

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> . . . . .	V
<b>Bearbeiterverzeichnis</b> . . . . .	IX
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> . . . . .	XI
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	XVII

## § 1 Eine neue Rechtsordnung für digitale Angebote

<b>I. Ein neues digitales Vertragsrecht im BGB</b> . . . . .	1
<b>II. Die EU-Digitalstrategie als Rahmen</b> . . . . .	4
<b>III. Relevante weitere Rechtsvorschriften</b> . . . . .	8
<b>IV. Digitaler Produktzyklus</b> . . . . .	9

## § 2 Charakterisierung digitaler Angebote

<b>I. Digitale Leistungstypen</b> . . . . .	11
1. Digitale Inhalte . . . . .	12
a) In digitaler Form erstellte und bereitgestellte Daten . . . . .	12
b) Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen . . . . .	13
2. Digitale Dienstleistungen . . . . .	14
3. Ausnahmen vom objektiven Anwendungsbereich . . . . .	15
4. Waren mit digitalen Elementen . . . . .	16
5. Digitale Plattformen . . . . .	18
6. Digitale Mietangebote etc. . . . .	20
7. Telemedien . . . . .	21
a) Rundfunkähnliche Telemedien (§§ 74–77 MStV) . . . . .	22
b) Medienplattformen und Benutzeroberflächen (§§ 78–90 MStV) . . . . .	22
c) Medienintermediäre (§§ 91–96 MStV) . . . . .	23
d) Video-Sharing-Dienste . . . . .	24
<b>II. Digitale Gegenleistungstypen</b> . . . . .	24
1. Austauschgeschäft, Vertragsschluss . . . . .	25
a) Gegenseitigkeitsverhältnis . . . . .	25
b) Vertragsschluss . . . . .	27
aa) Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	27
bb) Sonderfall: Websitenutzung als Vertragsschluss? . . . . .	30
2. Art der Gegenleistung . . . . .	33
a) Bezahlen mit Geld . . . . .	33
b) Bezahlen mit digitaler Darstellung eines Werts . . . . .	34
aa) Elektronische Gutscheine, E-Coupons o.ä. . . . .	34
bb) Kryptowährungen . . . . .	34
c) Bezahlen mit Daten . . . . .	35

<b>III.</b>	<b>Vertragstypen</b>	37
1.	Kaufverträge und Waren mit digitalen Elementen	38
2.	Werk-/Werklieferungsverträge	40
3.	Mietverträge	41
4.	Dienstverträge	42
<b>IV.</b>	<b>Vertriebsform/Art der Bereitstellung</b>	43
1.	Funktion des Begriffs „Bereitstellung“	43
2.	Art und Weise der Bereitstellung	44
<b>V.</b>	<b>Anwendbares Recht bei internationaler Verfügbarkeit</b>	46
1.	Rechtswahlfreiheit	47
a)	Unternehmensverträge: B2B	48
b)	Verbraucherverträge: B2C	48
c)	Datenschutzrecht	50
2.	Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht	50
<b>VI.</b>	<b>Checkliste</b>	53

### §3 Von der Idee zum Produkt

<b>I.</b>	<b>Beschaffung</b>	55
1.	Einführung	55
2.	Standardlösungen	56
3.	Individualisierte Leistungen	58
a)	Wasserfall-Methode	58
b)	Agile Methoden	61
aa)	Allgemeines	61
bb)	Vertragliche Gestaltung	62
cc)	Exkurs: Arbeitsrechtliche Risiken	63
4.	Sonderfall: Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber	64
5.	Exkurs Datenschutzrecht: Standardlösungen aus Drittstaaten	64
a)	Drittlandübermittlung	66
b)	Absicherung eines angemessenen Schutzniveaus	67
<b>II.</b>	<b>Urheberrechtskonforme Produktgestaltung</b>	72
1.	Urheberrechtlicher Schutz digitaler Produkte	72
a)	Werkarten und Schutzvoraussetzungen	73
b)	Persönliche Schöpfung	74
c)	Geistiger Gehalt	75
d)	Wahrnehmbare Formgestaltung	75
e)	Individualität	76
f)	Insbesondere: Computerprogramme	77
2.	Rechte des Urhebers am Werk	78
3.	Nutzungsrechte für digitale Angebote	81
a)	Von Arbeitnehmern geschaffene Inhalte	82
b)	Von Auftragnehmern geschaffene und von Werkverwertern bezogene Inhalte	84
c)	Urheberrechtliche Besonderheiten bei der Vertragsgestaltung	85

4.	Besonderheiten beim Einsatz von Open Source Software . . . . .	87
a)	Urheberrechtlicher Schutz von Open Source Software . . . . .	88
b)	Lizenzierung von Open Source Software . . . . .	88
c)	Besondere Lizenzpflichten . . . . .	89
d)	Lizenzkompatibilität . . . . .	91
e)	Folgen für die Produktgestaltung . . . . .	91
5.	Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen . . . . .	92
a)	Urheberrechtsverletzung . . . . .	92
b)	Vertragsverletzung . . . . .	93
<b>III.</b>	<b>Datennutzung für die Produktbereitstellung</b> . . . . .	94
1.	Relevanz . . . . .	94
2.	Unterschiedliche Daten . . . . .	94
a)	Datenkategorien . . . . .	94
b)	Personenbezogene Daten . . . . .	94
c)	Anonymisierte Daten . . . . .	95
d)	Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse . . . . .	96
e)	Sonstige Daten . . . . .	96
3.	Bedeutung für das Produkt . . . . .	97
a)	(Haupt-) Leistungsinhalte . . . . .	97
b)	Metadaten und Nebenprodukte . . . . .	97
4.	Datenschutzrechtliche Implikationen . . . . .	98
a)	Datenschutzrechtliche Rollenverteilung . . . . .	98
b)	Privacy by design und Rollenverschiebung bei Anbietern von Soft- und Hardware . . . . .	100
c)	Grundsätze der Datenverarbeitung . . . . .	101
d)	Rechtliche Aspekte der Datensicherheit . . . . .	104
5.	ePrivacy-rechtliche Implikationen . . . . .	106
a)	ePrivacy-Richtlinie und nationale Umsetzung im TMG . . . . .	107
b)	Reform des TMG und Schaffung des TTDG . . . . .	109
c)	Vorschlag einer ePrivacy-VO . . . . .	111
6.	Free Flow of Data . . . . .	113
<b>IV.</b>	<b>Gestaltung der Benutzeroberfläche</b> . . . . .	114
1.	Gendergerechte Ansprache der Nutzer . . . . .	114
2.	Vertragsschluss (inkl. automatisierter Vertragsschlüsse) . . . . .	117
a)	Nutzungsbedingungen . . . . .	117
b)	Beschaffenheit und Updatepflichten gesondert vereinbaren .	118
c)	Widerrufsrecht u.a. . . . .	119
3.	Anzeige Open Source Lizenzbedingungen . . . . .	120
4.	Kündigungsbutton . . . . .	123
5.	Einwilligungen und Privacy Center . . . . .	124
a)	Aktive Handlung . . . . .	124
b)	Umfassende Information . . . . .	125
c)	Kopplungsverbot . . . . .	126
d)	Privacy Center . . . . .	127
e)	Consent Management Plattformen . . . . .	127
f)	Angebote für Kinder und Jugendliche . . . . .	129

6.	Impressum . . . . .	130
7.	Platzierung der Datenschutz- und ePrivacy-Hinweise . . . . .	131
8.	Gestaltungsvorschlag für Vertragsschluss und Newslettereinwilligung . . . . .	132
9.	Hinweispflichten für Benutzeroberflächen nach dem MStV . . . . .	133
10.	Jugendschutz . . . . .	135
a)	Betroffene Anbieter und Angebote . . . . .	135
b)	Zugriffsschranken für Kinder und Jugendliche . . . . .	136
aa)	Jugendmedienschutz im JMSV . . . . .	136
bb)	Jugendmedienschutz im JuSchG . . . . .	140
<b>V.</b>	<b>Darstellung von Angeboten auf digitalen Plattformen</b> . . . . .	142
1.	Vorgaben für P2B-Plattformen . . . . .	143
a)	Anwendungsbereich der P2B-Verordnung . . . . .	143
aa)	Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 1 P2B-VO . . . . .	143
bb)	Räumlicher Anwendungsbereich, Art. 1 Abs. 2 P2B- VO . . . . .	146
cc)	Kein Marktmachterfordernis . . . . .	148
b)	Ranking, Art. 5 P2B-VO . . . . .	148
c)	Differenzierte Behandlung, Art. 7 P2B-VO . . . . .	150
d)	Einschränkung anderer Vertriebsmöglichkeiten und Best- Price-Klauseln, Art. 10 Abs. 1 P2B-VO . . . . .	151
e)	Verkäufer muss klar erkennbar sein, Art. 3 Abs. 5 P2B-VO . . . . .	151
f)	Nebenwaren und -dienstleistungen, Art. 6 P2B-VO . . . . .	151
g)	Internes Beschwerdemanagement, Mediation, Art. 11 u. 12 P2B-VO . . . . .	151
h)	Kündigung und Delisting, Art. 4 P2B-VO . . . . .	152
i)	Verbandsklagerecht und Rechtsdurchsetzung . . . . .	152
2.	Vorgaben für marktbeherrschende Plattformen . . . . .	153
3.	Inhaltsvorgaben für Intermediäre nach dem MStV . . . . .	153
<b>VI.</b>	<b>Sondervorgaben im Anwendungsbereich des Kartellrechts</b> . . . . .	156
1.	Einführung . . . . .	156
2.	Missbrauchsaufsicht . . . . .	156
3.	B2B-Plattformen . . . . .	158
4.	Preisalgorithmen . . . . .	161
<b>VII.</b>	<b>Dokumentation (Entwicklungsprozess)</b> . . . . .	163
1.	Bedeutung . . . . .	163
2.	Projektbegleitende Dokumentation . . . . .	164
a)	Lasten- und Pflichtenheft . . . . .	164
b)	Projektmanagementdokumentation . . . . .	164
c)	Testdokumentation . . . . .	165
3.	Produktbezogene Dokumentation . . . . .	165
a)	Anwenderdokumentation . . . . .	165
b)	Installationsdokumentation . . . . .	167
c)	Programmdokumentation . . . . .	167
<b>VIII.</b>	<b>Checkliste</b> . . . . .	168

## § 4 Vorbereitungen für die Marktgängigkeit

I.	<b>Gestaltung der Verträge</b>	171
1.	Vertragspartner, Geltungsbereich . . . . .	171
a)	Vertragspartner . . . . .	172
b)	Datenschutzrechtliche Implikationen . . . . .	174
aa)	Abgrenzung zwischen Verantwortlichkeit und Auftragsverarbeitung . . . . .	174
bb)	Feststellung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit . . . . .	176
cc)	Gestaltungsoptionen . . . . .	177
c)	Geltungsbereich . . . . .	178
2.	Vertragstypenwahl . . . . .	178
3.	Vertragsstruktur und Leistung (jeweils Besonderheiten für bestimmte Vertragstypen) . . . . .	182
a)	Leistungsbeschreibung . . . . .	183
b)	Vollzugsmodalitäten . . . . .	186
c)	Haftung und Mängelgewährleistung . . . . .	187
d)	Sonstige Regelungen . . . . .	187
4.	Gegenleistung (inkl. „Bezahlen mit Daten“, jeweils mit Besonderheiten für bestimmte Vertragstypen) . . . . .	188
a)	Abgrenzung B2B und B2C . . . . .	188
b)	Regelfall: Bezahlen mit Geld . . . . .	189
c)	Bezahlen mit Daten . . . . .	189
aa)	Ausgestaltung der Gegenleistung: Einwilligung, Vertragserfüllung oder berechtigte Interessen? . . . . .	190
bb)	Reine „Leistung gegen Daten“-Verträgen und „Mischverträgen“ (Bezahlen mit Geld und Daten) . . . . .	194
cc)	Nutzungsdauer der als Zahlungsmittel bereitgestellten personenbezogenen Daten . . . . .	194
d)	Bezahlen mit der digitalen Darstellung eines Wertes . . . . .	196
5.	Voraussetzungen zur Inanspruchnahme der Leistung, Kundenpflichten (jeweils mit Besonderheiten für bestimmte Vertragstypen) . . . . .	197
6.	Nutzungsrechte, IP . . . . .	199
a)	Einräumung von Nutzungsrechten . . . . .	199
b)	Nutzungsbeschränkungen . . . . .	201
aa)	Insbesondere: Weitergabeverbote . . . . .	202
bb)	Nutzungsbeschränkungen bei Computerprogrammen .	204
7.	Änderungs-/Anpassungsrechte . . . . .	205
a)	Vertragliche Anpassungs- und Änderungsrechte . . . . .	205
b)	Besonderheiten bei Änderungen an digitalen Produkten .	207
8.	Gewährleistung und Haftung . . . . .	209
a)	Mängel an digitalen Produkten . . . . .	210
aa)	Subjektive Anforderungen an digitale Produkte . . . . .	211
bb)	Objektive Anforderungen an digitale Produkte . . . . .	211
cc)	Anforderungen an die Integration digitaler Produkte .	213
dd)	Abweichende Vereinbarungen über Mängel . . . . .	213
b)	Rechtsfolgen mangelhafter digitaler Produkte . . . . .	214

aa) Nacherfüllung .....	214
bb) Vertragsbeendigung .....	215
cc) Minderung .....	216
dd) Schadensersatz .....	216
c) Verjährung von Mängelansprüchen .....	217
d) Prozessuale (Beweislast) .....	218
e) Grenzen der Vertragsgestaltung .....	220
9. Verhinderung von Rechtsverstößen durch die Nutzer .....	221
a) Telemedienanbieter und Diensteanbieter .....	221
b) Zusätzlich: Betreiber sozialer Netzwerke und Video-Sharing-Plattform-Dienste .....	223
aa) Beschwerderechte .....	224
bb) Verbote .....	225
cc) Löschen von Inhalten, Sperrung von Nutzern .....	226
10. Datenschutz .....	227
a) Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung .....	227
b) Einwilligungen .....	228
c) Einwilligung von Kindern und Jugendlichen .....	230
d) Datenschutzinformationen .....	234
e) Datenschutzklausel .....	235
11. Laufzeit, Kündigung, Streitbeilegung, Rechtswahl & Co. ....	236
a) Laufzeit und Kündigung .....	236
b) Streitbeilegung .....	237
12. Besonderheiten für Plattformen unter der Plattform-to-Business-Verordnung .....	238
a) Begriff der AGB in der P2B-VO .....	238
b) Harmonisierungsgrad der P2B-VO .....	240
c) Transparenz und leichte Verfügbarkeit, Art. 3 Abs. 1 lit. a) u. b), Abs. 2 P2B-VO .....	241
d) Zusätzliche Vertriebskanäle und Partnerprogramme, Art. 3 Abs. 1 lit. d) P2B-VO .....	242
e) Nebenwaren oder -dienstleistungen, Art. 6 P2B-VO .....	242
f) Urheber- und Nutzungsrechte, Art. 3 Abs. 1 lit. e) P2B-VO ..	242
g) Ranking, Art. 5 P2B-VO .....	243
h) Differenzierte Behandlung, Art. 7 P2B-VO (Self-Preferencing) .....	243
i) Einschränkung anderer Vertriebsmöglichkeiten und Best- Price-Klauseln, Art. 10 Abs. 1 P2B-VO .....	244
j) Haftung .....	244
k) Kündigung und Delisting, Art. 3 Abs. 1 lit. c) und Art. 4 P2B-VO .....	244
aa) Delisting, Art. 4 Abs. 1 P2B-VO .....	245
bb) Ordentliche Kündigung durch den Anbieter eines Online-Vermittlungsdienstes .....	245
cc) Außerordentliche Kündigung durch den Anbieter eines Online-Vermittlungsdienstes, Art. 4 Abs. 2 P2B-VO ..	247
dd) Ordentliche und außerordentliche Kündigung durch gewerbliche Nutzer, Art. 8 lit. b) P2B-VO .....	248

I)	Änderungsmöglichkeiten der AGB, Art. 3 Abs. 2 P2B-VO . . . . .	248
aa)	Änderungsvorbehalt . . . . .	249
bb)	Sonderkündigungsrecht . . . . .	250
cc)	Widerspruchsrecht? . . . . .	250
dd)	Konkludente Annahme durch Nichthandeln und Fristablauf . . . . .	251
m)	Informationspflicht Datennutzung und Datenzugang, Art. 9 P2B-VO . . . . .	252
n)	Information über internes Beschwerdemanagement, Art. 11 Abs. 3 P2B-VO, und über Mediation, Art. 12 Abs. 1 P2B-VO	252
o)	Folgen nicht verordnungsmäßiger AGB-Klauseln . . . . .	253
<b>II.</b>	<b>Gestaltung der Datenschutz- und ePrivacy-Hinweise u.a. . . . .</b>	254
1.	Impressum . . . . .	254
2.	Datenschutzerklärung . . . . .	257
3.	ePrivacy-Hinweise . . . . .	261
4.	Verbraucherschutzrecht . . . . .	263
5.	Streitbeilegungsplattformen . . . . .	263
a)	Verbraucherschlichtungsstellen nach dem VSBG . . . . .	263
b)	Online-Streitbeilegungsplattformen nach der ODR-VO . . . . .	264
6.	Elektro- und Elektronikgeräte und sektorspezifische Besonderheiten . . . . .	264
<b>III.</b>	<b>Internationaler Roll-Out . . . . .</b>	266
1.	Vertragsgestaltung . . . . .	266
2.	Verfügbarkeit . . . . .	267
<b>IV.</b>	<b>Checkliste . . . . .</b>	269

## § 5 Bereitstellung auf dem Markt

<b>I.</b>	<b>Vertriebskanal . . . . .</b>	271
1.	Fernabsatz über eigene Kanäle . . . . .	272
a)	Informationsanforderungen vor bzw. bei Beginn des Bestellvorgangs . . . . .	272
b)	Informationspflichten während des Bestellvorgangs . . . . .	273
c)	Informationsanforderungen unmittelbar vor Abgabe der Bestellung . . . . .	279
d)	Informationspflichten nach Abgabe der Bestellung . . . . .	279
e)	Informationspflichten nach Vertragsschluss . . . . .	280
f)	Informationsanforderungen in Bezug auf Aktualisierungen im laufenden Vertrag . . . . .	280
g)	Informationspflichten in Bezug auf Änderungen digitaler Produkte im laufenden Vertrag . . . . .	281
h)	Bereitstellung eines Kündigungsbuttons . . . . .	281
2.	App-Stores und andere Plattformen . . . . .	282
a)	Vertragsbeziehung Anbieter – Betreiber . . . . .	282
b)	Vertragsbeziehungen Betreiber – Anwender und Anbieter – Anwender . . . . .	283
3.	Reseller, Handelsvertreter . . . . .	284

<b>II.</b>	<b>Vertragsänderungen, Beibehaltung alter Produktversionen</b>	. . . . .	285
<b>III.</b>	<b>Updatepflichten</b>	. . . . .	288
1.	Digitale Produkte	. . . . .	289
a)	Verbraucherverträge: Schuldrechtliche Updatepflichten des Unternehmers	. . . . .	289
aa)	Sachlicher Umfang der Updatepflichten des Unternehmers	. . . . .	289
bb)	Zeitlicher Umfang der Updatepflichten	. . . . .	294
cc)	Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Updatepflichten	. . . . .	295
dd)	Freistellung des Unternehmers: Obliegenheiten der Verbraucher	. . . . .	295
ee)	Update-Recht des Unternehmers?	. . . . .	296
b)	Schuldrechtliche Updatepflichten im Übrigen	. . . . .	297
c)	Updatepflichten des Anbieters digitaler Produkte außerhalb des Schuldrechts?	. . . . .	298
aa)	Produkthaftung	. . . . .	298
bb)	Deliktische Produzentenhaftung	. . . . .	300
2.	Waren mit digitalen Elementen	. . . . .	302
a)	Verbrauchsgüterkaufverträge: Schuldvertragliche Updatepflichten des Unternehmers	. . . . .	302
aa)	Umfang der Updatepflichten des Unternehmers	. . . . .	302
bb)	Zeitraum der Bereitstellungs- und Informationspflicht	. . . . .	305
cc)	Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Updatepflichten	. . . . .	306
dd)	Rechtsfolgen einer unterbliebenen Installation	. . . . .	306
b)	Updatepflichten im Übrigen	. . . . .	307
<b>IV.</b>	<b>Produktbeobachtungspflichten</b>	. . . . .	307
<b>V.</b>	<b>Weiterverwendung von Daten</b>	. . . . .	309
1.	Weiterverwendung von nicht-personenbezogenen Daten	. . . . .	309
2.	Weiterverwendung von personenbezogenen Daten	. . . . .	310
3.	Weiterverwendung von zum Jugendschutz erhobenen Daten	. . . . .	310
<b>VI.</b>	<b>Pflichten bei Nutzungsende und Marktaustritt</b>	. . . . .	312
1.	Ende des Nutzungszeitraums einzelner digitaler Angebote	. . . . .	313
a)	Digitale Produkte	. . . . .	313
aa)	Dauerschuldverhältnisse	. . . . .	313
bb)	„Kündigungsbutton“	. . . . .	314
cc)	Rechtsfolgen der regulären Vertragsbeendigung	. . . . .	314
dd)	Rechtsfolgen der außerordentlichen Vertragsbeendigung	. . . . .	317
b)	Waren mit digitalen Elementen	. . . . .	317
aa)	Abgrenzung zu digitalen Produkten und Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind („Bündelprodukte“)	. . . . .	318
bb)	Rechtsfolgen der regulären Vertragsbeendigung	. . . . .	318
cc)	Rechtsfolgen des Rücktritts	. . . . .	319
dd)	Entsorgungspflichten des ElektroG	. . . . .	320

2. Beendigung der Bereitstellung eines Produktes oder einer Produktversion . . . . .	325
a) Digitale Produkte . . . . .	325
aa) Kündigung der Bestandsverträge . . . . .	325
bb) (Nach-) Vertragliche Updatepflichten . . . . .	326
b) Waren mit digitalen Elementen . . . . .	328
aa) Fortlaufend bereitzustellende digitale Elemente: Dauer der Bereitstellungspflicht . . . . .	328
bb) Kündigung der Bestandsverträge . . . . .	331
cc) (Nach-) Vertragliche Updatepflichten . . . . .	331
dd) Vorrätig Halten von Ersatzteilen für Hardware . . . . .	333
ee) Entsorgungspflichten des ElektroG bei Marktaustritt des Anbieters . . . . .	334
<b>VII. Checkliste . . . . .</b>	<b>334</b>
<b>Stichwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>339</b>