haftung Abs. 3.

41 Vgl. Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341, 344 f.

42 Art. 12 DSA-E.

43 Art. 13 DSA-E; sie sind auch innerhalb der besonderen Pflichten für Online-Plattformen privilegiert, Art. 16 DSA-E.

44 Art. 14 f. DSA-E.

45 Vgl. nur Art. 14 EC-RL.

46 §§ 2 f. NetzDG.

47 Vgl. Digital Millennium Copyrights Act (DMCA), Title II, the Online Copyright Infringement Liability Limitation.

48 Art. 17 DSA-E.

49 Art. 18 DSA-E.

50 Art. 19 DSA-E.

51 Vgl. Art. 19 Abs. 2 DSA-E und Erwägungsgrund, Rn. 46.

52 Art.: 20 DSA-E; Art. 21 zur Straftaten-Meldung..

53 Art. 22 DSA-E.

54 Art. 23 DSA-E.

55 Art. 26 DSA-E.

- Manipulationen mit nachteiligen Auswirkungen auf den Schutz von öffentlicher Gesundheit, Minderjährigen, der gesellschaftlichen Debatte oder Auswirkungen auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit.

Die sehr großen Online-Plattformen haben Maßnahmen zur Minimierung systemischer Risiken zu treffen<sup>56</sup>. Zudem haben sie sich mindestens jährlichen Audits durch unabhängige und qualifizierte Organisationen zur Bewertung der Einhaltung des DSA zu unterziehen<sup>57</sup>.

Auch unterliegen sehr große Online-Plattformen weiteren AGB-Vorgaben. So müssen sie

- darin die wichtigsten Parameter und änder- oder beeinflussbare Optionen (mindestens eine darf nicht auf Profiling bestehen) für Empfehlungssysteme (z. B. algorithmische Empfehlungen) darlegen; und
- Angaben zur Werbung archivieren<sup>58</sup>.

Dem Koordinator für digitale Dienste müssen sie auf begründete Anfrage in angemessener Zeit Zugang zu Daten gewähren, damit der Koordinator die Einhaltung des DSA prüfen kann – ferner Zugang für Forscher akademischer Einrichtungen schaffen<sup>59</sup>.

Zudem müssen sie mindestens einen Compliance-Beauftragten benennen und zusätzlich zu die o. g. Transparenzberichten mindestens einmal jährlich (wie Vermittlungsdienste) hinaus weitere Angaben veröffentlichen, u. a. die Ergebnisse der Risikobewertung, ermittelte und umgesetzte Risikominderungsmaßnahmen und Prüfberichte<sup>60</sup>.

## 9. Umsetzung und zuständige Behörden; Finales Aussehen, Inkrafttreten

Im Übrigen regelt der DSA-E die etwaige Schaffung von Normen und Verhaltenskodizes, auch für Online-Werbung<sup>61</sup>, die entsprechenden Zuständigkeiten, die Schaffung eines „Europäischen Gremiums für digitale Dienste“<sup>62</sup>, besondere Aufsichtsregeln für sehr große Online-Plattformen, Bußgelder, gemeinsame Vollstreckungsregeln und zuletzt die „üblichen Verdächtigen“, sprich: die Schlussbestimmungen. Die Haftungsregelungen der E-Commerce-RL werden aufgehoben und in den DSA inkorporiert. Im Übrigen bleibt die E-Commerce-RL bestehen.

Der Zeitpunkt des Inkrafttretens ist noch offen; ebenso, der finale Inhalt. Vermutlich wird der Entwurf im weiteren Prozess bis zur Verabschiedung noch Änderungen in diversen Details erfahren. Jedenfalls ist der Ansatz der Kommission klar: Von den drei in Betracht gezogenen Regelungsvarianten – beschränkte Maßnahmen gegen gesetzwidrige Aktivitäten, vollharmonisierte Maßnahmen, um Diensteanbieter zu inzentivieren und asymmetrische Maßnahmen mit stärkeren Pflichten für sehr große Online-Plattformen – hat die Kommission letztere als bevorzugte Regelungsvariante („*preferred option*“) dem Entwurf zugrunde gelegt<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> Art. 27 DSA-E.

<sup>57</sup> Art. 28 DSA-E.

<sup>58</sup> Art. 29 und 30 DSA-E.

<sup>59</sup> Art. 31 DSA-E.

<sup>60</sup> Art. 33 DSA-E.

<sup>61</sup> Art. 34-36 DSA-E.

<sup>62</sup> Art. 47-49 DSA-E.

<sup>63</sup> Commission Staff Working Document, Executive Summary of the Assessment Report, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services, 15.12.2020.

Je nach Kategorie des betroffenen Dienstes müssen Anbieter ihren Dienst anpassen, hier im Überblick.

## Checkliste für die Anpassung der Dienste:

Wer?	Was?	Details DSA-E
Diensteanbieter	Mit Behörden auf Anfrage zusammenarbeiten	Art. 8, 9
	Zentrale Kontaktstelle: <ul style="list-style-type: none"> <li>• einrichten</li> <li>• Kontaktinfo veröffentlichen</li> </ul>	Art. 10
	AGB-Hinweis auf Beschränkungen bereitgestellter Info, inkl. aller Mittel zur Moderation der Inhalte	Art. 12
Diensteanbieter ohne EU-Niederlassung	Rechtsvertreter benennen	Art. 11
Diensteanbieter (exkl. Kleinst- und Kleinunternehmen <sup>64</sup> )	Transparenzberichte: Veröffentlichung 1 x/Jahr über Moderation von Inhalten	Art. 13
Hosting-Dienste (inkl. Online-Plattformen)	Melde- und Abhilfeverfahren einrichten: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ermöglichen von Meldung mit Inhalt nach Art. 14 Abs. 2</li> <li>• Versand Empfangsbestätigung nach Art. 14 Abs. 4</li> <li>• Unverzügliche Mitteilung der Entscheidung sowie etwaiger Rechtsbehelfe.</li> </ul>	Art. 14
	Entfernung Einzelinfo oder Zugangssperre begründen: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Begründen mit Mindestangaben nach Art. 15 Abs. 2</li> <li>• Veröffentlichen in Datenbank, Art. 15 Abs. 4</li> </ul>	Art. 15
Online-Plattformen	Internes Beschwerdemanagement über illegale Inhalte <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ermöglichen von Beschwerden mit Inhalt nach Art. 17 Abs. 2</li> <li>• Zeitnahe Bearbeitung sicherstellen</li> <li>• Unverzügliche Mitteilung der Entscheidung sowie etwaiger Rechtsbehelfe; keine allein automatisierte Entscheidung.</li> </ul>	Art. 17
	Unterwerfen unter Entscheidungen durch außergerichtliche Streitbeilegungsstelle	Art. 18
	Vorrangige Bearbeitung von Meldungen besonders vertrauenswürdiger Hinweisgeber	Art. 19
	Maßnahmen gegen Missbrauch	Art. 20

<sup>64</sup> I.S. d. Empfehlung 2003/361/EG (Definition der KMU).

	Melden von Straftaten / Verdacht	Art. 21
	Identifikation / Angabe Kontaktangaben Online-Plattform	Art. 22
	• Transparenzberichte: Zusätzliche Info, Art. 23 Abs. 1 • Nutzung halbjährlich melden, Art. 23 Abs. 2, 3	Art. 23
	Transparenz Online-Werbung gegenüber Nutzer*innen	Art. 24
<b>Sehr große Online-Plattformen</b>	Risikobewertung und -minimierung, intern und extern	Art. 26-28
	Empfehlungssysteme: • AGB-Hinweis auf Parameter und Optionen • Wahlrecht für Nutzer	Art. 29
	Transparenz Online-Werbung: Zusätzliche Angaben	Art. 30
	Datenaustausch mit Behörden, Forschung	Art. 31
	Mindestens einen Compliance-Beauftragter beauftragen	Art. 32
	Transparenz Online-Werbung: Zusätzliche Angaben	Art. 33
<b>Jeder Dienst, freiwillig:</b>	Entwicklung und Umsetzung von Branchennormen und Verhaltenskodizes	Art. 34-36

Alles in allem stehen den Diensteanbietern neue Spielregeln ins Haus – mit entsprechendem Umsetzungsaufwand, um die Haftungsrisiken zu minimieren. Für den Vertrieb heißt das insbesondere: Anpassungen von AGB (s. o.) sowie ggf. eine ausgeweitete Legitimationsprüfung der Händler („*know your customer*“ [trader]) seitens der Online-Plattformen (s. o.).

## II. Digital Markets Act und GWB-Digitalisierungsgesetz

### 1. Der DMA-E

Der Digital Markets Act („DMA“), auf Deutsch „*Gesetz über digitale Märkte*“, reguliert „*Gatekeeper*“, namentlich die wenigen großen Plattformen, die dauerhaft an den B2C-Zugangstoren<sup>65</sup> stehen. Diese Marktstellung führt laut Europäischer Kommission zur Abhängigkeit vieler gewerblicher Nutzer und vor allem zur mangelnden „*Bestreitbarkeit*“, positiv gewendet: erschwert den Markteintritt. Der DMA-E zielt auf Big Tech<sup>66</sup>.

#### a) Zentrale Plattformdienste als Gatekeeper

Denn umfasst sind sog. „zentrale Plattformdienste“ mit jährlichem Milliardenumsatz:

- Online-Vermittlungsdienste (z. B. Marktplätze, Stores für Software-Anwendungen und Online-Vermittlungsdienste in anderen Bereichen wie Mobilität, Verkehr oder Energie),

- Online-Suchmaschinen,
- soziale Netzwerke,
- Video-Sharing-Plattform-Dienste,
- nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste,
- Betriebssysteme,
- Cloud-Dienste und
- Werbendienste, einschließlich Werbenetzwerken, Werbebörsen und sonstiger Werbevermittlungsdienste, die mit einem der vorgenannten Plattformdienste in Zusammenhang stehen<sup>67</sup>.

Zum Gatekeeper benennt sie die Europäische Kommission indes erst, wenn sie (i) erhebliche Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben, (ii) sie gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dienen und (iii) eine gefestigte, dauerhafte Position innehaben. Hierfür besteht eine widerlegbare<sup>68</sup> gesetzliche Vermutung grob zusammengefasst dann, wenn ein Plattformdienst in den vergangenen drei Geschäftsjahren (i) im EWR  $\geq$  EUR 6,5 Mrd. Jahresumsatz erzielt und (iia) in der EU  $\geq$  45 Millionen monatliche aktive Endnutzer oder (iib)  $\geq$  10.000 jährliche aktive gewerbliche Nutzer hat<sup>69</sup>. „Einmal Gatekeeper“ heißt indes nicht „immer Gatekeeper“: Diese Benennung hat die Kommission auf Antrag und im Übrigen von Amts wegen mindestens alle zwei Jahre zu prüfen<sup>70</sup>.

#### b) Die Pflichten der Gatekeeper

Der DMA-E baut auf der P2B-VO<sup>71</sup> auf und nutzt dieselben Begriffe<sup>72</sup>. Die Pflichten der Gatekeeper ziehen sich in ausführlichen Katalogen durch Art. 5 und Art. 6, die die Kommission auch aktualisieren kann<sup>73</sup>. Hier auszugsweise die Pflichten der Gatekeeper im Kurz-Überblick:

- Zusammenführungsverbot<sup>74</sup>: Personenbezogene Daten aus zentralem Plattformdienst dürfen nicht mit denen aus anderen Diensten zusammengeführt werden, außer man gibt dem Endnutzer\*in DSGVO-konform die Wahl und letztere\*r willigt ein.
- Keine Preis- oder Konditionenparität gegenüber anderen Online-Vermittlungsdiensten<sup>75</sup>, sprich: Gatekeeper dürfen mit Bestpreisklauseln<sup>76</sup> nicht mehr operieren.
- Keine Beschränkung der Werbung und keine Bindung in der Vertragsabschlussfreiheit für Geschäftskunden gegenüber ihren Endkunden.

<sup>67</sup> Vgl. DMA-E, S. 2 sowie Art. 2 Nr. 2 DMA-E.

<sup>68</sup> Vgl. DMA-E, S. 6; im Gesetzestext selbst folgt die Widerlegbarkeit aus Art. 3 Abs. 4.

<sup>69</sup> Art. 3 DMA-E, v. a. Abs. 2 mit den quantitativen Schwellenwerten; siehe allerdings auch Abs. 6, der es der Kommission erlaubt, anhand qualitativer Kriterien den Gatekeeper-Status zu bestimmen.

<sup>70</sup> Art. 4 Abs. 1, 2 DMA-E.

<sup>71</sup> Dazu Rohrßen, ZVertriebsR 2019, 341 ff. Am Beispiel Zalando Neumann/Rodenhausen, ZEuP 2020, 768 ff.

<sup>72</sup> DMA-E, Explanatory Memorandum, Ziff. 1 bei Fn. 5.

<sup>73</sup> Art. 10 i. V. m. Art. 17 DMA-E.

<sup>74</sup> Vgl. zum bereits geltenden Recht § 13 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 TMG. Das dortige Trennungsgebot zielt darauf, bereits auf der technisch-organisatorischen Ebene der Erstellung von Nutzungsprofilen durch Zusammenführung von Daten verschiedener Telemediendiensten vorzubeugen, vgl. Schreibauer, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, 7. Aufl. 2020, § 13 TMG Rn. 50. Ferner zum Zweckbindungsgrundsatz bei der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO Heckmann/Scheurer, in: jurisPK-Internetrecht, 6. Aufl. 2016, Kap. 9 Rn. 192 f.

<sup>75</sup> Vgl. DMA-E, Erwägungsgrund Nr. 37 sowie Art. 5 DMA-E.

<sup>76</sup> Hierzu Rohrßen, ZVertriebsR 2018, 274, 280 f.; derselbe, ZVertriebsR 2019, 341, 343 f.

<sup>65</sup> Derart poetisch der DMA-E (COM/2020/842 final), S. 1 sowie Erwägungsgrund Nr. 57.

<sup>66</sup> Kritisch zur Novelle Körber, MMR 2020, 290 ff.: „*Unbehagen gegenüber großen Digitalunternehmen oder der Wunsch nach nationalen Champions sind keine soliden Grundlagen für tiefgreifende Änderungen des Kartellrechts.*“



- Keine Hindernisse für Geschäftskunden, Praktiken des Gatekeepers bei Behörden zu melden.
- Keine Cross-Registrierungspflicht: Gatekeeper dürfen Geschäfts- und Endkunden nicht zwingen, sich bei einem zentralen Plattform-Dienst zu registrieren, um auf andere Dienst des Gatekeepers zuzugreifen.
- Informationspflicht: Der Gatekeeper hat Werbetreibenden und Verlagen, für die er Werbedienstleistungen erbringt, auf Anfrage Auskunft über den von beiden gezahlten Preis sowie über den Betrag zu geben, den der Verlag für die Werbedienstleistung erhält<sup>77</sup>.
- Selbstbevorzugungsverbot, insbesondere bei Rankings<sup>78</sup>: Damit sind Gatekeeper gegenüber der P2B-VO weiter eingeschränkt, als sie eigene Produkte nicht priorisiert ranken dürfen.

Die Umsetzung der Pflichten soll im Dialog zwischen Gatekeeper und Kommission erfolgen. Der Gatekeeper kann auch selbst ein Untersuchungsverfahren beantragen<sup>79</sup>. Weiter legt der DMA-E Voraussetzungen fest, unter denen die Kommission die Verpflichtungen aussetzen oder den Gatekeeper befreien kann<sup>80</sup>, sowie eine Pflicht zur Mitteilung beabsichtigter Zusammenschlüsse und die Kommission über die vom Gatekeeper eingesetzten Profiling-Techniken zu beschreiben<sup>81</sup>.

Details zur Zuständigkeit, der Einrichtung eines Beratenden Ausschusses für digitale Märkte („*Digital Markets Advisory Committee*“) sowie zu Untersuchungs-, Durchsetzungs- und Überwachungsbefugnissen inklusive Zwangs- und Bußgeldern regeln die Art. 18 ff. Der DMA-E droht sogar höhere Geldbußen als der DSA-E, in der Spitze bis zu 10 % des gesamten Vorjahresumsatzes des Gatekeepers u. a. bei Verletzung der Gatekeeper-Pflichten aus Art. 5 und 6 DMA-E.

## 2. Das GWB-Update

Eine vergleichbare Zielrichtung hat auch die 10. GWB-Novelle („GWB-Digitalisierungsgesetz<sup>82</sup>“), in Kraft seit 19. Januar 2021. Sie hat für das deutsche Kartellrecht umfangreiche Änderungen mit sich gebracht. Die Novelle bezweckt eine stärkere Regulierung und umfassende Missbrauchsaufsicht der Digitalwirtschaft. Das GWB ist im Verhältnis zum DMA zu sehen<sup>83</sup>, insbesondere zum neuen § 19 a GWB, der missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb reguliert.

Zudem setzt es die sog. „ECN+ Richtlinie“ der EU<sup>84</sup> um. Im Wesentlichen passt es die Missbrauchsaufsicht an die Digitalwirtschaft an. Dies geschieht durch neue Missbrauchsvorschriften, die sich etwa an „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung“ richten, ferner durch Regelungen zum erleichterten Zugang zu

Daten für marktbeherrschende Unternehmen und Unternehmen mit relativer Marktmacht.

## III. Digitale-Inhalte-Richtlinie; Warenkauf-Richtlinie

Die Digitale-Inhalte-Richtlinie<sup>85</sup> geht Hand in Hand mit der Warenkauf-Richtlinie<sup>86</sup>. Beide harmonisieren die Gewährleistungsrechte, online wie offline. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie gilt für alle B2C-Verträge über:

- digitale Inhalte (= digital erstellte und bereitgestellte Daten) oder
- digitale Dienstleistungen (= Dienstleistungen, die die digitale Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten oder den Zugang hierzu ermöglichen – also völlig technologieneutral formuliert).

Ziel der Richtlinie ist die Verbesserung der Verbraucherrechte beim Kauf von Software, Apps oder E-Books sowie beim Einkauf auf Online-Marktplätzen.

Die Warenkauf-Richtlinie gilt für alle anderen B2C-Kaufverträge, mithin auch für Verträge über „*Waren mit digitalen Elementen*“ (= bewegliche körperliche Gegenstände, die für ihre volle Funktion digitale Inhalte oder Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind)<sup>87</sup>, z. B. Smartphones oder „intelligente“ weiße Ware. Eine – nur teilproduktbegrenzte – Rückausnahme sind sog. „*Paketverträge*“: Bei Verträgen die neben der Bereitstellung digitaler Produkte auch andere (analoge) Sachen oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, gelten die §§ 327 ff. BGB nur für das digitale Produkt<sup>88</sup>.

## 1. Verträge über digitale Inhalte und digitale Leistungen

Am 13.1.2021 ist der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie erschienen<sup>89</sup>. Die Richtlinie setzt zwecks einheitlichen Verbraucherschutzniveaus in der EU auf eine Vollharmonisierung: abweichende Vorschriften (strenger oder schwächer) können die Mitgliedstaaten nur erlassen, wenn die Richtlinie es ausdrücklich erlaubt<sup>90</sup>.

### a) Kein neuer Vertragstyp „Digitale Verträge“, sondern ergänzende Sonderregeln

Etwas gewöhnungsbedürftig mögen die neuen Buchstabenparagrafen („a“ bis „u“) sein, sieht der deutsche Gesetzgeber doch vor, die Materie im Allgemeinen Schuldrecht zu regeln: in § 312 sowie vor allem in §§ 327–327 u BGB-E. Hinweise auf diese Sonderregeln sollen im Besonderen Schuldrecht eingefügt werden<sup>91</sup>. Den Ausschlag für die Verortung im Allgemeinen Schuldrecht gibt, dass die Digitale-Inhalte-Richtlinie insofern „quer“ zur BGB-Systematik steht, als sie nicht einen (oder mehrere) Vertragstypen anpasst oder neu schafft, sondern vertragsformübergreifend für alle Verträge über digitale Inhalte und

<sup>77</sup> Bis hier stammen die Pflichten aus Art. 5 DMA-E.

<sup>78</sup> DMA-E, Erwägungsgrund Nr. 49; Art. 6 Abs. 1 d) DMA-E.

<sup>79</sup> Art. 7 DMA-E.

<sup>80</sup> Art. 8 f. DMA-E.

<sup>81</sup> Art. 12 und 13 DMA-E.

<sup>82</sup> So der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 24.1.2020.

<sup>83</sup> Siehe Vergleich zwischen 10. GWB-Novelle und DMA-E bei Grünwald, MMR 2020, 822.

<sup>84</sup> Abgeleitet vom European Competition Network („ECN“), voller Titel: EU-Richtlinie zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften Nr. 2019/1.

<sup>85</sup> Nr. 770/2019.

<sup>86</sup> Nr. 771/2019.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 4 i. V. m. Art. 2 Abs. 3 Digitale-Dienste-RL.

<sup>88</sup> § 327 a BGB-E.

<sup>89</sup> Regierungsentwurf („RegE“) vom 13.1.2021: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bereitsstellung\\_digitaler\\_Inhalte.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bereitsstellung_digitaler_Inhalte.html) (nachstehend auch „RegE Digitale Inhalte“).

<sup>90</sup> Art. 4 RL 2017/770 – was wiederum gemäß Auslegung zu ermitteln ist, vgl. nur M. Schröder, in: Streinz, EUV/AEU, 3. Aufl. 2018, Art. 114 Rn. 46 bei Fn. 118 m. w. N.

<sup>91</sup> Vgl. RegE Digitale Inhalte, §§ 445 c, 453, 475 a, 516 a, 548 a, 578 b, 580 a, 620, 650 BGB.



digitale Dienstleistungen gilt<sup>92</sup>. Die wesentlichen Änderungen im Überblick:

### b) Verbraucherrechte nach §§ 312 ff. BGB auch bei „Bezahlen mit Daten“

Der Entwurf ist bestrebt, eine Frage zu lösen, die sich bei datenfinanzierten Geschäftsmodellen, gerade bei Verträgen über digitale Inhalte, stellt. So ist umstritten, ob die verbraucher-schützenden Sonderregeln der §§ 312 ff. BGB auch für Verbraucherverträge gelten, bei denen die Gegenleistung des Verbrauchers ausschließlich in der Hingabe von Daten besteht.

Denn der Wortlaut des § 312 Abs. 1 BGB sieht vor, dass darunter nur Verträge fallen, die „eine entgeltliche Leistung des Unternehmers“ betreffen. Vor dem Zweck des Verbraucherschutzes wird die „Entgeltlichkeit“ vielfach wirtschaftlich weit ausgelegt. So kann sie – differenzierend den Einzelfall betrachtend – auch die Hingabe von Daten umfassen, zumindest dann, wenn der Unternehmer sie für die Entwicklung von Marktstrategien nutzen kann<sup>93</sup>, allerdings nicht unbedingt, um bloß den Dienst eines Internetportals nutzen zu können<sup>94</sup>. Nach engerer Auslegung sei eine Hingabe von Daten keine entgeltliche Leistung, da der wirtschaftliche Nachteil für den Verbraucher fehle und es zu einer „unzumutbaren Ausweitung des Verbraucherschutzes“ käme<sup>95</sup>. Letzteres hat, so man denn als Nutzer bloß seine E-Mail-Adresse angeben muss für die Nutzung, einiges für sich; allerdings ist der Streit wohl kleiner, als es auf ersten Blick scheint, da im Grunde es doch auf den Einzelfall ankommt.

Das wird auch künftig so sein, wenngleich das Pendel eher zugunsten der Entgeltlichkeit schwingt. Denn § 312 Abs. 1 a BGB-E weitet den Anwendungsbereich der verbraucher-schützenden Vorschriften über besondere Vertriebsformen dahingehend aus, dass sie auch gelten, wenn „der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet“. Ausnahme: Der Unternehmer verarbeitet die Daten ausschließlich dazu, um seine Leistungspflicht (z. B. Kundenadresse) bzw. an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen. Laut Entwurfsbegründung betrifft die zweite Ausnahme steuer- oder ordnungsrechtliche Fälle<sup>96</sup>.

### c) Neuer, dreiteiliger Mangelbegriff für digitale Produkte

Zentraler Punkt der neuen Regeln ist der dreiteilige Mangelbegriff. So ist ein digitales Produkt (= digitaler Inhalt oder digitale Dienstleistung<sup>97</sup>) nach § 327 a BGB-E erst dann frei von Produktmängeln (nicht: „Sachmängeln“ wie z. B. in § 434 BGB), wenn es

- (i) subjektiven,
- (ii) objektiven und
- (iii) den an die Integration<sup>98</sup> gestellten Anforderungen entspricht.

<sup>92</sup> Vgl. RegE Digitale Inhalte, S. 27 f.; vgl. auch Kramme, Rki 2021, 20, 29.

<sup>93</sup> MüKo/Wendehorst, BGB, 8. Aufl. 2019, § 312 Rn. 38 f.; so schon Brönneke/Schmit, VuR 2014, 3; Czajkowski/Müller-ter Jung, CR 2018, 157, 160 f.

<sup>94</sup> Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 312 BGB Rn. 32.

<sup>95</sup> Rojahn, in: Flohr/Wauschkuhn, Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, § 312 BGB Rn. 17.

<sup>96</sup> RegE Digitale Inhalte, S. 40.

<sup>97</sup> Vgl. die Definition in § 327 Abs. 1 BGB-E.

Die Regelung ist damit nah am Mangelbegriff des geltenden Kaufrechts – wobei die Montagemängel hier als Integrationsmängel auftreten. Allerdings ist, im Gegensatz zum § 434 Abs. 1 Nr. 1 BGB, eine ggf. vereinbarte Verwendung nicht allein ausschlaggebend (anders § 434 Abs. 1 BGB: „... wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst ...“<sup>99</sup>).

Im Ergebnis unterscheidet sich der Mangelbegriff trotz der unterschiedlichen Formulierungen in § 434 BGB und § 327 a BGB-E vermutlich nicht<sup>100</sup>. Denn schon im geltenden Recht beurteilt sich die Mangelhaftigkeit anhand eines dreistufigen Prüfungsrahmens<sup>101</sup>, bei dem allerdings „auch mehrere, den verschiedenen Stufen zuzuordnende Abreden nebeneinander stehen können, deren Verhältnis dann nur durch eine Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung bestimmt werden kann“<sup>102</sup>. Viel eher ist anzunehmen, dass künftig die deutlich verlängerte Beweislastumkehr (die auf ein Jahr gegenüber dem jetzigen § 477 BGB sechs Monaten verdoppelt ist) zu höheren Kosten beim Verkäufer führen kann<sup>103</sup>.

### d) Update-Pflicht; Produktpassungen

§ 327 f BGB-E verlangt, dass der Unternehmer Aktualisierungen bereitstellt, die zwecks Erhalt der Vertragsmäßigkeit des digitalen Produkts erforderlich sind. Für welchen Zeitraum genau, soll insbesondere vom Bereitstellungszeitraum des Produkts abhängen – und kann durchaus über die zweijährige Verjährungsfrist der Sachmängelhaftung hinausgehen, insbesondere bei Sicherheitsupdates<sup>104</sup>. Änderungen des Produkts selbst werden wiederum eingeschränkt<sup>105</sup>.

### e) Verbraucher-Rechte: Mit Mängelanzeige automatischer Fristlauf

Bei mangelhaften digitalen Produkten kann der Verbraucher Nacherfüllung, Vertragsbeendigung oder Preisminderung und Schadensersatz verlangen. Hier entsteht, begrifflich, ein terminologischer Bruch gegenüber dem BGB. Denn die neuen BGB-Regelungen sprechen wie die Richtlinie von „beenden“, obwohl die Beendigung aufgrund der vorgesehenen Rückabwicklung wie ein Rücktritt wirkt (vgl. § 327 o Abs. 2 und 5 BGB-E). Zudem – und das dürfte sich durchaus in der Praxis auswirken – braucht der Verbraucher als Käufer dem Unternehmer künftig für seine Mängelansprüche keine Frist mehr setzen: Sobald der Verbraucher den Unternehmer über den Mangel unterrichtet, läuft eine angemessene Frist<sup>106</sup>.

Im Übrigen sehen die Regelungen keine großen Neuerungen vor. Ob etwa mit § 327 b BGB ein eigener Paragraph über sechs Absätze für die „Bereitstellung digitaler Produkte“ erforderlich ist, mag man durchaus verneinen. Denn der Inhalt liest sich wie eine längere, auf digitale

<sup>98</sup> Definiert als Ver-/Einbindung eines digitalen Produkts mit der / in die digitale Umgebung des Verbrauchers, § 327 e Abs. 4 BGB-E.

<sup>99</sup> Vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 80. Aufl. 2021, § 434 Rn. 1, 20 und 25; Emmerich, JuS 2007, 82, wonach sich die Verfasser des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 2002 grundsätzlich dem subjektiven Fehlerbegriff anschließen wollten, angereichert durch objektive Elemente.

<sup>100</sup> A.A.: Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95, 97 bei Fn. 22.

<sup>101</sup> Saenger, in: Schulze, BGB, 10. Aufl. 2019, § 434 Rn. 7.

<sup>102</sup> MüKo/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 6.

<sup>103</sup> Vgl. § 327 k BGB-E.

<sup>104</sup> Vgl. Digitale-Inhalte-RL, Erwägungsgrund Nr. 47; RegE Digitale Inhalte, S. 67.

<sup>105</sup> § 327 r BGB-E; vgl. auch Art. 19 Digitale-Inhalte-RL.

<sup>106</sup> Vgl. § 327 l Abs. 1; so auch Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95, 98 bei Fn. 35.

Produkte gemünzte Fassung des § 271 BGB – und weniger wie ein Anspruch auf Bereitstellung<sup>107</sup>. Grund für die Ergänzung ist wohl schlicht das Ziel, größtmögliche Klarheit zu schaffen, indem man möglichst nahe am Wortlaut der Digitale-Inhalte-Richtlinie zu bleibt (hier: deren Art. 5). Schließlich wird es auch für digitale Produkte einen Rückgriff des Unternehmers gegenüber seinem Vertriebspartner geben<sup>108</sup>.

## 2. Kaufverträge über Sachen mit digitalen Elementen und „analoge“ Waren

Ferner liegt nun der Regierungsentwurf zur Warenkauf-RL<sup>109</sup> vor. Die Warenkauf-Richtlinie hebt die Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG auf<sup>110</sup>. Deutschland hat, wie alle EU-Mitgliedstaaten, beide Richtlinien spätestens am 1. Juli 2021 umzusetzen und ab 1. Januar 2022 anzuwenden<sup>111</sup>.

Wie schon im RegE Digitale Inhalte, so zieht der Gesetzgeber bei anderen Waren die Definition des Sachmangels in § 434 BGB nach: Dort wird nun ausdrücklich das dreiteilige Prüfungsschema festgeschrieben, bestehend aus (i) subjektiven und (ii) objektiven sowie (iii) Montage-Anforderungen<sup>112</sup>. Und genauso zieht der Gesetzgeber auch bei weiteren Details den Entwurf nach, etwa bzgl. des automatischen Fristlaufs für die Nacherfüllung, sobald der Kunde den Verkäufer über den Mangel informiert<sup>113</sup>.

Eine weitere – wesentliche – Ausweitung gegenüber dem aktuellen BGB liegt in der auf ein Jahr (Waren allgemein) verdoppelter bzw. sogar auf zwei Jahre (Sache mit digitalen Elementen) vervierfacher Zeitraum, in dem beim Verbrauchsgüterkauf gesetzlich vermutet wird, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat<sup>114</sup>. Zudem wird der Hersteller einer Aktualisierungsverpflichtung für Sachen mit digitalen Elementen unterworfen<sup>115</sup>.

## 3. Weitere Änderungen: Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften

Im Zusammenhang mit diesen beiden Gesetzesentwürfen steht auch der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Modernisierungs-RL<sup>116</sup> sowie der Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge<sup>117</sup>.

Diese Änderungen betreffen nicht, jedenfalls nicht im Kern, den Vertrieb digitaler Inhalte bzw. den digitalen Vertrieb als solchen. Dazu gehört das geplante Update der Verbraucherschutzvorschriften (u. a. mit einem Anpassungen bzgl. der Widerrufsregelungen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Produkte, wie etwa dem Ausschluss des Wertersatzes). Dazu gehört auch das geplante Gesetz für faire Verbraucherverträge. Der Entwurf bzgl. der besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften sieht hingegen konkrete Informationspflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen vor<sup>118</sup>. Diese Gesetzesvorhaben bleiben einer künftigen Behandlung vorbehalten.

## IV. Ausblick

Die geplante Regulierung wird Anpassungen seitens der Diensteanbieter erfordern, insbesondere bei Online-Plattformen. Es bleibt abzuwarten, welche Änderungen die Entwürfe jeweils noch im Gesetzgebungsverfahren durchlaufen – und wie die Diensteanbieter gerade im Spannungsfeld zwischen der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse und den neuen Transparenzanforderungen in die Pflicht genommen werden<sup>119</sup>. Hier hinein fällt etwa die Pflicht für die sehr großen Online-Plattformen, Angaben über Werbung zu veröffentlichen. Anpassungsbedarf besteht indes auch für die Händler, gerade vor dem Hintergrund der „Omnibus-Richtlinie“, mit ihren künftigen Bußgeldern bei unwirksamen AGB<sup>120</sup>. ■

<sup>107</sup> Dazu im Rahmen des Art. 5 der Digitale-Inhalte-RL: Schulze, ZeuP 2019, 695, 706.

<sup>108</sup> § 327 u. BGB-E.

<sup>109</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrages, vom 10.12.2020, <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Warenkaufrichtlinie.html>

<sup>110</sup> Art. 23 der Warenkauf-RL Nr. 771/2019.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 21 Abs. 1 Digitale-Inhalte-RL bzw. Art. 24 Abs. 1 Warenkauf-RL.

<sup>112</sup> § 434 BGB-E, der explizit diese Unterteilung macht.

<sup>113</sup> Vgl. § 475 Abs. 5 BGB-E.

<sup>114</sup> § 477 BGB-E.

<sup>115</sup> § 475 b BGB-E.

<sup>116</sup> Vom 13.1.2021: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bereitsstellung\\_digitaler\\_Inhalte.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bereitsstellung_digitaler_Inhalte.html)

<sup>117</sup> Dessen RegE stammt vom 16.12.2020, der Referentenentwurf vom 24.1.2020.

<sup>118</sup> § 312 k BGB-E i. V. m. Art. 246 d EGBG-E.

<sup>119</sup> Art. 31 DMA-E erkennt immerhin das grundsätzliche Interesse der Diensteanbieter (dort: der Gatekeeper) am Berufsgeheimnis an.

<sup>120</sup> Vgl. künftiger Art. 8 b e 93/13/EWG, geändert gemäß Richtlinie (EU) 2019/2161.