

Digitale Angebote

Schreiber

2022

ISBN 978-3-406-77336-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Checkliste

Für die Ausgestaltung der digitalen Angebote nebst der zugehörigen Rechts-¹ texte sind im Ausgangspunkt die Qualifikation der geschuldeten Leistung, der gewünschten Gegenleistung(en) sowie darauf aufbauend der Vertragstyp und ferner die Vertriebsform (Bereitstellung) und Rechtswahl entscheidend:

1. Das digitale Vertragsrecht der §§ 327 ff. BGB ist nur (ergänzend) **anwendbar**,² wenn
 - digitale Produkte
 - Verbrauchern
 - im Austausch für eine (Gegen-) Leistung
 - auf Grundlage eines Vertrages
 - bereitgestellt werden.
2. Wesentliche Typen **digitaler Leistungen** sind³
 - Digitale Inhalte
 - Digitale Dienstleistungen
 - Waren mit digitalen Elementen
 - Paketverträge
 - Digitale Plattformen
 - Telemedien
 - Rundfunkähnliche Telemedien
 - Medienplattformen und Benutzeroberflächen
 - Medienintermediäre
 - Video-Sharing-Dienste
3. Als **Gegenleistungen** kommen in Betracht⁴
 - Bezahlen mit Geld
 - Bezahlen mit digitaler Darstellung eines Werts (elektronische Gutscheine, E-Coupons o.ä., Kryptowährungen)
 - Bezahlen mit Daten

²⁰⁰ *Martiny* in: MüKo BGB, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 49.

- 5 4. Relevante **Vertragstypen** mit unterschiedlichen Sonderregelungen sind insb.
 - Kaufverträge, auch über Waren mit digitalen Elementen oder Paketverträge
 - Werk- und Werklieferungsverträge
 - Mietverträge
 - Dienstverträge
- 6 5. Für eine vertragsgemäße Leistung müssen digitale Produkte **bereitgestellt** werden:
 - Die mangelfreie Bereitstellung digitaler Produkte ist **Hauptleistungspflicht**.
 - Die **Art und Weise** der Bereitstellung ist vertraglich zu konkretisieren; das Gesetz bleibt in den §§ 327ff. BGB vertragstypenneutral und erfasst allgemein das zur Verfügung stellen sowie zugänglich machen, etwa durch Download, Zugangsgewährung oder Übergabe eines Datenträgers.
 - Zu unterscheiden ist zwischen einmaliger Bereitstellung, fortlaufender Bereitstellung und einer Reihe einzelner Bereitstellungen.
- 7 6. Zu klären ist, wo ein digitales Produkt (international) auf Grundlage welchen Rechts (**Rechtswahl**) angeboten wird.



Spezifische Anforderungen bringt für **Video-Sharing-Plattformen**³⁹¹ § 5a **269** JMStV seit April 2021, durch den Art. 28b AVMD-RL in nationales Recht umgesetzt wurde.³⁹² Ein Video-Sharing-Dienst ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV ein „Telemedium, bei dem der Hauptzweck des Dienstes oder eines trennbaren Teils des Dienstes oder eine wesentliche Funktion des Dienstes darin besteht, Sendungen mit bewegten Bildern oder nutzergenerierte Videos, für die der Diensteanbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit bereitzustellen, wobei der Diensteanbieter die Organisation der Sendungen oder der nutzergenerierten Videos, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, bestimmt“.³⁹³ Für solche Video-Sharing-Dienste gilt ausweichlich § 5a Abs. 1 JMStV unbeschadet der allgemeinen Jugendschutzpflichten nach §§ 4, 5 JMStV die Pflicht, angemessene Maßnahmen zum Schutz Minderjähriger vor entwicklungsbeeinträchtigenden Angeboten zu treffen. Als Beispiele („insb.“) für geeignete Maßnahmen werden in § 5a Abs. 2 S. 1 JMStV Systeme zur Altersverifikation (Nr. 1) und Kontrollsysteme für Eltern (Nr. 2) genannt. Zudem sollen Systeme zur Bewertung der Inhalte durch Nutzer, die von **Altersverifikationssystemen** ausgelesen werden können, nach § 5a Abs. 2 S. 2 JMStV geschaffen werden (Jugendschutzprogramme).

Altersverifikationssysteme sind Systeme, die durch Abfrage und Kontrolle **270** des Alters Zugang zu bestimmten Inhalten verschaffen.³⁹⁴ Wie konkret diese Verpflichtungen umzusetzen sind, bleibt indes noch abzuwarten,³⁹⁵ zur Orientierung kann auf die Einschätzungen der KJM zu geeigneten Jugendschutzmaßnahmen in Telemedien nach §§ 4, 5 JMStV zurückgegriffen werden.³⁹⁶

In der Praxis verbreitet ist der Einsatz sog. **Parental Control-Funktionen** **271** geschlossenen Systemen wie Konsolen, Smartphones, Smart-TVs oder eben auch auf Video-Sharing Plattformen. Sie werden durch § 11 Abs. 2 JMStV als geeignete Jugendschutzmaßnahme erfasst. Durch diese unternehmerseitig gestellten Programme, wird – ähnlich den Jugendschutzprogrammen – die Alterskennzeichnung ausgelesen und nur entsprechend der Einstellungen den Nutzern Zugang zu Inhalten verschafft.³⁹⁷ Anbieter von Telemedien können auch selbst Schutzprogramme zum Auslesen von Alterskennzeichnungen einrichten, die mangels Nutzerautonomie zwar nicht als Jugendschutzprogramme, wohl aber als sonstiges Mittel zur Wahrnehmungsverhinderung i. S. d. § 5 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 JMStV dienen

³⁹¹ Zu den allgemeinen Jugendschutz-Anforderungen nach dem JMStV s. *Erdemir* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 5 JMStV, Rn. 57; und auch *Altenhain* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 20, Rn. 7–10.

³⁹² Begründung zum StV v. 14.4.2020, S. 64, abrufbar unter: https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/ModStV_Begrue_ndung.pdf, zuletzt abgerufen am 6.4.2021; zum Reformprozess *Hopf/Braml*, ZUM 2020, 312; zu Art. 28b AVMD-RL *Gundel*, ZUM 2019, 131, 132f.

³⁹³ Zum Begriff und zur Abgrenzung *Siara*, MMR 2020, 523, 526.

³⁹⁴ Begründung zum StV v. 14.4.2020, S. 65, abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/ModStV_Begrundung.pdf, zuletzt abgerufen am 2.3.2021; kritisch zur Begrifflichkeit: *Hopf/Braml*, ZUM 2020, 312, 314; vgl. auch *Hilgert/Sümmermann*, MMR 2020, 301, 304.

³⁹⁵ Vgl. *Randke* in: Frey, eSport und Recht, § 26, Rn. 57.

³⁹⁶ Vgl. *Erdemir* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 5 JMStV, Rn. 71; Übersichten zu positiv bewerteten technischen und sonstigen Mitteln sind abrufbar unter <https://www.kjm-online.de/aufsicht/telemedien/beurteilungsmassstaebe>, zuletzt abgerufen am 5.9.2021.

³⁹⁷ *Schwidder*, CR 2016, 548, 554.

können.³⁹⁸ Dabei liegt die Auswahl des technischen Mittels in der Verantwortung des Anbieters.³⁹⁹

- 272 Die Verfehlung des Einsatzes geeigneter und den Anforderungen entsprechender Systeme zum Zugriffs- und Wahrnehmungsschutz bei der Verbreitung von Inhalten kann als Ordnungswidrigkeit nach § 24 Abs. 1, Abs. 3 JMStV mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 Euro geahndet werden. Erfasst ist die vorsätzliche oder fahrlässige Verbreitung entgegen § 4 JMStV,⁴⁰⁰ § 5 Abs. 1 JMStV⁴⁰¹ und § 5a JMStV⁴⁰². Werden Alterskennzeichnungen in Kombination mit Jugendschutzprogrammen eingesetzt, sieht § 24 Abs. 1 Nr. 4 JMStV eine Privilegierung im Fall der fahrlässig zu niedrigen Alterskennzeichnung vor.⁴⁰³ Verstöße gegen das relative Verbreitungsverbot des § 4 Abs. 2 JMStV können zudem unter bestimmten Voraussetzungen eine Straftat nach § 23 JMStV darstellen.
- 273 Die Jugendschutzbüros des JMStV stellen **Marktverhaltensregeln** i. S. d. § 3a UWG dar,⁴⁰⁴ sodass eine Verbreitung von Inhalten entgegen der Vorgaben der §§ 4–5a JMStV auch wettbewerbsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.⁴⁰⁵
- 274 **bb) Jugendmedienschutz im JuSchG.** Das JuSchG enthält für den Bereich digitaler Angebote spezifische, von den Anbietern unmittelbar zu beachtende Vorgaben in § 14a JuSchG, der **Kennzeichnungspflichten** normiert, sowie in § 24a JuSchG, der sog. **Vorsorgemaßnahmen** umfasst.
- 275 Die Regelungen gelten seit dem 1.5.2021. Zuvor wurden Vorgaben zum Jugendschutz an Anbieter, deren Angebote und Inhalte über Telemedien zugänglich gemacht werden, nur im JMStV getroffen; soweit Inhalte Nutzern über Trägermedien offline zugänglich gemacht wurden, griff das JuSchG.⁴⁰⁶ Durch die Überarbeitung des JuSchG⁴⁰⁷ wird diese Differenzierung aufgehoben – Vorschriften zu über Telemedien zugänglich gemachte Inhalte finden sich nun auch im JuSchG.⁴⁰⁸ Entsprechend sind Telemedien nun auch „Medien“ i. S. d. JuSchG, § 1 Abs. 1a JuSchG.⁴⁰⁹

³⁹⁸ Erdemir in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 5 JMStV, Rn. 70, 66; a. A. Liesching in: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, HmbKommMedienR, Teil 10, § 5 JMStV, Rn. 9; Altenhain in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 20, Rn. 97; Schwidder, CR 2016, 548, 555.

³⁹⁹ Vgl. Erdemir in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 5 JMStV, Rn. 71.

⁴⁰⁰ § 24 Abs. 1 Nr. 1–3 JMStV.

⁴⁰¹ § 24 Abs. 1 Nr. 4 JMStV.

⁴⁰² § 24 Abs. 1 Nr. 5 JMStV.

⁴⁰³ Kritisch Schwindt, CR 2016, 548, 556.

⁴⁰⁴ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a, Rn. 1.334.

⁴⁰⁵ Zum Einsatz unzureichender Altersverifikationssysteme als wettbewerbsrelevantes Verhalten BGH NJW 2008, 1882, 1884 (Rn. 30) – ueber18.de m. Anm. Engels/Jürgens; LG Krefeld, Urt. v. 29.9.2004 – 11O 85/04; OLG Nürnberg ZUM-RD 2005, 341, 342; LG Duisburg NWJ-RR 2005, 478, 479; zur strafrechtlichen Beurteilung KG NStZ-RR 2004, 249, 251; OLG Düsseldorf MMR 2004, 409, 410.

⁴⁰⁶ Altenhain in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 20, Rn. 15.

⁴⁰⁷ Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendschutzgesetzes vom 9.4.2021, BGBl. I S. 742.

⁴⁰⁸ Dahingehend ausdrücklich Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes vom 2.12.2020, BT-Drs. 19/24909, S. 23; umfassend zur Überarbeitung des JMStV und JuSchG und den europarechtlichen Grundlagen in der AVMD-RL Hopf/Braml, ZUM 2020, 312, 313 ff.

⁴⁰⁹ Kritisch Hilgert/Sümmermann, MMR 2020, 301.

Konkret adressiert werden Diensteanbieter; dies sind **Telemedienanbieter** gem. 276 der eingangs dargestellten Definition.⁴¹⁰

§ 14a JuSchG erfasst spezifisch nur **Filme- und Spieleplattformen**, also An- 277 gebote, die (eigene oder fremde) Filme oder Spielprogramme in einem Gesamt- angebot zusammenfassen und mit Gewinnerzielungsabsicht als eigene Inhalte zum individuellen Abruf zu einem von den Nutzern gewählten Zeitpunkt bereithalten, § 14a Abs. 1 S. 1 JuSchG. Für diese wird durch § 14a Abs. 1 S. 2 JuSchG die Ver- pflichtung zur Kennzeichnung der Angebote mit **Altersstufen** begründet. Dies erfordert, dass die Kennzeichnung auch in Online-Mediatheken ohne weitere Zugriffsschritte auf Anhieb erkennbar ist. Auch die Belange von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung sollen berücksichtigt werden und die Wahrnehm- barkeit der Kennzeichnung möglichst barrierefrei erfolgen. Nicht erforderlich ist hingegen eine Kennzeichnung innerhalb der jeweils angesteuerten Medien.⁴¹¹

§ 24a Abs. 1 JuSchG gibt Diensteanbieter, die fremde Informationen mit Ge- 278 winnerzielungsabsicht speichern oder bereitstellen, umfassende **Vorsorgemaß- nahmen** zur Wahrung der Schutzziele des § 10a JuSchG auf.⁴¹² Der Begriff der Diensteanbieter entspricht dem des TMG. Die Vorschrift greift nur, wenn sich das Angebot an Kinder und Jugendliche richtet,⁴¹³ gem. § 1 Abs. 1 JuSchG also bis 14- bzw. bis 18-jährige, und von diesen auch üblicherweise genutzt wird. Ausgenommen sind vom Anwendungsbereich in jedem Fall journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden. Einschlägige Vorsorgemaßnahmen sind nach den Regelbeispielen in § 24a Abs. 2 JuSchG etwa **Beschwerdemöglichkeiten** mit einem effektiven Melde- und Abhilfeverfahren, auch mit einer für Kinder und Jugendliche geeigneten Benutzerführung, Ein- stufungssysteme mit Altersfreigaben, technische Mittel zur Altersverifikation und für Parental-Control-Funktionen oder auch angepasste vertragliche Regelungen. Zu der langen Liste der möglichen Vorsorgemaßnahmen nach § 24a Abs. 2 JuSchG gehören u. a. auch technische Verfahren zur Anzeige von Inhalten, Systeme zur Altersbewertung hochgeladener Inhalte, die Bereitstellung elterlicher Kontroll- und Einstellungsmöglichkeiten und das Treffen von Voreinstellungen, die die möglichst risikoarme Nutzung für Minderjährige ermöglicht. Die Vorsorgemaßnahmen sollen dazu dienen, die **Schutzziele des Jugendschutzes** gem. § 10a JuSchG durch „strukturelle Schutz- und Befähigungsstrukturen“ zu wahren.⁴¹⁴ Dies fügt sich in das Ziel einer Medienlandschaft mit „Safety by Design“ ein und ist an den Regelbeispielen des Art. 28b Abs. 3 UAbs. 4 AVMD-RL orientiert.⁴¹⁵ Die Pflichten greifen erst ab einer Schwelle von 1 Million Nutzern im Inland, § 24 Abs. 3 JuSchG.

Zur Überprüfung der **Angemessenheit der Vorsorgemaßnahmen** kann die 279 Bundeszentrale für Kinder- und Jugendschutz⁴¹⁶ nach § 24b Abs. 1 JuSchG tätig werden und nach § 24b Abs. 4 S. 1 JuSchG entsprechende Anordnungen erlassen.

⁴¹⁰ Nach § 1 Abs. 6 JuSchG entspricht der Begriff dem des TMG; dahingehend allgemein etwa: *Martini* in: BeckOK InfoMedienR, § 2 TMG, Rn. 4 ff.; *Ricke* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 2 TMG, Rn. 2 ff.

⁴¹¹ BT-Drs. 19/24909, S. 48.

⁴¹² So die Zwecksetzung zu § 24a JuSchG nach dem Entwurfsverfasser vgl. BT-Drs. 19/24909, S. 42 f.

⁴¹³ BT-Drs. 19/24909, S. 63.

⁴¹⁴ BT-Drs. 19/24909, S. 27.

⁴¹⁵ BT-Drs. 19/24909, S. 62, S. 63-67.

⁴¹⁶ Wesentliche Vorschriften zur Bundeszentrale finden sich in §§ 17, 17a JuSchG.

Die Zu widerhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung kann nach § 28 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 5 JuSchG mit einer Geldbuße bis zu 5 Millionen Euro geahndet werden. Verstöße gegen die Verpflichtung aus § 14a Abs. 1 S. 2 JuSchG können nach § 28 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 5 JuSchG als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 Euro bestraft werden.

- 280 Auch die Vorschriften des JuSchG stellen **Markverhaltensregeln** i. S. d. § 3a UWG dar,⁴¹⁷ sodass ein Verstoß gegen diese wettbewerbsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

V. Darstellung von Angeboten auf digitalen Plattformen

- 281 Das Angebot digitaler Plattformen kann spezifischen Regulierungsvorgaben hins. der Darstellung enthaltener Angebote, des Rankings dieser und der Sortierung von Suchergebnissen unterliegen. Bestehen derartige Vorgaben, sind diese bereits i. R. d. **Konzeption** zu berücksichtigen und etwa hinterlegte Algorithmen darauf abzustimmen. Derartige Vorgaben gelten nicht für alle Plattformen. Maßgeblich sind zuvörderst zwei Regelungsbereiche, die hierauf Einfluss nehmen: Die seit Juli 2020 geltende P2B-VO für alle Plattformen, die gewerbliche Kunden und Verbraucher zusammenführen, sowie das Kartell- und Wettbewerbsrecht im Fall einer marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Plattform. Das Marktmachtpotential großer Plattformbetreiber ist enorm: Google Search hat weltweit einen Anteil an allen Webseite-Referrals, die von Suchmaschinen stammen, von über 90%, Facebook hat monatlich ca. 2,7 Milliarden aktive Nutzer, Apple zählt 1,5 Milliarden aktive Endgeräte und 14% des weltweiten eCommerce laufen über Amazon.⁴¹⁸ Zwischen 2018 und 2020 haben Apple, Microsoft, Amazon und Alphabet, Googles Muttergesellschaft, gemeinsam eine Marktkapitalisierung von über 1 Billion US-Dollar erlangt.⁴¹⁹
- 282 Hinzu kommen spezifische Jugendschutz-Vorgaben mit der Pflicht zur Implementierung von Altersverifikationssystemen u. ä. technischen Schutzmechanismen, Video-Sharing-Plattformen unterliegen den zusätzlichen Anforderungen der AVMD-Richtlinie, die jüngst in nationales Recht umgesetzt wurde, sowie den allgemeinen Anforderungen des TMG.⁴²⁰ Ergänzend können jeweils sektorspezifische Anforderungen zu berücksichtigen sein, deren umfassende Berücksichtigung den Rahmen dieses Praxisleitfadens indes sprengen würde, allen voran etwa das Medizinproduktorecht, welches von Herstellern etwa die Möglichkeit der Rückverfolgbarkeit bestimmter Vorgänge im Fall von Vorkommnissen erfordert und darüber hinaus etwa die Speicherung von Suchhistorien und Ergebnisauswertungen erfordern kann. Stets zu beachten bleiben auch für digitale

⁴¹⁷ Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a, Rn. 1.334f.

⁴¹⁸ Liebe/Lennartz/Arnold, *wik* Diskussionsbeitrag Nr. 458/2020, S. 7.

⁴¹⁹ Podszun, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen? (2020), F 9.

⁴²⁰ Vgl. dazu allgemein Oster/Wagner in: Dauses/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. V. Kommunikation und Medien, Rn. 80ff.

Plattformen die datenschutz- und datensicherheitsrechtlichen Anforderungen (→ dazu §3 III)

1. Vorgaben für P2B-Plattformen

Die P2B-VO setzt als unmittelbar geltende **EU-Verordnung** seit Juli 2020 **283** spezifische Transparenz-Anforderungen für Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschinen (zusammenfassend: P2B-Anbieter oder P2B-Plattformen) hins. des Rankings der von ihnen vermarkten Produkte gewerblicher Nutzer.

Die **Bedeutung** von P2B-Plattformen nimmt zu. Bestellungen bei Amazon, **284** Google-Suchen und Data-Sharing-Plattformen zum Transfer von Firmeninformationen ins Home-Office, Streamingangebote für Musik und Filme, soziale Medien wie Facebook und Twitter oder auch alternative Verkaufsplattformen wie etsy und vinted: Plattformen sind aus der heutigen Mediennutzung nicht wegzudenken. Für Unternehmen wie Verbraucher erbringen Plattformen als Intermediäre bedeutende Dienstleistungen, indem diese die verschiedensten Akteure zusammenbringen. Die am 20.6.2019 veröffentlichte und seit dem 12.7.2020 geltende P2B-Verordnung erfasst die P2B-Plattformen unter diesen Angeboten und regelt das Verhältnis von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen zu ihren gewerblichen Nutzern und Nutzern mit Unternehmenswebsite.⁴²¹ Mehr als eine Million europäischer KMU nutzen eine noch sehr begrenzte Anzahl von Online Vermittlungsdiensten.⁴²² Hierdurch entsteht ein (potenzielles) Machtgefälle zugunsten der Online-Vermittlungsdienste.

Regelungsziel der P2B-Verordnung ist es, mehr Transparenz und Fairness im **285** Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und gewerblichen Nutzern zu schaffen. Dafür bedient sich die P2B-Verordnung insb. zweier Instrumente: Transparenz- anforderungen an die Rankings und Suchergebnisse einerseits und Vorgaben für die konkrete Vertragsgestaltung andererseits.

Im Folgenden sollen jene Vorgaben beleuchtet werden, die bereits bei der Konzeption und Programmierung von digitalen Angeboten zu bedenken sind (→ zur Vertragsgestaltung unter der P2B-VO § 4 I 12).

a) Anwendungsbereich der P2B-Verordnung

aa) Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 1 P2B-VO. Der **Anwendungsbereich** **287** der P2B-VO ist denkbar **weit**.

Voraussetzungen für betroffene **Online-Vermittlungsdienste** sind allein die **288** Vermittlung oder Anbahnung einer Transaktion zwischen Verbrauchern und gewerblichen Nutzern oder Nutzern mit Unternehmenswebsite, die beide zumindest teilweise in der EU ansässig sind,⁴²³ sowie der Einsatz einseitig vorformulierter

⁴²¹ Im Folgenden zusammenfassend als „gewerbliche Nutzer“ bezeichnet.

⁴²² Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EU C 440/177, S. 2.

⁴²³ Art. 1 Abs. 2 P2B-VO.

Geschäftsbedingungen auf Betreiberseite (dazu → § 4 I 12 a).⁴²⁴ Die Verordnung gilt unabhängig davon, ob ein Vertragsabschluss tatsächlich stattfindet, und unabhängig davon, ob er online oder offline stattfindet.⁴²⁵

- 289 Von der Verordnung betroffene „**Online-Vermittlungsdienste**“ sind Online-Dienste, die es gewerblichen Nutzern ermöglichen, Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anzubieten, indem sie die Einleitung direkter Transaktionen zwischen diesen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern vermitteln und zwar unabhängig davon, wo diese Transaktionen letztlich abgeschlossen werden.⁴²⁶ Wird mithin über ein Portal wie zum Beispiel treatwell.de ein Pediküre-Termin oder über jameda.de ein Arzttermin vereinbart, die eigentliche Vertragsabwicklung findet jedoch erst vor Ort statt, so ist dieser Vorgang dennoch erfasst.
- 290 Vom Anwendungsbereich der Verordnung **ausgenommen** sind Peer-to-Peer-Online-Vermittlungsdienste ohne Beteiligung gewerblicher Nutzer und reine Business-to-Business-Online-Vermittlungsdienste.⁴²⁷
- 291 In EG 10 P2B-VO heißt es zudem: „Die bloße Einbeziehung eines Dienstes von nur untergeordneter Bedeutung sollte nicht damit gleichgesetzt werden, die Vermittlung von Transaktionen i.S. v. Online-Vermittlungsdiensten zum Ziel einer Website oder Dienstleistung zu erklären.“ Damit muss gemeint sein, dass die Vermittlung von Transaktionen zwischen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern einen wesentlichen Bestandteil des jeweiligen Dienstes bilden muss, um als Online-Vermittlungsdienst i. S. d. Verordnung erfasst zu sein.
- 292 Ob der Online-Vermittlungsdienst durch Eingabe in eine Suchmaske oder per Sprachbefehl bedient wird, ist irrelevant – die Verordnung ist explizit **technologieneutral** gefasst.⁴²⁸ Unerheblich ist auch, ob die Transaktionen zwischen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern Zahlungen von Geldbeträgen umfassen.⁴²⁹
- 293 Als **Beispiele** für umfasste Online-Vermittlungsdienste nennt die Verordnung Online-Marktplätze für den elektronischen Geschäftsverkehr – wie Amazon oder ebay – darunter auch kollaborative Marktplätze, auf denen gewerbliche Nutzer aktiv sind, – wie etsy – Online-Dienste für Softwareanwendungen – wie Apples App Store oder Googles Play Store – und Online-Dienste sozialer Medien – wie Shopping-Vorschläge bei Facebook.⁴³⁰
- 294 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Websites wie Airbnb, die ursprünglich als Vermittlungsportal zwischen privaten Nutzern konzipiert wurden, mittlerweile von vielen Nutzern jedoch gewerblich genutzt werden, von der Verordnung umfasst sind. Nach EG 11 P2B-VO sind auch Online-Marktplätze für den elektronischen Geschäftsverkehr, darunter auch **kollaborative Marktplätze**, auf denen gewerbliche Nutzer aktiv sind, von der Verordnung umfasst. Diese Formulierung, nach der es darauf ankommt, ob gewerbliche Nutzer auf der jeweiligen Plattform aktiv sind, zeigt, dass es unerheblich ist, an wen sich die jeweilige Plattform laut ihren Werbeaussagen richtet. Es kann bei Airbnb oder etsy mithin nicht darauf ankommen, dass diese sich gem. ihrer ursprünglichen

⁴²⁴ EG 14 P2B-VO.

⁴²⁵ EG 10 P2B-VO.

⁴²⁶ Art. 2 Nr. 2, EG 10 P2B-VO.

⁴²⁷ EG 11 S. 4 P2B-VO. Dazu Wais, EuZW 2019, 221, 222.

⁴²⁸ EG 10 u. 11 P2B-VO; Schneider/Kremer, wrp 2020, 1128, 1130 (Rn. 15).

⁴²⁹ EG 11 P2B-VO.

⁴³⁰ EG 11 P2B-VO.

Idee oder gem. ihrer Werbeaussagen als Vermittlungsportal von Privat an Privat verstehen. Einzig entscheidend ist, ob sie tatsächlich von gewerblichen Nutzern genutzt werden. Wenn ja, dann ist der Anwendungsbereich der P2B-Verordnung eröffnet.⁴³¹ Für die gerichtliche Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen gesetzlichen Standards letztlich entscheidend wird also eine Einzelfallbetrachtung sein, in der die tatsächlichen Nutzungsverhältnisse der Plattformen ausschlaggebend sein werden.

Ausgenommen sind Online-Zahlungsdienste, Online-Werbeinstrumente oder Online-Werbebörsen,⁴³² die nicht bereitgestellt werden, um die Anbahnung direkter Transaktionen zu vermitteln, und bei denen kein Vertragsverhältnis mit Verbrauchern besteht.⁴³³ Weitere **Bereichsausnahmen** ergeben sich aus den Erwägungsgründen: So sollen Softwaredienste für die Suchmaschinenoptimierung sowie Dienste im Zusammenhang mit Werbeblocker-Software nicht unter die Verordnung fallen. Ausgenommen sind darüber hinaus die technischen Funktionen und Schnittstellen, die lediglich Hardware und Anwendungen miteinander verbinden, da sie i. d. R. die Voraussetzungen für Online-Vermittlungsdienste nicht erfüllen.⁴³⁴ Die genannten Dienstleistungen haben gemeinsam, dass sie allesamt nicht der Vertragsanbahnung zwischen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern dienen. Zum Ausdruck kommt also auch hier, dass das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit der P2B-Verordnung die Vertragsanbahnung zwischen gewerblichem Nutzer und Verbraucher durch den Online-Vermittlungsdienst ist.

Ungeklärt bleibt, ob die P2B-Verordnung auch auf die AGB, welche das Verhältnis der Online-Vermittlungsdienste zu Nutzern, welche ihre Dienste oder Produkte über die Online-Vermittlungsdienste anbieten, **ohne gewerbliche Nutzer oder Nutzer mit Unternehmenswebsite i. S. d. P2B-VO** zu sein, anwendbar ist. Dagegen sprechen Wortlaut und Sinn und Zweck der Verordnung. So heißt es bereits in Art. 1 Abs. 1 P2B-VO, dass durch die Verordnung sichergestellt werden solle, dass für gewerbliche Nutzer und Nutzer mit Unternehmenswebsite von Online-Vermittlungsdiensten und Online-Suchmaschinen eine angemessene Transparenz, Fairness und wirksame Abhilfemöglichkeiten geschaffen werden. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es ausreichend, wenn die Verordnung ihnen ggü. anwendbar ist. Zudem dürften Nutzer, die nicht gewerbliche Nutzer oder Nutzer mit Unternehmenswebsite sind, regelmäßig als Verbraucher handeln. Für sie greift mithin das in Teilen deutlich striktere EU-Verbraucherschutzrecht. Sollten sich Online-Vermittlungsdienste für einheitliche AGB für alle Anbieter entscheiden,⁴³⁵ unabhängig davon, ob es sich um gewerbliche Nutzer oder Nutzer mit Unternehmenswebsite handelt, so müssen sie sich im Zweifelsfall sowohl an den verbraucherschutzrechtlichen als auch an den P2B-Vorgaben messen lassen. Möglich bleibt es aber auch, differenzierte AGB für die verschiedenen Nutzergruppen bereitzustellen. In diesem Fall ist indes die Rechtfertigung einer differenzierten Behandlung bei den Kernparametern – etwa der Darstellung, dem Ranking und

⁴³¹ Auch *Busch* geht von einer Anwendbarkeit auf Airbnb aus: *Busch*, GRUR 2019, 788, 789 a. E.

⁴³² Dazu EG 11 S. 5 u. 7 P2B-VO.

⁴³³ Art. 1 Abs. 3 P2B-VO.

⁴³⁴ EG 11 S. 5 u. 6 P2B-VO.

⁴³⁵ Also z. B. im Falle von Airbnb für alle Vermieter, unabhängig davon, ob sie gewerblich oder privat handeln. Oder bei ebay für alle Verkäufer, unabhängig davon, ob sie gewerblich oder privat handeln.

der Listung – jeweils konkret und für den Einzelfall zu prüfen, ob diese zulässig ist.

- 297 Neben Online-Vermittlungsdiensten sind auch **Online-Suchmaschinen** von der P2B-Verordnung erfasst.⁴³⁶ „Online-Suchmaschine“ meint dabei nach Art. 2 Nr. 5 P2B-VO einen digitalen Dienst, der es Nutzern ermöglicht, in Form eines Stichworts, einer Spracheingabe, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe Anfragen einzugeben, um prinzipiell auf allen Websites oder auf allen Websites in einer bestimmten Sprache eine Suche zu einem beliebigen Thema vorzunehmen und Ergebnisse in einem beliebigen Format angezeigt zu bekommen, über die sie Informationen im Zusammenhang mit dem angeforderten Inhalt finden können – kurz gesagt: Google, Bing, Yahoo und Co. Auch sie können als Gatekeeper fungieren, wenn sie bestimmte Unternehmenswebseiten nicht listen – taucht ein Hotel bei einer Google-Suche, welches das betreffende Reiseziel und das Suchwort Hotel enthält, nicht auf, so verringern sich dadurch die Erfolgsaussichten des Hotels, möglichst viele Kunden anzuziehen, drastisch. Entsprechend ist die Regelungsintention der Verordnung, in den betroffenen Verhältnissen für mehr Fairness und Transparenz gerade in Hinblick auf Ranking und differenzierte Behandlung zu sorgen, auch hier einschlägig. Zu beachten ist, dass auf Online-Suchmaschinen nur ausgesuchte Regelungen der P2B-VO Anwendung finden: Jene, welche das Ranking betreffen⁴³⁷, sowie jene, die die differenzierte Behandlung betreffen.⁴³⁸ Die zahlreichen Vorschriften, welche sich auf die Gestaltung der AGB beziehen (→ zur Gestaltung der AGB § 4 I 12), finden bei Online-Suchmaschinen keine Anwendung. Auch die Vorschriften zum internen Beschwerdemanagement sowie zur Mediation finden nur auf Online-Vermittlungsdienste Anwendung. Die Regelung zu den Klagemöglichkeiten bei Verstößen gegen die P2B-VO findet hingegen auch auf Online-Suchmaschinen Anwendung.
- 298 In Ermangelung eines Vertragsverhältnisses zwischen Online-Suchmaschinen und ihren gewerblichen Nutzern und Nutzern mit Unternehmenswebsite, stellen die Online-Suchmaschinen die von der P2B-VO geforderten Informationen an einer leicht zugänglichen, öffentlichen Stelle ihrer Website zur Verfügung.⁴³⁹
- 299 **bb) Räumlicher Anwendungsbereich, Art.1 Abs.2 P2B-VO.** Hins. des **räumlichen Anwendungsbereich** der Verordnung ist erforderlich, dass die gewerblichen Nutzer, die die Dienste nutzen, ihren Sitz in der Europäischen Union haben und (kumulativ) ihre angebotenen Waren oder Dienstleistungen sich an Kunden zumindest auch in der Europäischen Union richten.⁴⁴⁰ Für die Anwendbarkeit unerheblich ist demggü. der Sitz der P2B-Anbieter.⁴⁴¹ Dabei ist zu prüfen, ob es offenkundig ist, dass gewerbliche Nutzer oder Nutzer mit Unternehmenswebsite ihre Tätigkeiten auf Verbraucher in einem oder mehreren Mitgliedstaaten ausrichten.⁴⁴²

⁴³⁶ Art. 1 Abs. 2 P2B-VO.

⁴³⁷ Art. 5 Abs. 2 P2B-VO.

⁴³⁸ Art. 7 Abs. 2 P2B-VO.

⁴³⁹ Für die Rankingparameter: EG 26 P2B-VO.

⁴⁴⁰ Art. 1 Abs. 2, EG 9 P2B-VO.

⁴⁴¹ EG 9 P2B-VO.

⁴⁴² EG 9 P2B-VO mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union zu Art. 17 I lit. c der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 und Art. 6 I Buchst. b der