Das folgende Skriptum steht zum kostenlosen Download zur Verfügung. Das Urheberrecht und sonstige Rechte an dem Text verbleiben beim Verfasser, der keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernehmen kann. Das Skript kann und will die rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Eine Verwendung des Textes, auch in Auszügen, bedarf der Genehmigung des Verfassers. Für den Download des Textes wird keine Gebühr verlangt. Wir folgen insofern dem Shareware-Prinzip. Wenn Ihnen der Text zusagt und Sie die Arbeit des Instituts unterstützen wollen, bitten wir um eine Spende für die „Kaffeekasse“ des Instituts auf folgendes Konto:

Kontoinhaber: „Verein zur Förderung der zivilrechtlichen Abteilung des ITM e.V.“
Konto-Nr. 95795300
BLZ 40160050 (Volksbank Münster)
IBAN: DE90 4016 0050 0095 7953 00
BIC: GENODEM1MSC
Vorwort

Was soll dieses Buch im Internet? In der Tat könnte man sich fragen, wieso ein Buch kostenfrei zum Download über das Internet bereitgehalten wird, das man vielleicht an anderer Stelle sogar käuflich in fester Form erwerben kann. Es gilt zu beachten, dass das Internet eine Dynamik hat, die die klassischen Buchverleger überfordert. Viele der in einem Buch getroffenen Aussagen sind gerade wegen des buchspezifischen Time Lag schon im Zeitpunkt des Erscheinens überholt. Dennoch macht es gerade auch im Zeitalter der digitalen Schnelligkeit Sinn, Bücher zu publizieren. Diese nehmen eine andere Funktion wahr. Galten sie früher als Medium für die schnelle Information, sind sie heute Archive. Es wird ein bestimmter historisch wichtiger Zeitpunkt der Diskussion für alle Zeiten festgehalten. Für eine zeitnah-aktuelle Information ist das Buch jedoch kaum noch geeignet. Wer also halbwegs up to date bleiben will, muss auch im Internet publizieren und lesen.


Der Aufbau dieses Buches richtet sich nach den Bedürfnissen der Internetanbieter. Diese brauchen, um im Internet auftreten zu können,

- eine Kennung (dies verweist auf das Domainrecht),
- Inhalte (ein Tummelplatz für das Immaterialgüterrecht),
- Werbung und Marketing (hier kommen die Wettbewerbsrechtler zu Wort),
- den Kontakt zum Kunden (was zu Ausführungen zum Vertragsschluss und zum E-Commerce-Recht führt)
- sowie Daten der Kunden (hier gilt das Datenschutzrecht).

Abschließend findet sich noch ein Abschnitt zu der Frage, wer für alle diese Rechtsanforderungen haftet. Schließlich wird auch noch auf das Problem der Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen
im Internet eingegangen. Gerade das Vollstreckungsrecht ist der archimedische Punkt der Internet-
diskussion.

Ich kann nur hoffen, dass der gnädige Leser trotz mancher Schwächen den einen oder anderen Hin-
weis für seine tägliche Praxis in den folgenden Überlegungen findet.

Münster, Oktober 2014 Thomas Hoeren
Erstes Kapitel: Information und Recht – die Kernbegriffe

I. Einführung.............................................................................................................................. 1

II. Geschichte des Informationsrechts....................................................................................... 2

III. Einführende Literatur und Fachzeitschriften................................................................. 3

Zweites Kapitel: Rechtsprobleme beim Erwerb von Domains

I. Praxis der Adressvergabe................................................................................................................ 8

1. Internationale Strukturen/ICANN....................................................................................... 8

2. Die .EU-Domain .................................................................................................................. 11

3. Die DENIC eG ................................................................................................................... 13

4. Domainrecherche im Internet............................................................................................ 14

II. Kennzeichenrechtliche Vorgaben........................................................................................... 16

1. Kollisionsrechtliche Vorfragen............................................................................................... 16

2. Schutz von Domains nach dem MarkenG ......................................................................... 19

   a) Domain als Marke i.S.d. § 3 MarkenG ......................................................................... 19

   b) Domain als Unternehmenskennzeichen i.S.d. § 5 Abs. 2 MarkenG ....................... 21

   c) Titelschutz...................................................................................................................... 23

3. §§ 14, 15 MarkenG .............................................................................................................. 26

   a) Kennzeichenmäßige Benutzung .................................................................................. 26

   b) Benutzung im geschäftlichen Verkehr ..................................................................... 27

   c) Verwechslungsgefahr.................................................................................................... 29

   d) Gleichnamigkeit .......................................................................................................... 33

   e) Gattungsbegriffe.......................................................................................................... 38

   f) „com“-Adressen ............................................................................................................ 45

   g) Regional begrenzter Schutz.......................................................................................... 46

   h) Afilias-Entscheidung und die Konsequenzen............................................................ 46

4. Reichweite von §§ 823, 826 BGB und § 3 UWG.............................................................. 48

5. Allgemeiner Namensschutz über § 12 BGB................................................................. 52

6. Rechtsfolgen einer Markenrechtsverletzung .................................................................. 60

   a) Unterlassungsanspruch .............................................................................................. 61

   b) Schadensersatz durch Verzicht .................................................................................. 63

7. Verantwortlichkeit der DENIC für rechtswidrige Domains........................................ 66

III. Pfändung und Bilanzierung von Domains.............................................................................. 71
IV. Streitschlichtung nach der UDRP ................................................................. 74
V. Streitschlichtung rund um die EU-Domain ...................................................... 80

Drittes Kapitel: Das Urheberrecht

I. Vorüberlegungen .................................................................................................. 88
II. Kollisionsrechtliche Fragen ................................................................................. 89
III. Schutzfähige Werke .......................................................................................... 93
  1. Der Katalog geschützter Werkarten ................................................................. 93
  2. Idee – Form ........................................................................................................ 94
  3. Schutzhöhe ....................................................................................................... 96
IV. Leistungsschutzrechte ....................................................................................... 102
  1. Ausübende Künstler, §§ 73–84 UrhG ............................................................... 103
  2. Tonträgerhersteller, §§ 85, 86 UrhG ................................................................. 103
  3. Datenbankhersteller, §§ 87a–87e UrhG ............................................................ 105
     a) Vorüberlegungen: Der urheberrechtliche Schutz von Datenbanken .......... 105
     b) Die Sui-generis-Komponente ....................................................................... 106
        aa) Datenbankbegriff .................................................................................. 106
        bb) Schutzumfang ....................................................................................... 110
  4. Presseverleger, §§ 87f – 87h UrhG ................................................................. 114
V. Verwertungsrechte des Urhebers ..................................................................... 115
  1. Vervielfältigung ................................................................................................ 116
  2. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung .................................................... 123
  3. Verbreitungsrecht ............................................................................................ 125
VI. Urheberpersönlichkeitsrechte ....................................................................... 125
  1. Entstellungsverbot .......................................................................................... 126
  2. Namensnennungsrecht .................................................................................... 127
  3. Erstveröffentlichungsrecht ............................................................................... 128
VII. Gesetzliche Schranken ................................................................................... 128
  1. Ablauf der Schutzfrist und verwaiste Werke ................................................... 129
  2. Erschöpfungsgrundsatz ................................................................................... 131
  3. Öffentliche Reden (§ 48 UrhG) ....................................................................... 135
  4. Zeitungsartikel (§ 49 UrhG) ............................................................................ 135
     a) Artikel ........................................................................................................... 136
b) Zeitungen ........................................................................................................... 136

c) Elektronische Pressespiegel.......................................................................... 137

d) Vergütungsanspruch....................................................................................... 139

5. Zitierfreiheit (§ 51 UrhG) ................................................................................ 140

   a) Zitierfreiheit für wissenschaftliche Werke ................................................. 140

      aa) Wissenschaft ............................................................................................... 140

      bb) Umfang des Zitats ..................................................................................... 141

      cc) Zitatzweck .................................................................................................. 141

   b) Kleinzitat, § 51 Nr. 2 UrhG ............................................................................ 142

   c) Musikzitate, § 51 Nr. 3 UrhG ......................................................................... 143

6. Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung, § 52a UrhG 143

7. Die Nutzung über Bibliothekarbeitsplätze, § 52b UrhG .............................. 145

8. Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, § 53 UrhG .............................. 146

   a) Privater Gebrauch ......................................................................................... 148

   b) Eigener wissenschaftlicher Gebrauch ......................................................... 152

   c) Aufnahme in ein eigenes Archiv .................................................................... 154

   d) Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge ............................................................... 154

   e) Kopienversanddienste, § 53a UrhG ............................................................... 154

   f) Ausnahmeregelungen für den Unterricht ..................................................... 156

   g) Rechtsfolge: Vergütungsanspruch ................................................................. 157

      aa) Die alte Rechtslage: Vergütung bei Bild- und Tonaufzeichnungen und bei
          reprodographischen Vervielfältigungen ...................................................... 157

      bb) Die neue Rechtslage: § 54 Abs. 1 UrhG .................................................... 159

   h) Hausrechte ...................................................................................................... 160

9. Kartellrechtliche Zwangslizenzen ................................................................. 161

VIII. Verwertungsgesellschaften ........................................................................ 164

   1. GEMA .............................................................................................................. 167

   2. VG Wort ........................................................................................................ 170

   3. VG Bild-Kunst ................................................................................................ 172

IX. Möglichkeiten der Rechteübertragung ....................................................... 172

   1. Vorüberlegungen ............................................................................................ 173
2. Abgrenzung der Nutzungsrechte ................................................................. 174
   a) Einfaches versus ausschließliches Nutzungsrecht ................................. 175
   b) Zeitliche und räumliche Begrenzung ..................................................... 176
   c) Zweckübertragung (§ 31 Abs. 5 UrhG): Auflistung der zu übertragenden
       Rechte ........................................................................................................... 176
   d) Weiterübertragung .................................................................................. 179
   e) Nichtausübung und Rückrufsrechte ....................................................... 181
   f) Honorare .................................................................................................... 181
3. § 31a UrhG und die unbekannten Nutzungsarten ........................................ 184
   a) Einführung ............................................................................................... 185
   b) Unbekannte Nutzungsarten und der „Zweite Korb“ ................................ 186
   c) Übergangsregelung des § 137l UrhG ...................................................... 187
4. Die Rechtsstellung des angestellten Webdesigners .................................... 187
5. Nutzungsrechtsverträge in der Insolvenz ..................................................... 193

X. Code as Code – Zum Schutz von und gegen Kopierschutzmechanismen ........ 196

XI. Folgen bei Rechtsverletzung .................................................................... 201
1. Strafrechtliche Sanktionen ......................................................................... 202
2. Zivilrechtliche Ansprüche .......................................................................... 204
   a) § 97 Abs. 1 UrhG ...................................................................................... 204
      aa) Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung ..................................... 205
      bb) Anspruch auf Schadensersatz ......................................................... 205
   b) Sonstige Geldansprüche .......................................................................... 208
   c) Auskunft und Rechnungslegung .............................................................. 208

Viertes Kapitel: Online-Marketing – Werberechtliche Fragen .......................... 216

I. Kollisionsrechtliche Fragen ........................................................................ 217
II. Anwendbare Regelungen ........................................................................... 223
   1. Besondere Regelungen mit wettbewerbsrechtlichem Gehalt .................. 224
      a) Standesrecht ......................................................................................... 224
      b) Werbebeschränkungen für besondere Produkte ................................. 232
      c) Bewertungssysteme ............................................................................. 240
         aa) falsche Tatsachenbehauptungen ..................................................... 240
         bb) Beweislast ..................................................................................... 242
cc) Werturteile ................................................................................................................................. 243

dd) Auswirkungen auf Vertragsverhältnis mit Internetplattform ................................................... 246

d) Die Preisangabenverordnung, die Impressums- und weitere Informationspflichten ................................. 246

aa) Preisangabenverordnung ........................................................................................................ 247

bb) Impressumspflicht ................................................................................................................... 250

c) Lieferfristen ................................................................................................................................... 255

dd) Informationspflichten nach Fernabsatzrecht .............................................................................. 256

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht ........................................................................................................ 257

a) Kommerzielle Versendung von E-Mails .................................................................................. 258

b) Trennungsgebot ........................................................................................................................ 266

c) Hyperlinks ........................................................................................................................................ 268

aa) Deep Linking ............................................................................................................................. 269

bb) Framing bzw. Inline-Linking ........................................................................................................... 270

c) Vorspannwerbung und Virtual Malls ............................................................................................... 272

d) Meta-Tags und Google AdWords ................................................................................................ 273

e) Sonstige wettbewerbsrechtliche Werbebeschränkungen .................................................................. 281

3. Prozessuale Fragen .......................................................................................................................... 286

Fünftes Kapitel: Der Vertragsschluss mit dem Kunden ........................................................................ 291

I. Kollisionsrechtliche Fragen .............................................................................................................. 291

1. UN-Kaufrecht .................................................................................................................................... 291

2. Grundzüge der Rom I-VO ............................................................................................................... 292

3. Kollisionsrecht und Verbraucherschutz ....................................................................................... 294

4. Sonderanknüpfungen .................................................................................................................... 298

5. Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht ......................................................................... 299

II. Vertragsschluss im Internet ........................................................................................................... 300

1. Allgemeine Regeln für den Vertragsschluss ................................................................................. 301

a) Annahmeerklärung und Bestätigungsmail, § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB ........................................... 301

b) Zugang ............................................................................................................................................... 302

c) Anfechtung ....................................................................................................................................... 304

d) Stellvertretung und Internet ......................................................................................................... 306

2. Vertragsschluss mit Verbrauchern .................................................................................................. 308
3. Vertragsschluss bei Online-Auktionen ............................................................... 310
4. Problematica der Abofallen ............................................................................... 318

III. Verbraucherschutz im Internet ........................................................................ 324
1. Neuregelung des Verbraucherschutzrechts ..................................................... 324
2. Das Fernabsatzrecht ....................................................................................... 327
   a) Anwendungsbereich ................................................................................. 328
   b) Widerrufsrecht .......................................................................................... 330
   c) Kostentragung ......................................................................................... 334
      aa) Rücksendekosten ................................................................................. 334
      bb) Hinsendekosten .................................................................................. 334
      cc) Wertverluste ....................................................................................... 335
      dd) Nutzungsersatz ............................................................................... 335
   d) Ausnahmebestimmungen ........................................................................ 335
   e) Das Widerrufsrecht bei Onlineauktionen ............................................... 339

IV. Schriftform und digitale Signatur ..................................................................... 340
V. Beweiswert digitaler Dokumente ....................................................................... 342
   1. Freie richterliche Beweiswürdigung ......................................................... 343
   2. Beweisvereinbarung ................................................................................. 344
   3. Signaturrichtlinie und das neue Signaturgesetz ....................................... 344

VI. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ......................................... 350
VII. Zahlungsmittel im elektronischen Geschäftsverkehr ....................................... 356
   1. Herkömmliche Zahlungsmethoden ......................................................... 357
   2. Internetspezifische Zahlungsmethoden ................................................... 358

Sechstes Kapitel: Datenschutzrecht ................................................................. 361
 I. Vorab: Besondere Persönlichkeitsrechte ...................................................... 362
 II. Geschichte des Datenschutzrechts ................................................................. 370
   1. Vorgeschichte des BDSG 1991 ............................................................... 370
   2. Die EU-Datenschutzrichtlinie und die jüngsten Novellierungen des BDSG .. 372
   3. Die Richtlinie 2006/24/EG ................................................................. 377
 III. Kollisionsrechtliche Vorfragen ...................................................................... 380
 IV. Die Grundstruktur des BDSG ...................................................................... 383
   1. Abgrenzung zwischen BDSG und Telemediengesetz ......................... 383
2. Personenbezogene Daten, § 3 Abs. 1 BDSG .......................................................... 384
3. Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten ........................................ 387
   a) Erhebung von Daten, § 3 Abs. 3 BDSG ...................................................... 387
   b) Verarbeitung von Daten ................................................................. 388
      aa) Speicherung, § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG .................................................. 388
      bb) Veränderung, § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG .............................................. 388
      cc) Übermittlung, § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG .............................................. 389
      dd) Sperrung, § 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG .................................................... 390
      ee) Löschung, § 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG ..................................................... 391
V. Ermächtigungsgrundlagen ............................................................................. 391
   1. Einwilligung ............................................................................................. 391
   2. Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung – zugleich eine Einführung in
      arbeitsrechtliche Probleme mit Bezug zum Internet .................................. 396
   3. Gesetzliche Ermächtigung ........................................................................ 405
      a) § 28 BDSG ...................................................................................... 405
      b) Rasterfahndung und Auskunftsersuchen staatlicher Stellen .................. 407
VI. Haftung bei unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitung ...................... 413
   1. Vertragliche Ansprüche .......................................................................... 413
   2. Gesetzliche Ansprüche .......................................................................... 413
      a) Verletzung des Persönlichkeitsrechts, § 823 Abs. 1 BGB .................... 414
      b) Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 Abs. 2 BGB ......................... 417
      c) Schadensersatz nach §§ 824, 826 BGB ............................................ 417
      d) Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche ....................................... 417
VII. Sonderbestimmungen im Online-Bereich .................................................. 419
   1. Datenschutz im TK-Sektor: Das TKG .................................................. 419
   2. Das TMG .............................................................................................. 422
VIII. Ausgewählte Sonderprobleme ................................................................. 425
   1. Web-Cookies ......................................................................................... 425
   2. Protokollierung von Nutzungsdaten zur Missbrauchsbekämpfung .......... 429
   3. Outsourcing .......................................................................................... 430
      a) Auftragsverarbeitung und Funktionsübertragung .............................. 430
      b) Besonderheiten bei Geheimnisträgern ............................................. 435
II. Zuständigkeit bei Verträgen ............................................................................................. 498
  1. Die nationale Zuständigkeit ................................................................................ 498
  2. Die EUGVO .......................................................................................................... 498
  3. Das Haager Übereinkommen .............................................................................. 499
III. Vollstreckung .................................................................................................................. 501
IV. Online Dispute Settlement ............................................................................................. 501
V. Internationales Privatrecht ............................................................................................... 502
  1. CISG ...................................................................................................................... 502
  2. EU-Kollisionsrecht ............................................................................................... 502
     a) Rom-I-VO .......................................................................................................... 502
     b) Rom-II-VO ......................................................................................................... 504
  3. Deutsches IPR ....................................................................................................... 506
  4. Exemplarische Problemgestaltungen .................................................................... 507

Neuntes Kapitel: Internetstrafrecht 510
I. Einführung .......................................................................................................................... 511
II. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts ............................................................................. 512
III. Internationale Regelungen ............................................................................................ 512
  1. Cybercrime Convention ...................................................................................... 513
  2. EU-Rahmenbeschluss des Europarates (2005/222/JI) ........................................ 514
  3. EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (2006/24/EG) ............................. 514
  4. EU-Haftbefehl (2002/584/JI) ............................................................................... 515
IV. Materielles Internetstrafrecht ....................................................................................... 516
  1. Internet als Propagandamittel ............................................................................ 516
  2. Gewaltdarstellungen im Internet (§ 131 StGB) .................................................... 518
  3. (Kinder-) Pornographie im Internet ..................................................................... 519
  4. Jugendschutz im Internet .................................................................................... 521
  5. Beleidigungen im Internet ................................................................................... 523
  6. Hyperlinks ............................................................................................................. 523
  7. Viren, Würmer, Trojane, Spyware ....................................................................... 525
  8. Phishing, Pharming .............................................................................................. 527
  9. DDoS-Attacken (Distributed Denial of Service) ................................................ 530
 10. Dialer ..................................................................................................................... 532
11. IP-Spoofing und Portscanning ................................................................. 534
12. Einstellung von mangelbehäfteten Angeboten ins Internet einschl. der Nutzung fremder Accounts („Account-Takeover“) ........................................... 536
13. Filesharing .............................................................................................. 536
14. Film-Streaming ...................................................................................... 537

V. Strafprozessrecht ...................................................................................... 540
   1. Vorratsdatenspeicherung und verdeckte Online-Durchsuchung .............. 540
   2. E-Mail-Überwachung und Beschlagnahme von E-Mails ....................... 546
   3. Hinzuziehung von Dritten im Ermittlungsverfahren ............................... 549

Anhang: Musterverträge ............................................................................. 552
   I. Einkaufsbedingungen ........................................................................ 552
   II. Erwerb von Musikrechten für die Online-Nutzung ................................ 554
   III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern ................ 557
   IV. Mustertext: AGB-Vorschläge zur Gewährleistung ............................. 561
Erstes Kapitel: Information und Recht – die Kernbegriffe

I. Einführung


Letztendlich umschreibt der Begriff des Informationsrechts eine Querschnittsmaterie, in deren Mittelpunkt Phänomene wie

- das Internet
- Soft- und Hardware
- Kunsthandel
- Rundfunk und Fernsehen
- Musik, Theater, Film, Foto, Printmedien
- Telekommunikation, Satellitenkommunikation, Kabelnetze

stehen.

---

\(^1\) Siehe hierzu Steinmüller, Informationstechnologie und Gesellschaft, Darmstadt 1993, 189.
Das Informationsrecht bildet jedoch nicht den Oberbegriff für eine lose Sammlung verschiedenster Themen. Vielmehr beschäftigt das Informationsrecht eine zentrale Leitfrage: Wie werden wem wann und warum Ausschließlichkeitsrechte an Informationen zugeordnet? Diese Leitfrage lässt sich in Einzelprobleme untergliedern. So ist z.B. im Informationsrecht zu fragen:

- Welche Ausschließlichkeitsrechte bestehen überhaupt (z.B. Immaterialgüterrechte, Persönlichkeitsrechte, Geheimnisschutz)?
- Wie lassen sich diese Rechte voneinander abgrenzen?
- Wie kann das Interesse der Allgemeinheit am freien Zugang zu Informationen gesichert werden?
- Welche öffentlichen Interessen rechtferigen Verbote der Informationsnutzung?

II. Geschichte des Informationsrechts


Die Forschung bewegte sich bis Ende der achtziger Jahre in ruhigeren Gewässern, bis dann durch Multimedia und Internet neue Themen ins Blickfeld gerieten. Bislang scheint die Forschung hier noch bei den „first generation issues“ stehen geblieben zu sein. So finden sich zahlreiche Beiträge zur Anwendbarkeit des traditionellen Werberechts auf Online-Marketing oder zum Schutz gegen Domain-Grabbing. Inzwischen normalisiert sich die Diskussion wieder. Nachdem die Anwendbar-
keit traditioneller Regelungen auf Internet-Sachverhalte weitgehend (auch durch Gesetzeskorrekturen) geklärt ist, kommt jetzt erneut die Phase, in denen Detailfragen zu klären sind.

Dennoch ist es bis heute noch nicht gelungen, ein klares dogmatisches System des Informationsrechts zu begründen. Der Zusammenhang zwischen den verschiedenen Facetten des Informationsrechts bedarf noch der Aufklärung und Diskussion.

III. Einführende Literatur und Fachzeitschriften


Hinweise zu Einführungsliteratur für einzelne Teilgebiete finden sich vor den jeweiligen Abschnitten in diesem Werk. Als übergeordnete Literatur ist zu empfehlen:

Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediarecht, München, Loseblatt: Stand 2014.
Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, München, Loseblatt: Stand 2014.

Einzelmonographien:


Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 7. Aufl., Heidelberg (C.F. Müller) 2011.

Hinsichtlich der Fachzeitschriften ist ein Trend zu einer Informationsüberflutung zu beobachten. Eine Fülle neuer Zeitschriften ist in den letzten Jahren zum Informationsrecht erschienen; offensichtlich wittern viele Verleger hier „Morgenluft“. Die Qualität der Beiträge lässt allerdings manchmal zu wünschen übrig; viele Inhalte wiederholen sich. Bei der Lektüre ist also Vorsicht ge-
boten. Im Einzelnen erscheinen in Deutschland folgende Zeitschriften (in alphabetischer Reihenfolge):

- Archiv für Presserecht/Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (AfP)
- Computer und Recht (CR)
- Computer Law Review International (CRi)
- Datenschutz-Nachrichten (DANA)
- Datenschutz und Datensicherung (DuD)
- Datenverarbeitung, Steuer, Wirtschaft, Recht (DSWR)
- Datenverarbeitung im Recht (DVR; eingestellt 1987)
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil (GRUR Int.)
- Der IT-Rechts-Berater (ITRB)
- Informatik und Recht (IuR; eingestellt 1988)
- Kommunikation & Recht (K&R)
- Kunst & Recht (KR)
- Multimedia und Recht (MMR)
- Neue Juristische Wochenschrift. Computerreport (NJW-CoR; eingestellt 2000)
- Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung (ÖVD; eingestellt 1986)
- PingG – Privacy in Germany
- Recht der Datenverarbeitung (RDV)
- Zeitschrift für geistiges Eigentum

Österreich:

- Ecolex
- Medien & Recht
- Rundfunkrecht (RfR)

Schweiz:

- sic!
- Digma/Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit

Im internationalen Kontext ist die Lage auf dem Zeitschriftenmarkt kaum überschaubar. Hier sei nur eine Auswahl genannt:
Für die Recherche in Fachbibliotheken muss beachtet werden, dass es sich beim Informationsrecht um eine junge Disziplin handelt, die nur an wenigen Universitäten beheimatet ist. Der unbedarfte Forscher wird daher meist enttäuscht sein, wenn er versucht, über seine lokale Fakultätsbibliothek an einschlägige Werke zu gelangen. Zu empfehlen sind die Bibliotheken folgender Einrichtungen:

- DFG-Graduiertenkolleg „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ (Universität Bayreuth)
- Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (München)
- Institut für Rechtsinformatik (Universität Saarbrücken)
- Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht (Universität Köln)
- Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Medienrecht (TU Dresden)
- Institut für Rechtsinformatik (Universität Hannover)
- Zentrum für Rechtsinformatik (Universität Karlsruhe)
• Gerd Bucerius-Stiftungsprofessur für Kommunikationsrecht (Universität Rostock)
• Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht/ITM (Universität Münster)
• Institut für Urheber- und Medienrecht (München).

Im **europäischen Ausland** findet sich das

• Institut voor Informatierecht (Universiteit Amsterdam/Niederlande)
• Centre de Recherches Informatique et Droit/CRID (Universite de Namur/Belgien)
• Centre for Advanced Legal Studies (London)
• Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik der Karl-Franzens-Universität Graz
• Interdisciplinary Centre for Law & Information Technology (Leuven)
• Norwegian Research Center for Computers and Law/NRCCL (Oslo)
• Queen Mary University of London School of Law (London)
• Centre d’Estudis de Dret i Informàtica de Balears (Palma de Mallorca).

Zweites Kapitel: Rechtsprobleme beim Erwerb von Domains

Literatur:


Wer im Internet erreichbar sein will, braucht eine eindeutige Adresse. Ansonsten erreicht ihn weder die elektronische Post noch kann der Nutzer sein Informationsangebot abrufen. Internet-Adressen sind ein äußerst knappes Gut. Sie können nur einmal vergeben werden; der Run auf diese Kennzeichnungen ist deshalb eine logische Konsequenz. Schon bald machten sich erste digitale
Adressenhändler auf die Suche nach wertvollen Kennzeichnungen, die sie reservieren ließen, um sie nachher gegen teures Geld zu verkaufen. Markenrechtliche Auseinandersetzungen waren vorprogrammiert und es häuften sich im In- und Ausland Gerichtsentscheidungen zu diesem Problembe- reich.

I. Praxis der Adressvergabe

Literatur:


Bei der Durchsetzung der markenrechtlichen Vorgaben sind die faktischen Besonderheiten der Adressvergabe im Internet zu beachten. Nur eine offiziell gemeldete Adresse kann ordnungsgemäß geroutet werden, d.h. am Internet teilnehmen.

1. Internationale Strukturen/ICANN

Literatur:


Die für die Kommunikation zwischen den einzelnen Rechnern erforderlichen IP-Adressen werden nicht vom Staat vergeben. Als Oberorganisation ist vielmehr die ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) zuständig. Die ICANN wurde im Herbst 1998 als private non-

---

Siehe dazu Kleinwächter, MMR 1999, 452.
profit-public benefit organization i.S.d §§ 5110–6910 des California Corporation Code in den USA gegründet.\(^4\) Der Sitz ist in Kalifornien.

Die ICANN hat weitreichende Kompetenzen im Domainbereich, u.a.

- die Vergabe und Verwaltung von IP-Adressen, mit Hilfe der Numbering Authorities ARIN (für Amerika), RIPE (für Europa), Afrinic (für Afrika) oder APNIC (für die Regionen Asien und Pazifik)
- die Vergabe und Verwaltung von Top-Level-Domains, sowohl hinsichtlich der länderbasierten Kennungen (country-code Top-Level-Domains; ccTLDs) als auch der generischen Top-Level-Domains (gTLDs); hierzu akkreditiert ICANN sog. Registrars, bei denen dann die einzelnen Domains registriert werden können.

Derzeit bestehen folgende gTLDs:\(^5\)

- arpa (ARPANET; diese TLD wird von der IANA als „Infrastrukturdomain“ bezeichnet)
- biz (Unternehmen)
- com („Commercial“)
- info (Informationsdienste)
- int (Internationale Organisationen)
- name (Natürliche Personen oder Familien)
- net (für Angebote mit Internetbezug)
- org (für nichtkommerzielle Organisationen)
- pro (Bestimmte Berufsgruppen – Anwälte, Steuerberater, Ärzte, Ingenieure – in USA, Kanada, Deutschland und dem Vereinigten Königreich)

Außerdem bestehen folgende sog. Sponsored gTLDs:

- aero (Luftverkehr)
- asia (Region Asien)
- cat (Region Katalonien)


\(^5\) Um die zuständigen Registrierungsstellen für diese Kennungen festzustellen siehe http://www.icann.org registries/listing.html.
• coop (Genossenschaftlich organisierte Unternehmen)
• edu (Bildungsorganisationen)
• gov (US-Regierung)
• jobs (Internationaler Bereich des Human Resource Management)
• mil (US-Militär)
• mobi (Mobilfunkanbieter bzw. Inhalte, die durch mobile Endgeräte genutzt werden können)
• museum (für Museen)
• tel (vereinfachtes Anrufen bei Firmen und Unternehmen)
• travel (Reiseanbieter)
• xxx (Pornoanbieter).


Länderspezifisch bestehen heute über 200 verschiedene Top-Level-Domains. Wichtig sind die ccTLDs

- at (Österreich)
- ch (Schweiz)
- de (Deutschland)
- es (Spanien)
- fr (Frankreich)
- jp (Japan)
- nl (Niederlande)
- no (Norwegen)
- uk (Großbritannien).

---

6 Vgl. http://heise.de/-1211025 (zuletzt abgerufen am 03.06.2014).
7 Vgl. zu diesem Problemkreis MMR-Aktuell 2011, 320145.
Die Kennung „us“ (für die USA) existiert zwar, ist aber nicht gebräuchlich. Einen besonderen Reiz üben Kennungen aus, die über ihren Länderbezug hinaus eine Aussagekraft haben, wie z.B.: „tv“ (für Tuvalu; begehrt bei Fernsehsendern) und „ag“ (für Antigua; gleichzeitig Ausdruck für Aktiengesellschaft). Besondere Probleme bestanden mit der Zulassung von Domains auf der Basis des chinesisch-japanischen Schriftsystems; diese Probleme wurden im Juni 2003 durch die Einführung eigener ICANN-Standardisierungsrichtlinien gelöst.9


2. Die .EU-Domain

Literatur:

Eichelberger, Benutzungszwang für .eu-Domains?, K&R 2007, 453; Eichelberger, Das Verhältnis von alternativem Streitbeilegungsverfahren zum Zivilprozess bei Streitigkeiten über .eu-Domains, K&R 2008, 410; Försterling/Hohl, Verhältnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur al-

9 http://www.icann.org/general/idn-guidelines-20jun03.htm.
13 MMR-Aktuell 2011, 319448.

wünsche für die Domain erhielten eine bessere Priorität. In der Zwischenzeit existieren mehr als zwei Millionen aktive Domains mit der .eu-Kennung.

3. Die DENIC eG

Über die Einrichtung einer deutschen Domain unterhalb der Top-Level-Domain „.de“ und ihre Anbindung an das Internet wacht seit dem 17. Dezember 1996 die DENIC eG. Im August 2008 hatte sie 264 Mitglieder (davon 13 per Amt), einschließlich der Deutschen Telekom AG. Aufgaben der DENIC sind der Betrieb des Primary-Nameservers für die Top-Level-Domain „.de“, die bundesweit zentrale Vergabe von Domains unterhalb der Top-Level-Domain „.de“ und die Administration des Internet in Zusammenarbeit mit internationalen Gremien.

Die Tätigkeit der DENIC erfolgt auf rein zivilrechtlicher Grundlage; insbesondere ist die DENIC weder als Beliehener noch als untergeordnete Behörde etwa im Verhältnis zur Bundesnetzagentur anzusehen.


Kartellrechtlich gesehen handelt es sich bei der DENIC um ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB, das deshalb dem Verbot einer missbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung unterliegt. Das OLG Frankfurt entschied, dass sich die DENIC nicht kartellrechtswidrig verhält, wenn sie eigene Bedingungen für die Vergaberichtlinien entwirft, solange sie dabei nicht einzelne Teilnehmer oder Kunden bevorzugt und ihr Verhalten deshalb als willkürlich gewertet werden kann.

---


20 Die DENIC ist erreichbar unter der Adresse Kaiserstraße 75–77, 60329 Frankfurt, Tel.: 069/272350, Fax: 069/27235238, E-Mail: Info@DENIC.de, www.DENIC.de.

könnte. Insbesondere durch die Festlegung eines bestimmten Zeitpunktes für eine Änderung der Vergaberichtlinien und die Vergabe nach dem Prinzip „first come, first served“ werden jedem Kunden dieselben Möglichkeiten einer Registrierung eingeräumt.

Vor Änderung der Richlinie im Jahr 2009 wurde die DENIC ferner vom OLG Frankfurt gem. § 20 Abs. 1, 33 Abs 1, Abs. 3 GWB verurteilt, die zweistellige Domain „vw.de“, deren Registrierung nach den ursprünglichen DENIC-Richtlinien nicht möglich war, für den Automobilkonzern zu registrieren.23 Es könne nicht darauf abgestellt werden, dass die DENIC gemäß ihren Richtlinien Second-Level-Domains, die lediglich aus zwei Buchstaben bestehen, nicht vergibt. Eine Ungleichbehandlung von VW liege im Verhältnis zu solchen Automobilunternehmen vor, deren Marke als Second-Level-Domain unter der Top-Level-Domain „de“ eingetragen wurde. Allerdings gebe es nur einen auflösend bedingten Anspruch, da technische Änderungen weiterhin möglich bleiben sollen.24 Einer dagegen erhobenen Nichtzulassungsbeschwerde gab der BGH nicht statt.

Die Registrierung der freien Domains erfolgt selten direkt über die DENIC. Meistens sind Zwischenhändler tätig, z.B. Discount Provider wie Strato oder Puretec/1&1. Dennoch kommt der Domainvertrag immer zwischen dem Kunden und der DENIC direkt zustande. Die Domainprovider selbst vermitteln nur das Domainsgeschäft auf der Basis eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) und betreuen die Domain auf dienstvertraglicher Grundlage.

4. Domainrecherche im Internet

Noch freie Domains lassen sich über Suchmaschinen finden, etwa

- http://www.denic.de
- http://www.speednames.com
- http://www.domainsearch.com

Will ein Unternehmen also feststellen, ob die gewünschte Domain-Bezeichnung noch frei ist, kann es über die Homepage der DENIC eine Suche nach vergebenen, reservierten oder aktivierten Domain-Names starten.25 In der WHOIS-Datenbank kann jedermann recherchieren und eine Fülle persönlicher Informationen, insbesondere über den Domaininhaber, ziehen. Die in der whois-Abfrage ersichtlichen Domaindaten sind allerdings datenschutzrechtlich geschützt. Sie dürfen nur

---

22 OLG Frankfurt, Urt. v. 18.5.2010 – 11 U 36/09.
zum Zwecke der technischen oder administrativen Notwendigkeiten des Internetbetriebs oder zur Kontaktaufnahme mit dem Domaininhaber bei rechtlichen Problemen genutzt und ohne ausdrückliche schriftliche Erlaubnis der DENIC eG weder elektronisch noch in anderer Art gespeichert werden.\textsuperscript{26}

Derjenige, der bei einer sogenannten WHOIS-Abfrage bei der DENIC als Inhaber eines Domainnamens eingetragen ist, ohne gegenüber der DENIC materiell berechtigt zu sein, kann diese Stellung im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB auf Kosten des Berechtigten erlangt haben.\textsuperscript{27}

Abgeschafft wurde von der DENIC eine „reverse“ Abfrage nach Domaininhabern (Aufführung aller Domainnamen eines bestimmten Anmelders) sowie die alphabetische Auflistung aller registrierten Domainnamen. Möglich ist nur noch die Abfrage nach dem Inhaber eines bestimmten Domainnamens, da diese Information bei Rechtsstreitigkeiten benötigt wird.

Hinzu kommen Angaben zum

- **admin-c**: Der administrative Ansprechpartner (admin-c) ist die vom Domaininhaber benannte natürliche Person, die als sein Bevollmächtigter berechtigt und gegenüber der DENIC auch verpflichtet ist, sämtliche z.B. die Domain „hoeren.de“ betreffenden Angelegenheiten verbindlich zu entscheiden.
- **Tech-c**: Der technische Ansprechpartner (tech-c) betreut die Domain in technischer Hinsicht.
- **Zone-c**: Der Zonenverwalter (zone-c) betreut die Nameserver der Domain.

Anders verhält sich für die „.com“-Adressen die NSI, die Datenbestände mit detaillierten Kundeninformationen zum Kauf anbietet, darunter Namen, Adressen und Telefonnummern sowie Informationen darüber, welche Sicherheitsvorkehrungen für bestimmte Webseiten getroffen werden, ob eine Seite aktiv betreut wird, oder ob eine Seite ein E-Commerce-Angebot bereithält.

Für die Markenrecherche im Internet bietet sich an:

- https://dpinfo.dpma.de/ (Deutsche Marken)
- http://www.patentamt.at/Beratung/Recherche_und Produkte/Markenrecherche/ (Österreich)

\textsuperscript{26} Siehe dazu auch den 13. Bericht der Landesregierung über die Tätigkeit der für den Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich in Hessen zuständigen Aufsichtsbehörden vom 30.8.2000, DrS 15/1539 des Hessischen Landtages, Abschnitt 9.2.

\textsuperscript{27} BGH, Urt. v. 18.1.2012 – I ZR 187/10.
• http://www.ige.ch (Schweiz)

Auch Titelschutzregister sind online abrufbar, so etwa:
• Titelschutzanzeiger (www.presse.de)
• Softwareregister (www.software-register.de).

II. Kennzeichenrechtliche Vorgaben

Domains lösen eine Vielzahl kennzeichenrechtlicher Konflikte aus. Insbesondere kann die Registrierung und/oder Nutzung einer Domain mit marken-, namens- oder wettbewerbsrechtlichen Vorgaben kollidieren. Im Weiteren werden deshalb die wichtigsten Rechtsfragen des Domainerwerbs skizziert.

1. Kollisionsrechtliche Vorfragen

Literatur:


28 Palandt/Thorn, BGB, Art. 6 Rom II-VO (IPR) Rz. 4; jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO Rz. 5; vgl. auch: Sack, WRP 2008, 845, 858.
29 Hk-BGB/Dörner, Art. 8 Rom II-VO Rz. 2; jurisPK/Heinze, BGB, Art. 8 Rom II-VO Rz. 1.
30 Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO.

Ähnliches gilt traditionell schon immer für den Schutz der nicht-markenrechtlichen Kennzeichenrechte, etwa dem Namensrecht nach §12, 823 Abs. 1 BGB. Hier soll der **Grundsatz des bestimmungsgemäßen Abrufs** zum Tragen kommen. Demnach ist nicht das Recht jedes Abrufstaates, sondern nur das Recht desjenigen Staates zu beachten, dessen Staatsangehörige zu den intendierten Nutzern des Angebots zählen.

Zu klären ist dann, ob die Verbreitung nicht nur zufällig, sondern gewollt in dem Land erfolgt ist. Die „Bestimmung“ einer Homepage ist aber in vielen Fällen nur schwierig festzustellen. Als Ansatzpunkte werden u.a. herangezogen:

- die Sprache der Webseite (problematisch ist insofern die englische Sprache),
- die Staatsangehörigkeit von Kläger und Beklagtem,
- die Verwendung von Währungen (allerdings meist ein schwaches Indiz),

---

34 **OLG Düsseldorf**, Urt. v. 22.4.2008 – I 20 U 140/07.
35 Vgl. WIPO: Joint Recommendation (Publication 845), Part II: Use of a sign on the internet.
• Werbung für die Webseite im Land,
• der Geschäftsgegenstand betrifft typischerweise auch das Land.
• Top Level Domain (inbes. positive Indizwirkung)

Wichtig sind **Disclaimer** auf der Homepage, die darauf verweisen, dass sich die Homepage nur an Kunden aus bestimmten Ländern richtet. Die Wirksamkeit eines solchen Disclaimers ist aber gerade hinsichtlich der Domainfrage mehr als zweifelhaft. Der **BGH** hat einen solchen Disclaimer im Rahmen einer Streitigkeit über die Lieferung einer Online-Apotheke für zulässig erachtet.

Die **örtliche Zuständigkeit** des Gerichts ergibt sich aus § 32 ZPO, sofern nicht der allgemeine Gerichtsstand des §§ 12, 13 ZPO (Wohnsitz des Beklagten) in Betracht kommt. Für den deliktischen Gerichtsstand des § 32 ZPO wird darauf abgestellt, wo die Domain über das Internet abrufbar ist.

Für die **internationale Zuständigkeit** werden die Zuständigkeitsregeln der ZPO analog angewendet, sofern nicht bi- oder multilaterale Staatsverträge (insbesondere die EuGVVO) zur Anwendung kommen. Die EuGVVO über die gerichtliche Zuständigkeit geht ähnlich von einem allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2) und vom deliktischen Gerichtsstand am Handlungs- oder Erfolgsort (Art. 5 Nr. 3) aus. Gerade die Möglichkeit, am Erfolgsort zu klagen, läuft somit auf einen fliegenden Gerichtsstand, ähnlich wie im Presserecht, hinaus.

Die Vornahme einer Eingrenzung auf solche Erfolgsorte, welche von der bestimmungsgemäßem Ausrichtung der Webseite erfasst sind, ist in diesem Zusammenhang umstritten.

2. Schutz von Domains nach dem MarkenG

LITERATUR:


a) Domain als Marke i.S.d. § 3 MarkenG

Wird ein Domainname aus einer eingetragenen Marke abgeleitet, so stellt diese Vorgehensweise eine Anwendungsform der Marke dar. Rechte können also unmittelbar aus der eingetragenen Marke geltend gemacht werden. Die Registrierung einer Domain als Marke setzt allerdings voraus, dass

---


Fehlt es an der Verkehrsgeltung, geschieht es durchaus häufig, dass eine prioritätsältere Domain einer prioritätsjüngeren Marke weichen muss. Nicht kennzeichnungskräftig ist das Zeichen „@“ sowie der Zusatz „e“ für „electronic“. Schutzfähig sind auch nicht „interconnect“ und „online“.  

b) Domain als Unternehmenskennzeichen i.S.d. § 5 Abs. 2 MarkenG

Als besonders bedeutsam in der Diskussion erweist sich die umstrittene Einordnung von Domains als Unternehmenskennzeichen. Darunter fallen nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 2 Satz 1 MarkenG Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr als Name, als Firma oder als besondere Kennzeichnung eines Geschäftsbetriebs oder eines Unternehmens geschützt werden. Nach § 5 Abs. 1 MarkenG werden Unternehmenskennzeichen als geschäftliche Bezeichnungen geschützt. Auch im Internet genießt sie den Schutz des Markenrechts.


Diese Auslegung verkennt jedoch, dass Domains, die einen Namen enthalten oder namensartig anmuten, in der heutigen Form kennzeichenmäßig genutzt werden. Das OLG München hat aus die-
sem Grund entschieden, dass ein Internet-Domainname ein Unternehmenskennzeichen sein kann, wenn das verwendete Zeichen originäre Kennzeichnungskraft oder Verkehrsgeltung besitze. Dies sei gegeben, wenn der Domain-Name das Dienstleistungsunternehmen bezeichnete und in dieser Form im geschäftlichen Verkehr genutzt werde. 64 Dieser Auffassung ist auch der BGH gefolgt, 64 der einem Unternehmen dann ein Unternehmenskennzeichen aus der Benutzung einer Domain zuspricht, wenn der Verkehr in der (Unternehmens-)Domain nicht lediglich die Adresse-, sondern auch die Herkunftsfunction erkennt. Allerdings kann der Beginn der schutzrechtsbegründenden Benutzung einer mit dem Domainnamen übereinstimmenden Geschäftsbezeichnung noch nicht in der Registrierung der Domain gesehen und der Zeitpunkt der Schutzrechtsentstehung bereits auf diesen Zeitpunkt vorverlagert werden. 65 Dies gilt auch dann, wenn die Benutzung der Domain der Registrierung alsbald nachfolgt.

Zu berücksichtigen sind zudem alle zur Unterscheidung des Geschäftsbetriebs bestimmten Zeichen i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 2 MarkenG, die ebenfalls Unternehmenskennzeichen darstellen. Solche Zeichen sind aufgrund originärer Kennzeichnungskraft oder kraft Verkehrsgeltung geschützt. Die Benutzung einer Domain kann also Kennzeichenrechte generieren, sofern sie vom Verkehr als namensmäßige Bezeichnung einer Person oder als besondere Bezeichnung eines Unternehmens aufgefasst wird. 66 Erworben wird das Recht an einer geschäftlichen Bezeichnung durch die Aufnahme der Benutzung. Der Schutz für unterschiedungskräftige geschäftliche Bezeichnungen entsteht durch namensmäßigen Gebrauch und zwar unabhängig vom Umfang der Benutzung. Grundsätzlich genügt jede Art einer nach außen gerichteten Tätigkeit, sofern sie auf eine dauernde wirtschaftliche Betätigung schließen lässt. 67 Jede nach außen in Erscheinung tretende Benutzungsform, also zum Beispiel die Verwendung der Kennzeichnung auf Geschäftspapieren, im Zusammenhang mit der Anmietung oder dem Bau von Fabrik- oder Büroräumen, die Schaltung eines Telefonanschlusses,
der Aufbau eines Vertriebsnetzes, oder aber der An- und Verkauf von Waren oder Dienstleistungen wie auch die Benutzung in Vorbereitung der Geschäftseröffnung, zählen hierzu. Nicht ausreichend sind hingegen bloß interne Vorbereitungshandlungen, z.B. der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages und die Ausarbeitung einer geschäftlichen Konzeption. Entscheidend ist aber, dass die Domain eine Unterscheidungskraft in Bezug auf ein konkretes Unternehmen aufweist.\footnote{68} Der Schutz greift nur dann, wenn die Kennung erkennbar mit dem Namen oder einer Kurzform des Namens des Rechtsträgers übereinstimmt und damit über die Kennung hinaus auf den Rechtsträger selbst hinweist.\footnote{69}

c) \textbf{Titelschutz}

Wichtig ist auch der spezielle Schutz, den § 5 Abs. 3 MarkenG für den \textit{Titel von Zeitschriften oder Büchern} vorsieht.\footnote{70} Der Titelschutz hat im digitalen Markt dadurch eine besondere Bedeutung erlangt, dass der \textit{BGH} in den Entscheidungen FTOS und PowerPoint\footnote{71} einen Titelschutz auch für Software zugelassen hat. Damit wird ein allgemeiner Namensschutz für alle bezeichnungsfähigen geistigen Produkte eingeführt, der auch Homepages und CD-ROMs einschließen kann.

Für Domains kommt ein Titelschutz in Betracht, soweit diese titelschutzfähige Produkte kennzeichnen.\footnote{72} Durch die Benutzung eines Domännamens kann grundsätzlich Titelschutz (§ 5 Abs. 3 MarkenG) erworben werden, wenn der Verkehr in der als Domännamen gewählten Bezeichnung nicht lediglich eine Adressbezeichnung sieht, sondern ein Zeichen zur Unterscheidung von Werken.\footnote{73}

Der Titelschutz entsteht bei originärer Kennzeichnungskraft durch die Ingebrauchnahme in namensmäßiger Form, bei nachträglicher Kennzeichnungskraft aufgrund nachgewiesener Verkehrsgeltung.\footnote{74} In der Verwendung eines Domännamens kann eine Benutzung als Werktitel liegen, wenn der Verkehr in dem Domännamen ein Zeichen zur Unterscheidung eines Werks von einem


anderen sieht. \textsuperscript{75} Aus diesem Grunde stellte der \emph{BGH} fest, dass der Verleger einer unter der Domain eifel-zeitung.de herausgegebenen Internetzeitung Titelrechte an der Bezeichnung Eifel-Zeitung erworben habe. Das Titelrecht konnte jedoch nicht in vollem Umfang wirksam werden, da die Ingebrauchnahme des Titels unbefugt erfolgte. \textsuperscript{76} Zum Zeitpunkt der Benutzungsaufnahme war gegenüber dem Verleger ein Unterlassungstitel bestandskräftig, Druckerzeugnisse unter der Bezeichnung Eifel-Zeitung herauszugeben. So konnte er kein prioritätsälteres Titelrecht erwerben. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist zudem, dass der \emph{BGH} in der Veröffentlichung einer Internetzeitung mit dem Titel Eifel-Zeitung eine gegenüber der Veröffentlichung in gedruckter Form im Kern gleichartige Verletzungshandlung erblickte. \textsuperscript{77}

Der Titelschutz kann zwar durch Veröffentlichung im Titelschutzanzeiger auf einen Zeitraum von 2–5 Monaten vorverlagert werden. Bei einer Internet-Zeitschrift entsteht der Titelschutz aber erst mit der Erstellung des fertigen Produkts und nicht schon mit der Werbung etwa mittels Inhaltsverzeichnissen. \textsuperscript{78} Für Domains wird eine Vorverlagerung des Titelschutzes über Titelschutzanzeiger abgelehnt. Ein Schutz der Domain als Titel komme nur in Betracht, wenn ein fertiges Werk vorliege. Eine Titelschutzanzeige gebe es im Internet oder bei T-Online (noch) nicht. Unzulänglich seien auch bloße Inhaltsverzeichnisse, der alleinige Verweis auf Eigenwerbung oder eine Internetzeitschrift mit nur wenigen Beiträgen. \textsuperscript{79} Im Übrigen soll ein Titelschutz bei solchen Domains nicht in Betracht kommen, die ein Portal bezeichnen, \textsuperscript{80} anders sieht das \emph{LG Stuttgart} die Lage, wenn die Domain der Unterscheidung von anderen Internet-Portalen dient. \textsuperscript{81}

Zur Bestimmung der \textbf{Reichweite des Titelschutzes} gegen Provider ist die Entscheidung „Karriere“ des \emph{LG Köln} einschlägig. \textsuperscript{82} Die Antragsstellerin, die Verlagsgruppe Handelsblatt, setzte sich hier erfolgreich gegen die Verwendung des Wortes „Karriere“ als Teil einer Domain zur Wehr („www.karriere.de“). Sie stützte sich auf den Titelschutz, den das \emph{LG Köln} bereits Jahre zuvor dem Handelsblatt für deren Zeitungsbeilage „Karriere“ zugebilligt hatte. \textsuperscript{83} Ein Teilnehmer im Internet

\textsuperscript{81} \emph{LG Stuttgart}, Urt. v. 15.7.2003 – 41 O 45/03, CR 2004, 61 = MMR 2003, 675 – snowscoot.
\textsuperscript{82} \emph{LG Köln}, Urt. v. 18.2.1997 – 31 O 792/96, AIP 1997, 655.


85 OLG Düsseldorf, I 20 U 127/04 (n.v.).
3. §§ 14, 15 MarkenG

a) Kennzeichenmäßige Benutzung


---

Marken- und Namensrecht fällt allerdings die **bloße Namensnennung**: So darf z.B. ein Fußballfan den Namen „Arminia Bielefeld“ als Suchbegriff im Internet verwenden.  

Diese Benutzung steht der (ebenfalls freien) Nennung des Namens in Presseveröffentlichungen, im Index eines Sportbuchs oder als Stichwort in einem Lexikon gleich. Eine erlaubte schlichte Namensnennung ist also gegeben, wenn für jedermann deutlich ist, dass nicht der Namensträger selbst spricht, sondern Dritte über ihn berichten.

**b) Benutzung im geschäftlichen Verkehr**

Um dem Schutz des MarkenG zu unterfallen, muss die Domain im **geschäftlichen Verkehr benutzt** werden. Sie muss also der Förderung eines Geschäftszweckes dienen oder die Teilnahme am Erwerbsleben ausdrücken. Eine Verwendung von Kennzeichnungen durch private Anwender fällt damit grundsätzlich nicht in den Schutzbereich des MarkenG. Eine Nutzung der Marke durch Private kann jedoch eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr i.S.v. § 14 Abs. 2, § 15 Abs. 2 MarkenG sein, wenn die Nutzung einen gewissen Umfang annimmt und über das hinausgeht, was im privaten Verkehr üblich ist. So liegt nach einer Entscheidung des **OLG Frankfurt** eine private Verkaufstätigkeit nicht mehr vor, wenn ein eBay Mitglied die privaten Verkaufsinteressen einer größeren Anzahl dritter Personen bündelt und damit ein Handelsvolumen erreicht, das ihm auf der Handelsplattform eBay eine besondere Beachtung verschafft. Domains, die von juristischen Personen oder Personenhandelsgesellschaften gehalten werden, sind nie privat genutzt. Im Übrigen ist auch die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB zu beachten, nach der von einem Kaufmann vorgenommene Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes zugehörig angesehen werden.

Fraglich ist allerdings, ob die Zuweisung von **Domains an Private zum Zwecke des Weiterverkaufs** an Unternehmen unter das MarkenG fällt. Da die Zuweisung an eine Privatperson in der Re-

---


100 **LG Berlin**, GRUR-RR 2004, 16.


gel zur rein privaten Nutzung erfolgt, kann das MarkenG nur Anwendung finden, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine geschäftliche Nutzung geplant ist.\textsuperscript{104}

Mit Urteil vom 13. März 2008\textsuperscript{105} hat der BGH in der Entscheidung Metrosex über die rechtliche Beurteilung von Domains entschieden, die nur reserviert, aber nicht genutzt werden. Eine solche „Baustellen-Domain“ sei als solche noch keine markenmäßige Verwendung. Aus der Tatsache, dass die Domainnamen von einem kaufmännischen Unternehmen angemeldet worden seien, könne nicht hergeleitet werden, dass bei einer Verwendung der Domainnamen neben dem Handel im geschäftlichen Verkehr notwendig auch die weiteren Voraussetzungen der §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 MarkenG erfüllt seien. Dagegen will eine andere Meinung die reine Reservierung einer Domain nicht als Benutzung i.S.d. §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 2 MarkenG anerkennen.\textsuperscript{106}


In der Entscheidung „ahd“\textsuperscript{108} hat der BGH präzisiert, dass die Registrierung einer Domain nur bei Vorliegen besonderer Umstände als unlautere Mitbewerberbehinderung i.S.v. § 4 Nr. 10 UWG anzusehen ist. Ein solcher besonderer Umstand liege noch nicht in der bloßen Massenregistrierung von Domains zu deren Verkauf.

\textsuperscript{104} Siehe auch Kur, Festgabe Beier 1996, 265, 273.
\textsuperscript{108} BGH, Urt. v. 19.2.2009 – 1 ZR 135/06.
Auch eine Nutzung einer Internetdomain zur Weiterleitung ist eine kennzeichenmäßige Verwendung nach MarkenG.\(^{109}\)

c) Verwechslungsgefahr

Benutzt jemand unbefugt eine Domain, die das Kennzeichen eines anderen Unternehmens oder ein ähnliches Zeichen (§ 5 Abs. 2 MarkenG) enthält und schafft er dadurch eine Verwechslungsgefahr, so kann er auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (§§ 14, 15 Abs. 2 und 4 MarkenG). Aber auch ohne Verwechslungsgefahr ist es Dritten untersagt, fremde Zeichen zu benutzen, sofern es sich um im Inland bekannte Unternehmenskennzeichen handelt und durch die Nutzung des fremden Zeichens deren Unterscheidungskraft oder Wertschätzung ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt werden (§ 15 Abs. 3 MarkenG). Handelt der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig, so ist er dem Inhaber der Bezeichnung zum Ersatz des entstehenden Schadens verpflichtet (§ 15 Abs. 5 MarkenG). Ein Betriebsinhaber haftet für Fehlverhalten seiner Angestellten oder Beauftragten (§ 15 Abs. 6 i.V.m. § 14 Abs. 7 MarkenG). Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeits der mit ihnen gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke. Somit kann ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt.\(^{110}\) Folge dieser Wechselwirkung ist es, dass bei Warenidentität ein wesentlich deutlicherer Abstand der Zeichen selbst erforderlich ist, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen, als bei einem größeren Warenabstand.\(^{111}\)

Überträgt man diese Vorgaben auf das Internet, so kann jedes Unternehmen nach § 15 Abs. 2 und 4 MarkenG die Verwendung ihres Kennzeichens in einer Internet-Adresse durch einen Konkurrenten verbieten. Die Verwechslungsgefahr kann bereits dadurch zustande kommen, dass der Eindruck entsteht, Markenrechtsinhaber und Domaininhaber könnten zusammenarbeiten. Auch die ansonsten privilegierte Benutzung einer Marke gem. § 23 Nr. 3 MarkenG, um auf den Vertrieb von Ersatzteilen hinzuweisen, stellt eine Markenverletzung dar, wenn die verletzte Marke lediglich mit dem Zu-

\(^{109}\) OLG Hamm, Beschl. v. 25.7.2013 – 4 W 33/12, MMR 2013, 791.
\(^{111}\) öOGH, Urt. v. 21.12.2004 – 4 Ob 238/04k – sexnews.at (n.v.).


Hinsichtlich der Rufausbeutung reicht es aus, dass der/ein Internet-Nutzer zum Aufrufen einer Homepage verleitet wird, für die er sich sonst – ohne die inkriminierte Kennzeichenverwendung – nicht entschieden hätte. Dies gilt jedenfalls bei bekannten Kennzeichen.\textsuperscript{121} Kritisch ist allerdings zu vermerken, dass die bloße Ausnutzung einer erhöhten Aufmerksamkeit noch keine Rufausbeutung darstellt. Dazu müsste durch die Domainnutzung auch die Wertschätzung der eigenen Produkte des Domaininhabers gesteigert worden sein. Doch müsste man hierzu die jeweilige Homepage des Domaininhabers und die dort angekündigten Produkte betrachten.

Eine Behinderung der unternehmerischen Ausdehnung wird bejaht, wenn der Domainname für den Inhaber des Kennzeichens blockiert ist.\textsuperscript{122} Eine Registrierung ohne sachlichen Grund gilt als vorwerfbar.\textsuperscript{123} Ähnliches gilt für die unmittelbare Umleitung einer Webseite auf eine andere zentrale Homepage des Domaininhabers.\textsuperscript{124} Auch die Massenregistrierung von Domains mit Bezug auf bekannte Kennzeichen (sog. Domain Name Trafficking) reicht aus.\textsuperscript{125} Ähnliches gilt für die Inanspruchnahme deutlich über den Registrierungskosten liegender Vergütungen für die Übertragung der Domain auf den Markenrechtsinhaber (sog. Cyber-Squatting).\textsuperscript{126} Ausreichen soll es ferner, wenn für die Kunden der Markenrechtsinhaberin durch die fehlende Benutzung der konnektierten Webseite der Eindruck entstehen könnte, die Inhaberin stecke in geschäftlichen Schwierigkeiten.\textsuperscript{127}

Das OLG Hamm\textsuperscript{128} hat in der „Krupp“-Entscheidung allerdings trotz der Verschiedenheit der Branchen – Stahlindustrie contra Online-Agentur – nicht nur die Verwässerungs-, sondern auch die Verwechslungsgefahr aufgrund der überragenden Verkehrsgeltung des Unternehmens Krupp, das, so der Senat, für eine ganze Epoche deutscher Industriegeschichte stehe und fast zum Synonym für die Stahlindustrie schlechthin geworden sei, bejaht.

Für das deutsche Recht ist bei einem solchen Kennzeichenschutz das besondere Freihaltebedürfnis der Mitbewerber zu bedenken. Adressen sind im Internet ein knappes Gut; dies gilt vor allem

für die Angaben auf der Second-Level-Domain. Schon für den früheren Ausstattungsschutz nach § 25 WZG ging die Rechtsprechung davon aus, dass bei einfachen Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben ein überwiegendes Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit zu bejahen sei. Ge- schützt sind daher Unternehmen auf jeden Fall, soweit Konkurrenten eine mit ihrer Unternehmenskennzeichnung identische Adresse auf der Second- oder Third-Level-Domain-Ebene verwenden (z.B. „ibm.de“ oder „ibm.eunet.de“). In einem solchen Fall wird das NIC oder der jeweilige Provid erhältnis auch den Namen nachträglich ändern.


d) Gleichnamigkeit

Fraglich ist, ob ein in lauterer Weise aus dem eigenen Namen abgeleiteter Domain-Name benutzt werden darf, wenn er mit einer anderen Bezeichnung kollidiert. Teilweise wird in der Literatur hierzu auf das Recht der Namensgleichen abgestellt (§ 23 Nr. 1 MarkenG). Dies hätte zur Folge, dass derjenige, der zuerst seine Domain hat registrieren lassen, zum Zuge kommt. Ihm gegenüber hätte auch der Inhaber eines prioritätsärteren Kennzeichens, der die Domain noch nicht hat registrieren lassen, nur dann Unterlassungsansprüche, wenn die Benutzung des Domainnamens gegen die guten Sitten verstößt.

Dagegen haben das LG Bochum und das OLG Hamm als Berufungsinstanz entschieden, dass der Inhaber eines bekannten Firmenschlagwortes aufgrund der hier erfolgten Anwendung des Gleichnamigenrechts aus dem Kennzeichenrecht gegenüber dem prioritätsjüngeren Anwender bei

---

145 LG Köln, Beschl. v. 12.3.2004 – 31 O 155/04 (n.v.).
Gleichnamigkeit einen Unterlassungsanspruch hat. Der Einzelhandelskaufmann hatte seinen Familiennamen, der mit dem schon vorhandenen Firmenschlagwort identisch war, als Domainnamen gewählt. Das Gericht hielt es nach Abwägung der Interessen für zumutbar, dass er seine Adresse durch Hinzufügen geringfügiger Zusätze, die die ursprüngliche Kennzeichnungskraft nicht aufheben, ändert. Auf die von ihm gewählte Domain-Adresse musste er in jedem Fall verzichten, um eine Verwechselungs- bzw. Verwässerungsgefahr zu vermeiden.\footnote{149}

Handelt es sich allerdings nicht um eine bekannte Firma (wie bei der Bezeichnung „Krupp“ im Falle des \textit{OLG Hamm}), gilt der Grundsatz \textit{first come, first served} zu Gunsten desjenigen, der einen mit einer Firma identischen Familiennamen als erster als Domain hat registrieren lassen.\footnote{150} Diese Rechtsprechung ist von anderen Gerichten fortentwickelt worden, etwa im Hinblick auf den Firmennamen „Wolfgang Joop“.\footnote{151} Diese Grundsätze gelten jedoch nur im Hinblick auf bekannte Marken oder Unternehmenskennzeichen, nicht für kleine Unternehmen und deren Namen.\footnote{152} Das \textit{OLG Koblenz} vertritt die Auffassung, dass auch bei normalen Städtenamen bei Gleichnamigkeit das Prinzip „first come, first served“ gelten soll.\footnote{153} Als Namensträger, der – wenn er seinen Namen als Internetadresse hat registrieren lassen – einem anderen Namensträger nicht weichen muss, kommt auch der Träger eines ausgefallenen und daher kennzeichnungskräftigen Vornamens (hier: Raule) in Betracht (raule.de).\footnote{154}

Dies hat auch der \textit{BGH} in der Entscheidung \textbf{Hufeland} bekräftigt.\footnote{155} Wenn zwei Unternehmen mit ihrem Firmenschlagwort identische Internetadresse begehren, liege ein Fall der Gleichnamigkeit vor. Dies habe zur Folge, dass bei der Vergabe weiterhin das Prioritätsprinzip gilt und die Domainjenem Unternehmen zusteht, das zuerst die Anmeldung vorgenommen hat. Daran ändere sich auch nichts, wenn das derzeit bei der Vergabestelle eingetragene Unternehmen nur regional tätig ist. Davon grenzt der \textit{BGH} aber den Fall Peek & Cloppenburg ab, in dem zwei gleichnamige Unternehmen seit vielen Jahren markenrechtliche Auseinandersetzungen führen. Die Gleichgewichtslage, die zwischen zwei in derselben Branche, aber an verschiedenen Standorten tätigen gleichnamigen Handelsunternehmen bestehe, könne dadurch gestört werden, dass eines der beiden Unternehmen das

\footnotesize
\begin{itemize}
\item \textit{LG Paderborn}, Urt. v. 1.9.1999 – 4 O 228/99, MMR 2000, 49.
\end{itemize}
Unternehmenskennzeichen als Internetadresse oder auf seinen Internetseiten verwendet, ohne dabei ausreichend deutlich zu machen, dass es sich nicht um den Internetauftritt des anderen Unternehmens handelt.\textsuperscript{156}

Das \textit{OLG Stuttgart} hat diese Überlegungen dann wieder relativiert.\textsuperscript{157} Streiten zwei Parteien um eine mit ihrem Unternehmensnamen identische Webadresse (sog. Recht der Gleichnamigen) sei zwar grundsätzlich auf das Prioritätsprinzip abzustellen, wonach demjenigen Namensträger die Domain zusteht, der sie als Erster bei der Vergabestelle registriert hat. Innerhalb der vorzunehmenden Interessenabwägung haben jedoch auch andere Faktoren Berücksichtigung zu finden, die dazu führen können, dass dem Prioritätsälteren die Adresse doch nicht zusteht. Dem tatsächlichen Domaininhaber stehe die Kennung z.B. nicht zu, wenn er durch die Reservierung \textit{etwas suggeriere, was nicht der Realität entspreche}. Dies sei der Fall, wenn der Anmelder eine Domain mit dem Schlagwort „Unternehmensgruppe“ in Verbindung mit seinem Namen wähle, aber über gar keine derartige Gruppe verfüge. Im Rahmen der Interessensabwägung seien auch weitere tatsächliche Faktoren zu berücksichtigen. So etwa, ob ernsthaft damit zu rechnen sei, dass der Domaininhaber bei fehlendem Content die Adressen mit Inhalt ausstatten wird. Dabei sei auch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung des Domaininhabers von Bedeutung.


\begin{footnotes}
\end{footnotes}


Unklar ist die Reichweite von § 24 MarkenG und dem dort enthaltenen Einwand der Erschöpfung in Bezug auf Domainregistrierungen. Der BGH hat in der Entscheidung Aidol darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Erschöpfung auch das Ankündigungsrecht umfasse. Insofern dürften

---

Waren, die mit einer Marke gekennzeichnet sind, bei ihrem Weitervertrieb durch Dritte grundsätzlich unter ihrer Marke beworben werden.\textsuperscript{163} Für das Ankündigungsrecht sei es nicht erforderlich, dass der Händler im Zeitpunkt seiner Werbung die betreffende Ware bereits vorrätig hat. Ausreichend sei vielmehr, dass der Händler über die Ware im vorgesehenen Zeitpunkt ihres Absatzes ohne Verletzung der Rechte des Markeninhabers verfügen könne.\textsuperscript{164} Ein Ankündigungsrecht lehnt der BGH allerdings ab, wenn die konkrete Bezugnahme auf Originalprodukte erfolge. Insofern wird man eine Domain nicht unter Berufung auf den Erschöpfungsgrundsatz verwenden können, wenn die markenbezogene Domain unternehmensbezogen verwendet wird.\textsuperscript{165} Ähnlich wird es der Fall sein, wenn überhaupt keine Originalprodukte auf der Seite angeboten werden. Im Übrigen lässt § 24 Abs. 2 MarkenG auch zu, dass der Inhaber der Marke aus berechtigten Gründen trotz Erschöpfung der Benutzung der Marke widersprechen kann. Dies gilt insbesondere, wenn eine Handelsbeziehung zwischen dem Domainverwender und dem Kennzeichenrechtsinhaber vorgetäuscht wird.\textsuperscript{166}


\textsuperscript{167} OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.11.2006 – I-20 U 241/05, GRUR-RR 2007, 102 = MMR 2007, 188.

\textsuperscript{168} OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.11.2006 – I-20 U 241/05, GRUR-RR 2007, 102 = MMR 2007, 188.

\textsuperscript{169} LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 11.8.2010 – 3 O 5617/09, GRUR-RR 2010, 384.
auch werden die Kennzeichen und Waren der Klägerin durch den Beklagten weder herabgesetzt noch verunglimpft. 170

e) Gattungsbegriffe

Literatur:


Schwierig ist schließlich auch die Frage, ob Gattungsbegriffe und beschreibende Angaben als Domains regisiert werden können. 171 Solche Angaben könnten markenrechtlich wegen fehlender Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) oder wegen eines besonderen Freihaltbedürfnisses (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) nie einer Person zugewiesen werden. Zulässig ist daher die Verwendung von Domains wie „anwalt.de“, „messe.de“ oder „notar.de“. 172

Allerdings ist in all diesen Fällen zu beachten, dass die Kennzeichnung nicht gegen andere standes- oder wettbewerbsrechtliche Vorgaben verstoßen darf. So wäre die Benutzung des Kennzeichens „Anwalt“ einem Anwalt vorbehalten. Ein Nicht-Anwalt würde gegen Standesrecht oder, wegen der damit verbundenen Kanalisierung von Kundenströmen, gegen §§ 3, 4 Nr. 10 UWG bzw. §§ 3, 5 UWG verstoßen.


Das OLG Hamburg, das über die Domain „mitwohnzentrale.de“ zu entscheiden hatte, schloss eine entsprechende Anwendung der Regelung des § 8 MarkenG auf die Domainregistrierung ebenfalls aus.\textsuperscript{174} Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung kam es aber zu einem anderen Ergebnis als die vorgenannte Entscheidung. Es sah die Verwendung der Domain durch einen Verband von Wohnungsvermittlungsagenturen unter dem Gesichtspunkt der Kanalisierung von Kundenströmen als wettbewerbswidrig an. Kunden, die sich das Leistungsangebot im Bereich der Mitwohnzentralen erschließen wollten, würden durch die Domain „abgefangen“. Zur Begründung ging das Gericht auf die Nutzergewohnheiten bei der Suche nach Internetangeboten ein: Ein nicht unerheblicher Teil der Nutzer verwende hierzu nicht nur Suchmaschinen, sondern gebe versuchsweise eine Domainadresse mit dem gesuchten Unternehmens- oder Markennamen ein. Diese Praxis dehne sich immer mehr auf Branchen-, Produkt- und Gattungsbezeichnungen aus. Wesentliche Teile der Verbraucher, die auf diese Weise zu einer Webseite gefunden hätten, verzichteteten aus Bequemlichkeit darauf, anschließend nach Alternativangeboten zu suchen. Der Hamburger Linie folgten weitere Gerichte, etwa hinsichtlich der Bezeichnungen „Rechtsanwalt“, \textsuperscript{175} „rechtsanwaelte.de“, \textsuperscript{176} „zwangsversteige-


179 OLG Hamburg, Urt. v. 15.11.2006 – 5 U 185/05, CR 2007, 258.
183 LG Köln, Urt. v. 27.4.2000 – 31 O 166/00, MMR 2001, 197.
185 LG Köln, 31 O 513/99 (n.v.).

Das OLG Hamburg will für die Beurteilung, ob sich ein Gattungsbegriff als Domainname nach § 3 UWG als irreführend aufgrund einer unzutreffenden Alleinstellungsrüehmung darstellt, nicht allein auf die Bezeichnung der Domain abstellen, sondern maßgeblich (auch) auf den dahinter stehenden Internetauftritt und insbesondere auch auf die konkrete Gestaltung der Homepage.\textsuperscript{194} Die Notwendigkeit dieser beiden Einschränkungen sind in der Literatur mit Recht bezweifelt worden.\textsuperscript{195} Diese Leitlinien hat der BGH in der Entscheidung „weltonline.de“ bekräftigt.\textsuperscript{196} Die Registrierung von Gattungsbegriffen sei dem Gerechtigkeitsprinzip unterworfen und erfolge nach dem Prinzip „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ und stelle kein unlauteres Verhalten dar. Im entschiedenen Fall sei gleichfalls festzuhalten, dass der Axel Springer Verlag die genannte Domain nicht benötige, da er sich bereits unter „welt-online.de“ präsentiere.

Dennoch machten diese Zusätze die Runde: So hat das LG Düsseldorf\textsuperscript{197} entschieden, dass die Verwendung des Gattungsnamens „literaturen.de“ nach § 826 BGB sittenwidrig sein könne, wenn allein die formalrechtliche Stellung dazu benutzt werden soll, Gewinne zu erzielen, deren Höhe nicht mit irgendeiner Leistung des Rechtshabers in Zusammenhang steht. Das LG Frankfurt sah –

\textsuperscript{193} Mankowski, MDR 2002, 47, 48 sieht in jeder Aneignung von Branchenbezeichnungen durch einen einzelnen Wettbewerber die irreführende Behauptung einer Spitzenstellung.
\textsuperscript{194} OLG Hamburg, Urt. v. 6.3.2003 – 5 U 186/01, CR 2003, 605 = MMR 2003, 537.
\textsuperscript{195} Siehe Abel, WRP 2001, 1426; Beuter, JZ 2002, 275.
anders als dann die Oberinstanz\(^{198}\) – in dem Angebot, unter der Domain „drogerie.de“ Subdomains zu erwerben, eine Irreführung i.S.v. § 5 UWG.\(^{199}\) Ähnlich entschied das OLG Nürnberg hinsichtlich der Verwendung der Domain „steuererklärung.de“ für einen Lohnsteuerhilfeverein.\(^{200}\) Das OLG Hamburg verbot die Verwendung von „rechtsanwalt.com“ durch Nicht-Anwälte als irreführend i.S.v. § 5 UWG.\(^{201}\)

Für besondere Aufregung haben das LG Dortmund\(^{202}\) und das OLG Hamm\(^{203}\) gesorgt, als sie die Verwendung der Domain „tauchschule-dortmund.de“ wegen impliziter Spitzenstellungsbehauptung für unlauter i.S.v. §§ 3, 5 UWG erklärten.\(^{204}\) Ebenso hielt das OLG Stuttgart die Bezeichnung „Bodenseekanzlei“ für wettbewerbswidrig, da dieses Wort den gesamten Wirtschaftsraum Bodensee mit der Kanzlei in Verbindung sehe und somit eine herausragende Stellung suggeriert wurde.\(^{205}\) Das OLG Hamm hat seine alte Rechtsprechung dann allerdings jüngst aufgegeben, wonach die Verwendung einer Kombination, die einen Ortsnamen beinhaltet, als Domain als unzulässige Spitzenstellungsbehauptung anzusehen sei.\(^{206}\) Es gelte stattdessen der Grundsatz „first come, first served“. Der Ortsname alleine könne nicht als Herausstellung im Sinne des Wettbewerbsrechts ansehen sein. Dem Verkehr sei regelmäßig bekannt, dass es in großen Städten eine Fülle von Rechtsanwaltskanzleien gebe. Auch der Einwand, dass Kundenströme, etwa aufgrund entsprechender Suchmaschinenangaben umgeleitet wurden, wurde vom Gericht nicht akzeptiert.

Verboten ist auch die Domain „Deutsches-Anwaltverzeichnis.de“ nach § 5 UWG, da dadurch der falsche Eindruck erweckt wird, das Verzeichnis enthalte die meisten Namen der in Deutschland tätigen Anwälte.\(^{207}\) Die Domain „deutsches-handwerk.de“ kann von erheblichen Teilen des Verkehrs dahingehend verstanden werden, dass es sich um eine offizielle Seite einer berufsständischen Organisation des deutschen Handwerkes handelt, so dass zumindest auf der ersten Seite durch einen


\(^{205}\) OLG Stuttgart, Urt. v. 16.3.2006 – 2 U 147/05, BRAK 2006, 188 = NJW 2006, 2273.


Teilweise wird bei Verwendung des Singulars „anwalt“ von der wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeit ausgegangen.


---

210 BGH, Urt. v. 1.9.2010 – StBS (R) 2/10, CR 2011, 125 = DStR 2010, 2326.
In Anwendung von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG soll nach Annahme des OLG Hamburg die Registrierung von Gattungsbegriffen verboten sein, wenn diese Namen zum Zweck der Behinderung eines Konkurrenten angemeldet worden sind. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Gattungsdomen auf die eigene Domain umgeleitet werden.


Zu den Gattungsbegriffen zählen im Übrigen lateinische Bezeichnungen nicht. Laut einer Entscheidung des LG München können lateinische Begriffe durchaus im allgemeinen Sprachgebrauch angesiedelt sein. Daraus folge aber nicht automatisch ein Freihaltebedürfnis als Gattungsbe-
griff, da die deutsche Übersetzung nur Personen mit Lateinkenntnissen möglich ist, also nur einer Minderheit der Bevölkerung. Demnach hat das LG dem Kläger Recht gegeben, der mit Familien-

namen Fatum (lat. Schicksal) heißt und die Freigabe der bereits reservierten gleichnamigen We-

badresse verlangt hatte.

Seit dem 1. März 2004 besteht die Möglichkeit, Domains mit Umlauten registrieren zu lassen. Al-

lein die Registrierung eines bereits registrierten Gattungsbegriffs mit Umlauten stelle jedoch noch keine wettbewerbswidrige Handlung dar, auch wenn der Begriff mit Umlauten einfacher zu er-

reichen und vom Verkehr gemerkt werden kann. Ein Wettbewerber, der Inhaber der Domain ohne Umlaute ist (und somit vor der Registrierungsmöglichkeit von Domains mit Umlauten einziger In-

haber des Gattungsbegriffes als Domain war), kann daher nicht gegen den neuen Inhaber von Umlautdomains vorgehen. Es handle sich bei einem solchen Vorgehen nicht um eine gezielte Behinde-

rung, da der Wettbewerber weiterhin in der Lage sei, seine bisherige Domain zu benutzen und daher nicht behindert würde.

Zu beachten gilt es, dass eine Domain auch gegen markenrechtliche Angriffe geschützt ist, wenn der Verkehr in der Domain überhaupt keine Marke, sondern sogleich einen Gattungsbegriff sieht. Dies gilt selbst dann, wenn eine entsprechende europäische Marke eingetragen war.

f) „com“-Adressen

Ungeklärt ist die Rechtslage auch bei den „com“-Adressen. Grundsätzlich kann sich ein Marken-

rechtsinhaber gegen die Verwendung seines Kennzeichens in einer „com“-Adresse in gleicher Wei-

se zur Wehr setzen wie bei einer „de“-Adresse. Ähnliches gilt für die Verwendung anderer gTLDs, wie etwa im Falle von „WDR.org“ für ein Portal zum Thema „Fachjournalismus“. Den gTLDs fehlt es an der kennzeichnenden Wirkung; entschei-

dend ist daher die Second-Level-Domain.

Hier drohen oft Kollisionen zwischen den Inhabern ausländischer und deutscher Kennzeich-

nungen, etwa bei Verwendung der Bezeichnung „persil.com“ für die (im britischen Rechtskreis berechtigte) Unilever. Das Hauptproblem liegt in diesen Fällen in der Durchsetzung von Unterlas-

Im Übrigen wird zunehmend die Auffassung vertreten, dass die Verwechslungsgefahr mit zunehmender Verbreitung der neuen TLDs herabgesetzt sei. So soll es künftig möglich sein, z.B. Kommunen auf die Domain „XX.info“ oder „XX.museum“ zu verweisen, während die mit dem Städtenamen identische „de“-Domain dem bisherigen Domaininhaber verbleibt.

g) Regional begrenzter Schutz
Der Kennzeichenschutz eines Unternehmens, welches nur regional, aber nicht bundesweit tätig ist, beschränkt sich auf das räumliche Tätigkeitsfeld. Daher hat der BGH einem in Bayern ansässigen und ausschließlich dort tätigen Sprachinstitut („Cambridge Institut“) einen Unterlassungsanspruch gegen die Verwendung der Domain „cambridgeinstitute.ch“ durch ein Schweizer Sprachinstitut versagt.

h) Afilias-Entscheidung und die Konsequenzen
In der Entscheidung afilias.de hat der BGH bekräftigt, dass auch eine Domain einen in sich bestehenden Wert habe. Zwar beruhe die Domain nur auf einem schuldrechtlichen Anspruch und sei als solche kein eigenständiger Vermögenswert. Insofern setze sich eine Marke oder ein Unternehmenskennzeichen gegen eine gleichnamige Domain durch. Allerdings gebe es davon Ausnahmen.

---

231 So etwa Reinhart, WRP 2002, 628.


4. Reichweite von §§ 823, 826 BGB und § 3 UWG

Neue Wege beschritt das \(OLG\) \(Frankfurt\) in der Entscheidung „\(Weideglück\)“.\(^\text{239}\) Hiernach kann wegen unlauterer Behinderung in Anspruch genommen werden, wer sich ohne nachvollziehbares eigenes Interesse eine Domain mit fremden Namensbestandteilen registrieren lässt, die mit dem eigenen Namen und der eigenen Tätigkeit in keinem Zusammenhang steht. Im vorliegenden Fall hatte ein Student die Kennung „weideglueck.de“ für sich registrieren lassen. Zur Begründung gab er im Prozess widersprüchliche und kaum nachvollziehbare Begründungen ab. Das \(OLG\) entschied aus diesem Grund zu Gunsten des Klägers, der auf eine Reihe von eingetragenen Marken mit der Bezeichnung „\(Weideglueck\)“ verweisen konnte. Über die Anwendung des § 826 BGB schließt der

\(^{238}\) S.o. A.II. 3. a).
Senat eine gefährliche Schutzlücke, denn bei der nicht-wettbewerbsmäßigen Nutzung einer Domain, die als Bestandteil eine fremde Marke enthält, greift § 14 MarkenG nicht ein. Auch § 12 BGB hilft nicht, da hiernach nur der Name eines Unternehmens, nicht aber eine Produktbezeichnung geschützt ist. Dennoch muss die Entscheidung des OLG vorsichtig zu Rate gezogen werden, denn sie betraf einen besonderen Fall, in dem der Beklagte zur offensichtlichen Verärgerung des Gerichts sehr widersprüchlich vorgetragen hatte.

Im Übrigen hat das OLG Frankfurt § 826 BGB auch dann herangezogen, wenn jemand sich Tausende von Domains zu Verkaufszwecken reservieren lässt und von Dritten Entgelt dafür erwartet, dass sie eigene Angebote unter ihren Kennzeichen ins Internet stellen. Im vorliegenden Fall klagte die Zeitung „Die Welt“ gegen den Domaininhaber von „welt-online.de“. Nach Auffassung der Frankfurter Richter müsse die Zeitung es hinnehmen, dass jemand die Bezeichnungen „Welt“ und „Online“ als beschreibende Angaben innerhalb ihrer Domain verwendet. Dies gelte aber nicht für einen Spekulanten, der ohne eigenes Nutzungsinteresse durch die Registrierung den Zeicheninhaber behindern und/oder ihn dazu bringen wolle, die Domain anzukaufen. Ähnlich soll nach Auffassung des LG München eine Registrierung i.S.v. § 826 BGB sittenwidrig sein, wenn sie planmäßig auf Grund einer Suche nach versehentlich frei gewordenen Domainnamen erfolgt.

Dem widerspricht das OLG Hamburg in seiner Entscheidung „Schuhmarkt“, in der der Senat betont, dass die bloße Registrierung zahlreicher Domains noch keinen Schluss auf die Sittenwidrigkeit zulasse.

Weiterhin bejaht das LG München einen Unterlassungsanspruch nach §§ 826, 1004 BGB unter dem Gesichtspunkt des „Domain-Grabbings“, wenn eine Domain, die sowohl aufgrund der konkreten Gestaltung als auch aufgrund einer bereits zuvor erfolgten jahrelangen Benutzung einer bestimmten Person eindeutig zugeordnet werden kann und ohne Zustimmung für Inhalte, die geeignet sind, den Ruf der Person negativ zu beeinflussen, genutzt wird.

\[243\] LG München, Urt. v. 4.7.2006 – 33 O 2343/06, CR 2007, 470 = MMR 2006, 823.
Auch der BGH wandte sich in seiner Revisionsentscheidung im Fall „weltonline.de“ gegen das OLG Frankfurt und hob dessen Entscheidung auf.244 Alleine in der Registrierung eines Gattungsbegriffes läge noch keine sittenwidrige Schädigung, auch wenn es nahe liegen würde, dass ein Unternehmen diesen für seinen Internetauftritt benutzen wolle. Ein Vorgehen gegen diese Registrierung sei, auch wenn die Registrierung durch einen Spekulanten erfolge, erst dann möglich, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass diese Domain im geschäftlichen Verkehr in einer das Kennzeichen verletzenden Weise erfolge.245

Neben § 826 BGB wird manchmal auch ein Schutz über § 823 Abs. 1 BGB thematisiert (etwa unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs). Eine Anwendung dieses Grundgedankens wird jedoch bei Domain-Fällen ausgeschlossen, wenn aufgrund des Produktes und des beschränkten Kundenkreises weder eine Verwechslungs- noch eine Verwässerungsgefahr bestehen.246

Unabhängig von kennzeichenrechtlichen Vorgaben existiert ein Recht auf Nutzung einer Domain, das über § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht geschützt ist. Verlangt jemand unberechtigterweise eine Lösung der Domain, wird in dieses Recht eingegriffen. Das Recht bringt auch einen Schutz gegen unberechtigte Dispute-Einträge.247


§ 3 UWG kommt wegen dessen Subsidiarität im Bereich des ergänzenden Leistungsschutzes selten zum Tragen. Voraussetzung eines Behinderungswettbewerbs nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG ist stets eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber. Da eine solche Beeinträchtigung jedem Wettbewerb eigen ist, muss freilich noch ein weiteres Merkmal hinzutreten, damit von einer wettbewerbswidrigen Beeinträchtigung und – eine allgemeine Marktbef-

246 So etwa OLG Hamm, Urt. v. 18.2.2003 – 9 U 136/02, CR 2003, 937 (Ls.).
248 LG Köln, Urt. v. 5.3.2013 – 33 O 144/12, MMR 2013, 469.

§ 4 Nr. 10 UWG ist auch einschlägig, wenn jemand bewusst in Verfolgung kommerzieller Zwecke eine Domain in fehlerhafter Schreibweise eines bereits registrierten Domainnamens („Tippefehler-Domains“) anmeldet (Typosquatting).

Allerdings kommt ein Eingriff in deliktsrechtlich geschützte Positionen in Betracht, wenn die Domain als solche beleidigend ist. In den Fällen des sogenannten Behinderungswettbewerbs liegt eine Rechtsverletzung nach § 3 UWG durch eine Tippfehler-Domain auch dann vor, wenn zwischen den Parteien kein konkretes Wettbewerbsverhältnis besteht.

250 Brandner/Bergmann, in: Großkomm. UWG, § 1 Rz. A 3.
5. Allgemeiner Namensschutz über § 12 BGB

§ 12 BGB ist die Quelle des namensrechtlichen Kennzeichnungsschutzes außerhalb des geschäftlichen Verkehrs. Als lex generalis umfasst er das MarkenG und § 37 HGB. Geschützt sind sowohl die Namen natürlicher Personen, Berufs- und Künstlernamen als auch die Namen juristischer Personen, insbesondere der Firmen. Auch und gerade öffentlich-rechtliche Körperschaften sind gegen eine unbefugte Nutzung ihres Namens im privatrechtlichen Verkehr durch § 12 BGB geschützt. Das Namensrecht aus § 12 BGB findet ferner direkte Anwendung auf Anstalten des öffentlichen Rechts.


Nicht geschützt sind Gattungsbezeichnungen, wie „Marine“, „Volksbank“, „Datenzentrale“ oder eine allgemein bekannte geographische Bezeichnung wie „Canalgrande“. Ein namensrechtlicher Anspruch des Namensträgers kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn der Name zugleich einen Gattungsbegriff darstellt.


Zu weit geht jedenfalls das OLG Hamburg in der Entscheidung „Emergency“,\footnote{OLG Hamburg, Urt. v. 5.11.1998 – 3 U 130/98, CR 1999, 184 = MMR 1999, 159.} in der der Senat jedweder Domain ein allgemeines Namensrecht – auch ohne Bezug auf ein konkretes Unternehmen...

spricht, die die Domain nutzt.\textsuperscript{288} Geschützt ist die Kommune auch nicht gegen Domainbezeichnungen, die den Städtenamen unter Hinzufügung eines erklärenden Zusatzes (z.B. duisburg-info.de) oder einer branchen- und landerübergreifenden Top-Level-Domain (z.B. .info) verwenden.\textsuperscript{289} Unzulässig ist wiederum die Verwendung der Endung Com, etwa als berlin.com.\textsuperscript{290} Ein öffentlichrechtlicher Zweckverband ist kein Träger des Namensrechts i.S.v. § 12 BGB.\textsuperscript{291} Auch kann eine Kommune nur dann einen Anspruch aus § 12 BGB geltend machen, wenn die angegriffene Bezeichnung deckungsgleich mit ihrem regionalen Gebiet ist; beinhaltet eine Domain eine geographische Angabe, die über die Gebietsgrenzen der Kommune hinausgeht, so kann die Kommune eine Namensrechtsverletzung daher nicht geltend machen.\textsuperscript{292} Allerdings gehört die Domain mit dem Top-Level-Zusatz „.info“ (z.B. duisburg.info) der jeweiligen Kommune.\textsuperscript{293} Auch in der Nutzung eines (übersetzten) Staatsnamens mit unterschiedlichen TLDs (z.B. tschechische-republik.at/.ch) sieht die Rechtsprechung eine unzulässige Namensanmaßung, da aufgrund der Einmaligkeit eines jeden Staates davon auszugehen ist, dass dieser sich jeweils selbst präsentiert. Daran ändert auch eine an sich widersprüchliche TLD nichts.\textsuperscript{294} Privatpersonen, deren Namen keinen besonderen Bekanntheitsgrad aufweisen (z.B. der Name Netz),\textsuperscript{295} können sich nicht dagegen zur Wehr setzen, dass ihr „Allerweltsname“ Teil einer Domain wird. Ähnliches gilt auch für die Bezeichnung „Freie Wähler“.\textsuperscript{296}

Eine weitere interessante Entscheidung\textsuperscript{297} über die Streitigkeiten bzgl. der Benutzung von 
Gebietsbezeichnungen in Domainnamen hat das OLG Rostock gefällt. Der Kläger, ein regionaler, privater Informationsanbieter, wollte seine als Marke anerkannte Bezeichnung „Müritz-Online“ gegenüber


---

Zusätzen an einen Namen (etwa xy-blog.de) kann der Eindruck erweckt werden, es handle sich um ein Angebot des Namensinhabers, insofern liegt eine Namensanmaßung dann ebenfalls vor. Bei Gleichnamigkeit von Namensträgern kommt die Prioritätsregel dann nicht zur Anwendung, wenn auf eine übergreifende Verkehrsbedeutung verwiesen werden kann oder kein schützenswertes Interesse an der Verwendung der Domain besteht. Ansonsten gilt der Grundsatz „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“. Dieser Grundsatz gilt im Übrigen auch dann, wenn der Namensträger bereits eine Domain besitzt; er kann dann nach Auffassung des OLG Köln nicht auf Freigabe einer zweiten Domain mit seinem Namen klagen.

Unabhängig von der Frage, ob bestimmte widersprüchliche TLDs einer Zuordnung zu einem bestimmten Namensträger widersprechen können und damit eine Zuordnungsverwirrung ausgeschlossen ist, ist dies bei der Kombination eines Staatsnamens als SLD mit der auf einen anderen Staat hinweisenden TLD nicht der Fall, da Letztere den Betrachter lediglich auf das Land der Registrierung hinweist.

Eine Catch-All-Funktion kann zu einer Namensanmaßung auch in einem Fall führen, in dem die Verwendung der Second-Level-Domain keine Namensanmaßung darstellt.


kein Namensgebrauch, solange distanzierende Zusätze innerhalb der Second-Level-Domain (hier: „un“) ohne Weiteres erkennen lassen, dass der Betreiber nicht im „Lager“ des Berechtigten steht und zudem der Name so gewählt ist, dass dem Berechtigten die Möglichkeit erhalten bleibt, seinen eigenen Namen als Domain registrieren zu lassen. Dies gilt auch für die Verwendung fremder Namen als Keyword bei Suchmaschinenwerbung.314 Ebenfalls Meinungsäußerung sind Domains, die sich mit Vorwürfen an bestimmte Stellen richten, sofern die Grenze zur Schmähkritik nicht über- schritten wird.315 Ebenfalls Meinungsäußerung sind Domains, die sich mit Vorwürfen an bestimmte Stellen richten, sofern die Grenze zur Schmähkritik nicht über- schritten wird.315 Einem Fanclub kann die Domain-Bezeichnung „dsds-news.de“ nicht verwehrt werden, wenn der Namensträger über eine einschläglich bezeichnete Domain (hier: „dsds.de“) bereits verfügt und die angegriffene Domain den Namen nur in einem Kombinationszeichen enthält.316


314 OLG Braunschweig, Urt. v. 10.11.2009 – 2 U 191/09.

Fraglich ist, ob ein Dritter mit Einverständnis eines Berechtigten für diesen eine Domain registrieren darf. Das OLG Celle ist der Ansicht, dass in einem solchen Fall eine Namensanmaßung vorliege. Registriere eine Webagentur einen Firmennamen als Domain für einen Kunden, könne nach erfolgtem Dispute-Eintrag die eingetragene Webagentur Rechte namensgleicher Dritter verletzen und verpflichtet sein, die Domain herauszugeben. Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben.


Der Namensträger kann auch Dritten die Registrierung seines Namens gestatten. Dieser Dritte kann dann prioritätsbegründend eine Domain anmelden und verwendet eine abgeleitete Rechtsposition zur Führung des Namens und zur Registrierung der Domain. Innerhalb eines Konzerns kann eine Holdinggesellschaft die Unternehmensbezeichnung einer Tochtergesellschaft mit deren Zustimmung als Domain registrieren lassen. Sie ist dann im Domainrechtsstreit so zu behandeln, als sei sie selbst berechtigt, die Bezeichnung zu führen. Im Übrigen soll sich bei einer Treuhand aus § 667 BGB ein Anspruch des Treugebers auf Freigabe der Domain gegen den Treuhänder ergeben.

Wer behauptet, eine Domainregistrierung im Auftrag des Inhabers vorgenommen zu haben, trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast. Für einen Anscheinsbeweis gibt es keine Grundlage.

6. Rechtsfolgen einer Markenrechtsverletzung

Literatur:


Die Rechtsfolgen einer Markenrechtsverletzung ergeben sich aus § 14 MarkenG.

a) Unterlassungsanspruch


---


b) Schadensersatz durch Verzicht

Hinzu kommt der Anspruch des Betroffenen auf Schadensersatz. Es ist der Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde (§ 249 Abs. 1 BGB).\(^{345}\) Insofern kann der Betroffene auf jeden Fall verlangen, dass der Verletzer eine Verzichtserklärung gegenüber der DENIC abgibt.

Bei einer Löschung im DENIC-Register besteht jedoch das Risiko, dass Dritte sich die freigewordene Domain sichern und der Rechtsinhaber dagegen neue gerichtliche Schritte einleiten muss. Verlangte der Rechtsinhaber eine Übertragung der Domain auf sich selbst, so wäre der Schädiger verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Mitglied der DENIC, von dem er die Domain zugewiesen bekommen hat, die Zustimmung zu einer solchen Namensübertragung zu erklären.\(^{346}\)


Anders entschied das OLG München im März 1999 zu der Domain „shell.de“.\(^{348}\) Die Situation des Kennzeicheninhabers sei vergleichbar mit der eines Erfinders. Hat eine unberechtigte Patentanmeldung bereits zum Patent geführt, so kann der Berechtigte gem. § 8 Abs. 1 PatG nicht lediglich Lösung, sondern Übertragung des Patents verlangen. Ähnlich gewährt § 894 BGB demjenigen, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gegen den durch die Berichtigung Betroffenen. Da die mit dem Internet zusammenhängenden Rechtsfragen noch nicht gesetzlich geregelt seien, könne man die vorgenannten Regelungen zur Lösung des Domainkonflikts heranziehen. Der Kennzeicheninhaber habe daher gegen den Schädiger einen Anspruch auf Übertragung der Domain bzw. auf Berichtigung der Domainre-


gistrierung Zug um Zug gegen Erstattung der Registrierungskosten. In einer Entscheidung vom August 1999\textsuperscript{349} allerdings wandte das \textit{OLG München} die von ihm aufgestellten Grundsätze nicht an und lehnte einen Übertragungsanspruch ab. Das \textit{LG Hamburg} wiederum hat den Übertragungsanspruch als Folgenbeseitigungsanspruch bejaht, wenn hierdurch alleine die entstandene Rechtsbeeinträchtigung wieder aufgehoben wird.\textsuperscript{350} Der \textit{BGH} hat sich inzwischen im Streit zwischen Hamm und München der Auffassung aus Hamm angeschlossen und in Sachen Shell einen Übertragungsanspruch abgelehnt.\textsuperscript{351} Dem Berechtigten steht demnach gegenüber dem nichtberechtigten Inhaber eines Domainnamens kein Anspruch auf Überschreibung, sondern nur ein Anspruch auf Löschung des Domainnamens zu.

Mit Urteil vom 25. März 2010 hat der \textit{BGH}\textsuperscript{352} einen Streit um die Domain braunkohle-nein.de auf Grundlage des Schuldrechts entschieden, indem er dem Treugeber einen Herausgabeanspruch gegen den Domaininhaber aus § 667 BGB zusprach. Treugeber und Kläger war der Verein Braunkohle Nein e.V., der aus einer 2005 vom Beklagten mitbegründeten Bürgerinitiative hervorgegangen ist. Im Rahmen der Organisation der Bürgerinitiative hatte der Beklagte angeboten, eine Internet-Homepage für die Bürgerinitiative zu erstellen und registrierte nach Zustimmung des Organisationskomitees zu diesem Zweck die Domain braunkohle-nein.de auf eigene Kosten und auf seinen Namen bei der DENIC. Die Homepage wurde daraufhin zur Veröffentlichung von Informationen über die Bürgerinitiative genutzt, wobei der Verein die Domain auch im Impressum seiner Flugblätter angab. Als der Beklagte 2006 aus dem Verein ausschied, lehnte er die Freigabe der Domain ab und nutzte sie zur Veröffentlichung eigener Inhalte weiter.

Dem Verein Braunkohle Nein e.V. sprach der \textit{BGH} nun einen Herausgabeanspruch gegen den Domaininhaber aus § 667 BGB zu, wonach der Beauftragte verpflichtet ist, dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. Es kam daher auf die Frage an, ob die Domain vom Beklagten treuhänderisch registriert wurde. Der \textit{BGH} bejahte dies mit Hinweis auf den Geschehensablauf, die Übereinstimmung von Vereins- und Domainnamen sowie die Nutzung der Webseite zur Veröffentlichung von Vereinsinhalten. Der Beklagte habe trotz seines Verzichts

\textsuperscript{352} \textit{BGH}, Urt. v. 25.3.2010 – I ZR 197/08, MMR 2010, 575 = NJW 2010, 3440.
auf Ersatz der für die Registrierung gemachten Aufwendungen nicht für eigene Zwecke, sondern im Auftrag der Bürgerinitiative gehandelt, worauf sich auch der aus der Bürgerinitiative hervorgegangene Verein berufen könne. Da der Beklagte die Domain lediglich treuhänderisch hielt, sei er dem Verein aus § 667 BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Der Herausgabeanspruch ziele dabei anders als bei namens- oder markenrechtlichen Ansprüchen gegen einen Domaininhaber nicht nur auf Freigabe, sondern auch auf Umschreibung oder Übertragung der Domain. Ob dem Verein zusätzlich auch ein Schutzrecht aus § 12 BGB zusteht, wie es das OLG Rostock als Vorinstanz feststellte, wurde vom BGH offen gelassen.


---

353 Zu den technischen Details der Vergabe von Domains siehe Bährer/Lubich/Schneider/Widmer, Internet-Domainnamen, Zürich 1996.
357 Siehe zur Rechtslage in Österreich Burgstaller, MMR 2002, 49.
Dispute-Eintrag zu beantragen. Dieser verhindert einerseits eine Übertragung der Domain während des laufenden Verfahrens, andererseits führt er zu einer direkten Registrierung des Antragstellers bei Freiwerden der Domain.

7. Verantwortlichkeit der DENIC für rechtswidrige Domains

Literatur:


Nach den Vergabebedingungen der DENIC\(^{359}\) liegt die Verantwortung für marken- und namenrechtliche Folgen aus der Registrierung des Domainnamens beim Kunden.\(^{360}\) Der Kunde versichert der DENIC gegenüber, dass er die Einhaltung kennzeichenrechtlicher Vorgaben geprüft hat und keine Anhaltspunkte für die Verletzung von Rechten Dritter vorliegen (§ 3 Abs. 1). Eine doppelte Adressvergabe kann folglich von der DENIC nicht verhindert werden. Wer einen freien Namen gefunden hat, kann ihn bei der DENIC als Second-Level-Domain registrieren lassen.\(^{361}\) Er riskiert dann allerdings, dass er nachträglich markenrechtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen wird.

Um eine schnelle Übertragung der Domain von einem Domain-Grabber auf den anderen zu verhindern, sieht die DENIC einen sog. Dispute-Eintrag vor. Hierfür muss ein Dritter glaubhaft machen, dass er ein Recht auf die Domain hat und dieses gegenüber dem Domaininhaber geltend machen (§ 2 Abs. 3 Satz 1 der Registrierungsbedingungen). Dieser Eintrag wirkt für ein Jahr und wird auf

\(^{359}\) Die Bedingungen datieren aus dem Jahr 2004 (im Internet abrufbar unter http://www.denic.de/de/bedingungen.html; zuletzt besucht 12.06.2014).

\(^{360}\) Absatz „Domainnamen“, I. (5).

\(^{361}\) Er beantragt daneben noch ein IP-Netz beim NIC im Rahmen dessen 254 Nummern zur weiteren Vergabe zur Verfügung stehen (ClassC-Netz).
Antrag verlängert. Ist bereits ein Dispute-Antrag für einen anderen eingetragen, besteht keine Mög-
llichkeit mehr, einen zweiten Dispute-Eintrag vorzunehmen zu lassen. Eine Domain, die mit einem
Dispute-Eintrag versehen ist, kann vom Inhaber weiter genutzt, jedoch nicht übertragen werden.
Weiterhin gewährleistet der Dispute-Eintrag, dass der Berechtigte des Eintrags automatisch neuer
Domaininhaber wird, wenn der bisherige Domaininhaber die Domain freigibt. Gegen einen unbe-
rechtigten Dispute-Eintrag steht einem Betroffenen die negative Feststellungsklage zu, mit Verweis
auf einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB). Ein
auf Grund eines Markenrechts eingeräumter Dispute-Eintrag ist schon wegen der zahlreichen au-
ßerhalb der geschützten Marke denkbaren Verwendungsformen unzulässig und damit zu löschen. Der Domaininhaber einer Domain mit einem Gattungsbegriff (welle.de) kann aus § 823 Abs. 1 BGB gerichtlich gegen den Dispute-Eintrag vorgehen, den ein Namensrechtsinhaber (die Gemeinde Welle in Niedersachsen) bei der DENIC hat eintragen lassen.

Da bei Vorliegen einer Verletzung in erster Linie der Domaininhaber haftet, hat der BGH in seiner „ambiente.de“-Entscheidung eine Haftung der DENIC nach markenrechtlichen Gesichtspunkten größtenteils abgelehnt. Eine Haftung als Täter oder Teilnehmer kommt nicht in Betracht, so dass die DENIC allenfalls als Störer haften kann, weil sie mit der Registrierung eine zurechenbare Ursache für die Rechtsverletzung gesetzt hat. Als Störer haftet, wer auch ohne Verschulden oder Wettbewerbsabsicht in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung eines geschützten Rechts oder Rechtsguts beiträgt, sofern er die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hat und Prüfungspflichten verletzt.

Der Umfang dieser Prüfungspflichten richtet sich danach, ob und inwieweit dem als Störer Inanspruchgenommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist. In Sachen „ambiente.de“ entschied der BGH, dass die DENIC bei der Erstregistrierung keine Pflicht treffe zu prüfen, ob an dem einzutragenden Domainnamen Rechte Dritter bestehen. Dem entspricht auch das LG Hamburg, soweit es eine Haftung der DENIC ablehnt, wenn sich jemand entgegen der Registrierungsbedingungen (etwa unter falschem Namen) registrieren lässt. Der BGH nimmt an, dass der DENIC eine Prüfung erst nach Hinweisen Dritter auf mögliche Rechtsverletzungen und selbst dann nur bei

363 LG Köln, Urt. v. 5.3.2013 – 33 O 144/12, MMR 2013, 469.

Daraufhin gab es zahlreiche Fol gerechte. Derjenigen, die Rechte an Zweibuchstabenbezeichnungen geltend machten. Im Streit zuletzt um hr.de und sr.de, in dem der Hessische und der Saarländische Rundfunk gegen die DENIC tätig wurden, hob das OLG Frankfurt371 nun die Urteile des LG Frankfurt372 auf. Ging das LG jeweils von einem namensrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 12 BGB aus, vertritt das OLG Frankfurt die Ansicht, die DENIC sei weder Störer und noch habe sie Prüfpflichten verletzt. Ähnlich hat im Übrigen das OLG Brandenburg374 Änderungsansprüche eines Betroffenen im Hinblick auf Falscheintragungen in der Whois-Liste abgelehnt. Die Eintragung in der Whois-Datenbank der DENIC sei kein Bereicherungsgegenstand nach § 812 Abs. 2


371 OLG Frankfurt, Urt. v. 26.10.2010 – 11 U 29/10, (Kart) GWR 2011, 68 (Ls.) und 11 U 30/10 (Kart), MMR 2011, 176 (Ls.).

372 LG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2010 – 2/3 O 483/09.

373 Ähnlich zuvor schon OLG Frankfurt, Urt. v. 18.5.2010 – 11 U 36/09 (Kart), MMR 2010, 694.

Satz 2 Alt. 2 BGB, da die Eintragungen keinen öffentlichen Glauben genössen, sondern ein rein privates Verzeichnis der Vertragspartner der DENIC darstellten.


379 Ist laut Ziffer VIII. der DENIC-Richtlinien die vom Domaininhaber benannte natürliche Person, die als sein Bevollmächtigter berechtigt und gegenüber der DENIC auch verpflichtet ist, sämtliche die Domain betreffenden Angelegenheiten verbindlich zu entscheiden.
„ambiente.de“ vom BGH geforderte Kriterium einer berühmten Marke verzichtete das OLG und führte lediglich an, dass es sich um die Namen der offiziellen Regierungsbezirke des Freistaates handelt. Nun hat auch der BGH\textsuperscript{380} in der Revisionsinstanz die Voraussetzungen für ein Einschreiten der DENIC, nämlich den Hinweis auf eine mögliche Rechtsverletzung sowie eine offenkundige, ohne weiteres feststellbare Rechtsverletzung bejaht, da es sich bei den Namen um offizielle Bezeichnungen der Regierungen bayrischer Regierungsbezirke handelt und ein Sachbearbeiter bei der DENIC ohne namensrechtliche Kenntnisse ohne Weiteres erkennen könne, dass diese Bezeichnungen als Domännamen allein einer staatlichen Stelle und nicht einem in Panama ansässigen privaten Unternehmen zustehen können.

Streitig ist, ob die DENIC im Rahmen der Zwangsvollstreckung in Domains unter der TLD „.de“ als Drittschuldnerin im Sinne der ZPO haftet. Drittschuldner ist jeder Dritte, dessen Leistung zur Ausübung des gepfändeten Rechts erforderlich ist oder dessen Rechtsstellung von der Pfändung sonstwie berührt wird. Das AG Frankfurt verneint eine Drittschuldnereigenschaft der DENIC.\textsuperscript{381}


Anderer Ansicht ist das LG Zwickau, das eine entsprechende Anwendung des § 829 ZPO auf die Domainpfändung bejaht und mithin im Ergebnis eine Drittschuldnereigenschaft der DENIC an-

\textsuperscript{380} BGH, Urt. v. 27.10.2011 – I ZR 131/10, NJW 2012, 2279 = MMR 2012, 529 – regierung-oberfranken.de.


III. Pfändung und Bilanzierung von Domains

Literatur:


gen unter § 857 Abs. 1 ZPO. Eine Verwertung der gepfändeten Ansprüche gegen die Vergabe- 

stelle erfolgt also im Wege der Überweisung an Zahlungs- 

statt.

Unter Umständen ist auch denkbar, dass die Domain als Arbeitsmittel i.S.v. § 811 Nr. 5 ZPO un- 

pfändbar ist. Die Vorschrift bezieht sich zwar allein auf „Sachen“ und ist deshalb nicht unmittelbar 

einschlägig. Es kommt jedoch eine analoge Anwendung in Betracht. Ein darauf basierender 

Pfändungsschutz setzt allerdings voraus, dass die Domain zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des 

Schuldners „erforderlich“ ist. Das ist allerdings nur dann der Fall, wenn sich die Domain im 

Rechtsverkehr bereits durchgesetzt hat und nicht (mehr) ohne weiteres gegen eine andere ausgetauscht werden kann. Unabhängig von diesem Streit ist eine Pfändbarkeit der Konnektierungsansprüche des Domain- 

inhabers gegen die DENIC im Wege der Forderungspfändung inzwischen anerkannt. Schwierig 

ist dann aber die Verwertung dieser Forderung, da eine Überweisung mangels Leistungsinteresse 

des Vollstreckungsgläubigers nicht in Betracht kommt.

Wichtig sind im Übrigen auch Vorkehrungen gegen die Insolvenz des Access Providers. Muss ein 

Provider Insolvenz beantragen, wird die DENIC tätig. Wenige Wochen nach Insolvenz-Antrag sind 

fast immer alle Domains erstmal direkt bei der DENIC gehostet und auf deren eigenen Nameservern 

und im Zone-c der Domains eingetragen. In einem Fall, in dem die Zone-c bereits bei der 

DENIC liegt (erkennbar am HD4-RIPE im Zone-c beim DENIC whois), braucht man also nur die 

Kündigung an den alten Provider zu schicken und an die DENIC das KK-Fax.

Auch stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Bewertung von Domains. Gängig ist 
insofern die RICK-Formel. Entscheidend abzustellen ist hiernach auf

- das Risiko, rechtliche Probleme bei der Verwendung der Domains zu bekommen = R
- das Image der Domain = I
- die Frage der kommerziellen Verwendbarkeit der Domain = C
- die Kürze der Domain = K.

---


ZUM 2004, 935.
390 Welzel, MMR, 2001, 131, 135.
Differenziert arbeitet die sog. **Horatius-Formel**, die eine Vielzahl von Indikatoren heranzieht, unter anderem

- die Visits
- die Eintragungen in Suchmaschinen
- die Pflege der Domain
- das Bestandsalter.

Noch variantenreicher sind die Kriterien des **SCHARF-Modells**, das mit über vierzig Indikatoren arbeitet.\(^{392}\)

Bei der **Streitwertberechnung** im Rahmen von § 12 Abs. 1 GKG berücksichtigt das Gericht im Rahmen seines freien Ermessens den wirtschaftlichen Wert der Domain für den Berechtigten, wobei insbesondere die erwartete Zahl der Visits und sonstige Indizien für erzielbare Umsätze und Marketingeffekte zu berücksichtigen sind. Das **OLG Frankfurt**\(^{393}\) scheint den Wert tendenziell gering anzusetzen. Bei der Bemessung des wirtschaftlichen Wertes der Domainnamen sei zu berücksichtigen, dass sie sämtlich nicht geeignet seien, einen unmittelbaren oder auch nur mittelbaren (assoziativen) Bezug zu Waren oder Dienstleistungen herzustellen, insoweit fehlt ihnen die inhaltliche Aussagekraft sowie ein prägnanter Anklang an marktgängige Waren, Dienstleistungen etc. Daher kämen Internetadressen, die Zufallsfunde im Netz surfender Interessenten sind, kaum in Betracht.

Andere Gerichte sind großzügiger. Das **LG Köln** lässt bei der Nutzung einer Domain als Teil einer E-Mail-Adresse 75 000 Euro ausreichen.\(^{394}\) Das **LG Hamburg** geht von 50 000 Euro aus.\(^{395}\) Das **OLG Köln** bejahte einen Streitwert in Höhe von 135 000 Euro,\(^{396}\) konstatierte aber in einem anderen Fall, dass sich der Streitwert nach dem Interesse des Klägers richtete (hier: 25 000 Euro).\(^{397}\) Dabei wurden gerade auch bei bedeutenderen Unternehmen Streitwerte bis zu 500 000 Euro festgesetzt.\(^{398}\)

---

\(^{392}\) [http://www.bewertungsformel.de](http://www.bewertungsformel.de)

\(^{393}\) OLG Frankfurt, Urt. v. 22.08.2002 – 25 W 33/02 (n.v.).


Bei Gattungsbegriffen hat sich der Streitwert auf 50 000 Euro eingependelt.\(^{399}\) Zum Teil wird in der Literatur für alle Domainstreitigkeiten ein Betrag in Höhe von 50 000 Euro als Regelstreitwert angenommen.\(^{400}\)

Der \(BFH\)^{401} sieht in den Aufwendungen zum Erwerb einer Internetadresse (Domain) keine sofort abzugsfähige Betriebsausgabe und auch kein abschreibfähiges Wirtschaftsgut, so dass die entstandenen Kosten im Rahmen einer Überschussrechnung gem. § 4 Abs. 3 EStG keine Berücksichtigung finden. Eine Domain stelle nach Auffassung des \(BFH\) zwar ein immaterielles Wirtschaftsgut dar. Anders als bei Software finde hingegen kein Wertverzehr statt, da die Internetadresse dauerhaft und in ungeschmälerter Art und Weise genutzt werden könne und dem Domaininhaber zeitlich unbeschränkte wirtschaftliche Vorteile biete.

**IV. Streitschlichtung nach der UDRP**

Literatur:


Auch neue gTLDs fallen unter die UDRP.\(^{404}\) Die Verbindlichkeit der UDRP basiert auf rein vertragsrechtlicher Grundlage; wer eine Domain registriert, unterwirft sich rechtsgeschäftlich den
UDRP. Es handelt sich insofern bei der UDRP nicht um die Einführung einer Schiedsgerichtsbarkeit i.S.v. §§ 1025 ff. ZPO, sondern um eine Streitschlichtung auf der Basis einer Prorogation nach § 38 ZPO.\footnote{LG Berlin, Teilurt. v. 2.3.2010 – 15 O 79/09.} Eine Möglichkeit, die UDRP isoliert anzugreifen, etwa wegen des darin vorgesehenen, dem deutschen Recht aber fremden, Übertragungsanspruchs besteht nicht.\footnote{LG Berlin, Teilurt. v. 2.3.2010 – 15 O 79/09.} Da die UDRP aber regelmäßig durch einen Hinweis in den AGB des jeweiligen Access Providers verbindlich werden sollen, stellt sich die Frage nach der AGB-rechtlichen Zulässigkeit einer solchen „Schiedsabrede“. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit ist hochgradig problematisch. Das Kammergericht\footnote{KG Berlin, Urt. v. 21.10.2011 – 5 U 56/10, MMR 2012, 747.} hat jedenfalls festgestellt, dass die Bestimmungen der UDRP als vertragliche Grundlagen für einen Anspruch auf Übertragung einer Domain ausscheiden. Die UDRP komme ausschließlich im außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren zur Anwendung. Die UDRP regele ausdrücklich im außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren zur Anwendung. Die UDRP regele ausdrücklich die Möglichkeit, während des außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens oder nach dessen Abschluss („before such mandatory administrative proceeding is commenced or after such proceeding is concluded“) das zuständige staatliche Gericht zur unabhängigen und damit auch in keiner Weise eingeschränkten Streitbeilegung anzurufen.


Die Streitschlichtung erfolgt über vier verschiedene, von der ICANN lizenzierte Organisationen, darunter

- das National Arbitration Forum (http://www.arb-forum.com/domains)
- das CPR – Institut for Dispute Resolution.
- das ADNDRC, das Asian Domain Name Dispute Resolution Centre.\footnote{Ausgeschieden ist das kanadische eResolution Consortium (http://www.resolution.ca).}


413 ÖÖGH, Urt. v. 16.3.2004 – 4 Ob 42/04m, MMR 2004, 747.
wesentlichen Argumente sollten vollständig und sachbezogen in einem einzigen Schriftsatz vorge-
tragen werden. Dabei sollte von vornherein gleich in diesem Schriftsatz alles schriftliche Beweis-
material beigefügt werden. Als sinnvoll hat es sich erwiesen, die Panelists auch auf ähnlich gelager-
te Entscheidungen anderer Panelists hinzuweisen. Die Anrufung eines Dreipanels lohnt sich nur
dann, wenn noch kein einheitliches Fallrecht existiert und Rechtsfragen in der Vergangenheit strei-
tig waren.

Die Einlegung der Beschwerde ist automatisch mit einer Übertragungssperre verbunden. Allerdings
ist unklar, ob diese Wirkung erst mit Zugang der Beschwerdemitteilung beim Registrar oder schon
ab Zustellung der Beschwerdeschrift an den Defendant gilt. Es bestehen zum Teil noch zeitliche
Möglichkeiten, als Defendant in Kenntnis der Beschwerdeinlegung die Domain auf einen anderen
to übertragen (sog. Cyberflight). Fraglich ist, ob dann der neue Domaininhaber an die Beschwer-
dentscheidung gebunden ist.

Die Streitschlichtungsgremien entscheiden nicht nach Maßgabe staatlichen Rechts. Vielmehr
nehmen sie – in Anlehnung an US-amerikanische Gesetzesvorgaben – nur einen eingeschränkten
Bereich der Markenpiraterie wahr. Entscheidend ist hierbei Art. 4 (a) der UDRP:

(I) „You are required to submit to a mandatory administrative proceeding in the event that a
third party (a „complainant“) asserts to the applicable Provider, in compliance with the
Rules of Procedure, that your domain name is identical or confusingly similar to a trade-
mark or service mark in which the complainant has rights; and

(II) you have no rights or legitimate interests in respect of the domain name; and

(III) your domain name has been registered and is being used in bad faith.“

Jedes dieser drei Merkmale bedarf näherer Erläuterung. Zunächst ist beim ersten Merkmal zu be-
achten, dass der Begriff des „trademark or service mark“ weit ausgelegt wird. Darunter fallen
zum Beispiel auch Zeichen, die nach dem US Common Law geschützt sind. Dann muss allerdings
eine entsprechende Benutzung im geschäftlichen Verkehr nachgewiesen werden („secondary mean-
ing“). Abzugrenzen sind die geschützten Zeichen von Kennzeichen, die lediglich auf Unterneh-
men verweisen oder persönliche Namen – selbst bei Berühmtheit des Namensträgers – umfassen.418

Entscheidend kommt es nicht auf den territorialen Schutzbereich der Marke an. Selbst wenn kein

418 Margarat C. Whitman v. Domains for Sale, D 2008 – 1645 („Merely having a „famous name“ is not sufficient to
establish common law trademark or service mark rights in the name“).

Zu prüfen ist dann noch die Verwechslungsfähigkeit im Verhältnis der Marke zum Domainnamen („likelihood of confusion“). Diese beurteilt sich nur nach der Zeichenählichkeit; die dahinter stehenden Produkte werden nicht geprüft. Generische Zusätze werden hier nicht berücksichtigt. Kritische Zusätze wie „Sucks“ oder „Fuck“ können unter Umständen die Verwechslungsfahr ausschließen, was allerdings zwischen den einzelnen Panelists streitig ist.

Auf „legitimate interests“ kann verweisen, wer eine Domain nachweislich für ein Fan-Forum oder für kritische Meinungsäußerungen nutzt. Die bloße Absicht einer solchen Nutzung reicht nicht aus. Dem Domainnutzer obliegt insofern die Darlegungs- und Beweislast. Der Hinweis auf die

426 Faketrugheuer, D 2004 – 0871.
Namensgleichheit reicht nicht aus. Ein eigenes Markenrecht begründet ebenfalls ein legitimes Interesse zur Benutzung der Domain. \(\text{430}\) Dies gilt allerdings nur dann, wenn dieses Markenrecht gutgläubig erworben worden ist. \(\text{431}\) Besonders streitig ist die Frage des legitimen Interesses beim Vertrieb von Markenwaren durch Vertragshändler. Hier plädiert eine überwiegende Zahl von Panelists für eine händlerfreundliche Auslegung der Regeln. Ein Verstoß gegen die UDRP soll danach nicht vorliegen, wenn der Händler sich auf den tatsächlichen Vertrieb beschränkt, keine Konkurrenzprodukte anbietet und es nicht zu einer übermäßigen Behinderung des Markeninhabers kommt. \(\text{432}\) Diese Freiheit der Benutzung soll auch für unabhängige Händler gelten. \(\text{433}\)

Am schwierigsten zu konkretisieren ist das Merkmal „bad faith“. Nachzuweisen ist hier seitens des Beschwerdeführers, dass eine Adresse registriert und benutzt wurde „in bad faith“. \(\text{435}\) In Anlehnung an die deutsche „Afilias“-Rechtsprechung \(\text{436}\) gilt auch bei der UDRP, dass eine jüngere Marke nicht gegen eine ältere Domain geltend gemacht werden kann; in einem solchen Fall fehlt dem Domaininhaber bei der Registrierung die Bösgläubigkeit. \(\text{437}\) Zur Konkretisierung dieses allgemeinen Rechtsbegriffs muss Art. 4 (b) der UDRP herangezogen werden:

(I) „For the purposes of Paragraph 4(a)(iii), the following circumstances, in particular but without limitation, if found by the Panel to be present, shall be evidence of the registration and use of a domain name in bad faith: circumstances indicating that you have registered or you have acquired the domain name primarily for the purpose of selling, renting, or otherwise transferring the domain name registration to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant, for valuable consideration in excess of your documented out-of-pocket costs directly related to the domain name; or

(II) you have registered the domain name in order to prevent the owner of the trademark or service mark from reflecting the mark in a corresponding domain name, provided that you have engaged in a pattern of such conduct; or

\(\text{431}\) Geizhals.com, D 2005 – 0121.
\(\text{432}\) So etwa nicht im Falle als Grundlage für die Domain Madonna.com, D 2000 – 0847; ähnlich Cebit.com, D 2003 – 0679.
\(\text{434}\) Porschebuy.com, D 2004 – 0481.
(III) you have registered the domain name primarily for the purpose of disrupting the business of a competitor; or

(IV) by using the domain name, you have intentionally attempted to attract, for commercial gain, Internet users to your web site or other on-line location, by creating a likelihood of confusion with the complainant’s mark as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of your web site or location or of a product or service on your web site or location."

Diese Liste denkbarer „bad faith“-Fälle ist nicht abschließend („in particular but without limitation“). Im Laufe der Zeit hat sich gerade im Bereich der WIPO eine eigene Judikatur entwickelt, die weitere Fälle von „bad faith“ herausgearbeitet hat. An der Bösgläubigkeit soll es fehlen, wenn andere legitime Benutzungsmöglichkeiten denkbar sind. Dies gilt etwa bei generischen Begriffsinhalten.438 Kritiker werfen der WIPO allerdings vor, dass zu schnell ein „bad faith“ zu Gunsten des Beschwerdeführers bejaht werde.439 Dies gilt vor allem, seitdem die Panelists eine Vermutung der bösgläubigen Registrierung bei bösgläubiger Nutzung und umgekehrt zugelassen haben.440

Weiß die Beschwerdeführerin bei Einreichung der Beschwerde, dass sie keine besseren Rechte gegenüber dem Beschwerdegegner geltend machen kann, dass die Beschwerde auch sonst offensichtlich unbegründet ist, kann der Beschwerdegegner gemäß § 15 (e) UDRP Feststellung beantragen, dass es sich bei der Beschwerde um einen Versuch des Reverse Domain Name Hijacking handelt.441

V. Streitschlichtung rund um die EU-Domain

Literatur:


Im April 2005 wurde die Zuständigkeit für die Streitschlichtungsverfahren im Bereich der .eu-Domain an die Landwirtschaftskammer der Tschechischen Republik (Tschechisches Schiedsgericht) übertragen.


Rechtsprechung zum Vorrang bekannter Namen wohl nicht auf den Konflikt mit einer Gemeinde übertragen werden kann. 446


446 Siehe dazu auch Nitzel, MMR 2006 Heft 9, Seite XIII.
447 Siehe dazu auch 01196-Memorx sowie XXX – Reifen.
448 01959-LOT.
449 0910-Reifen.
450 0052-JAGA.
451 Ähnlich Reifen.eu c-910 und Memorx.eu für eine Beneluxmarke.
a) aus den Umständen ersichtlich wird, dass der Domainname hauptsächlich registriert wurde, um diesen an den Rechtsinhaber zu verkaufen, zu vermieten oder anderweitig zu übertragen,

b) der Domainname registriert wurde, um zu verhindern, dass der Inhaber eines Rechts an dem Namen diesen verwenden kann, oder

c) der Domainname hauptsächlich registriert wurde, um die berufliche oder geschäftliche Tätigkeit eines Wettbewerbers zu stören, sowie wenn

d) der Domainname absichtlich benutzt wird, um Internetnutzer aus Gewinnstreben auf eine Webseite zu locken, oder

e) der Domainname der Name einer Person ist und keine Verbindung zwischen dem Domaininhaber und dem registrierten Domainnamen nachgewiesen werden kann.

Es reiche aus, dass der Domainname registriert worden sei, um ihn an irgendeinen Rechteinhaber zu übertragen. Als Zeichen für die Verhinderungsabsicht wurde angesehen, wenn ein Domaininhaber mehrere Domainnamen mit klarem Bezug zu Marken Dritter aufweist und die entsprechende streitgegenständliche Marke hinter der Domain gar nicht benutzt wird.


---

453 KSB-c1584.
455 Dagegen 00283-Lastminute.
Handelsgericht Wien zu, dass er Rechtsverletzer sei, kann dies auch im Streitschlichtungsverfahren gewürdigt werden.\textsuperscript{456} Bei Gleichnamigkeit zählt der Grundsatz „Wer zu erst kommt, mahlt zu erst“.\textsuperscript{457} Als berechtigtes Interesse angesehen wurde zum Beispiel die Gründung von Beschwerdeforens oder ein tatsächlich existierender Fanclub für einen Fußballverein.\textsuperscript{458} Der Kennzeichenrechtsinhaber muss sein eigenes Recht klar nachweisen und wird bei diffusen Vortrag zu Recht abgewiesen.\textsuperscript{459} Der 92. Verwaltungsbezirk in Frankreich hat keine eigenen Rechte an der Bezeichnung 92.eu, die sich ein pfiffiger estnischer Dichter mit Verweis auf den Titelschutz für ein sehr eigenartiges, in Estland veröffentlichtes Gedicht hat sichern lassen.

Der \textit{EuGH} stellte mit der Entscheidung in der Sache \textbf{reifen.eu} klar, dass die Auflistung der Bösgläubigkeitsfälle in Art. 21 Abs. 3 VO (EG) Nr. 874/2004 nicht abschließend ist.\textsuperscript{460} So muss die Beurteilung des nationalen Gerichts vielmehr aufgrund einer umfassenden Würdigung der Umstände erfolgen. Dabei ist nach Auffassung des Gerichts insbesondere zu berücksichtigen, ob der Markeninhaber beabsichtigt, die Marke auf dem Markt zu benutzen, für den Schutz beantragt wurde, und ob die Marke so gestaltet wurde, dass eine Gattungsbezeichnung kaschiert wurde. Bösgläubigkeit könnte darüber hinaus durch die Registrierung einer Vielzahl vergleichbarer Marken sowie ihrer Eintragung kurz vor Beginn der ersten Phase für die Registrierung von EU-Domains indiziert werden.\textsuperscript{461} Die Registrierung und der Betrieb der „eu“ TLD wird insgesamt als zufriedenstellend eingestuft, wie die Europäische Kommission im Rahmen einer Evaluation festgestellt hat.\textsuperscript{462} Allerdings ist hier nicht alles Gold, was glänzt. Die Sunrise-Registrierungen waren sehr stark dadurch belastet, dass Provider aus Zypern und Lettland das Verfahren zu ihren Gunsten missbraucht haben. Insbesondere wurde versucht, durch die Eintragung von Scheinmarken im Schnellverfahren an eine bevorrechtigte Position für die Eintragung von Domains zu kommen. Auch fiel auf, dass bei dem Wettlauf um die schnelle Registrierung die genannten zypriotischen und lettischen Provider fast immer den Sieg errungen haben. Dabei kam diesen exotischen Providern zu Gute, dass nach Art. 22 Abs. 4 VO (EG) Nr. 874/2004 das alternative Streitbeilegungsverfahren in der Sprache des Registrierungsvertrags durchzuführen war; insofern führten Beschwerden gegen die genannte Praxis im-

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item NGRAM.
\item Alpha.
\item Panathinaikos FC.
\item LABRADA.
\end{itemize}
\end{footnotesize}


Das OLG Hamburg hat mit Urteil vom 12. April 2007\textsuperscript{466} in Sachen original-nordmann.eu entschieden, dass eine .eu-Domain frei wählbar sei und von einem Nichtmarkeninhaber registriert werden könne, auch wenn für eine beschreibende Internet-Adresse mit dem Top-Level „.eu“ in einem Mitgliedstaat der EU eine identische Marke eingetragen sei. Hintergrund für diese Wertung sei das Territorialitätsprinzip, wonach eine nationale Wortmarke nur im Anmeldeeland ihre Wirkung entfalte. Im konkreten Fall stand die Domain „original-nordmann.eu“ in Streit, die ein deutscher Staatsangehöriger angemeldet hatte, der sich erfolgreich gegen einen britischen Bürger zur Wehr setzte, für den in Britannien die Wortmarke „Original Nordmann“ eingetragen ist.


Im Übrigen hat das LG München\textsuperscript{468} darauf hingewiesen, dass die „.eu“-Festlegungsverordnung kein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB sei.

\textsuperscript{466} OLG Hamburg, Urt. v. 12.4.2007 – 3 U 212/06, K&R 2007, 414.
\textsuperscript{468} LG München I, Urt. v. 10.5.2007 – 17 HKO 19416/06.
**Drittes Kapitel: Das Urheberrecht**

Literatur:


I. Vorüberlegungen

Literatur:


Ein Anbieter im E-Commerce muss sich zunächst durch den Dschungel des Immateriälgüterrechts wählen, bevor er mit einem Projekt beginnen kann. Dabei ist vor allem die Abgrenzung von Urheber- und Patentrecht wichtig. Das Urheberrecht schützt künstlerische oder wissenschaftlich-technische Leistungen, die eine gewisse Originalität und Kreativität repräsentieren. Der Schutz be-

- das Designrecht (früher Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht)
- der ergänzende Leistungsschutz über § 3 UWG
- der Geheimnisschutz (§ 17 UWG)
- der deliktsrechtliche Schutz über § 823 Abs. 1 BGB
- die Möglichkeit einer Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Var. BGB).


II. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:


469 Siehe hierzu A.V. 3.
470 Siehe hierzu A.VII. 1.


Der rechtliche Anknüpfungspunkt für die Rechtswahl bei Urheberrechtsverträgen ist umstritten. Die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Rom-I-VO macht die Rechtsordnung des Sitzes des Rechtsinha-
bers andwenbar, soweit die andere Partei lediglich ein Engelt für die Übertragung der Nutzungsrechte zahlt.\textsuperscript{478} Das Recht des Staates, in dem der Verwerter seinen Sitz hat, ist hingegen anwendbar, wenn dieser selbstständige Ausübungs- und Verwertungspflichten übernommen hat.\textsuperscript{479} Für die Bestimmung der Rechtswahl bestimmter Urheberrechtsverträge (z.B. Verlagsverträge, Filmverträge) bestehen besondere Regelungen, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.\textsuperscript{480}

Darüber hinaus ist zu beachten, dass das gewählte Recht allein für die vertraglichen Rechtsbeziehungen entscheidend ist. So werden die oftmals auftretenden deliktischen Rechtsfragen nicht dem gewählten Vertragsstatut unterstellt, sondern nach dem Deliktsstatut beurteilt. Für außerverschlagliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums ist insofern Art. 8 Rom II-VO maßgebend.

Dabei sieht Art. 8 Rom II-VO eine von der Grundanknüpfung des Art. 4 Rom II-VO (\textbf{Erfolgsortprinzip}) abweichende Anküpfungsregel vor: Bei einer \textbf{Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums}, wozu u.a. die Urheberrechte, verwandte Schutzrechte, das Recht sui-generis für Datenbanken sowie gewerbliche Schutzrechte gehören,\textsuperscript{481} kommt gem. Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO das sog. \textbf{Territorialitätsprinzip bzw. Schutzlandprinzip (\textit{lex loci protectionis})}\textsuperscript{482} zum Tragen. Demnach ist das „Recht des Staates anzuwenden, für den der Schutz beansprucht wird“.\textsuperscript{483}

Eine \textbf{Ausnahme} gilt gem. Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO \textbf{für gemeinschaftsweit einheitliche Schutzrechte}: Dort ist „das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Verletzung begangen wurde“, es kommt folglich auf den \textbf{Handlungsort} an. Zu solchen Schutzrechten zählen zurzeit die Gemeinschafts-Marke (Art. 1 Abs. 2 GMV), das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Art. 1 Abs. 3 GGV), der gemeinschaftliche Sortenschutz (Art. 2 GSOrtenV) sowie der gemeinschaftsweite Schutz geographischer Herkunftsangaben (Erwägungsgrund Nr. 11 VO (EG) 2006/510).\textsuperscript{484} In diesem Sinne sind auch staatsvertragliche Sonderregelungen zu beachten.\textsuperscript{485}

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{478} MüKo/Martiny Art. 4 Rom I-VO, Rz. 219.
\item \textsuperscript{479} MüKo/Martiny Art. 4 Rom I-VO, Rz. 219.
\item \textsuperscript{480} Gute Übersicht in MüKo/Martiny Art. 4 Rom I-VO, ab Rz. 209.
\item \textsuperscript{481} Vgl. Erwägungsgrund Nr. 26 Rom II-VO.
\item \textsuperscript{482} Hk-BGB/Dörner, Art. 8 Rom II-VO Rz. 2; jurisPK/Heinze, BGB, Art. 8 Rom II-VO Rz. 1.
\item \textsuperscript{483} Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO.
\item \textsuperscript{484} Prütting/Wegen/Weinreich/Schaub/Lingemann, BGB, 4. Aufl., Art. 8, Rz. 5; jurisPK/Heinze, BGB, Art. 8 Rom II-VO, Rz. 11.
\item \textsuperscript{485} Hk-BGB/Dörner, Art. 8 Rom II-VO Rz. 2.
\end{itemize}

Werden durch eine einzige Handlung Immaterialgüterrechte in mehreren Staaten betroffen, so handelt es sich um ein sog. Multistate-Delikt. In diesem Zusammenhang bereitet die Geltung des Schutzlandprinzips insb. Rechtseverwertern im Internetbereich große Probleme:

Diejenigen, die sich rechtmäßig verhalten wollen, müssten ihre Online-Auftritte nach den Urheberrechtsordnungen all derjenigen Staaten ausrichten, in denen ihr Angebot abrufbar ist, da jeder dieser Staaten potentiell als Schutzland in Betracht kommt. Damit wird aber der Internetauftritt zu einem rechtlich unmöglichen Unterfangen; denn zu einer effektiven Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Auftritts müssten alle weltweit bekannten Urheberrechtsordnungen (technisch gesehen alle Rechtsordnungen der Welt) berücksichtigt werden. Es wäre daher auch möglich, dass sich jemand aus Deutschland vor einem amerikanischen Gericht verantworten muss und dort ggf. einen hohen „punitive damage“ (Strafschadensersatz) zahlen muss, weil seine Inhalte dort rechtswidrig sind.

Insofern stellt sich bei Multistate-Verstößen die Frage nach einem Spürbarkeitskriterium (z.B. in Gestalt eines „hinreichenden Inlandsbezugs“). Dies ist jedoch eine sachrechtliche Frage, welche durch das zur Anwendung berufene Recht zu entscheiden ist.

Der BGH hat dazu bereits Stellung bezogen, indem er entschieden hat, dass nicht jedes im Inland abrufbare Angebot von Dienstleistungen im Internet bei Verwechslungsgefahr mit einem inländischen Kennzeichen kennzeichenrechtliche Ansprüche auslösen könne: Eine Verletzungshandlung bedürfe eines wirtschaftlich relevanten Inlandsbezugs, oder mit den Worten der WIPO eines „commercial effect“.

486 Palandt/Thorn, BGB, Art. 8 Rom II-VO, Rz. 6; jurisPK/Heinze, Art. 8 Rom II-VO, Rz. 21.
487 Palandt/Thorn, BGB, Art. 8 Rom II-VO, Rz. 6; jurisPK/Heinze, Art. 8 Rom II-VO, Rz. 1.
489 Palandt/Thorn, BGB, Art. 8 Rom II-VO (IPR) Rz. 7; jurisPK/Heinze, BGB, Art. 8 Rom II-VO Rz. 12, 15.
490 Vgl. WIPO: Joint Recommendation (Publication 845), Part II: Use of a sign on the internet.
In gewissen schwerwiegenden Fällen (insbesondere hinsichtlich der „punitive damages“492) kann allerdings auch auf kollisionsrechtlicher Ebene unter Rückgriff auf die öffentliche Ordnung (ordre public) des Gerichtsstaates (Art. 26 Rom II-VO) oder aufgrund zwingender Vorschriften (Art. 16 Rom II-VO) die Anwendung des Art. 8 Rom II-VO versagt werden.

Um den oben genannten Problemen zu begegnen, hat die Europäische Kommission in ihrem Grünbuch zur Online-Verbreitung audiovisueller Medien493 angeregt, das bei Satellitensendungen anzuwendende Ursprungslandprinzip auch bei der Online-Übertragung anzuwenden.494 Dies könne allerdings zu einem „race-to-the-bottom“, also einer Verlegung der Geschäfte in das Land mit dem niedrigsten Schutzniveau, führen. Auch wurde die Kodifizierung eines einheitlichen europäischen Urheberrechts oder die Einführung eines optionalen europäischen Urheber-Registerrechts neben den nationalen Rechtsordnungen angedacht.495

III. Schutzfähige Werke

Literatur:


Wenn das deutsche Urheberrecht kollisionsrechtlich also Anwendung findet, fragt sich als nächstes, welche Werke urheberrechtlich überhaupt schutzfähig sind.

1. Der Katalog geschützter Werkarten

Nach § 1 UrhG erstreckt sich der Schutz auf Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst. Software wird als Werk der Literatur angesehen und ist deshalb in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG ausdrücklich in die Kategorie der Sprachwerke aufgenommen worden. Bei multimediellen Werken ist im Einzelfall zu klären, ob es sich bei dem Produkt um ein filmähnliches Werk, ein Werk der bildenden Kunst oder aber ein Sprachwerk handelt.496

492 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 32 Rom II-VO – insbesondere „punitive damages“.
494 Ebd. S. 12.
§ 2 Abs. 1 UrhG enthält einen nicht abschließenden Beispielskatalog geschützter Werke, der für künftige technische Entwicklungen offen ist. Als Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst sind hiernach etwa Sprachwerke, Werke der Musik, Werke der bildenden Kunst sowie Lichtbild- und Filmwerke geschützt. Geschützt sein kann z.B. die Sprachgestaltung von Webseiten, wenn der Text eine individuelle Wortwahl und Gedankenführung aufweist.\textsuperscript{497}

Zu den klassischen Werken treten in der Zwischenzeit neue internetspezifische Werkarten. Insbesondere sei hier für den Fernsehbereich auf den Bereich der virtuellen Figuren verwiesen.\textsuperscript{498} Solche Computeranimationen sind meist als Werke der bildenden Kunst anzusehen und dementsprechend über § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG geschützt; dieser Schutz erstreckt sich auch auf das elektronische Bewegungsgitter der Figur. Die grundsätzliche Schutzfähigkeit solcher virtuellen Güter wurde im Zusammenhang mit dem sog. „Second Life“ relevant.\textsuperscript{499}

2. Idee – Form

Literatur:


Zu bedenken ist aber, dass das Urheberrechtsgesetz nur die Form eines Werkes schützt, d.h. die Art und Weise seiner Zusammenstellung, Strukturierung und Präsentation. Die Idee, die einem Werk zugrunde liegt, ist nicht geschützt. Je konkreter einzelne Gestaltungselemente übernommen worden sind, desto näher ist man an einer Urheberrechtsverletzung. Schwierig, ja fast unmöglich scheint aber die Grenzziehung zwischen Idee und Form. Hier wird man sich klarmachen müssen, dass die Unterscheidung nicht ontologisch erfolgen darf, sondern auf einer gesellschaftlichen Entscheidung zu Gunsten des Freihaltebedürfnisses, also der freien Nutzung, beruht. Im Übrigen gilt es zu bedenken, dass sich für das Zivilrecht durchaus auch ein Eigentumsrecht an Daten\textsuperscript{500} konstruieren lässt. So soll der Arbeitgeber nach § 950 BGB das Eigentumsrecht an Software bekommen, die der Arbeitnehmer auf ein Notebook aufspielt.\textsuperscript{501}
Zu den freien Ideen gehören z.B. Werbemethoden, wissenschaftliche Lehren sowie sonstige Informationen, die als Allgemeingut anzusehen sind. Im Fernsehbereich spielt die Abgrenzung von Idee und Form eine zentrale Rolle, wenn es um die Frage der Showformate geht.\textsuperscript{502} Dies bekräftigte der BGH in der Entscheidung zur Kinderfernsehserie „Kinderquatsch mit Michael“. Der Vorwurf französischer Produzenten, diese Serie lehne sich unzulässig an das Format der seit 1977 in Frankreich ausgestrahlten Sendereihe „L´école des fans“ an, blieb in allen Instanzen ohne Erfolg. Nach Auffassung des BGH ist das Format von „L´école des fans“ nicht urheberrechtlich schutzfähig. Das Format für eine Fernsehshowreihe, in dem die Konzeption für eine Unterhaltungssendung mit Studioopublikum ausgearbeitet ist (hier: Gesangsauftritte von kleinen Kindern und Gaststars), sei im Allgemeinen nicht urheberrechtlich schutzfähig.\textsuperscript{503} Die Idee zu einer neuen Spielshow ist demnach ebenso wenig schutzfähig\textsuperscript{504} wie der Hinweis auf neue Themen für die Berichterstattung. Ein Schutz kommt für den audiovisuellen Bereich nur bei ausgearbeiteten Treatments oder Drehbüchern in Betracht.

Auch für die Werbebranche bringt dies erhebliche Schutzbeschränkungen mit sich. So sind zwar Werbeanzeigen dem Schutz des UrhG zugänglich. Sie müssen hierzu aber in ihren individuellen Bestandteilen eine eigenschöpferische Prägung und Gestaltung aufweisen. Bei einem Gesamtvergleich mit vorbestehenden Gestaltungen müssen sich schöpferische Eigentümlichkeiten ergeben, die über das Handwerksmäßige und Durchschnittliche deutlich hinausragen. Die Idee, als erster eine Werbemethode auf bestimmte Produkte anzuwenden, reicht für einen urheberrechtlichen Schutz nicht aus. Es kommt vielmehr auf die Umsetzung dieser Idee in Form und Inhalt an.\textsuperscript{505} Die abstrakte Idee und Konzeption einer Werbekampagne, die noch keinen schöpferischen Ausdruck in einer bestimmten Gestaltung gefunden hat, genießt daher keinen urheberrechtlichen Schutz.\textsuperscript{506}

Im Softwarebereich bestimmt § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG ausdrücklich, dass Ideen und Grundsätze, auf denen ein Element des Computerprogramms basiert, sowie die den Schnittstellen zugrunde liegenden Grundsätze nicht geschützt sind. Das bedeutet, dass die Verfahren zur Lösung eines Problems und die mathematischen Prinzipien in einem Computerprogramm grundsätzlich nicht vom

\textsuperscript{502} S. Litten, MMR 1998, 412.
\textsuperscript{504} Vgl. OLG München, Urt. v. 21.1.1999 – 29 W 3422/98, ZUM 1999, 244 = AfP 1999, 206 (Ls.).
\textsuperscript{505} OLG München, Urt. v. 21.1.1999 – 29 W 3422/98, ZUM 1999, 244 = AfP 1999, 206 (Ls.).
\textsuperscript{506} OLG Köln, Beschl. v. 22.6.2009 – 6 U 226/08, ZUM 2010, 179 = GRUR-RR 2010, 140.
Der urheberrechtliche Schutz umfasst werden, wobei wiederum die Abgrenzung zu der geschützten konkreten Ausformulierung dieser Grundsätze äußerst schwierig ist.

Während bei wissenschaftlichen und technischen Inhalten ein besonderes Freihaltebedürfnis besteht, kommt bei **literarischen Werken** eher ein Schutz des Inhalts in Betracht. So bejaht die Rechtsprechung einen Urheberrechtsschutz bei Romanen nicht nur für die konkrete Textfassung, sondern auch für eigenpersönlich geprägte Bestandteile des Werks, die auf der schöpferischen Phantasie des Urhebers beruhen, wie etwa der Gang der Handlung und die Charakteristik und Rollenverteilung der handelnden Personen.\(^{507}\)


3. **Schutzhöhe**

Literatur:


---


---

509 RGSt 39, 282, 283 – Theaterzettel; RGZ 81, 120, 122 – Kochrezepte; 116, 292, 294 – Adressbuch.
512 Anders die österreichische Rechtsprechung, die nur darauf abstellt, dass individuelle, nicht-routinemäßige Züge vorliegen; siehe etwa oOGH, Beschl. v. 24.4.2001 – 4 Ob 94/01d, MMR 2002, 42 – telering.at.
trauten Kreise rechtfertigt, von einer „künstlerischen“ Leistung zu sprechen.“

Es sei dagegen nicht erforderlich, dass sie die Durchschnittsgestaltung deutlich überragen.


Besondere Probleme bereiten computergenerierte Werke. Computer sind in der Lage, Grafiken (sog. Fraktale) zu generieren, Software zu programmieren oder gar Liebesgedichte zu schreiben. In diesen Fällen ist fraglich, ob man hier noch von persönlichen Schöpfungen i.S.d. § 2 Abs. 1 UrhG reden kann. Meist wird darauf abgestellt, dass die Computer nur deshalb „kreativ“ sein können, weil sie ihrerseits von einem menschlichen Programmierer persönlich zur „Kreativität“ program-

517 EuGH, Urt. v. 16.7.2009 – C-5/08.
miert sind. Diesem Programmierer sollen dann auch die Rechte an den abgeleiteten Werken zu-

stehen. Zumindest ist dies die gesetzgeberische Lösung im britischen Copyright, Designs and Pa-
tents Act von 1988.\textsuperscript{522} In Deutschland wird immer noch stark die Auffassung vertreten, dass solche

Werke nicht schutzfähig seien. Dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 UrhG folgend wird man dem

Programmierer, der den Computer als Werkzeug zur Werkerstellung nutzt, ein entsprechendes Ur-
heberrecht i.d.R. zusprechen. Letztlich bleibt aber eine Prüfung des Einzelfalls unentbehrlich. Hier-
bei kommt es erstens darauf an, dass der Programmierer einen bestehenden Gestaltungsraum bei der

Programmierung nutzt. Außerdem ist entscheidend, wie eng die Befehle an den Computer gefasst

werden. Richtigerweise wird man urheberrechtlichen Schutz umso eher bejahen, je weniger die

Schöpfung das Ergebnis einer zufälligen Auswahl durch das Computerprogramm ist.

Die Übernahme des Quelltextes einer Webseite mit Anzeigen ist nach Auffassung des OLG Frank-
furt\textsuperscript{523} weder als Urheberrechtsverstoß noch als Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht anzusehen.
Das Umsetzen in Html-Code sei keine persönliche geistige Schöpfung wie sie ein urheberrechtli-
cher Werkschutz voraussetze. Mangels Programmierleistung komme auch ein urheberrechtlicher
Schutz als Computerprogramm nicht in Betracht. Ferner verletze die Übernahme der Seite durch
den Mitkonkurrenten nach Ansicht des Gerichts nicht das Wettbewerbsrecht. Rechtswidrig ist eine
Übernahme fremder Leistungen grundsätzlich dann, wenn die übernommenen Inhalte wettbewerbli-
che Eigenart besitzen und besondere Unlauterkeitsmerkmale eine relevante subjektive Behinderung
des nachgeahmten Konkurrenten begründen. Eine wettbewerbliche Eigenart sei aber in der Internet-
seite nicht zu erkennen, da diese in Aufbau, Logik der Darstellung, Inhalt sowie grafischer Aufbe-
reitung keine Besonderheiten gegenüber üblichen Online-Stellenmarktanzeigen aufweise und auch
die Erstellung keinen erheblichen Aufwand erfordert habe. Ergänzend kann hier auf eine Entschei-
dung des LG Düsseldorf\textsuperscript{524} hingewiesen werden, wonach das Design einer Internetseite auch als

nicht eingetragenes Geschmacksmuster geschützt sein kann. Erforderlich sei lediglich, dass sich in
der Internetseite ein Muster findet, das neu ist und Eigenart besitzt.

Schwierigkeiten bereiten Onlineauftritte auch insofern, als teilweise nicht ganze Sprach-, Lichtbild-
oder Filmwerke eingespeist, sondern kleinste Partikel der betroffenen Werke verwendet werden. So

wird etwa bei Musik manchmal lediglich der \textbf{Sound} kopiert; die Melodie hingegen wird nicht über-


Als Problem haben sich in junger Vergangenheit immer wieder die Verwendung von Songtexten und Kartenauausschnitten erwiesen. Die Verwendung eines Stadtplankartenausschnitts ist ohne Einwilligung des Inhabers der entsprechenden Urheberrechte unzulässig.


526 LG Hamburg, Urt. v. 23.3.2010 – 308 O 175/08, ZUM-RD 2010, 331 – Bushido I: „individuelle Tonfolgen mit Wiedererkennungseffekt“.


528 So etwa Wolpert, UFITA 50 (1967), 769, 770.

529 LG Rottweil, Beschl. v. 18.03.2001 – 3 Qs 172/00, ZUM 2002, 490.


Für die Frage der Urheberschaft eines Fotografen an bestimmten Fotografien spricht ein erster Anschein, wenn er einer Person, die diese Fotos später auf ihrer Homepage nutzt, die entsprechenden Fotodateien zuvor auf Speichermedien übergeben hat.⁵³⁸ Kann ein Fotograf eine ganze Serie von zusammenhängenden Fotos im Prozess vorlegen, spricht ein erster Anschein dafür, dass sämtliche Fotos dieser Fotoserie von ihm stammen. Aus den Metadaten zu einer Fotodatei lassen sich aufgrund ihrer Manipulierbarkeit keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die Wahrheit der darin enthaltenen Informationen schließen, so dass sie als Beweis des ersten Anscheins hierfür ungeeignet sind. Der Kunde darf Portraitfotos auch dann nicht auf seiner Homepage veröffentlichen, wenn er dieses Vorhaben während der Auftragserteilung erwähnt hat.⁵³⁹ Die Übergabe der digitalen Bilddateien gegen zusätzliche Entgelt geschehe lediglich, um dem Kunden die Möglichkeit zum hochauflösenden Ausdruck zu geben und bedeute keine konkludente Einwilligung.

IV. Leistungsschutzrechte

Literatur:


Von besonderer Bedeutung im Internet sind vor allem folgende Arten von Leistungsschutzrechten:

- der Schutz des Lichtbildners (§ 72 UrhG),
- der Schutz der ausübenden Künstler (§§ 73–84 UrhG),
- der Schutz der Tonträgerhersteller (§§ 85, 86 UrhG)
- der Schutz der Presseverleger (§§ 87 f – 87 h UrhG),
- der Schutz der Filmhersteller (§§ 88–94 UrhG),
- der sui generis Schutz für Datenbankhersteller (§§ 87a–87e UrhG).

1. Ausübende Künstler, §§ 73–84 UrhG

2. Tonträgerhersteller, §§ 85, 86 UrhG
Schwierigkeiten bereitet auch die Rechtsstellung des Tonträgerherstellers im Hinblick auf neue Verwertungstechnologien.

540 Allgemein dazu Müller, ZUM 1999, 555.
542 Abweichend Möhring/Nicolini, § 73 Rz. 2: „Es ist dabei nicht notwendig, dass der Vortrag oder die Aufführung des Werkes oder die künstlerische Mitwirkung bei ihnen einen bestimmten Grad künstlerischer Reife erlangt hat.“ Vgl. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997, Rz. 190, 624.
erlaubt sein, wenn das neue Werk einen so großen Abstand zu dem benutzten Werk halte, dass es als selbstständig anzusehen sei. Eine freie Benutzung sei aber von vornherein ausgeschlossen, wenn derjenige, der die fremden Töne verwendet, selbst befugt und befähigt sei, diese einzuspielen. Ferner komme eine freie Benutzung nicht in Betracht, wenn es sich bei der erkennbar dem benutzten Tonträger entnommenen und dem neuen Werk zugrunde gelegten Tonfolge um eine Melodie i.S.v. § 24 Abs. 2 UrhG handele.


Im Übrigen gilt es zu beachten, dass die Dauer des rechtlichen Schutzes für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller von 50 auf 70 Jahre verlängert worden ist; § 85 Abs. 3 UrhG. In Umsetzung der Richtlinie 2011/77/EU verabschiedete der Bundestag das Neunte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 02.07.2013.547 Von der Verlängerung der Schutzdauer sollen Aufzeichnungen von Darbietungen ausübender Künstler und Tonträger erfasst werden, deren Schutzdauer am 01.11.2013 noch nicht erloschen ist und die nach dem 01.11.2013 entstehen. Der ausübende

547 BGBl. I S. 1940
Künstler erhält einen neuen zusätzlichen Vergütungsanspruch für den Zeitraum der verlängerten Schutzdauer, d.h. für die Jahre 51 bis 70; dadurch soll er an den der verlängerten Schutzdauer geschuldeten »Mehreinnahmen« des Tonträgerherstellers beteiligt werden. Der ausübende Künstler soll 20 % der Einnahmen des Tonträgerherstellers erhalten, wenn er diesem seine Rechte gegen eine Pauschalvergütung eingeräumt oder übertragen hat (§ 79a UrhG). Der Vergütungsanspruch ist unverzichtbar und kann nur über eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden können. Wenn ein Tonträgerhersteller die Aufzeichnung einer Darbietung, die ohne die Verlängerung der Schutzdauer gemeinfrei wäre, nicht in einer ausreichenden Anzahl von Kopien zum Verkauf anbietet oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat, soll der ausübende Künstler nach Ablauf des 50. Schutzjahres künftig ein Kündigungsrecht gegenüber dem Tonträgerhersteller haben (§ 79 Abs. 3 UrhG-neu).

3. Datenbankhersteller, §§ 87a–87e UrhG

Literatur:


a) Vorüberlegungen: Der urheberrechtliche Schutz von Datenbanken


Das erste Merkmal bereitet wenig Schwierigkeiten: Im Rahmen einer Webseite können eine Reihe verschiedener Auszüge aus Musik-, Filmwerken und Texten miteinander verknüpft werden. Das


Schwierig ist allerdings die Annahme eines urheberrechtlichen Schutzes bei **Sammlungen von Telefondaten**. Die Rechtsprechung hat bislang einen solchen Schutz – insbesondere in den Auseinandersetzungen um D-Info 2.0 – abgelehnt und stattdessen einen Schutz über § 3 UWG überwiegend bejaht. Hier käme auch ein Schutz als Datenbank nach § 87a UrhG in Betracht.

**b) Die Sui-generis-Komponente**

**aa) Datenbankbegriff**

Von zentraler Bedeutung sind im Übrigen auch die §§ 87a–87e UrhG mit dem dort verankerten Sui-generis-Recht, das infolge der EU-Datenbankrichtlinie in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen worden ist. Geschützt werden die **Datenbankhersteller**. Als Hersteller gilt nicht nur die natürliche Person, die die Elemente der Datenbank beschafft oder überprüft hat, sondern derjenige,

---


552 LG Düsseldorf, LGZ 104, 5.


der die **Investition in die Datenbank** vorgenommen hat. Aus diesem Grund fällt nach der Legaldefinition des § 87a Abs. 1 Satz 1 UrhG unter diesen Schutz jede Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind, sofern deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang **wesentliche Investition** erfordert. Aufwendungen für den Erwerb einer fertigen Datenbank oder einer „Lizenz“ an einer solchen Datenbank rechtfertigen keine Datenbankrechte.\(^{558}\)

Wie der **EuGH** in seiner Entscheidung zum Datenbankschutz für **Wett- und Fußballdaten** bestimmt hat,\(^{559}\) bedarf es hierfür einer nicht unerheblichen Investition in die Ermittlung und Zusammenstellung von Elementen in der Datenbank. Irrelevant sollen die Mittel sein, die eingesetzt werden, um die Elemente zu erzeugen, aus denen der Inhalt der Datenbank besteht. Mit dieser Begründung hat sich der **EuGH** geweigert, eine Zusammenstellung von Ergebnissen einzelner Fußballspiele oder Hunderennen zu schützen. Entscheidend sei insofern der Aufwand an Arbeit und Geld bei der Datenbankaufbereitung, nicht jedoch bei der Datenerzeugung. Die Abgrenzung ist schwierig und wird im Ergebnis zu heftigen Kontroversen für künftige Fälle führen. Der **BGH** hat in zwei Entscheidungen\(^{560}\) auf jeden Fall die Vorgaben des **EuGH** verdreht. Ein Eingriff in das Datenbankrecht sei schon gegeben sein, wenn Daten entnommen und auf andere Weise zusammengefasst werden. Auf die Übernahme der Anordnung der Daten in der Datenbank des Herstellers solle es für den Schutz nach § 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG nicht ankommen. Folglich sei das Recht des Datenbankherstellers durch den Vertrieb einer CD-ROM mit Daten aus einer urheberrechtlich geschützten Sammlung nicht verletzt; Schutz komme nur dem Urheber der Zusammenstellung über § 4 Abs. 2 UrhG zu.\(^{561}\)

Unter den Schutz können eine umfangreiche Sammlung von Hyperlinks,\(^{562}\) online abrufbare Sammlungen von Kleinanzeigen,\(^{563}\) das Nummernsystem eines Briefmarkenkatalogs\(^{564}\) und die meisten


zu auch Schmidt/Stolz, A.A. Schweizerisches Bundesgericht, MMR 2005, 442, wonach veröffentlichte Immobilieninserate immaterialgüterrechtlich nicht schutzfähig seien.


bb) Schutzumfang

Das Schutzregime umfasst ein fünfzehn Jahre währendes Recht des Datenbankherstellers, die Datenbank ganz oder in wesentlichen Teilen zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben\(^{579}\) (§ 87b Abs. 1 Satz 1 UrhG). Gerade gegenüber einer kommerziellen Verwendung fremder Netzinhalte, z.B. mittels virtueller Suchroboter (intelligent or electronic agents), die Inhalte fremder Webseiten übernehmen, kann das sui generis Recht herangezogen werden.\(^{580}\) Damit stellt sich z.B. für Anbieter von Suchmaschinen die Frage, inwieweit die von ihnen angewandten Suchmethoden nicht im Hinblick auf einen eventuellen sui generis Schutz für die durchsuchten Webseiten problematisch sein könnten. Kein Verstoß gegen das Datenbankrecht liegt darin, dass ein Konkurrent sein Produkt mit einer Import-/Exportfunktion für eingegeneben Benutzerdaten versieht.\(^{581}\)


§ 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG sanktioniert im Übrigen auch die Verwendung unwesentlicher Teile einer Datenbank, wenn damit eine unzumutbare Beeinträchtigung der Interessen des Datenbankherstellers verbunden ist. Dies soll zum Beispiel beim Ablesen von Zugverbindungsdaten aus einer öffentlichen Datenbank und der mündlichen Mitteilung dieser Daten an Dritte der Fall sein.\(^{585}\) Das Datenbankherstellerrecht aus § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG wird nicht verletzt, wenn aus Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln, die in einer Datenbank gespeichert sind, durch einen Internet-Suchdienst einzelne kleinere Bestandteile auf Suchwortanfrage an Nutzer übermittelt werden, um diesen einen

---

579 Wobei in richtlinienkonformer Auslegung der Verwertungsrechte des § 87b UrhG grundsätzlich auch vorübergehende Vervielfältigungen und ein Bereithalten zum Abruf im Internet von dem sui generis Schutz umfasst sind.


Anhalt dafür zu geben, ob der Abruf des Volltextes für sie sinnvoll wäre. Dies gilt auch dann, wenn der Suchdienst dabei wiederholt und systematisch i.S.d. § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG auf die Datenbank zugreift.\(^{586}\) Es wird auch nicht verletzt, wenn ein Kataloghersteller im Verkehr mit Dritten auch ohne Erwerb des Konkurrenzprodukts auf dessen als Standard akzeptierte Referenznummern Bezug nimmt.\(^{587}\)

Ein Unternehmen, das Software zum automatisierten Auslesen von Online-Automobilbörsen vertriebt, verletzt nur dann das Datenbankherstellerrecht eines Automobilbörsenbetreibers, wenn die einzelnen Nutzer ihrerseits das Datenbankherstellerrecht verletzen.\(^{588}\) Ansonsten fehlt die für eine Gehilfen- oder Störerhaftung notwendige Hauptaftat. Deswegen kommt es für die Beurteilung der Frage, ob ein wesentlicher Teil der Datenbank entnommen wird, nicht auf das Nutzungsverhalten der Summe aller Nutzer an, sondern darauf, ob zumindest einzelne Nutzer bei dem Einsatz der Software quantitativ wesentliche Teile der Datenbank vervielfältigen oder entnehmen. Die wiederholte und systematische Vervielfältigung und Entnahme von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank kann nur dann eine Verletzung des Datenbankherstellerrechts darstellen, wenn durch die Entnahmehandlungen in ihrer kumulierten Wirkung in der Summe ein wesentlicher Teil der Datenbank vervielfältigt oder entnommen wird.\(^{589}\) Diese Ansicht hat der BGH in der Revisionsinstanz präzisiert.\(^{590}\) Vervielfältigen demnach mehrere Nutzer nach Art und Umfang für sich genommen unwesentliche Teile einer Datenbank, die in ihrer Gesamtheit einen wesentlichen Teil der Datenbank bilden, liegt ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor, wenn diese in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken gehandelt haben. Sind wiederholte und systematische Vervielfältigungen unwesentlicher Teile einer Datenbank nicht darauf gerichtet, kumulativ einen wesentlichen Teil der Datenbank wiederherzustellen, laufen sie einer normalen Auswertung der Datenbank nicht entgegen und sind somit nicht unzumutbar i.S.d. § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG.

Das Datenbankrecht erweist sich auch als Problem für das sog. Screen-Scraping. Der Begriff Screen Scraping (engl., etwa: „Bildschirm auskratzen“) umfasst generell alle Verfahren zum Auslesen von Texten aus Computerbildschirmen. Gegenwärtig wird der Ausdruck jedoch beinahe ausschließlich in Bezug auf Webseiten verwendet (daher auch Web Scraping). In diesem Fall bezeich-

Die bei dem sui generis Recht auftretenden, schwierigen Interpretationsfragen und die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit lassen sich nur mit Hilfe der Gerichte lösen. Dies gilt insbesondere für die Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit, der sowohl den Schutzgegenstand (§ 87a Abs. 1 UrhG) als auch den Schutzumfang (§ 87b Abs. 1 UrhG) bestimmt und damit maßgeblich über die Zulässigkeit einer Datenbanknutzung entscheidet. Dies gilt um so mehr, als § 87b Abs. 1 Satz 2 UrhG auch das Einfallstor verfassungsrechtlicher Überlegungen, etwa im Hinblick auf die Presse- und Informationsfreiheit, sein soll.


592 BGH, Urt. v. 30.4.2014 – I ZR 224/12


Gerade auch wegen einer angeblich exzessiven Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe hat die Datenbankrichtlinie in den USA besonders heftige Kritik erfahren.\textsuperscript{597} Anlass für eine so ausführliche Beschäftigung mit der europäischen Regelung des Datenbankschutzes dürfte jedoch das in Art. 11 Abs. 3 i.V.m. Erwägungsgrund 56 der Datenbankrichtlinie festgelegte \textbf{Erfordernis materieller Gegenseitigkeit} für die Gewährung eines sui generis Schutzes gegenüber Herstellern aus Drittstaaten sein. Danach genießen amerikanische Datenbankenhersteller für ihre Produkte in der EU nur dann den neuen Rechtsschutz, wenn in den USA ein vergleichbarer Schutz für europäische Datenbanken besteht. Obwohl vielfach Gefahren für die Informationsfreiheit, Wissenschaft und Forschung, eine Behinderung des Wettbewerbs auf dem Markt für Sekundärprodukte und eine Beschränkung des globalen Handels mit Informationsprodukten und -dienstleistungen durch die europäische Regelung befürchtet werden,\textsuperscript{598} scheint die Sorge um einen Wettbewerbsnachteil für amerikanische Unternehmen auf dem europäischen Markt ein (verdecktes) Motiv für die harsche Kritik zu sein. Schließlich bleibt noch zu erwähnen, dass es in den USA seit Einführung der Datenbankrichtlinie ebenfalls Bemühungen gibt, einen Sonderrechtsschutz für „nicht-kreative“ Datenbanken einzuführen.\textsuperscript{599}

Vertragsrechtlich zu beachten ist § 87e UrhG. Hiernach sind Vereinbarungen über den Ausschluss der Nutzung von nach Art oder Umfang unwesentlichen Teilen einer Datenbank unwirksam, soweit die beschränkten Handlungen weder einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Ähnlich erlaubt § 87b UrhG die freie Nutzung unwesentlicher Teile einer Datenbank, sofern die Nutzung weder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung der Datenbank zuwiderläuft. Vertragliche Beschränkungen der §§ 87b und 87e UrhG sind unwirksam; AGB-Regelungen verstoßen gegen § 307 BGB.\textsuperscript{600}

4. \textbf{Presseverleger, §§ 87f – 87h UrhG}

Inzwischen sind auch \textbf{Leistungsschutzrechte für Verleger} in das UrhG integriert worden; §§ 87f – 87h UrhG Mit dem Leistungsschutzrecht für Presseverlage wird den Presseverlagen das ausschließliche Recht eingeräumt, das Presseerzeugnis (Legaldefinition in § 87f Abs. 2 UrhG) oder Teile


\textsuperscript{598} Siehe insbesondere Reichman/Samuelson, Vanderbilt Law Review 1997, 84 -137.


hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte. Schutzberechtigt ist wiederum der Hersteller des Presseerzeugnisses (§ 87f UrhG), wobei gem. der Fiktion des § 87f Abs.1 S.2 UrhG der Inhaber des Unternehmens als Hersteller gilt, sofern das Presseerzeugnis in einem Unternehmen hergestellt wurde. In § 87g UrhG sind besondere Schranken des Leistungsschutzrechtes, wie die kurze Schutzfrist von einem Jahr in Abs. 2 normiert. Die §§ 87f – 87h UrhG bieten jedoch nur Schutz vor systematischen Zugriffen auf die verlegerische Leistung durch die Anbieter von Suchmaschinen, da deren Geschäftsmodell in besonderer Weise darauf ausgerichtet sei, für die eigene Wertschöpfung auf die verlegerische Leistung zuzugreifen. Nicht erfasst werden sollen deshalb andere Nutzer, wie z.B. Blogger, Unternehmen der sonstigen gewerblichen Wirtschaft, Rechtsanwaltskanzleien oder private bzw. ehrenamtliche Nutzer; § 87g Abs. 4 UrhG.


Die Schranke der Zitierfreiheit aus § 51 UrhG gilt auch für die Leistungsschutzrechte der Presseverleger; § 87g Abs.4 UrhG.

V. Verwertungsrechte des Urhebers

Literatur:

Berberich, Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, 145; Burmeister, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, Köln 2000; Dornis, Zur Verletzung von Urheberrechten durch den Betrieb eines Music-on-Demand-

601 Stieper, ZUM 2013, 10, 17; bezugnehmend auf Ohly, GRUR 2012, 983, 990.
Das Urheberrechtsgesetz billigt dem Urheber eine Reihe von Verwertungsrechten zu: Er hat gem. § 15 Abs. 1 UrhG das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten. Dieses Recht umfasst insbesondere das Vervielfältigungsrecht (§§ 16, 69c Nr. 1 UrhG), das Verbreitungsrecht (§§ 17, 69c Nr. 3 UrhG) und das Recht, Bearbeitungen des Werkes zu verwerten (§§ 23, 69c Nr. 2 UrhG). Ferner ist allein der Urheber befugt, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe; § 15 Abs. 2 UrhG; hierbei ist im Internet insbesondere das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG relevant). Die Digitalisierung urheberrechtssfähiger Materialien greift in eine Reihe dieser Verwertungsrechte ein.

1. **Vervielfältigung**

Eine Vervielfältigung i.S.d. §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 Abs. 1 UrhG liegt vor, wenn Vervielfältigungsstücke des Werkes hergestellt werden, wobei eine (weitere) körperliche Festlegung des Werkes erfolgen muss, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.603 Da das Vervielfältigungsrecht gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 UrhG ein ausschließliches Recht des Urhebers ist, kann dieser seine Zustimmung zu einer solchen Vervielfältigung verweigern, sofern sich aus den Schrankenregelungen der §§ 45 ff. UrhG nichts anderes ergibt.

Die **Digitalisierung von Material** etwa im Wege des Scannens und die Speicherung auf einem Server (sog. Upload) stellen Vervielfältigungshandlungen i.S.d. § 16 UrhG dar.604 Dies gilt auch für das Digitalisieren von Musikwerken zu Sendezwecken; hier spielt das Argument der Sendeanstal-


Streitig war lange Zeit, ob durch Links Vervielfältigungen i.S.v. § 16 UrhG vorgenommen werden können. Das OLG Hamburg hat dies z.B. für den Fall bejaht, dass die verweisende Web-Seite

beim Anklicken des Links nicht vollständig verlassen wird und sich statt dessen der gelinkte Text als Fenster in der Webseite des Verletzers wieder findet („Framing“). In einem solchen Fall könne nicht davon ausgegangen werden, dass die freie Abrufbarkeit von Inhalten im Internet gleichzeitig auch als konkludente Zustimmung zu einem Link anzusehen ist.\textsuperscript{610} Der BGH hat diese Fragestellung anders gelöst. Ein Link auf eine fremde Datei sei kein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht, da solche Links zum Wesen des Internet gehörten.\textsuperscript{611} In der Tat lässt die HTML-Technologie explizit eine Vervielfältigung durch Links zu.\textsuperscript{612} Dies muss dem Veröffentlichenden des Bildes bereits vor der Veröffentlichung bewusst sein. Er muss also, wenn er die Web-Technologie einsetzt, implizit der Nutzung des Bildes in dieser Form zugestimmt haben. Wenn er dies nicht tut, kann der Veröffentlichender nicht den freien Zugang wählen, sondern muss in geeigneter Form den allgemeinen Zugang verhindern. Dies kann z.B. durch den Zwang einer Angabe eines Benutzernamens und Schlüsselwortes durch den Veröffentlichenden geschehen. Das Setzen eines Links in o.g. Form muss also rechtlich gestattet sein, da der Veröffentlichende jederzeit selber die Möglichkeit hat, den Link unbrauchbar zu machen.

Ein urheberrechtswidriges Framing soll in Abgrenzung zur „Paperboy“-Entscheidung des BGH aber dann gegeben sein, wenn das zugänglich gemachte Werk – auch ohne Kopie – auf dem eigenen Server in eine Webseite eingegeben wird. Für den Verstoß gegen § 19a UrhG reiche aus, dass sich der Webseiten-Ersteller nach außen hin als „Herr“ der Inhalte geriere, so dass für den gewöhnlichen Nutzer die Fremdheit nicht mehr in Erscheinung trete.\textsuperscript{613} Abzuwarten bleibt, ob dies auch für sog. „embedded“, also in die eigene Homepage eingebundene, Videos von Youtube oder ähnlichen Plattformen gilt.\textsuperscript{614} Inzwischen hat der BGH dem Gerichtshof der Europäischen Union die Frage vorgelegt, ob der Betreiber einer Internetseite eine Urheberrechtsverletzung begeht, wenn er urheberrechtlich geschützte Inhalte, die auf anderen Internetseiten öffentlich zugänglich sind, im Wege des "Framing" in seine eigene Internetseite einbindet.\textsuperscript{615} Der EuGH hat inzwischen einen schwedischen Fall zu dieser Frage entschieden.\textsuperscript{616} Der Inhaber einer Internetseite dürfte ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber über Hyperlinks auf geschützte Werke verweisen, die auf einer anderen Seite


\textsuperscript{612} Dank an Herrn Sven Gohlke (Berlin) für die folgenden Hinweise.


\textsuperscript{614} So jedenfalls Ott, ZUM 2008, 556.

\textsuperscript{615} BGH, Beschl. v. 16.5.2013 – I ZR 46/12 – Die Realität.

\textsuperscript{616} EuGH, Urt. v. 13.2.2014 – C-466/12, NJW 2014, 759 = K&R 2014, 256.
frei zugänglich sind. Das gelte auch dann, wenn Internetnutzer, die einen Link anklicken, den Ein-
druck haben, dass das Werk auf der Seite erscheint, die den Link enthält. Allerdings beschäftigte
sich der EuGH lediglich mit einer Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung nach
Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG. Der BGH hat an seinem Vorabentscheidungsersuchen
festgehalten.617 Anders als im entschiedenen Fall schwedischen Ursprungs gehe es bei dem deut-
schen Fall konkret um die Einbindung im Wege des Framing.

Beim Abruf der gespeicherten Daten vom Server kann dagegen das Vervielfältigungsrecht des
Urhebers betroffen sein. Dies ist unstreitig der Fall, wenn der Nutzer das Material nach dem Down-
load (z.B. auf seiner Festplatte oder einer Diskette) speichert. Dabei findet eine im Verhältnis zum
Upload weitere Vervielfältigung statt, für die die Zustimmung des Rechteinhabers erforderlich ist.
Ebenso stellt das Ausdrucken in Form einer Hardcopy eine weitere Vervielfältigung dar. Problematic-
isch ist, ob auch das bloße Sichtbarmachen von Inhalten auf dem Bildschirm (sog. browsing) als
Vervielfältigung anzusehen ist, da es hier an dem Merkmal der körperlichen Wiedergabe fehlen
könnte. Zwar erfolgt eine zeitlich zwingend vorgelagerte vorübergehende Einlagerung der Informa-
tionen in den Arbeitsspeicher (sog. RAM-Speicher = random access memory) des abrufenden
Computers. Man könnte jedoch argumentieren, dass sich aus Sinn und Zweck des § 16 UrhG ergibt,
dass die Vervielfältigung einer dauerhaften Festlegung entsprechen müsse, die mit der eines Buches
oder einer CD vergleichbar ist.618 Für Computerprogramme ist allerdings mittlerweile in § 69c Nr. 1
UrhG gesetzlich normiert, dass auch deren kurzfristige Übernahme in den Arbeitsspeicher eine
rechtlich relevante Vervielfältigung ist.619 Für die elektronisch übermittelten Werke wird daher an-
geführt, dass für sie letztlich nichts anderes gelten könne, da ihre Urheber ebenso schutzwürdig sei-
en wie die von Computerprogrammen.620

Auch die nur für wenige Sekunden erfolgende Festlegung eines Werkes oder eines geschützten
Werkeits im Arbeitsspeicher erfüllt zudem nicht nur technisch die Voraussetzungen einer Verviel-
fältigung. Es ist gerade ihr Zweck, die menschliche Betrachtung des Werkes zu ermöglichen. Dar-
über hinaus haben moderne Browser-Software zumeist eine besondere „caching“-Funktion, mit
deren Hilfe jede von einem fremden System heruntergeladene Webseite auf dem Rechner des Nut-
zers abgespeichert wird, so dass dem Nutzer bei erneutem Aufruf der Seite (z.B. beim Zurückblät-

617 BGH, Beschl. v. 10.04.2014 – I ZR 46/12 – Die Realität.
619 Ebenso in den USA: United States Court of Appeal of the 9th Circuit 5. Systems Corp. vs. Peak Computer, Inc.,
991 F.2d 511,1993.


Nach § 23 UrhG darf ein Werk auch ohne Zustimmung des Urhebers bearbeitet oder in sonstiger Form umgestaltet werden. Erst wenn diese umgestaltete Fassung veröffentlicht oder verwertet werden soll, ist eine Zustimmung des Urhebers erforderlich. Anderes gilt nur für Software, bei der bereits die Umgestaltung als solche verboten ist (§ 69c Nr. 2 UrhG).

Hieraus folgt, dass Texte und Bildmaterial, mit Ausnahme der Software, für die Zwecke der optischen Speicherung umgestaltet werden dürfen. Allerdings dürfen die Speicher nicht ohne Zustimmung des Urhebers öffentlich zugänglich gemacht oder verbreitet werden.
Allerdings gilt eine Ausnahme für die Verfilmung des Werkes. Hier ist bereits die Bearbeitung von
der Zustimmung des Urhebers abhängig. Daher taucht die Frage auf, ob es sich bei der Herstellung
von Multimedia-Produkten um eine zustimmungsbedürftige Verfilmung handelt. Der BGH hat in
der „Sherlock-Holmes“-Entscheidung den Verfilmungsvorgang als „Umsetzung eines Sprach-
werkes in eine bewegte Bilderfolge mit Hilfe filmischer Gestaltungsmittel“ definiert. Sofern im
Rahmen von Multimedia-Produkten der Charakter laufender Bilder überwiegt, kommt daher die
Anwendung der Filmregelungen des UrhG in Betracht.

Schwierig ist auch die Abgrenzung zwischen der zustimmungspflichtigen Bearbeitung und der
freien Benutzung (§ 24 UrhG). Grundsätzlich darf ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung
eines anderen Werks geschaffen worden ist, ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes
veröffentlicht und verwertet werden (§ 24 Abs. 1 UrhG). Eine Ausnahme gilt für die erkennbare
Übernahme von Melodien; sog. starrer Melodienschutz (§ 24 Abs. 2 UrhG).

Damit eine freie Benutzung bejaht werden kann, darf das fremde Werk nicht in identischer oder
umgestalteter Form übernommen werden, sondern nur als Anregung für das eigene Werkschaffen
dienen. Zur Konkretisierung verwendet die Rechtsprechung seit den Asterix-Entscheidungen des
BGH zwei verschiedene „Verblassens-“Formeln: Eine freie Benutzung kann danach zum einen
darin zu sehen sein, dass die aus dem geschützten älteren Werk entlehnten eigenen persönlichen
Züge in dem neuen Werk so zurücktreten, dass das ältere in dem neuen Werk nur noch schwach und
in urheberrechtlich nicht mehr relevanter Weise durchschimmert. Zum anderen können aber auch
deutliche Übernahmen durch eine besondere künstlerische Gedankenführung legitimiert sein; in
diesem Fall ist ein so großer innerer Abstand erforderlich, dass das neue Werk seinem Wesen nach
als selbständig anzusehen ist. Die nähere Konkretisierung gerade letzterer Variante der „Verblass-
sens“-Formel ist schwierig und nur unter Rückgriff auf die Besonderheiten des Einzelfalls möglich.
Die Integration von Fotografien in einen digitalen Bildspeicher wird dabei eher als unfreie Benut-
zung angesehen werden als die Übernahme fremder Sounds in einem multimedialen Videokunst-
werk.

Streitig ist in diesem Zusammenhang die Rechtslage bei der Verwendung von Thumbnails. Die
öffentliche Zugänglichmachung von kleinen Foto-Schnipseln im Internet stellt nach Auffassung des

---

625 BGH, Urt. v. 15.11.1957 – I ZR 83/56, BGHZ 26, 52, 55 – Sherlock Holmes.
628 Vgl. Fromm/Nordemann/Vinck, § 24 UrhG Rz. 3.


Näheres: becklink 1016700.
2. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung


Ob zwischen den Benutzern eines internen Datenbanksystems eine solche persönliche Verbindung besteht, hängt meist von zahlreichen Zufällen und Eigenheiten der Betriebsstruktur ab. Auch die Zahl der anschließbaren Bildschirme lässt keine Rückschlüsse darauf zu, wann noch von einer persönlichen Verbindung der Benutzer ausgegangen werden kann. So fragt sich, ob bei 100, 200 oder


Mit Wirkung vom 01.01.2014 wurde ferner die sogenannte Open-Access Regelung in das UrhG eingeführt, die Autoren wissenschaftlicher Werke, deren Herstellung zu mindestens 50% aus öffentlichen Mitteln finanziert wurde und die in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, das Recht einräumen, ihre Beiträge zwölf Monate nach Erstveröffentlichung öffentlich zugänglich zu machen. Dies gilt auch und v.a. dann, wenn der Urheber dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht an dem wissenschaftlichen Werk eingeraumt hat. Die Veröffentlichung darf jedoch nur in der vom Herausgeber o. Verleger akzeptierten Manuskriptversion und nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgen; § 38 Abs. 4 S.1 a.E. UrhG. Gem. § 38 Abs. 4 S. 2 UrhG ist bei der öffentlichen Zugänglichmachung die Quelle der Erstveröffentlich-

637 Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 15 Rz. 4.
chung anzugeben. § 38 Abs. 4 S. 3 UrhG stellt klar, dass es sich bei der Regelung um zwingendes Recht handelt.

Die Norm ist nach der Gesetzesbegründung nicht auf die universitäre Forschung anwendbar, vielmehr muss eine öffentliche Projektförderung oder Forschung innerhalb einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung vorliegen.\(^{640}\)

Sinn und Zweck der Open-Access-Regelung ist es, Forschungsergebnisse frei verfügbar zu machen und das Interesse der Wissenschaftler an möglichst weiter Verbreitung ihrer Forschungsergebnisse gesetzlich anzuerkennen.\(^{641}\) In der Gesetzesbegründung wird weiterhin auf die Schutzwürdigkeit der öffentlichen Hand hingewiesen, die durch steigende Preise wissenschaftlicher Werke bei Mitfinanzierung der Forschung nicht doppelt (Ankauf von Literatur durch staatliche Bibliotheken) belastet werden soll.\(^{642}\)

3. Verbreitungsrecht

Das in §§ 17, 69c Nr. 3 UrhG geregelte Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen. Dieses Recht könnte bei Recherchediensten, die nicht nur die relevante Informationsquelle suchen und weiterleiten, sondern die Information selbst anbieten, betroffen sein. Dabei ist es unbeachtlich, ob dies entgeltlich oder unentgeltlich, eigennützig oder altruistisch erfolgt. Das Verbreitungsrecht wird nur tangiert, wenn es zu einer Eigentumsübertragung kommt; die reine Besitzüberlassung reicht nicht aus (etwa beim Ausleihen oder bloßen Ausstellen von Werken).\(^{643}\) Nicht um eine Verbreitung i.S.d. § 17 Abs. 1 UrhG handelt es sich bei einer reichen Datenübermittlung, da es hier an der erforderlichen körperlichen Form fehlt.\(^{644}\)

VI. Urheberpersönlichkeitsrechte

Literatur:


\(^{640}\) BT-Drucks. 17/13423 S. 9.
\(^{641}\) BT-Drucks. 17/13423 S. 9 f.
\(^{642}\) BT-Drucks. 17/13423 S. 9.
\(^{644}\) Schricker/Loewenheim, Urheberrecht. 4. Aufl. 2010, § 17 UrhG, Rz. 5.

1. Entstellungsverbot


2. Namensnennungsrecht

Literatur:


Fotos sind bei der Verwendung im Internet unmittelbar in der Bilddatei mit einem Urhebervermerk zu versehen. Andernfalls liegt nach Auffassung des LG Köln eine abmahnbare Verletzung von

---

§ 13 UrhG i.V. mit den jeweiligen Lizenzbedingungen des Fotografen/seiner Fotoplattform (hier: Pixelio) vor.  

3. Erstveröffentlichungsrecht

Beim Einstellen geheimer unveröffentlichter Dokumente auf WikiLeaks ist das aus § 12 UrhG folgende Bestimmungsrecht des Urhebers über die Veröffentlichung seines Werkes betroffen. Nach dieser Vorschrift steht ihm das Erstveröffentlichungsrecht zu, also die alleinige Entscheidungsmacht, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist. Veröffentlicht ist ein Werk folglich immer dann, wenn es mit Zustimmung dem in § 15 Abs. 3 UrhG beschriebenen Personenkreis zugänglich gemacht wurde. Es muss sich also um eine Mehrzahl von Personen handeln, die nicht persönlich untereinander verbunden sind. Maßgeblich für die Annahme einer persönlichen Verbundenheit ist nicht nur die Zahl der Personen, sondern auch die Art ihrer durch die jeweiligen Umstände geprägten Beziehung.

VII. Gesetzliche Schranken

Literatur:


Das deutsche Urheberrecht sieht hingegen einen enumerativen Katalog einzelner Schranken in unterschiedlich starken Ausprägungen vor. Der Eingriff in das Verbotsrecht des Urhebers besteht in

---

651 Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 6 Rz. 22.
653 So ausdrücklich BGH, Urt. v. 20.3.2003 – 1 ZR 1177/00, MDR 2003, 1305 = WRP 2003, 1235.

Die gesetzliche Festlegung, dass ein bestimmter Anspruch nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann, findet sich dagegen sehr häufig, oft in Kombination mit einer gesetzlichen Lizenz. Zum großen Teil wird mit letzteren operiert: Der Urheber kann in diesen Fällen die Nutzung seines Werkes nicht reglementieren (behält jedoch einen Vergütungsanspruch); vielmehr hat der Nutzer eine genau umrissene, gesetzliche Lizenz. Diese Schranken gelten nicht nur im Verhältnis zum Urheber, sondern auch für Lichtbildner (§ 72 Abs. 1 UrhG), ausübene Künstler (§ 83 UrhG), Tonträger- (§ 85 Abs. 3 UrhG) und Filmhersteller (§ 94 Abs. 4 UrhG). Im Folgenden werden die für den Bereich der neuen Medien relevanten Schrankenregelungen dargestellt.

Zu beachten ist dabei, dass Schranken keine eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen. Spätestens nach jüngsten Urteilen des EGMR steht fest, dass die Schranken im Lichte der Menschenrechte auszulegen sind.654

1. Ablauf der Schutzfrist und verwaiste Werke

Literatur:


655 Pfeifer, GRUR-Prax 2011, 1.
die Rechteinhaber nicht festgestellt werden konnten; § 61 Abs. 2 UrhG Ihre Rechercheergebnisse müssen sie dokumentieren und beim Deutschen Patent- und Markenamt hinterlegen; § 61a Abs. 4 UrhG.


Im Übrigen ist die Digitalisierung und Bereitstellung im Netz offenbar vergütungsfrei.

2. **Erschöpfungsgrundsatz**

   **Literatur:**

   - **Baus**, Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten?, MMR 2002, 14;
   - **Grützmacher**, Gebrauchstexte und Übertragbarkeit von Lizenzen – Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, 549;
   - **Koch**, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchstexten, ITRB 2007, 140;
   - **Koehler**, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 2000;
   - **Schrader/Rautenstrauch**, Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online-Erwerb durch unkörperliche Übertragung urheberrechtlich geschützter Werke, K&R 2007, 251;

Zu beachten ist ferner der **Erschöpfungsgrundsatz** (§ 17 Abs. 2 UrhG; für Software Spezialregelung in § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG sowie für Datenbanken § 87b Abs. 2 UrhG). Stimmt der Urheber einer Veräußerung von Vervielfältigungsstücken zu, erschöpft sich daran sein Verbreitungsrecht
(mit Ausnahme des Vermietrechts). Die Erschöpfung erstreckt sich nur auf die **Verbreitung körperlicher Werkexemplare**; eine zumindest entsprechende Anwendung des Grundsatzes auf bestimmte Online-Übertragungen wird von der h.M. für unmöglich erachtet.\(^{657}\) Die Erschöpfung knüpft daran an, dass Werkexemplare mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden sind. Bietet z.B. ein Verlag ein Buch zum Verkauf an, verliert es an den Werkköpfen sein Kontrollrecht hinsichtlich der Weiterverbreitung. Wer also ein solches Buch gekauft hat, darf es weiterverkaufen. Von der Erschöpfung umfasst sind auch Daten, die auf den Werkstücken enthalten sind (z.B. Marktdaten eines Marktforschungsunternehmens).\(^{658}\) Gleiches gilt für den Weiterverkauf gebrauchter Standardsoftware.\(^{659}\)


---

657 So auch Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-Richtlinie mit folgender Begründung: „Unlike CD-ROM or CD-I, where the intellectual property is incorporated in a material medium, namely an item of goods, every on-line service is in fact an act which should be subject to authorisation where the copyright or related right so provides.“ Die InfoSoc-Richtlinie wiederholt damit Überlegungen aus der Datenbankrichtlinie; s. dort Erwägungsgrund 33. So auch Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733; anders allerdings Kates, GRUR Int. 2002, 314; Köhler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 2000, 72.


triebsmodelle Kauf/Lizenz ersetzt werden (Miete, Cloud-Computing; SaaS). Im Übrigen zählen zu den Vervielfältigungen, die nach Art. 5 der RL für die Benutzung der Software erforderlich und dem Zweiterwerber daher erlaubt sind, nicht die Aufspaltungen von Volumenlizenzen. Spannend ist schließlich auch, wie sich die Entscheidung auf andere Werkarten auswirkt.669


Auf der Rechtsfolgenseite ist die Erschöpfung räumlich auf den Bereich der EU und des EWR beschränkt; § 17 Abs. 2 UrhG.671 Wer Kopien geschützter Werke in den USA kauft, darf diese nicht in der EU weiterverkaufen; eine internationale Erschöpfung wird von der h.M. abgelehnt.672

Sachlich beschränkt sich die Erschöpfung nur auf die jeweilige Verbreitungsform. Sie erlaubt nicht die Verbreitung innerhalb eines neuen, eigenständigen Marktes, etwa von Buchclubausgaben eines Buches im Taschenbuchhandel.673

Der BGH hat in der Entscheidung Half Life 2674 vertreten, dass der urheberrechtliche Grundsatz der Erschöpfung des Verbreitungsrechts nicht berührt wird, wenn ein Hersteller eines Computerspiels, das auf DVD vertrieben wird, dieses so programmiert, dass es erst nach Einrichtung eines Benutzerkontos über eine Internetverbindung zum Hersteller benutzt werden kann, die Einrichtung des Benutzerkontos nur einmalig möglich ist und der Lizenzvertrag eine Klausel enthält, nach welcher dem Nutzer verboten ist, das Benutzerkonto zu verkaufen, für dessen Nutzung Geld zu verlangen oder es anderweitig weiterzugeben. Urheberrechtlich bestehe kein Anspruch darauf, dass mit dem Erwerb eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms auch eine Nutzungsmöglichkeit eingeräumt wird; insbesondere gebiete der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz dies nicht. Einschränkungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verkehrsfähigkeit eines Werkstücks, die sich nicht aus dem Verbreitungsrecht des Urhebers als solchem ergeben, sondern auf anderen Umständen beruhen, sind unzulässig.

---

672 Schrickert/Loevenheim, UrhG, § 17 Rz. 55 m.w.N.
den beruhen, wie z.B. auf der spezifischen Gestaltung des betreffenden Werks oder Werkstücks, berühren den Grundsatz der Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts nicht.


3. Öffentliche Reden (§ 48 UrhG)

Nach § 48 Abs. 1 Nr. 2 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Reden zulässig, die bei öffentlichen Verhandlungen vor staatlichen, kommunalen oder kirchlichen Organen gehalten worden sind. Es ist daher möglich, ohne Zustimmung des Urhebers, Reden über das Internet zugänglich zu machen. Fraglich könnte allenfalls sein, ob sich die Ausnahmebestimmung nur auf den reinen Text der Rede oder auch auf weitere Umstände der Rede (Ton- und Bildmaterial) erstreckt. Für die Internetnutzung hat diese Schranke keine besondere Bedeutung.

4. Zeitungsartikel (§ 49 UrhG)

Literatur:


a) Artikel

b) Zeitungen
Die Entnahme ist nur im Hinblick auf „Zeitungen und andere lediglich dem Tagesinteresse dienenden Informationsblätter“ zulässig. Zu dieser Gruppe zählen neben der Tagespresse auch peri-

c) Elektronische Pressespiegel
Strittig ist die Anwendbarkeit des § 49 UrhG auf elektronische Pressespiegel, insbesondere im Online-Bereich.


Beim übernehmenden Medium muss es sich ebenfalls um Zeitungen bzw. Informationsblätter handeln. Abwegig erscheint die dazu teilweise vertretene Ansicht, dass auch der selektive Ausdruck von gescanneten Zeitungsartikeln aus einer zentralen Datenbank heraus unter § 49 Abs. 1 UrhG fal-

---


Der Benutzer einer Datenbank stellt sich nicht sein eigenes „Informationsblatt“ zusammen; der Verteilung von Kopien an Dritte fehlt die vorherige Zusammenfassung in einem zentralen Primiärmedium. Wie Loewenheim zu Recht feststellt, fehlt es bei solchen Informationsdatenbanken daran, dass der Betreiber selbst von sich aus und im eigenen Interesse informieren will.


---

684 Loewenheim, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, 76.
693 Vgl. hierzu Flechsig, GRUR 2006, 888.
Einige Zeitungsverleger haben die **PMG Presse-Monitor Deutschland GmbH & Co. KG** gegründet, die die Pressespiegelrechte der Verleger bündeln soll. Die PMG bietet elektronische Artikel und/oder Lizenzen von derzeit mehr als 490 Verlagen aus Deutschland und anderen europäischen Ländern für die Erstellung elektronischer Pressespiegel an und hat im Einklang mit der Rechtsprechung des **BGH** entsprechende Verträge geschlossen. Streitig war allerdings lange Zeit, ob nicht diese Organisation ihrerseits als Verwertungsgesellschaft anzusehen sei, so dass für deren Tätigkeit eine Erlaubnis des DPMA eingeholt werden müsste.\(^{694}\) Das Problem hat sich faktisch dadurch entschärft, dass die Pressemonitor GmbH inzwischen zusammen mit der **VG Wort** im Bereich der Pressespiegelvergütung tätig ist.

d) **Vergütungsanspruch**

Wichtig ist ferner der mit der Ausnahme, also der Zulässigkeit der Vervielfältigung und Verbreitung, verknüpfte **Vergütungsanspruch**. Nach § 49 Abs. 1 Satz 2 UrhG ist für die Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe eine angemessene Vergütung zu zahlen. Diesen Anspruch kann der Rechtsinhaber nur über eine Verwertungsgesellschaft geltend machen (§ 49 Abs. 1 Satz 3 UrhG). Die Vergütungspflicht entfällt, wenn lediglich kurze Auszüge aus mehreren Kommentaren oder Artikeln in Form einer Übersicht verwendet werden (§ 49 Abs. 1 Satz 2 UrhG a.E.). Es ist daher ohne Zustimmung der Urheber und ohne Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung zulässig, Presseauszüge etwa im Internet zu platzieren.


5. Zitierfreiheit (§ 51 UrhG)

Literatur:


Denkbar ist auch eine Anwendung der in § 51 UrhG geregelten Grundsätze der Zitierfreiheit. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 51 UrhG die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK und Art. 5 Abs. 1 GG) schützt und daher eine Güterabwägung zwischen Urheberrecht und Meinungsfreiheit zu erfolgen hat, die nicht einseitig zugunsten des Urheberrechts gelöst werden darf.695

Im Rahmen der Urheberrechtsnovellierung zum sog. Zweiten Korb war angedacht, das Zitatrecht weiter einzuschränken. Es sollte nur dann gewährt werden, sofern die Nutzung anständigen Gepflogenheiten entspricht.696 Schließlich hat man diese Beschränkung aber doch gestrichen. Stattdessen erstreckt sich das Zitatrecht nunmehr ohne Differenzierung zwischen einzelnen Werkarten auf alle Nutzungen, bei denen das Zitat durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist.

a) Zitierfreiheit für wissenschaftliche Werke

§ 51 Nr. 1 UrhG erlaubt die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe einzelner bereits veröffentlichter Werke auch ohne Zustimmung des Urhebers, sofern diese in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden und die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist.

aa) Wissenschaft

Dabei ist der Begriff des wissenschaftlichen Werks weit zu ziehen; auch Filmwerke können hierunter fallen.697 Allerdings muss das Werk durch die ernsthafte, methodische Suche nach Erkenntnis gekennzeichnet sein.698 Die Entwickler multimedialer Produkte können das Zitierrecht für wissenschaftliche Zwecke z.B. im Fall von online nutzbarem Lehrmaterial für Studierende, Schüler oder

---


696 Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.3.2006; http://www.kopienbrauchenoriginale.de/media/archive/139.pdf.


bb) Umfang des Zitats


c) Zitatzweck


700 BGH, Urt. v. 3.4.1968 – 1 ZR 83/66, BGHZ 50, 147, 156 – Kandinsky I; s. auch Schrick/Loewenheim/Schricker/Spindler, 4. Aufl. 2010, § 51 Rz. 34.


dd) Quellenangabe


b) Kleinzitat, § 51 Nr. 2 UrhG


706 Die Situation stellt sich allerdings anders mit Blick auf den digitalen „Fingerprint“ dar; s. dazu Gass, Digitale Wasserzeichen als urheberrechtlicher Schutz digitaler Werke?, ZUM 1999, 815.
710 Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, 4. Aufl. 2010, § 51 Rz. 41.
711 Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim, 4. Aufl. 2010 § 2 Rz. 122.
nach Zitatzweck – auch die Verwendung ganzer Werke zulässig.\textsuperscript{712} Zu beachten ist neben dem Zitatzweck insbesondere die Notwendigkeit der Quellenangabe.

c) Musikzitate, § 51 Nr. 3 UrhG

Nach § 51 Nr. 3 UrhG ist es zulässig, ohne Zustimmung des Rechteinhabers Teile eines erschienenen musikalischen Werkes in ein (selbständiges) Werk der Musik zu integrieren.\textsuperscript{713} Die Regelung dürfte im Multimediabereich keine große Bedeutung haben, denn bei einer CD-ROM oder Internet-Anwendung handelt es sich nicht um Werke der Musik. Beide sind eher als Datenbank oder (teilweise) als filmähnliche Werke einzustufen.

6. Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung, § 52a UrhG

Literatur:


Diese Vorschrift erlaubt zustimmungsfrei das öffentliche Zugänglichmachen

- veröffentlichter kleiner Teile eines Werks, Werke geringen Umfangs sowie einzelner Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge und
- zur Veranschaulichung im Schul- und Hochschulunterricht für den bestimmt abgegrenzten Kreis der Unterrichtsteilnehmer (Abs. 1 Nr. 1) sowie für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung (Abs. 1 Nr. 2).

Dabei muss die Zugänglichmachung \textbf{zu dem jeweiligen Zweck geboten} und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein. Nach § 52a Abs. 2 Satz 2 UrhG fallen \textbf{Filmwerke} erst zwei Jahre nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern unter die Schranke.


\textsuperscript{713} Siehe dazu allg. Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, 4. Aufl. 2010, § 51 Rz. 49.
Nach § 52a Abs. 3 UrhG sind auch die mit der öffentlichen Zugänglichmachung in Zusammenhang stehenden Vervielfältigungen (z.B. Drucken, Speichern) von der Regelung umfasst. Für das öffentliche Zugänglichmachen und Vervielfältigen ist eine Vergütung an die jeweiligen Verwertungsge sellschaften zu entrichten (Abs. 4).

Nach Auffassung des BGH 714 darf eine Universität im Rahmen von § 52a UrhG den Teilnehmern einer Lehrveranstaltung nur dann Teile eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf einer elektronischen Lernplattform zur Verfügung stellen, wenn diese Teile höchstens 12% des Gesamtwerks und nicht mehr als 100 Seiten ausmachen und der Rechtsinhaber der Universität keine angemessene Lizenz für die Nutzung angeboten hat. Das OLG Stuttgart 715 hat betont, dass die Auslegung des Begriffs der "kleinen Teile" eines Werkes nicht anhand bestimmter relevanter Prozentgrößen erfolgen könne. Vielmehr sei eine absolute Obergrenze festzulegen, die Gliederung und Charakter des Gesamtwerkes berücksichtigt.

Während beim öffentlichen Zugänglichmachen zu Unterrichtszwecken der abgegrenzte Personenkreis durch die Unterrichtsteilnehmer hinreichend bestimmt ist, fragt sich, was unter einem „bestimmt abgegrenzten Personenkreis“ beim Zugänglichmachen für Forschungszwecke zu verstehen ist. Eine offene Forschergruppe mit häufig wechselnden Mitgliedern wird sicherlich nicht hierunter fallen. Die Mitglieder müssen sich dem Personenkreis vielmehr eindeutig zuordnen lassen, z.B. die Mitarbeiter eines Forschungsinstituts oder Mitglieder verschiedenster Einrichtungen, die in einem geschlossenen Forschungsteam zusammenarbeiten. 716


Weitere Probleme macht die Filmauswertung im Rahmen von Intranets. Zu Unterrichts- und Forschungszwecken wird meist weniger auf Spielfilme als auf Dokumentarfilme zurückgegriffen. Bei diesem Filmgenre fehlt es aber oft an der in § 52a Abs. 2 UrhG vorausgesetzten „üblichen regulären

716 Dreier/Schulze, 4. Aufl. 2013, § 52a UrhG Rz. 11.
Auswertung in Filmtheatern“. Das Gesetz ist insofern einseitig auf den Spielfilm bezogen. Folglich könnte eigentlich mangels Kinoauswertung eine Verwendung von Dokumentarfilmen im Rahmen von § 52a UrhG überhaupt nicht in Betracht. Denkbar ist hier allenfalls eine analoge Anwendung des § 52a Abs. 2 Satz 2 UrhG auf die Fernsehauswertung oder die übliche Nutzung bei Filmfestivals; doch diese Auslegung geht über den (insoweit eng auszulegenden) Wortlaut der Vorschrift hinaus. Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber die Besonderheiten des Dokumentarfilmmarktes nicht unbekannt waren, so dass es sich hierbei um eine bewusste Entscheidung zugunsten des Dokumentarfilms und gegen dessen Intranetverwendung handeln müsste.  

Für Probleme wird auch die traurige Botschaft sorgen, dass die Regelung zunächst bis Ende 2006 befristet gelten sollte; diese Befristung wurde im Dezember 2012 erneut bis Ende 2014 verlängert. Im Übrigen streiten die Kultusminister noch mit der VG Wort über Schlichtungsvorschläge des DPMA, wonach die Höhe der in § 52a UrhG vorgesehenen Vergütung im Rahmen einer nutzungs- und werkbezogenen Erhebung festgestellt werden soll.

7. Die Nutzung über Bibliothekarbeitsplätze, § 52b UrhG


Die Zahl der gleichzeitig an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen zugänglich gemachten Exemplare darf dabei zudem die Anzahl der sich im Bestand der Einrichtung befindlichen Exemplare nicht übersteigen (sog. „doppelte Bestandsakzessorietät“). Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft zu zahlen. Nicht von § 52b UrhG gedeckt ist die Möglichkeit, Texte und Inhalte der Bücher teilweise oder komplett mittels USB-Stick herunterzuladen.


d  

---

717 Löff, in: Wandtke/Bullinger, § 52a Rz. 19.

8. Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, § 53 UrhG

Literatur:


---


Nach Umsetzung der Datenbankrichtlinie in deutsches Recht gelten für Datenbanken und Datenbankwerke abweichende Schrankenbestimmungen. Nach dem nachträglich eingefügten § 53 Abs. 5 UrhG ist die Vervielfältigung aus elektronisch zugänglichen Datenbanken zum privaten Ge-

\(^{723}\) Zur Vorgeschichte siehe Kreile, ZUM 1985, 609; Melichar, ZUM 1987, 51; Nordemann, GRUR 1985, 837.
brauch (§ 53 Abs. 1 UrhG) nicht mehr zulässig. Auch die Aufnahme in ein eigenes Archiv (§ 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG), die Vervielfältigung zur Unterrichtung über Tagesfragen (§ 53 Abs. 2 Nr. 3 UrhG) und die Vervielfältigung aus Zeitschriften oder vergriffenen Werken (§ 53 Abs. 2 Nr. 4 UrhG) sind im Hinblick auf elektronisch zugängliche Datenbankwerke entfallen. Die Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch gem. § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG ist nur noch von der Schranke gedeckt, wenn keine kommerziellen Zwecke verfolgt werden. Eine ähnliche Bestimmung findet sich für die nicht-kreativen Datenbanken in § 87c UrhG, der die auf Datenbanken anwendbaren Schranken abschließend regelt. Die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch (§ 87c Nr. 1 UrhG) ist nur ausgeschlossen, wenn die Datenbank elektronisch zugänglich ist. Der wissenschaftliche Gebrauch (§ 87c Nr. 2 UrhG) sowie die Benutzung zur Veranschaulichung des Unterrichts (§ 87c Nr. 3 UrhG) ohne Lizenzierung ist von Anfang an auf die für den Zweck gebotene Erstellung der Kopien ohne gewerbliche Zielsetzung beschränkt.

a) Privater Gebrauch


Nicht umfasst ist von § 53 Abs. 1 UrhG die Erstellung von Kopien zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken. Auch können nach herrschender Auffassung nur natürliche Personen in den Genuss der Regelung kommen; damit scheidet eine Berufung auf diese Vorschrift für betriebsinterne Zwecke eines Unternehmens aus.

726 So am deutlichsten Flechsig, NJW 1985, 1991; ähnlich auch Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rz. 7 m.w.N.

729 BT-Drs. 15/1066 v. 27.5.2003, S. 2.
731 Dreier/Schulze/Dreier, 4.Aufl. 2013, § 53 Rz. 12; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rz. 22.
732 Lauber/Schwipps, GRUR 2004, 293, 298.
733 BT-Drucks. 16/1828, S.26: „Gleichzeitig wird durch das Erfordernis, dass die öffentliche Zugänglichmachung für den jeweiligen Nutzer nach seinem Bildungs- und Kenntnisstand offensichtlich rechtswidrig sein muss, weiterhin gewährleistet, dass der Verbraucher nicht mit unerfüllbaren Prüfpflichten belastet wird.“
Weise zu legalen Zwecken, etwa im Bereich der Wissenschaft, genutzt werden können. Dies ist insbesondere auch mit Blick auf legale Tauschbörsen „unter Freunden“ zu beachten.  


---

734 Schapiro, ZUM 2008, 273 weist zu Recht darauf hin, dass auch im Rahmen solcher Netzwerke die Vorlage nicht immer rechtmäßig hergestellt sein wird.


gewährt wurde.\textsuperscript{739} Der \textit{BGH}\textsuperscript{740} sieht das jetzt differenziert: Falls die Beklagte die Sendungen im Auftrag ihrer Kunden auf den „Persönlichen Videorecordern“ abspeichert, verstoßt sie – so der \textit{BGH} – gegen das Recht der Klägerin, ihre Sendungen auf Bild- oder Tonträger aufzunehmen. Da sie ihre Leistung nicht unentgeltlich erbringe, könne sie sich in diesem Fall nicht auf das Recht ihrer Kunden stützen, Fernsehsendungen zum privaten Gebrauch aufzuzeichnen. Falls dagegen der Aufzeichnungsprozess vollständig automatisiert sei mit der Folge, dass der jeweilige Kunde als Hersteller der Aufzeichnung anzusehen sei, liege zwar im Regelfall eine vom Gesetz als zulässig angesehene Aufzeichnung zum privaten Gebrauch vor. Die Beklagte verletze dann aber das Recht der Klägerin, ihre Funksendungen weiterzusenden, wenn sie die mit den Satelliten-Antennen empfangenen Sendungen der Klägerin an die „Persönlichen Videorecorder“ mehrerer Kunden weiterleite. Denn in diesem Fall greife sie in das Recht der Klägerin ein, ihre Sendungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.


Es ist bedenklich, dass die digitale Privatkopierfreiheit nicht in § 95b Abs. 1 UrhG genannt wird.\textsuperscript{741} Damit ist die Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG ein „zahnloser Tiger“.\textsuperscript{742} Die Industrie kann den Privaten das, was § 53 Abs. 1 UrhG gibt, durch den Einsatz technischer Schutzmechanismen wieder nehmen. Begründet wurde dies lediglich mit einem Urteil des \textit{BVerfG}, nach dem die zustimmungs-

\textsuperscript{742} Schricker/Loewenheim/Götting, 4.Aufl. 2010, § 95b Rz. 4 m.w.N.
freie Kopie nur ausnahmsweise durch überragende Allgemeininteressen zulässig sei.\textsuperscript{743} Hier sollte offensichtlich unter der Hand ein Geschenk für die Musikindustrie eingefügt werden, das aber an den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Unverletzlichkeit der Wohnung; Informationsfreiheit) vorbei geht. Art. 6 Abs. 4 RL 2001/29/EG (InfoSoc-RL) ist ein mühevoll errungener Kompromiss zugunsten privater Nutzer, der unbedingt einer Umsetzung bedarf. Dem können nicht die Vorbehalte der Musikindustrie gegen die Gefahr des Hacking und unkontrollierten CD-Brennens entgegengehalten werden. Es bleiben hinreichende technische Möglichkeiten, die Zahl der Privatkopien technisch zu beschränken; im Übrigen erhält die Musikindustrie über die Geräte- und Leerkassettenabgabe eine nicht unbeträchtliche Kompensation für ihre Ausfälle. Man könnte allenfalls darüber nachdenken, diese Kompensation noch zu erhöhen.


b) Eigener wissenschaftlicher Gebrauch


- Wissenschaftler und Forschungsinstitute
- Privatleute mit wissenschaftlichem Informationsbedürfnis
- Studierende im Rahmen ihrer Ausbildung und

\textsuperscript{743} BVerfG, Beschl. v. 7.7.1971 – 1 BvR 765/66.


c) Aufnahme in ein eigenes Archiv

Nach § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG dürfen einzelne Vervielfältigungsstücke des Werkes zur Aufnahme in ein eigenes Archiv hergestellt werden, soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird. Nach Sinn und Zweck ist lediglich ein Archiv nur zum haus- bzw. betriebsinternen Gebrauch gemeint.745

Hinsichtlich elektronischer Presearchive (im Sinne eines Inhouse-Kommunikationssystems, das den Zugriff durch einen geschlossenen Nutzerkreis zulässt) hat der BGH746 entschieden, dass auch dann, wenn die Nutzung auf Betriebsangehörige beschränkt werde, dies weit über das hinausgehe, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UrhG privilegieren wollte. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Möglichkeiten zur Errichtung eines digitalen Archivs inzwischen stark eingeschränkt sind, siehe § 53 Abs. 2 Satz 2 UrhG. Die Vorschrift erlaubt nur die Vervielfältigung auf Papier, die ausschließlich analoge Nutzung des Archivmaterials oder die Nutzung digitalen Materials im öffentlichen Interesse ohne einen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen Erwerbszweck. Firmeninterne digitale Archive sind daher nicht mehr zustimmungsfrei erstell- und nutzbar.

d) Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge

Nach § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG ist es zulässig, zum „sonstigen eigenen Gebrauch“ – ein besonderer Zweck ist also nicht erforderlich – einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen, soweit es sich um einzelne Beiträge aus Zeitungen und Zeitschriften handelt. Bezüglich anderer Werke privilegiert diese Bestimmung lediglich die Vervielfältigung kleiner Teile. Insgesamt dürfen die kopierten Beiträge nur einen kleinen Teil der Zeitung oder Zeitschrift ausmachen; die Regelung gilt nicht für die Übernahme wesentlicher Teile der ausgewählten Beiträge.

e) Kopienversanddienste, § 53a UrhG

Literatur:


745 So auch von Gamm, § 54 Rz. 10; Schricker/Loewenheim, § 53 Rz. 25; Katzenberger, GRUR 1973, 629, 636.


der Schranken Vergütungsansprüche zugebilligt werden, geboten. Ausführlich nahm der BGH auf
die Möglichkeiten des Internet und des Zugriffs auf Online-Datenbanken (im Sinne von Online-
Katalogen und hinsichtlich der dadurch wesentlich erleichterten und erweiterten Recherchemetho-
den) Bezug. Offen blieb allerdings, ob der BGH nur den Kopienversand per Post und Fax ausneh-
men wollte, oder ob die Entscheidungsgründe auch auf den Online-Versand (der nicht Gegenstand
des Verfahrens war) übertragen werden konnten.

Nach Auffassung des OLG Köln fiel ein Internet-Suchdienst, durch den man Zeitungsartikel mittels
Deep-Links auffinden kann, unter § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG. Der Nutzer verwendete den Such-
dienst nur zum eigenen Gebrauch; daran änderte auch die Beteiligung des Betreibers des Suchdien-
tes nichts. Das OLG München hielt den elektronischen Kopienversand geschützter Aufsätze aus
Zeitschriften zumindest nach Einführung des ersten Korbes des Urheberrechts seit dem
13. September 2003 für eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts des Urhebers, während der
Kopienversand auf dem Postweg oder als Telefax als gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt anzusehen
war.

Im Rahmen des Zweiten Korbes ist die Zulässigkeit von Kopienversanddiensten durch eine neue
Vorschrift geregelt und damit die Rechtsprechung des BGH kodifiziert worden. Nach § 53a
UrhG ist die Versendung im Wege des Post- oder Faxversandes durch öffentliche Bibliotheken zu-
lässig, sofern sich der Besteller auf einen durch § 53 UrhG privilegierten Zweck berufen kann. Die
Vervielfältigung und Verbreitung in sonstiger elektronischer Form ist auf grafische Dateien be-
schränkt. Eine solche Versendung grafischer Dateien kommt aber nur in Betracht, wenn die Beiträge
von Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer ver-
traglichen Vereinbarung erworben werden können. Mit diesen Beschränkungen hat sich der Kopi-
enversand von öffentlichen Bibliotheken angesichts der elektronischen Angebote der Verlage weit-
gehend erledigt.

f) Ausnahmeregelungen für den Unterricht
Multimedia wird häufig im Ausbildungs- und Schulungsbereich eingesetzt. Insofern stellt sich die
Frage nach der Reichweite von § 53 Abs. 3 UrhG. Diese Regelung erlaubt die Vervielfältigungen
von kleinen Teilen eines Druckwerkes oder einzelnen Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträgen zur Ver-


\(^{751}\) OLG München, Urt. v. 10.5.2007 – 29 U 1638/06, MMR 2007, 525 m. Anm. Gausling.

\(^{752}\) OLG München, Urt. v. 10.5.2007 – 29 U 1638/06, MMR 2007, 525.:

\(^{753}\) S. auch Flechsig, ZRP 2006, 145.

g) Rechtsfolge: Vergütungsanspruch


aa) Die alte Rechtslage: Vergütung bei Bild- und Tonaufzeichnungen und bei reprographischen Vervielfältigungen


754 Sendeunternehmen erhalten keine Vergütung (§ 87 IV), was keine Staatshaftungsansprüche auslöst; BGH, Beschl. v. 24.6.2010 – III ZR 140/09, CR 2010, 671 = MDR 2010, 1114.
755 S. auch BT-Drs. 16/1828, S. 28.
756 Vgl. dazu Cichon, K&R 1999, 547.
oder Festplatten existierte aber weiterhin nicht.\textsuperscript{757} Jene für Leer-CDs lehnte sich an die Vergütung für Leerkassetten an, was angesichts der enormen Qualitätsvorteile der digitalen Kopie nicht gerechtfertigt erschien.\textsuperscript{758} Neben dem Vergütungsanspruch nach § 54 Abs. 1 UrhG a.F. konnte für Multimedia auch der Anspruch nach § 54a Abs. 1 UrhG a.F. für die Vervielfältigung im Wege der \textbf{Ablichtung} von Bedeutung sein. Dieser Anspruch kam bei Werkarten zum Tragen, bei denen zu erwarten war, dass sie durch Ablichtung oder in einem vergleichbaren Verfahren zum eigenen Gebrauch vervielfältigt werden. Ferner setzte § 54a Abs. 1 UrhG a.F. voraus, dass die Geräte zur Vornahme von Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch \textit{bestimmt} waren. Erforderlich war hierzu, dass das Gerät zur Vornahme von Vervielfältigungen technisch geeignet und vorgesehen war.\textsuperscript{759} Zu den geeigneten Geräten zählten Scanner,\textsuperscript{760} Sampler und Telefaxgeräte.\textsuperscript{761}

Angedacht war seitens der VG Wort auch eine \textbf{Vergütung für PCs und Drucker}. Gegen eine Gebührenpflicht für Drucker haben sich dagegen das OLG Düsseldorf und der BGH ausgesprochen.\textsuperscript{762} Können Geräte nur im Zusammenhang mit anderen Geräten – z.B. im Verbund mit einem Scanner oder einem PC als sog. Funktionseinheit – die Aufgabe eines Vervielfältigungsgerätes erfüllen, sei die Aufgabe eines Vervielfältigungsgerätes erfüllen, sei die Aufgabe eines Vervielfältigungsgerätes erfüllen, sei der oder das entsprechende Gerät dazu zwar geeignet, jedoch nicht bestimmt. Vergütungspflichtig nach § 54a UrhG a.F. waren CD-Kopierstationen\textsuperscript{763} und sog. Multifunktionsgeräte\textsuperscript{764} mit Druck-, Scan- und Faxfunktion, nicht aber PCs.\textsuperscript{765} Das BVerfG hat diese Haltung des BGH scharf kritisiert und den 1. Zivilsenat insbesondere zur Vorlage der Frage an den EuGH aufgefordert.\textsuperscript{766} Der EuGH\textsuperscript{767} seinerseits hat unabhängig davon eine Vergütungspflicht für gewerblich genutzte Geräte abgelehnt. Es bedürfte für die Vergütungspflicht eines mutmaßlichen Gebrauchs der Anlagen zum Zweck privater Vervielfältigungen. Folglich sei die unterschiedslose Anwendung der Abgabe für Privatkopien auf Anlagen, Geräte und

\footnotesize{\textsuperscript{757} Vgl. Däubler-Gmelin, ZUM 1999, 769, 771. \\
\textsuperscript{758} Cichon, K&R 1999, 547, 552. \\
\textsuperscript{763} OLG München, Urt. v. 27.10.2005 – 29 U 2151/05, MMR 2005, 847. \\
\textsuperscript{764} OLG Stuttgart, Urt. v. 6.7.2005 – 4 U 19/05, CR 2005, 881. \\
\textsuperscript{765} BGH, Urt. v. 2.10.2008 – 1 ZR 18/06, GRUR 2009, 53 = MMR 2009, 182 – PC I. \\
\textsuperscript{766} BVerfG, Beschl. v. 30.8.2010 – 1 BvR 1631/08, GRUR 2010, 999. \\
\textsuperscript{767} EuGH, Urt. v. 21.10.2010 – C-467/08 Padawan SL/Sociedad General de Autores y Editores de España [SGAE]), CR 2011, 6 = GRUR 2011, 50.}
Medien zur digitalen Vervielfältigung, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, nicht mit der Richtlinie 2001/29/EG vereinbar.

bb) Die neue Rechtslage: § 54 Abs. 1 UrhG

Im Rahmen der Einführung des Zweiten Korbs wurden die Vergütungsansprüche nun in § 54 Abs. 1 UrhG zusammengefasst. Die Neufassung verzichtet auf eine technische Unterscheidung und erfasst nun ununterschiedslos alle Vervielfältigungsverfahren.\(^{768}\) Außerdem wurde der Kreis der Geräte auf Speichermedien erweitert, deren Typ allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme solcher Vervielfältigungen in nennenswertem Umfang benutzt wird. Von § 54 Abs. 1 UrhG werden nunmehr alle elektronischen (z.B. Smartcard, Memory Stick), magnetischen (z.B. Musikkassette, Magnetband, Festplatte, Diskette) und optischen (z.B. Film, DVD, CD-ROM, CD-R, CD-RW, Laserdisc) Speicher erfasst.\(^{769}\)

Voraussetzung im neu gefassten § 54 Abs. 1 UrhG ist nicht mehr, dass die Geräte zur Vervielfältigung „bestimmt“ sind, sondern dass sie dazu tatsächlich genutzt werden.


Auf den Vergütungsanspruch kann der Urheber gem. § 63a UrhG im Voraus nicht verzichten. Er kann ihn im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abtreten (§ 63a Satz 2 UrhG).

\(^{768}\) Vgl. BT-Drs. 16/1828 S. 28.
\(^{769}\) Vgl. BT-Drs. 16/1828 S. 29.
\(^{770}\) Zur Vergütungshöhe bzw. vergütungspflichtigen Geräten gem. § 54a UrhG s. explizit unten zu „Verwertungsgesellschaften“ unter VII. 2.
h) Hausrechte

Literatur:


Die Organisation und Durchführung der Fußballspiele bedürfe keines solchen Schutzes. Der Kläger könne sich über die ihm angehörigen Vereine eine entsprechende wirtschaftliche Verwertung der Fußballspiele dadurch sichern, dass den Besuchern der Fußballspiele Filmaufnahmen unter Berufung auf das Hausrecht untersagt werden.

---


§ 59 UrhG hat keine Auswirkungen auf die Befugnisse des Eigentümers, die Erstellung von Fotos auch eines öffentlich zugänglichen Gebäudes (z.B. Sanssouci) zu verbieten, soweit die Fotos von seinem Grundstück aus angefertigt worden sind.\textsuperscript{775} Allerdings ist die Sammlung und Speicherung von Fotos, die die Außenansicht eines Wohnhauses mit dessen postalischer Anschrift zeigen, rechtlich zulässig.\textsuperscript{776} Es ist ferner rechtlich nicht zu beanstanden, wenn für „Google Street View“ Aufnahmen eines Hauses von der offenen Straße aus gefertigt werden, soweit keine Fotos unter Überwindung einer Umfriedung aufgenommen werden oder die Fotos eine Wohnung darstellen.\textsuperscript{777} Auch kann das Veröffentlichen von Abbildungen eines Wohnhauses und darauf bezogener Informationen im Internet vom Medienprivileg des § 41 BDSG erfasst sein, soweit dem Internetangebot eine mei-
nungsbildende Wirkung beigemessen werden kann.\textsuperscript{778}

9. Kartellrechtliche Zwangslizenzen

Literatur:


Denkbar ist auch eine kartellrechtliche Erweiterung der Schranken in besonderen Einzelfällen. Ausgangspunkt ist Art. 102 AEUV\textsuperscript{779} und die dort verankerte Missbrauchskontrolle bei marktbeherr-
schenden Unternehmen.

Berühmt ist die hierzu ergangene Entscheidung des EuGH in Sachen Magill. Hier bejahte der EuGH die Möglichkeit, die Ausübung urheberrechtlicher Verwertungsrechte kartellrechtlich zu überprüfen. Im konkreten Fall hatten BBC und ITV dem kanadischen Verleger den Zugriff auf Listen verweigert, in denen das Fernsehprogramm der kommenden Wochen enthalten war. Magill brauchte die Listen, um eine Fernsehzeitschrift auf den Markt zu bringen. BBC und ITV beriefen sich auf ihr nach britischem Recht bestehendes Urheberrecht an den Programmlisten, obwohl sie

\textsuperscript{775} BGH, Urteile vom 17.12.2010 – V ZR 44/10, 45/10 und 46/10, CR 2011, 325, 398 = GRUR 2011, 313; LG Pots-


\textsuperscript{777} KG, Beschl. v. 25.10.2010 – 10 W 127/10, MMR 2011, 414.


783 Kommissionsentscheidung COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Interim Measures; die Entscheidung beruht auf Art. 3 der Verordnung No. 17.
rung von IMS Health neue Wettbewerber an einem Eintritt in den Markt für pharmazeutische Absatzdaten und war überdies geeignet, den Konkurrenten von IMS Health schweren, irreparablen Schaden zuzufügen.\(^{785}\)


In ihrer Entscheidung hatte die Kommission nämlich einen Missbrauch auch für die Fälle bejaht, in denen die Lizenzverweigerung „nur“ den Zugang der potentiellen Lizenznehmer zu denselben Märkten verhinderte. Der *EuGH* hatte in Magill hingegen gefordert, dass ein Missbrauch marktberechtigender Stellung durch die Ausübung eines geistigen Eigentumsrechts nur dann anzunehmen sei, wenn

1. die Lizenzverweigerung das Entstehen neuer Produkte oder Dienstleistungen, für die es
2. eine potentielle Nachfrage auf Sekundärmärkten gibt, verhindere und
3. der Lizenzgegenstand die faktisch einzige Quelle für das Ausgangsmaterial sei, welches für die Entwicklung des neuen Produkts zwingend benötigt werde.

Es blieb daher abzuwarten, ob sich der Anwendungsbereich der Missbrauchsdoktrin des *EuGH* im Hinblick auf die Ausübung nationaler Immaterialgüterrechte im Sinne der Kommissionsentscheidung erweiterte oder ob die in Magill aufgestellten Voraussetzungen streng beibehalten werden sollten.

Nach dem 2004 ergangenen Urteil des *EuGH*\(^ {787}\) stellt nun die Weigerung eines Unternehmens, das eine beherrschende Stellung wegen der Inhaberschaft an Immaterialgüterrechten innehat, einem anderen Unternehmen eine Lizenz zur Verwendung dieser Rechte zu erteilen, **keinen** Missbrauch

---


\(^{787}\) *EuGH*, Urt. v. 29.4.2004 – C-418/01, EuZW 2004, 345.
einer beherrschenden Stellung i.S.v. Art. 102 AEUV dar. Eine Ausnahme gilt, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht hat, beabsichtigt, auf dem Markt für die Lieferung der betreffenden Daten neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums nicht anbietet und für die eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht.
- Die Weigerung ist nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.
- Die Weigerung ist geeignet, dem Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums den in Frage stehenden Markt in dem betreffenden Mitgliedstaat vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch die patentrechtliche Entscheidung des BGH in Sachen Orange Book.\(^\text{788}\) Hiernach kann derjenige, der aus einem Immaterialgüterrecht in Anspruch genommen wird, einwenden, der Rechteinhaber missbrauche eine marktbeherrschende Stellung, wenn er sich weigere, einen Lizenzvertrag zu nicht diskriminierenden und nicht behindernden Bedingungen abzuschließen. Missbräuchlich handelt der Rechteinhaber jedoch nur, wenn der Gegner ihm ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrags gemacht hat, an das er sich gebunden hält und das der Rechteinhaber nicht ablehnen darf, ohne gegen das Diskriminierungs- oder das Behinderungsverbot zu verstoßen. Im Übrigen muss der Gegner, solange er den Gegenstand des Patents bereits benutzt, diejenigen Verpflichtungen einhalten, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung des lizenzierten Gegenstands knüpft.

VIII. Verwertungsgesellschaften

Literatur:


\textsuperscript{789} Müssel/Bechthold, MMR 1998, 571.


Bekanntes Beispiel einer Verwertungsgesellschaft ist die in München und Berlin ansässige GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte). Wer bei einem öffentlichen Vereinsfest Musik von CDs spielen will oder wer die Kunden in seinem Geschäft mit Hintergrundmusik erfreuen will, muss dafür an die GEMA einen Obolus entrichten. Die GEMA führt das Geld nach Abzug ihrer Verwaltungsgebühren an die Rechteinhaber ab. Ähnliche Gesellschaften existieren für andere Werkarten. Die VG Bild-Kunst (mit Sitz in Bonn) nimmt u.a. die Rechte von bildenden Künstlern, Photographen und Filmurhebern wahr. Die VG Wort (mit Sitz in München) ist insbesondere für die Rechte an literarischen, journalistischen und wissenschaftlichen Texten zuständig. Musikproduzenten und Musiker sind in der Hamburger GVL (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten) zusammengeschlossen. Undurchsichtig ist die Lage für die Filmproduzenten, die je nach Einzelfall zwischen vier verschiedenen Verwertungsgesellschaften wählen können.


Eine AGB-Klausel, wonach ein Dokumentarfilmer verpflichtet wird, im Rahmen einer Auftragsproduktion die Verwertungsgesellschaft für Film- und Fernsehproduzenten (VFF) mit der Wahrnehmung der Vergütungsansprüche zu beauftragen, ist nach Auffassung des OLG Dresden nicht-

---


1. GEMA


795 So auch Flechsig, MMR 2012, 293 ff.


Zu beachten ist allerdings, dass bei der GEMA nicht die Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller liegen. Diese werden von der GVL wahrgenommen, der die Leistungsschutzberechtigten allerdings bewusst nicht die Online-Rechte übertragen haben. Auch

---

798 BGH, Urt. v. 11.3.2010 – I ZR 18/08, MDR 2010, 1339 = CR 2010, 647.
soweit die großen Musik-Companies unberechtigerweise als Musikverleger der GEMA angehören, ist eine Rechteübertragung an die GEMA nicht erfolgt.


---

bezwecke müsste aufgrund der im Urheberrecht anerkannten Zweckübertragungsregel explizit im Berechtigungsvertrag geregelt sein. Da dies nicht der Fall ist, verbleibt also im Zweifel dieses Verwertungsrecht bei den jeweiligen Urhebern. Es entspreche auch nicht dem Vertragszweck, dass die GEMA diese Rechte wahrnehmen müsse. Eine Verwertungsgesellschaft solle kollektive Rechte wahrnehmen, die das individuelle Mitglied nicht oder nur schwer unmittelbar selbst wahrnehmen kann. Dies sei aber bei der Werbenutzung von Musik nicht der Fall. Denn die Werbung betreffe ein Marktgeschehen, das ein freies Aushandeln des im Einzelfall angemessenen Entgelts für die Werknutzung erlaube. Es liege daher geradezu im Interesse des Berechtigten, das Entgelt für die Werknutzung zu Werbezwecken selbst mitbestimmen zu können und nicht an die Tarifbestimmungen oder Verteilungsschlüssel der GEMA gebunden zu sein. Das zweistufige Verfahren wurde nach dem BGH-Urteil im GEMA-Berechtigungsvertrag ausdrücklich niedergelegt; § 1 k) GEMA-Berechtigungsvertrag (Fassung 2013).


2. VG Wort
Schwieriger ist die Rechtslage bei den anderen Verwertungsgesellschaften. Nach § 1 Nr. 17 des Wahrnehmungsvertrages der VG Wort überträgt der Berechtigte der VG Wort „das Recht, Beiträge auf digitalen Offline-Produkten (z.B. CD-ROM) zu vervielfältigen und zu verbreiten…“ zur Wahr-

805 BGH, Urt. v. 14.10.2010 – I ZR 11/08, CR 2011, 121 = MDR 2011, 312 - Gesamtvertrag Musikabrudienst...
nehmung; hierbei geht es um die Wahrnehmung von Alt-Rechten, d.h. der **Übernahme von Altwerken in CD-ROM-Produkte**. Im Mai 1998 wurde zwar eine Änderung beschlossen, wonach der VG Wort gem. § 1 Nr. 18 des Wahrnehmungsvertrages nunmehr auch die Rechte zur Wiedergabe durch Pay-TV, TV-on-demand, Pay-per-view oder ähnliche Einrichtungen übertragen werden. Die Rechte zur Nutzung eines Textes auf einer Internet-Homepage verbleiben aber nach wie vor beim Berechtigten.\(^{806}\)


Das **OLG München**\(^{808}\) entschied, dass der Abzug eines pauschalen Verlegeranteils bei der jährlichen Ausschüttung der auf verlegte Werke des Klägers entfallenden Vergütungsanteile zu Unrecht erfolgt sei. Verlage hätten kein eigenes Leistungsschutzrecht; sie könnten insofern nur vom Urheber abgeleitete Rechte bei der VG Wort beibringen. Der Kläger habe aber bereits 1984 alle bestehenden Rechte an den Verlag und dem Urheber übertragen.

---

808 OLG München, Urt. v. 17.10.2013 – 6 U 2492/12; ähnlich schon LG München I, Urt. v. 24.5.2012 – 7 O 28640/11; nicht rechtskräftig.

3. VG Bild-Kunst


Bei den von der VG Bild-Kunst wahrgenommenen Filmrechten geht es u.a. um die Videovermietungsrechte, die zu 70 % auf die Urheber und zu 30 % auf die Produzenten verteilt werden. Weiterhin werden das Kabelweiterleitungsrecht, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe (etwa bei Luft hansa und in der Bahn) sowie Ansprüche für die Einrichtung von Datenbanken und für die Digitalisierung und von Bildungseinrichtungen geltend gemacht.

IX. Möglichkeiten der Rechteübertragung

Literatur:
1. Vorüberlegungen

Vor dem Abschluss von Verträgen zwischen Homepagebetreibern und einem Rechteinhabern bedarf es einer Reihe von Due-Diligence-Überlegungen, etwa folgender Art:

- Welche Werke sollen einbezogen werden?
- Woraus bestehen die einbezogenen Werke (Ton, Text, Bilder)?
- Wie viele Teile des Werkes sollen übernommen werden?
- Wird das Werk eins-zu-eins oder in veränderter Form übernommen?
- Bestehen an vorbestehenden Werken Markenrechte?
- Welche Rechte brauche ich (Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung, öffentliche Wiedergabe)?
- Wer ist Rechteinhaber (Verwertungsgesellschaften, Verlagen, Agenturen)?
- Kann auf gesetzliche Lizenzen/Zwangslizenzen zurückgegriffen werden?
- Aus diesen Grundfragen ergibt sich folgende Checkliste für die Projektplanung:

a) Die Homepage

- Art der Homepage und erwartete „Lebensdauer“
- Konkurrenzprojekte
- Titel des Produktes (Domain)
- Begleitprodukte
- Technische Plattform
- Benötigte Datenspeicherkapazität

b) Projektbeteiligte

- Namen der Beteiligten
- Beteiligung Außenstehender
• Rechte am Endprodukt
• Wettbewerbsbeschränkungen
e) Inhalt
• Inkorporierung welcher Werke
• Bestandteile der Werke
• Geplante Änderungen, Kürzungen und Übersetzungen
• Fiction/Non-Fiction
• Fotografien von Zeitzeugen
• Rechtsinhaber (synchron/diachron)
• Vergütung (Lizenzgebühr, Minimalzahlungen)
d) Finanzierung
• Art und Risiken der Finanzierung
• Finanzbedarf und erwartete Gewinne (abzgl. Lizenzgebühren u.a.)
e) Projektbeendigung
• Umstände der Beendigung
• Implikationen für Lizenzzeiten und Wettbewerbsverbote
• Verbleibende Rechte

2. Abgrenzung der Nutzungsrechte

Der Rechteinhaber kann nach § 31 Abs. 1 UrhG nur Nutzungsrechte einräumen. Diese Rechte umfassen die Befugnis, das Werk für einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen. Sie beinhalten dagegen nicht das Urheberrecht oder das Verwertungsrecht als solches und auch nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte.
a) Einfaches versus ausschließliches Nutzungsrecht

Das Gesetz gibt dem Produzenten die Wahl. Er kann sich ein **ausschließliches oder ein einfaches Nutzungsrecht** einräumen lassen (§ 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG).

Der Inhaber eines **einfachen Nutzungsrechts** kann das Werk neben anderen Berechtigten nutzen (§ 31 Abs. 2 UrhG). Ihm stehen gegen Verletzungen des Urheberrechts keine eigenen Abwehrbefugnisse zu. Er muss sich vom Rechteinhaber zur Klage in Prozessstandschaft ermächtigen lassen. Er verfügt nach älterer Lehre nur über eine schuldrechtliche Rechtsposition, die nicht gegenüber Dritten geschützt ist. Hier hat der *BGH* den (quasi-) dinglichen Charakter des einfachen Nutzungsrechts bekräftigt.\(^{809}\)

Das **ausschließliche Nutzungsrecht** berechtigt den Inhaber hingegen dazu, jeden Dritten und sogar den Inhaber selbst von der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit auszuschließen und selbst einfache Nutzungsrechte einzuräumen (§ 31 Abs. 3 UrhG). Er kann selbständig (neben dem Urheber) gegen Verletzungen des Urheberrechts durch Dritte vorgehen. Die Aktivlegitimation steht ihm selbst gegen den Urheber zu, falls dieser die Rechtsposition des Nutzungsberechtigten beeinträchtigt, wobei nach § 31 Abs. 3 S. 2 UrhG wiederum vereinbart werden kann, dass der Urheber sein Werk selbst nutzen kann.


Im Übrigen schaffen es große Unternehmen in aller Regel, pauschal ausschließliche Nutzungsrechte zur Erstellung etwa einer Homepage einzufordern, indem sie mit den Urhebern folgende Klausel vereinbaren: „Der Urheber räumt X ein ausschließliches, zeitlich und räumlich unbeschränktes Nutzungsrecht zur Verwendung des Materials in jeder Form ein.“ Literatur und Rechtsprechung haben diese Pauschalklauseln (Buy-out-Klauseln) immer kritisiert.\(^{810}\)


b) Zeitliche und räumliche Begrenzung

Der Lizenzvertrag sollte Aussagen zum **zeitlichen und räumlichen Umfang** des Nutzungsrechts treffen. Nach § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG kann das Nutzungsrecht räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden.

Am günstigsten ist die Position des Produzenten, wenn die übertragenen Nutzungsrechte zeitlich unbeschränkt eingeräumt werden. Denn ansonsten riskiert er, dass bei Ende der Befristung die Rechte automatisch entfallen und er sein fertiges Produkt nicht mehr kommerziell nutzen kann. Er müsste dann mit dem Rechteinhaber nachverhandeln, was meist mit einer Verteuerung der Rechte verbunden ist. Allerdings hängt die Übertragung der unbeschränkten Rechte von der wirtschaftlichen Macht des Unternehmens ab. Ist der Produzent nicht marktführend, muss er für unbeschränkte Rechte kräftig zahlen.

Aus § 31 Abs. 1 Satz 2 UrhG ergibt sich, dass das Nutzungsrecht auch räumlich beschränkt eingeräumt werden kann. Wie bei der zeitlichen Beschränkung ist es natürlich auch hier für den Produzenten am günstigsten, das überlassene Material räumlich unbeschränkt nutzen zu können. Dies gilt insbesondere für die Online-Nutzung, da in diesem Bereich räumliche Beschränkungen keinen Sinn machen. Eher empfiehlt es sich, nach Sprachversionen zu staffeln (etwa bezogen auf eine deutsch- oder englischsprachige Homepage; dann inhaltliche Beschränkung).

c) Zweckübertragung (§ 31 Abs. 5 UrhG): Auflistung der zu übertragenden Rechte


\footnote{AG Köln, Urt. v. 14.6.2006 – 13/C 90/06, GRUR-RR 2006, 396.} Die Einwilligung zur Veröffentlichung eines Artikels in einer Zeitung schließt nicht die Nutzung als E-Paper im Internet mit ein.\footnote{Die Aufspaltung des Onlinenutzungsrechts in das}


- das Material ganz und teilweise auf Bild- und/oder Tonträger zu vervielfältigen sowie zwecks Digitalisierung in den Arbeitsspeicher zu laden;
- das Material über Online-Dienste (FTP, WWW) und vergleichbare Abrufdienste öffentlich wiederzugeben oder einer Mehrzahl von Nutzern zum Abruf bereitzuhalten;
- das Material zu verbreiten, insbesondere zu verkaufen, vermieten, verleihen oder in sonstiger Weise abzugeben (wichtig für Sperre der CD-ROM-Verwertung);
- an dem Material Schnitte, Kürzungen und sonstige Veränderungen vorzunehmen, die aus technischen Gründen oder mit Rücksicht auf die Erfordernisse des Marktes als geboten oder wünschenswert angesehen werden;
- das Material – unter Wahrung eventueller Urheberpersönlichkeitsrechte – neu zu gestalten, zu kürzen und in andere Werkformen zu übertragen;

---

816 Ausführlich oben A.V.
• das Material zur Verwendung auf oder anlässlich von Messen, Ausstellungen, Festivals und Wettbewerben sowie für Prüf-, Lehr- und Forschungszwecke zu nutzen;
• zu Werbezwecken Ausschnitte, Inhaltsangaben, Bildmaterial und Trailer bis zu einer Länge von drei Minuten herzustellen, zu verbreiten und zu senden;
• eine durch den Lizenzgeber oder in dessen Auftrag vorzunehmende Bearbeitung zu überwachen.

Umstritten ist, ob der Zweckübertragungsgrundsatz aufgrund etwaigen Leitbildcharakters in die AGB-Kontrolle einfließt.\(^{817}\)

Der BGH hat den Leitbildcharakter von § 32 Abs. 5 UrhG verneint.\(^{818}\) Der Regelung sei zwar der Grundgedanke zu entnehmen, dass der Urheber an der Werknutzung wirtschaftlich möglichst weitgehend zu beteiligen sei, jedoch seien Bezeichnung und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflichten Ausdruck der Privatautonomie und somit einer AGB-Kontrolle nicht zugänglich. Damit ist der Streit für die Praxis als erledigt anzusehen.

Nach zutreffender Ansicht handelt es sich bei dieser Regelung jedoch nicht nur um eine gesetzliche Auslegungsregel, sondern auch um eine zwingende Inhaltsnorm, die im Rahmen der AGB-Kontrolle zu beachten ist. Der BGH setzt sich in seiner Rechtsprechung über den in § 11 S. 2 UrhG zum Ausdruck kommenden ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers\(^{819}\) hinweg, dem Prinzip der angemessenen Vergütung Leitbildfunktion zukommen zu lassen.\(^{820}\) Das Gericht verkennt, dass für die Identifizierung einer Norm als gesetzliches Leitbild im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 einzig der Gerechtigkeitsgehalt der Norm maßgeblich ist, nicht aber eine Einordnung als Auslegungs- oder dipositive Norm, da die konkrete gesetzliche Ausgestaltungsform eines Gerechtigkeitsgedankens häufig vom Zufall abhängig ist.\(^{821}\)

Der Zweckübertragungsgrundsatz stellt im Übrigen einen wesentlichen Grundsatz des deutschen Urhebervertragsrechts dar und kann daher auch international-privatrechtlich nicht zur Disposition gestellt werden.\(^{822}\)

\(^{817}\) v. Westphalen/Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kreativverträge, Rz. 20 ff.
\(^{819}\) BT–Drs. 14/8085, 17 f.
\(^{820}\) v. Westphalen/Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kreativverträge, Rz. 25.
\(^{822}\) OLG Köln, Urt. v. 28.1.2011 – 6 U 101/10, ZUM 2011, 574.


**d) Weiterübertragung**


---


Problematisch sind Konzernklauseln. Die bisherige Praxis, Nutzungsrechte formularmäßig zur Übertragung innerhalb eines nicht näher spezifizierten „Konzerns“ oder einer „Unternehmensgruppe“ zu verwenden, ist zumindest wegen fehlender Bestimmtheit rechtswidrig. Ein Pauschalverzicht zu Gunsten nicht benannter Dritter verstößt ebenso wie klassische Konzernklauseln gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und ist daher unwirksam.\footnote{830}
e) Nichtausübung und Rückrufsrechte

Aus dem klassischen Film- und Fernsehbereich stammen vertragliche Regelungen zur Nichtausübung des Nutzungsrechts. Der Lizenznehmer soll nicht dazu verpflichtet werden, das überlassene Material einzusetzen. Vielmehr muss es ihm im Rahmen einer Multimediaproduktion freistehen, aus der Fülle etwa von Fotos oder Musiktiteln das geeignete Objekt auszuwählen und die Rechte an anderen Objekten zunächst einmal nicht zu gebrauchen. Auch für die Sperrlizenzen bedarf es dieser Regelung. Lässt sich der Lizenznehmer etwa die Online-Rechte zur Verhinderung einer eventuellen Nutzung durch den Lizenzgeber übertragen, so muss er vermeiden, dass er auf die Verwertung der Online-Rechte verklagt werden kann.


Wer eine Regelung zum Rückrufsrecht in seinen Vertrag aufnimmt, weckt damit aber auch „schlafende Geister“. Viele Rechteinhaber wissen von dem Rückrufsrecht nicht; sie würden erst durch den Vertrag auf die Existenz eines solchen Rechtes hingewiesen. Daher ist in der Praxis eine Güterabwägung zwischen den Risiken der Aufklärung des Rechteinhabers und der Bedeutung der Fristverlängerung üblich.

f) Honorare

Literatur:

Cornish, The Author as Risk-Sharer, in: The Columbia Journal of Law & the Arts 26 (2002), No. 1, 1; Erdmann, Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, 923; Grzeszick, Der Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung: Zulässiger Schutz jenseits der Schutzpflicht,


---


\(^{832}\) BGH, Urt. v. 6.11.1953 – 1 ZR 97/52 - Schallplatte.


Zu beachten ist, dass dem Urheber in bestimmten Fällen ein \textit{Anspruch auf Nachvergütung} zusteht. Wichtig ist vor allem der sog. Bestsellerparagraph, wonach dem Urheber bei unerwartet hohen Erträgen und auffälligem Missverhältnis zum gezahlten Entgelt ein Nachforderungsrecht bis
zur Höhe einer angemessenen Vergütung zusteht (§ 32a UrhG).\textsuperscript{838} Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Höhe der erzielten Beträge tatsächlich voraussehbar war. Da in dem alten „Bestsellerparagraphe“ ein „grobes“ Missverhältnis erforderlich war, ist die Schwelle für eine zusätzliche Vergütung nun herabgesetzt. Laut Begründung liegt ein auffälliges Missverhältnis jedenfalls dann vor, wenn die vereinbarte Vergütung um 100 % von der angemessenen Beteiligung abweicht.\textsuperscript{839}


Umstritten ist das Verhältnis von AGB-Kontrolle zu der individuellen Vergütungskontrolle nach den §§ 32, 32a, 32c UrhG. Der BGH sieht hier ein Vorrangverhältnis der individuellen Vergütungskontrolle vor der, sich auf § 11 S. 2 UrhG stützenden, AGB-Kontrolle.\textsuperscript{842} Die Gegenansicht hält die individuelle Vergütungskontrolle nach den §§ 32 ff. UrhG neben der AGB-Kontrolle für gleichberechtigt anwendbar.\textsuperscript{843} Begründet wird diese Ansicht folgerichtig\textsuperscript{844} mit dem Willen des Gesetzgebers, einen „lückenlosen Schutz“ der angemessenen Beteiligung des Urhebers zu gewährleisten.

3. § 31a UrhG und die unbekannten Nutzungsarten

Literatur:

\begin{itemize}
\item Begründung des Rechtsausschusses zu § 32a, S. 46.
\item \textit{BGH}, Urt. v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 = ZUM 2012, 793 – Honorarbedingungen Freie Journalisten
\item v. Westphalen/Hoeren, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kreativverträge, Rz. 38.
\end{itemize}


a) Einführung
Möchte ein Provider bestehende Werke in seine Homepage integrieren, benötigt er je nach betreffendem Verwertungsgesetz die Zustimmung des Urhebers. Problematisch waren bis zur Novellierung mit Wirkung vom 1.1.2008 die Fälle, in denen der Urheber dem Hersteller bereits ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hatte und der Hersteller erst nachträglich eine Nutzung in einer anderen Nutzungsart vornahm. Fraglich war dann, ob der Hersteller unter Berufung auf das ausschließliche Nutzungsrecht nachträglich Werke einer Zweitverwertung zuführen konnte. Dies war problematisch, sofern es sich um eine neue, noch nicht bekannte Nutzungsart i.S.d. § 31 Abs. 4

**b) Unbekannte Nutzungsarten und der „Zweite Korb“**


---

846 Schulze, UFITA 2007, 641, 664.
847 Hucko, Medien und Recht Int. 2007, 141, 142.
solche Vergütung entfällt das nicht-dispositive Widerrufsrecht (§ 31a Abs. 2 UrhG). Das Widerrufsrecht entfällt außerdem mit dem Tod des Urhebers (§ 31a Abs. 2 Satz 3 UrhG). Ungeklärt ist noch, welcher Anwendungsbereich dann für § 31 Abs. 5 UrhG bleibt.

c) Übergangsregelung des § 137l UrhG


4. Die Rechtsstellung des angestellten Webdesigners

Literatur:


---


Folglich wird der Arbeitnehmer als Urheber qualifiziert; vertragliche Beschränkungen dieses Prinzips sind ungültig. Der Arbeitgeber erworbt kein Urheberrecht an einem digitalen Produkt, selbst wenn er seinen Arbeitnehmer zur Entwicklung solcher Produkte beschäftigt.

Allerdings kann sich der Arbeitgeber ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte an dem Produkt vertraglich ausbedingen; § 43 UrhG. Selbst wenn er dies im Arbeitsvertrag nicht tut, sollen ihm diejenigen Rechte zukommen, die nach dem Zweck des Arbeitsvertrages erforderlich sind (§ 31 Abs. 5 i.V.m. § 43 UrhG). Die Anwendung dieses sog. Zweckübertragungsprinzips bereitet allerdings Schwierigkeiten.

Inmitten der verschiedenen diskutierten Ansichten hat sich eine Art „Opinio Comunis“ in folgender Hinsicht entwickelt:

Wenn ein Arbeitnehmer hauptsächlich – aufgrund von allgemeinen Vorgaben im Arbeitsvertrag oder nach Einzelweisung – mit der Entwicklung eines Werkes betraut worden ist, hat der Arbeit-
geber einen Anspruch auf Übertragung einer ausschließlichen Lizenz, um die Leistungen kommerziell ausnutzen zu können.\textsuperscript{855} Ein Arbeitnehmer, der Werke zwar nicht hauptsächlich, aber \textit{nebenbei im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses} entwickelt, muss dem Arbeitgeber ein einfaches Nutzungsrecht gewähren, damit dieser die Werke in seinem Geschäftsbetrieb einsetzen kann.\textsuperscript{856} Zweifelhaft bleibt jedoch, ob dem Arbeitgeber in dieser Konstellation auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zukommt soll.\textsuperscript{857} Im Übrigen kann unter normalen Umständen nicht davon ausgegangen werden, dass ein Landesbediensteter, der in Erfüllung seiner Dienstpflichten ein urheberrechtlich geschütztes Werk geschaffen und seinem Dienstherrn hieran ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, damit seine stillschweigende Zustimmung gegeben hat, dass der Dienstherr anderen Bundesländern zur Erfüllung der ihnen obliegenden oder übertragenen Aufgaben Unterlizenzen gewährt oder das Nutzungsrecht auf sie weiterüberträgt.\textsuperscript{858}

Ein Arbeitnehmer darf Werke frei nutzen und verwerten, die er \textit{außerhalb der Arbeitszeit} entwickelt hat. Es wurde bislang aber diskutiert, ob nicht bestimmte Vorschriften des Patentrechts in einem solchen Fall analog angewandt werden können.\textsuperscript{859} Streitig ist insbesondere, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen über sein Werk informieren und ihm die Rechte daran zu angemessenen Bedingungen anbieten muss (§ 19 des Arbeitnehmererfindungsge- setzes\textsuperscript{860} analog).\textsuperscript{861}

Der Arbeitgeber hat keine Rechte an Werken, die \textit{vor Beginn des Arbeitsverhältnisses} oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entwickelt worden sind.\textsuperscript{862} Ein Urheber darf jedoch auch nicht die Entwicklung eines Werkes stoppen, um sein Beschäftigungsverhältnis zu lösen und dann das Werk später für sich selbst auszunutzen; tut er dies, hat der Arbeitgeber das Recht auf eine ausschließliche Lizenz, obwohl das Werk unabhängig vom Beschäftigungsverhältnis zu Ende entwickelt worden ist.\textsuperscript{863} Der Arbeitnehmer hat – anders als im Patentrecht – \textit{keinen Anspruch auf Ent-}

\textsuperscript{856} BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, MDR 1986, 121 = CR 1985, 22.
\textsuperscript{857} Koch, CR 1985, 89.
\textsuperscript{859} Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Münster 1985, 99; Henkel, BB 1987, 836.
\textsuperscript{861} Vgl. Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Münster 1985, 98; Däubler, AuR 1985, 169; Kolle, GRUR 1985, 1016.
gelt für die Nutzung und Verwertung seiner Werke durch den Arbeitgeber, da er bereits durch seinen Lohn für die Entwicklung des Programms bezahlt worden ist.\textsuperscript{864} Es wird allerdings zum Teil in Literatur und Rechtsprechung überlegt, dem Arbeitnehmer eine Sonderbelohnung zu gewähren, wenn dessen Lohn außerordentlich disproportional zum ökonomischen Erfolg seiner Software war („Sonderleistungstheorie“).\textsuperscript{865}


In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird seitdem darum gestritten, ob damit die Anwendung des § 32 UrhG zugunsten von Urhebern in Arbeits- und Dienstverhältnissen generell ausscheidet.\textsuperscript{866} Denn trotz Entnahme der eindeutigen Regelung aus dem Entwurf verweist § 43 UrhG, die maßgebliche Vorschrift für Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen, auf die Vorschriften des Unterabschnitts „Nutzungsrecht“ (§§ 31–44 UrhG) und damit auch auf § 32 UrhG. Im Übrigen führt die Begründung des Rechtsausschusses aus, dass die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze für Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen unberührt bleiben.\textsuperscript{867} Nach diesen Grundsätzen wurden zusätzliche Vergütungen urheberrechtlicher Leistungen stets abgelehnt. Ferner weist die Begründung darauf hin, dass die im ursprünglichen Vorschlag vorgesehene Regelung des Abs. 3 sich nun in § 32 Abs. 4 UrhG wiederfinde.\textsuperscript{868} Dieser Absatz bestimmt, dass der Urheber dann keinen Anspruch auf angemessene Erhöhung seiner vertraglichen Vergütung hat, wenn die Vergütung für die Nutzung von Werken bereits tarifvertraglich bestimmt ist. Der Hinweis auf das Tarifvertragsrecht scheint auf den ersten Blick eine Geltung des § 32 UrhG für Arbeits- und Dienstverhältnisse nahe zu legen. Dieser Schluss ist allerdings nicht zwangläufig, da das Tarifvertragsrecht unter bestimmten Voraussetzungen (§ 12a TVG) auch für Freischaffende gilt. § 32 Abs. 4 UrhG könnte daher in seiner Anwendung auf diese Personengruppe beschränkt sein. Dies würde


\textsuperscript{867} Begründung zu § 43, S. 51.

\textsuperscript{868} Begründung zu § 43, S. 51.

Wird die Ansicht zugrunde gelegt, nach der § 32 UrhG auch innerhalb von Arbeits- und Dienstverhältnissen anzuwenden ist, hat dies folgende Konsequenzen: Da die §§ 43 ff. UrhG klargestellt haben, dass die Vorschriften der §§ 31 ff. UrhG nur zur Anwendung kommen, soweit sich aus dem Arbeits- und Dienstverhältnis nichts anderes ergibt, kommt eine zusätzliche Vergütung urheberrechtlicher Leistungen nur in Ausnahmefällen in Betracht. Denn die Erstellung urheberrechtlicher Leistungen gehört häufig zu den Dienstpflichten des Personals und ist daher, soweit die Nutzung der Werke sich im Rahmen dessen hält, was nach der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses zu erwarten war, bereits durch das Gehalt abgegolten. Nur wenn der erbrachten urheberrechtlichen Leistung im Wirtschaftsverkehr ein besonders hoher, weit über den Gehaltsanspruch hinausgehender Wert zukommt, könnte im Einzelfall anderes gelten. Erfolgt eine Nutzung des Werkes außerhalb dessen, was nach der Ausgestaltung des Arbeits- oder Dienstverhältnisses geschuldet und zu erwarten war, könnte der Bedienstete die Aufnahme einer Klausel in seinen Arbeits-/Dienstvertrag verlangen, die ihm eine angemessene Vergütung für die Verwertung seiner urheberrechtlichen Leistung gewährt.

§ 32a UrhG (sog. Bestseller-Paragraph) findet auch auf Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen Anwendung. Dies folgt schon aus § 32a Abs. 4 UrhG.


---

871 Wandtke/Bullinger/Wandtke, UrhG, 3.Aufl. 2009, § 43, Rz. 145 m.w.N.
872 Schricker, FS Hubmann, 1985, S. 409; Seezen, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, München 1969, 49.


Der Begriff „**wirtschaftliche Rechte**“ beinhaltet nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte. Diese idellen Rechte wollen weder die EG-Richtlinie noch der Gesetzesentwurf regeln; es bleibt insofern

---

877 BT-Drs. 12/4022, 10.
880 BT-Drs. 12/4022, 10.
beim alten Recht. Deshalb darf der Urheber eines Programms selbst in Beschäftigungsverhältnissen folgende Rechte wahrnehmen:

- das Recht darüber zu entscheiden, ob und wo das Werk veröffentlicht oder verbreitet wird,
- das Recht, als Autor genannt zu werden, und besonders
- das Recht, Änderungen des Werkes als entstellend abzulehnen.

Diese Rechte sind unveräußerlich und können auch nicht im Rahmen von Arbeitsverträgen übertragen werden. Zu der Frage, ob ein Verzicht hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte möglich ist, steht eine gefestigte Rechtsprechung noch aus.\textsuperscript{881} Nach Ansicht des OLG Hamburg ist ein Verzicht auf Urheberpersönlichkeitsrechte aber ausschließlich im Einzelfall möglich; eine vorherige Verzichtserklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausnahmslos unwirksam.\textsuperscript{882}

5. **Nutzungsrechtsverträge in der Insolvenz**

Literatur:


Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Frage der **Verwertbarkeit von urheberrechtlich geschützten Inhalten in der Insolvenz.** Nutzungsrechte an Werken können nicht ohne Zustimmung der beteiligten Urheber an einen Kreditgeber zur Kreditsicherung übertragen werden. Hier gilt das (dispositive) Zustimmungserfordernis der §§ 34 Abs. 1, 35 Abs. 1 UrhG. Ausnahmen gelten für den Filmbereich (siehe die Sonderregelung des § 90 Satz 1 UrhG). Das Zustimmungserfordernis des Urhebers entfällt auch dann, wenn das gesamte Unternehmen Gegenstand einer Rechtsübertragung ist, d.h. sämtliche dazugehörende Rechte und Einzelgegenstände übertragen werden (§ 34 Abs. 3 UrhG).\textsuperscript{883}

\textsuperscript{881} Vgl. hierzu Hertin, in: Fromm/Nordemann, Rz. 3 m.w.N.
\textsuperscript{882} OLG Hamburg, Urt. v. 1.6.2011 – 5 U 113/09, GRUR-RR 2011, 293 = ZUM 2011, 846.
\textsuperscript{883} Vgl. auch RG, Urt. v. 17.1.1908 – VII 197/07, RGZ 68, 49; RG, Urt. v. 2.4.1919 – I 221/18, RGZ 95, 235; OLG Köln, Urt. v. 3.3.1950 – 4 U 317/49, GRUR 1950, 579.
In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was im Falle der Insolvenz eines Lizenznehmers mit dem ihm vom Urheber eingeräumten ausschließlichen Nutzungsrecht geschieht und inwiefern sich die Insolvenz auf einfache Nutzungsrechte, die der Lizenznehmer seinen Kunden (Sublizenznehmern) eingeräumt hat, auswirkt. Hat der Urheber dem insolventen Lizenznehmer ein ausschließliches Nutzungsrecht an einem Werk gemäß § 31 Abs. 3 UrhG eingeräumt, so steht ihm gemäß § 41 UrhG das Recht zu, dieses Nutzungsrecht wegen Nichtausübung oder nicht unerheblicher unzureichender Ausübung zurückzurufen. Derartige Umstände liegen im Falle der Insolvenz des Lizenzgebers vor. Im Verhältnis zwischen Urheber und Lizenznehmer erlischt nun nach dem Rückruf von Seiten des Urhebers das ausschließliche Nutzungsrecht und fällt an den Urheber zurück. Zu klären gilt es allerdings, was mit den einfachen Nutzungsrechten geschieht, die der Lizenznehmer in seiner Funktion als Lizenzgeber seinen Kunden (Sublizenznehmern) eingeräumt hat. In der Rechtsprechung wird bezüglich des Rückrufs einer Lizenz vertreten, dass der Lizenzgeber im Falle der Insolvenz des Lizenznehmers nicht berechtigt sein soll, einfache Nutzungsrechte gegenüber Kunden des Lizenznehmers gemäß § 41 UrhG zurückzurufen. Dies lasse sich zunächst dem Umstand entnehmen, dass § 41 UrhG nur den Rückruf des ausschließlichen Nutzungsrechts regelt und damit nur das Vertragsverhältnis Lizenzgeber – Lizenznehmer betreffe, nicht aber ein Verhältnis zu Dritten. Demnach wirke sich das Erlöschen des Verpflichtungsgeschäfts zwischen Urheber und dem Lizenznehmer nicht auf die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Lizenznehmer und seinen Kunden aus. Des Weiteren stützt sich diese Ansicht vor allem auf die Schutzwürdigkeit des Sublizenznehmers. Der BGH884 entschied, dass der Sublizenznehmer die Ursachen für die außerordentliche Auflösung des zwischen dem Urheber und dem Lizenznehmer geschlossenen Vertrags und die vorzeitige Beendigung des früheren Nutzungsrechts regelmäßig weder beeinflussen noch vorhersagen kann. Es sei demnach unbillig, wenn er aufgrund derartiger Umstände sein Nutzungsrecht verliere und unter Umständen wirtschaftliche Nachteile erleide. Zudem haben sowohl das einfache Nutzungsrecht als auch das ausschließliche Nutzungsrecht dinglichen Charakter, was sie in ihrem Fortbestand unabhängig mache. Ein einfaches Nutzungsrecht versperre dem Urheber nicht eine anderweitige Nutzung und stehe daher einer Verwertung und einem Bekanntwerden des entsprechenden Werkes nicht entgegen. Diese Auffassung hat der BGH in zwei weiteren Urteilen bestätigt.885

Urheberrechtsverträge sind regelmäßig **nicht insolvenzfest**. Der *BGH* spricht in diesem Fall von „Lizenzverträgen“ und ordnet sie dem Wahlrecht nach § 103 InsO zu. Lehnt der Insolvenzverwalter in Ausübung dieses Wahlrechts die Erfüllung des Vertrages ab, gestaltet sich das Vertragsverhältnis um und dem Vertragspartner steht nur noch ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung als einfache Insolvenzforderung zu. Er wird damit auf eine in der Regel sehr geringe Quote verwiesen. Ist ein Softwareerstellungsvertrag daher noch nicht beiderseitig erfüllt, kann insbesondere der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ablehnen.\(^{886}\) Das Bundeskabinett hatte daraufhin Ende August 2007 einen **Gesetzentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung** beschlossen; dieser ist allerdings bis heute nicht umgesetzt worden.\(^{887}\) Der Lizenzvertrag soll danach nicht dem Wahlrecht des Verwalters unterliegen; er behält im Insolvenzverfahren seine Gültigkeit. Die Masse hat nur die Nebenpflichten zu erfüllen, die für eine Nutzung des geschützten Rechts unumgänglich sind. Bei einem krassen Missverhältnis zwischen der vereinbarten und einer marktgerechten Vergütung soll der Verwalter eine Anpassung verlangen können. In diesem Fall soll der Lizenznehmer ein Recht zur außerordentlichen Kündigung haben. Mit dieser differenzierten Lösung würde dem zentralen Interesse des Lizenznehmers Rechnung getragen, auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein ungestörtes Fortlaufen des Lizenzvertrages zu erreichen, ohne dadurch das Interesse der Insolvenzgläubiger an einer möglichst hohen Quote zu vernachlässigen.


---


Diese Regeln gelten auch für einige Leistungsschutzberechtigte, insbesondere Lichtbildner (§ 118 i.V.m. § 72 UrhG), nicht jedoch für ausübende Künstler sowie Film- und Tonträgerhersteller.


X. Code as Code – Zum Schutz von und gegen Kopierschutzmechanismen

Literatur:


- Dongles, ein Stecker, der zum Schutz vor unberechtigter Softwarenutzung auf den parallelen Port des Rechners gesteckt wird und dadurch erst die Nutzung des Computerprogramms ermöglicht
- RPS, das Rights Protection System der IFPI, einem System zur Sperrung des Zugriffs auf urheberrechtsverletzende Webseiten
- Regional Encoding Enhancements, eine territorial-bezogene Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten einer CD
- CSS, Content Scramble System ein Verfahren zur Verschlüsselung von DVD-Videoinhalten,
- SCMS, das Serial Copy Management System, das die Verwendung kopierter CDs verhindert.
Zu diesem Bereich der technischen Selbsthilfe hat die EU eine Reihe von Regelungen erlassen. Zu bedenken sind zunächst die Bestimmungen in der **Software schutzrichtlinie über den Schutz gegen Umgehungstools** (Art. 7 Abs. 1 Buchst. c)\(^{890}\) Hinzu kommt die **Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Daten und von Zugangskontrolldiensten**\(^{891}\). Diese regelt nicht nur den Bereich des Pay-TVs, sondern aller Zugangskontrolldienste (Art. 2 Buchst. a). Nach Art. 4 dieser Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten sog. „illicit devices“ verbieten. Solche „devices“ sind in Art. 2 lit. e) definiert als „any equipment or software designed or adapted to give access to a protected service in an intelligible form without the authorisation of the service provider“. Die Richtlinie ist durch das am 23. März 2002 in Kraft getretene „Gesetz zum Schutz von zugangskontrollierten Diensten und Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutzgesetz – ZKDSG)“ ins deutsche Recht umgesetzt worden. Verboten ist hiernach die gewerbsmäßige Verbreitung von „Vorrichtungen“, die dazu bestimmt sind, den geschützten Zugang von Fernseh- und Radiosendungen sowie von Telemediendiensten zu überwinden.

Hinzu kommt die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, die sog. **InfoSoc-Richt linie**\(^{893}\). Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen durch eine Person, der bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass sie dieses Ziel verfolgt (Art. 6 Abs. 1).

Allerdings ist ein solcher Schutz dort problematisch, wo die technischen Schutzsysteme gesetzliche Vorgaben unterminieren. Das ist zum Beispiel bei SCMS der Fall, sofern das gesetzlich erlaubte Erstellen privater Kopien (siehe nur § 69d Abs.2 UrhG) technisch unmöglich gemacht wird. Ähnliches gilt für die Regional Encoding Mechanismen, die mit dem Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG) und dem Prinzip der Warenverkehrsliberalisierung kollidieren. Nach Art. 6 Abs. 4 Satz 1 der InfoSoc-Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten auch Schutzmaßnahmen gegen technische Sperren, sofern diese den gesetzlichen Schranken widersprechen. Für das Verhältnis zur Privatkopierfreihet sieht Art. 6 Abs. 4 Satz 2 allerdings nur noch vor, dass ein Mitgliedstaat hier tätig werden „kann“ („may“). Es ist daher möglich, dass technische Sperren das Erstellen privater Kopien verhindern und die

---

\(^{890}\) Siehe dazu vor allem Raubenheimer, CR 1994, 129; Raubenheimer, MittelPatA 1994, 309.


EU-Staaten hier nicht zum Schutz des Endnutzers vorgehen (vgl. dazu die Ausführungen zu §§ 53, 95b UrhG unter VI. 8.). Im Übrigen können die Rechteinhaber solche Sperren auch setzen, wenn sie selbst die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch ermöglichen (Art. 6 Abs. 4 Satz 2 a.E.).

Das ist etwa dann der Fall, wenn ein weit verbreitetes Programm die Umgehung problemlos ermöglicht.

§ 95a Abs. 3 UrhG verbietet u.a. die Herstellung, die Einfuhr, die Verbreitung, den Verkauf, die Vermietung, die Werbung im Hinblick auf Verkauf oder Vermietung und den gewerblichen Zwecken dienenden Besitz von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser sehr verbotsfreudigen Regelung ist umstritten. In Bezug auf § 95a Abs. 3 UrhG hat das BVerfG jedoch keine Bedenken gesehen. Zu den geschützten Kopierschutzmaßnahmen zählen auch Regional Encoding Systems, wie auf DVDs gebräuchlich. Auch bei Nintendo DS-Karten handelt es sich um technische Schutzmaßnahmen nach § 95a UrhG.

Der Beteiligungstatbestand des § 95a Abs. 3 UrhG wird in der Rechtsprechung weit ausgelegt. Er umfasst auch das bloße Einstellen eines Verkaufsangebots bei eBay für eine Software, die technische Kopierschutz-Mechanismen umgehen kann, als tatbestandliche „Werbung“. Die Haftung

896. Dreier/Schulze/Dreier, Urhg, 4. Aufl. 2013, § 95a, Rz. 15.
897. OLG Hamburg, Urt. v. 20.2.2008 – 5 U 68/07, CR 2010, 125 – Session-ID.
wird durch die Münchener Justiz\textsuperscript{903} in zweifelhafter Art und Weise über den Wortlaut des § 95a Abs. 3 UrhG hinaus ausgedehnt. Hierzu bedient man sich der Konstruktion der allgemeinen Mitstörrerhaftung. Eine solche soll schon eingreifen, wenn jemand einen Link auf Umgehungsssoftware setzt. Allerdings kann der Presse eine Berichterstattung über Umgehungssoftware nicht verwehrt werden. Auch Links auf solche Angebote sind durch die Pressefreiheit geschützt: Sind in einem im Internet veröffentlichten, seinem übrigen Inhalt nach dem Schutz der Presse- und Meinungsfreiheit unterfallenden Beitrag elektronische Verweise (Links) auf fremde Internetseiten in der Weise eingebettet, dass sie einzelne Angaben des Beitrags belegen oder diese durch zusätzliche Informationen ergänzen sollen, so werden auch diese Verweise von der Presse- und Meinungsfreiheit umfasst.\textsuperscript{904}


Im Übrigen greift § 95a UrhG nicht ein, wenn ein Nutzer bei bestehendem digitalen Kopierschutz eine analoge Kopie zieht.\textsuperscript{906} Denn der digitale Kopierschutz ist in einem solchen Fall nicht gegen die Redigitalisierung einer analogen Kopie wirksam. Allerdings besteht dann die Möglichkeit, gegen den Softwarehersteller aus §§ 3, 4 Nr. 10 UWG vorzugehen.

§ 95a UrhG kommt im Übrigen zum Tragen, wenn jemand Brenner-Software im Rahmen einer Online-Auktion anbietet.\textsuperscript{907} Manipulierbare Schnittstellen an Receivern unterfallen nicht


\textsuperscript{905} BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 39/08, MDR 2011, 378 = CR 2011, 41–Session-ID.


§ 95a UrhG.908 Im Übrigen stellen verbotene Angebote auch für Private eine unzulässige „Werbung“ i.S.v. § 95a UrhG dar. Bei der Bestimmung des § 95a Abs. 3 UrhG handelt es sich um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB zugunsten der Inhaber von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten, die wirksame technische Maßnahmen zum Schutz ihrer urheberrechtlich geschützten Werke und Leistungen einsetzen. Der Begriff der Werbung im Hinblick auf den Verkauf i.S.d. § 95a Abs. 3 UrhG umfasst jegliche Äußerung mit dem Ziel, den Absatz der in dieser Regelung näher bezeichneten Umgehungsmittel zu fördern.909 Er ist nicht auf ein Handeln zu gewerblichen Zwecken beschränkt und erfasst auch das private und einmalige Verkaufsangebot. Ein Verstoß gegen § 95a Abs. 3 UrhG setzt kein Verschulden des Verletzers voraus.910

Die Beschränkung der Zulässigkeit digitaler Privatkopien durch das Verbot der Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen (vgl. § 95a UrhG) verletzt nach Aufassung des OLG München911 nicht das Eigentumsgrundrecht des Besitzers einer Kopiervorlage; es ist vielmehr nur eine wirksame Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Den Verbrauchern ist aus der Befugnis zur Privatkopie, die 1965 aus der Not der geistigen Eigentümer geboren wurde, kein Recht erwachsen, das sich heute gegen das seinerseits durch Art. 14 GG geschützte geistige Eigentum ins Feld führen ließe. Aus der bloßen Existenz von Umgehungsmassenfolgt nicht zwingend die Unwirksamkeit der betroffenen technischen Schutzmaßnahmen i.S.d. § 95a Abs. 1 UrhG. Die Wirksamkeit solcher Schutzmaßnahmen hängt vielmehr davon ab, ob der durchschnittliche Benutzer durch die Maßnahmen von Urheberrechtsverletzungen abgehalten werden kann.912

XI. Folgen bei Rechtsverletzung


1. Strafrechtliche Sanktionen

Hinsichtlich der Folgen von Rechtsverletzungen sind zunächst die **strafrechtlichen Sanktionen** zu beachten. Nach § 106 Abs. 1 UrhG droht demjenigen eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe, der ohne eine gesetzliche Lizenz und ohne Einwilligung des Rechteinhabers ein Werk vervielfältigt (§ 16 UrhG), verbreitet (§ 17 UrhG) oder öffentlich wiedergibt (§ 15 Abs. 2 UrhG).\(^{914}\) Das Kopieren von Software ohne Einwilligung des Rechteinhabers ist demnach verboten, sofern nicht die gesetzlichen Ausnahmen wie z.B. § 69c Nr. 3 UrhG (veräußerte körperliche Ver- 
vvielfältigungsstücke), § 69d Abs. 2 UrhG (Sicherungskopien) oder §§ 69d Abs. 3, 69e UrhG (Re-
verse Engineering und Dekompilierung) eingreifen. Auch wenn die Erstellung solcher Raubkopien 
immer noch gesellschaftlich als Kavaliersdelikt angesehen wird, ist dieses Verhalten nicht vom Ge-
setzgeber durch Schaffung einer gesetzlichen Schranke legitimiert worden. Dagegen fällt die Onli-
ne-Datenübertragung nicht unter das Merkmal der Verbreitung, da Gegenstand der Verbreitung nur 
körperliche Werkstücke sein können.\(^{915}\) Unter die unerlaubte öffentliche Wiedergabe fällt allerdings 
das Bereithalten von Material zum Abruf über das Internet. Die Nutzung von Internet-Tauschbörsen 
zum Download von Musik fällt ebenfalls unter § 106 UrhG.\(^{916}\) Der bloße Besitz von Raubkopien ist 
je doch nicht strafbar.

§ 106 Abs. 2 UrhG erweitert die Strafbarkeit auf die Versuchsdelikte. Es reicht daher aus, dass der 
Täter bereits nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tat angesetzt hat (siehe § 22 StGB). Aller-
dings reicht es nicht aus, dass einschlägige Werkzeuge zum Herstellen von Kopien in der Wohnung 
des Beschuldigten gefunden werden. So ist der bloße Besitz eines CD-ROM-Brenners noch nicht 
geeignet, von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tat zu sprechen. § 106 UrhG ist ein Antragsdelikt 
gem. § 109 UrhG. Es ist also erforderlich, dass der betroffene Rechteinhaber eine Strafverfolgung 
wünscht und ausdrücklich fordert. Die Strafverfolgungsbehörden können gem. § 109 UrhG von sich 
aus erst dann tätig werden, wenn sie ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung 
annehmen. Dieses besondere Interesse dürfte im Bereich der Kleinstpiraterie (etwa der sog. Compu-
terkids) zu verneinen sein. Erst wenn die Piraterie von ihrer Größenordnung her das „normale“ Maß 
übersteigt, ist eine Amtsermittlung geboten.

\(^{914}\) Die Auslegung dieser Regelung ist Gegenstand einer Vorlage des BGH an den EuGH, Beschl. v. 8.12.2010 – 1 
StR 213/10, GRUR 2011, 227 = ZUM-RD 2011, 403.

\(^{915}\) Kroitzsch, in: Möhring/Nicolini, § 17 Rz. 9.


Der von der EU-Kommission vorgelegte Richtlinienentwurf (IPRED2) zur einheitlichen Regelung strafrechtlicher Sanktionen bei Verletzung von Immaterialgüterrechten ist aufgrund verfahrensrechtlicher Fragen gescheitert. Zuletzt stand das Anti-Piraterieabkommen ACTA, das u.a. von der...


EU, den USA und Japan ausgehandelt wurde, zur Diskussion. Im Juli 2012 stimmte – nach vorherigen Massenprotesten gegen das Abkommen – jedoch das EU-Parlament gegen das Abkommen.

2. Zivilrechtliche Ansprüche

Literatur:


a) § 97 Abs. 1 UrhG


**aa) Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung**


Da streng genommen alle Unterlassungsansprüche Unterfälle des **Beseitigungsanspruchs** sind, greift dieser nur, wenn eine fortdauernde Gefährdung nicht durch bloßes Unterlassen beseitigt werden kann. Dabei dient er dem Zweck, den Eintritt künftiger Verletzungsfolgen zu verhindern, nicht jedoch der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands.


**bb) Anspruch auf Schadensersatz**

Handelt der Schädiger **vorsätzlich oder fahrlässig** (§ 276 Abs. 2 BGB), besteht ein Anspruch auf Schadensersatz. Dieser wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schädiger darauf verweist, keine hinreichenden Rechtskenntnisse gehabt zu haben. Schon eine grobe Vorstellung davon, dass das Verhalten nicht der Rechtsordnung entspricht, reicht aus. Auch muss sich der Schädiger die not-wendigen Rechtskenntnisse verschaffen. Es gilt der Grundsatz: „Irrtum schützt vor Strafe nicht“. 

Jeder Fehler bei der Beurteilung der Rechtslage ist dem Schädiger im Rahmen des Fahrlässigkeitsvorwurfs zuzurechnen.\textsuperscript{924}

Zur Bestimmung des Inhalts des Schadensersatzanspruchs ist zunächst zwischen materiellem und immateriellem Schaden zu unterscheiden. Bei \textbf{materiellen Schäden} sind die §§ 249 ff. BGB heranzuziehen. Der Schädiger schuldet zunächst die Naturalrestitution, d.h. die Wiederherstellung des Zustandes, der ohne die Rechtsverletzung bestehen würde. Dies ist allerdings bei Urheberrechtsverletzungen selten möglich. Insofern ist nach § 251 BGB Geldersatz zu leisten. Hierbei stehen \textbf{drei verschiedene Berechnungsarten} zur Auswahl: Ersatz der erlittenen Vermögenseinbuße einschließlich des entgangenen Gewinns (§§ 249 ff. BGB), Zahlung einer angemessenen Lizenz (Lizenzanalogie) und die Herausgabe des vom Schädiger erlangten Gewinns.\textsuperscript{925} Der Verletzte kann zwischen diesen Berechnungsarten frei wählen und noch während des Prozesses und sogar nach Rechtskraft des Verletzungsprozesses wechseln.\textsuperscript{926}

Dabei gilt der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahr scheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 Satz 2 BGB). Dabei kann auch ein eigenes Vergütungssystem des Verletzten zugrunde gelegt werden, wenn dieses tatsächlich vorher zum Einsatz gekommen ist.\textsuperscript{927} Allerdings ist es gerade im Urheberrecht oft schwierig, den Nachweis eines solchen Gewinns zu erbringen. Einfacher ist für den Verletzen daher, eine angemessene Lizenzgebühr für die Benutzung des ihm zustehenden Rechts zu fordern. Dann ist dem Verletzten der Betrag zu ersetzen, den er als Gegenleistung für die Erteilung seiner Zustimmung erhalten hätte. Als angemessen gilt die Lizenzgebühr, die verständige Vertragspartner üblicherweise vereinbart hätten. Darüber hinaus sieht § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG ausdrücklich vor, dass anstelle des Schadensersatzes die Herausgabe des erlangten Gewinns verlangt werden kann.\textsuperscript{928} Herauszugeben ist der Reingewinn, den der Schädiger gezogen hat und zwar unabhängig davon, ob ihn der Verletzte hätte erzielen können. Dabei wird der Schaden regelmäßig nach § 287 ZPO vom Gericht geschätzt.\textsuperscript{929} Der Schaden kann bei Prominenten auch den Bekanntheitsgrad und Sympathiewert berücksichtigen.\textsuperscript{930}

\textsuperscript{924} BGH, Urt. v. 20.5.2009 – I ZR 239/06, CR 2009, 642 = GRUR 2009, 864 – CAD-Software.
\textsuperscript{927} BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 42/06.
\textsuperscript{929} OLG Frankfurt, Urt. v. 4.5.2004 – 11 U 6/02 und 11 U 11/03, ZUM 2004, 924.
\textsuperscript{930} BVerfG, Urt. v. 5.3.2009 – 1 BvR 127/09, GRUR-RR 2009, 375 = ZUM 2009, 479.
zugsfähig galten nach älterer Rechtsprechung alle Selbstkosten des Verletzers, einschließlich der Materialkosten, Vertriebsgemeinkosten und Fertigungslöhne.\textsuperscript{931} Aktuell sind Gemeinkosten nur noch abzugsfähig, wenn sie den schutzrechtsverletzenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können.\textsuperscript{932} Bei der Bemessung des Schadensersatzanspruchs nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie sind Ersatzzahlungen, die der Verletzer seinen Vertragspartnern wegen deren Inanspruchnahme durch den Verletzten erbringt, nicht abzuziehen.\textsuperscript{933}

Etwas anderes gilt im Falle der \textit{Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten}. Nach § 97 Abs. 2 UrhG können u.a. Urheber, Lichtbildner und ausübende Künstler auch wegen immaterieller Schäden eine Entschädigung in Geld nach Maßgabe der Billigkeit verlangen. Dadurch ist z.B. gewährleistet, dass Fotografen bei Verletzung ihres Namensnennungsrechts einen Aufschlag auf die geltend gemachten wirtschaftlichen Schäden erheben dürfen. Auch soll eine Anwendung der Vorschrift gerechtfertigt sein, wenn jemand fremde Webseiten ohne Namensnennung zu kommerziellen Zwecken kopiert.\textsuperscript{934}

Besonderheiten bestehen hinsichtlich der Gewährung eines zusätzlichen Kostenaufschlags. Die Rechtsprechung hat im Rahmen der Berechnung des konkreten Schadens der GEMA gestattet, durch einen Aufschlag von bis zu 100\% ihre zusätzlichen Kosten für die Kontrolle von Rechtsverletzungen geltend zu machen. Auch die fehlende Urheberbenennung rechtfertigt bei der unrechtmäßigen Verwendung von Fotos einen Zuschlag.\textsuperscript{935} Eine Gewährung dieses pauschalen Zuschlags für andere Branchen ist nicht geboten, zumal es sich hier um eine kaum zu rechtfertigende, verdeckte Form des Strafschadensersatzes handelt. Ein Strafschadensersatz, etwa in Form eines doppelten Schadensersatzes, war einmal bei der Diskussion rund um die Enforcement-Richtlinie angedacht, wurde aber als systemfremd abgelehnt.

Bei \textit{privater Nutzung von Fotos im Internet für kurze Zeit} sind die Erstattungskosten allerdings deutlich geringer. So verurteilte das \textit{OLG Brandenburg}\textsuperscript{936} einen Privaten zur Zahlung von 40 Euro Schadensersatz und 100 Euro Abmahnkosten. Der Kläger könne hier nur 40 Euro Lizenzgebühren

\begin{footnotes}
\item[935] \textit{OLG Düsseldorf}, Urt. v. 9.5.2006 – 20 U 138/05, GRUR-RR 2006, 393.
\end{footnotes}
verlangen, weil das Foto nur wenige Tage im Internet verwendet worden sei. Zu bezahlen habe der Beklagte auch die Abmahnkosten. Da der Beklagte erstmals das Urheberrecht verletzt, das Foto lediglich für einen Privatverkauf verwendet habe und daher die Rechtsverletzung des Klägers nicht erheblich gewesen sei, sei der Kostenerstattungsanspruch auf 100 Euro zu begrenzen. Seit dem 09.10.2013 sind die Abmahnkosten im Urheberrecht stark reduziert. Der Streitwert wird durch § 95a Abs. 3 UrhG auf 1.000 € beschränkt, so dass nur noch 155,29 € an Anwaltskosten entstehen können. Das gilt jedoch nur, wenn der Anspruchsgegner eine natürliche Person ist und das Werk nicht für ihre gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit verwendet wird (Abs. 3 Nr.1) und der Abgemahnte nicht bereits wegen eines Anspruchs des Abmahndenden durch Vertrag, auf Grund einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung verpflichtet ist (Abs. 3 Nr.2). Eine Ausnahme sieht § 97a Abs. 3 UrhG a.E. für den Fall vor, dass die Einschränkung „nach den besonderen Umständen des Einzelfalls unbillig“ ist. Man darf gespannt sein, wie dies in der Praxis ausgelegt wird. Teilweise wird der reduzierte Streitwert auch in Altfällen angewandt.937 Ebenso wird der sog. fliegende Gerichtsstand abgeschafft. Der Verbraucher muss fortan an seinem Wohnsitz verklagt werden.

b) Sonstige Geldansprüche


c) Auskunft und Rechnungslegung

Literatur:

Bäcker, Starkes Recht und schwache Durchsetzung, ZUM 2008, 391; Beck/Kreißig, Tauschbörsen-Nutzer im Fadenkreuz der Strafverfolgungsbehörden, NSiZ 2007, 304; Nordeumann/Dustmann, To Peer Or Not To Peer. Urheberrechtliche- und datenschutzrechtliche Fragen


Gem. § 97 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 242 BGB analog hat der Verletzte außerdem einen Auskunftsanspruch auf Darlegung des erzielten Gewinns und den nutzungsrechtlich orientierten Auskunftsanspruch aus § 101 Abs. 1 UrhG, der die Verfolgung des eigentlichen Anspruchs erleichtern soll.938 Dies setzt allerdings voraus, dass der Verletzte selbst nur auf unzumutbare Weise an die notwendigen Informationen gelangen kann. Der Verletzer muss in Erfüllung der Auskunftspflicht alle zufälligen Recherchemöglichkeiten bzgl. seiner Erwerbsquelle oder des Umfangs der Verletzung ausschöpfen.939 Insofern muss er in Geschäftsunterlagen Einsicht nehmen und bei Mitarbeitern, Kunden oder Lieferanten nachfragen.940 Auch sind Geschäftsunterlagen und sonstige Belege herauszugeben.941 Im Verfügungsverfahren ist ein Auskunftsanspruch nur zu bejahen, wenn die Rechtsverletzung offensichtlich ist.942 Der Rechnungslegungsanspruch ergibt sich aus § 259 BGB,943 er kann allerdings nur gegenüber Gewerblichen geltend gemacht werden. Zu den Verletzten zählt auch ein Host-Provider nach Maßgabe des Telemediengesetzes.944

§ 101 UrhG erweitert den Kreis der zur Auskunft Verpflichteten und sieht u.a. einen Auskunftsanspruch gegen Dritte vor, die für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbracht haben. Auch andere Personen, die nicht selbst Verletzer sind, werden mit der neuen Regelung Auskunftsverpflichtungen ausgesetzt sein. Gem. § 101 Abs. 2 UrhG besteht im Falle einer offensichtlichen Rechtsverletzung oder der Klageerhebung ein Auskunftsanspruch gegen Personen, die in ge-

werblichem Ausmaß rechtsverletzende Vervielfältigungsstücke in ihrem Besitz hatten (Nr. 1), rechtsverletzende Dienstleistungen in Anspruch nahmen (Nr. 2) oder für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbracht haben (Nr. 3). Besondere Bedenken ruft § 101 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UrhG hervor. Danach besteht ein Auskunftsanspruch auch gegenüber Personen, die nach Angaben der in § 101 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1–3 UrhG aufgeführten Dritten an der Herstellung, Erzeugung oder am Vertrieb der urheberrechtlich geschützten Güter beteiligt waren. Hier führt die Denunziation eines Dritten ohne Überprüfung der Richtigkeit zur Auskunfts- pflicht.\(^\text{945}\) So kann z.B. ein Sharehoster auf Auskunft über Name, Anschrift und Emailadresse eines Uploaders in Anspruch genommen werden.\(^\text{946}\)

In § 101 Abs. 2 und 9 UrhG ist ein Auskunftsanspruch gegen Access Provider geregelt.\(^\text{947}\) Er setzt nach dem Wortlaut der Vorschrift voraus, dass sowohl der auskunftsflichtige Access Provider als auch der Rechtsverletzer in gewerblichem Ausmaß handeln.\(^\text{948}\) Der BGH hat sich über das Erfordernis der Gewerblichkeit aber hinweggesetzt.\(^\text{949}\) Der Senat verzichtet schlichtweg – an Sinn und Zweck der Regelung vorbei – auf das Merkmal.\(^\text{950}\) Ein Auskunftsanspruch setze demnach “nicht voraus, dass die rechtsverletzenden Tätigkeiten das Urheberrecht oder ein anderes nach dem Urheberrechtsgesetz geschütztes Recht in gewerblichem Ausmaß verletzt haben.” Nach Auffassung des BGH bezieht sich die neuerliche Erwähnung des “gewerblichen Ausmaßes” in § 101 Abs. 2 nicht auf die Rechtsverletzung, sondern auf die Dienstleistung, in der Regel also den Internet-Provider. Deshalb bestehe der Auskunftsanspruch ganz allgemein für jegliche “offensichtliche Rechtsverletzung”. So einfach ist das (scheinbar).

Die Regelung des § 101 UrhG gilt als verfassungs- sowie europarechtlich unbedenklich.\(^\text{951}\) Die Auskunftspflicht kann auch im Wege einstweiliger Anordnungen durchgesetzt werden, sofern das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 101 Abs. 9 UrhG glaubhaft gemacht wird. Die Durchset-

\(^{945}\) Haedicke, FS Schricker, S. 29; Knaak, GRUR Int. 2004, 749.


\(^{950}\) BGH, Beschl. v. 25.10.2012 – I ZB 13/12, MMR 2013, 110. Ähnlich auch BGH, Beschl. v.16.5.2013 – I ZB 25/12, MMR 2013, 800 = NJW 2013, 3039.

zung eines Vorlage- und Besichtigungsanspruchs nach § 101a UrhG im Wege der einstweiligen Verfügung bedarf der besonderen Dringlichkeit.\footnote{zug eines Vorlage- und Besichtigungsanspruchs nach § 101a UrhG im Wege der einstweiligen Verfügung bedarf der besonderen Dringlichkeit.}

§ 101 UrhG erlaubt allerdings keine „Rasterfahndung“, um feststellen zu können, wer aus der Menge der Anschlussinhaber Urheberrechte in gewerblichem Ausmaß verletzt haben könnte.\footnote{§ 101 UrhG erlaubt allerdings keine „Rasterfahndung“, um feststellen zu können, wer aus der Menge der Anschlussinhaber Urheberrechte in gewerblichem Ausmaß verletzt haben könnte.}

Die Anordnung gemäß § 101 Abs. 9 UrhG schafft die datenschutzrechtliche Gestattung dafür, dass der zur Auskunft Verpflichtete (hier: Provider) berechtigt ist, die begehrten Daten nicht zu löschen; sie stellt eine i.S.v § 96 TKG ausreichende Erlaubnis dar. Die Gestattung bewirkt zugleich, dass der in Anspruch Genommene die Daten nicht mehr sanktionslos löschen kann, da er sich in diesem Fall schadenersatzpflichtig gemäß §§ 280 Abs. 1, 281 BGB i.V.m. § 101 Abs. 2 UrhG machen würde.\footnote{Die Anordnung gemäß § 101 Abs. 9 UrhG schafft die datenschutzrechtliche Gestattung dafür, dass der zur Auskunft Verpflichtete (hier: Provider) berechtigt ist, die begehrten Daten nicht zu löschen; sie stellt eine i.S.v § 96 TKG ausreichende Erlaubnis dar. Die Gestattung bewirkt zugleich, dass der in Anspruch Genommene die Daten nicht mehr sanktionslos löschen kann, da er sich in diesem Fall schadenersatzpflichtig gemäß §§ 280 Abs. 1, 281 BGB i.V.m. § 101 Abs. 2 UrhG machen würde.}


Zugelassen wird zum Teil eine vorläufige richterliche Anordnung zur Sicherstellung der Daten bei einer bereits begangenen Rechtsverletzung.\footnote{Zugelassen wird zum Teil eine vorläufige richterliche Anordnung zur Sicherstellung der Daten bei einer bereits begangenen Rechtsverletzung.}

Viele Oberlandesgerichte haben inzwischen eine solche Speicherpflicht zu Recht abgelehnt.\footnote{Viele Oberlandesgerichte haben inzwischen eine solche Speicherpflicht zu Recht abgelehnt.} Einer gesetzlichen Grundlage bedarf die Annahme einer Pflicht zur Speicherung dynamischer IP-Adressen im Interesse der Inhaber gewerblicher Schutzrechte und Urheberrechte gerade vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur „Vorratsdatenspeicherung“.\footnote{Einer gesetzlichen Grundlage bedarf die Annahme einer Pflicht zur Speicherung dynamischer IP-Adressen im Interesse der Inhaber gewerblicher Schutzrechte und Urheberrechte gerade vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur „Vorratsdatenspeicherung“.}

Es kommt dem Gesetzgeber zu, einen Ausgleich herzustellen zwischen den Interessen dieser Inhaber privater Rechte, die von Verfassungs wegen zu schützen sind, und den datenschutzrechtlichen Belangen der Internetnutzer, die ihrerseits verfassungsrechtlich geschützt sind.


Der Antragsteller hat die Kosten des Auskunftsverfahrens unabhängig von dessen Ausgang zu zahlen; die Erstattungspflicht umfasst auch die außergerichtlichen Kosten des Providers. Werden einem Auskunftsbegehren nach § 101 Abs. 9 UrhG eine Vielzahl unterschiedlicher, verschiedener Werke betreffender Rechtsverletzungen zu Grunde gelegt, handelt es sich gebührenrechtlich um inhaltlich unterschiedliche Anträge, für die jeweils eine gesonderte Gebühr nach § 128c Nr. 4 KostO entsteht. Für die Gerichtsgebühren ist auf den Sachverhalt der Rechtsverletzung abzustellen; auf die Anzahl der mitgeteilten IP-Adressen kommt es nicht an.

Ein Internetprovider ist nicht verpflichtet, IP-Adressen, die er nur im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung vorgehalten hat, an einen Rechteinhaber herauszugeben. Das OLG Frankfurt ist dabei der Argumentation gefolgt, dass die Norm des § 101 Abs. 9 UrhG (allenfalls) einen datenschutzrechtlichen Erlaubsstatbestand für die Übermittlung der gemäß § 96 TKG gespeicherten Verkehrsdaten, nicht jedoch für die allein nach § 113a TKG gespeicherten Daten bildet. Für eine Gestattung im Hinblick auf derartige Daten fehlt es nach der Auffassung des Gerichts an einer Rechtsgrundlage. Auf dieses Urteil des OLG Frankfurt hat auch die Nichtigerklärung der §§ 113a und 113b TKG.


Das Bundesverwaltungsgericht kam in diesem Zusammenhang zu dem Schluss, dass

- das Sammeln und Weitergeben von technischen Daten durch die Beklagte eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes (DSG) darstellt,
- diese Datenbearbeitung die Persönlichkeit der betroffenen Personen verletzt, da weder das Zweckmäßigkeits- noch das Erkennbarkeitsprinzip eingehalten werden und
- das Interesse an der wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen die Tragweite der Persönlichkeitsverletzungen nicht aufwiegen kann.

In Österreich sah die Lage anders aus; hier argumentierte man ursprünglich deutlicher zugunsten der Musikindustrie. So hatte der Oberste Gerichtshof Ende Juli 2005 über die Auskunftspflicht von Internet-Providern entschieden: Diese müssten nunmehr Auskunft über Namen und Adressen der User erteilen. Bei dieser Auskunft handele es sich um eine Stammdatenauskunft und nicht um

\[ \text{Anh} \text{xlich schon LG Darmstadt, Beschl. v. 9.10.2008 – 9 QS 490/08 – MMR 2009, 52 m. Anm. Bär.} \\
\text{Schweizer BG, Urt. v. 8.9.2010 – 1 C 285/2009, MMR 2011, 201.} \\
eine Telekommunikationsüberwachung, und der Auskunftsleistung stünden weder grundsätzliche datenschutzrechtliche noch telekommunikationsrechtliche Bestimmungen entgegen.\(^978\) Diese Auffassung hat der oOGH dann aber nach widerstreitender Vorlageentscheidung des EuGH\(^979\) wieder aufgegeben.\(^980\)

\(^{978}\) Anderer Auffassung in Österreich OLG Linz, Beschl. v. 23.2.2005 – 9 Bs 35/05v, MMR 2005, 592.

\(^{979}\) oOGH, Beschl. v. 13.11.2007 – 4 Ob 141/07z, GRUR Int. 2008, 765.

\(^{980}\) oOGH, Urt. v. 14.7.2009 – 4 Ob 41/09x, GRUR Int. 2010, 345.
Viertes Kapitel: Online-Marketing – Werberechtliche Fragen

Literatur:


I. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:


Wie im Urheberrecht ist auch hier vorab zu prüfen, wann das deutsche Wettbewerbs- und Kartellrecht anwendbar ist. Grundsätzlich bestimmt sich dies für außervertragliche Schuldverhältnisse im Lauterkeitsrecht gem. Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO nach dem Markortprinzip. Demnach ist auf den Ort der wettbewerblichen Interessenkollision abzustellen, also denjenigen, wo Verbraucher umworben werden und die Wettbewerbsmaßnahme einwirkt. Wer sich für seine Werbung des Internets oder einer CD-ROM bedient, muss diese folglich an deutschem Recht messen lassen, sofern der Ort der wettbewerblichen Interessenkollision im Inland liegt.

Mit dem Markortprinzip soll die Grundregel des Art. 4 Rom II-VO (Ort des Schadenseintritts, Erfolgsortprinzip) – im Interesse der Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit an gleichen Konkur-
renzbedingungen auf dem Markt – präzisiert werden.\footnote{Erwägungsgrund Nr. 21 der Rom II-VO; \cite{Sack, WRP 2008, 845, 847; jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO, Rz. 2, 5.}} Zugleich ermöglicht eine solche Anknüpfung, den Erfolgsort im Regelfall präzise zu lokalisieren.\footnote{jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO Rz. 2.} Der Marktort ist somit eine besondere Ausprägung des Erfolgsortes.\footnote{jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO Rz. 10.}

Zum Schutz der Allgemeinheit begrenzt darüber hinaus Art. 6 Abs. 4 die Rechtswahl. Art. 4 Abs. 2 und 3 ROM II-VO (Anknüpfung an gleichen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien bzw. offensichtlich engere Beziehung) sind ebenfalls nicht anwendbar.\footnote{Vgl. Staudinger/Czaplinski, Anm. zu BGH, Urt. v. 9.7.2009 – Xa ZR 19/08, MDR 2009, 1348 = NJW 2009, 3371.}

Bei Verstößen, die sich allerdings lediglich gegen einen bestimmten Wettbewerber richten, bedarf es aufgrund der großen Nähe zum allgemeinen Deliktsrecht\footnote{jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO Rz. 2.} gem. Art. 6 Abs. 2 ROM II-VO keiner Marktanknüpfung. In solchen Fällen greift die Grundregel des Art. 4 ROM II-VO. Umstritten ist jedoch, ob in solchen Fällen ebenfalls die Rechtswahl ausgeschlossen ist.\footnote{Vgl. jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO Rz. 2.} Dies hätte zur Folge, dass insbesondere bei Wettbewerbshandlungen im Internet aufgrund der weltweiten Abrufbarkeit praktisch jede Rechtsordnung zur Anwendung kommen könnte, ohne Rücksicht darauf, ob die Interessensbeeinträchtigung vor Ort überhaupt spürbar, unmittelbar oder wesentlich ist.

Die Frage nach einer entsprechenden \textbf{Spürbarkeitschwelle}, insb. im Hinblick auf Wettbewerbshandlungen im Internet, ist nicht gänzlich geklärt. Während die bisherige deutsche Rechtsprechung eine kollisionsrechtliche Spürbarkeitsregel entwickelt hat,\footnote{Grundlegend für das deutsche Wettbewerbsrecht: \cite{BGH, Urt. v. 23.10.1970 – I ZR 86/09, GRUR 1971, 153 (III.2.a) – Tampax; Sack, WRP 2008, 845 m.w.N.}} enthält die beschlossene Fassung der ROM II-VO keinen Ansatzpunkt für die Anforderung einer „unmittelbaren“ oder „wesentlichen“ Beeinträchtigung.\footnote{Anders in den Vorschlägen für die Rom II-VO, siehe Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Rom II-VO in der Fassung KOM(2006) 83 endg.}

Bei strikter Wortlautinterpretation könnte insofern ein Spürbarkeitskriterium allenfalls auf \textbf{materiell-rechtlicher} Ebene Beachung finden.\footnote{So: Palandt/Thorn, BGB, Art. 6 Rom II-VO (IPR), Rz. 13; Sack, WRP 2008, 845; vgl. Handig, GRUR Int. 2008, 24, 28.} Diese Ansicht bringt vor, dass auch für Unterlassungsansprüche bereits die bloße Möglichkeit der Auswirkung ausreichen solle, weil dies eine Gefahr der


---

1001 BGH, Urt. v. 30.3.2006 – I ZR 24/03; MDR 2006, 941 = NJW 2006, 2630; Palandt/Thorn, BGB, Art. 6 Rom II-VO (IPR) Rz. 10. 
1003 BGH, Urt. v. 30.3.2006 – I ZR 24/03, MMR 2006, 461 m. Anm. Hoeren; BGH, Urt. v. 13.10.2004 – I ZR 163/02, 


1005 Vgl. Palandt/Thorn, BGB, Art. 6 Rom II-VO (IPR) Rz. 10; Hk-BGB/Dörner, Art. 40 EGBGB Rz. 5a; Ubbert, WRP 1997, 497, 503 (zur int. Zuständigkeit).
1010 Vgl. ebd.
1011 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), ABl. EG Nr. L 178 S. 1. Laut Begründungserwägung 35 RO-II-VO „sollte [die Rom II-
in § 3 TMG. Darin wird nämlich auf das Herkunftslandprinzip abgestellt, also das Recht des Staats, in dem der Handelnde seinen Sitz hat, was der Verwirklichung von Waren, verkehrs- und Dienstleistungs-freiheit dienen soll.\textsuperscript{1012} Danach soll jeder Mitgliedstaat dafür Sorge tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den innerstaatlichen Vorschriften, die den durch die Richtlinie koordinierten Bereich betreffen, entsprechen. Auf Internetdienste bezogen hat somit ein Provider, der seine Dienste entsprechend den Vorgaben seines „Heimatrechts“ erbringt, zusätzliche Restriktionen im Abrufstaat nicht zu befürchten. Portugiesisches Internetrecht schlägt damit deutsches Lauterkeits- oder schwedisches Verbraucherschutzrecht. Das Prinzip gilt nicht für Anbieter mit Sitz außerhalb der EU.\textsuperscript{1013} Das anwendbare Recht richtet sich in diesem Fall vielmehr nach den Regeln des IPR.

Problematisch erscheint dabei bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene jedoch die Regelung des Art. 1 Abs. 4 ECRL, welche vorschreibt, dass die Richtlinie keine zusätzlichen Regeln im Bereich des IPR schaffen soll. Der Streit aber, ob es sich um eine zwingende Regelung des materiellen Rechts handelt\textsuperscript{1014} oder ob Art. 1 Abs. 4 ECRL lediglich ein „Etikettenschwindel“ ist und eine kollisionsrechtliche Wirkung hat,\textsuperscript{1015} kann jedoch dahin stehen. Denn jedenfalls hat die Herkunftslandregelung der ECRL Vorrang vor der ROM II-VO: Ordnet man diese als Kollisionsregel ein, so greift Art. 27 ROM II-VO (wonach Kollisionsnormen der EG für besondere Gegenstände der außervertraglichen Schuldverhältnisse in ihrer Anwendung nicht von der ROM II-VO tangiert werden). Sieht man es dagegen als zwingende materiell-rechtliche Vorgabe, ist die ROM II-VO gar nicht betroffen.\textsuperscript{1016}

Die Anwendung des Herkunftslandprinzips ist jedoch auch aus folgender Sicht problematisch: Hinter dieser radikalen Neuregelung verbirgt sich eine latente \textbf{Angst vor materieller Harmonisierung}.

Offensichtlich hat die Kommission den Mut verloren, Gebiete wie das Lauterkeitsrecht zu harmonisieren. Stattdessen wählt man einen Weg, der (scheinbar) für weniger Diskussionen in den Mitgliedstaaten sorgt: das formale Herkunftslandprinzip. Letztlich führt dies zu einer Harmonisierung

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item[1012] jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO Rz. 6.
\item[1014] Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/ Glöckner, UWG, Einl. C. Rz. 32; Staudinger/Fezer/Koos, Int. Wirtschr Rz. 547; MüKo/Drexel, BGB, IntUnlWettbR Rz. 62; Sack, WRP 2008, 845, 855.
\item[1015] Mankowski, ZVglRWiss 100 (2001), 137; Mankowski, IPRax 2002, 257; Thünken, IPRax 2001, 15.
\item[1016] Palandt/Thorn, BGB, Art. 6 Rom II-VO (IPR) Rz. 3; JurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 6 Rom II-VO Rz. 6; vgl. auch: Erwägungsgrund 35 zur Rom II-VO.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
auf dem geringsten Level. Die Wahl des Geschäftssitzes fällt daher in vielen Fällen auf die EU-
Länder mit den geringsten Restriktionen. Die Provider können von dort aus ganz Europa mit ihren
Leistungen bedienen, ein „race to the bottom“ ist die Folge.\footnote{Das Herkunftslandprinzip gilt jedoch nicht für die Frage der Gerichtszuständigkeit; a.A. nur Bernreuther, WRP 2001, 384.} Im Übrigen unterliegen infolge dieses Prinzips gem. § 3 TMG in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassene Diensteanbieter und ihre Telemedien den Anforderungen des deutschen Rechts auch dann, wenn die Telemedien in einem anderen Mitgliedstaat geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden.\footnote{LG Hamburg, Urt. v. 23.5.2013 – 312 O 390/11, MMR 2013, 725.}


II. Anwendbare Regelungen

Bei der Werbung im Online-Marketingbereich sind vor allem die Vorgaben spezieller Lauterkeitsgesetze, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie des Markengesetzes zu beachten.
1. Besondere Regelungen mit wettbewerbsrechtlichem Gehalt

In Deutschland besteht eine Reihe lauterkeitsrechtlicher Regelungen, die als Spezialgesetze für bestimmte Adressatenkreise dem Electronic Commerce Grenzen ziehen. Hervorzuheben sind standesrechtliche Sonderregelungen, Werbebeschränkungen für bestimmte Produkte sowie besondere Bestimmungen im Zusammenhang mit Online-Auktionen.

a) Standesrecht

Literatur:


Auch das Standes- und Berufsrecht kann über § 3 UWG unter dem Gesichtspunkt der Standesvergessenheit zum Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen gemacht werden. Hier ist an die Standesregeln der freien Berufe zu denken. Exemplarisch werden die Sonderregelungen für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie für medizinische Berufe dargestellt.

Im Rahmen einer Webseite ist bei Rechtsanwälten Werbung in dem Umfang zulässig, wie dies bei Praxis-Broschüren und Rundbriefen im Rahmen von § 43b BRAO, §§ 6 ff. BORA der Fall ist.\(^{1021}\) \(\text{§ 43b BRAO bestimmt, dass Werbung von Rechtsanwälten insoweit zulässig ist, als sie in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf die Erteilung eines Mandates im Einzelfall ausgerichtet ist. Erforderlich sind ein informativer Gehalt sowie eine seriöse Gestaltung.}\(^{1022}\) Keine Bedenken bestehen dabei hinsichtlich des Hinweises „optimale Vertretung“.\(^{1023}\) Eine Webseite darf Angaben zur Kanzlei, zu den Tätigkeitsschwerpunkten – nach § 7 Abs. 1 BORA allerdings nur bei entsprechenden Kenntnissen\(^{1024}\) – und den Interessenschwerpunkten je Anwalt, wobei insgesamt nur fünf Rechtsgebiete hiervon höchstens drei als Tätigkeitsschwerpunkte bezeichnet werden dürfen, sowie Lebensläufe und Fotos der Anwälte enthalten. In Rechtsgebieten, in denen keine Fachanwaltsbezeichnung erhältlich ist, kann auf der eigenen Webpage mit der Bezeichnung „Spezialist“ geworben werden, wenn der Rechtsanwalt über herausragende, qualitativ weit über den Mitbewerbern liegende Kenntnisse verfügt, für die er im Zweifel darlegungs- und beweisbelastet ist.\(^{1025}\) Die Benutzung der Bezeichnung „Fachanwälte“ ist dann gerechtfertigt, wenn in der Kanzlei eine den Plural rechtfertigende Anzahl an Rechtsanwälten berechtigt ist, den Titel „Fachanwalt“ zu führen. Dabei spielt es keine Rolle, ob an jedem Standort bei einer überörtlichen Kanzlei Rechtsanwälte mit der Berechtigung zum Führen der Bezeichnung „Fachanwalt“ tätig sind.\(^{1026}\) Auch die Angabe von Titeln kann wettbewerbsrechtlich relevant werden. So urteilte das OLG Schleswig, dass die Angabe eines ausländischen Doktorstitels, der mit dem deutschen Doktorstitel nicht vergleichbar ist,\(^{1027}\) auf dem Briefkopf eines Steuerberaters ohne Herkunftsangabe nicht nur hochschulrechtlich, sondern auch wettbewerbsrechtlich zu beanstanden sei.\(^{1028}\) Bei der Verwendung des Titels auf dem Briefbogen handelt es sich um eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, da der Steuerberater bei des-


sen Benutzung seinen Kunden auf dem Markt gegenübertrete. Schon zuvor urteilte das *LG Düsseldorf* in einem ähnlich gelagerten Fall, dass die Vorschriften der Hochschulgesetze der Länder auch dazu bestimmt seien, das Verhalten im Wettbewerb zu regeln.1029 Der Doktorgrad erzeuge erhebliches Vertrauen in die Kompetenz und die intellektuellen Fähigkeiten des jeweiligen Trägers. Dies sei ein Umstand, der objektiv geeignet ist, neue Mandanten anzulocken und damit die eigene Marktposition zu verbessern.1030

Als unzulässige Selbstdarstellung verboten ist die Domain-Bezeichnung „Praedikatsanwälte.de“.1031 Die Formulierung „Zulassung OLG, LG, AG Bremen“ stellt eine irreführende Werbung mit wettbewerbsrechtlicher Relevanz dar. Denn sie ist geeignet, bei einem Rechtsschutz vor bremischen Gerichten suchenden potenziellen Mandanten den Eindruck zu erwecken, der Rechtsanwalt sei auf Grund seiner Zulassung gegenüber auswärtigen Rechtsanwälten besser geeignet.1032

Auch können in eine Homepage Informationen zu ausgewählten Rechtsgebieten sowie Aufsätze, Vorträge der Anwälte, Musterverträge oder Checklisten aufgenommen werden.1033 Sachfremde Downloadmöglichkeiten sind unzulässig.1034 Keine Bedenken bestehen gegen die Verwendung von Fotos der Kanzleiräume.1035 Allerdings darf keine Irreführung über die wirkliche Größe und Kapazität der Kanzlei entstehen.1036 Dezente Hintergrundmusik ist ebenfalls zulässig.1037 Sponsoring ist auch für Anwälte grundsätzlich zulässig.1038 Insofern darf ein Anwalt auch virtuelle Kunstaustellungen im Netz platzieren.1039 Pop-up-Fenster sind nicht erlaubt.1040 Gästebücher sind wegen der damit verbundenen Irreführungsgefahr verboten.1041 (Anwalts-) Notaren ist jedoch Hervorhebung…
oder Werbung untersagt; sie dürfen im Internet nur auf den örtlichen Tätigkeitsbereich hinweisen
und evtl. Beiträge zu wichtigen Rechtsproblemen verbreiten.\textsuperscript{1042}

Der Betreiber eines Internetportals, der Rechtsanwälten darüber die Möglichkeit bietet, u. a. Ter-
minsvertreter zu finden, und der sich dafür im Erfolgsfall eine Transaktionsgebühr entrichten läs-
st, verstoßt nicht gegen berufsrechtliche Verbote und kann deshalb von einem Mitbewerber nicht auf
Unterlassung gemäß § 4 Nr. 11 UWG i. V. mit §§ 49b III 1 BRAO, 27. S. 1 BORA in Anspruch
genommen werden.\textsuperscript{1043}

Eine \textit{Online-Beratung} war früher nur im Rahmen eines bestehenden Mandatsverhältnisses zuläs-
sig. Abseits eines solchen Verhältnisses galt ein solches Beratungsangebot – etwa im Rahmen öf-
fentlicher Diskussionsforen – als standeswidrig.\textsuperscript{1044} Diese Rechtsprechung hat sich gewandelt. Der
\textit{BGH} hat einen telefonischen Rechtsberatungsdienst für standesrechtskonform angesehen.\textsuperscript{1045} Ents-
scheidend sei, dass der Beratungsvertrag nicht mit dem Organisator des Beratungsdienstes, sondern
direkt mit dem den Anruf entgegennehmenden Anwalt zustande komme. Auch die Vereinbarung
einer Zeitvergütung sei unbedenklich, selbst wenn es dabei zu einer Gebührenunterschreitung und
gelegentlich auch zu einer Gebührenüberschreitung komme. Schließlich seien auch weitere Stan-
desrechtsverbote, insbesondere das Verbot der Abtretung von Gebührensprüchen (§ 49b Abs. 4
Satz 2 BRAO), nicht verletzt.

\textbf{Providern} ist es untersagt, Mitglieder ihres Forums öffentlich zur Kontaktaufnahme mit einer be-
stimmten Kanzlei aufzufordern und für eine anwaltliche Beratung gegen Pauschalgeld zu wer-
ben.\textsuperscript{1046}

Ein Anwalt darf werbewirksame Ideen bei der Auswahl seiner \textbf{Kanzlei-Domain} benutzen und sich
zum Beispiel unter der Adresse „recht-freundlich.de“ im Internet präsentieren.\textsuperscript{1047} Auch keine Be-
denken bestehen gegen die Internet-Verwendung der Werbeaussage „Die Kanzlei zum Schutz des
Privatvermögens“\textsuperscript{1048} oder die Verwendung des Begriffs „Anwalts-Suchservice“ als Link und Meta-

\textsuperscript{1043} \textit{OLG Karlsruhe}, Urt. v. 5.4.2013 – 4 U 18/13, CR 2013, 401 = NJW 2013, 1614.
\textsuperscript{1044} Vgl. noch \textit{Hoeren/Sieber/Marwitz}, Handbuch Multimediarecht, München 1999, Teil 11.2 Rz. 50.
Die Verwendung nicht existenter Fachanwaltstiteln (z.B. Fachanwalt für Internetrecht) in einer Internetwerbung ist wettbewerbswidrig. Das Gleiche gilt für die Verwendung einer automatisierten Vorschlagsliste (Autocomplete-Funktion; Autosuggest-Box) zur Erzeugung solcher Bezeichnungen.


1057 OLG Hamm, Urt. v. 7.3.2013 – 4 U 162/12, MMR 2013, 507 = NJW 2013, 2038.
Im elektronischen Kontakt zum Mandanten sind die **Verschwiegenheitspflichten** (§ 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO) zu bedenken; insofern ist die Verschlüsselung der Nachrichten und ein hinreichendes Datensicherheitskonzept (einschließlich Firewalls) ratsam.\(^{1059}\) Unklar ist, ob ein Anwalt aus der anwaltlichen Schweigepflicht (§ 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO) und im Hinblick auf § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB verpflichtet ist, seine E-Mails an Mandanten zu verschlüsseln.\(^{1060}\) Aus Wortlaut und Normverständnis lässt sich eine solche Verpflichtung – auch unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG – wohl nicht ableiten.\(^{1061}\)

Zu beachten sind schließlich die **Informationspflichten** und das Recht des Kunden auf **Widerruf** nach dem Fernabsatzrecht, die auch für die Erbringung anwaltlicher Dienstleistungen via Internet zum Tragen kommen.\(^{1062}\) Insofern sind die Pflichtangaben nach § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB zu machen. Eine Information über das Widerrufsrecht ist jedoch nicht nötig, da ein Widerrufsrecht regelmäßig wegen des zeitlichen Ablaufs der Beratungsleistung (§ 356 Abs. 4 BGB) nicht in Betracht kommt. Allerdings ist der Anwalt dann zur Information über den Wegfall des Widerrufsrechts verpflichtet.


---


die entsprechende Information im Wartezimmer zugänglich macht. Das Wahlrecht ist aber einge-
schränkt, wenn der Anwalt seine Dienstleistung auch im Internet erbringt; denn nach § 2 I DL-
InfoV müssen die Informationen vor Abschluss des Vertrags bzw. vor Erbringung der Dienstleis-
tung zur Verfügung gestellt werden.\textsuperscript{1063}

Vergleichbar ist die Rechtslage bei den Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern. Nach §§ 57
Abs. 1, 57a StBerG ist Steuerberatern ein berufswidriges, insbesondere „in Form und Inhalt“ un-
sachliches Werben untersagt. Das \textit{LG Nürnberg-Fürth urteilte, dass} Homepages als Teil des welt-
weiten Datennetzes an sich keinen Verstoß gegen § 57a StBerG darstellen.\textsuperscript{1064} Verboten sind recla-
mehafte Werbungen, d.h. solche, die sich der Methoden der gewerblichen Wirtschaft bedient.\textsuperscript{1065}
Für Wirtschaftsprüfer gilt nach § 52 der Wirtschaftsprüferordnung (WiPrO) das Verbot unlauterer
Werbung. Besondere Standespflichten in Bezug auf Werbung sind nicht mehr vorgesehen. Schwie-
riger ist die Rechtslage für die \textbf{medizinischen Berufe}. Zu beachten sind hier zunächst die beson-
denen Vertrauenspflichten im Rahmen von § 203 StGB, die es z.B. verbieten, dass Mediziner ihre Da-
tenverarbeitung ohne Einwilligung der Patienten auf Externe übertragen.\textsuperscript{1066} Apothekern ist die
Werbung für Arzneimittel und bestimmte Körperpflegemittel untersagt.\textsuperscript{1067} Ärzte und Zahnärzte
unterliegen immer noch einem strengen Verbot jeglicher Werbung. Werbeverbote ergeben sich aus
den jeweiligen Berufsordnungen der Landesärztekammern. § 27 der Musterberufsordnung der Bun-
desärztekammer (MOB) wurde in alle Landesberufsordnungen im Wesentlichen übernommen.\textsuperscript{1068}
Maßstab der Zulässigkeitsbeurteilung ist nach § 27 Abs.1 MOB „\textit{die Gewährleistung des Patienten-
schutzes durch sorgfältige und angemessene Information und die Vermeidung einer dem Selbst-
verständnis der Ärztin oder des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufs}“.
Erlaubt sind nach § 27 Abs. 2 MOB „\textit{sachliche, berufsbezogene Informationen}“, also beispielswei-
se Sprechzeiten, Anschrift und ärztliche Titel. Standesrechtlich erlaubt sind nach § 27 Abs. 4 MOB
auch Hinweise auf Spezialisierungen, Praxisschwerpunkte und Zeugnisse.\textsuperscript{1069} Auch hat das \textit{BVerfG}
Werberestriktionen gelockert, in dem es z.B. Hinweise auf Hobbies, Berufserfahrungen, Auslands-

\textsuperscript{1065} Siehe etwa den Fall des \textit{LG München II}, Urt. v. 31.8.2000 – 4 HKO 3241/00, CR 2001, 345, in dem ein Steuerbe-
rater sich auf seiner Homepage als „außergewöhnlicher Steuerberater“ mit einem „exklusiven Leistungsprofi1
angeprießen hatte.
\textsuperscript{1066} Dies gilt dann, wenn die Patienten formal in die Datenweitergabe einwilligen; so \textit{BSG}, Urt. v. 10.12.2008 –
\textsuperscript{1067} Siehe hierzu von \textit{Czettritz}, Pharma Recht 1997, 86.
\textsuperscript{1068} \textit{Hoeren/Sieber/Boemke}, Handbuch Multimediarecht, München 2014, Teil 11.2 Rz. 162.
\textsuperscript{1069} Noch zur früheren Rechtslage: \textit{BGH}, Urt. v. 9.10.2003 – I ZR 167/01, MDR 2004, 224 = NJW 2004, 440; Zulä-
aufenthalte oder Dialektkenntnisse zuließ. \textsuperscript{1070} Verboten ist jedoch immer Werbung, soweit sie durch die übermäßig anpreisenden Elemente geprägt ist (§ 27 Abs. 3 MOB) und dabei die sachliche Information über die angebotene Leistung sowie die genauer Konditionen ihrer Inanspruchnahme in den Hintergrund treten. \textsuperscript{1071}


Ein übermäßig anpreisendes Angebot eines Arztes auf der Internetplattform www.groupon.de verübt gegen die Regelungen in der Berufsordnung der Ärzte, wenn die im Rahmen des Angebots beworbene Leistung in marktschreierischer Art und Weise werblich kommuniziert wird. \textsuperscript{1075} Ähnlich liegt eine verbotene Zugabe nach § 7 Abs. 1 HWG vor, wenn eine Augenarztpraxis für konkrete Verfahren mit einem kostenlosen Transfer zu und von der Klinik wirbt. \textsuperscript{1076}

Ähnlich restriktive Bestimmungen finden sich für Notare und Architekten. Wirbt ein Architekt auf seiner Homepage mit Referenzobjekten, so bringt er damit im Allgemeinen zum Ausdruck, dass

\textsuperscript{1072} OLG Köln, Urt. v. 9.3.2001 – 6 U 127/00, MMR 2001, 702 = NJW-RR 2002, 204.
\textsuperscript{1076} OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.12. 2012 – 1- 20 U 46/12, GRUR-RR 2013, 130 = WRP 2013, 816 – Shuttle-Service, kostenloser Shuttleservice.
er für diese Objekte die wesentlichen Planungsleistungen, soweit diese zu den normalen Architektenleistungen gehören, erbracht hat. Die Werbung mit Referenzobjekten ist daher im Allgemeinen nicht deshalb irreführend, weil der Architekt für die Objekte die Bauüberwachung nicht übernommen hatte.\textsuperscript{1077}

b) Werbebeschränkungen für besondere Produkte

Literatur:


Das deutsche Wettbewerbsrecht kennt eine Fülle von produktspezifischen Werbebeschränkungen, die auch für das Online-Marketing zu beachten sind. Hervorzuheben sind die umfänglichen Regelungen für den Bereich der \textit{Arzneimittelwerbung} im Arzneimittel- und Heilmittelwerbegesetz (AMG/HWG). Die Einstufung eines Produkts als Arzneimittel hat mitunter enorme Auswirkungen auf die zulässigen Werbemöglichkeiten. Zuletzt drehte sich bei der Zulässigkeit von E-Zigaretten alles um die Frage, ob die Nikotintanks der elektronischen Zigaretten als Arzneimittel und die Zigaretten somit als Medizinprodukt einzustufen ist.\textsuperscript{1078}


Wichtig sind hier die Pflichtangaben für Arzneimittel nach § 4 Abs. 1 HWG.\textsuperscript{1079} § 10 Abs. 1 HWG, der eine \textbf{Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel} nur gegenüber Ärzten, Zahnärzten und ähnlichen Approbierten zulässt,\textsuperscript{1080} führt zu erheblichen Problemen im Internet. So ist schon die Nennung eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels auf der Homepage neben der Werbung für eine Arztpraxis nach § 10 HWG verboten.\textsuperscript{1081} Denn selbst wenn der Nutzer per E-Mail bestätigt, dass er approbiert sei, wird dies einen Abruf von Werbung i.S.v. § 10 HWG nicht legitimieren, so dass diese Vorschrift de facto auf ein Verbot der Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel im Internet hinausläuft. Eine interessengerechte Lösung lässt sich nur dadurch erreichen, dass man vorab Passwörter an Approbierte weitergibt und dadurch einen geschlossenen Benutzerkreis für die Datenbank schafft. Jeder Arzt oder Apotheker erhält auf Vorlage seiner Approbationsurkunde einen Zugangscode für die Homepage. Dies kann allerdings problematisch werden, insbesondere was die Langwierigkeit der Urkundenvorlage und -prüfung angeht. Eine Alternative könnte darin bestehen, Cookies einzusetzen. Diese können jedoch nur die Wiedererkennung eines einmal zulässigerweise eingeloggten Users erleichtern; den Vorgang der Approbationsprüfung kann man dadurch nicht vereinfachen. Es bietet sich an, eine Verbindung mit der digitalen Signatur, die es erlaubt, über ein Attribut-Zertifikat Angaben zur berufsrechtlichen Zulassung zu speichern und elektronisch zu verifizieren (siehe § 7 Abs. 2 SigG) einzurichten. Schließlich lässt sich auch an ein gemeinsames Portal aller Arzneimittelhersteller zur einmaligen Prüfung der Approbation denken, wobei dann kartellrechtliche Vorgaben zu beachten wären. § 10 HWG verbietet im Übrigen auch Angaben im Internet zur Indikation von Arzneimitteln.\textsuperscript{1082} Eine Ausnahme vom Werbeverbot gilt für die nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AMG vorgeschriebenen Pflichtangaben.\textsuperscript{1083} Diese müssen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Werbung stehen, mithin leicht erreichbar sein; drei Klicks sind zu viel.\textsuperscript{1084}

\textsuperscript{1080} Siehe hierzu kritisch \textit{Albrecht/Wronka}, GRUR 1977, 83, 95.
\textsuperscript{1082} \textit{OLG Hamburg}, Urt. v. 23.11.2006 – 3 U 43/05.
Im Übrigen hat der BGH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob nicht Öffentlichkeitswerbung für verschreibungspflichtige Rezeptmittel im Internet zulässig sein sollte. Der EuGH hat daraufhin entschieden, dass die Verbreitung von Informationen über verschreibungspflichtige Arzneimittel auf einer Internet-Website durch Arzneimittelunternehmen zulässig sei, wenn diese Informationen auf dieser Website nur demjenigen zugänglich sind, der sich selbst um sie bemüht, und diese Verbreitung ausschließlich in der getreuen Wiedergabe der Umhüllung des Arzneimittels geschieht. Ferner müsse die Packungsbeilage wörtlich und vollständig wiedergegeben werden.

Eine Google-AdWords-Anzeige für ein Arzneimittel verstößt nicht allein deshalb gegen § 4 HWG, weil die Pflichtangaben nicht in der Anzeige selbst enthalten sind. Es ist vielmehr ausreichend, dass die Anzeige einen eindeutig als solchen klar erkennbaren elektronischen Verweis enthält, der unzweideutig darauf hinweist, dass der Nutzer über ihn zu den Pflichtangaben gelangt; der elektronische Verweis muss zu einer Internetseite führen, auf der die Pflichtangaben unmittelbar, das heißt ohne weitere Zwischenschritte leicht lesbar wahrgenommen werden können.

Im Bereich der Heilmittelwerbung sind ferner die besonderen Restriktionen für die Werbung außerhalb der in § 2 HWG definierten Fachkreise zu beachten. Problematisch sind virtuelle Gästebücher, soweit darin positive Äußerungen Dritter über Arzneimittel auftauchen können; eine solche Website ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 11 HWG unzulässig. § 12 HWG verbietet Publikumswerbung für bestimmte Krankheiten (etwa Herz- oder Nervenerkrankungen). In diesem Bereich sind auch Hinweise zur Erkennung, Verhütung oder Linderung der Krankheit nicht erlaubt, sofern sie mit der Werbung für ein Arzneimittel kombiniert sind. Bislang kaum diskutiert ist die Reichweite des Heilmittelwerbegesetzes im Verhältnis zu ausländischen Internetanbietern. § 13 HWG lässt eine Werbung ausländischer Unternehmen nur zu, wenn diese einen Verantwortlichen mit Sitz in der EU benennen. Die Vorschrift würde nach ihrem Wortlaut darauf hinauslaufen, dass US-Pharma-produzenten bei jedwedem Internetauftritt § 13 HWG zu beachten hätten. Allerdings ist es dem Begriff der Werbung immanent, dass nach der Zielrichtung gefragt wird. § 13 HWG kann daher nur zur Anwendung gelangen, wenn die Homepage auf den deutschen Markt gerichtet ist.

---

1085 BGH, Urt. v. 16.7.2009 – 1 ZR 223/06, I ZR 223/06, WRP 2009, 1100 = GRUR 2009, 988 – Arzneimittelpräsentation im Internet I.
1086 EuGH, Urt. v. 5.5.2011 – C-316/09; Anmerkung dazu Meeser, PharmR 2011, 349; Lorz, GRUR Int. 2005, 894; BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 223/06, GRUR-RR 2012, 259 = MMR 2012, 370 - Arzneimittelpräsentation im Internet II.
Nicht unter das Heilmittelwerberecht fällt jedoch eine kostenlos für jedermann abrufbare Onlinedatenbank mit Einzelinformationen zu tausenden Arzneimitteln.\textsuperscript{1088} Der \textit{EuGH}\textsuperscript{1089} hat geklärt, dass es für das Versandhandelsverbot keine europarechtliche Rechtfertigung gebe, soweit es um nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel geht. Erlaubt seien Beschränkungen bei verschreibungspflichtigen oder in Deutschland nicht zugelassenen Arzneimitteln. Einem Urteil des \textit{Kammergerichts Berlin} zufolge dürfen niederländische Internet-Apotheken per Versandhandel keine apothekenpflichtigen Arzneimittel an deutsche Endverbraucher schicken.\textsuperscript{1090} Unter- sagt wurde, für den Versandhandel zu werben, sofern es sich um verschreibungspflichtige Arzneien oder solche handelt, für die es in Deutschland keine Zulassung gibt. Dieser Linie folgte auch das \textit{LG Frankfurt}.\textsuperscript{1091} Auch für Online-Apotheken gilt die Arzneimittelpreisverordnung;\textsuperscript{1092} verboten sind aus diesem Grund „Bonus-Modelle“ für „gute“ DocMorris-Kunden\textsuperscript{1093} oder Werbung einer Selbsthilfegruppe mit der Kooperation einer Versandapotheke, die Rabatte auf Bestellungen gibt.\textsuperscript{1094} Stark umstritten ist, ob eine Internetapotheke gegen arzneimittelrechtliche Preisbestimmungen verstößt, wenn sie für jedes Rezept einen Gutschein im Wert von fünf Euro ausstellt.\textsuperscript{1095} Dem strengen deutschen Arzneimittelrecht können ausländische Versandapotheken jedoch ausweichen, solange sie das Vertriebsgebiet ihrer Waren durch einen eindeutig gestalteten Disclaimer, der aufgrund seiner Aufmachung ernst genommen und tatsächlich auch eingehalten wird, auf außerhalb Deutschlands beschränken.\textsuperscript{1096} Allerdings hat der \textit{EuGH} diesem Bereich Restriktionen auferlegt.\textsuperscript{1097} So sei die Verbreitung von Informationen über verschreibungspflichtige Arzneimittel auf einer Internetseite dann unzulässig, wenn sie zuvor anhand eines Werbeziels ausgewählt oder umgestaltet worden sind. Erlaubt sei eine solche Verbreitung jedoch dann, wenn die Informationen nur demjenigen zugänglich sind, der sich selbst um sie bemüht und diese Verbreitung ausschließlich in der getreuen Wiedergabe der Umhüllung des Arzneimittels sowie in der wörtlichen und vollständigen Wiederga-

\begin{thebibliography}{9}
\bibitem{1091} LG Frankfurt, Urt. v. 21.7.2006 – 3/11 O 64/01, CR 2007, 201 = MMR 2007, 64.
\bibitem{1092} OLG Hamburg, Urt. v. 17.2.2009 – 3 U 225/06, GesR 2009, 626 = MD 2009, 772.
\bibitem{1093} OLG Hamburg, Urt. v. 25.3.2010 – 3 U 126/09, PharmR 2010, 410.
\bibitem{1096} BGH, Urt. v. 30.3.2006 – 1 ZR 24/03, MDR 2006, 941 = CR 2006, 539.
\bibitem{1097} EuGH, Urt. v. 5.5.2011 – C-316/09, MMR 2011, 529 = PharmR 2011, 282.
\end{thebibliography}
be der Packungsbeilage oder der von der zuständigen Arzneimittelbehörde genehmigten Zusam-
menfassung der Merkmale des Arzneimittels besteht.

Umfassend sind die Beschränkungen in Bezug auf die Tabakwerbung. §§ 21a Abs. 2, 21b Abs. 4 
VTabakG sehen ein allgemeines Werbeverbot für Zigaretten, zigarettenähnliche Tabakerzeugnisse 
und Tabakerzeugnisse, die zur Herstellung von Zigaretten durch Verbraucher bestimmt sind, vor, 
soweit die Werbung im Hörfunk oder in einer sonstigen Form der audiovisuellen kommerziellen 
Kommunikation (insb. Fernsehwerbung, Teleshopping, Produktplatzierung, vgl. § 21b Abs. 1 Nr. 3 
VTabakG i.V.m. Art. 1 Buchst. h RL 89/88/EWG) erfolgen soll. Verboten ist gem. § 21a Abs. 3 
VTabakG auch die Tabakwerbung in Presseerzeugnissen sowie gem. § 21a Abs. 4 VTabakG in 
Diensten der Informationsgesellschaft, soweit sie sich an die Öffentlichkeit richten. Zulässig bleibt 
eine redaktionelle Berichterstattung, § 22a VTabakG. Eingeschränkt wurde auch die Möglichkeit 
des Sponsorings, vgl. §§ 21a Abs. 5–7, 21b Abs. 2 VTabakG. Erlaubt ist allerdings weiterhin all-
gemeine Imagewerbung für ein Tabakunternehmen. Eine solche erlaubte Imagewerbung liegt 
allerdings nicht vor, wenn zusätzlich zur Imagewerbung auch noch die Logos der Tabakprodukte 
gezeigt werden.

Zu bedenken sind die sonstigen Restriktionen für den Vertrieb von Waren. So gelten auch bei Onli-
ne-Auktionen die Vorgaben des Tabaksteuergesetzes. Der Käufer kann sich hier nicht auf eine 
Gutgläubigkeit bei der Ersteigerung erheblich preisreduzierter Tabakwaren im Internet berufen. 
Wie das FG Düsseldorf entschied, ist die Heranziehung eines Ersteigerers zur Zahlung der bei Wa-
reneinfuhr seitens des Internet-Anbieters nicht entrichteter Zölle und Steuern rechtmäßig. Der steu-
erpflichtige Ersteigerer sei wegen des erheblich reduzierten Preises nicht gutgläubig gewesen und 
durch entsprechende Hinweise auf den Internetseiten des Auktionshauses über die Möglichkeit ei-
nes nicht gesetzeskonformen Warenstroms auch angemessen informiert gewesen.

Im Übrigen ist beim Verkauf neuer Bücher über eBay die Preisbindung zu beachten. Auch Pri-
vatpersonen, die mit einer gewissen Regelmäßigkeit neue Bücher in Online-Auktionen anbieten, 
müssen die Vorschriften des Buchpreisbindungsgesetzes einhalten. Wer gewerbs- oder geschäfts-
mäßig Bücher an Letztabnehmer verkauft, muss den festgesetzten Preis einhalten (§ 3 Buchpreis-
bindungsgesetz). Diese Verpflichtung trifft nicht nur gewerbsmäßige Händler. Geschäftsmäßig

handelt, wer – auch ohne Gewinnerzielungsabsicht – die Wiederholung gleichartiger Tätigkeit zum wiederkehrenden Bestandteil seiner Beschäftigung macht. Diese Voraussetzung liegt nach Ansicht des OLG Frankfurt\textsuperscript{1102} bei einem Angebot von mehr als 40 Büchern innerhalb von sechs Wochen vor. Dafür spielt es keine Rolle, dass der Beklagte den Handel „nebenbei“ betreibt. Der Verkauf von Büchern unterliegt dann der Preisbindung, wenn es sich um den ersten Verkauf an Letztabnehmer handelt. Derjenige, der ein Buch geschenkt erhält, das der Schenker zuvor als Endabnehmer erworben hat, kann über das geschenkte Buch frei und beliebig verfügen und unterliegt nicht mehr der Preisbindung.\textsuperscript{1103} Eine Versandbuchhandlung im Internet, die für Fachbücher ihre Endkunden lediglich 90 % des Verkaufspreises zahlt und die restlichen 10 % des Verkaufspreises durch Beiträge von Wirtschaftsunternehmen in einen sogenannten Fördertopf bestreiten lässt, verstoßt gegen die Buchpreisbindung gemäß §§ 3, 5 BuchPrG.\textsuperscript{1104} Wird beim Ankauf gebrauchter Bücher (sogenanntes Trade-In-Geschäft) vom ankaufenden Versandhausunternehmen ein Bonus-Gutschein ausgegeben, ohne dass mit diesem für das Versandhausunternehmen ein äquivalenter Vorteil verbunden ist, liegt ein Verstoß gegen das Buchpreisbindungsgesetz vor, wenn dieser Gutschein beim späteren Kauf eines neuen Buches beim Versandhausunternehmen preismindernd eingesetzt wird.\textsuperscript{1105}

Nach § 33 GewO ist die Durchführung eines Spiels mit Gewinnmöglichkeit erlaubnispflichtig. Einer besonderen Erlaubnis bedürfen Lotterien und Glücksspiele i.S.v. § 284 StGB. Wer diese Erlaubnis nicht einholt, macht sich strafbar. Diese Regelungen gelten auch für das Bewerben von Sportwetten im Internet.\textsuperscript{1106} Schon die Werbung über eine Webseite für ein ausländisches, nicht genehmigtes Glücksspiel reicht aus, um § 284 StGB zur Anwendung zu bringen.\textsuperscript{1107} Ein bloßer Link als solcher insbesondere im Rahmen einer Presseberichterstattung über ausländische Glücksspiele begründet hingegen keine Haftung.\textsuperscript{1108} Auch wer vom Ausland aus Onlinecasinos betreibt, macht sich nach deutschem Recht strafbar; daran ändern Warnhinweise auf der Homepage für deutsche Interessenten nichts.\textsuperscript{1109} Ein ausländischer Anbieter von Glücksspielen im Internet, der auch


\textsuperscript{1105} OLG Frankfurt, Urt. v. 4.9.2012 – 11 U 25/12, MMR 2013, 94 = ZUM-RD 2013, 250.


gegenüber Interessenten in Deutschland auftritt, benötigt die dazu notwendige Erlaubnis einer inländischen Behörde, um sich nicht nach § 284 StGB strafbar zu machen.\textsuperscript{1110} Zweifelhaft wurde allerdings nach der Gambelli-Entscheidung\textsuperscript{1111} des EuGH, ob das deutsche Glücksspielverbot europarechtlichen Vorgaben noch entspricht.\textsuperscript{1112} Im Übrigen gilt das Verbot von Glücksspielen auch für Spielhallen. Wenn dort der Zugang zu Internetsportwetten gewährt wird, sind solche „Annahmestellen“ nach § 33i GewO verboten.\textsuperscript{1113}


Nach § 8a RStV sind Gewinnspiele bei einer Teilnahmeentgelt-Höchstgrenze von € 0,50 grds. zulässig. Nach Auffassung des LG Köln gilt ein Gewinnspiel, das nach dem Tombola-Prinzip aufgebaut ist und über das Internet angeboten wird, auch dann als Glücksspiel i.S.d. GlüStV, wenn für ein Los zwar lediglich 50 Cent verlangt werden, jedoch der Spieler durch Mehrfachteilnahme das zu zahlende Entgelt in 50 Cent-Schritten jederzeit erhöhen kann.\textsuperscript{1115} Verboten ist es daher auch, Pachtverträge über eine Gaststätte für 9,99 Euro zu verlosen.\textsuperscript{1116} Auch Umgehungsgeschäfte sind vom Verbot umfasst, etwa die mittelbare Verlosung über eine Teilnahmegebühr für ein Quiz, bei dem der Kenntnisreichste ein Haus gewinnt.

Verboten sind auch im Internet Versicherungsvermittlungsgeschäfte ohne gewerberechtliche Erlaubnis (§§ 34c und 34d GewO). Die Tätigkeit ohne Makler-Schein ist über § 4 Nr. 11 UWG

\textsuperscript{1113} VG Trier, Urt. v. 17.2.2009 – 1 L 32/08.
\textsuperscript{1114} BGH, Urt. v. 28.9.2011 – I ZR 92/09, CR 2012, 105 = MMR 2012, 191 – Sportwetten im Internet II.
\textsuperscript{1115} LG Köln, Urt. v. 7.4.2009 – 33 O 45/09, MMR 2009, 485.
\textsuperscript{1116} VG Berlin, Beschl. v. 17.8.2009 – 4 L 274.09, MMR 2009, 794.


1117 LG Hamburg, Urt. v. 30.4.2010 – 408 O 95/09.
1122 BGH, Beschl. v. 6.11.2012 – KZR 13/12, GRUR-RR 2013, 182 = MMR 2013, 163 – UVP für Rucksäcke


c) Bewertungssysteme

aa) falsche Tatsachenbehauptungen
Zunächst zu prüfen ist die rechtliche Zulässigkeit falscher Tatsachenbehauptungen. Diese sind einem Beweis zugänglich, also an den Maßstäben von „wahr“ und „unwahr“ zu messen. Eine ehrenrührige, unwahre Tatsachenbehauptung kann in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs.1, 1 Abs. 1 GG) oder auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreifen. Erfolgt das Abgeben der unwahren Bewertung widerrechtlich, d.h. ist sie geeignet, negativen Einfluss auf weitere Geschäfte bei eBay auszuüben, so kann ein Unterlassungs- bzw. Beseitigungsan-

1124 LG Hamburg, Urt. v. 4.2.2008 – 315 O 870/07.
1128 Die bisherige Rechtsprechung im Zusammenhang mit eBay bilanziert Schlömer, BB 2007, 2129.
spruch gem. § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 BGB bejaht werden.\textsuperscript{1130} Die einmalige Möglichkeit
der Bewertungsabgabe begründet jedoch nicht die widerlegliche Vermutung einer Wiederholungs-
gefahr und rechtfertigt somit noch keinen Unterlassungsanspruch.\textsuperscript{1131} Auch die Geltendmachung
eines Schadensersatzanspruchs gem. § 823 Abs. 1 BGB ist möglich.

Einige Gerichte verneinen den Rückgriff auf diese Anspruchsgrundlagen und leiten aus §§ 280
Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. den AGB von eBay \textit{vertragliche Ansprüche} her. Die eBay-AGB
sehen vor, dass ausschließlich wahrheitsgemäße, sachliche Angaben gemacht werden dürfen und
die gesetzlichen Bestimmungen zu beachten sind. Diese AGB gelten zwischen den Vertragspartnern
zwar nicht unmittelbar,\textsuperscript{1132} sie obliegen jedoch jedem Vertragsteil als Nebenpflichten.\textsuperscript{1133}

Das \textit{LG Düsseldorf} fordert im Zusammenhang mit § 824 BGB eine \textit{offensichtlich un wahre Tatsache}
und stellt somit zumindest für den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes erhöhte Anforde-
run gen an die Voraussetzungen des § 824 BGB, der grundsätzlich das bloße Vorliegen einer un-
wahren Tatsache verlangt.\textsuperscript{1134} Das \textit{LG Düsseldorf} rechtfertigt die erhöhte Anforderung mit der von
§ 824 Abs. 2 BGB geforderten Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen an
Zurückhaltung der Information und dem Interesse der Mitteilungsempfänger an Veröffentlichung
der Information. Es sei gerade Sinn und Zweck des Bewertungssystems, ein aussagekräftiges Bild
des Verkäufers zu zeichnen. Der Verkäufer habe sich den Vorteil zu nutzen gemacht, durch den Ver-
kauf im Internet eine Vielzahl von potenziellen Käufern zu werben, so dass er auch mit den negati-
ven Konsequenzen leben müsse. Außerdem könne der Betroffene über das Antwortformular in di-
rektem Zusammenhang auf die Äußerung reagieren. Es werde auch dem Umstand Rechnung getra-
gen, dass viele Unternehmen sich dem Markt unter einem Pseudonym präsentieren. Nur in dem
Fall, in dem eine offensichtlich un wahre Tatsachenbehauptung vorliege, könne von einer Interes-
senverletzung des eigentlichen Geschäftsherrn die Rede sein. Für den Markt sei die Bewertung ferner
die einzige Informationsquelle und somit besonders schützenswert.

Das Argument des Bestehens einer Gegendarstellungsmöglichkeit, vermag die \textit{Literatur} nicht zu
überzeugen. Das Argument gehe an der Realität von eBay vor allem deshalb vorbei, weil häufig

\textsuperscript{1131} \textit{LG Bad Kreuznach}, Beschl. v. 13.7.2006 – 2 O 290/06, MMR 2007, 823 = CR 2007, 335 (Ls.).
00876.
eine Vielzahl von Bewertungen vorhanden sei, die von den Interessierten alle gesichtet werden müssten. Des Weiteren bleibe eine negative Bewertung in der Gesamtbewertungsstatistik erhalten, unabhängig davon, ob eine Gegendarstellung erfolge.\footnote{1135}

**bb) Beweislast**

Hinsichtlich der Unwahrheit der Tatsache stellt sich die Frage nach der **Beweislast**.

Bei einem Unterlassungsbegehren hat der von der Behauptung Betroffene die Unwahrheit zu beweisen. Daran orientiert sich dann auch das *AG Peine*.\footnote{1136} Zwar sei nach dem Rechtsgedanken des § 186 StGB der Unterlassungsbeklagte beweispflichtig, d.h. er müsse die Wahrheit der von ihm getätigten Aussage beweisen. Diese Beweislast kehre sich jedoch um, wenn der Unterlassungsbeklagte ein berechtigtes Interesse an der Äußerung nachweisen kann. Ein solches ergebe sich aus daraus, dass die Bewertung Grundlage der Kaufentscheidung anderer ist. Insofern trifft die Rechtsprechung die in § 4 Nr. 8 UWG kodifizierte Wertung. Das Interesse (meist das des Käufers), sich an die Öffentlichkeit zu richten, ist vom *AG Peine* in einer Abwägung mit dem Interesse des Betroffenen an Zurückhaltung der Information auch als überwiegend bewertet worden. Der Betroffene (meist der Verkäufer) wisse, dass er von seinem Vertragspartner öffentlich bewertet werde, er nutze den Effekt einer positiven Bewertung als Werbung, so dass er auch die Auswirkungen negativer Bewertungen hinnehmen müsse. Im Rahmen der Interessenabwägung müsse auch berücksichtigt werden, dass es dem Sinn und Zweck des Bewertungssystems zuwiderlaufe, wenn den Bewertenden die Beweislast treffe. Dieser würde eine Bewertung u.U. dann gar nicht erst abgeben, aus Angst im Streitfalle den Beweis für diese Aussage antreten zu müssen.

Das *AG Peine* differenziert darüber hinaus zwischen dem tatsächlichen Defekt der verkauften Sache und der Wahrheit der Äußerung des Käufers über diesen Defekt. Könne der Kläger beweisen, dass bei Absenden der Ware kein Defekt vorlag, so sei damit nicht bewiesen, dass bei Übergabe des Pakets an den Empfänger kein Defekt vorlag. Das *LG Konstanz*\footnote{1137} urteilte anders über die Beweislast. Derjenige, der eine Tatsache behaupte, deren Wahrheit zum Zeitpunkt der Äußerung noch nicht hinreichend geklärt ist, sei in besonderer Weise verpflichtet. Er müsse darlegen, auf welche tatsächlichen Erkenntnisse und Grundlagen er seine Aussage stütze. Andernfalls sei die Behauptung des

\footnote{1135}{Hermann, MMR 2004, 497.}
\footnote{1136}{AG Peine, Urt. v. 15.9.2004 – 18 C 234/04, NJW-RR 2005, 275.}
\footnote{1137}{LG Konstanz, Urt. v. 28.7.2004 – 11 S 31/04, NJW-RR 2004, 1635.}
Anspruchstellers, die Aussage sei unwahr, nicht ausreichend widerlegt. Das LG Konstanz sah hier folglich – ohne dass hierfür eine Begründung vorlag – die Beweislast nicht umgekehrt.

c) Werturteile


Wird die Unzulässigkeit des Werturteils bejaht, können daraus die bereits im Zusammenhang mit der Tatsachenbehauptung beschriebenen Ansprüche erwachsen. Ein Beseitigungsanspruch in Form des Widerrufs gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB dürfte jedoch bei Werturteilen nicht in Betracht kommen, da ein „Gegenbeweis“ in dem Sinne nicht erbracht werden kann.\textsuperscript{1138} In diesem Fall dürfte lediglich ein Löschungsanspruch sinnvoll sein. In Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB können auch strafrechtliche Normen gem. §§ 185 ff. StGB, wie Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung in Betracht kommen.\textsuperscript{1139} So hat das AG Köln bei offensichtlich beleidigendem Inhalt einer Bewertung einen Löschungsanspruch gegen eBay selbst bejaht.\textsuperscript{1140}

In der vom LG Konstanz zu überprüfenden Aussage: „Alles Unfug, Kunststück mit mir nicht zufrieden zu sein“, liegt z.B. ein Werturteil. Das AG Eggenfelden bezieht in die Interessenabwägung zu Gunsten des Beklagten ein, dass der Kläger seinerseits Kraftausdrücke verwendete und vorher selbst eine negative Bewertung abgab. Darüber hinaus habe sich der Rechtsstreit an einem Fehler

\textsuperscript{1138} LG Konstanz, Urt. v. 28.7.2004 – 11 S 31/04, NJW-RR 2004, 1635.
\textsuperscript{1140} Allerdings handelt es sich nur um eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz; Beschluss des AG Köln, Beschl. v. 15.3.2005 – 119 C 110/05 (n.v.).

Sinn und Zweck der Plattform, durch die alle Nutzer sich voneinander ein angemessenes Bild machen sollen. Dieses Bild könnte gerade nicht entstehen, wenn der Nutzer nur mit allgemeinen, über spitzen und schlagwortlich gehaltenen Bewertungen konfrontiert werde. Auch das vielfach ins Feld geführte Argument, der Betroffene habe die Möglichkeit zur Gegendarstellung, greift hier für das AG nicht. Eine allgemeine Bewertung verhindere gerade, dass sich der Betroffene auf einen Kritikpunkte beziehen und sich gegen diesen zur Wehr setzen könne.1148

Dem tritt das AG Koblenz entgegen, indem es einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wegen Fehlens von Schmähkritik für die Bewertung: „So etwas hätte ich nicht erwartet. Rate ab.“, ablehnte.1149 Die Äußerung müsse sich vielmehr gegen die betriebliche Organisation oder die unternehmerische Freiheit richten und über eine bloße Belästigung hinausgehen. Die getätigte Aussage erfülle dieses Kriterium nicht. Auch werde der Achtungsanspruch des Anspruchstellers dadurch nicht gefährdet. Das AG Koblenz stellt darauf ab, dass die Bewertung keine unsachliche Schmähkritik enthalten darf, allerdings sieht es in dem Vorliegen einer Begründung kein Kriterium für die Sachlichkeit. Es sieht in dem Bewertungssystem ein reines Meinungsforum, sodass es für die Sachlichkeit nicht auf die Begründung der Aussage ankommen könne.1150 Den Anforderungen der Zulässigkeit kämen sonst nur die Kommentare nach, die eine ausführliche Beschreibung der Transaktion enthielten, so dass aufgrund der „neutralen“ Beschreibung eine Einschätzung erfolgen kann. Gerade die Tatsache, dass nur eine beschränkte Zeichenanzahl für den Kommentar zur Verfügung steht, zeige, dass eine lange Begründung nicht möglich sei und es sich um eine subjektive Meinung handele. Auch der Wortlaut der eBay-AGB, dass das Bewertungssystem helfen solle, die Zuverlässigkeit anderer einzuschätzen, mache die Eigenschaft als ausschließliches Meinungsforum deutlich. An die Zuverlässigkeit würden unterschiedliche Kriterien gestellt; jedem sei klar, dass es sich bei der Einschätzung der Zuverlässigkeit um eine subjektive handle.

Die Literatur stellt sich auf die Seite des AG Koblenz So wird zwar angemerkt, dass in der Ablehnung einer ausführlichen Begründung die Gefahr einer vertrags- und sittenwidrigen Manipulation liege, diese jedoch deshalb nicht verhindert werden könne, weil es keine Möglichkeit gebe, aus dem Ratingsystem auszusteigen. Schon gar nicht dürfte die Gefahr durch eine Veränderung des Bewertungssystems gebannt werden, dies könne allenfalls durch gerichtlichen Schutz erfolgen.1151 Ob-

1151 Ernst, MMR 2004, 640.

\textbf{dd) Auswirkungen auf Vertragsverhältnis mit Internetplattform}


Das Kammergericht entschied einen etwas anders gearteten Fall: eBay hatte den Account einer Händlerin gesperrt, den sie eröffnet hatte, nachdem der Account ihres Ehemannes aufgrund negativer Bewertungen gesperrt worden war.\footnote{Herrmann, MMR 2004, 497.} Das KG Berlin stellte klar, dass die Eröffnung eines neuen Accounts zur Umgehung einer bereits erfolgten Sperrung einen schwerwiegenden Verstoß gegen die vertragliche Vertrauensgrundlage darstelle und zur sofortigen Sperrung des neuen Accounts berechtige.

d) \textbf{Die Preisangabenverordnung, die Impressums- und weitere Informationspflichten}

\textbf{Literatur:}

\begin{itemize}
  \item \textit{Bohnenkamp}, Mindestangaben des e.V. auf seinen geschäftlichen Schreiben und E-Mails, NZG 2007, 292;
  \item \textit{Brunst}, Umsetzungsprobleme der Impressumpflicht bei Webangeboten, MMR 2004, 8;
  \item \textit{Buchmann}, Die Angabe von Grundpreisen im Internet, K&R 2012, 90;
  \item \textit{Ernst}, Pflichtangaben in E-Mails – Neue Pflichten durch das EHUG?, ITRB 2007, 94;
  \item \textit{Ernst}, Die Pflichtangaben nach § 1 II PAngV im Fernabsatz, GRUR 2006, 636;
  \item \textit{Glaus/Gabel}, Praktische Umsetzung der Anforderungen zu Pflichtangaben in E-Mails, BB 2007, 1744;
  \item \textit{Häring}, Briefe und E-Mails im Netz,
\end{itemize}

aa) Preisangabenverordnung


Preis durch den Kunden selbst bestimmen lässt.\textsuperscript{1158} Auch müssen sich die Versandkosten in einer Preissuchmaschine wiederfinden.\textsuperscript{1159} Die PAngV ist auch bei Internetteilen verletzt.\textsuperscript{1160}

An die fachliche Sorgfalt eines Internetversandhändlers sind keine geringeren Anforderungen zu stellen als an die eines stationären Lebensmittelzweckhändlers; er kann sich verschuldenunabhängigen Unterlassungsansprüchen wegen fehlender Grundpreisangabe nicht dadurch entziehen, dass er auf im Massengeschäft immer wieder vorkommende Versehens und Nachlässigkeiten sonst zuverlässiger Mitarbeiter oder Beauftragter verweist.\textsuperscript{1161}

Allerdings gebietet das Internet aufgrund seiner technischen Besonderheiten eine flexible Interpretation des Preisangabenrechts. So muss bei einem Reservierungssystem für Linienflüge im Internet nicht bereits bei der erstmaligen Bezeichnung von Preisen der Endpreis angegeben werden; es reicht vielmehr aus, dass der Preis bei der fortlaufenden Eingabe in das Reservierungssystem ermittelt werden kann, solange der Nutzer unmissverständlich darauf hingewiesen wird.\textsuperscript{1162} Es reicht aber nicht aus, wenn am oberen Bildschirmrand auf die Seite „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ mit den dortigen Preisangaben verwiesen wird.\textsuperscript{1163} Auch bei der (zulässigen) Information über Links darf der Link selbst nicht banal mit der Beschriftung „Mehr Infos“ versehen sein.\textsuperscript{1164} Angaben wie die der Versandkosten müssen leicht erkennbar, deutlich lesbar und gut wahrnehmbar sein.\textsuperscript{1165} Es muss auf sie aber nicht auf der Internetseite, die das Warenangebot enthält, hingewiesen werden, sondern es kann sich auch um eine andere Seite handeln.\textsuperscript{1166} Den Verbrauchern ist bekannt, dass im Versandhandel neben dem Endpreis üblicherweise Liefer- und Versandkosten anfallen.\textsuperscript{1167}

Die Versandkosten müssen auch nicht auf der den Bestellvorgang abschließenden „Bestell-Übersicht“ neben dem Warenpreis noch einmal der Höhe nach ausgewiesen werden.\textsuperscript{1168} Verpa-

\textsuperscript{1159} BGH, Urt. v. 16.7.2009 – I ZR 140/07, GRUR 2010, 251 = MMR 2010, 245 = Versandkosten bei Froogle.
\textsuperscript{1162} BGH, Urt. v. 3.4.2003 – I ZR 222/00, MDR 2003, 1367 = CR 2003, 649.

Die nach der Preisangabenverordnung anzugebenden Hinweise auf den Enthalt der Umsatzsteuer im Preis sowie zu zusätzlich anfallenden Liefer- und Versandkosten müssen in einem Webshop nicht auf der gleichen Unterseite angeboten werden, auf der auch die Ware dargestellt wird. Als Argument führte der Erste Senat des BGH an, dass dem Internetnutzer bekannt sei, dass im Versandhandel weitere Kosten anfallen und er auch davon ausgehe, dass der Preis die Umsatzsteuer enthalte. Für die Pflichtangaben reiche es demgemäß aus, „wenn die fraglichen Informationen alsbald sowie leicht erkennbar und gut wahrnehmbar auf einer gesonderten Seite gegeben würden, die

der Internetnutzer bei näherer Befassung mit dem Angebot noch vor Einleitung des Bestellvorgangs aufrufen müsse". 1176

**bb) Impressumspflicht**

Hinzu kommen die **Informationspflichten aus § 5 Abs. 1 TMG**. Diese gelten auch für die bloße Werbung für Waren ohne unmittelbare Bestellmöglichkeit oder sonstige Interaktionsmöglichkeiten. 1177 Für die Frage, ob eine Impressumspflicht besteht ist unerheblich, dass der Internetauftritt noch nicht vollständig aufgebaut und abgeschlossen ist und über ihn selbst noch keine Leistungen in Anspruch genommen werden können. Entscheidend ist, ob der Internetauftritt zum vorliegenden Zeitpunkt bereits den Zweck hatte, wirtschaftliche Interessen zu verfolgen. 1178

Hiernach muss ein Unternehmen auf der Homepage als Minimum angeben1179:

- Firma und Anschrift 1180
- Vorstand 1181
- E-Mail-Adresse 1182
- Angaben zu den zuständigen Aufsichtsbehörden 1183
- Handelsregisternummer
- USt-Identifikationsnummer.

Streitig war lange Zeit, ob auch die Angabe einer *Telefonnummer* vonnöten ist. 1184 Ausdrücklich ist die Telefonnummer im Gesetzesstext nicht erwähnt; nur in der Gesetzesbegründung findet sich ein entsprechender Hinweis darauf. Es war daher umstritten, ob die Angabe einer Telefonnummer

---

1178 LG Aschaffenburg, Urt. v. 3.4.2012 – 2 HK O 14/12, CR 2013, 58.
1180 LG Berlin, Urt. v. 11.5.2010 – 15 O 104/10, MD 2010, 763: auch der Vorname des Firmeninhabers muss vollständig genannt werden.
1182 Nicht notwendig ist die Verwendung eines automatisierten Links zur E-Mail-Anschrift; so Ernst, GRUR 2003, 759.
wirklich erforderlich ist. Der *EuGH* hat auf Vorlage des *BGH*\(^\text{1185}\) entschieden, dass die Angabe einer Telefonnummer im Impressum nicht zwingend notwendig ist.\(^\text{1186}\) Nicht allein die Angabe der Telefonnummer gewährleiste eine schnelle Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation; dazu gebe es auch andere Kommunikationswege. So reiche auch eine im Rahmen des Internetauftritts angebotene elektronische Anfragemaske aus, sofern auf Anfragen der Verbraucher innerhalb von 30 bis 60 Minuten geantwortet wird.\(^\text{1187}\) Nur in Ausnahmefällen, etwa, wenn der Verbraucher/Nutzer des Dienstes nach erster elektronischer Kontaktaufnahme keinen Zugang zum Internet hat (z.B. aufgrund einer Urlaubsreise), muss auf Anfrage des Nutzers ein (nichtelektronischer) Kommunikationsweg angeboten werden, der eine effiziente Kontaktaufnahme im Sinne der Richtlinie bzw. des § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG ermöglicht. Die nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG bestehende Pflicht zur Angabe der „Adresse der elektronischen Post“ meint die Angabe der E-Mail-Anschrift. Diese Pflicht wird weder durch die Angabe einer Telefaxnummer noch durch die Angabe einer Telefonnummer noch durch die Bereitstellung eines – mehrere einschränkende Vorgaben enthaltenden – „Online-Kontaktformulars“ erfüllt.\(^\text{1188}\) Eine wichtige Änderung hat sich allerdings durch die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinie zum 13. Juni 2014 ergeben. Danach ist aufgrund des neuen Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB die Angabe einer Telefonnummer, am besten im Impressum, zwingend.

Die Pflichtangaben, insbesondere nach § 5 Abs. 1 TMG, müssen leicht erkennbar und unmittelbar erreichbar dem Nutzer zugänglich gemacht werden. Es reicht nicht aus, dass die Angaben unter dem Begriff „Backstage“ zu finden sind.\(^\text{1189}\) Auch nicht ausreichend ist die Angabe „Ich freue mich auf Ihre Mails“.\(^\text{1190}\) Streitig ist, ob die Begriffe „Kontakt“ oder „Impressum“ ausreichen.\(^\text{1191}\) Die Informationspflichten gemäß § 5 TMG sind jedenfalls nicht verletzt, soweit die notwendigen Informationen auf der Internetseite auf einer über den Link »Impressum« erreichbaren Unterseite vollständig

---


\(^{1188}\) *KG Berlin*, Urt. v. 7. 5. 2013 – 5 U 32/12, GRUR-RR 2013, 445 = MMR 2013, 591.


\(^{1190}\) *OLG Naumburg*, Urt. v. 13.8.2010 – 1 U 28/10, CR 2010, 682 = MMR 2010, 760; *Rütze*,.


erteilt werden und der Link noch so hinreichend deutlich erkennbar ist, dass die Grenze zur bloßen Erkennbarkeit oder gar zur schlechten Erkennbarkeit noch nicht überschritten ist.\footnote{OLG Hamburg, Beschl. v. 17.1.2012 – 3 W 54/10, MMR 2012, 489 = ZUM-RD 2012, 539.}


Ausreichen ist es auch, wenn ein eBay-Händler auf seiner Shopseite unter der Bezeichnung „mich“ die Angaben be-reithält.\footnote{A.A. z.B. Woitke, NJW 2003, 871, 873, der die Erreichbarkeit auf einen Mausklick beschränken will.}


Die Impressumspflicht gilt nicht für eine „Baustellenseite“ (Webpräsenz noch in Vorbereitung) in Ermangelung einer hinreichenden geschäftlichen Tätigkeit,\footnote{LG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 12 O 312/10, K&R 2011, 281; anders wenn schon einige Leistungen abrufbar sind: LG Aschaffenburg, Urt. v. 3.4.2012 – 2 HK O 14/12, CR 2013, 58.}


\begin{flushright}
1194 Siehe Ernst, GRUR 2003, 759, 760; Schulte, CR 2004, 55, 56.
1195 So Hoenike/Hülsdunk, MMR 2002, 415, 416.
1198 A.A. z.B. Woitke, NJW 2003, 871, 873, der die Erreichbarkeit auf einen Mausklick beschränken will.
1202 OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.11.2008 – 1-20 U 125/08, CR 2009, 267 = MMR 2009, 266.
1204 LG München, Beschl. v. 22.3.2011 – 17 HKO 5636/11.
\end{flushright}

Auch bei einer Präsentation bei auf Facebook 1208 und anderen „social media“-Plattformen ist bei nicht privater Nutzung die Impressumspflicht des § 5 Abs. 1 TMG zu beachten. 1209 Das LG Regensburg verlangt ferner „einen gewissen Grad von Selbständigkeit in Bezug auf die präsentierte Firma“. 1210 Zur Erfüllung der Impressumspflicht reicht es nach Ansicht des LG Aschaffenburg nicht aus, auf die Webseite des Impressumspflichtigen durch Verlinkung zu verweisen. 1211 Es müsse klar werden, auf welches Telemedium sich ein Impressum bezieht. Dieses Merkmal werde durch eine Verlinkung nicht erfüllt.

Der Betreiber eines Internetportals für kostenlose anonyme Kleinanzeigen hat auf Grund einer ihn treffenden wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht Vorkehrungen dafür zu treffen, dass gewerbliche Anbieter ihrer Verpflichtung zur Angabe ihres Namens und ihrer Anschrift (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG) nachkommen. An die insoweit erforderlichen Maßnahmen sind jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es kann ausreichen, dass die Anzeigenkunden vor Abgabe ihres Angebots bei der Anmeldung nachdrücklich angehalten und in diesem Fall zur Angabe ihres Namens und ihrer Anschrift gezwungen werden. 1212 Die Gewährung der Gelegenheit zur Einstellung von Angeboten ohne Sicherungsmaßnahmen zur Einhaltung der Impressumspflicht stellt einen Verstoß gegen die Generalklausel des § 3 UWG dar. Derjenige, der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr in einer ihm zurechenbaren Weise die Gefahr eröffnet, dass Dritte Interes-
sen von Marktteilnehmern verletzen, die durch das Wettbewerbsrecht geschützt sind, kann eine unlautere Wettbewerbshandlung begehen, wenn er diese Gefahr nicht im Rahmen des Zumutbaren begrenzt.\textsuperscript{1213}

Streitig und bis heute ungeklärt ist die Frage, inwieweit ein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben durch Dritte \textit{abgemahnt} werden kann. Unstreitig ist, dass die Informationspflichten verbraucherschützend sind.\textsuperscript{1214} Ein Teil der Rechtsprechung\textsuperscript{1215} sieht § 5 TMG und die anderen Regelungen zu den Informationspflichten als wertneutrale Vorschriften, die weder einem sittlichen Gebot Geltung verschaffen, noch dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter oder allgemeiner Interessen dienen. Die Verletzung wertneutraler Vorschriften ist regelmäßig erst dann wettbewerbswidrig, wenn der Handelnde dabei bewusst und planmäßig vorgeht, obwohl für ihn erkennbar ist, dass er dadurch einen sachlich ungerechtfertigten Vorsprung im Wettbewerb erlangen kann. Durch das Fehlen der nach § 5 TMG erforderlichen Anbieterangaben wird nach Auffassung des \textit{LG Berlin} kein Umsatzgeschäft gemacht, vielmehr sei das Fehlen der Angaben eher kontraproduktiv für Vertragsabschlüsse.\textsuperscript{1216} Anders bejaht das \textit{OLG Hamburg} in der Backstage-Entscheidung das Vorliegen eines unlauter erlangten Wettbewerbsvorteils.\textsuperscript{1217} Nach dem neuen UWG ist in Umsetzung der UGP-Richtlinie klar, dass jeder auch noch so kleine Verstoß gegen die Impressumspflichten wettbewerbsrechtlich geahndet werden kann.\textsuperscript{1218} Aber auch hier ist zu differenzieren. Soweit das TMG bei juristischen Personen zusätzlich die Angabe des bzw. eines Vertretungsberechtigten im Impressum fordert, stellt dies keine Marktverhaltensregelung i. S. von § 4. Nr. 11 UWG dar; es fehlt insoweit an einer hinreichenden Grundlage im Unionsrecht.\textsuperscript{1219}

\textsuperscript{1213} \textit{OLG Düsseldorf}, Urt. v. 18.6.2013 – I-20 U 145/12, GRUR-RR 2013, 433 = MMR 2013, 649.
\textsuperscript{1218} \textit{OLG Hamm}, Urt. v. 2.4.2009 – 4 U 213/08, MMR 2009, 552 = K&R 2009, 504.
\textsuperscript{1219} \textit{KG Berlin}, Beschl. v. 21.9.2012 – 5 W 204/12, AIP 2012, 583 = MMR 2013, 175.
cc) Lieferfristen

Soweit Betreiber von Webshops auf der Homepage **keine Angaben über Lieferfristen** machen, muss der Versand, laut einem Urteil des *BGH*1220 sofort erfolgen. Mangels an einem entsprechenden Hinweis, liegt eine irreführende Werbung i.S.v. § 5 Abs. 5 Satz 1 UWG a.F. vor. Insofern kann man nunmehr auf § 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang Nr. 5 UWG zurückgreifen. Zur Begründung führte der *BGH* an, dass sich der Tatbestand einer unzulässigen irreführenden Werbung maßgeblich nach dem Gesamteindruck bemisst, den der angesprochene Verkehrskreis von der Werbung hat. Dies gelte nicht nur für beworbene Ware im stationären Handel, sondern auch für das Internet. Auch dort erwarte der Verbraucher bei fehlendem Hinweis, dass ihm die Ware unverzüglich und nicht erst in drei bis vier Wochen zugesandt wird. Darin liege auch keine unzumutbare Belastung des Shopinhabers. Schließlich könne er in zulässiger Weise auf eine bestehende Lieferfrist hinweisen. Davon zu unterscheiden ist die nach neuem Verbraucherschutzrecht bestehende Pflicht eines Unternehmers, den Verbraucher gem. § 312d Abs. 1 BGB iVm Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB über den Liefertermin bzw. gem. § 312j Abs. 1 BGB über Lieferbeschränkungen zu informieren. Denn diese Information erfolgt nur zwischen den Vertragsparteien und hat keine Auswirkungen auf möglicherweise wettbewerbswidrigen Angaben auf der Homepage, welche nur durch das UWG vermieden werden sollen.

Es ist AGB-rechtlich nach § 308 Nr. 4 BGB unzulässig, in AGB eine Klausel einzufügen, wonach Lieferfristen unverbindlich sind.1221 Ebenso untersagt ist es, wenn die Lieferzeit nach Zahlungseingang in AGB nicht hinreichend bestimmt ist.1222 Eine AGB-Klausel, mit der eine Lieferzeit mit dem Zusatz „in der Regel“ versprochen wird, ist unwirksam.1223 Gleiches gilt für Änderungsvorbehalte bei unverschuldeter Nichtverfügbarkeit der Ware.1224 Erlaubt sind Hinweise „Lieferung innerhalb 24 Stunden“.1225 Wegen Irreführung verboten ist der Hinweis „Lieferung auf Anfrage“.1226 Soweit ein Online-Anbieter mit Preissenkungen wirbt und diese zeitlich befristet, muss das Ende der Aktion unmittelbar der Offerte zu entnehmen sein. Eine

---


\textbf{dd) Informationspflichten nach Fernabsatzrecht}

Aufgrund des Fernabsatzrechts trifft den Unternehmer im E-Commerce eine Fülle von \textit{Informationspflichten im Verhältnis zum Verbraucher}. Der Umfang dieser Pflichten ist in Art. 246a §§ 1 bis 4 EGBGB zusammengefasst, auf den § 312d Abs. 1 BGB verweist. Auf die wichtige Neuerung hinsichtlich der Telefonnummer im Impressum wurde oben bereits hingewiesen. Weitere wichtige Änderungen seien im Folgenden benannt. Sofern im Auftrag eines Dritten gehandelt wird, ist die Anschrift dieses Unternehmens, an den sich der Verbraucher mit einer Beschwerde richten kann, mitzuteilen; Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB. Wird ein unbefristeter Vertrag oder ein Abonnement-Vertrag geschlossen, so ist nach Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB ein Gesamtpreis anzuge-

\textsuperscript{1227} OLG Stuttgart, Urt. v. 8.2.2007 – 2 U 136/06, MMR 2007, 385 = WRP 2007, 694.
\textsuperscript{1228} BGH, Urt. v. 4.2.2009 – VIII ZR 32/08, MDR 2009, 556 m. Anm. Niebling = GRUR 1009, 506.
ben, der die pro Abrechnungszeitraum anfallenden Gesamtkosten und, wenn für einen solchen Vertrag Festbeträge in Rechnung gestellt werden, ebenfalls die monatlichen Gesamtkosten umfasst. Wenn die Gesamtkosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, ist die Art der Preisberechnung anzugeben. Auch das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienst, Kundendienstleistungen und Garantien sind anzugeben; Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 9 EGBGB. Bei Dauerschuldverhältnissen ist in Gemäßheit mit Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 12 EGBGB die Mindestdauer der Verpflichtung des Verbrauchers anzugeben. Nach Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 14 EGBGB sind dem Verbraucher ggf. Informationen zu der Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte zur Verfügung zu stellen. Soweit wesentlich, sind Beschränkungen der Interoperabilität und der Kompatibilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software mitteilungsbedürftig, soweit diese Beschränkungen dem Unternehmer bekannt sind oder bekannt sein müssen; Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 15 EGBGB. Ist der Unternehmer einem außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren unterworfen, dass der Verbraucher nutzen kann, so bedarf auch dieser Umstand der Mitteilung; Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 16 EGBGB.

Die wettbewerbsrechtliche Relevanz dieser Vorschriften ergibt sich aus § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 UKlaG sowie §§ 3, 8 UWG. Danach sind die Informationspflichten des Fernabsatzrechts verbraucherschützende Vorschriften, deren Nichteinhaltung von den Verbraucherschutzverbänden abgemahnt werden kann.1229 Zur Vermeidung von Wiederholungen sei für die materiellen Voraussetzungen der Informationspflichten im Fernabsatzrecht allerdings auf die Ausführungen in Kapitel 5 „Der Vertragsschluss mit dem Kunden“ verwiesen.

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht


Ganz allgemein gilt es bei der Anwendung des UWG zu berücksichtigen, dass zur Beurteilung der Frage, ob eine Werbung im Internet irreführende Angaben enthält, auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen ist, der der Werbung

die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt.\textsuperscript{1230} Die besonderen Umstände der Werbung im Internet, wie insbesondere der Umstand, dass der interessierte Internet-Nutzer die benötigten Informationen selbst nachfragen muss, sind bei der Bestimmung des Grades der Aufmerksamkeit zu berücksichtigen. Verträge, die unter Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben Handlungspflichten vorsehen, sind regelmäßig nach § 134 BGB nichtig.\textsuperscript{1231}


Der Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen in § 5a UWG begründet darüber hinaus Informationspflichten für Unternehmen. Wonach in § 5a Abs. 1 UWG auch im B2B-Bereich (Business to Business) Anwendung findet, gelten die nachfolgenden Abs. 2–4 nur im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Demnach gilt eine Werbung als unlauter, wenn Informationen in der Werbung, die für den Verbraucher wesentlich sind, fehlen und hierdurch dessen Entscheidungsfähigkeit beeinflusst wird. Eine denkbare Indizwirkung der auf den Umgang mit Verbrauchern beschränkten Regelungen für den B2C-Bereich (Business to Customer), scheint im Hinblick auf die Gesetzesbegründung, den Geschäftsverkehr nicht übermäßig mit Informationspflichten zu belasten,\textsuperscript{1232} zweifelhaft. Eine einschlägige Rechtsprechung zu dieser Frage steht allerdings noch aus.

\textbf{a) Kommerzielle Versendung von E-Mails}

Literatur:


\textsuperscript{1231} OLG München, Urt. v. 16.2.2006 – 29 U 4412/05, GRUR 2006, 603 = NJW-RR 2006, 768.

\textsuperscript{1232} Amtl. Begr. zum RegE, BT-Drs. 16/10 145, S. 25.
Seit das Internet und insbesondere E-Mails boomen, hat auch die Werbung diesen Zweig schnell für sich entdeckt. In zunehmendem Maße wird Werbung per E-Mail, sowohl individuell als auch massenhaft, versandt. Leider handelt es sich in den meisten Fällen jedoch um unerwünschte Post. Man bezeichnet dieses Phänomen als Spamming.


\[1233\] LG Stuttgart, Urt. v. 15.5.2007 – 17 O 490/06, MMR 2007, 668.

te, wäre im außereuropäischen Ausland kaum vollstreckbar. Im Übrigen ist auch die Vollstreckung deutscher Entscheidungen innerhalb der EU oft ein Trauerspiel.


Im Übrigen läßt § 7 Abs. 3 UWG nunmehr ein modifiziertes Opt-out zu, in Umsetzung von Art. 13 Abs. 2 der Datenschutzrichtlinie über elektronische Kommunikation.1236 Werbe-Mails dürfen danach auch versandt werden, wenn der Werbende die E-Mail-Kontaktdaten im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung des Werbenden unmittelbar von seinem Kunden erhalten hat und nunmehr eigene ähnliche Leistungen via Internet bewerben will. Es muss dann aber bei der ersten Bestellung die Möglichkeit zu einem gebührenfreien, einfachen Widerruf eröffnet worden sein. Die Neuregelung entspricht weitgehend der bisherigen Rechtsprechung zu Spam-Mails.1237

Bei der Verfolgung der wettbewerbsrechtlichen Verstöße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist zu beachten, dass Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gem. § 8 Abs. 3 UWG nur Mitbewerbern oder Verbraucherverbänden zustehen. Diese Ansprüche richten sich dabei nicht nur gegen den Inhaber


der Domain, von der aus die Spam-E-Mails versandt wurden, sondern auch gegen das Unternehmen, dessen Internetauftritt sich auf dieser Domain befindet.\textsuperscript{1238}

Dem Empfänger selbst hat der Gesetzgeber aktuell mit § 6 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 16 Abs. 1 TMG ein neues Mittel zur Bekämpfung des E-Mail-Spammings an die Hand gegeben. Danach kann mit einem Bußgeld von bis zu 50 000 Euro (§ 16 Abs. 3 TMG) belegt werden, wer kommerzielle Kommunikation per elektronischer Post versendet und dabei in der Kopf- und Betreffzeile den Absender oder den kommerziellen Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht. Das Spamming wird folglich im TMG als Ordnungswidrigkeit qualifiziert. Die Durchsetzung wird aber auch hier Schwierigkeiten bereiten. So stammt ein großer Teil der Spam-Mails aus dem Ausland. Auch im Inland wird eine Identifikation des Absenders in vielen Fällen unmöglich sein. Es geht dem Gesetzgeber also eher darum, ein Zeichen im Kampf gegen das Spamming zu setzen.\textsuperscript{1239}

Die Zusendung von unerwünschter E-Mail-Werbung an Private verstößt nach einigen Auffassungen auch gegen § 823 Abs. 1 BGB, sofern der Empfänger nicht damit einverstanden ist oder sein Einverständnis auch nicht im Rahmen einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung vermutet werden kann. Sie stellt nach Ansicht des \textit{LG Berlin}\textsuperscript{1240} und des \textit{AG Brakel}\textsuperscript{1241} darüber hinaus einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers dar, gegen den dieser einen Anspruch auf Unterlassung der Zusendung gem. §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB habe. Das \textit{LG Augsburg}\textsuperscript{1242} hatte speziell über die unaufgeforderte E-Mail-Werbung an Privatleute zu entscheiden und bejahte ebenfalls einen Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB. Ein Rechtsverstoß liegt auch dann vor, wenn die Mail eindeutig in der Betreffzeile als Werbung gekennzeichnet und auf Abbestellmöglichkeiten verwiesen wird.\textsuperscript{1243}

Handelt es sich bei Absender und Empfänger einer unaufgeforderten Werbe-E-Mail jeweils um einen Gewerbetreibenden, bejaht das \textit{LG Berlin}\textsuperscript{1244} zudem einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und spricht dem Gewerbetreibenden einen Unterlassungsan-
spruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB gegen den Absender zu. Ein Wettbewerbsverstoß nach §§ 3, 7 Abs. 1, 2 Nr. 3 UWG wird in diesem konkreten Fall trotz Einordnung der Versendung der Werbe-E-Mail als Handlung im geschäftlichen Verkehr verneint, weil Absender und Empfänger in völlig verschiedenen Branchen tätig seien, sodass jeglicher Wettbewerb fehle. Eine Eigentumsverletzung aus § 823 Abs. 1 BGB lehnt das LG Berlin in diesem Fall mit der Begründung ab, der Empfang einer unerwünschten E-Mail beeinträchtige keine materiellen Güter, sondern lediglich Zeit, Arbeitsaufwand und Speicherplatz des betroffenen Empfängers bzw. Computers. Diese Aspekte würden als Vermögensbestandteile jedoch, anders als bei der Telefax-Werbung, bei der das Eigentum an Papier und Toner regelmäßig betroffen sei, nicht dem Eigentumsschutz unterfallen.\textsuperscript{1245} Vereinzelt wird angenommen, dass die bloß vereinzelte Zusendung einer Werbe-E-Mail nicht den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt, der Betroffene folglich ein Hauptsacheverfahren einleiten muss.\textsuperscript{1246} Ein lediglich vermutetes Interesse an der Zusendung einer Werbe-E-Mail reicht nicht aus.\textsuperscript{1247} § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG erlaubt E-Mail-Werbung nur bei einem ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnis. Ein mutmaßliches Einverständnis ist auch bei Werbung, die sich an Unternehmer richtet, nicht ausreichend.\textsuperscript{1248} Bereits die einmalige Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten kann einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.\textsuperscript{1249} Eine als sog. „Opt-in“-Klausel vorformulierte Einwilligung in Werbung ist unwirksam, wenn sie so allgemein gehalten ist, dass sie ohne einen konkreten Bezug die Bewerbung aller möglichen Waren und Dienstleistungen durch einen nicht überschaubaren Kreis von Unternehmen erlaubt.\textsuperscript{1250} Eine Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie in Kenntnis der Sachlage und für den konkreten Fall erklärt wird. Dies setzt voraus, dass der Verbraucher hinreichend auf die Möglichkeit von Werbeanrufen hingewiesen wird und weiß, auf welche Art von Werbemaßnahmen und auf welche Unternehmen sich seine Einwilligung bezieht.\textsuperscript{1251}


\textsuperscript{1246} LG Karlsruhe, Urt. v. 25.10.2001 – 5 O 186/01, MMR 2002, 402.


\textsuperscript{1249} BGH, Beschl. v. 20.5.2009 – I ZR 218/07, CR 2009, 733 = GRUR 2009, 980.


\textsuperscript{1251} BGH, Urt. v. 25.10.2012 – I ZR 169/10, MMR 2013, 380 = NJW 2013, 2683 – Einwilligung in Werbeanrufe II.


Das Erfordernis des Opt-In gilt grundsätzlich auch für die Versendung elektronischer Newsletters. Hier bedarf es regelmäßig auch eines Double-Opt-In in Form einer Bestätigungs-E-Mail. Nur durch die Rücksendung/Aktivierung der Bestätigungs-E-Mail kann der Versender des Newsletters den ihm obliegenden Beweis der datenschutzrechtlichen Einwilligung erbringen. Allerdings wird immer noch darüber gestritten, ob nicht schon die Bestätigungs-E-Mail unzulässige Werbung dar-

---

1255 OLG Düsseldorf; Urt. v. 4.10.2005 – 20 U 64/05, MMR 2006, 171 = CR 2006, 642 (Ls.).
Eine zulässige Check-Mail im Rahmen eines Double-Opt-In-Verfahrens liegt nicht vor, wenn der Versender überhaupt nicht davon ausgeht, der Empfänger habe sich selbst eingetragen, sondern weiß, dass die Adressen von Dritten in ein Formular zur Freundschaftswerbung eingetragen wurden. Inhaltlich liegt keine Check-Mail vor, wenn die E-Mail bereits Werbung enthält.


1262 Siehe in diesem Zusammenhang auch das Problem des Anhängens von Werbung an Free-SMS-Dienste, dazu Remmetz, MMR 2003, 314.


(hier: Platzierung von Bannerwerbung auf der Webseite des Vereins) mittels E-Mail zu empfangen.\textsuperscript{1266}

Die Betroffenen können sich mit aller Härte des Gesetzes gegen Spammer wehren. Sie können und sollten im Bereich B2B deutsche und EU-Provider abmahnen. Ferner besteht nach deutschem Datenschutzrecht ein Auskunftsanspruch des Betroffenen; der Spammer muss offenlegen, woher er die E-Mail-Adresse hat und an wen er sie weiterleitet.\textsuperscript{1267}

Der betroffene Access Provider kann technisch und rechtlich reagieren.\textsuperscript{1268} Zu beachten ist aber, dass er zwar für Wettbewerbsverstöße via Internet nicht haftet, aber zur Sperrung der Nutzung im Rahmen technischer Möglichkeiten verpflichtet ist.\textsuperscript{1269} Den Adressaten trifft allerdings keine Pflicht zur Sperrung/Filterung von Mails.\textsuperscript{1270}

Als \textbf{technische Abwehrmaßnahmen} des Providers kommen z.B. in Betracht:

- Abweisen ausgehender Mails, die von externen Nutzern (außerhalb des eigenen Netzes) zur Weiterleitung übermittelt werden.
- Führen von Signaturen (Hash-Werte) zur Erkennung von inhaltsgleichen Mails, die in großer Zahl an den Mail-Server übermittelt werden.
- Abwicklung des gesamten ausgehenden Mail-Verkehrs über einen Mail-Server, der Mails von unbekannten Absendern nicht weiterleitet.

\textsuperscript{1267} LG Heidelberg, Urt. v. 23.9.2009 – 1 S 15/09, MMR 2010, 66 (red. Ls.).
\textsuperscript{1268} Hoeren, NJW 2004, 3514.
• Umleiten aller Mails, die die Institution von außen erreichen, auf einen einzigen Mail-Server, der mit entsprechendem Aufwand vor Missbräuchen durch Spammer „gesichert“ wird.


Die \textbf{Filterung von Spamseiten} ist rechtlich unbedenklich. Dem Inhaber einer Domain, die unter Verstoß gegen die Richtlinien des Suchmaschinenbetreibers „Google“ mit Hilfe von unzulässigen Brücken- oder Doorway-Seiten in den Trefferlisten der Suchmaschine „Google“ weit oben positioniert ist, steht gegen den Betreiber einer Filtersoftware für „Google“-Recherchen kein Unterlassungsanspruch im Hinblick auf eine Kennzeichnung seiner Domain als Spam zu.\textsuperscript{1272}

\textbf{b) Trennungsgebot}

Von Bedeutung ist im Electronic Business auch das sog. \textbf{Trennungsgebot}, dass in den klassischen Print- und Rundfunkmedien Werbung und redaktioneller Teil klar voneinander zu trennen sind. Das Trennungsgebot ist im Bereich von Fernsehen und Presse u.a. in den Richtlinien des Zentralverban-

LAG Brandenburg, Urt. v. 16.2.2011 – 4 Sa 2132/10.

\textsuperscript{1272} OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2007 – 4 U 142/06, CR 2007, 530 m. Anm. Ernst = NJW 2008, 161.
des der deutschen Werbewirtschaft (ZAW), im Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland (RStV) und in den Landespresse- und Landesrundfunkgesetzen verankert.


Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des KG Berlin. Das KG Berlin hat zu Recht betont, dass das einfache Setzen eines Links von einem redaktionellen Beitrag auf die Internetseiten eines Glücksspielunternehmens nicht verboten werden könne. Sofern mit dem Link


keine werbende Anpreisung verbunden sei, handele es sich noch um journalistische Arbeit zugunsten des Lesers, so dass auch keine Wettbewerbsförderungsabsicht zugunsten des verlinkten Unternehmens unterstellt werden könne.


c) **Hyperlinks**

Literatur:

1279 *BGH*, Urt. v. 6.2.2014 – I ZR 2/11 – GOOD NEWS II.


Diese Benutzung ist in jedem Fall zulässig, wenn der Markeninhaber der Vorgehensweise konkludent hat. Eine solche Zustimmung ist konkludent für die Benutzung fremder Internet-Adressen zu bejahen. Hyperlinks stellen das Kennzeichen des WWW dar. Wer sich und sein Unternehmen im Internet präsentiert, weiß, dass andere Internetteilnehmer durch Hyperlinks auf diese Präsentation verweisen. Er kann sich grundsätzlich nicht dagegen zur Wehr setzen, dass andere auf seine Homepage verweisen. Auch dieses Prinzip hat jedoch Ausnahmen, die im allgemeinen Wettbewerbsrecht begründet sind.

aa) Deep Linking

Fraglich ist, wann das Setzen eines Links ohne Zustimmung gegen § 3 UWG verstößt. Das OLG Celle betrachtete das Setzen zahlreicher Links auf im Internet verstreute Immobilienanzeigen als ein unlauteres Schmarotzen. Das OLG Düsseldorf hingegen sah in der mit dem Link verbundenen Auswahl einzelner Seiten eines fremden Internetangebots keine Lauterkeitsprobleme. Für unzulässig hielt das OLG Hamburg einen Link, der zahlreiche Funktionen einer Datenbank in ein separ-
rates Fenster aufnimmt, obwohl Bookmarking auf das fremde Angebot ausgeschlossen ist.\textsuperscript{1283} Das \textit{LG Hamburg} will im Übrigen generell jedweden Link im B2B-Bereich als unlauter i.S.v. § 3 UWG ansehen.\textsuperscript{1284}


\textbf{bb) Framing bzw. Inline-Linking}


\textsuperscript{1286} \textit{BGH}, Urt. v. 17.7.2003 – 1 ZR 259/00, CR 2003, 920 = MMR 2003, 719 – Paperboy.

In diesen Fällen lohnt sich ein Link-Agreement. Der Inhalt könnte z.B. sein:

„Sie können Links auf unsere Homepage legen. Wir bestehen jedoch darauf, dass unsere Webseiten alleiniger Bestandteil des Browser-Fensters sind. Die Informationen dürfen im Übrigen nicht verändert oder verfälscht werden. Die Vervielfältigung von Texten, Textteilen und Bildmaterial bedarf unserer vorherigen Zustimmung.“

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Aufstellung von „Verlinkungsregeln“, wie sie das Bundesministerium für Gesundheit aufgestellt hat. Hiernach muss jeder Verlinkende nicht nur innerhalb von 24 Stunden nach der Verlinkung dem Ministerium diese Verlinkung mitteilen, außerdem darf die verlinkte Seite aber nicht in einem Rahmen erscheinen, sondern muss vollständig neu geladen werden.

Da der Betreiber einer Seite keine immateriälgüterrechtlichen Ansprüche gegen die Verlinkung auf seine Seite besitzt, könnten Verlinkungsregeln ausschließlich vertragsrechtlich Wirkung entfalten. Hierbei ist jedoch sehr fraglich, ob die reine Darstellung dieser Regeln auf der eigenen Homepage,


\[\text{\textsuperscript{1292}}\] Diese Regeln sind zu finden unter: http://www.bmg.bund.de/cln_040/mn_600110/DE/Linking-Policy/linking-policy-node,param=.html__nnn=true.

271
die ja zumeist an versteckter Stelle erfolgt, die Annahme eines (konkludent) geschlossenen „Verlinkungsvertrages“ rechtfertigt.

cc) Vorspannwerbung und Virtual Malls


d) Meta-Tags und Google AdWords

Literatur:


Das OLG München hat ein solches Verhalten als Markenverletzung angesehen. Eine verbotene Markenbenutzung liege auch vor, wenn jemand im nicht sichtbaren Teil einer Homepage die rechtsverletzende Bezeichnung als Meta-Tag verwende. Ähnlich ist die Rechtslage bei Verwendung von Namen bekannter Persönlichkeiten als Teil der Metaindexierung; hier soll eine Verletzung des Namensrechtes aus § 12 BGB vorliegen.

Anderer Auffassung ist das OLG Düsseldorf. Das Gericht lehnt bei Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags eine Markenrechtsverletzung mangels Erkennbarkeit der unsichtbaren Meta-Tags ab. Auch fehle es an einer Verletzung des UWG, da der Nutzer bei der Eingabe eines Begriffs in die Suchmaschine wisse, dass auch solche Webseiten angezeigt werden, die nur sehr ent-


Zwar liege keine Verletzung des UWG vor. Es handele sich aber bei der Verwendung fremder Kennzeichen im Quelltext trotz der fehlenden Sichtbarkeit um eine Verletzung des § 15 MarkenG. Der BGH hat sich damit der h.M. in Rechtsprechung und Schrifttum angeschlossen.


Schwieriger wird die Lage, wenn jemand ein Recht hat, eine Bezeichnung zu verwenden. Man denke z.B. an einen Miele-­Händler, der die Bezeichnung „Miele“ in seine Meta-­Tags integriert. Der EuGH hat hierzu festgestellt, dass es Händlern markenrechtlich nicht verwehrt werden könne, die
Bezeichnungen von Markenprodukten (einschließlich der Logos) für den Verkauf ihrer Produkte zu verwenden.\textsuperscript{1303} Fraglich ist aber, ob dies zum Beispiel auch den tausendfachen Gebrauch des Wortes „Miele“ in den Meta-Tags abdecken würde. Hier wäre wohl an §§ 3, 4 Nr. 10 UWG zu denken, wenn der Händler sich durch solche Massenverwendungen eines geschützten Begriffs eine ihm (gerade im Verhältnis zum Hersteller) nicht zukommende Position in den Suchmaschinenergebnissen sichert.\textsuperscript{1304} Allerdings ist die Verwendung von Meta-Tags, die keinen sachlichen Bezug zu den auf einer Internetseite angebotenen Informationen und Inhalten aufweisen, nicht per se wettbewerbswidrig, wie das \textit{OLG Düsseldorf}\textsuperscript{1305} gegenüber dem \textit{LG Düsseldorf}\textsuperscript{1306} klargestellt hat. Nach Auffassung des \textit{OLG Thüringen}\textsuperscript{1307} kann einer Nissan-Vertragswerkstatt die Verwendung des Nissan-Logos verboten werden. Das \textit{OLG} wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass trotz entsprechender Erschöpfung § 24 Abs. 2 MarkenG und der darin enthaltene Grundsatz der Irreführungsgefahr zu berücksichtigen seien. Darüber hinaus liege auch ein Verstoß gegen § 5 Abs. 2 und Abs. 3 UWG vor.

Eine weitere Variante zur Manipulation von Suchmaschinen ist das bereits etwas ältere \textbf{Font-Matching}. Dabei werden fremde Marken, fremde Geschäftsbezeichnungen oder irreführende Begriffe in der Hintergrundfarbe (und häufig in sehr kleiner Schriftgröße) in den Text einer Webseite aufgenommen. Der Text kann vom Nutzer nur durch Markieren der entsprechenden Stellen der Webseite oder durch Ansicht des Quelltextes gelesen, aber von Suchmaschinen ausgewertet werden. Das \textit{LG Essen}\textsuperscript{1308} ist der Auffassung, dass Font-Matching wettbewerbsrechtlich unzulässig sei. In dem zu entscheidenden Fall hatte die Beklagte in der beschriebenen Weise etliche tausend Begriffe, die mit dem Inhalt der Webseite in keinem Zusammenhang standen, auf der Webseite platziert. Das \textit{LG Essen} sah in dem Verhalten der Beklagten ein unlauteres Wettbewerbsverhalten i.S.v. § 3 UWG. Es begründete dies damit, dass die Beklagte durch die Verwendung einer Vielzahl beziehungsloser Begriffe erreicht habe, dass ihre Internet-Seiten bei Anwendung der Suchmaschine Google unter den ersten Anbietern benannt werden, und sich so einen Wettbewerbsvorteil gegenüber konkurrierenden Anbietern verschafft habe, die ihre Internet-Werbung ohne manipulative Meta-Tags im Internet präsentieren. Nach dem \textit{BGH} kommt auch ein Berufen auf eine mögliche Er-

\textsuperscript{1304} Vgl. Hartl, MMR 2007, 13.

Entscheiden ist inzwischen, dass die Verwendung von Google AdWords marken- und wettbewerbsrechtlich grundsätzlich nicht untersagt werden kann. Google macht es möglich, kostenpflichtig frei wählbare Keywords, sog. AdWords, anzumelden, nach deren Eingabe durch den Nutzer Werbung am Rande der Trefferliste platziert wird. Bei den Keywords hat man verschiedene Auswahlmöglichkeiten als Anzeigenkunde. Man kann genau passende Keywords wählen („exact match“). Denkbar ist aber auch, passende Wortgruppen („phrase match“) oder weitgehend passende Keywords („broad match“) zu buchen. Das \textit{OLG Braunschweig} geht davon aus, dass bei der Auswahl „broad match“ der Nutzer verpflichtet sei, durch ausschließende Keywords Markenrechtsverletzungen generell auszuschließen. Insofern müsste der Werbetreibende durch Hinzufügung der Keywords (gekennzeichnet durch ein „Minus“) jedwede Markenrechtsverletzung durch zufällige Kombinationsmöglichkeiten bei der Sucheingabe ausschließen.
Der BGH hat die Frage der Verwendung fremder Marken als Keyword für Google AdWords zum Teil geklärt.\textsuperscript{1314} Grundsätzlich sieht der BGH in Google AdWords kein kennzeichenrechtliches Problem, lediglich ein markenrechtliches Verfahren leitete der BGH an den EuGH weiter. So sah der BGH in der Verwendung des Keywords PCB bei Google nur eine beschreibende Angabe, selbst wenn bei zu weiter Gestaltung der Recherche auch die Marke PCB-Pool angezeigt werde.\textsuperscript{1315} Auch sei ein Google AdWord keine Verletzung von Unternehmenskennzeichen, wie etwa bei der Verwendung des Keywords Beta Layout im Verhältnis zu einer gleichlautenden Firma.\textsuperscript{1316} Es fehle insofern an der Verwechselungsgefahr, da der Internetnutzer nicht annehme, dass die im Anzeigentext neben der Trefferliste aufgeführten Anzeigen von dem Inhaber des Unternehmenskennzeichens stammen. Im markenrechtlichen Fall „Bananabay“\textsuperscript{1317} legte der BGH den Fall dem EuGH zur Entscheidung vor. Hier war das Schlüsselwort identisch mit einer fremden Marke und wurde auch für identische Waren und Dienstleistungen genutzt.

Der Französische Cour de Cassation hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es eine markenmäßige Verwendung i.S. v. Art. 5 (1) (a) der Markenrechtsrichtlinie sei, wenn markenrechtliche Begriffe als Keyword verwendet werden.\textsuperscript{1318} Ähnlich hat der österreichische OGH einen Vorlagebeschluss gefasst.\textsuperscript{1319} Hierbei hatte der österreichische OGH ohnehin die Auffassung vertreten, dass es eine Verwechselungsgefahr bei Google AdWords schon deshalb gebe, weil die Überschrift über den entsprechenden Trefferlisten keine hinreichende Kennzeichnung als Anzeigen darstelle. Der EuGH\textsuperscript{1320} entschied, dass derjenige, der bei Google AdWords als Schlüsselwort ein einer Marke eines anderen entsprechendes Zeichen auswählt, die Marke benutzt. Markenrechtliche Abwehransprüche bestünden aber nur dann, wenn aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren von dem Inhaber der Marke oder vielmehr von einem Dritten stammen. Im Kern gehen damit viele zu Recht von der Zulässigkeit von Google AdWords aus; Google selbst hat auch die lange Zeit betriebene Einrichtung entsprechender Sperrlisten von Markenartikelherstellern eingestellt. Das OLG Köln zieht aus der Ent-

\textsuperscript{1314} BGH, Beschl. v. 22.1.2009 – 1 ZR 125/07 – JZ 2009, 856 = MMR 2009, 326 – Bananabay I.
\textsuperscript{1317} BGH, Beschl. v. 22.1.2009 – 1 ZR 125/07 – JZ 2009, 856 = MMR 2009, 326 – Bananabay I.
\textsuperscript{1318} EuGH, Urt. v. 23.3.2010 – C-236/08, C-237/08, C-238/08, GRUR 2010, 445 = K&R 2010, 320.
\textsuperscript{1319} EuGH, Urt. v. 25.3.2010 – C-278/08, MarkenR 2010, 171 = MMR 2010, 313.
scheidung die Konsequenz, dass die Verhinderung von AdWord-Werbung durch den Markenhersteller ihrerseits eine unlautere Behinderung nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG darstelle. In Anwendung der EuGH-Entscheidung hat der österreichische OGH allerdings eine Google AdWords-Kampagne verboten, bei der nicht erkennbar war, dass der Anbieter in keiner Weise mit dem Markeninhaber verbunden ist. Die deutschen Gerichte scheinen sich nun darauf zu kaprizieren, Google AdWords-Kampagnen wegen Verwechslungsgefahr zu verbieten, so dass sich durch die EuGH-Entscheidung letztendlich nichts verändert hat.

Entscheidend ist jedenfalls, dass die Anzeige nicht nur vage, sondern deutlich aufzeigt, dass der Werbende Dritter im Verhältnis zum tatsächlichen Markeninhaber ist.\textsuperscript{1328} Es ist zu empfehlen, sich bei einer Abgabe der Anzeigenschaltung an Dritte jedenfalls die Einflussnahme auf die Auswahl der Keywords zu sichern und die Anzeigen selber möglichst klar und deutlich zu gestalten.

In seiner neuesten Entscheidung urteilte der \textit{EuGH} nun, dass der Gebrauch fremder Markennamen für Werbezwecke im Internet grundsätzlich zulässig sei.\textsuperscript{1329} Somit ist es Unternehmen gestattet, Markennamen ihrer Wettbewerber als Schlüsselbegriffe zu nutzen, um Internetnutzer zu ihren eigenen Werbeanzeigen zu lotsen, sofern es sich bei der Werbung nicht um eine bloße Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen des Inhabers der Marke handelt („Trittbrettfahrer“), die Unterscheidungskraft der Marke („Verwässerung“) oder ihre Wertschätzung beeinträchtigt werden. Im vorliegenden Fall hatte der Blumenversand Interflora gegen das britische Kaufhaus Marks & Spencer geklacht, welches ohne die Zustimmung des Wettbewerbers den Begriff „Interflora“ und ähnliche als Schlüsselwörter bei Google reserviert hatte. Dem \textit{EuGH} zufolge muss nun das britische Gericht prüfen, ob Marks & Spencer damit die Marke seines Wettbewerbers als Trittbrettfahrer ausgenutzt hat. Dies wäre der Fall, wenn es „für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer“ nicht ohne Weiteres zu erkennen sei, „ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen“.

Schließlich sind bei der Nutzung von Google AdWords, wenn auch nur bei nicht eröffnetem Anwendungsbereich des Markenrechtes, auch die Vorgaben des Wettbewerbsrechts (UWG) zu beachten.\textsuperscript{1330} Maßgeblich sind daher die vom \textit{BGH} ebenfalls in der Entscheidung „Beta Layout“ angeführten Grundsätze. Nach diesen liegt jedenfalls dann, wenn die fremde Marke nicht in der Anzeige genannt wird und diese bloß im Anzeigenteil der Trefferliste aufgeführt wird, weder eine Behinderung unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs noch unter dem Gesichtspunkt der Rufausbeutung gem. §§ 8, 4 Nr. 10 UWG vor. Der Grund dafür ist, dass bei dieser Gestaltung der Trefferliste und der Anzeige weder auf den potenziellen Kunden unangemessen eingewirkt wird, noch der Kunde eine Verbindung zwischen der Marke und den beworbenen Waren herstellt. Ohne hinzutreten weiterer, verschleiernder Umstände ist für den Internetnutzer auch der Werbecharakter der Anzeige zu


\textsuperscript{1330} So auch \textit{EuGH}, Urt. v. 11.7.2013 – C 657/11, GRUR 2013, 1049 = K&R 2013, 579 – bestlasersorter.com
erkennen, so dass auch eine nach § 5 UWG unlautere Irreführung nicht anzunehmen ist. Letztlich ist noch unter dem Gesichtspunkt der unlauteren vergleichenden Werbung nach § 6 UWG zu beachten, dass die jeweiligen Produkte in der Anzeige nicht ausdrücklich nebeneinander, etwa hinsichtlich ihrer Vorzüge oder ihrer Nachteile, dargestellt werden sollten.

e) Sonstige wettbewerbsrechtliche Werbebeschränkungen

Ein Internetdienst, der Personen zusammenführt, um gemeinsam verbilligte Gruppentarife der Deutschen Bahn zu nutzen (sog. Kartenfuchs), verstoßt nicht gegen § 3 UWG. Insbesondere liegt insofern weder ein unlauterer Behinderungswettbewerb noch die Übernahme fremder Leistungen vor.\textsuperscript{1331}

Das Angebot, eine \textit{kostenlose Registrierung einer „.de“-Adresse} durchzuführen, verstoßt auch unter dem Gesichtspunkt der Wertreklame nicht gegen § 3 UWG.\textsuperscript{1332} Das \textit{LG Hamburg} hat einen Internetdienst untersagt, der es Kunden von eBay erlaubt, erst kurz vor dem Auktions-Ende selbsttätig Gebote auf Verkaufsangebote abzugeben (sog. Sniper).\textsuperscript{1333} Diese Sniper seien zum einen als sittenwidriges Verleiten zum Vertragsbruch anzusehen; denn die Nutzung des Dienstes setze die Weitergabe von Nutzernamen und Passwort voraus, was den AGB von eBay widerspreche. Zum zweiten sei das Sniping eine unlautere Absatzbehinderung zu Lasten des Auktionshauses.

Das \textit{LG Düsseldorf}\textsuperscript{1334} hat entschieden, dass \textit{Popup-Fenster}, die sich öffnen, wenn ein Internutzer eine Webseite verlassen möchte, gem. §§ 3, 7 UWG unlauter seien und damit gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen. Diese Art der unfreien „Werbung“ wird vor allem von Anbietern aus dem Erotik- und Glücksspiel-Bereich verwendet, um die Surfer auf den entsprechenden Webseiten festzuhalten. Die Richter vergleichen dies mit der Werbung durch unerwünschte E-Mails, weil der Surfer auch hier gegen seinen Willen gezwungen werde, Informationen und Angebote wahrzunehmen. Anders ist die Situation aber, wenn eine Pop-Up-Werbung nach wenigen Sekunden automatisch verschwindet.\textsuperscript{1335}

Nicht wettbewerbswidrig ist der Einsatz von Werbeblockern. Der BGH\textsuperscript{1336} hat die Zulässigkeit eines Tools bejaht, das Fernsehwerbungen ausfiltern kann (sog. Fernsehfee); ein solches Tool verstoße weder wegen Produktbehinderung noch wegen Behinderung des Werbemarktes gegen § 3 UWG. Das Urteil ist auch auf den Webwasher übertragbar, der Bannerwerbung und Popups unterdrückt.


Mit dem Kartenweiterverkauf trotz AGB-mäßigen Weiterveräußerungsverbots beschäftigte sich auch der BGH in seiner Entscheidung bundesligakarten.de.\textsuperscript{1339} Das Gericht urteilte, dass der Er-

werb von Tickets, für die ein Weiterveräußerungsverbot gelte, mit der Absicht, diese anschließend weiterzuverkaufen als unzulässiger Schleichbezug nach § 4 Nr. 10 UWG wettbewerbswidrig sei. Der Erwerber könne die Tickets dann nur unter Täuschung über seiner Wiederverkaufsabsicht erwerben.

Sobald die weiterveräußerten Karten zunächst von einem Dritten erworben wurden, der die Karten anschließend an einen kommerziellen Weiterverkäufer veräußert, wird relevant, ob die Karten personalisiert sind. Personalisierte Tickets fallen unter § 808 BGB, was zur Folge hat, dass die Übertragung durch Abtretung der Rechte gegen den Veranstalter nach §§ 398 ff. BGB erfolgt. Das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier. Demnach kann hier nach § 399 BGB ein allgemeines Abtretungsverbot vereinbart werden, was zur Folge hat, dass Rechteübertragungen an Dritte unwirksam sind, das Ticket also gar nicht weiterveräußert wird. Demgegenüber fallen nichtpersonalisierte Tickets unter § 807 BGB. Diese werden also durch Übergabe und Übereignung des Papiers übertragen. Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier. Vertragliche Weiterveräußerungsverbote entfallen in diesem Fall keine dingliche Wirkung, sodass eine Weiterveräußerung zwar im Innenverhältnis zwischen Anbieter und Ersterwerber vertragswidrig ist, sie jedoch einer wirksamen Übertragung an den Weiterveräußerer nicht entgegenstehen.


In jüngerer Zeit häufen sich gerichtliche Auseinandersetzungen zur Frage der nach § 184 StGB notwendigen \textit{Altersverifikation im Pornobereich}\.\textsuperscript{1341} Das BVerwG\textsuperscript{1342} weist darauf hin, dass eine zuverlässige Alterskontrolle anzunehmen sei, wenn vor oder während des Vertragsschlusses ein persönlicher Kontakt mit dem späteren Kunden und in diesem Zusammenhang eine zuverlässige Kontrolle seines Alters anhand amtlicher und mit Lichtbild versehener Dokumente vorgenommen

\begin{footnotesize}
\footnotesize
\begin{itemize}
\item[1341] Siehe dazu die gute Problemübersicht bei http://www.coolspot.de/avs/.
\end{itemize}
\end{footnotesize}

Wird in einem für Kinder ab sieben Jahren konzipierten Internetportal auf der Unterseite „Spielen“ mittig zwecks Bewerbung eines Joghurt-Produkts die Animation eines Schneebällchen werfenden Elches mit der Aufforderung „Klick und wirf zurück“ platziert, so ist dies unlauter, wenn das nicht


von Beginn an hinreichend deutlich als Werbung gekennzeichnet ist.\textsuperscript{1346} Für den hier erforderlichen Grad an Deutlichkeit ist in Rechnung zu stellen, dass Kinder dieses Alters in der Regel eine vergleichsweise schwächere Aufmerksamkeits- und Lesekompetenz, dafür aber einen umso stärkeren Spieletrieb haben, welcher gerade für „bewegte Bilder“ besonders anfällig ist.

Die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen, ist stets unzulässig im Sinne von § 3 Abs. 3 UWG (vgl. Nr. 28 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG). Eine Werbung, die sprachlich von einer durchgängigen Verwendung der direkten Ansprache in der zweiten Person Singular und überwiegend kindertypischen Begrifflichkeiten einschließlich gebräuchlicher Anglizismen geprägt wird, richtet sich in erster Linie gezielt an Kinder und ist daher verboten.\textsuperscript{1347}

Das \textit{OLG Frankfurt}\textsuperscript{1348} hat entschieden, dass ein Konkurrent nicht eine (fast) \textbf{identische Hotline-Rufnummer} nutzen darf; damit sei typischerweise ein unlauteres Abfangen von Kundenströmen verbunden. Eine Ausnahme gelte dann, wenn der Kunde bei Beginn des Telefonats einen deutlichen Hinweis auf die Fehlleitung bekommt. Das \textit{OLG Hamm}\textsuperscript{1349} wies darauf hin, dass die \textbf{Ausgrenzung von IP-Adressen} eines Mitbewerbers unzulässig sei.


Es liegt ein Wettbewerbsverstoß (§§ 4 Nr. 7 und 10 UWG) vor, wenn Mitarbeiter von Mitbewerbern auf Social Media Plattformen durch gezielte Zusendung von Nachrichten von Nachrichten abgeworben werden sollen.\textsuperscript{1351} Im vorliegenden Fall stritten zwei konkurrierende Personaldienstleistungsunternehmen. Der Beklagte hatte zwei Mitarbeiter des Klägers mit der Nachricht "Sie wissen ja hoffentlich, in was

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1346} KG Berlin, Urt. v. 15.1.2013 – 5 U 84/12, MDR 2013, 543 = MMR 2013, 515.
\item \textsuperscript{1347} BGH, Versäumnisurt. v. 17.7.2013 – 1 ZR 34/12, CR 2014, 196 = NJW 2014, 1014.
\item \textsuperscript{1348} OLG Frankfurt, Urt. v. 11.9.2008 – 6 U 197/07, GRUR-RR 2009, 65 = K&R 2009, 204.
\item \textsuperscript{1349} OLG Hamm, Urt. v. 10.6.2008 – 4 U 37/08, CR 2009, 121 = MMR 2009, 269.
\item \textsuperscript{1350} OLG Köln, Urt. v. 6.5.2009 – 6 U 223/08, GRUR-RR 2009, 339 = MMR 2009, 695.
\item \textsuperscript{1351} LG Heidelberg, Urt. v. 23.5.2012 – 1 S 58/11, K&R 2012, 537 = MMR 2012, 607.
\end{itemize}

3. Prozessuale Fragen

Ein Wettbewerbsprozess, der sich mit der Zulässigkeit einer Werbeaussage im Internet beschäftigt, hat eine Reihe besonderer **verfahrensrechtlicher Schwierigkeiten**. So ist zu beachten, dass eine genaue Bezeichnung der inkriminierten Homepage notwendig ist. Im Hinblick auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist es wichtig, die URL der Seite, d.h. die genaue Bezeichnung der Domainadresse inklusive sämtlicher Sub-Domains, genau zu kennzeichnen; der bloße Verweis auf die zentrale Einstiegsseite dürfte problematisch sein. Auch der Inhalt der zu ahndenden Seite ist im Antrag wiederzugeben, z.B. durch lesbare Ausdrucke der Seiten zum angegriffenen Zeitpunkt. Dies ist besonders deshalb wichtig, weil Homepages jederzeit leicht und unauffällig veränderbar sind, sodass eine genaue Bestimmung im Nachhinein unmöglich wird.


Als sehr ärgerlich erweisen sich die zunehmenden **Abmahnwellen**, etwa im Hinblick auf Stadtkarten, die Verwendung von Kfz-Domains oder die Verletzung von Informationspflichten. Meist versuchen (vermeintlich) clevere Anwälte oder Geschäftsleute hier eine neue Einnahmequelle aufzubauen, indem sie massenhaft solche Verstöße abmahnen und die Erstattung ihrer Gebühren verlangen. Grundsätzlich sind die Kosten für eine Abmahnung zu erstatten; die Anspruchsgrundlage ergibt sich im Allgemeinen (wenn auch in zweifelhafter Weise) aus dem Gedanken der Geschäftsführung ohne Auftrag. In § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ist ein spezieller Erstattungsanspruch hinsichtlich der für eine wettbewerbsrechtlich begründete Abmahnung erforderlichen Aufwendungen normiert. Allerdings neigt die Rechtsprechung immer mehr dazu, eine Kostenerstattungspflicht bei

1352 **LG Hamburg**, Urt. v. 27.1.2004 – 315 O 627/03 (Anerkenntnisurteil ohne Gründe) (n.v.).

Das AG Charlottenburg vertritt die Auffassung, dass einem abmahnenden Rechtsanwalt bei einer berechtigten Abmahnung wegen Urheberrechtsverletzung nur eine pauschale Aufwandsentschädigung in Höhe von 100 Euro zustehe, wenn bereits vorher zahlreiche gleichlautende Abmahnungen wegen eines gleichartigen Verstoßes verschickt wurden. Begründung: In diesem Fall liege ein Musterformular vor und die Ausarbeitung einschließlich Ermittlung der Kontaktdaten des Verletzers kann ggf. durch eine Sekretärin erfolgen. Das LG Freiburg hat bei einer einfachen Konstellation des Domain-Grabbings einen Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten abgelehnt. Bei diesem Urteil handelt es sich aber wohl um einen Ausnahmefall, da die Domain einerseits ausschließlich für die private Nutzung gedacht war und es sich andererseits um ein (relativ) unbekanntes Kennzeichen gehandelt hat. Das LG Freiburg setzte dabei die Sorgfaltspflichten für einen Internetnutzer, der eine private Domain betreibt, deutlich niedriger an als bei geschäftlichen Domains, bei denen eine Suche nach möglicherweise entgegenstehenden Kennzeichen erforderlich sei. Nicht berücksichtigt wurde dabei vom LG Freiburg der Grundsatz, dass es sich bei den Abmahnkosten um nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzende Kosten handelt, da es auch im Interesse des Verletzers ist, einen Anwalt mit der Überprüfung des Sachverhaltes zu beauftragen. Insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob es sich um vorsätzliches Domain-Grabbing han-


delt oder nicht, erscheint die Prüfung durch einen Anwalt angebracht, sodass aus diesen Überlegungen die Auferlegung der Anwaltskosten angebracht erscheint.

Der Streitwert für Rechtsverletzungen im Bereich der Informationspflichten wird von einigen Gerichten zunehmend kleiner angesetzt. Für die Festlegung des Streitwertes bei fehlerhaften Angaben der gesetzlichen Informationspflichten bei Fernabsatzgeschäften sei zwar das wirtschaftliche Interesse des sich gesetzeskonform verhaltenden Mitbewerbers zu berücksichtigen. Gleichfalls müsse aber beachtet werden, wie sich der gerügte Wettbewerbsverstoß tatsächlich zwischen den beiden Konkurrenten ausgewirkt habe. Entscheidend sei dabei auch die „Größe des Marktes und die Vielzahl der Markteilnehmer“. Demnach sei der Streitwert höchstens auf bis zu 900 Euro festzulegen, wenn die Parteien im Internet Gold- und Silberschmuck verkaufen.\(^\text{1366}\) Anders argumentiert das OLG Hamburg:\(^\text{1367}\) Da Mitbewerber, die sich um ein rechtstreues Verhalten hinsichtlich der ordnungsgemäßen Aufklärung von Verbrauchern bei Onlinegeschäften kümmern, „gegebenenfalls auch Geld für Beratungsleistungen“ aufwenden müssten, verschlechtere sich ihre Rechtsposition gegenüber Konkurrenten, die sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben halten. Da „eine erhebliche Gefahr zunehmender Nachlässigkeit“ in diesem Bereich zu besorgen sei, rechtfertige die Nichteinhaltung von Informationspflichten einen Streitwert von 5000 Euro.\(^\text{1368}\)

Zu beachten ist ferner, dass eine Abmahnbefugnis eines Mitbewerbers i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG voraussetzt, dass der Abmahnende ausreichend glaubhaft macht, Gewerbetreibender zu sein. Dazu gehört bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch die Glaubhaftmachung einer ausreichenden, bereits in ausreichendem Umfange aufgenommenen, auf Dauer gerichteten geschäftlichen Betätigung, die im Falle des behaupteten Handels auch von einer ausreichenden Gewinnerzielungsabsicht getragen sein muss. Erforderlich sind daher konkrete Angaben zu den angeblichen Gewerbetätigkeiten; etwa in Bezug auf Kundenstamm, Anzahl der Geschäftsvorfälle oder Umsatzzahlen.\(^\text{1369}\)


\(^{1368}\) Siehe auch OLG Hamm, Beschl. v. 28.3.2007 – 4 W 19/07, CR 2008, 197 das (und im Folgenden auch die Instanzgerichte im Bezirk) sogar von einem Streitwert von 30 000 Euro ausgeht.

Das Landgericht Düsseldorf\textsuperscript{1370} hat darauf hingewiesen, dass Abmahngebühren in einem Wettbewerbsprozess nur geltend gemacht werden können, wenn eine \textit{schriftliche Vollmacht} der Gegenseite übermittelt worden ist.

Fünftes Kapitel: Der Vertragsschluss mit dem Kunden

I. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:


Im Internet wird eine Reihe von Verträgen mit grenzüberschreitendem Charakter geschlossen. Auf diese darf nicht einfach das deutsche Vertragsrecht angewendet werden. Vielmehr ist nach den Regeln des Internationalen Privatrechts das Vertragsstatut, also das auf den Vertrag anwendbare Recht zu bestimmen.

1. UN-Kaufrecht


Neben diesem sachlichen Anwendungsbereich muss der örtliche Anwendungsbereich eröffnet sein. Art. 1 Abs. 1 CISG erfordert, dass die Kaufvertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, also ein grenzüberschreitender Kauf vorliegt. Zudem muss der Kauf Verbindung zu mindestens einem Vertragsstaat aufweisen. Dies ist der Fall, wenn die Parteien die Niederlas-

¹³⁷² Vgl. MüKo/Martiny, BGB, Art. 1 CISG, Rz. 15.
¹³⁷³ MüKo/Martiny, BGB, Art. 1 CISG, Rz. 15; Staudinger/Magnus (2005), Art. 1 CISG Rz. 42 f.
sung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art. 1 Abs. 1 Buchst. a CISG), oder die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen (Art. 1 Abs. 1 Buchst. b CISG). Da mit Ausnahme von Großbritannien alle wichtigen Nationen Vertragsmitglieder sind, wird der räumliche Anwendungsbereich bei vielen über das Internet geschlossenen Warenkaufverträgen eröffnet. Zwar erlaubt Art. 6 CISG, von den Regeln der CISG abzuweichen bzw. ein nationales Recht als Vertragsstatut zu bestimmen; liegt jedoch eine Rechtswahl zu Gunsten eines Staates vor, der Vertragsmitglied ist, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese Rechtswahl das gesamte Recht und damit auch die zu innerstaatlichem Recht gewordene CISG umfasst. Soll also zum Beispiel deutsches materielles Recht auf den Vertrag anwendbar sein, so hat die Rechtswahl unter eindeutigem Ausschluss des UN-Kaufrechts zu erfolgen.

2. Grundzüge der Rom I-VO


---

1376 MüKo/Martiny, BGB, Art. 6 CISG, Rz. 80. 
1378 Palandt/Thorn, BGB, Vorb. zu Art. 1 Rom I-VO, Rz. 1. 
1379 Die Regelungen des EGBGB bleiben jedoch weiterhin für Altverträge anwendbar – mit der Folge, dass für eine lange Übergangszeit zwei kollisionsrechtliche Systeme nebeneinander anwendbar bleiben. 
1380 jurisPK/Ringe, BGB, Art. 3 Rom I-VO Rz. 16.
re die Vereinbarung eines Gerichts- oder Schiedsstandes soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein.\textsuperscript{1381}

Wenn die Parteien keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl getroffen haben, kommt als Auffangregelung Anknüpfung an die \textit{charakteristische Leistung} zum Tragen.\textsuperscript{1382} Sie kommt in \textbf{Art. 4 Rom I-VO} zum Ausdruck und findet Anwendung, sofern kein besonderer Vertrag nach Art. 5–8 Rom I-VO vorliegt. Anknüpfungspunkt ist dabei grundsätzlich der \textit{gewöhnliche Aufenthalt} des Marketers, also der absetzenden Person, wobei allerdings durch die detaillierten Regelungen für \textit{einzeln Vertragstypen} in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO das Kriterium der „vertragscharakteristischen Leistung“ gestärkt werden soll.\textsuperscript{1383} Bei Unternehmen findet für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes Art. 19 Rom I-VO Anwendung, der auf den Sitz der Hauptverwaltung oder Niederlassung abstellt.

Sofern also die Art. 3 sowie 5–8 Rom I-VO (für Beförderungs-, Verbraucher-, Versicherungs- sowie Individualarbeitsverträge) nicht einschlägig sind, ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei dem zu beurteilenden Sachverhalt nicht um einen in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO genannten Vertragstyp handelt. Hervorzuheben wäre da in etwa die Regelung in \textbf{Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Rom I-VO} zu \textit{Kaufverträgen} über bewegliche Sachen (zu Software Vgl. oben). Hierbei ist jedoch, wie oben bereits erwähnt, insbesondere zu beachten, dass die Regelungen des CISG gem. Art. 25 Rom I-VO vorrangig Anwendung finden.\textsuperscript{1384} Jedoch behält die Regelung des Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Rom I-VO ihre Bedeutung, sofern die Parteien die Anwendung des CISG ausgeschlossen haben und auch für die Ausfüllung von Lücken ist das anwendbare Recht weiterhin nach den Regeln des IPR der lex fori (in unserem Fall also auch nach Art. 4 Rom I-VO) zu bestimmen.\textsuperscript{1385}

Gewisse Probleme tauchen jedoch auf, sofern kein besonderer Vertragstyp gem. Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO einschlägig ist, oder die Bestandteile des zu beurteilenden Vertrags durch den Tatbestand mehrerer solcher Vertragstypen abgedeckt werden. Denn dann kommt die \textbf{Auffangklausel des Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO} zum Tragen, wonach an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erbringers der \textit{charakteristischen Leistung} angeknüpft wird. Charakteristisch ist dabei die Leistung, die dem

\textsuperscript{1381} Vgl. Erwägungsgrund 12 der Rom I-VO; jurisPK/Ringe, BGB, Art. 3 Rom I-VO Rz. 19 m.w.N.; BGH, Urt. v. 1.7.1964 – VIII ZR 266/62, WM 1964, 1023.
\textsuperscript{1382} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 4 Rom I-VO Rz. 10.
\textsuperscript{1383} 1, 4; Vgl. Grünbuch der Kommission, KOM(2002) 654, S. 30 f.
\textsuperscript{1384} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 4 Rom I-VO Rz. 14; MüKo/Martiny, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 7; Palandt/Thorn, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 5.
\textsuperscript{1385} Palandt/Thorn, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 5.
betreffenden Vertragstyp seine Eigenart verleiht und seine Unterscheidung von anderen Vertragstypen ermöglicht.\textsuperscript{1386}

Allerdings ist gerade diese Zuordnung der charakteristischen Leistung insbesondere im Hinblick auf Verträge über \textit{Immaterialgüter} heftig umstritten.\textsuperscript{1387} So wird bei Verpflichtungen zur Übertragung von Urheberrechten sowie bei \textit{Lizenzverträgen} einerseits vertreten, dass es an sich der Urheber bzw. der Lizenzgeber sei, der die charakteristische Leistung erbringe.\textsuperscript{1388} Wird indes ein ausschließliches Recht übertragen oder verpflichtet sich der Rechteerwerber zur Verwertung bzw. Ausübung, so soll andererseits nach weit verbreiteter Ansicht der Erwerber bzw. der Lizenznehmer die charakteristische Leistung erbringen.\textsuperscript{1389}

Es gibt auch Konstellationen, in denen die Anknüpfung gem. Art. 4 Abs. 1, 2 Rom I-VO unangemessen erscheint. Sofern es sich aus der Gesamtheit der Umstände also ergibt, dass der Vertrag trotz der vorgenommenen objektiven Anknüpfung zum Recht eines anderen Staates eine \textit{offensichtlich engere Verbindung} aufweist, so soll nach \textbf{Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO} dieses Recht Anwendung finden. Dabei soll diese Ausweichklausel eine enge Ausnahme und restriktiv auszulegen sein.\textsuperscript{1390} So kann diese z.B. greifen, wenn die Anknüpfung nach Abs. 1, 2 willkürlich und isoliert erscheint und mit Ausnahme der Regelanknüpfung alle anderen Hinweise auf eine andere Rechtsordnung verweisen (vgl. insbes. Erwägungsgrund 20 der Rom I-VO).\textsuperscript{1391}

Zuletzt kommt in manchen Fällen allerdings auch \textbf{Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO} zum Tragen: schlägt nämlich eine Anknüpfung nach den Absätzen 1 und 2 fehl, so findet das Recht des Staates Anwendung zu dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist.\textsuperscript{1392} Dabei können wie bei Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO alle für den Abschluss und die Erfüllung relevanten Gesichtspunkte als Indizien von Bedeutung sein (Vgl. insbes. Erwägungsgrund 21 der Rom I-VO).\textsuperscript{1393}

3. \textbf{Kollisionsrecht und Verbraucherschutz}

Literatur:

\textsuperscript{1386} MüKo/Martiny, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 148; Palandt/Thorn, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 22.

\textsuperscript{1387} Palandt/Thorn, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 28.

\textsuperscript{1388} So Palandt/Thorn, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 28; Soergel/v. Hoffman, BGB, 28 EGBGB, Rz. 495, 501; Wagner, IPRax 2008, 377.

\textsuperscript{1389} Vgl. MüKo/Martiny, BGB, Art. 4 Rom I-VO, Rz. 202, 225 m.w.N.

\textsuperscript{1390} Leible/Lehmann, RlW 2008, 528, 536; jurisPK/Ringe, BGB, Art. 4 Rom I-VO Rz. 53.

\textsuperscript{1391} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 4 Rom I-VO Rz. 57.

\textsuperscript{1392} Nicht zu verwechseln mit Art. 4 Abs. 3, der gerade dann Anwendung findet, wenn die Regelanknüpfung der Abs. 1, 2 greift, jedoch aufgrund offensichtlich engeren Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung unangemessen erscheint.

\textsuperscript{1393} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 4 Rom I-VO Rz. 62.


Seit der Aufhebung1394 der Art. 27–37 EGBGB a.F. Ende 2009 erfolgt die Ermittlung der anwendbaren Kollisionsvorschriften nun europaweit einheitlich nach der sog. „Rom I-VO“ (Verordnung EG (Nr.) 593/2008), die als Verordnung ohne Umsetzung unmittelbar Wirkung in den Mitgliedstaaten entwickelt. Für Verbraucherverträge gilt hierbei nun insbesondere Art. 6 Rom I-VO.

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, gilt bei Verbraucherverträgen das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO). In diesem Zusammenhang ergeben sich bei Vertragsschlüssen im Internet weder Probleme noch Besonderheiten.


Sachlich unterliegen grundsätzlich sämtliche Vertragsarten der Sonderreglung des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO. Lediglich der Ausnahmekatalog gem. Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO ist zu beachten. Besonderheiten für den Vertragsschluss im Internet ergeben sich aus diesem jedoch nicht.

1394 Die Aufhebung erfolgte durch das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des internationalen Privatrechts an die Verordnung EG (Nr.) 593/2008 v. 25.6.2009.

Hierbei kommt es nicht auf die eingesetzten Medien an. Entscheidend ist allein die Ausrichtung der Tätigkeiten. Internet-Angebote sind allerdings regelmäßig nicht speziell auf ein bestimmtes Staatsgebiet gerichtet, sondern an die ganze Welt adressiert. Jedoch wird die Ansprache im Internet zumindest auch als individuell an den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers gerichtet empfunden und es wäre zudem widersprüchlich, wenn sich der Anbieter die Internationalität des Mediums nicht rechnen lassen müsste. Das Risiko, einer Vielzahl von Rechtsordnungen unterworfen zu sein (Overspill-Risiko), muss grundsätzlich derjenige tragen, der sich eines transnationalen Mediums bedient. Daher genügt es für die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, dass die Internet-Angebote zumindest auch auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers abzielen.


Zu beachten ist, dass Art. 46b EGBGB allein die Anwendbarkeit solcher Normen regelt, die in Anwendung von Verbraucherschutzrichtlinien ergangen sind. Diese sind in Art. 46b Abs. 3 EGBGB abschließend aufgeführt. Diese Liste kann jedoch nach Bedarf vom Gesetzgeber erweitert werden. Zudem ist die Aufzählung „dynamisch“ ausgestaltet: verwiesen wird jeweils auf die Sekundärrechtsakte „in ihrer jeweils geltenden Fassung“.

Art. 46b EGBGB erfasst nur solche Sachverhalte, in denen eine Rechtswahl zu Gunsten des Rechts eines Drittstaats vorliegt. Nicht erfasst werden Sachverhalte, für die das Recht eines Drittstaats aufgrund objektiver Anknüpfungspunkte maßgeblich ist: Diese kann keine Partei zu ihren Gunsten beeinflussen, ein besonderer Schutz des Verbrauchers ist daher nicht erforderlich.

Art. 46b EGBGB greift demnach ein, wenn:

- der **Vertrag kraft subjektiver Anknüpfung** (also Rechtswahl) nicht dem Recht eines Mitgliedstaats oder Vertragsstaats des EWR unterliegt und
- der Vertrag einen **engen Zusammenhang** „mit dem Gebiet eines dieser Staaten“ aufweist.


Art. 46b Abs. 2 EGBGB nennt Regelbeispiele für das Vorliegen eines „**engen Zusammenhangs**“. Ein solcher liegt nach Art. 46b Abs. 2 Nr. 1 EGBGB mit dem EU- bzw. EWR-Staat vor, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat und in dem ein Unternehmer eine berufliche bzw. gewerbliche Tätigkeit ausübt. Weiterhin ist nach Art. 46b Abs. 2 Nr. 2 EGBGB ein solcher enger Zusammenhang anzunehmen, wenn der Unternehmer eine solche Tätigkeit auf einen Mitglied- oder Vertragsstaat ausrichtet. Dies entspricht im Wesentlichen dem Wortlaut des Art. 6 Rom I-VO und sollte damit in diesem Sinne ausgelegt werden.
Probleme ergeben sich, wenn auf ein mitgliedstaatliches Recht verwiesen wird, in dem eine Richtlinientransformation bisher unterblieben ist oder ein Sekundärrechtsakt zwar rechtzeitig, aber unzutreffend umgesetzt wurde. Führt Art. 46b Abs. 1 EGBGB zur Anwendung eines zwar mitgliedstaatlichen, aber richtlinienwidrigen Rechts, so muss der deutsche Richter zunächst versuchen, dieses Recht anhand des landeseigenen Methodenkanons richtlinienkonform zu interpretieren. Ist dies ausgeschlossen, verbleibt dem Verbraucher nur der Weg einer Staatshaftungsklage gegen den säumigen Mitgliedstaat.\textsuperscript{1395}

4. Sonderanknüpfungen

Eingeschränkt wird die Bestimmung des Vertragsstatuts nach Art. 3, 4 Rom I-VO jedoch auch durch den speziellen \textit{Vorbehalt des Art. 9 Rom I-VO} zugunsten der Anwendung von \textit{Eingriffsnormen} des Rechts des angerufenen Gerichts. Eine Eingriffsnorm ist dabei eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.

Bereits aus dieser Definition lässt sich erkennen, dass es das erklärte Ziel des Gesetzgebers ist, den Anwendungsbereich des Eingriffsrechts zu reduzieren.\textsuperscript{1396} Es kommt somit entscheidend darauf an, ob ein Staat die Norm als so entscheidend für die Wahrung des „öffentlichen Interesses“ ansieht, dass sie nationale Geltung beansprucht.\textsuperscript{1397} Wegen der gebotenen engen Auslegung genügt es nicht, dass eine Norm lediglich reflexartig neben Individual- auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt. Als Differenzierungskriterium mag daher dienen, ob eine Bestimmung dem \textit{überindividuellen Kollektiv- oder Institutionenschutz} verpflichtet ist.\textsuperscript{1398}

Anwendbar bleiben daher insbesondere Gesetze im Rahmen des Kartell- und Außenwirtschaftsrechts, der Regelung des Produktpirateriegesetzes, sowie des Datenschutz- und Steuerrechts.

Noch begrenzter ist der Anwendungsbereich des \textit{ordre public} gem. Art. 21 Rom I-VO. Demnach kann die Anwendung einer nach der Rom-VO bestimmten Rechtsordnung versagt werden, wenn sie mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates offensichtlich unvereinbar ist. Diese Regelung ist

\begin{flushright}
\textsuperscript{1395} Staudinger, RiW 2000, 416, 417. \textsuperscript{1396} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 9 Rom I-VO Rz. 8. \textsuperscript{1397} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 9 Rom I-VO Rz. 11. \textsuperscript{1398} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 9 Rom I-VO Rz. 13. \textsuperscript{1399} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 9 Rom I-VO Rz. 14.\end{flushright}
die letzte Stufe der Kontrollmechanismen, die eine Kollisionsverweisung unter einen Ordnungsvorbehalt stellen.\footnote{1400} Als Ausnahmevorschrift ist sie daher eng auszulegen und kommt erst dann zur Anwendung, wenn das an sich maßgebliche ausländische Recht den Kernbestand der inländischen Rechtsordnung antasten würde.\footnote{1401}

5. Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht

Literatur:


Vor Inkrafttreten der Rom I- und Rom II-Verordnungen bestand vor allem im internationalen Versicherungsvertragsrecht eine unübersichtliche Rechtslage, die häufig und heftig kritisiert wurde.\footnote{1402} Die für das deutsche Kollisionsrecht grundsätzlich einschlägigen Regelungen der Art. 27–37 EGBGB fanden keine Anwendung. Stattdessen wurde auf die Risikobelegenheit abgestellt. Als maßgebliche Kollisionsnormen kamen nicht nur die Art. 7 ff. EGVVG a.F. in Betracht, sondern auch die Art. 27 ff. EGBGB a.F. und bei älteren Verträgen sogar ungeschriebene Rechtsgrundsätze des IPR.\footnote{1403} Diese Reglungen sind nunmehr von der Rom I-VO abgelöst.

Diese enthält in den Art. 3 und 4 allgemeine Bestimmungen über die Rechtswahl bzw. Regelungen im Falle einer fehlenden Rechtswahl. Für Versicherungsverträge gilt die spezielle Kollisionsnorm in Art. 7 Rom I-VO. Diese Spezianorm gilt jedoch nicht für alle Versicherungsverträge. So beurteilt sich die Rückversicherung gem. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO nach den allgemeinen Vorschriften der Art. 3 und 4 Rom I-VO. Für Versicherungsverträge über Großrisiken i.S.v. Art. 5 Buchst. d) der ersten Schadensversicherungsrichtlinie enthält der Art. 7 Abs. 2 Rom I-VO hingegen eine grundsätzlich abschließende Regelung. Gleiches gilt für sog. Massenrisiken, die in Art. 7 Abs. 3 Rom I-VO durch versicherungsspezifisches Kollisionsrecht geregelt werden. Es ist jedoch zu beachten, \footnote{1400 jurisPK/Ringe, BGB, Art. 21 Rom I-VO Rz. 2.}
\footnote{1401 jurisPK/Ringe, BGB, Art. 21 Rom I-VO Rz. 9.}
\footnote{1402 Vgl. etwa Ferner, IPRax 2009, 218.}
\footnote{1403 Vgl. zum Ganzen Prölss/Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl. 2004, vor Art. 7 EGVVG, Rz. 6.}
dass der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 3 Rom I-VO nicht abschließend für Massenrisiken geregelt ist, sondern gem. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO auf die Fälle beschränkt ist, in denen das Risiko in einem EU-Mitgliedstaat belegen ist. Andernfalls gelten zunächst die allgemeinen Kollisionsnormen der Art. 3 und 4 Rom I-VO. Schließlich enthält der Art. 7 Abs. 4 Rom I-VO noch besondere Bestimmungen für den Spezialfall der Pflichtversicherung.

Eine versicherungsrechtlich interessante Ausnahme vom Anwendungsbereich der Rom I-VO ergibt sich aus dem Erwägungsgrund Nr. 10 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Buchst. i, im Fall der (außervertraglichen) Schuldverhältnisse, die aus Verhandlungen vor Abschluss eines Vertrages entstehen.\(^{1404}\) Die Regelung zur culpa in contrahendo (c.i.c.) dient der Abgrenzung vom Anwendungsbereich der Rom I- zur Rom II-VO.\(^{1405}\) Relevant wird dies für die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach § 19 VVG 2008. Während sich das auf den späteren Versicherungsvertrag anzuwendende Recht nach Maßgabe der Rom I-VO bestimmt, muss das auf die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers anzuwendende Recht anhand der Rom II-VO bestimmt werden. Allerdings wird bei einer Verletzung vorvertraglicher Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers selten das Recht eines anderen Staates zur Anwendung kommen, da die einschlägige Kollisionsnorm, der Art. 12 Rom II-VO, für die Fälle der c.i.c. bestimmt, dass auf die Fälle von Schuldverhältnissen vor Abschluss eines Vertrages, dasjenige Recht anzuwenden ist, das auf den später tatsächlich geschlossenen Vertrag anwendbar ist. Demnach sind die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers und der Versicherungsvertrag als solcher regelmäßig nach ein und demselben Recht zu beurteilen.

II. Vertragsschluss im Internet

Literatur:


---

\(^{1404}\) Katschhaler/Leichsenring, Neues internationales Versicherungsvertragsrecht nach der Rom-I-Verordnung, r + s 2010, 46.


1. Allgemeine Regeln für den Vertragsschluss

Via Internet können prinzipiell Verträge genauso durch Einigung, d.h. durch Angebot und Annahme abgeschlossen werden wie im normalen Geschäftsleben, §§ 145 ff. BGB. Dabei ist zu beachten, dass eine Homepage regelmäßig nur als „invitatio ad offerendum“ anzusehen ist.1406 Das Angebot geht demnach vom Besteller aus; der Content-Provider entscheidet nach freiem Ermessen darüber, ob er das Angebot annimmt. Auch automatisch generierte Erklärungen sind Willenserklärungen im Sinne des BGB.1407 Dies gilt vor allem für den Vertragsschluss über autonome elektronische Agenten; denn in der Einrichtung des Agenten selbst liegt eine willentliche Vorbereitungs-handlung, aufgrund derer Erklärungen des Agenten dem Anwender zugerechnet werden können.1408

a) Annahmeerklärung und Bestätigungsmail, § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB

Mangels Rechtsbindungswillens nicht als Willenserklärung anzusehen sind Bestätigungsmails i.S.v. § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB, die ein Unternehmer seinem Kunden zuzusenden hat und wonach die

---


eingegangene Bestellung bearbeitet werde.  


b) Zugang

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt ein über das Internet geschlossener Vertrag zustande kommt. Dies hängt vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Willenserklärung und damit von ihrem Zugang ab. Nach deutschem Recht wird zwischen den Willenserklärungen unter An- und Abwesenden unterschieden. Für den Zugang unter Abwesenden gilt § 130 Abs. 1 BGB. Dort kommt es darauf an, wann eine Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser von der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen auch mit der Kenntnis-
nahme zu rechnen ist.\textsuperscript{1416} Zwischen Anwesenden fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, so dass § 130 BGB analog angewendet wird. Eine verkörperte Willenserklärung wird demnach mit Übergabe wirksam, wohingegen eine unverkörperte grundsätzlich in dem Zeitpunkt zugeht, in dem der Vertragspartner sie akustisch richtig und vollständig vernommen hat (sog. strenge Vernehmungstheorie).\textsuperscript{1417} Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird dies aber dahingehend eingeschränkt, dass es für den Zugang ausreichend ist, wenn der Erklärende davon ausgeht und auch davon ausgehen darf, dass die andere Seite die Erklärung richtig und vollständig vernommen hat (sog. eingeschränkte Vernehmungstheorie).\textsuperscript{1418}


\textsuperscript{1416} Sog. Empfangs- oder Zugangstheorie; siehe hierzu etwa MüKo/Einsele, 5. Aufl. 2006, § 130 Rz. 11.
\textsuperscript{1417} Palandt/Heinrichs, § 130, Rz. 13.
\textsuperscript{1418} Palandt/Heinrichs, § 130, Rz. 14.
\textsuperscript{1422} So auch Heun, CR 1994, 595.

„Die E-Mail-Adresse dient nur zur Übermittlung von Informationswünschen, nicht für die Erteilung von E-Mail-Aufträgen.“

Will der Provider über E-Mail Aufträge entgegennehmen und abwickeln, sollte er eine spezielle E-Mail-Adresse dafür vorsehen und den Account regelmäßig, d.h. in risikorelevanten Bereichen sogar mehrfach arbeitstäglich, abfragen.

Das Fälschungsrisiko trägt der Provider; eine Abwälzung auf den Kunden in AGB ist unwirksam.

Es lohnt sich, mit dem Kunden Sicherheitsmaßnahmen für E-Mail-Übermittlungen zu vereinbaren (etwa mittels Passwörtern). Auch sollte man den Kunden auf das Fälschungsrisiko hinweisen, etwa:


c) Anfechtung


irrtümlich falsche Angaben, kann er nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB anfechten.\footnote{1424} Streitig ist, ob eine Anfechtung bei computergenerierten Erklärungen in Betracht kommt, deren Fehler auf lange zuvor eingegebenem \textit{falschem Datenmaterial} beruht.\footnote{1425} Es muss hier beachtet werden, dass die abgegebene Erklärung den Motiven desjenigen, der die Daten eingepflegt hat, entspricht, sodass eine Anfechtung dieses Motivirrtums unzulässig ist.\footnote{1426} Bei \textit{Übertragungsfehlern} kommt eine Anfechtung nach § 120 BGB analog in Betracht. Streitig ist, ob ein Fehler bei der Einstellung von Preisen in eine Webseite zur Anfechtung berechtigt. Teilweise wird darauf abgestellt, dass der Eingabefehler auf die Annahmeerklärung fortwirke und damit zur Anfechtung berechtige.\footnote{1427} Unbeachtlich ist auf dieser Grundlage auch eine automatisch generierte (falsche) Bestätigungs-E-Mail, da diese i.d.R. nur als Bestätigung des Auftrages einzustufen ist (s.o.).

Wichtig ist, dass die Anfechtung schnell erklärt wird. Will z.B. ein Onlineshop-Betreiber einen Kaufvertrag wegen irrtümlicher Preisauszeichnung i.S.v. § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB anfechten, hat dies gem. § 121 Abs. 1 BGB „unverzüglich“ zu erfolgen, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, § 120 BGB. Hierbei ist zu beachten, dass nicht zu hohe Anforderungen zu stellen sind, da eine Gleichsetzung mit „sofort“ nicht erfolgen soll.\footnote{1428} Es muss ein Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessen gefunden werden. Allerdings ist dem Anfechtenden die Möglichkeit der Einholung einer Rechtsauskunft zuzugestehen.\footnote{1429} Die Obergrenze liegt hier in der Regel bei zwei Wochen.\footnote{1430} Nach einer Entscheidung des \textit{LG Bonn}\footnote{1431} ist das Anfechtungsrecht verwirkt, wenn es erst drei Wochen nach Kenntnis vom Irrtum wahrgenommen wird. Auch müsste der Händler deutlich machen, dass er tatsächlich die Anfechtung will. Räumt er dem Käufer nach drei Tagen ein Rücktrittsrecht ein, liegt darin keine konkludente Anfechtung.


\footnote{1428} RG, 124, 118.

\footnote{1429} Palandt/Heinrichs, § 121, Rz. 3.

\footnote{1430} OLG Hamm, Urt. v. 9.1.1990 – 26 U 21/98, NJW-RR, 1990, 523.

\footnote{1431} LG Bonn, Urt. v. 8.3.2005 – 2 O 455/04 (n.v.).
d) Stellvertretung und Internet

Wie im normalen Geschäftsleben ist auch im Internet ein Abschluss eines Vertrages für und gegen einen anderen als Stellvertreter möglich, § 164 Abs. 1 BGB. Allerdings ist dort eine besondere Fallgruppe zu beachten. Benutzt ein Fremder die Kennung eines Nutzers, kommt es für eine Bindung dieses Nutzers an elektronische Bestellungen darauf an, ob es sich bei diesem Handeln unter fremdem Namen um eine bloße falsche Namensangabe oder eine Identitätstäuschung handelt, auf die § 164 Abs. 1 BGB analog Anwendung findet.\textsuperscript{1432} Im ersten Fall handelt es sich um ein Eigengeschäft des Bestellers, im zweiten Fall um ein Geschäft des Kontoinhabers. Das Abgrenzungskriterium ist, ob es dem Geschäftspartner gerade auf ein Geschäft mit dem tatsächlichen Träger des Namens ankommt oder nicht. Dies wird normalerweise aber der Fall sein, denn es geht vielfach um Insolvenzrisiken. Außerdem würde Unkenntnis der wahren Identität des Bestellers der Abwicklung des Vertrags entgegenstehen.

Daher kommt es für den Fall der Identitätstäuschung maßgeblich darauf an, ob der Handelnde Vertretungsmacht hatte. Anderenfalls war er falsus procurator gem. § 177 Abs. 1 BGB, dessen Geschäft der tatsächliche Nutzer also mit einer Genehmigung an sich ziehen kann. Ansonsten kommt eine Haftung des falsus procurators auf Erfüllung oder Schadensersatz aus § 179 Abs. 1 BGB in Betracht.

Eine Anwendung der Regeln über die Duldungsvollmacht vermag nicht zu einer Haftung des Account-Inhabers zu führen, da diese voraussetzen würde, dass der Vertretene positive Kenntnis der Handlung des Fremden hatte, an welcher es regelmäßig beim Einsatz von Trojanern, beim Hacken oder Phishing fehlen wird.

Besondere Bedeutung hat hier die Anwendung der Regeln über die Anscheinsvollmacht. Für die Anscheinsvollmacht bedarf es gerade nicht der positiven Kenntnis des Handelns eines Dritten, sondern es genügt gerade die fahrlässige Unkenntnis des Account-Inhabers sowie das Vertrauen des Geschäftspartners auf die Vertretungsmacht des Handelnden. An diesem schutzwürdigen Vertrauen des Geschäftspartners fehlt es aber in der Regel, da die Registrierung oder das Handeln unter einem bestimmten Account gerade nicht den nötigen Rechtsschein zu setzen vermag.\textsuperscript{1433} Dies wird durch die Gerichte mit den fehlenden Sicherheitsstandards und der daraus resultierenden Missbrauchsge-

\textsuperscript{1433} BGH, Urt. v. 11.5.2011 – VIII ZR 289/09, MDR 2011, 773 = CR 2011, 455 m. Anm. Mankowski.
fahr begründet. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass auch bei haushalts-
angehörigen minderjährigen Kindern keine Anscheinsvollmacht erwachsen kann, da die Familien-
zugehörigkeit regelmäßig keine Vollmachtstellung begründen kann. Anders stellt sich die Situa-
tion aber dar, sofern der Account-Inhaber sein Passwort fahrlässig weitergegeben hat, oder es von
einem Dritten durch einen einfachen Blick über die Schulter eingesehen werden konnte. In diesen
Fällen bejaht das OLG Hamm in Einzelfällen eine Anscheinsvollmacht. Wie der BGH jüngst
bekräftigt hat, reicht es für eine Zurechnung aber nicht aus, dass der Kontoinhaber die Zugangsda-
ten nicht hinreichend vor dem Zugriff des Handelnden geschützt hat. Im Bereich der R-Gespräche
hat der BGH dies dahingehend eingeschränkt, dass von einer Anscheinsvollmacht des Minderjähr i-
gen dann ausgegangen werden kann, wenn das Kind mehrfach über einen gewissen Zeitraum hin-
weg R-Gespräche geführt hat und die Eltern die Kosten beglichen haben. Aber auch hier hält der
BGH daran fest, dass die bloße Nutzung, ähnlich wie bei der Nutzung des Accounts, keine Setzung
 eines Rechtsscheins begründen kann.

Teilweise wird zwar im Prozess versucht über den Anscheinsbeweis der Gebotsabgabe bei Internet-
auktionen eine vertragliche Bindung bzw. eine Haftung des Account-Inhabers zu begründen, dies
lehen die Gerichte aber mit Hinweis auf die o.g. fehlenden Sicherheitsstandards und die daraus
resultierende Missbrauchsgefahr ab, sodass es an dem notwendigen typischen Geschehensablauf
fehlt. Zwar setzen sich beide Parteien dieser Gefahr aus, allerdings hat das Risiko der Verkäufer
tragen, der Initiator des Verkaufs ist und die Vorteile des Internets und der Internetauktion für
sich nutzen will.

Im Fall der missbräuchlichen Verwendung von Passwörtern und anderen Identitätsmerkmalen des
Bankkunden (hier: PIN und TAN im Rahmen des Phishing/Pharming) durch Dritte fehlt es an
einem vom Bankkunden bewusst gesetzten Rechtsschein.

1442 OLG Hamm, Urt. v. 16.11.2006 – 28 U 84/06, NJW 2007, 611; OLG Köln, Urt. v. 6.9.2002 – 19 U 16/02, CR

Hat ein Kreditinstitut nach einer Phishing-Attacke einen Geldbetrag eines Kunden an einen Dritten überwiesen, besteht zwischen der Bank und dem Dritten ein nach Bereicherungsrecht rückabwickelbares Leistungsverhältnis, ohne dass sich der (bösgläubige) Dritte auf Entreicherung berufen kann.

2. Vertragsschluss mit Verbrauchern


So sind zunächst § 312a Abs. 2-5 BGB n.F. zu beachten. Dort werden Grenzen für die Vereinbarung von Entgelten gesetzt, so dass bei Nichteinhaltung ein Anspruch auf diese Entgelte nicht entsteht. Für Entgelte, die über das für die Hauptleistung vereinbarte Entgelt hinausgehen, kann eine Vereinbarung nur ausdrücklich geschlossen werden, Abs. 3 S. 1. Für den wichtigen Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs gilt, dass ein solches Entgelt nur Vertragsbestandteil wird, wenn es nicht durch eine Voreinstellung herbeigeführt wurde, Abs. 3 S. 2. Insofern ist Vorsicht geboten, wenn es etwa darum geht in Wege eines pre-click-buttons zusätzliche Reservierungsleistungen.

(auch etwa bei der Deutschen Bahn) verbindlich vereinbaren zu wollen. Problematisch dürfte sein, in wie weit sich dieses Verbot von voreingestellten zusätzlichen Zahlungspflichten auch auf die Liefer- und Frachtkosten auswirken. Abs. 4 und 5 betreffen Entgelte für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsmittels oder einer Hotline des Verkäufers. Verbrauchern muss eine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit eingeräumt (§ 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB). Die Abrechnung von hohen Kreditkartenkosten ist damit unzulässig. Wenn überhaupt, kann man solche Kreditkartenkosten nur noch geltend machen, wenn diese sich auf die Kosten beschränken, die dem Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehen (§ 312 Abs. 4 Nr. 2 BGB). Im Übrigen bleibt der Vertrag allerdings wirksam, § 312a Abs. 6 BGB. Bereits gezahlte Beträge kann der Verbraucher kondizieren.\footnote{Wendehorst, NJW 2014, 577, 579.}

Zwar gilt Abs. 2 S. 2, wonach Fracht-, Liefer-, Versand- oder sonstige Kosten nur verlangt werden können, wenn der Käufer gem. Art. 246 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB über diese informiert wurde, gem. Abs. 2 S. 3 nicht für Haustür- oder Fernabsatzverträge. Allerdings ergibt sich eine entsprechende Rechtsfolge aus § 312e BGB n.F. Danach muss der Verbraucher Fracht-, Liefer-, Versand- oder sonstige Kosten nur bezahlen, soweit er entsprechend § 312d Abs. 1 i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EGBGB darüber informiert wurde. Somit ergeben sich aus der vernachlässigten Informationspflicht für den Verkäufer nicht nur Nachteile hinsichtlich der Widerrufsfrist (vgl. § 356 Abs. 3 BGB), sondern auch materielle Nachteile. Für sonstige Pflichtverletzungen, insbesondere hinsichtlich der Zurverfügungstellung einer Bestellkorrekturmaske aus § 312i Abs. 1 Nr. 1 BGB oder der Angabe von Lieferbeschränkungen (§ 312j Abs. 1 BGB) kommt jedoch ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht, wenn beispielsweise aufgrund dieser Pflichtverletzung ein für den Verbraucher nachteiliger Vertrag zustande kommt.\footnote{Schmidt-Ränsch, in: BeckOK BGB § 312g Rn. 32.}

Schließlich ist zu beachten, dass die Pflichtinformationen gem. § 312d Abs. 1 S. 2 BGB n.F. Vertragsinhalt werden, wenn nicht die Parteien ausdrücklich etwas anderes vereinbaren. Dadurch wird die bisher bestehende Trennung zwischen gesetzlichen Informationspflichten und vertraglicher Vereinbarung aufgeweicht.\footnote{Buchmann, K&R 2014, 221, 223.} Da aber auch die Widerrufsbelehrung zu den Pflichtinformationen gehört, kann dies dazu führen, dass konstruktiv ein vertragliches Widerrufsrecht besteht. Ist Kunde also ein Unternehmer, der aber wie ein Verbraucher informiert wird, ohne dass das Widerrufsrecht
in der Belehrung ausdrücklich auf Verbraucher beschränkt worden ist, steht diesem auch ein solches Recht zu.\textsuperscript{1449}

Zum Schutze des Verbrauchers wurde im Rahmen des sog. „Button-Gesetzes“\textsuperscript{1450} in § 312g Abs. 3 BGB a.F.– jetzt § 312j Abs. 3 BGB eine besondere Gestaltungspflicht des Unternehmers kodifiziert. Nach § 312j Abs. 2 BGB muss dieser bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr die Bestellsituation so gestalten, „dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet.“ Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche, muss diese nach § 312j Abs. 3 S. 2 BGB „gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern "zahlungspflichtig bestellen" oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist.“ Kommt der Unternehmer dieser Pflicht nicht nach, so kommt der Vertrag mit dem Verbraucher nichtzustande, § 312j Abs. 4 BGB. Es handelt sich um eine rechtshindernde Einwendung.

Zulässig sind auch Buttonbeschrifungen wie „Kostenpflichtig bestellen“, „Zahlungspflichtigen Vertrag schließen“ oder „Kaufen“, obwohl alle Formulierungen juristisch inkorrekt sind. Die Verwendung eines Buttons mit der Beschriftung "Jetzt verbindlich anmelden! (zahlungspflichtiger Reisevertrag)" verstößt gegen § 312j Abs. 3 Satz 1 BGB und ist damit wettbewerbswidrig.\textsuperscript{1451} Das LG Leipzig untersagte der JW Handelssysteme GmbH (ehemals Melango.de), Verbrauchern auf ihrer Seite melango.de Waren anzubieten, ohne den vorgeschriebenen Kaufen-Button zu verwenden.\textsuperscript{1452} Das LG Koblenz erklärte die Werbung der Seite web.de der 1&1 Mail & Media GmbH für unzulässig. Sie hatte nicht deutlich über Vertragsinhalte wie Laufzeit und Preis aufgeklärt.\textsuperscript{1453}

3. \textbf{Vertragsschluss bei Online-Auktionen}

Literatur:


\textsuperscript{1449} Buchmann, K&R 2014, 221, 223.
\textsuperscript{1450} Ausführlicher A.VI.
\textsuperscript{1452} LG Leipzig, Urt. v. 26.7.2013 – 8 O 3495/12.
\textsuperscript{1453} LG Koblenz, Versäumnisurt. v. 1.8.2013 – 1 O 55/13.


Nach der Einstellung des Angebots auf den Seiten von eBay ist dieses rechtsverbindlich und unwiderruflich. Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen Markt-

---


wert und erzieltem Kaufpreis vorliegt.\textsuperscript{1457} Dies gilt auch bei der Wahl der Option „Sofort-kaufen“, bei der der Kunde mit dem Anklicken das Angebot annimmt.\textsuperscript{1458} Anders als bei klassischen Online-Shops besteht hier auch keine Gefahr für den Verkäufer, Verträge mit einer Vielzahl unbekannter Käufer zu schließen und eventuell Lieferschwierigkeiten o.ä. zu riskieren, sodass keine invitatio ad offerendum, sondern ein bindendes Angebot vorliegt.\textsuperscript{1459} Dabei sind jedoch die eBay-AGB zu beachten, die eine Regelung bzgl. der vorzeitigen Beendigung einer Auktion seitens des Anbieters vorsehen. Dies wurde teilweise so verstanden, dass dadurch gerade kein Widerrufsrecht eingeräumt oder der Charakter des Angebots in eine unverbindliche invitatio ad offerendum geändert wird. Sie sei vielmehr als bloße Möglichkeit der Anfechtung der Willenserklärung nach den allgemeinen Regeln der §§ 119 ff. BGB zu verstehen.\textsuperscript{1460} Dem stellt sich der BGH entgegen.\textsuperscript{1461} Da die eBay-AGB auch zur Auslegung der Erklärungen der jeweils handelnden Mitglieder herangezogen werden könnten, sei die Erstellung der Auktion dahingehend zu verstehen, dass das Angebot des Verkäufers unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht. Was ein berechtigter Grund ist, wird durch weitere Hinweise in den AGB geregelt.

In diesem Zusammenhang ist außerdem darauf hinzuweisen, dass ein Widerruf eines Gebotes ebenso wenig möglich ist, da dieser „vor oder gleichzeitig“ mit dem Angebot zugehen müsste, § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dies ist aufgrund der sofortigen Übermittlung an den Anbieter aber regelmäßig nicht möglich, sodass auch hier lediglich nach den allgemeinen Irrtumsregeln angefochten werden kann.

Nach Auffassung des AG Kerpen liegt kein rechtsverbindliches Angebot bei Online-Auktionen vor, wenn der Verkäufer in der Artikelbeschreibung ausdrücklich darum bittet, von Geboten abzusehen („hier bitte nicht bieten“) und einen Preis als „Verhandlungsbasis“ nennt.\textsuperscript{1462} Ähnlich soll eine Offerte bei einem Online-Auktionshaus unverbindlich sein, wenn dies mit der Einleitung beginnt


\textsuperscript{1462} AG Kerpen, Urt. v. 25.5.2001 – 21 C 53/01, MMR 2001, 711 = NJW 2001, 3274.
„Achtung, dies ist vorerst eine Umfrage! Nicht bieten!“ ¹⁴⁶³ Keine AGB-rechtlichen Bedenken hatte das Kammergericht Berlin gegen die Verwendung der Klausel „Mit Ablauf der vom Verkäufer bestimmten Zeit kommt zwischen dem Verkäufer und dem Höchstbieter ein Kaufvertrag zustande.“ ¹⁴⁶⁴

Das AG Westerstede geht davon aus, dass der Veranstalter einer Internetauktion nicht für die ordnungsgemäße Abwicklung des eigentlichen Verkaufsvertrages haft und insbesondere keine Bonitäts- oder Identitätsüberprüfungen schulde. ¹⁴⁶⁵

Der Einsatz eines Bietagenten bei der Ersteigerung ändert nichts am Vorliegen eines rechtlich bindenden Vertragsschlusses. Die von der jeweiligen Agentensoftware abgegebene Willenserklärung ist dem Verwender der Software nach allgemeinen Grundsätzen als eigene Willenserklärung zuzurechnen. ¹⁴⁶⁶


313
Wenn jemand bei eBay günstig an Produkte kommt, stellt dies nicht den Tatbestand einer Hehlerei i.S.v. § 259 StGB dar. Insofern hat das LG Karlsruhe\textsuperscript{1469} zu Recht erkannt, dass selbst bei dem Erwerb von Diebesgut über eBay eine Strafbarkeit nicht schon deshalb angenommen werden kann, weil der Startpreis für den hochpreisigen Gegenstand lediglich einen Euro betragen und der Zuschlagspreis deutlich unter dem üblichen Marktpreis liege.


Im Übrigen sind \textbf{Gewährleistungsausschlüsse bei Onlineauktionen} zwischen Privaten vereinbar.\textsuperscript{1470} Es empfiehlt sich beim Verkauf unter Privaten daher der Hinweis: „Es handelt sich um eine Privatauktion; ich übernehme keine Gewährleistung und keine Garantie nach EU-Recht“. Es ist allerdings zu beachten, dass der \textbf{Gewährleistungsausschluss} sich nicht auf etwaige Sachmängel einer Falschlieferung erstreckt und er zudem, im Falle einer Beschaffenheitsvereinbarung, hinter dieser zurücktritt.\textsuperscript{1471} In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuzweisen, dass der BGH eine vorschnelle Annahme eines Garantiewillens des Verkäufers, wie er noch unter dem alten Recht häufig angenommen wurde, aufgrund der Besserstellung des Verbrauchers im neuen Verbrauchsgüterkaufrecht verneint.\textsuperscript{1472} Der BGH entschied in diesem Fall, dass allein der Umstand, dass der Kaufvertrag über eine Internetauktionsplattform zustande kam, unter Privaten nicht die Annahme einer konkludenten Garantie i.S.v. § 444 BGB rechtfertige. Im zugrunde liegenden Fall ging es um ein gebrauchtes Motorrad, das mit einer Laufleistung von 30 000 km angeboten wurde. Zu-

\begin{footnotesize}
\textsuperscript{1469} LG Karlsruhe, Urt. v. 28.9.2007 – 18 AK 136/07, MMR 2007, 796 = StV 2008, 362.
\textsuperscript{1471} AG Aachen, Urt. v. 17.5.2005 – 10 C 69/05, NJW-RR 2005, 1143.
\textsuperscript{1472} BGH, Urt. v. 29.11.2006 – VIII ZR 92/06, CR 2007, 473 = NJW 2007, 1346.
\end{footnotesize}


**Grundsätzlich richtet sich die Einordnung nach dem Unternehmerbegriff des § 14 BGB, der allerdings in einem rein funktionalen Sinn zu verstehen ist, sodass ein „**in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb“ gerade nicht erforderlich ist.** Eine gewerbliche Tätigkeit ist vielmehr in der planmäßigen und dauerhaften Erbringung von Leistungen gegen

---


Da es für den Verbraucher häufig unmöglich sein wird, aufgrund der Intransparenz und Anonymität von eBay den Nachweis über diese Eigenschaft erfolgreich zu führen, wird unter anderem vorgeschlagen, eine Beweislastumkehr greifen zu lassen, um ein Leerlaufen des Verbraucherschutzes zu

1476 Palandt/Heinrichs, § 14 Rz. 1.
1478 Palandt/Heinrichs, § 14, Rz. 1; Bamberger/Roth, § 14 Rz. 6.
1480 OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.7.2004 – 6 W 54/04, GRUR 2004, 1042.
1483 LG München, Urt. v. 7.4.2009 – 33 O 1936/08.
Vertreten wird die Möglichkeit eines Anscheinsbeweises, der durch die Verwendung von Vertragsbedingungen, besondere Angaben auf der „Mich-Seite“, oder aber die Führung des Titels „Powerseller“ indiziert werde. 

Wolfgang Peter, ITRB 2007, 18.

Auch wird vertreten, dass allein die Einstufung als Powerseller bloß ein Indiz und kein endgültiger Beweis für die Unternehmereigenschaft sei. Das gleiche gelte für die Einrichtung eines eBay-Shops. Umgekehrt stehe das Fehlen einer Registrierung als Powerseller einem unternehmerischen Handeln nicht entgegen. 

Einzelne Stimmen in der Literatur gehen dagegen sogar so weit, die Einrichtung eines eBay-Shops, genauso wie die Registrierung als Powerseller, stets für die Anwendung verbraucherschützender Vorschriften ausreichen zu lassen. Denn die Begriffe „Shop“ oder „Powerseller“ ließen auf unternehmerisches Handeln schließen. Wählt ein Verkäufer solche Bezeichnungen, obwohl er eigentlich Verbraucher ist, müsse er sich nach dem Grundsatz „venire contra factum proprium“ wegen § 242 BGB so behandeln lassen, als wäre er tatsächlich Unternehmer.


Betroffen sind alle Waren und Dienstleistungen, mit Ausnahme u. a. von Finanzdienstleistungen, Online-Flugbuchungen, Online-Wettgeschäften oder Gesundheitsdienstleistungen. Bei versiegelten DVDs oder CDs soll ein Widerruf nach Öffnung nicht mehr zulässig sein, bei Büchern dagegen schon. Die Widerrufsfrist verlängert sich automatisch um ein ganzes Jahr, wenn der Verbraucher nicht über das Widerrufsrecht informiert worden ist. Die Händler müssen Verbraucher über den vollständigen Preis und die Eigenschaften der Ware informieren; es müssen auch gültige Kontakt-

4. Problematik der Abofallen


klärung abzustellen. Durfte der Verbraucher aufgrund der Gestaltung der Seite zu Recht von einem kostenlosen Angebot ausgehen und hat er dies auch so verstanden, liegt gem. § 155 BGB ein Dis-
sens vor. Ein Vertrag zwischen Verbraucher und Anbieter ist somit nicht zustande gekommen. Verträge dieser Art sind zudem in der Regel nach § 138 BGB sittenwidrig, da von einem krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugehen ist und nach den objektiven Wertverhältnissen eine verwerfliche Gesinnung vermutet werden kann. Probemitgliedschaften von Minderjährigen sind ebenfalls unzulässig. In der Regel ergibt sich die Unwirksamkeit des Vertrages in diesen Fällen schon aus § 312j Abs. 4 BGB, weil der Unternehmer seine Pflichten aus § 312 j Abs. 3 BGB nicht erfüllt hat. Dieser verlangt, dass der Unternehmer bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr die Bestellsituation so gestaltet, „dass der Ver-
braucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet.“ Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche, muss diese nach §  312j Abs. 3 S. 2 BGB „gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern "zahlungspflichtig bestellen" oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist.“ (sog. Button-Lösung).

Beim Abschluss von Verträgen im Internet steht dem Verbraucher zudem das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht nach §§ 312g Abs. 1, 355 BGB (früher § 312d Abs. 1 BGB) zu. Der besondere Ers-
löschensgrund in § 356 Abs. 4 BGB (früher § 312d Abs. 3 BGB) setzt Art. 6 Abs. 3, 1. Spiegel-
strich FernabsatzRL und Art. 6 Abs. 2 Buchst. c FinanzDL-FernabsatzRL um. Die Vorschrift soll dem Umstand, dass erbrachte Dienste nicht zurückgegeben werden können, Rechnung tragen. Das Widerrufsrecht erlischt nach § 356 Abs. 4 S. 1 BGB, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat und mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher dazu seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat und gleichzeitig seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert. Abweichend davon erlischt bei Verträgen über die Erbringung von Finanzdienst-
leistungen das Widerrufsrecht gem. § 356 Abs. 4 S. 2 BGB nur bei vollständiger Erfüllung der Vertragspflichten beider Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vor Ablauf der Widerrufsfrist. Ein „ausdrücklicher Wunsch“ liegt jedoch nur vor, wenn dem Verbraucher die Entgelt-
llichkeit der Dienstleistung bewusst war. Da dies ist der Regel nicht der Fall ist, behält der Verbrau-
cher auch bei bereits erbrachten Leistungen sein Widerrufsrecht.


\footnote{1498} Gröning, GRUR 2009, 266.
\footnote{1500} Schulze, HK BGB, § 355 Rz. 2.
\footnote{1501} MüKoBGB/Basedow, München 2007, 5. Aufl., Bd. 2, § 305c, Rz. 5.
\footnote{1504} Ellenbogen/Saerbeck, Kunde wider Willen – Vertragsfällen im Internet, CR 2009, 132.
Sofern dennoch ein Vertragsschluss mit Zahlungspflicht bejaht wird, kann der Verbraucher seine Willenserklärung in der Regel nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten. Da die Abosfallen-Betreiber die Kostenpflichtigkeit der Dienstleistung in den meisten Fällen nur an versteckter Stelle erwähnen, kommt eine Täuschungshandlung durch Unterlassen in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass eine Rechtfertigung zur Aufklärung besteht.\textsuperscript{1505} Neben den Informationspflichten, die den Anbieter bei Fernabsatzverträgen gem. § 312d Abs. 1 BGB (früher § 312c BGB) i.V.m. Art. 246aEGBGB treffen, erstreckt sich die Aufklärungspflicht zudem auf Umstände, die den Vertragszweck des anderen vereiteln oder gefährden können und die für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind. Dies ist für das Merkmal der Kostenpflichtigkeit einer Dienstleistung zu bejahen. Wird dem Verbraucher verschwiegen, ob eine Ware oder Dienstleistung kostenpflichtig ist, handelt es sich um eine Täuschungshandlung i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB.

Neben den vertragsrechtlichen Vorschriften gewähren auch die Regelungen des Lauterkeitsrechts Schutz vor den Betreibern von Kostenfallen. Sie dienen der Regelung des Marktverhaltens und sollen den fairen Wettbewerb schützen. Das im Vordergrund stehende Problem ist die Verwendung bestimmter Begriffe und die Art der Darstellung, wodurch der Verbraucher bezüglich der Preisinformationen von Waren und Dienstleistungen in die Irre geführt wird. Dem trägt zum Beispiel die sog. „black list“ der Nr. 21 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG Rechnung.\textsuperscript{1506} Demnach darf eine Ware oder Dienstleistung nicht als „gratis“, „umsonst“ oder „kostenfrei“ tituliert werden, sofern dafür vermeidbare Kosten von dem Verbraucher zu tragen sind.\textsuperscript{1507} Hierunter fallen vor allem die Kosten für ein Abonnement oder ein Jahresbeitrag für eine Club-Mitgliedschaft, die als verschleierte Gegenleistung für ein „Gratisangebot“ verlangt werden.\textsuperscript{1508} Auch die allgemeinen Irreführungsverbote in §§ 5, 5a UWG sollen den Verbraucher vor dem durch Werbung fälschlicherweise vermittelten Eindruck eines kostenlosen Angebotes schützen. So sollen einzelne Angaben einer geschlossenen Darstellung nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden, um den attraktiven Teil des Angebotes hervorzuheben und etwaige Preisinformationen weit vom Blickfeld des Verbrauchers zu platzieren. Dies geschieht vor allem durch sog. Sternchentexte, durch welche die Kostenhinweise an Stellen

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item[1505] Dörner, HK BGB, § 123, Rz. 2.
\item[1507] OLG Koblenz, Urt. v. 22.12.2010 – 9 U 610/10, K&R 2011, 349 = VuR 2011, 148; es handelt sich um eine unzulässige geschäftliche Handlung i.S.v. § 3 Abs. 3 Anhang Nr. 21 UWG, wenn im Internet ein Sicherheitspaket als kostenlos beworben wird, nach dem Ablauf einer Nutzungsdauer allerdings 4,99 Euro für die weitere Nutzung erhoben werden, sofern der Nutzer nicht von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
gelangen, an denen sie von den meisten Verbrauchern nicht mehr wahrgenommen werden.\footnote{LG Hanau, Urt. v. 7.12.2007 – 9 O 870/07, MMR 2008, 488; Blasek, GRUR 2010, 401.} Wie oben bereits genannt, werden Preisinformationen auch in AGB „versteckt“, wodurch der Verbraucher in die Irre geführt wird. Durch § 5a Abs. 3 Nr. 3 UWG wird der Verbraucher zudem davor geschützt, dass die Anbieter den Eindruck eines vermeintlich niedrigen Endpreises erwecken, indem sie einen Teil der Kosten durch oben genannte Tricks „verstecken“. Wenn es um die Irreführung durch Preisverschleierung geht, liegt regelmäßig auch ein Verstoß gegen die PAngV und somit ein wettbewerbswidriges Verhalten gem. § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 PAngV.\footnote{So OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008 – 6 U 187/07, CR 2009, 253 = K&R 2009, 197.} Kostenfallen-Modelle verstoßen zudem in der Regel gegen die Pflicht zur Endpreisangabe nach § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV oder gegen die Grundsätze der Preiswahrheit und Preisklarheit nach § 1 Abs. 6 PAngV. Der Tatbestand des § 4 Nr. 11 UWG ist unabhängig von Verstößen gegen die PAngV auch bei Verstößen gegen das AGB- oder gegen das zwingende Verbraucherwiderrufsrecht erfüllt. Werden Minderjährige wegen falscher Altersangabe unter Druck gesetzt, ist dies ein Wettbewerbsverstoß nach § 4 Nr. 1 UWG.\footnote{LG Mannheim, Urt. v. 12.5.2009 – 2 O 268/08, CR 2009, 818 = MMR 2009, 568.}

Ist eine auf Abschluss eines entgeltlichen Abonnementsvertrags gerichtete Angebotsseite im Internet allein darauf angelegt, einen – wenn auch nur kleinen – Teil der Verbraucher über die Kostenpflichtigkeit des Angebots zu täuschen (sog. „Abofalle“), ist die Geltendmachung vermeintlicher Forderungen, die sich aus Anmeldungen über diese Seite ergeben sollen, unlauter. Dies gilt auch für die Tätigkeit eines zu diesem Zweck eingeschalteten Inkassounternehmens, wenn das Inkassounternehmen über den der vermeintlichen Forderung zu Grunde liegenden Sachverhalt informiert ist.\footnote{OLG Frankfurt, Urt. v. 26.3.2013 – 6 U 184/12, K&R 2013, 405 = MMR 2013, 374.}

Abs. 2 GG verletzt sei. In Literatur wie Rechtsprechung ist es jedoch allgemein anerkannt, dass die Täuschungshandlung auch konkludent durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist, bestehen kann. Dies ist der Fall, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, jedoch durch sein Verhalten mit erklärt. In Bezug auf den Wortlaut des § 263 Abs. 1 StGB ist dies als Entstellung wahrer Tatsachen zu werten. Somit ist eine konklidente Täuschung durch den planmäßig erweckten Gesamteindruck der Kostenfreiheit auf den entsprechenden Internetseiten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung möglich, sofern das Täuschungsverhalten des Täters objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzuufen. Dass die Kostenpflichtigkeit eines Angebots auf den ersten Blick möglicherweise nicht erkennbar ist, bedeutet jedoch nicht, dass zwangsläufig eine Täuschungshandlung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB vorliegt. Neben der Entstellung wahrer Tatsachen kommt auch ein Betrug durch das Versenden der Rechnung oder Mahnung in Betracht, wenn hierdurch eine nichtbestehende Forderung geltend gemacht wird, da durch das Einfordern einer Leistung schlüssig erklärt wird, dass ein entsprechender Anspruch besteht.


---

1516 Loos, JR 2002, 77, 78.
III. Verbraucherschutz im Internet

Literatur:


1. Neuregelung des Verbraucherschutzrechts

Literatur:


1523 Der Europäische Rat nahm die Richtlinie am 10.10.2011 an.

Nunmehr wurde durch die VRRL in bestimmten Teilen eine Vollharmonisierung herbeigeführt, Art. 4 VRRL.\textsuperscript{1525} Vollständig harmonisiert wurden die Regelungen zur Verbraucherinformation und zum Widerrufsrecht.\textsuperscript{1526} Etwas anderes gilt aber für die sprachlichen Anforderungen für Verbraucherverträge sowie Vertragsinformationen und -klauseln.\textsuperscript{1527} Besonders wichtig ist aber die nunmehr europaweit harmonisierte Widerrufsbelehrung.\textsuperscript{1528} Es gibt künftig ein neues Muster für eine EU-weit einheitliche Widerrufsbelehrung für den Unternehmer. Diese Widerrufsbelehrung ersetzt dann die aus dem November 2011 stammende deutsche Musterwiderrufsbelehrung. Nach einem Baukastensystem hat der Internethändler anhand der umfangreichen Ausfüllhinweisen das Muster auf sein Unternehmen anpassen.


\textsuperscript{1525} Erwägungsgrund 2 zur RL 2011/83/EU.
\textsuperscript{1526} Erwägungsgrund 5 zur RL 2011/83/EU.
\textsuperscript{1527} Erwägungsgrund 15 zur RL 2011/83/EU.
\textsuperscript{1528} Erwägungsgrund 44 zur RL 2011/83/EU.
\textsuperscript{1529} Bundesgesetz zur c 2013, BGBl. 2013, Teil 1 Nr. 58 S. 3642.
\textsuperscript{1530} S. 321
Durch die Umsetzung der VRRL wurde auch die Systematik des Verbraucherschutzrechts verändert. Nachdem der Anwendungsbereich der §§ 312a ff. BGB durch § 312 BGB für einzelne Verträge bestimmt wird, sieht § 312a BGB allgemeine Pflichten und Grundsätze für Verbraucherverträge vor. Anschließend werden die vormaligen Haustürgeschäfte als „außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge“ (§ 312b BGB) und die Fernabsatzverträge (§ 312c BGB) definiert. Dem folgen Vorschriften über Informationspflichten (§ 312d BGB), Folgen der Verletzung gewisser Informationspflichten (§ 312e BGB) sowie die Verpflichtung zur Zurverfügungstellung von Abschriften und Bestätigungen über den Vertrag und seinen Inhalt (§ 312f BGB). Im Bereich der Informationspflichten für E-Commerce ist außerdem auf den neuen Art. 246a EGBGB zu verweisen, der durch § 312d Abs. 1 BGB in Bezug genommen wird. Neue Pflichten umfassen insbesondere Informationen über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts für die Waren (Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 8 EGBGB). § 312g BGB sieht in Abs. 1 ein Widerrufsrecht gem. § 355 BGB für die oben definierten Verträge vor und statuiert in Abs. 2 Ausnahmen von diesem Grundsatz für bestimmte aufgezählte Verträge. So sieht zum Beispiel § 312g, Abs. 2 Nr. 3 BGB vor, dass das Widerrufsrecht nicht bei Verträgen zur Lieferung versiegelter Waren besteht, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde. § 312h BGB sieht bestimmte Formvorschriften für die Kündigung oder die Vollmacht zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses zwischen einem Unternehmer und Verbraucher vor, welches ein anderes Dauerschuldverhältnis ersetzt. Während ferner in § 312i BGB allgemeine, d.h. gegenüber jedermann bestehende Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehen sind, werden in § 312j BGB besondere Pflichten gegenüber Verbrauchern aufgestellt. Danach hat der Unternehmer spätestens bei Beginn des Bestellvorgangs klar und deutlich anzugeben, ob Lieferbeschränkungen bestehen und welche Zahlungsmittel akzeptiert werden.

Weitere Änderungen betreffen die Einzelheiten des Widerrufsrechts und seiner Rechtsfolgen in den §§ 355 ff. BGB. Außerdem wurden in § 443 BGB Anpassungen der kaufrechtlichen Garantie an die Definition der Richtlinie sowie Regelungen der Leistungszeit und des Gefahrübergangs beim Verbrauchsgüterkauf in § 474 BGB vorgenommen. In § 241a Abs. 1 BGB wird der u.a. für § 312b Abs. 1 Nr. 4 BGB n.F. relevante Begriff der „Waren“ legaldefiniert als „bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden“.

326
2. Das Fernabsatzrecht

Literatur:


a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Fernabsatzgesetzes erstreckt sich gem. § 312c Abs. 1 BGB auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (B2C – §§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB), bei denen die Vertragspartner bis einschließlich des Vertragsschlusses ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden. Nach der Änderung des § 13 BGB im Rahmen der Umsetzung der VRRL ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, das überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, d.h. umgekehrt überwiegend privat ist oder gerade auf der Trennlinie von hälftig privat und hälftig gewerblich/selbstständig liegt.\textsuperscript{1533} Das Merkmal „überwiegend“ wurde neu eingeführt und adressiert die Problematik des „dual use“. Die Einstufung des Verkäufers als Privatperson erfolgt nach Indizien, etwa der Lieferanschrift, der Angabe von Geschäftskonten oder der Verwendung der Checkbox „gewerblich“. Auch wird geprüft, wie viel und wie häufig verkauft wird, wie viele Bewertungen ein Verkäufer etwa bei einem Online-Auktionshaus hat oder ob Neu- oder Gebrauchtware verkauft wird. Zu berücksichtigen ist auch die Vermutung des § 346 HGB, wonach die Geschäfte eines Kaufmanns typischerweise gewerblich sind. Bei einem Powerseller besteht die Vermutung der Gewerblichkeit seines Geschäftsangebots.\textsuperscript{1534} Die andere Vertragspartei muss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems handeln. Unter die in § 312c Abs. 2 BGB definierten Fernkommunikationstechniken fallen sowohl traditionelle Vertriebsmethoden wie Katalog- und Versandhandel als auch moderne Formen wie E-Mailverkauf, SMS, Internetvertrieb, Teleshopping und Ähnliches. Ein Umgehungsgeschäft i.S.v. § 312k Abs. 1 S. 2 BGB liegt vor, wenn aufgrund einer telefonischen Bestellung der Kunde bei Anlieferung einen schriftlichen Vertrag unterschreiben soll.\textsuperscript{1535}

Die vormals speziell für das Fernabsatzrecht in § 312b Abs. 3 BGB a.F. geregelten Einschränkungen sind nun in § 312 Abs. 2 BGB geregelt. § 312 Abs. 2 BGB gilt nunmehr auch für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (früher „Hautstürgeschäfte“). Das LG Berlin urteilte zur alten Rechtslage, dass eine Vermittlung von Beförderungsverträgen eine unter § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB a.F. fallende Dienstleistung im Bereich Beförderung darstellt.\textsuperscript{1536} Ferner galt nach alter Rechtslage das Fernabsatzrecht nach gleicher Vorschrift nicht für die Weiterleitung von Lotto-

\textsuperscript{1533} Beck, Jura 2014, 666, 668.
\textsuperscript{1536} LG Berlin, Urt. v. 7.7.2004 – 33 O 130/03, LSK 2006, 020245.
Nach zutreffender Ansicht der Gerichte werde durch die Formulierung „in den Bereichen …“ deutlich, dass nicht nur Verträge zwischen dem Erbringer der in § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB a.F. genannten Leistungen erfasst sein sollen, sondern auch die auf deren Abschluss zielende Vermittlungsverträge.

Nach neuer Rechtslage ist das Fernabsatzrecht gem. § 312 Abs. 2 Nr. 5 BGB auf Verträge über die Beförderung von Personen nicht anwendbar. Fraglich ist, ob von § 312 Abs. 2 Nr. 5 BGB auch eine bloße Vermittlung von Beförderungsverträgen erfasst sein soll. Legt man den Wortlaut zugrunde, so ist davon auszugehen, dass lediglich Verträge zwischen dem Befördernden und dem Verbraucher ausgeschlossen sind, nicht jedoch Vermittlungsverträge. Auf die bisherige Rechtsprechung wird somit nicht mehr zurückgegriffen werden können. Die übrigen vormals in § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB a.F. genannten Vertragskategorien tauchen in § 312 Abs. 2 BGB nicht mehr auf, sodass auf diese Verträge das Fernabsatzrecht nunmehr anzuwenden ist, sofern sie nicht einer der neugeschaffenen Vertragskategorien unterfallen. Keine Erwähnung in § 312 BGB n.F. findet die Kategorien Fernunterricht (§ 312b Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.). Für das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen gilt nun § 4 FernUSG. Ebensowenig erwähnt sind Verträge über Versicherungen und deren Vermittlung (§ 312b Abs. 3 Nr. 3 BGB a.F.). Hierfür gilt nunmehr § 312 Abs. 5 BGB.

Die neuen auf Fernabsatz bezogenen Ausschlusskategorien des § 312 Abs. 2 BGB seien im Folgenden aufgelistet:

- Verträge über Reiseleistungen nach § 651a BGB (Nr. 4 a))
- Behandlungsverträge nach § 630a BGB (Nr. 7)
- Verträge zur Nutzung einer einzelnen von einem Verbraucher hergestellten Telefon-, Internet- oder Telefaxverbindung (Nr. 11)
- Verträge über den Verkauf beweglicher Sachen auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen (Nr.13)

Die Notwendigkeit, den Informations- und Unterrichtungspflichten gemäß §§ 312d, 356 Abs. 3, 357 BGB nachzukommen, entfällt im Fernabsatzhandel (hier: im Rahmen von eBay) auch dann nicht, wenn eine Klausel mit der Formulierung „Wir verkaufen ausschließlich an Gewerbetreibende, ein Widerrufsrecht wird deshalb ausgeschlossen“ auf den Angebotsseiten des Unternehmers

---

angebracht wird. Wie das OLG Hamm auf Basis der alten Rechtslage entschied, stellt eine solche Klausel einen nach § 475 Abs. 1 BGB verbotenen Umgehungstatbestand dar, wenn durch die Klausel nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen ist, dass ein Verkauf an Verbraucher stattfindet.

b) Widerrufsrecht


Die Frist beginnt gem. § 355 Abs. 2 S. 2 BGB mit Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist. § 356 Abs. 2 BGB trifft für Fernabsatzverträge abweichende Regelungen. Für den Verbrauchsgüterkauf gilt § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Werden mehrere Waren im Rahmen einer einheitlichen Bestellung bestellt, so beginnt die Widerrufsfrist mit Erhalt der letzten Ware durch den Verbraucher oder einen von ihm benannten Dritten, § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) BGB. Die Frist beginnt ebenso mit Erhalt der letzten Sendung, wenn eine Ware in mehreren Teilsendungen oder Stücken geliefert wird, § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) BGB. Bei einem Verbrauchsgüterkauf, der auf die regelmäßige Lieferung von Waren über einen festgelegten Zeitraum erfolgt, beginnt die Widerrufsfrist gem. § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. d) BGB mit Erhalt der ersten Ware. Für alle anderen Verbrauchsgüterkäufe beginnt die Widerrufsfrist gem. § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) BGB mit Erhalt der Ware. Die Regelung des § 356

1540 Zu den Belehrungspflichten siehe Ausführungen oben zum Online-Marketing.
Abs. 2 BGB wird in der Praxis auf Problem stoßen, denn gem. § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 4 Abs. 1, 3 EGBGB muss der Verbraucher schon **vor Abgabe** der auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung über sein Widerrufsrecht einschließlich des Fristbeginns informiert werden. Regelmäßig wird der Unternehmer aber zu diesem Zeitpunkt nicht wissen, ob die Lieferung der Bestellung in einer oder mehreren Teilen erfolgt. 

Da das gilt umso mehr für Fälle, in denen die Ware nicht vom Vertragspartner verschickt wird, sondern z.B. direkt aus dem Lager des Herstellers. Der Unternehmer wird dann kaum wissen, ob die Ware in einem oder mehreren Paketen verpackt ist und versendet wird. Zu Irritationen auf Verbraucherseite könnte es auch dann kommen, wenn ein Verbraucher bei einem Online-Anbieter mehrere Bestellungen über verschiedene Warenkörbe tägigt, sodass mehrere Bestellvorgänge vorliegen, der Verbraucher jedoch die Gesamtheit der Bestellungen als einheitliches Ereignis versteht und somit davon ausgeht, dass die Widerrufsfrist einheitlich nach Eingang der letzten Ware beginnt. 

Als besonders kritisch sind diese Unsicherheiten vor dem Hintergrund zu beurteilen, dass bei einem Verstoß gegen die ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung nicht nur im Verhältnis Verbraucher zu Unternehmer relevant wird, sondern für Mitbewerber die Möglichkeit eines lauterkeitsrechtlichen Vorgehens gegen den Unternehmer besteht. Diesem Risiko kann dadurch entgegengewirkt werden, dass dem Verbraucher für jede einzelne Bestellung und bezogen auf das konkrete Produkt eine Widerrufsbelehrung zugesendet wird. Sodann sollte eine Irreführung des Verbrauchers i.S.d. UWG ausgeschlossen sein. Eine weitere Lösung bietet eine Kombinationsbelehrung, die so formuliert ist, dass dem juristischen Laien die Unterschiede der Alternativen des § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB verständlich werden. 

§ 356 Abs. 2 Nr. 2 BGB stellt für Energielieferungsverträge und Verträge über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten klar, dass die Widerrufsfrist mit Vertragsschluss beginnt.

Gem. § 356 Abs. 3 BGB beginnt die Widerrufsfrist jedoch nicht bevor der Verbraucher eine den Anforderungen der Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Art. 246b § 2 Abs. 1 EGBGB genügende, **d.h. vorvertragliche** Belehrung über sein Widerrufsrecht erhalten hat.
Die Systematik des Art. 246a EGBGB ist sehr komplex und wird selbst von öffentlichen Stellen als unübersichtlich beschrieben: Art. 246a § 4 Abs. 3 S. 3 EGBGB bestimmt, dass es für die in Art. 246a § 3 S. 2 EGBGB genannten Informationen ausreicht, diese dem Verbraucher zugänglich zu machen. Art. 246a § 3 S.2 EGBGB verweist wiederum auf die in Art. 246a § 1 EGBGB aufgezählten Informationen mit Ausnahme der in Art. 246a § 3 S.1 EGBGB erwähnten. Demnach reicht es für die in Art. 246a § 3 S. 1 EGBGB aufgezählten Informationen nicht aus, dass diese lediglich zugänglich gemacht werden. Sie müssen zur Verfügung gestellt werden. Art. 246a § 3 S.1 nennt dabei ausdrücklich in Nr. 4 das Bestehen des Widerrufsrechts.

Maßgeblich ist letztlich folgende Einordnung:

- Für reine Verbraucherverträge i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB gelten § 312a BGB und Art. 246 EGBGB.
- Für Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge gelten §§ 312d, e, f BGB und Art. 246a EGBGB.
- Für Verträge über Finanzdienstleistungen gelten § 312d Abs. 2 BGB und Art. 246b EGBGB.
- Informationspflichten für Geschäfte im elektronischen Rechtsverkehr sind in §§ 312i, j BGB und Art. 246c EGBGB behandelt.

Das nach alter Rechtslage nach § 355 Abs. 4 S. 3 BGB a.F. geltende Textformerfordernis für die Belehrung des Verbrauchers über den Widerruf besteht nicht mehr ausdrücklich. Nach Art. 246a § 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB gilt für Fernabsatzverträge nunmehr die flexiblere Lösung, dass der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung stellen muss. Danach muss dem Verbraucher aber lediglich die Information über das Bestehen eines Widerrufsrechtes in angepasster Weise zur Verfügung gestellt werden (Art. 246a § 3 S. 2, § 1, § 3 S.1 EGBGB). Für die in für die in Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB erwähnten „Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts“ reicht es nun aus, dass diese dem Verbraucher zugänglich gemacht werden, d.h. z.B. durch den Unternehmer zum Abruf bereitgehalten werden.

Der Wegfall der Textform für die Widerrufsbelehrung ist nicht nur für den Verbraucher nachteilig, sondern, durch die unübersichtliche Gestaltung des Art. 246a EGBGB, auch für den Unternehmer.

problematisch, da dieser sich dem Risiko aussetzt, mit lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen konfrontiert zu werden. Unternehmern ist deshalb zu raten, Verbraucher auch über die in Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB erwähnten „Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts“ in Textform zu informieren. Diese Frage wäre aber dann entbehrlich, wenn mit einer wörtlichen Auslegung von „übermitteln“ i.S.d. Art. 6 Abs. 4 S. 2 VRRL davon ausgegangen wird, dass etwas in Richtung auf den Verbraucher auf den Weg gebracht werden muss, dass dieser die Belehrung für sich dauerhaft speichern kann.\textsuperscript{1546}

Der Unternehmer kann seinen Informationspflichten außerdem pauschal dadurch nachkommen, dass er das in Anlage 1 vorgesehene Muster für die Widerrufsbelehrung zutreffend ausgefüllt in Textform übermittelt, Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 2 EGBGB. Kritik besteht allerdings an der Ausgestaltung dieses Musters, welches die neu geschaffenen Regeln nicht angemessen widerspiegelt.\textsuperscript{1547}

Vielfach diskutiert wird, ob auch die Rechtsfolgen des Widerrufs, insb. die Pflicht zum Wertersatz gem. § 357 Abs. 7 BGB, als dessen „Bedingungen“ i.S.d. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB angesehen werden müssen, mit der praktischen Folge, dass diese von der Belehrung umfasst sein müssen. Neben beachtlichen systematischen Argumenten für beide Alternativen ist es mehr im Sinne des neuen Verbraucherschutzrechts, auch die Rechtsfolgen als relevant anzusehen.\textsuperscript{1548}


\textsuperscript{1546} Vgl. Buchmann, K&R 2014, 221, 226.
\textsuperscript{1547} Vgl. Buchmann, K&R 2014, 293, 297 ff.
\textsuperscript{1548} So auch Buchmann, K&R 2014, 221, 224 m.w.N.

Ein vertraglich vereinbartes Rückgaberecht, wie es § 356 BGB a.F. vorsah, kann nach neuer Rechtslage nicht mehr das Widerrufsrecht ersetzen.


\section*{c) Kostentragung}

\subsection*{aa) Rücksendekosten}

Die Rechtsfolgen des Widerrufs sind seit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie mit Wirkung vom 13. Juni 2014 in § 357 BGB geregelt. Nach § 357 Abs. 6 S. 1 BGB muss nun der Verbraucher für die Kosten der Rücksendung aufkommen, sofern der Unternehmer ihn zuvor über diese Pflicht im Rahmen der Belehrung nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB informiert hat. Der Unternehmer kann sich jedoch gem. § 357 Abs. 6 S. 2 BGB bereiterklären, die Rücksendekosten zu übernehmen.\footnote{BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08, CR 2010, 188 = NJW 2010, 610.}

\subsection*{bb) Hinsendekosten}

Ebenso durch das Gesetz zur Umsetzung der VRRL eindeutig geregelt ist die Rückgewährpflicht des Unternehmers in Bezug auf die zuvor vom Verbraucher (anteilig) übernommenen Hinsendekosten. Der Streit, ob die anteiligen Versandkosten erstattungsfähig sind ist nun also obsolet. § 357 Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt, dass der Unternehmer auch etwaige Zahlungen des Verbrauchers für die Lieferung zurückzugewähren muss. Diese Rückgewährpflicht ist jedoch nach § 357 Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn dem Verbraucher zusätzliche Kosten entstanden sind, weil er sich für eine andere Art der Lieferung als die vom Unternehmer angebotene günstigste Standardlieferung entschieden hat. Die Rückgewährpflicht beschränkt sich also auf den für die günstigste Versendungsart vom Verbraucher zu entrichtenden Betrag.
cc) Wertverluste

Hinzu kommen Regelungen zu einem Wertersatzanspruch für Wertverluste (§ 357 Abs. 7 BGB). Ein Wertverlust soll dann zu bejahen sein, wenn der Verkäufer die zurückerhaltene Ware nicht zum gleichen Preis weiterverkaufen kann, wohingegen Aufwendungen zur Wiedererstellung der Verkaufbarkeit nicht erfasst sind.\footnote{Buchmann, K&R 2014, 293, 296.} Nach § 357 Abs. 7 Nr. 1 BGB hat der Verbraucher an den Unternehmer Wertersatz zu leisten, wenn der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war. Die Wertersatzpflicht gilt nach § 357 Abs. 7 Nr. 2 BGB jedoch nur dann, wenn der Unternehmer den Verbraucher gem. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB über sein Widerrufsrecht und die Pflicht zur Leistung von Wertersatz unterrichtet hat. Für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eines Fernsehers für 30 Betriebsstunden können 250 Euro Wertersatz verlangt werden.\footnote{AG Augsburg, Urt. v. 30.10.2006 – 23 C 4461 (alte Rechtslage); dazu auch öOGH, Urt. v. 27.9.2005 – 1 Ob 110/05s: 330 Euro für 343 Stunden.} Auch der Gebrauch von Rasierapparaten löst Ansprüche auf Nutzungsentschädigung aus,\footnote{AG Backnang, Urt. v. 17.6.2009 – 4 C 810/08, K&R 2009, 747.} wobei für diesen, je nach Art der Verpackung, das Widerrufsrecht gem. § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. ausgeschlossen sein könnte. Kein Wertersatz ist gem. § 357 Abs. 9 BGB beim Widerruf eines Vertrages über die Lieferung unkörperlicher Inhalte zu leisten.

dd) Nutzungsersatz

Die Frage nach Nutzungsersatz durch den Verbraucher inklusive der daraus erwachsenden Probleme, welche sich nach dem alten Verbraucherschutzrecht durch den Verweis des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. auf § 346 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB ergeben hat, stellt sich nicht mehr. Die Rechtsfolgen des Widerrufs sind nunmehr abschließend in § 357 BGB n.F. geregelt. Nutzungen, die ohne Wertverlust der Ware einhergehen, muss der Verbraucher insofern nicht erstatten. Für den Nutzungsersatz bei Nacherfüllung ist im Übrigen § 474 Abs. 5 S. 1 BGB zu beachten.

d) Ausnahmebestimmungen

Wichtig sind die Ausnahmebestimmungen für das Widerrufsrecht. Die Weite dieses Rechts kontrastiert mit einer Fülle von Ausnahmebestimmungen, die im Katalog des § 312g Abs. 2 BGB vorgesehen sind. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312g Abs. 4 BGB liegt bei dem Unternehmer, der sich auf den Ausnahmetatbestand beruft.\footnote{BGH, Urt. v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, MDR 2003, 732 = CR 2003, 480 (zur § 312d Abs.4 BGB)
Zunächst besteht kein Widerrufsrecht bei Verträgen über die Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind (§ 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB). § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB a.F. sprach demgegenüber allgemeiner von „Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind.“

Fraglich ist demnach, ob an der bisherigen „Built-to-Order“-Rechtsprechung des BGH noch festgehalten werden kann.\footnote{Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 244.} Aus Erwägungsgrund (49) der VRRL wird jedoch deutlich, dass es sich bei § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB trotz der Änderung des Wortlauts um den inhaltgleichen Ausschlussgrund wie in § 312d Abs. 4 Nr. 1 1. und 2. Var. BGB a.F. handelt.\footnote{Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 244.} Eine Erweiterung der Ausnahme durch den geänderten Wortlaut ist mithin nicht anzunehmen.\footnote{Schirmbacher/Schmidt, CR 2014, 112; zustimmend: Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 245.} Eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung ist schon deshalb nicht wahrscheinlich, weil der BGH sich seit jeher einer teleologischen Auslegung bedient\footnote{Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 245.} und den Ausschlussstatbestand erst dann erfüllt sieht, wenn der Unternehmer durch die Rücknahme auf Bestellung angefertigter Ware erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleidet, die spezifisch damit zusammenhängen und dadurch entstehen, daß die Ware erst auf Bestellung des Kunden nach dessen besonderen Wünschen angefertigt wurde.“\footnote{BGH, Urt. v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, MDR 2003, 732 = CR 2003, 480. Ähnlich LG Hannover, Urt. v. 20.3.2009 – 13 S 36/08, DAR 2009, 530.}

Nach bisheriger Rechtsprechung zu § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB a.F. fallen unter den Ausschlussstatbestand etwa die Bestellung eines PKWs nach den Wünschen des Kunden (etwa im Hinblick auf Sonderausstattungen oder Farbe). Sind die Änderungswünsche nur von untergeordneter Bedeutung, ist die eng auszulegende Ausnahmenvorschrift nicht einschließlich. Eine Anfertigung der Ware nach Kundenspezifikation, bei deren Vorliegen das Recht des Verbrauchers zum Widerruf eines Fernabsatzvertrages ausgeschlossen ist, ist dann nicht gegeben, wenn die zu liefernde Ware auf Bestellung des Verbrauchers aus vorgefertigten Standardbauteilen zusammengefügt wird, die mit verhältnismäßig geringem Aufwand ohne Beeinträchtigung ihrer Substanz oder Funktionsfähigkeit wieder getrennt werden können (hier PCs aus Bauteilen nach Kundenwunsch).\footnote{BGH, Urt. v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, MDR 2003, 732 = CR 2003, 480. Ähnlich LG Hannover, Urt. v. 20.3.2009 – 13 S 36/08, DAR 2009, 530.}
Neu eingeführt wurde der nun ausdrückliche Ausschluss des Widerrufsrechts bei Waren, die „wegen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“ in § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB. Diese Produkte fielen früher nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 3. Var. BGB a.F. unter die Kategorie von Waren, die “aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für die Rücksendung geeignet sind“. Fraglich ist, wie die Begriffe des Siegels und der Hygienegründe zu bestimmen sind. Der Begriff des Siegels ist dem Widerrufsrecht schon aus dem Ausschlussstatbestand für Ton- und Videoaufnahmen und Computersoftware, der jetzt in § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB geregelt ist (nächster Absatz), bekannt. Jedoch ist bei § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB nun zwingend erforderlich, dass ein Zusammenhang in Form von Gesundheitsschutz- und Hygienegründen besteht. Ein Hinweis darauf, dass mit dem Siegelbruch das Widerrufsrecht erlischt muss in jedem Fall nicht auf dem Siegel angetragen sein. Auf den Begriff der Hygiene wird in der Gesetzesbegründung nicht weiter eingegangen.

Der Anwendungsbereich des § 312g Abs. 2 Nr. 3 ist daher schwer zu bestimmen. Während einige Autoren eine möglichst enge Auslegung der Vorschrift fordern und den Anwendungsbereich auf freiverkaufliche Arzneimittel, Fertiggerichte, Kosmetik- und Hygieneartikel begrenzen, wird es zutreffender sein, allein auf die objektive Schutzrichtung der Norm abzustellen und die Erfüllung des Tatbestandes dann anzunehmen, wenn die gesundheitlichen Gefahren für den nachfolgenden Kunden besonders hoch sind. Das ist insbesondere anzunehmen, wenn das Produkt unmittelbar mit Körperstellen in Kontakt kommt, über die regelmäßig Krankheiten übertragen werden, wie z.B. Schleimhäute und Körperöffnungen. Richtigerweise muss danach gefragt werden, ob selbst nach Behandlung/Reinigung der Ware ein Weiterverkauf ausgeschlossen wäre.

Ferner soll der Verbraucher sein Widerrufsrecht nicht ausüben können bei Verträgen zur Lieferung von Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware in einer versiegelten Verpackung, wenn die Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde (§ 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB). Dieser Ausschlussstatbestand fand sich zuvor unter geringfügig anderem Wortlaut in § 312d Abs.4 Nr. 2 BGB a.F. Wann eine solche Entsiegelung allerdings vorliegt und welche Maßnahmen (einschweifen, Aufkleber, o.ä.) ausreichend sind, um als Versiegelung zu gelten, ist bisher nicht abschließend geklärt.

---

1561 Hoeren/Föhlsch, CR 2014, 245.
1563 Palandt/Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 312g n.F. Rn. 6.
1564 Hoeren/Föhlsch, CR 2014, 246.
1565 Hoeren/Föhlsch, CR 2014, 246.
1566 Hoeren/Föhlsch, CR 2014, 246.
Nach Ansicht des LG Dortmund\textsuperscript{1567} reicht ein Tesafilmstreifen nicht als Versiegelung aus, wohingegen das OLG Frankfurt\textsuperscript{1568} in Bezug auf die Entsiegelung von Software darauf abstellte, ob eine Überwindung eines erkennbar zur Wahrung des Urheberrechts geschaffenen Sperre erfolgt sei, etwa durch Öffnen einer verschlossenen und äußerlich durch Aufschrift gekennzeichneten, versiegelten Hülle um eine CD-ROM. Umstritten ist, ob schon die Cellophanverpackung einer CD oder DVD ein Siegel im Sinne der Vorschrift darstellt. Das OLG Hamm verneint dies unter Hervorhebung der anderen Funktionen der Cellophanverpackung, wie dem Schutz vor Verschmutzungen.\textsuperscript{1569} Richtig erweise ist für die Beurteilung, ob ein Siegel i.S.d. § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB vorliegt auf die Verkehrsauffassung abzustellen, nach der durch das Entfernen des Cellophans ein Gefühl vermittelt wird, dass die Ware nun entgültig Eigentum des Verbrauchers wird.\textsuperscript{1570} Die bloße Eingabe des BIOS-Passwortes stellt keine Entsiegelung eines Datenträgers dar. Will man die Norm auch auf die Übertragung von Software auf einer bereits eingebauten Festplatte anwenden, legt es der Sinn und Zweck der Vorschrift nahe, nur solche Handlungen des Verbrauchers als „Entsiegelung“ anzusehen, die einer erkennbar zum Schutze des Urheberrechts geschaffenen Sperre dienen. Dies ist nach Auf fassung des LG Frankfurt bei der Eingabe eines BIOS-Passwortes nicht der Fall, da deren Zweck allein die Verhinderung von unbefugten Änderungen der BIOS-Einstellungen sei.\textsuperscript{1571}

Nach früherer Rechtslage wurde diskutiert, wie vor diesem Hintergrund der Softwaredownload zu behandeln ist. Wenn Software über das Internet zum Abruf bereitgehalten wird, fehlt es an einer Versiegelung. Hier griff folglich die (als Ausnahme eng auszulegende) Regelung für versiegelte Produkte nicht ein. Die EDV-Industrie plädierte dafür, in diesem Fall die Ausnahmebestimmung des § 312d Abs. 4 Nr. 1 3. Var. BGB a.F. heranzuziehen, wonach ein Widerrufsrecht nicht bei Gütern besteht, die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind. Nach neuer Rechtslage existiert für den Download von Software noch immer kein Ausschlussstatbestand in § 312g Abs. 2 BGB. Die Situation der Anbieter wird jedoch dadurch verbessert, dass gem. § 356 Abs. 5 BGB das bestehende Widerrufsrecht bei Start des Downloadvorgangs erlischt, sofern der Unternehmer seinen besonderen Informationspflichten aus § 356 Abs. 5 Nr. 1 und 2 BGB nachgekommen ist.

\textsuperscript{1567} LG Dortmund, Urt. v. 1.6.2006 – 16 O 55/06 (n.v.).
\textsuperscript{1568} LG Frankfurt, Urt. v. 18.12.2002 – 2/1 S 20/02, CR 2003, 412.
\textsuperscript{1569} OLG Hamm, Urt. v. 30.3.2010 – I-4 U 212/09; K&R 2010, 411 = MMR 2010, 684.
\textsuperscript{1570} Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 245.
\textsuperscript{1571} LG Frankfurt, Urt. v. 18.12.2002 – 2/1 S 20/02, CR 2003, 412.
Bis auf den Ausschlussgrund des § 312d Abs. 4 Nr. 7 BGB a.F. finden sich alle Ausschlussstatbestände in § 312g Abs. 2 BGB wieder.

§ 312g Abs. 2 Nr. 8 BGB übernimmt die Regelung des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB a.F. und erweitert den Anwendungsbereich auf allgemeine Verträge zur Erbringung von Dienstleistungen, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt.

Gänzlich neue Ausschlussstatbestände finden sich in § 312g Abs. 2 Nr. 9, Nr. 11 und Nr. 13 BGB.

e) Das Widerrufsrecht bei Onlineauktionen

Literatur:


Nach Zustandekommen eines Fernabsatzvertrags i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB besteht für den Verbraucher regelmäßig ein Widerrufsrecht gem. §§ 312g Abs. 1, 355 BGB. Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich bei dem Vertragspartner um einen Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB handelt. Dies verdeutlicht, warum Verkäufer insbesondere bei Internetauktionen häufig versuchen, als Verbraucher aufzutreten, nämlich um ebendiese Einräumung des Widerrufsrechts an den Vertragspartner zu umgehen.\footnote{1572}

Die Anwendbarkeit des Widerrufsrechts war insbesondere bei Internetauktionen im Hinblick auf die Ausnahmeregelung des § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB a.F. (jetzt § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB) lange umstritten. Diesen Streit klärte der BGH allerdings dahingehend, dass er die Anwendbarkeit des § 156 BGB auf Internetauktionen verneinte, da es diesen an dem nötigen Zuschlag fehle, sondern Geschäfte hier vielmehr durch Angebot und Annahme zustande kämen.\footnote{1573} Nach der Formulierung des nunmehr seit 13. Juni 2014 geltenden § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB ist diese Diskussion endgültig obsolet. Eine weitere Ausnahmeregelung greift nach § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB für Computersoft-
ware, Ton- und Videoaufzeichnungen, sofern die gelieferten Datenträger entsiegelt worden sind (s.o.). Bei Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts gelten die allgemeinen Regeln.  

IV. Schriftform und digitale Signatur

Literatur:


In den frühen Entwürfen des IuKD (Informations- und Kommunikationsdienstegesetz) versuchte man dem Problem der elektronischen Form durch Einführung von „Testvorschriften“ Herr zu werden, innerhalb deren Anwendungsbereich die Möglichkeiten und Risiken der elektronischen Form

\[^{1574}\text{siehe A.III. 2. a) ff.}\]
getestet werden sollten. Als solche waren die Vorschriften über Fernunterrichtsverträge vorgesehen. Man sah darin die Ersetzung einer einzelnen, praktisch kaum relevanten Formvorschrift, nämlich der Schriftform bei Fernunterrichtsverträgen im Rahmen des Fernunterrichtsschutzgesetzes, durch eine spezielle, elektronische Form vor. Dann verzichtete man jedoch auf dieses Experiment und ließ die Frage der Schriftform außen vor.

Im August 2001 ist das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Geschäftsverkehr in Kraft getreten.\(^{1576}\) Dieses sah, neben der notariellen Beurkundung, als weiteren Ersatz der durch Gesetz vorgeschriebenen Schriftform, die „elektronische Form“ vor (§ 126 Abs. 3 BGB). Im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie mit Wirkung vom 13.06.2013 wurde § 126b BGB abermals geändert.

Nach § 126b S.1 BGB wird die Textform eingehalten, wenn eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben wird. Ein dauerhafter Datenträger ist nach § 126b S. 2 BGB jedes Medium, dass es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist (Nr. 1), und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben (Nr. 2). Kritisch kann gesehen werden, dass der deutsche Gesetzgeber für die Einhaltung der Textform nun keinen Abschluss in Form der Namensnachbildung mehr verlangt, obwohl er keine inhaltlichen Änderungen durchführen wollte. Alleine aus diesem Grunde an dem Erfordernis eines Abschlusses festzuhalten, wird teilweise für zu gewagt angesehen.\(^{1577}\) Allerdings wäre es kein beispielloser Vorgang, ein solches Erfordernis nachträglich im Wege teleologischer und genetischer Auslegung herein zu interpretieren.

Anders ist die Neuregelung der ZPO. Nach dem \textit{Zustellungsreformgesetz}\(^{1578}\) kann die Zustellung in Zivilverfahren auch durch ein Fax oder ein elektronisches Dokument erfolgen (§ 174 Abs. 2 und 3 ZPO). Welche Formerfordernisse das elektronische Dokument erfüllen muss, lässt das Gesetz offen. Eine qualifizierte Form ist allerdings notwendig, wenn gesichert werden soll, dass der Inhalt der Nachricht bei der Übertragung unverändert geblieben ist. Das elektronische Dokument gilt als zugestellt, wenn der Adressat bestätigt, die Datei erhalten und zu einem bestimmten Zeitpunkt ent-

\(^{1577}\) Beck, Jura 2014, 666, 673.
gegengenommen zu haben. Das Empfangsbekenntnis kann auch elektronisch übermittelt werden, wobei eine Verschlüsselung oder Signatur nicht erforderlich ist.

V. Beweiswert digitaler Dokumente

Literatur:

Abseits der Schriftform stellt sich die Frage nach dem Beweiswert digital generierter Dokumente.

1. Freie richterliche Beweiswürdigung

Eine Qualifizierung digital generierter Dokumente als Privaturkunde i.S.v. § 416 ZPO scheidet aus, da es an einer dauerhaften Verkörperung sowie an einer hinreichenden Unterschrift fehlt und darüber hinaus die Gedankenäußerung nicht unmittelbar aus sich heraus wahrgenommen werden kann. Der Verkäufer kann daher beim Abschluss eines Vertrages via Internet nicht darauf vertrauen, dass die elektronisch erstellten Unterlagen den vollen Beweis für den Abschluss und den Inhalt des Vertrages erbringen. Der Kunde kann sich problemlos darauf berufen, dass er den Vertrag nie, oder nicht mit diesem Inhalt, abgeschlossen hat. Sendeprotokolle erbringen nämlich nicht den Anschlagsbeweis für den Zugang einer Erklärung; sie haben allenfalls Indizwirkung. Im Übrigen sieht die Rechtsprechung Internetauktionen als Versendungskauf an, so dass die Darlegungs- und Beweislast für den Inhalt eines Pakets beim Verkäufer liegt.

2. Beweisvereinbarung

3. Signaturrichtlinie und das neue Signaturgesetz

---

ner unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann und so mit den Daten, auf die sie sich bezieht, ver-:
knüpft ist, so dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann. „Fortgeschritte-
ne“ elektronische Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen, sollen das rechtli-
che Erfordernis einer Unterschrift erfüllen (Art. 5 Abs. 1). Es dürfte damit feststehen, dass zumin-
dest dann, wenn die hohen Sicherheitsanforderungen des deutschen Signaturetgesetzes erfüllt sind,
der Beweiswert eines dergestalt signierten Dokuments, dem einer Privaturkunde gleichkommt.
Gleiches dürfte auch für Signaturverfahren anderer Staaten gelten, sofern die dortigen Zertifizie-
rungsstellen die in Anhang II der Richtlinie festgelegten Voraussetzungen erfüllen. Zertifizierungs-
stellen, die ein qualifiziertes Zertifikat ausstellen, müssen gegenüber jeder Person, die vernünf-
tigerweise auf das Zertifikat vertraut, haften. Sie können den Anwendungsbereich von Zertifikaten
und den Wert der Transaktionen, für die ein Zertifikat gültig ist, begrenzen. Die Zertifizierungsstel-
le ist in diesen Fällen nicht für Schäden verantwortlich, die sich aus einer über den Anwendungsbe-
reich oder die Höchstgrenze hinausgehenden Nutzung eines Zertifikats ergeben.

Die Signaturrichtlinie ist der richtige Weg. Sie lässt aber noch Fragen offen. Insbesondere das Ver-
hältnis der „fortgeschrittenen digitalen Signaturen“ zu den Sicherheitsanforderungen einzelner na-
tionaler Signaturregelungen ist unklar. Es sollte sehr schnell Planungssicherheit dahingehend herge-
stellt werden, welche Sicherheitsinfrastruktur welchen Beweiswert für ein digital signiertes Doku-
ment mit sich bringt. Die Planungssicherheit lässt sich aber nur dadurch herstellen, dass einzelne
Akteure anfangen, die Signatur einzusetzen. Gefordert ist hier der Staat, mit gutem Vorbild voran-
zugehen. Auch die großen Unternehmen sind gefordert, den klassischen Vertrieb um einen virtuel-
len Distributionsweg mittels digitaler Signaturen zu ergänzen und hierzu z.B. dem Versicherungs-
nehmer eine entsprechende Hardware (Chipkarte und Lesegerät) kostengünstig zur Verfügung zu
stellen. Ansonsten droht das spieltheoretische Dilemma, dass niemand aus Angst der erste sein will
und die digitale Signatur aus diesem Grund nie zum effektiven Einsatz kommt.

Nach dem Signaturetgesetz vom 16. Mai 2001, das die Signaturrichtlinie in deutsches Recht umsetzt,
kommen verschiedene Stufen der Signaturerzeugung zum Tragen. Da ist zum ersten die einfache
Signatur. Es handelt sich um eine digitale Unterschrift, deren Erzeugung nicht nach den Vorgaben
des Signaturetgesetzes erfolgt. Solche Signaturen sind nicht verboten. Sie sind aber nicht der Schrift-
form gleichgestellt (§ 126 Abs. 3 BGB). Auch kommt ihnen kein erhöhter Beweiswert i.S.v. § 371a
ZPO zu. Es fehlt ihnen schließlich auch die Sicherheitsvermutung nach § 15 Abs. 1 SigG.

1587 Die an ein qualifiziertes Zertifikat zu stellenden Voraussetzungen finden sich in Anhang I der genannten Richtli-
nie.
Im Signaturgesetz sind lediglich die Anforderungen an eine „qualifizierte elektronische Signatur“ geregelt. Erst eine solche Signatur erfüllt die Anforderungen des Signaturgesetzes (vgl. § 2 Abs. 3 SigG). Als „qualifiziertes Zertifikat“ gilt jede elektronische Bescheinigung, mit denen Signaturprüfschlüssel einer natürlichen Person zugeordnet werden und die die Identität dieser Person bestätigen (§ 2 Nr. 6 und 7 SigG). Das Zertifikat muss bestimmte Mindestangaben enthalten (§ 7 SigG) und den gesetzlichen Vorgaben des SigG entsprechen. Erlaubt sind – im Unterschied zum alten SigG – auch softwarebasierte Signatursysteme (§ 2 Nr. 10 SigG). Der Betrieb eines Zertifizierungsdienstes für solche Zertifikate ist genehmigungsfrei nach entsprechender Anzeige möglich (4 Abs. 1 und 3 SigG). Die Anzeige erfolgt bei der Bundesnetzagentur; die Bundesnetzagentur nimmt auch die allgemeine Missbrauchsaufsicht hinsichtlich der Einhaltung der technischen Standards vor. Nach § 11 Abs. 1 SigG haftet eine Zertifizierungsstelle einem Dritten für den Schaden, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Angaben in einem qualifizierten Zertifikat vertraut. Diese Haftung entfällt nur dann, wenn der Anbieter beweisen kann, dass er nicht schuldhaft gehandelt hat (§ 11 Abs. 2 SigG). Ein qualifiziertes Zertifikat hat nach § 292a ZPO den Anschein für sich, dass die zertifizierte elektronische Willenserklärung echt ist. Dieser Anschein kann nur durch Tatsachen erschüttert werden, die es ernsthaft als möglich erscheinen lassen, dass die Erklärung nicht mit dem Willen des Signatur-Schlüssel-Inhabers abgegeben worden ist. Der Kunde kann also immer noch vortragen, die Chipkarte mit dem Signaturschlüssel sei ihm entwendet worden. Allerdings trifft ihn dann eine Obliegenheit, diesen Fall unverzüglich dem Vertragspartner anzuzeigen; ansonsten verliert er sein Rügerecht. Im Übrigen bleibt ihm die Behauptung, ihm seien nicht die Daten angezeigt worden, die er signiert habe (etwa weil ein anderes als das signierte Dokument im Hintergrund signiert worden ist). Gelingt dem Anwender der Nachweis einer solch falschen Präsentation, ist die signierte Erklärung nicht authentisch. In der Forschung wird zu Recht von der „Achillesferse“ des Signaturrechts gesprochen.\textsuperscript{1588}  


\textsuperscript{1588} So Fischer-Dieskau u.a., MMR 2002, 709, 713. Siehe auch Pordesch, DuD 2000, 89.


Seit 2005 findet sich in der Zivilprozessordnung (ZPO) allerdings der § 371a, welcher auf qualifizierte elektronische Signaturen im Zivilprozess die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden für entsprechend anwendbar erklärt. Zudem erfolgt eine Beweiserleichterung in Form eines Anscheinsbeweises (prima-facie-Vermutung), dass das Dokument mit dieser Signatur vom Signaturschlüssel-Inhaber abgegeben wurde, § 371a Abs. 2 ZPO. Auch das MarkenG ermöglicht die Einreichung elektronischer Dokumente, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, sowohl vor dem DPMA, als auch vor dem BpatG und dem BGH nach § 95a MarkenG.

---

1589 Ein aktueller Stand zu Zertifizierungsanbietern, die sich bei der Regulierungsbehörde akkreditiert oder dort ihre Tätigkeit angezeigt haben, ist unter http://www.bundesnetzagentur.de zu finden.


1592 Begründung der Bundesregierung, BT-Dr. 17/3630, S. 1.
De-Mail mit Zugangsbestätigung ist nicht nur der Zugang des Schriftstücks bewiesen, sondern auch sein Inhalt, da die De-Mail durch Verschlüsselung auch gegen Veränderungen geschützt ist.\textsuperscript{1594}


Das Konkurrenzangebot der Deutschen Post, „E-Postbrief“, welches noch nicht dem De-Mail-Standard entspricht,\textsuperscript{1596} hat nunmehr lauterkeitsrechtliche Fragestellungen aufgeworfen. So wurde der Werbespruch, der E-Postbrief sei „so sicher und verbindlich wie der Brief“ und übertrage „die Vorteile des klassischen Briefes ins Internet“, auf Klage der Verbraucherzentrale vom LG Bonn\textsuperscript{1597} für unzulässig erklärt, da das Schriftformerfordernis bei elektronischer Kommunikation nur durch eine qualifizierte elektronische Signatur ersetzt werden könne, diese Möglichkeit beim E-Postbrief aber nicht bestehe. Verbraucher könnten durch die Annahme, elektronische Post sei so verbindlich wie ein Brief, Fristen versäumen und erhebliche Nachteile erleiden.\textsuperscript{1598}

Die EU-Kommission schlägt vor, elektronische Rechnungen in Zukunft ebenso zu behandeln wie auf Papier ausgestellte.\textsuperscript{1599} Damit würde die seit 1. Januar 2002 als § 14 Abs. 3 Nr. 1 im deutschen Umsatzsteuergesetz (UStG) eingeführte Vorschrift entfallen, elektronische Rechnungen qualifiziert zu signieren. Zur Begründung ihres Gesetzesvorschlags führt die Kommission an, die vorhandenen Regeln seien „zu kompliziert und unterschiedlich“. Ein am 2. Januar 2011 verabschiedeter Ent-

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item Palandt/Heinrichs, § 130 Rz. 21.
\item Siehe BR-Drs 818/12.
\item Viefhues, MMR-Aktuell 2011, 317906.
\item Vgl. auch becklink 1015557.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}

VI. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Literatur:


Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat besondere Bedeutung auch im Bereich des Online-Rechts, und zwar insbesondere durch die Schwierigkeiten, die sich durch die Verwendung/Einbeziehung auf Webseiten stellen.

Hierbei ist vorweg festzustellen, dass das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) nicht nur auf B2C- oder auf B2B-Verträge Anwendung findet, sondern auch im Bereich der C2C-Verträge. Allerdings wird der

1601 BT-Drucks. 17/5125.
1602 BR-Drucks. 568/11(B).
1603 Weitere Informationen Painter, DStR 2011, 1877, 1881; http://heise.de/-1349623.
Verwendung von AGBs in diesem Bereich zumeist entgegenstehen, dass es sich nicht um solche Vertragsbedingungen handelt, die für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sind (mindestens drei Verwendungen). Im Übrigen ist zu beachten, dass die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln regelmäßig auch als Wettbewerbsverstoß angesehen wird und damit nach § 3 UWG abmahnfähig ist. Auch löst die Verwendung nichtiger AGB Schadensersatzansprüche aus §§ 280, 311 BGB aus.

Besondere Schwierigkeiten macht die Einbeziehung von AGB in eine Webseite. Nach § 305 Abs. 2 BGB muss auf die Geschäftsbedingungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausdrücklich hingewiesen und dem Erwerber somit eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben werden. Wird im Zusammenhang von Rahmenverträgen vorab auf die AGB hingewiesen und deren Einbeziehung vereinbart, sind die Anforderungen von § 305 Abs. 2 BGB erfüllt.


---


Nicht ausreichend ist der \textbf{bloße Hinweis auf die AGB auf der Homepage}, etwa im Rahmen von Frames auf der Einstiegsseite.\footnote{Siehe im Übrigen zu denkbaren Fehlern bei der AGB-Einbindung die Glosse unter http://www.kommdesign.de/galerie/empfang/rechtsabteilung.htm.} Zu empfehlen ist die Aufnahme eines Hinweises auf die AGB nebst Link in das Online-Bestellformular: „Hiermit bestelle ich – wobei ich die Geschäftsbedingungen (hier Link) zur Kenntnis genommen und akzeptiert habe – folgende Artikel:“. Noch deutlicher wären zwingend in den Bestellablauf integrierte Fenster mit den AGB, die sich erst auf einen Buttondruck des Bestellers hin wieder schließen. In einem solchen Fall wären vier Fenster einzurichten, die nacheinander „durchzuklicken“ und zu bestätigen sind. Die vier Fenster sind

- ein Fenster für die Beschreibung des Lieferanten und des ausgewählten Produkts (nach den Vorgaben des Fernabsatzrechts)
- ein Fenster mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen
- ein Fenster mit der Datenschutz-Einwilligung (siehe §§ 4, 4a BDSG)
- ein Fenster mit der Möglichkeit zur Korrektur der Bestellung (Vorgabe der E-Commerce-Richtlinie; § 312i Abs. 1 Nr. 1 BGB).

Zu beachten ist ferner § 312i Abs. 1 Nr. 4 BGB, der der Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie dient. Hiernach sind dem Nutzer die Vertragsbestimmungen unter Einschluss der in den Vertrag \textbf{einzogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen so zur Verfügung zu stellen}, dass er sie abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann. Erforderlich sind insofern
Hinweise auf technische Speichermöglichkeiten über Shortcuts wie strg-s und strg-p. Die Wiedergabemöglichkeit ist am besten gesichert, wenn die AGB als HTML-Dokument oder im PDF-Format (oder einem vergleichbaren Format) zum Herunterladen bereitgestellt werden.


**Zulässige Klauseln** in AGB sind solche bezüglich

- Bezahlverfahren
- Preis
- Versandkosten
- Eigentumsvorbehalt
- Aufrechnungsverbot
- „Solange der Vorrat reicht! Änderungen und Irrtümer vorbehalten“

**Unzulässige Klauseln** sind hingegen solche bezüglich

- Gerichtswahl gegenüber Nicht-Kaufleuten
- Die Erhebung einer Gebühr für die Verwendung von Kreditkarten
- Die Erhebung einer pauschalen Bearbeitungsgebühr für Rücklastschriften
- Nicht geregelte Folgen in Bezug auf die Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises bei Ausübung des Widerrufsrechts

1614 OLG Bremen, Urt. v. 11.2.2004 – 1 U 68/03 = 7 O 733/03, NJOZ 2004, 2854.
• Umfassende Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Käufers

• Einschränkungen der Ausübung des Widerrufsrechts auf „Ware in Originalverpackung und mit Originalrechnung“ oder Ausschluss des Widerrufsrechts für bestimmte Warengruppen, soweit nicht in § 312 d Ab.4 BGB a.F. bzw. 312g Abs.2 BGB vorgesehen

• Abwälzung der Gefahr der Rücksendung auf den Kunden bei Ausübung des Widerrufsrechts

• Die Beschränkung der Gültigkeit von Warengeschenkgutscheinen auf ein Jahr

• Angaben zu Lieferfristen „in der Regel“ oder „ca“; insbesondere muss Art. 246a Abs. 1 Nr. 7 EGBGB der Termin genannt werden, bis zu dem der Unternehmer die Ware spätestes liefern muss

• Unkonkretisierte Preis- oder Leistungsänderungsvorbehalte

• AGB: „Unfrei zurückgesandte Ware wird nicht angenommen“

• Liefervorbehalte in Bezug auf Ersatzlieferung gleichwertiger Produkte

• Die Beschränkung der Rückerstattung nach fernabsatzrechtlichem Widerruf auf eine Gutschrift

• Die Option, die Ware mit „versichertem Versand“ zu versenden


1627 LG Regensburg, Urt. v. 15.3.2007 – 1 HKO 2719/06.

Die Einführung von Rügepflichten im B2C-Bereich

„Teillieferungen und Teilabrechnungen sind zulässig"


Versteckt sich die Zahlungspflicht in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, kann diese Klausel ungewöhnlich und überraschend und damit unwirksam sein, wenn nach dem Erscheinungsbild der Webseite mit einer kostenpflichtigen Leistung nicht gerechnet werden musste. Weist ein Diensteanbieter auf einer Internetseite blickfangmäßig auf die Möglichkeit hin, eine (Gratis-)Leistung beziehen zu können (hier: 111 Gratis-SMS und ein Gewinnspiel mit einer Gewinnchance von über 1000 Euro) ohne hinreichend deutlich und in ähnlicher Form wie diese Blickfangwerbung eine tatsächlich bestehende Zahlungspflicht und/oder Preisbestandteile herauszustellen, liegt der Fall einer irreführenden und unzulässigen Blickfangwerbung vor.


\[1633\] LG Stuttgart, Urt. v. 15.5.2007 – 17 O 490/06, MMR 2007, 668.
Es ist in diesem Zusammenhang aber zu beachten, dass aufgrund der verbraucherfreundlichen Regelung des AGB-Rechts, insbesondere der §§ 308, 309 BGB, die Gerichte von den gesetzlichen Vorgaben nur sehr eingeschränkt abweichen.

Bei **Downloadprodukten** (wie Software oder Musik) sind im Übrigen zu beachten:

**Zulässige Regelungen:**

- einfaches Nutzungsrecht
- Vermietrechte verbleiben beim Provider, §§ 27, 69c Nr. 3 UrhG
- Keine Unterlizenzen durch den User
- Eigentum an Werkkopie?
- Zulässig: Einzelplatzlizenz mit Verbot der gleichzeitigen Nutzung auf mehreren CPUs
- Unzulässig: Beschränkung der Nutzung auf eine bestimmte CPU; Weiterveräußerungsverbote

**Unzulässige Regelungen:**

- Unzulässigkeit von Sicherungskopien (bei Software unerlässlich, § 69d Abs. 2 UrhG)
- Beschränkung von Fehlerbeseitigung und Deassembling (Verstoß gegen §§ 69d Abs. 1, 69e UrhG), sofern kein eigener Support des Providers

**VII. Zahlungsmittel im elektronischen Geschäftsverkehr**

**Literatur:**


---


1. Herkömmliche Zahlungsmethoden

Im deutschsprachigen Internet sind die Kreditkarte, das Lastschriftverfahren und die Zahlung per Rechnung als Zahlungsmöglichkeiten am weitesten verbreitet.


Im Lastschriftverfahren wird dem Händler auf elektronischem Wege die Ermächtigung erteilt, den Rechnungsbetrag per Lastschrift vom Girokonto des Kunden einzuziehen. Zu diesem Zweck teilt der Kunde dem Händler, meist im Wege eines WWW-Formulars, die Daten seiner Bankverbindung mit. Nachteil dieses Verfahrens ist, dass dem Händler ein Nachweis über die Lastschriftermächti-


2. Internetspezifische Zahlungsmethoden

Systeme, die die Zahlung im Internet per Chipkarte (z.B. Geldkarte oder Mondex) oder Netzgeld (z.B. eCash) ermöglichen, haben keine Praxisdurchsetzung erfahren. Auch Verfahren bei Kleinbetragszahlungen (sog. micropayments) wie Millicent und CyberCoin konnten sich nicht durchsetzen. Die Funktionsweise dieser Formen elektronischen Geldes ist bereits ausführlich in der Literatur beschrieben worden. Hier soll sich die weitere rechtliche Beurteilung auf das Netzgeld beschränken. Die entscheidende Weichenstellung besteht in der Frage, ob Netzgeld seiner Rechtsnatur nach eher als Forderung gegen die Bank oder aber als eine Art verbriezte Inhaberschuldverschreibung (§§ 793, 797 BGB) anzusehen ist. Im ersten Fall wäre Netzgeld parallel zu den „normalen“ Guthaben bei einer Bank zu behandeln; allerdings wäre dann auch die Zirkulationsfähigkeit des Netzgeldes wegen des sehr engen Gutglaubensschutzes bei Forderungsabtretungen gefährdet. Im zweiten Fall steht eine sachenrechtlich orientierte Sichtweise im Vordergrund, die Netzgeld als digitale, dennoch durch Übereignung nach § 929 BGB übertragbare Münze ansieht. Allerdings scheitert diese Sichtweise daran, dass dem Netzgeld die Urkundssicherheit fehlt und insofern die An-

1636 http://www.mondex.com/; Mondex ist in Deutschland nicht erhältlich.
1639 Siehe §§ 407, 409 BGB.
nahme einer wertpapierrechtlichen Verbriefung fehlschlagen muss.\textsuperscript{1640} Escher schlägt daher eine analoge Anwendung der Vorschriften zur Inhaberschuldhandschrift vor und spricht insofern von „Inhaberschulddaten“, „digitalisierten Inhaberschuldverpflichtungen“ bzw. „Wertdaten“.\textsuperscript{1641} Dieser Analogieschluss ist zumindest bei offenen Systemen, die eine Nutzung von eCash auch außerhalb eines auf eine Bank bezogenen Testbetriebes zulassen, gerechtfertigt. Er entspricht der von der herrschenden Meinung\textsuperscript{1642} vorgenommenen analogen Anwendung der Eigentumsvorschriften auf Software, die insoweit nur als Spezialfall digitaler Informationen anzusehen ist. Anders ist die Sachlage jedoch für die geschlossenen eCash-Systeme, bei denen eine einzelne Großbank eCash an ausgewählte Kunden „ausgibt“ und nachträglich über den Händler wieder „einlöß“ mit den „Münzen“ vom Kunden an den Händler impliziert eine Einzelweisung des Kunden an die Bank gem. §§ 665, 675 BGB, das eCash-Konto mit einem bestimmten Betrag zu belasten und in entsprechender Höhe einem anderen Konto gutzuschreiben. Der Händler übermittelt diese Weisung als Bote an die Bank, die nach einer Online-Überprüfung der eingereichten „Münzdatei“ die Einlösung gegenüber dem Händler bestätigt. Mit letzterer Erklärung geht die Bank gegenüber dem einlösenden Händler eine abstrakte Zahlungsverpflichtung ein. Im Verhältnis von Kunden und Händler ist eCash nur als Leistung erfüllungshalber anzusehen (§ 364 Abs. 2 BGB).\textsuperscript{1643}

Besonderer Beliebtheit erfreut sich das Internetzahlungssystem \textbf{PayPal}.\textsuperscript{1644} Es bietet dem Nutzer nach einer Registrierung die Möglichkeit Transaktionen im Internet über dieses Konto abzuwickeln. Der Nutzer kann hierbei seinem Vertragspartner das Geld auf dessen PayPal-Konto überweisen oder aber einer Zahlungsaufforderung, d.h. einer elektronischen Rechnung, des Vertragspartners nachkommen und sie von seinem PayPal-Konto begleichen. In der Grundversion des Accounts muss der User zuvor Geld auf dieses überweisen, um damit als Guthaben verfahrbare zu sein. Es gibt allerdings daneben eine weitere Accountform, bei der der User eine eigene, reale Kontoverbindung oder aber seine Kreditkartennummer angibt, die per Testüberweisung bzw. Testabbuchung

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item Zur fehlenden Urkundsqualität digitalisierter Informationen siehe auch die Ausführungen unten.
\item Escher, WM 1997, 1173.
\item Siehe Escher, WM 1997, 1179.
\item Das e-Cash-System ist jedoch bis heute nicht weit verbreitet; es ist fraglich, ob das System in Zukunft bestehen kann.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}


Sechstes Kapitel: Datenschutzrecht

Literatur:


Das Datenschutzrecht verweist auf ein Herrschaftsrecht an Daten, erschöpft sich darin aber nicht. Datenschutz steht an der Schnittstelle von Zugangsrechten Dritter und dem Exklusivitätsrecht des Betroffenen, der sich insoweit auf sein „right to be let alone“, seine Privatsphäre oder genauer, auf sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung berufen möchte. Insoweit umfasst das Datenschutzrecht den Schutz der Vertraulichkeit des Briefverkehrs und der Telekommunikation sowie die besonderen Persönlichkeitsrechte an Bild, Text und Ton. Das Datenschutzrecht steht historisch am Beginn des Informationsrechts. Erst später kamen das Urheberrecht und ähnliche Teilbereiche hinzu.
I. Vorab: Besondere Persönlichkeitsrechte

Literatur:


Werden dem privaten Bereich zuzuordnende und im Internet im Zusammenhang mit einer Freizeitaktivität veröffentlichte Bilder in einem Bericht verlinkt, der sich kritisch mit der anwaltlichen Tätigkeit des Abgebildeten auseinandersetzt, steht dem abgebildeten Anwalt ein Unterlassungsanspruch.

Eine Personensuchmaschine, die Informationen zu gesuchten Personen im Internet aufspürt, kann sich grundsätzlich nicht darauf berufen, dass ein bestimmtes Foto im Internet vorhanden und dessen Nutzung daher von einer mutmaßlichen Einwilligung des Abgebildeten gedeckt sei. Der Eingriff des Betreibers der Personensuchmaschine ist aber nicht rechtswidrig, wenn er dem Verhalten der abgebildeten Person auch ohne ausdrückliche rechtsgeschäftliche Erklärung entnehmen durfte, diese sei mit der Abbildung ihres Fotos in dem Internetangebot einverstanden, da sie es ermöglicht hat, dass ihr Foto auf der von ihrem Arbeitgeber betriebenen Internetseite veröffentlicht wird. Ähnlich zulässig ist der Zugriff auf Bilder, die der Betroffene bei Facebook und ähnlichen sozialen Plattformen einstellt.

Die Haftung von Online-Pressearchiven für Persönlichkeitsrechtsverletzungen wird in der Rechtsprechung unterschiedlich bewertet. Hierbei zeigt sich bereits eine uneinheitliche Beurteilung der Frage, wann durch das Bereithalten von Inhalten in einem Online-Archiv überhaupt eine Persönlichkeitsrechtsverletzung gegeben ist. Gegenstand der gerichtlichen Entscheidungen sind zumeist Berichte über Straftaten, in denen die Namen der Straftäter genannt und Bilder von ihnen verwendet


\textsuperscript{1657} \textit{LG Hamburg}, Beschl. v. 11.6.2008 – 324 0 1069/07.
\textsuperscript{1658} \textit{LG Frankfurt}, Urt. v. 5.10.2006 – 2/3 O 358/06, MMR 2007, 59.
\textsuperscript{1659} \textit{LG Hamburg}, Urt. v. 1.6.2007 – 324 O 717/06, MMR 2007, 666.
\textsuperscript{1660} \textit{OLG Hamburg}, Beschl. v. 11.3.2008 – 7 W 22/08.
\textsuperscript{1662} \textit{BGH}, Urt. v. 7.12.2010 – VI ZR 34/09, ZUM 2011, 240.


1664 OLG Frankfurt, Urt. v. 22.5.2007 – 11 U 72/06, MMR 2008, 182.
Soweit eine Person freiwillig Fragen von Journalisten beantwortet und sich von diesen fotografieren lässt, liegt darin das **konkludente Einverständnis** zur Verwendung der Aussagen und des Bildes in einem Artikel. Trägt der Befragte in einem späteren Schmerzensgeldprozess vor, er habe seine Aussage unter den Vorbehalt gestellt, dass er den Artikel vor der Veröffentlichung gelesen wolle, trägt er die Beweislast. Wer sein Privatleben der Internetöffentlichkeit („jedenfalls den Siamkatzenfans“) zugänglich gemacht hat, muss sich auch Kritik an seiner Person und seiner Katzenhaltung gefallen lassen.

Die Benotung von Lehrern in Foren wie **spickmich.de** oder **meinprof.de** ist vom Grundrecht auf freie Meinungsfreiheit gedeckt. In seinem Urteil zum Lehrerbewertungsportal „spickmich“ gab der **BGH** der Meinungsfreiheitsrechte den Vorzug vor dem Persönlichkeitsrechtsschutz. Bei den in dem Portal verwendeten Bewertungskriterien (Name, Geburtsdatum, etc.) handele es sich um personenbezogene Daten, deren geschäftsmäßige Erhebung und Speicherung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG zulässig sei, weil die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen, wie der Schulwebseite, entnommen wurden. Zwar berührten die Bewertungen den jeweiligen Lehrer in seiner beruflichen Tätigkeit, also seiner Sozialsphäre, die vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützt wird. Dennoch seien diese Bewertungen rechtssicher Meinungsfreiungen i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG. Selbst eine schlechte Bewertung sei keine Schmähkritik, da durch die Vorgabe bestimmter Bewertungskriterien auf „spickmich.de“ einer Diffamierung vorbeugt werde, solange sie alleine den Bereich der Sozialsphäre tangierte und keine erheblichen Angriffe auf die Persönlichkeit des Betroffenen zuließe. Zwar handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung; diese hat jedoch grundsätzliche Bedeutung für die Zulässigkeit entsprechender Hochschulbewertungsportale wie „mein-Prof.de“ oder „profrate.de“. In der Zwischenzeit werden auch in anderen Bereichen entsprechende Bewertungssysteme als Meinungsausdrücke und damit zulässig angesehen. Insofern dürfte jemand über ein vier Sterne Hotel im Internet veröffentlichen „max. 3-Sterne-Hotel“ und „Alles andere im Hotel, was wir bewerten können, durch unsere Nutzung, entsprach überwiegend getüchteter

---

Nostalgie, gepaart mit unternehmerischer Arroganz.“ Neuerdings werden Gerichte allerdings kritischer und verlangen auch bei Meinungsaussagen im Web eine hinreichende „Tatsachenbasis“. So soll nach Auffassung des OLG Köln1671 eine negative Restaurantkritik in einem Restaurantführer unzulässig sein, sofern diese nur auf Grundlage eines einzelnen Besuchs erstellt wurde und die Bewertung ganz erhebliche Nachteile für den Restaurantbetreiber nach sich ziehen kann.

Das Kammergericht1672 hatte sich mit der Frage des Zitierens aus anwaltlichen Schriftsätzen zu beschäftigen.1673 Es gebe zwar kein generelles Verbot für ein solches Zitieren, dennoch könne die Veröffentlichung eines solchen Zitates das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Anwaltes verletzen, was nach Maßgabe einer Güterabwägung zu prüfen sei. Insofern sich der Äußernde auf ein sachliches und ernsthaftes, für die Allgemeinheit bedeutsames Informationsinteresse berufe, gehe dann aber die Meinungsfreiheit dem Persönlichkeitsrecht vor. Die Grenzen des Persönlichkeitsrechts sind allerdings dann überschritten, wenn „Berufskläger gegen Aktiengesellschaften“ als „Schmeißfliege“ bezeichnet werden.1674


1672 KG, Beschl. v. 31.10.2008 – 9 W 152/06, ZUM-RD 2009, 244.
menhängen Zitate aus seinem Werk eingesetzt werden. Zu beachten seien auch die Rechte Dritter auf freie Meinungsausübung.

Bei Meinungen wird wegen des hohen verfassungsrechtlichen Schutzes der Meinungsfreiheit die Zulässigkeit der freien Rede vermutet. Dies gilt – wie das OLG Koblenz\(^\text{1676}\) klarmacht – auch bei einer **heftigen Diskussion in Internetforen**. In der öffentlichen Auseinandersetzung müsse Kritik hingenommen werden, die durchaus auch überspitzt und polemischn sein dürfte. Andernfalls drohe die Gefahr der Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses. Unzulässig seien allenfalls sog. Schmähkritiken, also Werturteile, die jeder sachlichen Grundlage entbehrende, böswillige oder gehässige Schmähungen enthalten. Erst wenn die Diffamierung einer Person im Vordergrund steht und nicht mehr die Auseinandersetzung mit der Sache, wird diese Grenze zur Schmähkritik überschritten. Diese sich für das Recht auf freie Meinungsausübung aussprechende Judikatur unterstützt das OLG Stuttgart\(^\text{1677}\) selbst für den Fall, dass jemand im Internet zur Zerstörung von Maisfeldern wegen des dort angebauten Gen-Maises aufruft. Ein **Aufruf zu Straftaten** durch eine Mitteilung via Internet könne nur vorliegen, wenn i.S.d. § 111 StGB zeitgleich mindestens die Mitteilung eines bestimmten Tatortes oder Tatzeitpunktes erfolge. Zusätzliche inhaltliche Anforderungen könnten sich aus der Straftat ergeben, zu der aufgerufen werde. Ohne eine derartige Konkretisierung stelle sich ein Aufruf im Internet zwar als drastische, aber im Sinne der Meinungsfreiheit noch hinzunehmende Äußerung zur Beeinflussung der öffentlichen Meinung dar. Ob die **Veröffentlichung eines rechtskräftigen Urteils im Internet unter voller Namensnennung** der Parteien zulässig ist, ist im Rahmen einer Abwägung zwischen dem Recht auf freie Meinungsausübung des Veröffentlickers einerseits und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Genannten andererseits festzustellen. Enthält das veröffentlichte Urteil keine für die Öffentlichkeit erheblichen Informationen, sondern dient es allein dem privaten Konflikt der Parteien untereinander und der Anprangerung einer der beteiligten Parteien, so überwiegt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.\(^\text{1678}\)

Besondere Probleme bestehen bei der Geltendmachung persönlichesrechtlicher Ansprüche gegen EU-Ausländer. Ein finnischer Betreiber eines Bewertungsportals kann z.B. nach Auffassung des LG Berlin\(^\text{1679}\) nicht zur Unterlassung einer persönlichkeitsrechtsverletzenden Äußerung verurteilt wer-

\(^{1676}\) OLG Koblenz, Beschl. v. 7.12.2007 – 2 U 862/06, MMR 2008, 54.


den, da nach dem wegen § 3 Abs. 2 TMG zusätzlich zu prüfenden finnischen Haftungsrecht eine solche Haftung unbekannt ist.

**Titulierte Forderungen und die Daten der dazugehörigen Schuldner** dürfen im Internet auf einer Handelsplattform für Vollstreckungstitel veröffentlicht werden. Dadurch werden weder das allgemeine Persönlichkeitsrecht noch datenschutzrechtliche Bestimmungen verletzt.\(^ {1680}\) Die Richter des *LG Köln* erklärten, die Informationen über die Schuldner beträfen nur die Sozialsphäre und dürften aufgrund des öffentlichen Interesses veröffentlicht werden. Da der Gläubiger zudem ein schützenswertes Interesse daran habe, dass zumindest ein Teil seiner Forderungen erfüllt werden könne, gehe eine Interessenabwägung zu Lasten des Schuldners aus. Dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht habe hinter dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung seiner Forderung zurückzutreten.


Die **Veröffentlichung privater E-Mails** kann einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Absenders/Betroffenen darstellen.\(^ {1682}\) In den Bereich der Geheimsphäre fallen schriftliche sowie Tonbandaufzeichnungen, persönliche Briefe, aber auch solche Aufzeichnungen und Briefe, die

---


II. Geschichte des Datenschutzrechts

1. Vorgeschichte des BDSG 1991


„Der Staat darf durch keine Maßnahmen, auch nicht durch ein Gesetz, die Würde des Menschen verletzen oder sonst über die in Art. 2 Abs. 1 GG gezogenen Schranken hinaus die Freiheit der Person in ihrem Wesensgehalt antasten. Mit der Menschenwürde wäre nicht zu vereinbaren, wenn der Staat das Recht für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren, sei es auch nur in der Anonymität einer statisti-

1687 GVBl. I, 625.
schen Erhebung, und ihn damit wie eine Sache zu behandeln, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist.\footnote{1690}


Grundlegend hat sich das Datenschutzrecht durch das Volkszählerungsurteil des BVerfG vom 15. Dezember 1983\footnote{1694} geändert. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung folgende Vorgaben an gesetzliche Regelungen zum Datenschutz gesetzt:

- Jeder Bürger hat ein Recht, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Dieses Recht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und wird vom BVerfG als „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ bezeichnet.

- Es gibt „unter den Bedingungen der automatisierten Datenverarbeitung kein ‘belangloses’ Datum mehr“: Jedes personenbezogene Datum steht unter dem Schutz des Grundgesetzes, losgelöst davon, ob es eine sensible Information enthält oder nicht.

- Die Bürger müssen wissen, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“. Es bestehen insofern weitgehende Aufklärungspflichten der datenverarbeitenden Stelle. Gleichzeitig gilt das Prinzip des Vorrangs der Selbstauskunft (Grundsatz der Direkterhebung): Wenn möglich, soll der Bürger selbst um Mitteilung seiner Daten gebeten werden, bevor von Dritten Auskünfte über den Betroffenen eingeholt werden.

\footnote{1691} BT-Drs. VI/1223 vom 5.10.1970.
\footnote{1692} BGBl. I, 201.
\footnote{1693} Zur föderalen Struktur des deutschen Datenschutzrechts vgl. Tinnefeld/Ehmann, I. Teil, 4.3, 93.
\footnote{1694} BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., BVerGE 65, 1 = NJW 1984, 419.
• Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Diese Grundlage muss die wesentlichen Bedingungen für die Zulässigkeit der Datenerhebung und -verarbeitung so konkret wie möglich definieren. Ferner muss sie Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten sowie die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter vorsehen.


2. Die EU-Datenschutzrichtlinie und die jüngsten Novellierungen des BDSG


1695 BT-Drs. 11/4306.
1696 BR-Drs. 379/90.
1697 BGBl. I, 2954.
1699 KOM (90) 314 final = ABl. C 277/12 v. 5.11.1990; in deutscher Übersetzung abgedruckt als BR-Drs. 690/90.


Im Januar 2012 hat die Europäische Kommission einen Entwurf für eine Datenschutz-Grundverordnung\textsuperscript{1704} vorgestellt, durch die das Datenschutzrecht in Europa grundlegend novelliert


und vereinheitlicht werden soll.\textsuperscript{1705} Insbesondere sollen die durch die unterschiedliche Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie in den Mitgliedsstaaten hervorgerufenen Hemmnisse des grenzüber- 
schreitenden Datenverkehrs beseitigt und ein gleiches Schutzniveau der Rechte aller Bürger ge-
währleistet werden.\textsuperscript{1706} Der Entwurf scheiterte im Juni 2013 im Rat der Europäischen Union, so-
dass die Verhandlungen über die Verordnung weiter andauern. Das Europäische Parlament hat dem 
Entwurfs dient nunmehr als Grundlage für die weiteren Verhandlungen zwischen Parlament, Kom-
mission und Rat der Europäischen Union.

Was die \textbf{Umsetzung der EU-Vorschriften in nationales Recht} angeht, ließ sich der deutsche Ge-
setzgeber viel Zeit. Erst nach der Zustimmung des Bundesrates am 11. Mai 2001 und der Ausferti-
gung durch den Bundespräsidenten am 18. Mai 2001 ist das \textbf{Bundesdatenschutzgesetz} im Bun-
desgesetzblatt vom 22. Mai 2001 verkündet worden.\textsuperscript{1707} Es ist damit am 23. Mai 2001 in Kraft getro-
ten.\textsuperscript{1708}

Im Sommer 2009 wurden – bedingt durch sog. Datenschutzskandale – zwei größere Änderungsent-
würfe zum BDSG verabschiedet. In der BDSG-Novelle II wurde versucht, den Fällen des unberech-
tigten Datenhandels zu begegnen. Am 10. Dezember 2008 hat die Bundesregierung den vom Bun-
desminister des Innern vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits 
und zur Regelung datenschutzrechtlicher Vorschriften beschlossen. Der heftig diskutierte Entwurf 
wurde dann am 3. Juli 2009 vom Bundestag verabschiedet.\textsuperscript{1709} Die Änderungen traten weitestge-
hend am 1. September 2009 in Kraft (§ 34 Abs. 3 Satz 1 BDSG); wird sie mit anderen Vertragserklärun-
gen verbunden, muss sie drucktechnisch hervorgehoben werden (§ 28 Abs. 3a BDSG). Ohne Einwilli-
gung ist die Verarbeitung bestimmter „freier“ Adressdaten zulässig, wenn dies für Zwecke der 
Werbung für eigene Angebote geschieht (§ 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG). Ferner ist die Nutzung 
der Adressdaten einwilligungsfrei möglich, wenn die Daten für berufsbezogene Werbung beim Be-

\textsuperscript{1705} Vgl. Hoeren/Giurgiu, NWB 2012, 1599.
\textsuperscript{1706} Vgl. Hoeren/Giurgiu, NWB 2012, 1599, 1600 f.
\textsuperscript{1707} Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Bundesgesetzblatt v. 22.5.2001, BGBl. 2001 Teil I Nr. 23, 904.
\textsuperscript{1709} BT-Drs. 16/12011 und 16/13657.
troffenen verwendet werden (§ 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BDSG). Befreit sind schließlich auch Werbung für Spenden gemeinnütziger Einrichtungen vom Einwilligungserfordernis (§ 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BDSG).

Die möglichen Bußgelder für Verstöße gegen das Datenschutzrecht wurden auf bis zu 50 000 Euro für Ordnungswidrigkeiten i.S.d. § 43 Abs. 1 BDSG, sowie auf bis zu 300 000 Euro für Ordnungswidrigkeiten i.S.d. § 43 Abs. 2 BDSG erhöht. Diese Beträge können allerdings sogar noch überschritten werden, denn § 43 Abs. 3 Satz 2 BDSG fordert, dass der wirtschaftliche Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, überschritten werden soll. Es wurde so die Möglichkeit zur Abschöpfung unrechtmäßiger Gewinne aus illegaler Datenverarbeitung geschaffen. Des Weiteren werden Informationspflichten für Unternehmen für den Fall eingeführt, dass diese feststellen, dass bestimmte personenbezogene Daten aus ihrem Verfügungs bereich unrechtmäßig übermittelt wurden („Datenschutzpanne“). In diesen Fällen wären sowohl Aufsichtsbehörden als auch Betroffene zu unterrichten.


\[1710\] BT-Drs. 16/13219.
\[1711\] BGBl. 2009 I, Nr. 48, S. 2254.
\[1712\] BT-Drs. 16/13219, S. 9.
che Zahlungsfähigkeit von Privatpersonen sammeln und verkaufen, müssen künftig Auskünfte über das Zustandekommen von Scorewerten einzelfallbezogen und in allgemein verständlicher Form erteilen. Dazu soll Interessenten etwa auch die Skala möglicher Scorewerte erschlossen werden. Weggefallen ist die vom Bundesinnenministerium und von Datenschützern geforderte Verpflichtung, die zur Berechnung der Wahrscheinlichkeitswerte genutzten Datenarten „in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung für das im Einzelfall berechnete Ergebnis aufzuführen“.


Mit der BDSG-Novelle III, dem „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie“, trat am 11. Juni 2010 die vorerst letzte Änderung des BDSG in Kraft. Neu eingefügt wurden die Vorschriften des § 29 Abs. 6 und Abs. 7, sowie die entsprechenden Bußgeldvorschriften in § 43 BDSG. § 29 Abs. 6 BDSG stärkt dabei die Auskunftsrechte von Darlehensgebern aus anderen Mitgliedstaaten der EU oder der EWG, indem diese inländischen Darlehensgebern gleich gestellt werden. Für den Fall dass ein Darlehensgesuch aufgrund einer entsprechenden Auskunft abgelehnt wird, ist der Verbraucher gem. § 29 Abs. 7 BDSG umgehend hierüber, sowie über die erhaltene Auskunft zu unterrichten.

Im März 2010 entschied der EuGH auf eine am 22. November 2007 eingereichte Vertragsverletzungsklage der Europäischen Kommission, dass Deutschland die Richtlinie 95/46/EG unzulänglich umgesetzt hat. Bemängelt wurde die nicht ausreichende Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten der Länder, die von den Landesparlamenten gewählt werden und meist dem Landtagspräsidenten unterstehen. Dies genüge dem von der Richtlinie geforderten Kriterium der völligen Unab-

---

1713 Gesetz i.d.F. der BR-Drs. 639/09 v. 10.7.2009, veröffentlicht im BGBl. I Nr. 49 v. 3.8.2009.

3. Die Richtlinie 2006/24/EG

Literatur:


Daneben war von Beginn an fraglich, inwieweit Aufwand und Nutzen, aufgrund des exorbitanten Speicheraufwands zur Erfassung sämtlicher EU-Bürger, hierbei im Verhältnis stehen. Die Richtlinie

1715 So in Baden-Württemberg und Hessen.
1716 EG ABl. L 105 v. 13.4.2006, 54.
war innerhalb von 18 Monaten in nationales Recht umzusetzen, wobei sich Deutschland das Recht vorbehalten hatte, die Speicherpflicht in Bezug auf Daten zum Internetzugang, zu Internet-Telefonie und Internet E-Mail erst zum 15. März 2009 umzusetzen.

In Deutschland erfolgte die Umsetzung der Richtlinie durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, das am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist. Eine Speicherungspflicht durch Internet-Service-Provider war ab dem 1. Januar 2009 verpflichtend. Neben der Umsetzung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung, die die verdachtsunabhängige Speicherung von Telekommunikationsdaten vorsah, wurden durch die Novelle die strafprozessualen Regelungen zur Telekommunikationsüberwachung nach §§ 100a, 100b StPO, zur Abfrage von Verkehrsdaten nach § 100g StPO, zum sog. IMSI-Catcher nach § 100i StPO sowie zur Beschlagnahme von elektronischen Speichermedien nach § 110 Abs. 3 StPO erheblich ausgeweitet bzw. reformiert.

Das BVerfG setzte mit Beschluss vom 11. März 2008 Teile der Vorratsdatenspeicherung zunächst vorläufig außer Kraft. Dies betraf allerdings noch nicht die grundsätzliche Speicherungspflicht nach § 113a TKG, sondern die Verwendung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten. Am 2. März 2010 entschied das BVerfG im Hauptsacheverfahren, dass die konkrete Ausgestaltung der Vorratsdatenspeicherung in Deutschland insgesamt gegen das Telekommunikationsgeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG verstößt. Die betreffenden Normen wurden dementsprechend für nichtig (§§ 113a, 113b TMG) bzw. für teilnichtig (§ 100g Abs. 1 Satz 1 StPO) erklärt. Ferner waren die bisher gesammelten Daten unverzüglich zu löschen. Das Gericht hielt die sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Dienstanbieter für einen Grundrechtseingriff „mit einer Streubreite, wie sie die Rechtsordnung bisher nicht kennt“. Die Effektivierung der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr und der Erfüllung der Nachrichtendienstlichen Aufgaben seien zwar legitimate Zwecke; weniger einschneidende Mittel für ebenso weitreichende Aufklärungsmöglichkeiten auch nicht ersichtlich. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebiete aber eine gesetzliche Regelung, die der Schwere des Eingriffs in besonderem Maße Re-

---

1720 BVerfG, Beschl. v. 11.3.2008 – 1 BvR 256/08, MMR 2008, 303; vgl. dazu Bergmann/Möhrle/Herb, Ziff. 2.2.3 und 2.3.3.15 der Systematik in Teil I.
1721 BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 586/08 u.a., BVerfGE 125, 260.


Mit dem Urteil des EuGH zur Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung wurde die Richtlinie für ungültig erklärt.\footnote{Mit dem Urteil des EuGH zur Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung wurde die Richtlinie für ungültig erklärt. Der EuGH sah in den Regelungen der Richtlinie einen besonders schweren Eingriff in die Grundrechte aus Art. 7 und 8 GRCh auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten. Dieser sei unverhältnismäßig, da die Richtlinie keine Bestimmungen enthalte, die gewährleisten könnten, dass der Eingriff sich auf das absolut Notwendige beschränke. Ein zuvor eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wurde folgerichtig eingestellt. Aktuell stellt sich somit nicht die Frage nach einer Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung in nationales Recht. Inwiefern neue nationale oder internationale Regelungen zu erwarten sind ist im Moment nicht absehbar.} Der EuGH sah in den Regelungen der Richtlinie einen besonders schweren Eingriff in die Grundrechte aus Art. 7 und 8 GRCh auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten. Dieser sei unverhältnismäßig, da die Richtlinie keine Bestimmungen enthalte, die gewährleisten könnten, dass der Eingriff sich auf das absolut Notwendige beschränke. Ein zuvor eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wurde folgerichtig eingestellt. Aktuell stellt sich somit nicht die Frage nach einer Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung in nationales Recht. Inwiefern neue nationale oder internationale Regelungen zu erwarten sind ist im Moment nicht absehbar.

\footnote{Vgl. dazu auch \textit{BVerfG}, Urt. v. 28.10.2008 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 122, 120 (141).}

III. Kollisionsrechtliche Vorfragen

Literatur:


Im Hinblick auf die fortschreitende Internationalisierung der Datenverarbeitung insbesondere im Online-Bereich fragt sich, in welchen Fällen das deutsche Datenschutzrecht zur Anwendung kommt. Fest steht, dass vertragliche Rechtswahlklauseln keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts haben.\textsuperscript{1722} Die internationale Anwendbarkeit richtet sich vielmehr nach § 1 Abs. 5 BDSG, wonach grundsätzlich das \textbf{Territorialprinzip} für das Datenschutzrecht gilt. Dabei handelt es sich um eine spezialgesetzliche Kollisionsnorm dar, die in ihrem Anwendungsbereich den allgemeinen Kollisionsnormen vorgeht.\textsuperscript{1726} Demnach fällt in den Anwendungsbereich des BDSG jede verantwortliche Stelle, die personenbezogene Daten in Deutschland erhebt, verarbeitet oder nutzt. Die kollisionsrechtliche Norm des § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG regelt in Umsetzung der Datenschutz-


\textsuperscript{1722} Siehe Art. 3, 9 Rom I-VO; vgl. hierzu Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Weichert, BDSG, 4. Auflage 2014, § 1 Rn. 5; \textit{Gola/Schomerus}, BDSG, 11. Auflage 2012, § 1 Rn. 16.

\textsuperscript{1726} \textit{Jotzo}, MMR 2009, 232.
Richtlinie von diesem Grundsatz abweichend, dass das BDSG keine Anwendung findet, wenn die für die Erhebung oder Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Inland verantwortliche Stelle in einem EU-Mitgliedsstaat oder EWR-Vertragsstaat belegen ist. Zur Bestimmung des anwendbaren Rechts knüpft die Richtlinie folglich an den Ort der Niederlassung der verantwortlichen Stelle an (sog. Niederlassungsprinzip).\textsuperscript{1727}

Die Regelung des § 1 Abs. 5 BDSG findet darüber hinaus auch Anwendung im Hinblick auf §§ 11 ff. TMG, welche ebenfalls Datenschutzbestimmungen enthalten. Insbesondere ergibt sich die internationale Anwendbarkeit insofern nicht aus § 3 Abs. 1, 2 TMG.\textsuperscript{1728}

Das OVG Schleswig hat in einer Entscheidung die Anwendbarkeit des BDSG für das Unternehmen Facebook abgelehnt, da die irische Tochtergesellschaft des Unternehmens zumindest als eine Niederlassung der verantwortlichen Stelle im Sinne des § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG anzusehen sei.\textsuperscript{1729} Der Begriff des „Verantwortlichen“ bezeichnet die Einrichtung oder jede andere Stelle, die personenbezogene Daten verarbeitet oder (etwa im Wege der Auftragsdatenverarbeitung) verarbeiten lässt und über Zweck und Ziel der Datenverarbeitung, verwendete Daten und Verfahren sowie über die Übermittlungsadressaten entscheidet (Art. 2 Buchst. d, e DSRL).\textsuperscript{1730} Diese Definition macht es sehr schwer, den Verantwortlichen zu bestimmen. Schon nach dem geltenden BDSG ist es schwierig, die Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG von Funktionsübertragungen (etwa im Bereich des Outsourcing) abzugrenzen.

Nach dem mittlerweile viel besprochenen Urteil des EuGH in Sachen Google gegen Agencia Española de Protección de Datos handelt es sich um eine Verarbeitung von Daten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) RL/95/46 i.R.d. Tätigkeiten einer Niederlassung, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats besitzt, wenn ein Suchmaschinenbetreiber in einem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der Werbeflächen der Suchmaschine und diesen Verkauf selbst eine Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft gründet, deren Tätigkeit auf die Einwohner dieses Staats ausgerichtet ist.\textsuperscript{1731}

\textsuperscript{1727} Jotzo, MMR 2009, 232; Gola/Schomerus, BDSG, 11. Auflage 2012, § 1 Rn. 29 ff.
\textsuperscript{1728} Jotzo, MMR 2009, 232; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Auflage 2014, § 1 Rn. 19.
\textsuperscript{1729} Ausführlich begründet in OVG Schleswig, Beschl. 22.4.2013 – 4 MB 11/13.
\textsuperscript{1731} EuGH, Urt. v. MMR 2014, 455, 460 m. Anm. Sörup; sich dem Generalanwalt Jääskinen anschließend.
Problematisch bleibt jedoch die ergänzende Anwendung des Prinzips der belegenden Verarbeitungsmittel. Nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. c DSRL soll die Richtlinie i.R.d. § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Verantwortliche außerhalb der EU ansässig ist, sofern er für seine Datenverarbeitung – außer für Zwecke der „Durchfuhr“ (vgl. ebenso § 1 Abs. 5 S. 4 BDSG) – automatisierte oder nicht automatisierte „Mittel“ im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verwendet. Hier taucht der unklare Begriff der „Mittel“ auf; die Begründung verweist erläuternd auf Terminals und Fragebögen. Im Übrigen trifft den Verantwortlichen in diesem Fall die Pflicht zur Benennung eines im entsprechenden EU-Mitgliedstaats ansässigen Vertreters (Art. 4 Abs. 2 DSRL, § 1 Abs. 5 S. 3 BDSG).

Im Ergebnis kommt das deutsche Datenschutzrecht zur Anwendung, wenn

- ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland Daten in den USA verarbeiten lässt oder
- ein Unternehmen mit Sitz in den USA Daten über deutsche Terminals verarbeitet.

Umgekehrt ist das Recht des außereuropäischen Staates anzuwenden, wenn

- das Unternehmen außerhalb der EU sitzt und nur dort Datenverarbeitung betreibt oder
- ein amerikanischer Vertriebsbeauftragter mit seinem Laptop im Transitbereich eines Flughafens innerhalb der EU sitzt („Durchfuhr“).

Zweifelhaft ist im Übrigen jedoch, ob diese Regelung auch für die zivilrechtlichen Folgen des unerlaubten Umgangs mit personenbezogenen Daten gilt. Da das BDSG für Persönlichkeitsrechtsverletzungen kein umfassendes Sanktionsystem bereitstellt, werden diese Ansprüche auch nicht durch das BDSG verdrängt.1732

Für sämtliche privatrechtlichen Ansprüche, die aus dem widerrechtlichen Umgang mit personenbezogenen Daten folgen, richtet sich das anwendbare Recht daher nicht nach § 1 Abs. 5 BDSG, sondern nach dem Deliktsstatut des Art. 40 EGBGB.1733 Demnach richtet sich das anwendbare Recht grundsätzlich nach dem Ort der Verletzungshandlung. Wie allgemein bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist dies der Geschäftssitz des datenverarbeitenden Anbieters.1734 Das LG Berlin hat darüber hinaus im Rahmen einer AGB-Kontrolle von Datenschutzrichtlinien die Rom I-VO herange-

---

1733 Dies ist nach wie vor der Fall, da Persönlichkeitsrechtsverletzungen gem. Art. 1 Abs. 2 Buchst. g Rom II-VO explizit von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind.
Die Gesetzeskonformität der in der Datenschutzrichtlinie enthaltenen Klauseln sei gem. Art. 6 Rom I-VO nach deutschem Recht zu beurteilen, sofern die Tätigkeit des Verwenders sich an Verbraucher richte, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben.


IV. Die Grundstruktur des BDSG

Die Kernpunkte für das Verständnis des BDSG sind das Merkmal „personenbezogene Daten“ sowie die Regelungen zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der geschützten Daten.

1. Abgrenzung zwischen BDSG und Telemediengesetz

Zunächst ist allerdings die Anwendbarkeit des BDSG auf den E-Commerce-Sektor zu klären. Hierzu bedarf es einer Abgrenzung zwischen den Regelungsbereichen des BDSG und des Telemediengesetzes (TMG). Das im Vergleich zum BDSG speziellere TMG erfasst nur Daten, die für die

---

1736 Höeren (Hrsg.), Big Data und Recht, 60 ff.
1737 Höeren (Hrsg.), Big Data und Recht, 62 f.
Durchführung eines Telemediendienstes verwendet werden. Das TMG gilt allerdings nicht für die Verarbeitung von Daten juristischer Personen (§ 11 Abs. 2 TMG). Auch gilt es nicht für die Datenverarbeitung in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, soweit die Nutzung der Telemediendienste ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erfolgt (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 TMG). Zudem ist die Kommunikation von oder zwischen Unternehmen vom Gesetz ausgenommen, soweit die Nutzung der Telemediendienste ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- oder Geschäftsprozessen erfolgt (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 TMG).


Das BDSG findet in der Privatwirtschaft uneingeschränkt nur Anwendung bei

- personenbezogenen Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG)
- natürlicher Personen (§ 3 Abs. 1 BDSG),
- die unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet oder genutzt werden (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG).

2. Personenbezogene Daten, § 3 Abs. 1 BDSG


Geschützt sind also nur Informationen über den einzelnen Menschen. Anders als in anderen europäischen Staaten (wie z.B. in Luxemburg, Dänemark und Österreich) fallen unter das BDSG nicht die Daten juristischer Personen, wie etwa die eines eingetragenen Vereins, einer GmbH, einer Ge-
nossenschaft oder einer AG. Selbst sensible Informationen über ein Unternehmen (z.B. Beschäftigtenzahl, finanzielle Lage, technisches Know-how) sind nicht durch das BDSG geschützt, sondern allenfalls über § 17 UWG (als Betriebsgeheimnis) oder über § 823 Abs. 1 BGB (Recht am eingebüttten und ausgeübten Gewerbebetrieb). Etwas anderes gilt allerdings, wenn die (nicht durch das BDSG geschützten) Unternehmensdaten in eine Beziehung zu einzelnen Mitgliedern des Vorstands, zu der Geschäftsführung oder zu einzelnen Gesellschaftern gebracht werden; in diesem Fall ist das BDSG anwendbar. Überdies soll die unberechtigte Weitergabe von Unternehmensdaten nach Auffassung des BGH das „allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Unternehmens“ aus § 823 Abs. 1 BGB verletzen.

Das BDSG schützt weiter alle Informationen, die über den Betroffenen etwas aussagen, beispielsweise:

- den Familien- und Vornamen,
- die Anschrift,
- die Staatsangehörigkeit und
- den Beruf.

Es kommt nicht darauf an, wie schutzbedürftig und sensibel das einzelne Datum ist. Das BDSG ist insofern im Lichte des Volkszählungsgerichts zu lesen, wonach es ein belangloses personenbezogenes Datum im Zeitalter der EDV nicht geben kann. Deshalb ist z.B. auch die Abbildung eines Gebäudes in einer Adressdatenbank auf CD-ROM als personenbezogenes Datum einzuordnen, wenn die Gebäudeabbildung mit dem Namen und der Anschrift der einzelnen Bewohner verknüpft ist und so einen Rückschluss über die Wohnverhältnisse des Betroffenen zulässt. Im Übrigen wird derzeit über die Zulässigkeit von Diensten wie Google Street View gestritten. Erste Urteile zeigen, dass unter eigentums- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten keine Bedenken gegen die


1740 Zum besonderen Schutz sensitiver Daten vgl. die obigen Ausführungen zur Regelvermutung des § 28 Abs. 2 Nr. 1b BDSG und zur EU-Datenschutzrichtlinie.


Problematischer ist die Frage, ob Prognose- und Planungsdaten vom BDSG geschützte Daten sind. Maßgeblich ist grundsätzlich, ob es sich um Daten handelt, die nicht nur die künftigen, sondern bereits die gegenwärtigen Verhältnisse des Betroffenen berühren. So beruht insbesondere die Personalplanung eines Arbeitgebers auf der Bewertung gegenwärtiger fachlicher Qualifikationen der Arbeitnehmer. Derartige Planungsdaten bauen damit regelmäßig auf einer Analyse vergangener bzw. gegenwärtiger Sachverhalte auf und können erhebliche Rückwirkungen für die jetzige Stellung des Betroffenen implizieren. Man wird deshalb davon ausgehen müssen, dass zumindest re-individualisierbare Planungsdaten dem BDSG unterliegen, wenn sie konkrete Auswirkungen für den Betroffenen mit sich bringen.

Von Bedeutung ist auch die Frage, inwieweit anonymisierte oder zusammenfassende (aggregierte) Daten und Datensammlungen dem BDSG unterliegen. Entscheidend ist nach der Legaldefini-
tion des Anonymisierens in § 3 Abs. 6 BDSG, ob die Daten „nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können.“ Der Personenbezug ist daher relativ aus der Sicht der datenverarbeitenden Stelle zu bestimmen. Man wird deshalb über eine Risikoanalyse im Einzelfall prüfen müssen, unter welchem wirtschaftlichen und technischen Aufwand ein Personenbezug wiederhergestellt werden kann.\(^{1748}\) Grundsätzlich ist jedoch die Erstellung anonymer Profile in vollem Umfang zulässig, da das Datenschutzrecht hier nicht zum Tragen kommt. Ähnliches gilt für Pseudonyme, sofern nicht Zuordnungslisten in der Hand des Datenverarbeiters die Aufdeckung der Identität des hinter dem Pseudonym stehenden Nutzers ermöglichen.

Nach h.M. sind daher **Sammelangaben über Personengruppen, aggregierte oder anonymisierte Daten** jedenfalls dann keine Einzelangaben i.S.v. § 3 Abs. 1 BDSG, wenn kein Rückschluss auf eine einzelne Person möglich ist.\(^{1749}\) Allerdings wird der Personenbezug hergestellt, wenn eine Einzelperson als Mitglied einer Personengruppe gekennzeichnet wird, über die bestimmte Angaben gemacht werden, wenn die Daten also auf die Einzelperson „durchschlagen“.\(^{1750}\) Dies wird z.B. im Bereich des E-Commerce bei der Erstellung von Nutzungsprofilen relevant, wenn ein Internet-Nutzer aufgrund statistischer Erkenntnisse einer bestimmten Käuferschicht zugeordnet werden kann.\(^{1751}\)

3. **Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten**

Handelt es sich um personenbezogene Daten einer natürlichen Person i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG, verlangt § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG, dass die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden.

**a) Erhebung von Daten, § 3 Abs. 3 BDSG**\(^{1752}\)

Der Begriff der „**Erhebung**“ ist in § 3 Abs. 3 BDSG definiert als „das Beschaffen von Daten über den Betroffenen“. Es bedarf einer Aktivität, durch die die erhebende Stelle oder Person Kenntnis von den Daten erhält oder Verfügung über diese begründet. Unter Berücksichtigung des Kausalere-
fordernisses aus § 1 Abs. 2 Nr. 3 bzw. § 27 Abs. 1 Satz 1 BDSG („dafür erhoben“), fällt die bloße Erhebung als solche (d.h. ohne anschließende Weiterverarbeitung oder Nutzung) nicht unter das BDSG.\footnote{1753} Vom Vorliegen einer erlaubnispflichtigen Erhebung ist z.B. auszugehen bei Befragungen (etwa mittels Personalfragebögen\footnote{1754} oder in Kunden- und Verbraucherbefragungen),\footnote{1755} medizinischen Untersuchungen (Blutproben) und der Observierung von Personen mittels Kameras.

b) Verarbeitung von Daten

Im Gegensatz zu den meisten Datenschutzgesetzen der Länder und der EU-Datenschutzrichtlinie verwendet das BDSG nach wie vor einen engen Verarbeitungsbegriff. Der weite Verarbeitungsbegriff aus den LDSGs und der EU-DSRL schließt hingegen das Erheben und Nutzen mit ein. Das BDSG verwendet deshalb an fast allen Stellen die Aufzählung der Begriffstrias („Erheben“, „Verarbeiten“, „Nutzen“), dies jedoch auch nicht konsequent (vgl. z.B. § 3 Abs. 2 Satz 1 bei dem die Trias dem Oberbegriff „automatisierte Verarbeitung“ unterfällt).\footnote{1756}

Unter „Verarbeitung“ personenbezogener Daten fallen gem. § 3 Abs. 4 BDSG die

- Speicherung (Nr. 1),
- Veränderung (Nr. 2),
- Übermittlung (Nr. 3),
- Sperrung (Nr. 4) und
- Löschung (Nr. 5) personenbezogener Daten.

Speichern und Übermitteln sind dabei die wichtigsten Verarbeitungsphasen.

aa) Speicherung, § § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG

**Speicherung** im Sinne des BDSG meint das **Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren von Daten** auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verwendung. Infolge der Aufgabe des Dateierfordernisses stellen jetzt auch Aufzeichnungen auf unformatierten Datenträgern wie Notizzetteln eine Speicherung im Sinne des BDSG dar.

bb) Veränderung, § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG

\footnote{1753} A.A. Bergmann/Möhrle/Herb, § 3 Rn. 60.
\footnote{1756} Vgl. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Weichert, BDSG, 4. Auflage 2014, § 3 Rn. 28 f.
Als **Veränderung** bezeichnet das BDSG das *inhaltliche Umgestalten gespeicherter Daten*. Es bezieht sich somit nur auf die Modifikation des Informationsgehalts und Aussagewerts eines konkreten Datums. Rein formale Verarbeitungsvorgänge wie das Vergleichen von Daten können deshalb nicht unter § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG subsumiert werden. Es liegt dann ein Nutzen von Daten nach § 3 Abs. 5 BDSG vor. Problematisch ist diese Legaldefinition deshalb, weil Datenveränderung regelmäßig auch Löschung alter und Speicherung neuer Daten impliziert. Man wird dann davon ausgehen müssen, dass die Vorschriften über Datenspeicherung und -löschung als leges speciales zu betrachten sind. Da jedoch die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Speicherung und Veränderung identisch sind, spielt die genaue Abgrenzung in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Die Veränderung kann auch darin liegen, dass die Daten durch eine Verknüpfung ihren bisherigen Kontext verlieren und so einen neuen, abgewandelten Informationswert erhalten, etwa durch das Herausnehmen von Daten aus dem bisherigen Verarbeitungszusammenhang oder durch das Einfügen in einen anderen Zusammenhang (z.B. Überspielung von Daten aus einem Schuldnerverzeichnis in eine Personaldatei).

Allerdings greift § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG dann nicht ein, wenn lediglich eine Veränderung der äußeren Umstände der Datenverarbeitung stattfindet, etwa wenn der Datenzugriff durch Personen erfolgt, die nicht zu einem nach bestimmten funktionalen Kriterien festgelegten sozialen Umfeld gehören. Nur Einwirkungen auf das Datum selbst, nicht aber der Inhaltswandel eines Datums durch verändertes Vorwissen Dritter unterfallen dem Begriff der „Datenveränderung“ in § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG.

**cc) Übermittlung, § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG**

„Übermittlung“ bezeichnet die **Bekanntschaften von Daten durch die verantwortliche Stelle** (§ 3 Abs. 7 BDSG) an Dritte (§ 3 Abs. 8 BDSG) durch Weitergabe, Einsichtnahme oder Abruf. Vom Übermittlungsbruch umfasst ist demnach sowohl **die Weitergabe von personenbezogenen Daten an Dritte**, etwa in Form der (schriftlichen oder mündlichen) Erteilung von Auskünften oder der Übermittlung mittels Datenfernübertragung, als auch die **Einsichtnahme oder der Abruf von Daten durch Dritte**. Insoweit fällt das BDSG allerdings hinter das Gesetz aus dem Jahre 1977 zurück, das bereits das Bereitstellen von Daten zum Abruf als „Übermittlung“ einstuft.

Der Begriff der „Übermittlung“ macht insofern Schwierigkeiten, als eine Bekanntgabe von Daten an „Dritte“ vorliegen muss. Fraglich ist jedoch, wer als „Dritter“ einzustufen ist. § 3 Abs. 8 Satz 2

BDSG verweist hierzu darauf, dass Dritter „jede Person oder Stelle außerhalb der verantwortlichen Stelle“ sei; dabei ist der Begriff der „verantwortlichen Stelle“ in § 3 Abs. 7 BDSG definiert als „jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt“. Nicht als Dritte gelten der Betroffene selbst und diejenigen Personen oder Stellen, die innerhalb der EU/EWR im Auftrag der speichernden Stelle Daten verarbeiten oder nutzen (§ 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG).

Das Verhältnis von verantwortlicher Stelle und Drittem bestimmt sich nach dem sog. funktionalen Stellenbegriff. Danach sind „Dritte“

- alle Behörden, Stellen und Personen außerhalb der jeweiligen Behörde bzw. des einzelnen Unternehmens und
- alle organisatorischen Teile innerhalb einer Behörde oder eines Unternehmens, deren Funktion in keinem direkten Zusammenhang mit der konkreten Datenverarbeitung steht. Damit ist eine Datenübermittlung auch bei scheinbar hausinternen Mitteilungen gegeben, wenn diese Mitteilungen die vorgegebene Funktions- und Geschäftsverteilung übersteigen,
- der Empfänger bei einem Datenaustausch zwischen zwei verschiedenen Stellen und der Empfänger bei jedem Datentransfer in Staaten außerhalb von EU/EWR.

Mangels Bekanntgabe an einen „Dritten“ liegt eine Datenübermittlung nicht vor bei

- einem Datentransfer innerhalb der speichernden Stelle,
- der Mitteilung von Daten an den Betroffenen (etwa im Rahmen eines Auskunftsbegehrens nach §§ 19, 34 BDSG) und
- dem Austausch von Daten zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer (etwa einem Rechenzentrum), sofern der Auftragnehmer seinen Sitz in der EU oder dem EWR hat.

**dd) Sperrung, § 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG**

---

1759 Vgl. hierzu auch Büser, Rechtliche Probleme der Datenübermittlung beim Franchising, BB 1997, 213; Bergmann/Möhrle/Herb, Rz. 159 zu § 3.
1760 Bergmann/Möhrle/Herb, Rz. 98 zu § 3.
„Sperrung“ personenbezogener Daten bezeichnet die Kennzeichnung dieser Daten zu dem Zweck, ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken. Diese Verarbeitungsphase zielt auf die Möglichkeit, bei automatisierten Dateien den Zugriff auf Datenfelder oder ganze Datensätze programmtechnisch unmöglich zu machen. Bei Akten spielt die Sperrung demgegenüber keine Rolle; sie ist dort auch nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig (§ 20 Abs. 5 BDSG).

ee) Löschung, § 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG


V. Ermächtigungsgrundlagen

Gemäß dem grundsätzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist jede Verarbeitung, Nutzung oder Erhebung personenbezogener Daten zunächst einmal unzulässig. Das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen ist aber ausnahmsweise erlaubt, wenn

- der Betroffene eingewilligt hat,
- ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung die Verarbeitung erlaubt oder
- eine gesetzliche Vorschrift die Verarbeitung legitimiert.

1. Einwilligung

Die Einwilligung nach § 4 Abs. 1 BDSG muss gem. § 4a Abs. 1 BDSG auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhen, also ohne Zwang erfolgen.1762 Sie ist nur möglich, wenn der Betroffene vorab auf den Zweck der Speicherung, Verarbeitung oder Nutzung sowie auf Verlangen auf die Folgen der Verweigerung hingewiesen wurde (sog. „informierte Einwilligung“, § 4a Abs. 1 Satz 2

1761 Bergmann/Möhrle/Herb, § 3 Rn. 113 und 117.
1762 § 4 Abs. 1 Satz 1 berücksichtigt insofern Art. 2 Buchst. h der EU-DSRL.
BDSG). Die Einwilligung bedarf im Übrigen regelmäßig der **Schriftform** (§ 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG). Sie ist jederzeit frei widerruflich. Entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.


Für zum Teil unwirksam hielt der **Bundesgerichtshof** eine formularmaßige Klausel, wonach der Nutzung von Daten für Werbung und Marktforschung ausdrücklich (durch Ankreuzen) widersprochen werden muss (sog. **Opt-Out-Lösung**).¹⁷⁶⁶ Eine solche Klausel sei zwar mit den wesentlichen Grundgedanken der §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 BDSG im Hinblick auf die Zusendung von Werbung per Post zu vereinbaren,¹⁷⁶⁷ da sich aus § 4a BDSG insbesondere nicht ergebe, dass die Einwilligung nur dann wirksam sein soll, wenn sie aktiv erklärt wird (kein Erfordernis des Opt-In).¹⁷⁶⁸ Dies gelte aber nicht für eine Einwilligung, die sich auf Werbung per E-Mail oder SMS beziehe. Hier gelte § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Die Vorschrift verlangt entsprechend der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) eine Einwilligung in Form einer gesonderten Erklärung (Opt-In).

---

¹⁷⁶⁴ BT-Drs. 15/1487, 21.
Eine ohne sachlichen Zusammenhang in AGB eingebaute Einwilligungserklärung verstößt gegen das Transparenzgebot. Ähnlich verstößt eine Bevollmächtigung in AGB, Daten an Dritte weiterzugeben, gegen § 307 Abs. 1 sowie § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 BDSG. Auch ist eine Klausel wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam, wonach Daten an „Unternehmen des Konzerns“ weitergegeben werden dürfen. Ist die Klausel zu unbestimmt, fehlt ihr die ermächtigende Wirkung. Sie ist darüber hinaus wegen Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des BDSG nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nichtig.

Umstritten ist, ob eine ausdrückliche Einwilligung in die Datenverarbeitung auch dann erforderlich ist, wenn die Datenerhebung freiwillig erfolgt. Für die Erforderlichkeit spricht der insofern eindeutige Wortlaut des § 4a Abs. 1 BDSG. Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die Einwilligung beim Vorliegen besonderer Umstände nur dann der Schriftform bedarf, wenn nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist (§ 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG). Werden Daten, z.B. im Rahmen einer Verbraucherbefragung unter dem ausdrücklichen Hinweis auf die Freiwilligkeit der Teilnahme und mit detaillierter Darstellung der Zweckbestimmung erhoben, so kann dies im Einzelfall eine ausdrückliche Einwilligung in die spätere Datenverarbeitung entbehrl ich machen, da bereits in der freiwilligen Teilnahme eine (konkludente) Einwilligung liegt. Die vom Gesetz in § 4a Abs. 1 BDSG vorgesehene schriftliche Einwilligung kann online allerdings nicht erfolgen.

Der BGH hat inzwischen großzügig Opt-Out-Lösungen als Einwilligung ausreichen lassen. Seitens der Firma „Happy Digits“ war eine umrandete Klausel verwendet worden:

**Einwilligung in Beratung, Information (Werbung) und Marketing**

Ich bin damit einverstanden, dass meine bei HappyDigits erhobenen persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum) und meine Programmdaten (Anzahl gesammelte Digits und deren Verwendung; Art der gekauften Waren und Dienstleistungen; freiwillige Angaben) von der D GmbH [...] als Betreiberin des HappyDigits Programms und ihren Partnerunternehmen zu Marktfor-
schungs- und schriftlichen Beratungs- und Informationszwecken (Werbung) über Produkte und Dienstleistungen der jeweiligen Partnerunternehmen gespeichert, verarbeitet und genutzt werden. [...] **Sind Sie nicht einverstanden, streichen Sie die Klausel [...]**


---


1778 *BGH, Urt. v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, NJW 2010, 864 = MDR 2010, 133*


Für die Telemediendienste hat sich der Gesetzgeber entschieden, die elektronische Einwilligung ausreichen zu lassen (§ 13 Abs. 2 TMG). Dabei darf allerdings nicht ein einfacher Mausklick genügen, sondern durch den Eingabemodus muss sichergestellt sein, dass eine bewusste Handlung des Kunden vorliegt. Hilfreich ist die sog. bestätigende Einwilligung, bei der die Einwilligung nach dem Setzen eines Häckchens durch einen anschließenden Klick auf einen Button bestätigt wird. Darüber hinaus muss die Protokollierung und Abrufbarkeit sichergestellt sein. Auch ist der Nutzer auf die Möglichkeit des Widerrufs seiner Einwilligung hinzuweisen (§ 13 Abs. 3 TMG), sofern dies nicht durch wirksamen Verzicht ausgeschlossen wird.


1781 Siehe dazu die Ausführungen unter II. Geschichte des Datenschutzrechts.

2. Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung – zugleich eine Einführung in arbeitsrechtliche Probleme mit Bezug zum Internet

Literatur:


In Deutschland existiert noch immer kein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz, durch das der Umgang mit personenbezogenen Daten im Arbeitsverhältnis geregelt wird. Es gelten stattdessen die allgemeinen Vorgaben des BDSG. Durch die jüngste Novellierung des BDSG (BDSG-Novelle II), verabschiedet am 3. Juli 2009 im Bundestag, \footnote{BT-Drs. 16/12011 und 16/13657.} wurden generelle Regeln zum Arbeitnehmerdatenschutz in das BDSG eingeführt. Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten verarbeitet werden, wenn dies für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Diese Regel ist nichtssagend. Konkreter ist
der Hinweis in § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG, wonach Arbeitnehmerdaten zur Aufdeckung von Straftaten nur verwendet werden dürfen, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht der Begehung einer Straftat begründen; ferner muss die Verarbeitung erforderlich und verhältnismäßig sein. Diese Regelung begrenzt die Bekämpfung von Korruption und anderen Missbrauchsfällen im Unternehmen erheblich.


Es bleibt aber betriebsverfassungsrechtlich dabei, dass die Einführung des Internets mitbestimmungspflichtig ist. Über die Login-Files bei der WWW-Nutzung und die Kontrolle der E-Mails ist eine Überwachung von Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer möglich; insofern greift der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.\textsuperscript{1786} Ähnliches gilt für die Mitbestimmung des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG.\textsuperscript{1787} So hat das OVG Münster im Januar 2000 entschieden, dass die Bereitstellung von Sprechstundenübersichten und weiterer Personaldaten auf persönlichen WWW-Seiten im Hochschulnetz und WWW-Bereich der Mitbestimmung nach § 72 Abs. 3 Nr. 1 LPVG NW unterliegt.\textsuperscript{1788} Das enorme Überwachungspotential, das die Nutzung des Internets dem Arbeitgeber eröffnet, zeigt sich zum einen darin, dass sämtliche Aktivitäten des Arbeitnehmers im Internet im Nachhinein protokolliert werden können. Zum anderen ist auch a priori eine Kontrolle möglich, etwa über Firewalls.

\textsuperscript{1784} BAG, Beschl. v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, CR 1986, 571 = MDR 1987, 83.
\textsuperscript{1786} So auch Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2013; Rn. 293; Balke/Müller, DB 1997, 327; Post-Ortmann, RDV 1999, 107 u.a.
\textsuperscript{1787} Siehe Schneider, PersR 1991, 129.
\textsuperscript{1788} OVG Münster, Beschl. v. 20.1.2000 – 1 A 2759/98 PVL.

- ein begründeter Verdacht auf strafbare Handlungen besteht,
- E-Mails den Betriebsfrieden gefährden (etwa bei Mobbing) oder
- die Weitergabe von Betriebsgeheimnissen vermieden werden soll.

Nach § 96 Abs. 1 TKG ist die Datenerhebung zur betrieblichen Abwicklung der geschäftsmäßigen Telekommunikationsdienste gestattet. Außerdem berechtigt § 100 Abs. 3 TKG den Arbeitgeber zur Erhebung von Daten zwecks Aufklärung und Unterbindung rechtswidriger Inanspruchnahme von Telekommunikationsnetzen. Die Daten sind zu löschen, sofern sie für die genannten Zwecke nicht mehr erforderlich sind (§ 96 Abs. 1 Satz 3 TKG). Werden Daten für die Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung vorgehalten, müssen die Verkehrsdaten über die näheren Umstände der Kommunikation spätestens sechs Monate nach Versendung der Rechnung gelöscht werden (§ 97 Abs. 3 Satz 3 TKG).

Die erlaubte private Nutzung des Internets fällt hingegen unter § 88 TKG und § 206 StGB, so dass jede Überwachung von E-Mails (strafrechtlich!) verboten ist. Auch das Ausfiltern der an den Arbeitnehmer gerichteten E-Mails kann eine Straftat gem. § 206 Abs. 2 Nr. 2 StGB darstellen. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer als Beschäftigter oder Inhaber eines Unternehmens, das geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsleistungen erbringt, unbefugt einem solchen Unter-

---

1789 So auch in Österreich OGH, Beschl. v. 13.6.2002 – 8 Ob A288/01p (n.v.).
1791 So auch Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. .235; Gola, MMR 1999, 323; Post-Ortmann, RDV 1999, 103.
nehmen anvertraute Sendung unterdrückt. Aus einer ggf. gegen § 206 StGB, § 88 TKG, § 32 BDSG und § 87 Nr. 1 und 6 BetrVG verstoßenden Erlangung der auf einem Arbeitsplatzrechner vorgefundenen abgespeicherten Chatprotokolle folgt kein Beweisverwertungsverbot, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern lediglich eine gelegentliche private Nutzung elektronischer Ressourcen gestattet und zugleich darauf hinweist, dass bei einer Abwicklung persönlicher Angelegenheiten auf elektronischen Geräten und über das Netzwerk der Mitarbeiter keine Vertraulichkeit erwarten und der Arbeitgeber die Nutzung überwachen und bei gegebener Notwendigkeit die Daten einsehen kann, die der Mitarbeiter anlegt oder mit anderen austauscht. Ein Arbeitnehmer muss, wenn er illegale Aktivitäten gegen seinen Arbeitgeber entwickelt, bei einer derart eingeschränkten Vertraulichkeit der Privatnutzung damit rechnen, dass Spuren, die er durch die Nutzung von elektronischen Ressourcen des Arbeitgebers hinterlässt, in einem Prozess gegen ihn verwendet werden.


Sofern es sich um die Veröffentlichung von Kontaktdaten von Beamten handelt, darf der Dienstherr diese im Interesse einer transparenten, bürgernahen und öffentlichen Verwaltung grundsätzlich auch ohne das ausdrückliche Einverständnis des Betroffenen im Internet bekannt geben. Hier überwiegt

1793 LAG Hamm, Urt.v. 10.7.2012 – 14 Sa 1711/10.
1794 Kaufmann, DuD 2005, 262.
1795 Kaufmann, DuD 2005, 266.
1796 Kaufmann, DuD 2005, 266.
1797 Kaufmann, DuD 2005, 266.
1798 Kaufmann, DuD 2005, 266.
im Hinblick auf das Ziel der Personalisierung des Behördenauftritts das Interesse des Dienstherrn an der Veröffentlichung des Namens und der dienstlichen Kontaktdaten gegenüber dem Anspruch auf Persönlichkeitsrechtsschutz solcher Beamten mit Außenkontakten. Auch ein Verstoß gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der Beamten liegt insoweit nicht vor. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt allerdings für den Fall, dass Sicherheitsbedenken der Veröffentlichung der Daten entgegenstehen.\textsuperscript{1799}

Bei der Veröffentlichung von Fotos im Internet ist hingegen keine Unterscheidung zwischen Funktionsträgern und Nichtfunktionsträgern vorzunehmen; für beide Personengruppen ist aufgrund des Rechts am eigenen Bild gem. § 22 KUG immer eine vorherige Einwilligung erforderlich.\textsuperscript{1800}

Schon kurze Zeit nach der Implementierung des Internets am Arbeitsplatz mussten sich die Gerichte vielfach mit der Frage beschäftigen, ob und unter welchen Umständen die Benutzung des neuen Mediums einen \textbf{Kündigungsgrund} darstellt. Mitte 2005 nahm dazu das \textit{BAG} ausführlich Stellung.\textsuperscript{1801} Im entschiedenen Fall konnten die Arbeitnehmer das firmeneigene Intranet und das Internet benutzen. Sobald die Startseite des Intranets aufgerufen wurde, erschienen ein rot unterlegter Hinweis „Intranet und Internet nur zum dienstlichen Gebrauch“ und die Anmerkung, dass der Zugriff auf andere Seiten protokolliert werde. Ein Mitarbeiter hatte entgegen des Verbots das Internet zum Aufruf pornografischer Seiten benutzt und erhielt wegen der Missachtung des Verbots ohne eine vorherige Abmahnung die außerordentliche Kündigung. Ausgangspunkt der Begründung des \textit{BAG} war § 626 Abs. 1 BGB, wonach ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden kann, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.\textsuperscript{1802} Den insoweit wichtigen Grund sah das \textit{BAG} in der privaten Nutzung, da dies eine Verletzung der Hauptleistungspflicht zur „Arbeit“ darstelle, die umso schwerer wiege, „je mehr der Arbeitnehmer bei der privaten Nutzung des Internets seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässige“.\textsuperscript{1803} Soweit eine „ausschweifende“ Privatnutzung des WWW vorliege, bedarf es laut \textit{BAG} auch keiner vorherigen Abmahnung, die grundsätz-

\textsuperscript{1799} OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10.9.2007 – 2 A 10413/07, K&R 2007, 671.
\textsuperscript{1800} Kaufmann, DuD 2005, 266; so auch der OGH, Urt. v. 5.10.2000 – 8 Ob A 136/00h (n.v.).
lich vor einer außerordentlichen Kündigung auszusprechen ist, da es jedem Arbeitnehmer klar sein muss, „dass er mit einer exzessiven Nutzung des Internet während der Arbeitszeit seine vertraglichen Neben- und Hauptleistungspflichten verletzt“.\textsuperscript{1804} Die Entscheidung des \textit{BAG} wird zu Recht als Grundsatzentscheidung bezeichnet, da sie weiterhin folgende \textbf{Vorgaben zur Kündigung} wegen privaten Surfens am Arbeitsplatz statuiert:\textsuperscript{1805}

- Eine fristlose Kündigung ist bei einem nicht genehmigt stattfindenden Surfen in erheblichem Umfang zulässig, insbesondere wenn dabei die Gefahr von Virenverseuchung besteht.

- Eine außerordentliche Kündigung ist ferner rechtens, wenn dem Arbeitgeber aufgrund der Online-Nutzung zusätzliche Kosten entstehen (daran fehlt es aber, soweit eine Flatrate verwendet wird).

- Soweit der Internetanschluss „ausschweifend“ zu Privatzecken benutzt wird, stellt dies eine Nichtleistung dar. Gleichgültig, ob die private Nutzung erlaubt, geduldet oder verboten ist, rechtfertigt dies eine außerordentliche Kündigung.

- Da insbesondere der Internetzugang heute ein grundlegendes Kommunikationsmittel bei Bürotätigkeiten darstellt, darf der Arbeitgeber einem gekündigten Beschäftigten den Zugang bis zu dessen tatsächlichem Ausscheiden nicht verweigern.\textsuperscript{1806}

- Greift ein Administrator auf private E-Mailkonten und Dateien der Personalstelle zu, kann er außerordentlich gekündigt werden.\textsuperscript{1807}

Zuletzt bestätigt wurden diese Grundsätze für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes durch ein Urteil des \textit{BAG} vom 31. Mai 2007. Allerdings konnte das Gericht in dieser Entscheidung das Vorliegen der Kündigungsgründe nicht in hinreichender Weise feststellen, da insbesondere tatsächliche Anhaltspunkte über den Umfang der privaten Internetnutzung durch den Beklagten fehlten.\textsuperscript{1808} Selbst wenn der Arbeitnehmer sich schriftlich verpflichtet hat, das Internet nur dienstlich zu nutzen, soll allein ein Verstoß gegen dieses Verbot zur privaten Nutzung jedoch nicht für eine Kündigung

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item[\textsuperscript{1805}] Die Auflistung wurde entnommen von \textit{Ernst}, DuD 2006, 223.
\item[\textsuperscript{1806}] \textit{ArbG Berlin}, Urt. v. 26.1.2007 – 71 Ca 24785/05, CR 2007, 752.
\item[\textsuperscript{1807}] \textit{LAG München}, Urt. v. 8.7.2009 – 11 Sa 54/09.
\item[\textsuperscript{1808}] \textit{BAG}, Urt. v. 31.5.2007 – 2 AZR 2006/06, CR 2008, 110 = MMR 2007, 782.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
ausreichen, so das LAG Rheinland-Pfalz. Vielmehr müssten weitergehende Pflichtverletzungen vorliegen, wie die Verursachung weiterer Kosten etc.\textsuperscript{1809}

Installiert der Arbeitnehmer unerlaubterweise eine \textit{Anonymisierungssoftware}, verletzt er seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht erheblich.\textsuperscript{1810} Im Übrigen unterliegt das betriebliche Verbot der Privatnutzung des Internets nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, da ausschließlich das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer kontrolliert wird.\textsuperscript{1811}

Nicht nur das private Surfen kann eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung rechtfertigen, sondern auch der \textbf{Zugriff auf E-Mail-Korrespondenz von Vorgesetzten}. So hat unter anderem das \textit{ArbG Aachen} eine außerordentliche Kündigung für wirksam erklärt, weil ein Systemadministrator aufgrund seines unbegrenzten Systemzugriffs heimlich E-Mails seines Vorgesetzten gelesen hatte.\textsuperscript{1812} Nach Meinung des \textit{ArbG} lag darin ein wichtiger Grund, da der Systemadministrator in schwerwiegender Weise gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen habe, indem er „unter Missbrauch der ihm übertragenen Befugnisse und technischen Möglichkeiten auf interne Korrespondenz zwischen seinem Vorgesetzten und einer weiteren Führungskraft zugegriffen“ habe.\textsuperscript{1813} Bei einem derartigen Fehlverhalten ist auch eine vorherige Abmahnung nicht erforderlich, wie sich aus einer älteren Entscheidung des \textit{BAG} ergibt.\textsuperscript{1814}

Ein fristloser Kündigungsgrund ohne das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung soll ebenfalls vorliegen, wenn ein Mitarbeiter eigenmächtig Datensätze aus einem Gruppen-Email-Account löscht. Die fristlose Kündigung ist jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn statt der Löschung auch eine Speicherung an einem anderen Ort möglich gewesen wäre. Eine bestehende grundsätzliche Berechtigung des Arbeitnehmers zur Datenlöschung soll keine Rolle spielen, wenn es gerade um einen pflichtwidrigen Datenzugriff geht.\textsuperscript{1815} Allgemein sind Pflichtwidrigkeiten im Zusammenhang mit der Anwendung von Computerprogrammen und der Behandlung von betrieblichen Dateien grundsätzlich als Kündigungsgrund geeignet. Insbesondere die missbräuchliche Nutzung von Zugriffs-

\begin{footnotes}
\textsuperscript{1809} LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 26.2.2010 – 6 Sa 682/09.
\textsuperscript{1810} BAG, Urt. v. 12.1.2006 – 2 AZR 179/05, CR 2006, 775 = NZA 2006, 980.
\textsuperscript{1811} LAG Hamm, Beschl. v. 7.4.2006 – 10 TaBV 1/06, CR 2007, 124 = MMR 2006, 700.
\textsuperscript{1813} Kaufmann, c’t 2006, 234.
\textsuperscript{1815} LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 9.12.2009 – 15 Sa 1463/09.
\end{footnotes}
und Kontrollrechten durch EDV-Mitarbeiter kann grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.\textsuperscript{1816}

Letztlich kann auch das \textit{Überspielen betrieblicher Daten auf private Datenträger}\textsuperscript{1817} und die irreguläre Nutzung fremder Passwörter\textsuperscript{1818} zu einer wirksamen Kündigung führen. Durch die unerlaubte Speicherung unternehmensbezogener Daten auf einer privaten Festplatte ohne Sicherung gegen unbefugten Zugriff kann die Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt sein. Soweit personenbezogene Daten i. S. von § 3 Abs. 1 BDSG betroffen sind, kommt zudem ein Verstoß gegen § 5 S. 1 BDSG in Betracht.

Beschäftigten, die Material des Arbeitgebers entwenden und anschließend bei eBay verkaufen, darf ebenfalls fristlos gekündigt werden.\textsuperscript{1819} Dies gilt auch, wenn der Diebstahl nicht hundertprozentig aufgeklärt werden kann und der Arbeitnehmer mehr als 30 Jahre im Betrieb beschäftigt ist. Als Indiz für den Diebstahl dürfen auch positive Bewertungen des Arbeitnehmers bei eBay herangezogen werden. Im Übrigen darf der Arbeitgeber, der ein Internetforum bereitstellt, bei Verbalattacken (hier: Angriffe auf Kollegen als „Verräter“, „Zwerg“ und „Rattenfänger“) dem Arbeitnehmer die Schreibberechtigung entziehen.\textsuperscript{1820}

Bei Facebook rechtfertigt nicht jede kritische Äußerung über einen Vorgesetzten eine Kündigung. So sollen auch schwere Verunglimpfungen durch einen Azubi eine Kündigung des Ausbildungsverhältnisses nicht rechtfertigen.\textsuperscript{1821} Vor der Kündigung eines Auszubildenden wäre zu prüfen gewesen, ob mildere Mittel in Betracht kommen. Vor einer Kündigung wäre daher eine Abmahnung oder ein Kritikgespräch zur Änderung bzw. Einsicht hinsichtlich des Fehlverhaltens angebracht gewesen. Große Beleidigungen des Arbeitgebers oder von Kollegen, die nach Inhalt und Form zu einer erheblichen Ehrverletzung des Betroffenen führen, können eine außerordentliche, verhaltensbedingte Kündigung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen.\textsuperscript{1822} Dies gilt auch für Einträge in sozialen Netzwerken wie Facebook und auch dann, wenn der Eintrag nur für sogenannte Face-

\begin{itemize}
\item \textit{LAG Hamm}, Beschl. v. 16.9.2011 – 10 TaBV 17/11.
\item \textit{LAG Schleswig-Holstein}, Urt. v. 15.11.1989 – 5 Sa 335/89, DB 1990, 635.
\item \textit{LAG Köln}, Urt. v. 16.1.2007 – 9 Sa 1033/06, MMR 2007, 784.
\item \textit{Arbg Bochum}, Urt. v. 29.3.2012 – 3 Ca 1283/11.
\end{itemize}
book-Freunde und Freundes-Freunde sichtbar ist.\footnote{ArbG Duisburg, Urt. v. 26.9.2012 – 5 Ca 949/12; LAG Hamm, Urt. v. 10.10.2012 – 3 Sa 644/12.} Erfolgt die Verunglimpfung durch ein konkurrendes Unternehmen, greift § 4 Nr. 7 UWG.\footnote{LG Heidelberg, Urt. v. 23.5.2012 – 1 S 58/11.}

Wird im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses von einer Partei für die andere ein E-Mail-Account (mit erlaubter privater Nutzung) angelegt, darf dieser nach Kündigung des Vertrages solange nicht gelöscht werden, wie nicht feststeht, dass der Nutzer für die auf dem Account abgelegten Daten keine Verwendung mehr hat.\footnote{OLG Dresden, Beschl. v. 5.9.2012 - 4 W 961/12.} Die Verletzung dieser Pflicht kann einen Schadensersatzanspruch auslösen.

3. Gesetzliche Ermächtigung

Es existieren gesetzliche Ausnahmeregelungen, die eine Verwertung personenbezogener Daten gestatten. Nicht alle weisen einen Bezug zum Internet auf. Eingegangen wird auf § 28 BDSG, die zentrale Norm für die Verwendung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Bereich, sowie auf die Bestimmungen zur Rasterfahndung und zum Auskunftsersuchen staatlicher Stellen.

a) § 28 BDSG


Besonderheiten gelten für \textbf{besondere Arten personenbezogener Daten}. In Anlehnung an das französische Datenschutzgesetz soll jede Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten über
• rassische und ethnische Herkunft,
• politische Meinung,
• religiöse oder philosophische Überzeugungen,
• Gewerkschaftszugehörigkeit sowie
• Gesundheit und Sexualleben

grundsätzlich untersagt werden, sofern nicht eine ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen vorliegt (Art. 8 Abs. 1 der EU-Richtlinie). Insofern wird durch die EU-Richtlinie die alte Sphärentheorie, die in Deutschland aufgrund des Volkszählungsurteils abgelehnt worden ist, europaweit etabliert.

§ 28 BDSG sieht aber im Einklang mit der EU-Richtlinie eine Reihe von Ausnahmen vor, in denen eine Verarbeitung zulässig ist. So findet das Verarbeitungsverbot keine Anwendung

• bei einer ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen (§ 28 Abs. 6 BDSG),
• bei einer Verarbeitung durch politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausge richtete Vereinigungen (§ 28 Abs. 9 BDSG),
• bei Daten, die der Betroffene selbst öffentlich bekannt gemacht hat (§ 28 Abs. 6 Nr. 2 BDSG) oder
• soweit die Datenverarbeitung zur Rechtsdurchsetzung erforderlich ist (§ 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG).


---


\(^{1828}\) Bergmann/Möhrle/Herb, Rz. 236 zu § 28.
OLG Frankfurt stufte das Verhalten der Vertreter des Clubs als Ausnutzung der geschäftlichen Un-
erfahrenheit und somit als wettbewerbswidrig ein.

b) Rasterfahndung und Auskunftsersuchen staatlicher Stellen

Literatur:


Sehr häufig verlangen staatliche Stellen, vor allem Polizei- und Sicherheitsbehörden, von Unter-
nehmen der Privatwirtschaft die Herausgabe von Kundendaten. Insbesondere seit den Terroran-
erweitert worden, um die Unternehmen zur Herausgabe von Daten zu verpflichten. Zu nennen ist
dabei die Rasterfahndung, die aufgrund spezieller und sehr klar konturierter Ermächtigungsgrund-
lagen vorgenommen werden kann. Viel weiter und verfassungsrechtlich bedenklich sind die allge-
meinen Ermächtigungsgrundlagen für das Auskunftersuchen.

Bei der Rasterfahndung ist zwischen der Aufklärung bereits begangener Straftaten und präventiv polizeilichen Maßnahmen zu unterscheiden. Repressiv können Staatsanwaltschaften und Polizei
nach Maßgabe von §§ 98a, 98b StPO Daten anfordern. Es müssen allerdings zureichende tatsächli-
che Anhaltspunkte für Straftaten von erheblicher Bedeutung vorliegen. Ferner ist formell eine rich-
terliche Anordnung notwendig; bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung durch den Staatsanwalt selbst erfolgen. Diese tritt allerdings außer Kraft, wenn sie nicht innerhalb von drei Werktagen durch einen Richter bestätigt wird. §§ 98a, 98b StPO gelten nicht für die „Rasterfahndung“ bei Telekommunikationsvorgängen (z.B. Telefongesprächslisten oder Internet-Logdateien); hier sind speziellere Vorschriften (§§ 100a, 100b, 100g StPO) anwendbar. Allerdings ist hier nach dem Urteil des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung zu beachten, dass § 100g StPO teilnichtig ist, soweit er die Erhebung von Verkehrsdaten im Sinne des durch dasselbe Urteil für nichtig erklärten § 113a TKG erlaubt. Präventiv können Staatsanwaltschaft und Polizei nach den Gefahrabwehrgesetzen der einzelnen Bundesländer vorgehen. Diese enthalten unterschiedlichste Voraussetzungen für das Auskunftsersuchen. Regelmäßig wird darauf abgestellt, dass eine gegenwärtige Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes bzw. eines Landes vorliegt. Auch kann das Auskunftsersuchen auf eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gestützt werden. In Berlin gilt § 47 ASOG (Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung). Hierarchisch ist eine richterliche Anordnung erforderlich. Bei Gefahr im Verzug reicht auch eine Anordnung durch den Polizeipräsidenten oder dessen Stellvertreter. In Bayern kommt Art. 44 sowie Art. 33 Abs. 5 PAG zum Tragen, wonach die Anordnung durch den Leiter eines Landespolizeipräsidiums oder einer Polizei- oder Kriminaldirektion oder des Landeskriminalamts erfolgen kann. In allen diesen Fällen ist jedoch die Zustimmung des Staatsministeriums des Inneren erforderlich. Die Regelungen in Baden-Württemberg sehen vor, dass die Anordnung durch den Leiter des Landeskriminalamtes, der Wasserschutzpolizeidirektion, einer Landespolizeidirektion, eines Polizeipräsidiums oder einer Polizeidirektion erfolgen kann (§§ 40, 22 Abs. 6 PolG). In Hessen gilt § 26 HSOG (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung), wonach eine richterliche Anordnung oder bei Gefahr im Verzug eine polizeiliche Anordnung möglich sind. In Nordrhein-Westfalen gelten restriktive Bestimmungen, da nach § 31 PolG in jedem Fall eine richterliche Anordnung notwendig ist.

Schwierig zu konkretisieren ist in all diesen Gesetzen der Begriff der gegenwärtigen Gefahr. Einzelne Gerichte ließen es nicht ausreichen, dass nach dem 11. September 2001 pauschal auf die allgemeine terroristische Gefährdung hingewiesen wird.1829 Insbesondere hat das Oberlandesgericht Frankfurt darauf hingewiesen, dass das Gericht selbst bei der richterlichen Anordnung feststellen

müsse, welche einzelnen Tatsachen die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr stützen.\textsuperscript{1830} Das \textit{Landgericht Berlin} hat darauf abgestellt, dass eine Gefahr nur gegenwärtig sei, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses auf das betroffene Schutzgut entweder bereits begonnen hat oder wenn diese Einwirkung unmittelbar oder in nächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht.\textsuperscript{1831}


Im Bereich der repressiven Rasterfahndung ist ferner noch zu berücksichtigen, dass §§ 7 Abs. 2, 28 BKA-Gesetz eigene Ermächtigungsgrundlagen für das Bundeskriminalamt vorsehen. Diese erlauben die Datenerhebung durch Anfragen bei öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen, sofern dies zur Erfüllung der spezifischen BKA-Aufgaben erforderlich ist. Zu bedenken ist aber, dass das BKA nicht im Bereich der präventiven Gefahrenabwehr tätig ist. Ferner ist bis heute umstritten, ob diese Vorschriften hinreichend bestimmt sind. Ein großer Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass es sich hierbei nicht um ausreichende Ermächtigungsgrundlagen für eine Rasterfahndung han-

\footnotesize
\textsuperscript{1832} \textit{KG}, Beschl. v. 16.4.2002 – 1 W 89 bis 98/02, CR 2003, 188 = MMR 2002, 616.

\normalsize
Im Übrigen geben diese Vorschriften nur die Möglichkeit, Daten zu erbitten; eine Verpflichtung für die ersuchte Stelle zur Herausgabe von Daten ist damit nicht verbunden.


Hinsichtlich der Auskunftsverpflichtung für Telekommunikationsvorgänge sind zunächst die besonderen Regelungen in §§ 100a, 100b StPO (Überwachung des Fernmeldeverkehrs) zu beachten. Hiernach haben die Staatsanwaltschaft und die Polizei die Möglichkeit, Telefonanschlüsse zu

---

überwachen. Die Vorschrift betrifft damit den Inhalt der Telekommunikation. Zu diesen Inhaltdaten zählt etwa auch der Inhalt einer E-Mail. Die Befugnis ist allerdings seit der Neufassung der Vorschrift durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG auf die Verfolgung von auch im Einzelfall schweren Straftaten nach § 100a Abs. 2 StPO beschränkt. Nach § 100b StPO bedarf die Maßnahme einer richterlichen Anordnung. Bei Gefahr im Verzug ist auch eine staatsanwaltliche Anordnung möglich, die allerdings binnen drei Tagen vom Richter bestätigt werden muss. Die früher bestehende, allerdings verfassungsrechtlich bedenkliche allgemeine Ermächtigungsgrundlage des § 12 FAG ist mit Wirkung zum 1. Januar 2002 entfallen. An dessen Stelle sind §§ 100g, 100h StPO getreten. Durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG wurde § 100g StPO novelliert. Die Voraussetzungen der Anordnung einer Überwachung sind nunmehr einheitlich in § 100b StPO geregelt.

§ 100g Abs. 1 Satz 1 StPO erlaubte bis zum BVerfG-Urteil zur Vorratsdatenspeicherung den Zugriff auf Verkehrsdaten i.S.d. § 113a TKG (z.B. die angerufene Telefonnummer, IP-Adresse, Log-Zeiten, auch Standortdaten), nicht aber auf den Inhalt der Telekommunikation. Für die Eingriffsbefugnis war das Vorliegen einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung oder einer Straftat, die mittels Telekommunikationseinrichtung begangen wurde, erforderlich. Seit der Neufassung war die Vorschrift zudem nicht mehr als reiner Auskunftsanspruch gestaltet, sondern beinhaltete eine eigenständige Erhebungs- und Ermittlungsbehörden. Erfasst wurden nunmehr auch die sog. Echtzeitausleitung, bei der die Daten zeitgleich mit ihrem Anfallen an die Behörden ausgeleitet. Entgegen § 100b StPO genügte im Falle einer Straftat von erheblicher Bedeutung eine räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

1840 Dazu Bär, MMR 2000, 476.
1841 BGBl. I 2001, 3879.
1842 Siehe dazu Bär, MMR 2002, 358.
1843 Siehe dazu auch oben in diesem Kapitel unter II. Geschichte des Datenschutzrechts, 3. Die Richtlinie 2006/24/EG.
Ob die Auskunft über eine hinter einer dynamischen IP-Adresse stehenden Person unter § 100g StPO oder unter § 113 TKG fällt, ist umstritten. Der Gesetzgeber scheint sich aber mit der Neufassung des § 113b TKG (mittlerweile ebenfalls durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt) für die Auskunftserteilung nach § 113 TKG entschieden zu haben.


Auskunftsverpflichtungen bestehen auch gegenüber dem Bundesamt für Verfassungsschutz. Die Auskunft über Verkehrsdaten ist in § 8a Abs. 2 Nr. 4 BVerfSchG geregelt. Die Regelung sieht eine Auskunftserteilung im Einzelfall vor und legitimiert keine Rasterfahndung. Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte schwerwiegender Gefahren für die nach dem Bundesverfassungsschutzgesetz geschützten Rechtsgüter (freiheitlich demokratische Grundordnung, Sicherheit des Bundes und der Länder; vgl. § 3 BVerfSchG) vorliegen. Es bedarf eines Antrages des Präsidenten des Bundesamtes, über den ein besonders beauftragtes Ministerium zu entscheiden hat. Verpflichtet sind hiernach Finanzdienstleistungsinstitute, etwa im Hinblick auf Auskünfte zu Konten, Kontoinhabern und Geldbewegungen. Ferner müssen Postdienstleistungsunternehmen Auskünfte zu Postfächer und sonstigen Umständen des Postverkehrs herausgeben. Ähnliches gilt für Luftfahrt- und Telekommunikationsunternehmen. In allen genannten Fällen sind die Kosten, die dem Unternehmen aus der Zusammenstellung und Herausgabe der Daten entstehen, nach dem Zeugen- und Sachverständigenentschädigungsgesetz zu entrichten (§ 23 Abs. 1 i.V.m. Anlage 3 JVEG). Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht bei der Herausgabe der Daten nicht, da die genannten Auskunftsregelungen eine anderweitige gesetzliche Regelung i.S.v. § 87 Abs. 1 BetrVG sind. Der Betroffene hat hinsichtlich der Übermittlung der Daten ein Auskunftsrecht (§ 34 Abs. 1 Nr. 2 BDSG), das nur in Fällen der Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeschlossen ist (§§ 34 Abs. 4, 33 Abs. 2 Nr. 6 BDSG).

---


VI. Haftung bei unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitung

Literatur:


1. Vertragliche Ansprüche


Im Bereich des Arbeitsvertragsrechts liegt grundsätzlich eine \textit{Datenverarbeitung für eigene Zwecke} vor, bei der die konkreten Datenschutzpflichten regelmäßig „nur“ vertragliche Neben- bzw. Begleitpflichten im Verhältnis zum zugrunde liegenden Rechtsgeschäft darstellen (vgl. § 242 BGB). Werden also Daten von Arbeitnehmern unzulässigerweise genutzt, kommt eine Haftung wegen Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) in Betracht, die aber auf den Ersatz materieller Schäden beschränkt ist.

Der \textit{Auftragsdatenverarbeitung} (vgl. § 11 BDSG) liegt regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) zugrunde, bei dem die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung von Daten zumeist eine Hauptpflicht des Vertrages darstellt. Der Auftraggeber hat hier verschiedene Ansprüche: Er kann vom Vertrag zurücktreten oder, etwa bei Dauerschuldverhältnissen, kündigen; er kann aber auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

2. Gesetzliche Ansprüche

Für den Betroffenen ist die Möglichkeit von größerer Bedeutung, Verstöße gegen das BDSG \textit{deliktsrechtlich zu ahnden}. Dabei ist zu beachten, dass das BDSG selbst nur für den öffentlichen Bereich eine gesonderte Anspruchsregelung enthält: Nach § 8 BDSG haften öffentliche Stellen für eine unzulässige oder unrichtige automatisierte Datenverarbeitung ohne Rücksicht auf ihr Verschulden bis zu einem Höchstbetrag von 130 000,– Euro.
Zu beachten ist § 7 BDSG als eigene Schadensersatznorm, sofern Schäden durch eine unzulässige oder unrichtige Datenverarbeitung auftreten. Daneben gelten die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 823 ff. BGB). Für diese Vorschriften ist charakteristisch, dass sie ein Verschulden der verarbeitenden Stelle voraussetzen; insofern unterscheidet sich die Haftung des privatwirtschaftlichen Bereichs im Datenschutzrecht deutlich von der (verschuldensunabhängigen) Gefährdungshaftung im öffentlichen Bereich. Allerdings sieht § 7 Satz 2 BDSG für den nicht-öffentlichen Bereich eine Beweislastumkehr für den Betroffenen insoweit vor, als er ein Verschulden der verarbeitenden Stelle nicht beweisen muss; vielmehr liegt die Beweislast für das Nichtverschulden bei der entsprechenden Stelle.


a) Verletzung des Persönlichkeitsrechts, § 823 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB schützt insbesondere das seit der Entscheidung des BGH vom 25. Mai 1954 zum juristischen Allgemeingut gewordene „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ hierbei handelt es sich um ein sog. Rahmenrecht, dessen Reichweite und Grenzen im Einzelfall unter Berücksichtigung der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zu ermitteln sind. Im Falle einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen durch eine unzulässige Datenverarbeitung ergibt

---

1848 BGHZ 13, 334.

Zur Beurteilung der Schuldfrage sind die vom BGH entwickelten Prinzipien der Produzentenhaftung analog anzuwenden, da auch hier der Betroffene einer z.T. höchst komplexen Organisation gegenübersteht, deren Strukturen er nicht durchschauen und überprüfen kann. Er muss deshalb nur nachweisen, dass sein Schaden auf die Verarbeitung seiner Daten durch die betreffende Stelle zurückzuführen ist, während die speichernde Stelle darlegen muss, dass die Datenverarbeitung entweder nicht ursächlich für den Schaden war oder ihre Mitarbeiter kein Verschulden trifft.


StGB verbietet unter Strafe unbefugte Bildaufnahmen in einer Wohnung oder in einem gegen Einblicke besonders geschützten Raum.\(^{1856}\)

Die Verantwortung für die Beachtung dieser Persönlichkeitsrechte trifft auch den Anbieter von Internetforen, wie das *OLG Köln* in Sachen Steffi Graf und MSN festgestellt hat. Ein MSN-User hatte gefälschte Porno-Bilder der deutschen Tennis-Ikone produziert und sie unter seiner MSN.de-Community-Seite der Welt zur Verfügung gestellt. Zuvor hatte im Dezember 2001 das *LG Köln* zu Gunsten von Graf entschieden, die gegen die Verbreitung der Bilder geklagt hatte; den Einspruch von Microsoft gegen die einstweilige Verfügung, nach der der deutsche Ableger des Software-Konzerns die Verbreitung der manipulierten Nacktbilder in den MSN-Foren zu verhindern habe, wies das *OLG* ab.\(^{1857}\)


Neben einem materiellen Schadensersatzanspruch kommt, in Ausnahmefällen, auch ein immaterieller Entschädigungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Frage.\(^{1861}\)


\(^{1858}\) *AG München*, Urt. v. 14.9.2005 – 161 17453/04 (n. v.).


\(^{1860}\) *LG Frankfurt*, Urt. v. 5.10.2006 – 2/3 O 358/06, CR 2007, 194.

b) Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 Abs. 2 BGB

c) Schadensersatz nach §§ 824, 826 BGB
Neben § 823 Abs. 1 und 2 BGB kommt ein Anspruch aus § 824 BGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift haftet die verarbeitende Stelle, wenn sie

- der Wahrheit zuwider
- eine Tatsache behauptet oder verbreitet,
- die geeignet ist, den Kredit des Betroffenen zu gefährden oder sonstige Nachteile
- für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen,
- sofern die verarbeitende Stelle die Unwahrheit kennen musste.

§ 824 BGB statuiert also eine Haftung wegen unrichtiger Datenverarbeitung, die zu einer Herabsetzung der wirtschaftlichen Wertschätzung von Personen führt.\textsuperscript{1862}

Daneben ist auch eine Haftung nach § 826 BGB von Bedeutung, seit der BGH\textsuperscript{1863} auch bei Weitergabe wahrer Informationen in besonderen Fällen eine Ersatzpflicht gem. § 826 BGB bejaht hat: Sollten Informationen über das Privatleben eines einzelnen ohne zwingenden Grund weitergegeben werden, so steht ihm der Schutz des § 826 BGB zu. Er kann sich dann auch den daraus resultierenden Vermögensschaden ersetzen lassen.

d) Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche
Neben dem Schadensersatzanspruch können dem Betroffenen aus § 823 Abs. 1 BGB auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche zustehen, die über die im BDSG statuierten Korrekturan-

\textsuperscript{1863} LM § 826 Nr. 3.
sprüche (§ 6 i.V.m. §§ 34, 35 BDSG) insofern hinausgehen, als sie auch gegenüber Dritten wirken. Solche Ansprüche ergeben sich regelmäßig aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch eine unzulässige Übermittlung personenbezogener Daten.\textsuperscript{1864} Der Betroffene kann daher unter Berufung auf §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog vom Empfänger der Daten deren Vernichtung oder Herausgabe verlangen.\textsuperscript{1865} Gleichzeitig hat er nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) einen Anspruch gegenüber der speichernden Stelle auf Auskunft über Name und Anschrift des Datenempfängers.\textsuperscript{1866} Im Übrigen kann der Betroffene nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 TMG Löschung seiner Bestandsdaten verlangen. Für die Nutzungsdaten ist ein Löschungsanspruch ausdrücklich in § 12 TMG normiert.\textsuperscript{1867} Bei der Nutzung von Daten für E-Mail-Werbe-Kampagnen kommt allerdings anstelle der Löschung auch eine Sperrung in Betracht (§ 35 Abs. 3 Nr. 2 BDSG).\textsuperscript{1868}

Zu beachten sind schließlich auch die Möglichkeiten, im B2B-Bereich zwischen Konkurrenten Datenschutzverstöße mittels § 4 Nr. 11 UWG zu ahnden. Das \textit{OLG Köln} sah § 28 BDSG als Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG an.\textsuperscript{1869} Das \textit{LG Berlin} und das KG haben dies jedoch für § 13 TMG abgelehnt.\textsuperscript{1870} Mit § 13 Abs. 1 TMG habe der Gesetzgeber allein überindividuelle Belange des freien Wettbewerbs bei der Gesetzgebung berücksichtigt, um Beschränkungen der Persönlichkeitsrechte der Nutzer von Telediensten, nicht aber Interessen einzelner Wettbewerber zu rechtfertigen. Anders sah dies jetzt das \textit{OLG Hamburg}.\textsuperscript{1871} § 13 TMG sei eine Marktverhaltensregel i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG, so dass mangelhafte Datenschutzerklärungen wettbewerbsrechtlich angreifbar sind: Entgegen der Auffassung des \textit{Kammergerichts} (a.a.O.) handele es sich bei dem Verstoß gegen § 13 TMG nicht nur um die Mißachtung einer allein überindividuelle Belange des freien Wettbewerbs regelnden Vorschrift. Denn § 13 TMG soll ausweislich der Erwägungsgründe der Datenschutzrichtlinie jedenfalls auch die wettbewerbliche Entfaltung des Mitbewerbers schützen, indem gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden. Die Vorschrift dient mithin auch dem

\begin{footnotes}
\item[	extsuperscript{1865}] \textit{BGH}, Urt. v. 20.5.1958 – VI ZR 104/57, BGHZ 27, 284.
\item[	extsuperscript{1867}] Für die entsprechende Vorschrift im Teledienstedatenschutzgesetz: \textit{OLG Bamberg}, Urt. v. 12.5.2005 – 1 U 143/04, CR 2006, 274.
\item[	extsuperscript{1868}] \textit{OLG Bamberg}, Urt. v. 12.5.2005 – 1 U 143/04, CR 2006, 274.
\item[	extsuperscript{1871}] \textit{OLG Hamburg}, Urt. v. 27.6.2013 – 3 U 26/12.
\end{footnotes}
VII. Sonderbestimmungen im Online-Bereich

Literatur:


In § 1 Abs. 3 BDSG ist die Subsidiarität des BDSG normiert: Soweit andere Rechtsvorschriften des Bundes den Umgang mit personenbezogenen Daten regeln, gehen diese dem BDSG vor. Landesrechtliche Datenschutzbestimmungen werden als „andere Rechtsvorschriften“ im Rahmen des § 4 Abs. 1 BDSG relevant, soweit sie Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten enthalten. Zu beachten sind – abseits TK-spezifischer Tatbestände – z.B. §§ 147, 200 AO, die der Finanzverwaltung die Kompetenz übertragen, im Rahmen steuerlicher Außenprüfungen direkt auf die DV-Systeme des Steuerpflichtigen Zugriff zu nehmen.

Für den Online-Bereich sind – neben einzelnen Landesgesetzen, wie z.B. dem Hamburgischen Mediengesetz – vor allem die bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften im Telekommunikationsgesetz (TKG) und im Telemediengesetz (TMG) von Bedeutung.

1. Datenschutz im TK-Sektor: Das TKG

Literatur:


\textsuperscript{1873} BGBl. I, S. 1190.

\textsuperscript{1874} Telekommunikations-Datenschutzverordnung v. 18.12.2000 (BGBl. I 2000 S. 1740); durch die Bundesregierung auf Grund des § 89 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes v. 25.7.1996 (BGBl. I S. 1120) verordnet.
versuche der Auskunftsdienste nicht von dem Vorliegen einer Einwilligung der Kunden abhängig machen, sondern hat auch hier auf Grundlage der Widerspruchslösung zu verfahren.\textsuperscript{1875}

Die Vorschrift des § 98 Abs. 3 i.V.m. § 108 Abs. 1 TKG verpflichtet die Netzbetreiber im Notfall zur Übermittlung von Standortdaten sog. Dienste mit Zusatznutzen ohne vorherige Einwilligung, damit eine Lokalisierung des Hilfesuchenden erfolgen kann. Für Prepaid-Verträge sind nun der Name, die Adresse und das Geburtsdatum des Kunden zu erheben.

Die \textit{datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG} finden sich in § 88 TKG sowie in §§ 91 ff. TKG: § 88 TKG konkretisiert das grundrechtlich garantierte Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)\textsuperscript{1876} und erstreckt sich auf den Inhalt und die näheren Umstände der Telekommunikation, „insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war“ (§ 88 TKG). In den sachlichen Anwendungsbereich des TKG fällt gemäß § 3 Nr. 22 TKG jeder technische Vorgang des Aussendens, Übermittlens und Empfangens von Signalen jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen. Neben den klassischen TK-Anbietern (insbes. Sprachtelefonie) umfasst der Anwendungsbereich des TKG damit auch die Übermittlung von E-Mails und jeden sonstigen Online-Datenaustausch (insbes. per Telnet oder FTP), soweit es um den technischen Kommunikationsvorgang geht.\textsuperscript{1877}


§§ 95 ff. TKG enthalten eine \textbf{abschließende Aufzählung möglicher Erlaubnistatbestände} für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten im Telekommunikationsbereich. So ist gemäß § 95 Abs. 1 TKG die Verarbeitung von Bestandsdaten zulässig, soweit dies für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung des Vertragsverhältnisses erforderlich ist. § 96 TKG bezieht sich auf Verkehrsdaten (3 Nr. 30 TKG) und erlaubt deren Speiche-

\textsuperscript{1875} BGH, Urt. v. 5.7.2007 – III ZR 316/06, CR 2007, 567 = MMR 2007, 641.
\textsuperscript{1876} Vgl. Königshofen/Ulmer, Datenschutz-Handbuch Telekommunikation, Frechen 2006, 7 f.
\textsuperscript{1877} Vgl. zur Abgrenzung Braun, in: Beck’scher TKG-Komentar, 4. Auflage 2013, § 91 Rn. 9.
rung für das Herstellen und Aufrechterhalten der Telekommunikationsverbindung.\textsuperscript{1878} Da das TKG auch die E-Mail-Kommunikation erfasst, ist die Zwischenspeicherung von E-Mails in POP-Mailpostfächern bzw. in der SMTP-Spooldatei zulässig. Zwar besagt § 88 Abs. 1 Satz 1 TKG, dass grundsätzlich nur die näheren Umstände der Telekommunikation erhoben, verarbeitet und genutzt werden dürfen, jedoch enthält § 88 Abs. 1 Satz 2 TKG eine Ausnahme für Nachrichteninhalte, deren Verarbeitung aus verarbeitungstechnischen Gründen Bestandteil des Dienstes ist. Damit ist auch die Speicherung und Verarbeitung eingehender Nachrichten bei Mailbox-Diensten, z.B. die Anrufbeantworter-/Weiterleitungs-Funktion bei Mobiltelefonen, legitimiert.

Weitere Erlaubnistatbestände für Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) sehen § 96 Abs. 2 Satz 1 TKG (Erforderlichkeit zum Aufbau weiterer Verbindungen), § 96 Abs. 3 TKG (Verwendung von teilnehmerbezogenen Verkehrsdaten mit Einwilligung des Betroffenen zur Bedarfsplanung), § 97 TKG (Entgeltermittlung, Entgeltabrechnung), § 99 TKG (Einzelverbindungsnachweis), § 100 TKG (Störung von Telekommunikationsanlagen und Missbrauch von Telekommunikationsdiensten\textsuperscript{1879}) und § 101 TKG (Mitteilen ankommender Verbindungen) vor.


2. Das TMG

Literatur:


In den §§ 11–15 regelt das Telemediengesetz den Schutz personenbezogener Daten bei der Nutzung von Telemediendiensten i.S.v. § 1 Abs. 1 TMG. Zu diesen Diensten zählen insbesondere solche der Individualkommunikation (Telebanking, E-Mail und Datendienste).


\(^{1880}\) Vgl. hierzu ausführlich *Engel-Flechsig*, RDV 1997, 59.
Dem Diensteanbieter ist es nunmehr gestattet, **Abrechnungsdaten** auch für die Aufklärung der missbräuchlichen Inanspruchnahme seiner Dienste zu nutzen, wenn ihm tatsächliche Anhaltspunkte für einen entsprechenden Missbrauchsfall vorliegen (§ 15 Abs. 8 TMG). Es besteht eine Dokumentationspflicht.\(^{1881}\)


Die Frage ist bei der Aufzeichnung von Nutzungsdaten in Log-Files, z.B. zur Erstellung von Nutzerprofilen und Abrufstatistiken von Bedeutung.\(^{1883}\) Personenbezogene Nutzungsdaten sind frühestmöglich, spätestens unmittelbar nach Ende der jeweiligen Nutzung zu löschen, sofern es sich nicht um Abrechnungsdaten i.S.v. § 15 Abs. 4 TMG handelt. Nicht-personenbezogene Daten, z.B. reine Maschinenangaben (IP-Adressen (strittig)), können hingegen für Auswertungszwecke protokolliert werden, sofern kein Rückenschluss auf den jeweiligen Nutzer möglich ist.\(^{1884}\) In Bezug auf IP-Adressen hat das **LG Darmstadt**\(^{1885}\) geurteilt, dass die Speicherung dynamischer IP-Adressen (jene IP-Kennungen, die nur für eine Internet-Session vergeben werden) dann nicht erforderlich und somit unzulässig sei, wenn der Betroffene eine unbegrenzte Flatrate besitzt, für die er monatlich eine Pauschale bezahlt. Im zu entscheidenden Fall hatte sich ein T-Online-Kunde gegen die Speicherung seiner IP-Adressen über einen Zeitraum von 80 Tagen nach Rechnungsversand gewehrt. An der Erforderlichkeit fehle es, weil die IP-Kennungen wegen des Pauschalbetrages nicht zu Abrechnungszwecken notwendig und auch keine Anhaltspunkte für den Zweck der Missbrauchsbekämp-

---


\(^{1882}\) **AG Berlin Mitte**, Urt. v. 27.3.2007 – 5 C 314/06, ZUM 2008, 83.


\(^{1884}\) Vgl. **Schulz**, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, 40.


Im Übrigen gelten die Regelungen des TMG nur für die Verarbeitung von Nutzerdaten, d.h. der Daten derjenigen, die Telemediendienste oder Telekommunikationsdienstleistungen nachfragen. Die Verwendung von Daten nicht nutzender Dritter im Online-Bereich ist von den Regelwerken nicht umfasst. Insoweit gelten für Kommunen das jeweilige Landesdatenschutzgesetz (z.B. Landesdatenschutzgesetz NW), für die Privatwirtschaft §§ 27 ff. BDSG.

\section*{VIII. Ausgewählte Sonderprobleme}

\subsection*{1. Web-Cookies}

Literatur:


Die sog. \textbf{Web-Cookies} und ihre möglichen negativen Auswirkungen auf die Privatsphäre von Internet-Nutzern sind immer noch buchstäblich in aller Munde. Ein Cookie ist ein von einem Web-Server erzeugter Datensatz, der an einen Web-Browser gesendet wird und bei diesem in einer Coo-
Die Cookies sind in diesem Zusammenhang besonders günstig für die Anbieter, da Cookies es ermöglichen, die gesammelten Daten lokal beim Nutzer abzulegen. Die Unterhaltung einer großen und teuren Datenbank ist damit nicht erforderlich. Cookies können aber z.B. auch für den Einkauf im Internet dienen, da der dabei entstehende virtuelle Einkaufskorb in Form eines Cookies abgelegt werden kann.

Seit ihrer Einführung durch die Netscape Communications Corporation sind Cookies sehr umstritten, da man ihnen eine Reihe negativer Eigenschaften und Fähigkeiten zuspricht, so z.B. die Übertragung von Virenprogrammen, das Ausspähen von E-Mail-Adressen und persönlichen Dateien oder das Bekanntmachen des Verzeichnisses einer Festplatte für Fremde. Falsch ist auf jeden Fall, dass Cookies Viren auf den jeweiligen Rechner übertragen können. Das Ausspähen weiterer Daten auf dem lokalen Rechner ist mit Cookies nicht möglich.

Die persönlichen Daten eines Nutzers sind daher i.d.R. über den Einsatz von Cookies nicht oder nur mit sehr großem Aufwand zu ermitteln. Durch eine serverseitige Auswertung der Cookies, die bei der Nutzung verschiedener Online-Dienste desselben Diensteanbieters erzeugt wurden, ist es jedoch möglich, kundenspezifische Nutzungsprofile zu erstellen, die jedenfalls dann personenbezogen sind, wenn sich der Nutzer bei zumindest einem Online-Dienst innerhalb des Verbundangebots namentlich oder mit seiner E-Mail-Adresse angemeldet hat. Ein direkter Personenbezug ist an-
sonsten nur herstellbar, wenn die Internet-Adresse des Kundenrechners Rückschlüsse auf die Identität des Benutzers zulässt.\footnote{1892} Dies kann bei \textit{statischen IP-Adressen}, die mit einer „sprechenden“ personenbezogenen Rechnerkennung oder -domain verbunden sind, der Fall sein.\footnote{1893} Bei \textit{dynamischen IP-Adressen}, die bei Einwahlverbindungen temporär dem Kundenrechner zugeordnet werden, besteht regelmäßig nur dann ein Personenbezug, wenn der Diensteanbieter und der Internet-Provider des Kunden zusammenwirken oder identisch sind.\footnote{1894}


\footnote{1893} Z.B. „Hoeren.uni-muenster.de“; für die Qualifizierung statischer IP-Adresse als personenbezogenes DatumEckhardt, CR 2011, 339.;


\footnote{1895} Hierzu ausführlich Bizer, DuD 1998, 277; Kilian/Heussen/Hoeren, Computerrecht, Teil 14 Datenschutzrechtliche Bestimmungen, Rn. 20.

\footnote{1896} \text{http://www.lda.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/p_archiv/2013/pm004.html} (zuletzt abgerufen am 18.9.14).
Überdies stellt § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ausdrücklich klar, dass Nutzungsprofile nur bei der Verwendung von Pseudonymen zulässig sind. Eine Zusammenführung der pseudonymisierten Profildaten mit personenbezogenen Informationen über den Nutzer ist ebenfalls unzulässig (§ 15 Abs. 3 Satz 2 TMG). Ein Datenabgleich zwischen dem Internet-Provider des Nutzers und dem Diensteanbieter, der lediglich die dynamische (für ihn pseudonyme) IP-Adresse in cookie-basierten Nutzungsprofilen festhält, ist damit ausgeschlossen. Werden Cookies lediglich gesetzt, um die jeweilige Nutzung des Online-Dienstes zu ermöglichen oder zu vereinfachen (individualisiertes Angebot, Warenkorbfunction etc.), ist § 15 Abs. 2 TMG zu beachten. Soweit sie personenbezogene „Nutzungsdaten“ enthalten, müssen die Cookie-Daten frühestmöglich, spätestens unmittelbar nach Ende der jeweiligen Nutzung wieder gelöscht werden.1897


Auf europäischer Ebene ist im Hinblick auf die Zulässigkeit von Cookies die vom deutschen Gesetzgeber formell noch nicht in nationales Recht umgesetzte Cookie-Richtlinie (RL 2009/136/EG) zu beachten. Diese sieht in Art. 5 Abs. 3 statt des bisher auf EU-Ebene geltenden Opt-Out-Prinzips eine Opt-In-Lösung für Cookies vor. Demnach setzt der Einsatz von Cookies in Zukunft regelmäßig eine eindeutige und informierte Einwilligung des Nutzers voraus.1901 Allerdings hat die EU-Kommission in einer Stellungnahme die Auffassung vertreten, dass das Datenschutzniveau in

1897 Kilian/Heussen/Hoeren, Computerrecht, Teil 14 Datenschutzrechtliche Bestimmungen, Rn. 20.
1899 *AG Ulm*, Urt. v. 29.10.1999 – 2 C 1038/99, CR 2000, 469.
Deutschland den Anforderungen der Richtlinie bereits entspreche und die Richtlinie somit umgesetzt sei.\textsuperscript{1902}

2. Protokollierung von Nutzungsdaten zur Missbrauchsbekämpfung

Von besonderer Praxisrelevanz ist die Frage, in welchem Umfang der Provider die Nutzungsdaten seiner Kunden protokollieren darf, um durch Auswertung der dabei entstehenden Log-Files Störungen und Missbräuche aufdecken zu können.

Das TMG trifft, außer beim Verdacht auf Leistungsschleichung in § 15 Abs. 8 TMG, hierzu keine Aussagen. Dies bedeutet, dass es bezüglich der Nutzungsdaten bei Telemediendiensten derzeit keinen Erlaubnistatbestand gibt, der die Protokollierung personenbezogener Nutzungsdaten zur Missbrauchsaufklärung rechtfertigt.\textsuperscript{1903} Allerdings gilt dies nur im Anwendungsbereich des TMG, d.h. für die „inhaltbezogenen“ Daten, die bei der Nutzung eines Telemediendienstes anfallen, also z.B. für die missbräuchliche Nutzung eines kostenpflichtigen Web-Angebots, etwa durch Verwendung eines fremden Accounts.

Denkbar wäre jedoch, für diesen Fall den allgemeinen Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG heranzuziehen: Die Speicherung und Auswertung der Nutzungsdaten in Log-Files würde im Falle der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Online-Angeboten ausschließlich der Wahrung berechtigter Interessen des Diensteanbieters dienen. Ein derartiger Rückgriff auf das allgemeine Datenschutzrecht scheint durch das TMG nicht generell ausgeschlossen zu sein, da § 12 Abs. 1 und 2 TMG die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Online-Nutzungsdaten nach anderen Rechtsvorschriften ausdrücklich zulässt. Gegen einen Rückgriff auf das BDSG spricht hingegen, dass das TMG einen in sich abgeschlossenen bereichsspezifischen Regelungskomplex zum Online-Datenschutz enthält und somit als lex specialis dem BDSG grundsätzlich vorgeht.

Überdies sieht § 100 Abs. 3 Satz 2 TKG vor, dass der Telekommunikationsanbieter zu diesem Zweck auch rückwirkend die erhobenen Verkehrsdaten in der Weise verwenden darf, dass aus dem Gesamtbestand aller Verkehrsdaten, die nicht älter als sechs Monate sind, die Daten derjenigen Verbindungen des Netzes ermittelt werden, für die tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht der rechtswidrigen Inanspruchnahme begründen. Hierbei darf der Anbieter aus den zu diesem Zweck  


\textsuperscript{1903} So AG Berlin Mitte, Urt. v. 27.3.2007 – 5 C 314/06, ZUM 2008, 83. Siehe hierzu auch die entsprechenden Feststellungen im IuKDGEvaluierungsbericht, BT-Drs. 14/1191; Roßnagel, Evaluierung des TDDSG, DuD 1999, 250.

3. Outsourcing

Literatur:


In der E-Commerce-Industrie wird sehr häufig der Vorteil von Outsourcing gepriesen. Die Datenverarbeitung wird auf Tochterunternehmen ausgegliedert, die als eigene Servicecenter auch für andere Unternehmen tätig sind.

a) Auftragsverarbeitung und Funktionsübertragung

Hierbei ist die Differenzierung von Auftragsdatenerarbeitung und Funktionsübertragung wichtig. Eine Auftragsdatenerarbeitung ist nach dem BDSG fast uneingeschränkt zulässig (§ 11 BDSG). Anders ist die Rechtslage bei der Funktionsübertragung, die alle Anforderungen des BDSG erfüllen muss. In einem solchen Fall würde die Weitergabe von Daten an den Funktionsnehmer als Datenübermittlung an einen Dritten anzusehen sein, so dass die Voraussetzungen für eine zulässige Datenübermittlung vorliegen müssen. Im Rahmen dieser Prüfung bliebe aber unklar, ob eine Über-
mittlung an den Funktionsnehmer erforderlich ist; die gesamte politische Entscheidung des Outsourcings stünde insofern auf dem datenschutzrechtlichen Prüfstand.

Ein solches Outsourcing (i.S. einer **Funktionsübertragung**) wäre anzunehmen, wenn der Dritte über die reine Datenverarbeitung hinaus weitere Funktionen übernehme. Entscheidend ist dabei der Handlungsspielraum des Dritten. Sofern dieser eigenverantwortlich tätig sein kann, liegt keine Auftragsverarbeitung vor.\footnote{Gola/Schomerus, § 11 Rn. 9.} Für eine Eigenverantwortlichkeit spräche vor allem, wenn nicht die Datenverarbeitung oder -nutzung als solches Vertragsgegenstand ist, sondern eine konkrete Aufgabe, für deren Erfüllung die überlassenen Daten als Hilfsmittel dienen. Für ein Outsourcing im o.g. Sinne soll vor allem sprechen, dass der Outsourcing-Geber auf einzelne Phasen der Verarbeitung keinen Einfluss nehmen kann oder die Haftung für die Zulässigkeit und Richtigkeit der Daten auf den Verarbeiter abgewälzt wird. Sofern beim Auftragsunternehmen die Kontrolle über den Datenbestand und deren Verarbeitung im Vordergrund steht, ist weniger an die Aufgabe der Funktionskontrolle gedacht. Dies würde dafür sprechen, dass das hier diskutierte Modell nicht als ein Outsourcing, sondern als ein Auftragsverhältnis i.S.v. § 11 BDSG anzusehen ist.


Im Falle der **Auftragsdatenverarbeitung** ist allerdings zu beachten, dass der Auftraggeber nach § 11 Abs. 1 BDSG für die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen verantwortlich ist. Der Auftragnehmer darf personenbezogene Daten nur im Rahmen der Weisung des Auftraggebers verarbeiten (§ 11 Abs. 3 BDSG). Insbesondere hat der Auftraggeber den Auftragnehmer unter besonderer Berücksichtigung seiner Eignung für die Gewährleistung der Datensicherheitsmaßnahmen sorgfältig auszuwählen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BDSG). Der Auftragnehmer hat insofern keinen Ermessensspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung der von ihm durchzuführenden Datenverarbeitung. Mit dem neuen BDSG wurden die Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung deutlich verschärft, insbesondere durch die Ergänzungen in § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG. Hier findet sich eine ausführliche
Checkliste für die Auftragserteilung. Die entsprechende Checkliste ist nicht abschließend („insbesondere“). Die einzelnen Eckpunkte sind allerdings verbindlich, wie sich insbesondere aus den Bußgeldvorschriften des § 43 BDSG ergibt. Fehlen entsprechende Festlegungen, ist dies im Bußgeld bewährt. Im Anhang zu diesem Skript findet sich ein Muster für eine solche Auftragsdatenverarbeitung; weitere Muster finden sich auf den Seiten der Hessischen Datenschutzaufsicht und der GDD.


Als Zweites sind der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen festzulegen. Insofern ist eine genaue Spezifizierung des Datenschutzanteils eines IT-Projektes notwendig. Dies macht vor allem Probleme, da auch Auftragsverträge typischerweise komplexe Langzeitverträge sind, deren Umfang und Konkretisierung erst im Laufe des entsprechenden Projektes vorgenommen werden kann. Insofern werden die entsprechenden Datenmodelle erst einmal abstrakt festgelegt, um dann später genauer spezifiziert zu werden. Insofern bietet sich an, zunächst einmal nur allgemein die entsprechenden Datenarten und Nutzungsformen festzulegen, um dann im Rahmen späterer SLAs Änderungen und Erweiterungen zu spezifizieren.

Weiter sind die Datensicherheitsmaßnahmen nach § 9 BDSG zu bestimmen. Die entsprechende Datensicherheitsliste ist damit bußgeldbewährt in einem eigenen Katalog festzulegen. Auch hier wird man darauf achten müssen, dass Datensicherheitsstandards sich verändern und insofern auch im langen Verlauf einer Auftragsdatenverarbeitung weiter konkretisiert werden müssen.

Nach Nr. 4 sind die Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten zu regeln. Gemeint sind nicht die Berichtigung, Löschung oder Sperrung als solche, sondern die Verfahren, mit denen eine Umsetzung der Berichtigungs-, Lösungs- und Sperrungsansprüche der Betroffenen umgesetzt werden können. Insofern verweist die Vorschrift auf § 35 BDSG und die dort geregelten Vorausset-

1905 http://www.rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?cid=cc0eeb29fc27e29efe4d7d34acc1e89e.
zungen für die Geltendmachung entsprechender Rechte seitens der Betroffenen. Ansprechpartner für die entsprechenden Rechte ist der Auftraggeber selbst, wie sich aus § 11 Abs. 4 BDSG ergibt. Insofern geht es hier darum, intern zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer festzulegen, wie der Auftragnehmer auf entsprechende Weisungen des Auftraggebers in Hinblick auf die Berichtigung, Löschung und Sperrung solcher Daten zu reagieren hat.

Als Fünftes ist die Einhaltung der Pflichten des Auftragnehmers nach § 11 Abs. 4 BDSG festzuschreiben. § 11 Abs. 4 BDSG verweist für die nicht öffentlichen Stellen der Auftragsdatenverarbeitung auf §§ 4f, 4g und § 38. Nach § 4f BDSG ist ein Beauftragter für den Datenschutz zu bestellen, wenn das Unternehmen eine bestimmte Größe erreicht hat. Dieser hat ein besonderes Aufgabenprofil nach §§ 4f, 4g BDSG. Er ist im Übrigen mit einer besonderen Stellenbeschreibung versehen, die insbesondere auf die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des Datenschutzbeauftragten abstellt (§ 4f Abs. 3 BDSG). Zu beachten ist dann vor allem auch noch § 4f Abs. 2 Satz 1 BDSG, wonach zum Datenschutzbeauftragten nur bestellt werden darf, wer zu der Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt. Insofern hat der Auftraggeber zu spezifizieren und zu kontrollieren, ob ein entsprechender Datenschutzbeauftragter beim Auftragnehmer bestellt ist und wie die entsprechende Fachkunde, Zuverlässigkeit und Unabhängigkeit ist. Im Übrigen ist der Auftragnehmer zur Gewährleistung der Datensicherungsmaßnahmen nach § 9 BDSG verpflichtet. Das Datengeheimnis (§ 5 BDSG) gilt auch für seine Mitarbeiter. Unbefugte Verarbeitungen stellen auch für ihn gegebenenfalls strafbare Handlungen nach § 44 BDSG dar. Ferner unterliegt auch er der Datenschutzaufsicht. Etwas rätselhaft ist der Verweis auf § 38 BDSG, da dort nur die entsprechend Kontrollbefugnisse der Aufsichtsbehörden geregelt sind. Gemeint sind hier aber vor allem die Anordnungsbefugnisse und Kontrollrechte der Behörden nach § 38 Abs. 4 und 5 BDSG sowie die Auskunftspflichten nach § 38 Abs. 3 BDSG, die entsprechende Pflichten der verarbeitenden Stelle auslösen. § 38 Abs. 3 BDSG spricht insofern auch davon, dass die der Kontrolle unterliegenden Stellen sowie die mit ihrer Leitung beauftragten Personen entsprechende Auskünfte zu erteilen haben.

Nach Nr. 6 ist zu entscheiden, ob eventuell Unterarbeitsverhältnisse begründet werden dürfen. Das Gesetz schließt die Begründung solcher Unteraufträge nicht aus, verlangt aber eine Regelung dazu, ob der Auftragnehmer überhaupt zu Unterarbeitsverhältnissen berechtigt ist. Bei einem solchen Unterarbeitsverhältnis wären dann wieder die Regelungen des § 11 BDSG einzuhalten. Insofern entstehen hier Vertragsketten, in denen der Auftraggeber entsprechend den Auftragnehmer kontrolliert, dieser aber wiederum vertraglich seine Unterauftragnehmer überwacht. Zu beachten ist
hier vor allem auch, dass nach § 613 BGB im Zweifel Unterauftragsverhältnisse problematisch sein könnten. Diese Bestimmung sieht vor, dass eine Übertragung von Dienstverhältnissen im Zweifel an Dritte nicht vorgenommen werden kann.

Nr. 7 bildet den Kern der Checkliste, nämlich die Verpflichtung zur Einführung von Kontrollrechten des Auftraggebers und entsprechender Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers. Diese Bestimmung entspricht der bisherigen Entscheidungspraxis der Aufsichtsbehörden, die eine Auftragsdatenverarbeitung nur dann angenommen haben, wenn entsprechende Kontrollrechte des Auftraggebers vorgesehen sind. Erstaunlicherweise werden die erforderlichen Kontrollrechte nicht weiter bestimmt, sondern nur als solche in Nr. 7 erwähnt. Der Auftragnehmer muss durch die Kontrollrechte in eine Beziehung gebracht werden, dass er seinerseits in Sachen Datenschutz und Datensicherheit vollständig von den Kontrollrechten des Auftraggebers gesteuert wird.

Nr. 8 legt das Erfordernis von Mitteilungspflichten fest, für den Fall, dass der Auftragnehmer oder bei ihm beschäftigte Personen gegen Vorschriften des BDSG oder vertragliche Festlegungen zum Schutz der personenbezogenen Daten verstoßen. Insofern korrespondiert Nr. 8 mit § 42a BDSG und den dort geregelter Mitteilungspflichten nach außen hin. Der Auftragnehmer soll entsprechende Verstöße mitteilen müssen, damit der Auftraggeber entsprechend reagieren kann. Bei den Mitteilungspflichten i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 8 BDSG ist zu berücksichtigen, dass die Form der Mitteilung ebenso zu regeln ist wie das Prüfungsrisiko und die Reaktionsgeschwindigkeiten.

Im Übrigen war nach § 11 Abs. 3 Satz 2 BDSG a.F. der Auftragnehmer verpflichtet, unverzüglich zu warnen, wenn Weisungen bzw. die in Auftrag gegebenen Erhebungen, Verarbeitungen oder Nutzungen nach seiner Ansicht ganz oder teilweise gegen Datenschutzvorschriften verstoßen. Es handelt sich um eine Hinweispflicht, d.h. der Auftraggeber braucht dem Hinweis nicht zu folgen und der Auftragnehmer darf – und ist je nach der Ausgestaltung des dem Auftrag zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch verpflichtet – den „beanstandeten“ Auftrag gleichwohl auszuführen. Diese Treuepflicht basiert auf § 280 BGB und man wird sie annehmen müssen, auch wenn das Gesetz dies nicht mehr ausdrücklich erwähnt.

Nr. 9 ist eine eigenartige Regelung, gerade im Verhältnis zu Nr. 7 und den dort geregelten Kontrollrechten. Hiernach ist der Umfang der Weisungsbefugnisse festzulegen, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält. Ein Vorbehalt von Weisungsbefugnissen ist sprachlich kaum möglich. Gemeint ist, dass der Umfang der Weisungsbefugnisse genauer geregelt werden soll. Dies ergibt sicher aber auch schon aus Nr. 7.
Nr. 10 sieht zudem eine **Rückgabepflicht in Bezug auf überlassene Datenträger** und auch noch vertragliche Regelungen zur Löschung von Daten nach Beendigung des Auftrags vor. Hier ist zu beachten, dass sich zahlreiche professionelle Auftragsdatenbearbeiter die Datenherrschaft vertraglich zusichern lassen. Solche Klauseln sind regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nichtig. Die Datenherrschaft liegt beim Auftraggeber, der diese dann auch entsprechende Rückgabepflichten und Löschungspflichten sichern muss. Zu beachten ist, dass die reine vertragliche Regelung zur Löschung nicht ausreicht. Man wird sich dann auch noch vorsehen müssen, dass der Auftragnehmer die entsprechende Löschung bestätigt und gegebenenfalls auch eidesstattlich versichert. Die Löschungspflicht erfordert eine genaue Bezeichnung der zurückzugebenden Datenträger. Zu vereinbaren sind Besitzkonstitute i.S.v. § 868 BGB.

§ 11 Abs. 2 Satz 1 BDSG gebietet eine **sorgfältige Auswahl des Auftragsunternehmens** nach Maßgabe deren Datensicherheitskonzeptes. Diese Vorschrift hat vor allem einen vergaberechtlichen Hintersinn, ist aber ansonsten nicht sanktioniert. Insbesondere fehlt es an einer Bußgeldvorschrift, wie § 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG zeigt. § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG sieht ferner vor, dass der Auftraggeber sich vor Beginn der Datenverarbeitung und sodann regelmäßig von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen hat. Zu beachten ist, dass nach § 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG die Pflicht zur Kontrolle der entsprechenden Maßnahme vor Beginn der Datenverarbeitung **bußgeldbewehrt** ist. Die regelmäßige Kontrollpflicht ist allerdings nicht bußgeldbewehrt. Insofern stellt sich hier die Frage, wie man die Phase vor Beginn der Datenverarbeitung von der regelmäßigen Überwachung abgrenzt. Zu beachten ist ferner, dass die Kontrollpflicht nicht zwangläufig dazu führt, dass der Auftraggeber vor Ort kontrollieren muss. Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 5 BDSG ist das Ergebnis der Kontrolle zu dokumentieren. Auf Grund der Tatsache, dass die Kontrollpflicht vor Beginn der Datenverarbeitung und dann regelmäßig einsetzt, besteht insofern auch eine korrespondierende kontinuierliche Dokumentationspflicht.

**b) Besonderheiten bei Geheimnisträgern**

Nach § 203 StGB macht sich strafbar, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart, das ihm aufgrund besonderer Verschwiegenheitspflichten bekannt geworden ist. Zu den
Geheimnissen zählen alle Daten, aus denen heraus eine geheimnisgeschützte Person rekonstruiert werden kann.\textsuperscript{1907} Von dieser scharfen Vorschrift sind umfasst:

\begin{itemize}
\item Rechtsanwälte und Ärzte (insbesondere im Hinblick auf die Fernwartung),\textsuperscript{1908}
\item Versicherungsunternehmen im medizinischen Bereich (Kranken-/Lebensversicherung).
\end{itemize}

Zu den in § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB der Geheimhaltung unterworfenen Personen gehören nicht nur die Angestellten eines Versicherungsunternehmens, sondern auch von diesem beauftragte selbstständige Versicherungsvermittler. Ein solcher, der von einem Personenversicherer mit der Gewinnung und Betreuung von Kunden betraut wurde, erfährt alle persönlichen Daten des (künftigen) Versicherungsnehmers, die für den Abschluss oder die Durchführung eines Vertrages erforderlich sind oder üblicherweise abgefragt werden. Daher muss er der gleichen Geheimhaltungspflicht unterliegen, wie der Versicherer selbst.\textsuperscript{1909} Ein Versuch, gegen § 203 StGB Forderungen etwa aus einem Zahnarztvertrag abzutreten, führt zur Nichtigkeit des Abtretungsvertrages nach § 134 BGB.\textsuperscript{1910} Ein Berufsgeheimnisträger verletzt allerdings dann nicht seine Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses, wenn er nach Aufforderung durch die Außenprüfung (§ 147 Abs. 6 Satz 2 AO) seine Finanz-, Anlagen- und Lohnbuchhaltung sowie Berechnung von Rückstellungen und Wertberichtigungen und Fakturierung auf einem maschinell verwertbaren Datenträger zur Verfügung stellt.\textsuperscript{1911}

§ 203 StGB kommt entgegen seinem Wortlaut nicht mehr auf öffentlich-rechtliche Kreditinstitute zur Anwendung. Nach Auffassung des BGH\textsuperscript{1912} ist z.B. eine Sparkasse zur Abtretung der Darlehensforderung befugt, weil der Abtretung weder das Bankgeheimnis noch die genannte Strafvorschrift entgegenstehen. In Bezug auf einen Verstoß gegen das Bankgeheimnis hat der Senat seine Grundsatzentscheidung vom 27. Februar 2007\textsuperscript{1913} bestätigt, dass die Wirksamkeit der Forderungs-

\textsuperscript{1907} LG Schweinfurt, Urt. v. 4.12.2012 – 11 O 162/11.
\textsuperscript{1909} BGH, Urt. v. 10.2.2010 – VIII ZR 53/09.
\textsuperscript{1911} BFH, Urt. v. 28.10.2009 – VIII R 78/05.
\textsuperscript{1912} BGH, Urt. v. 27.10.2009 – XI ZR 225/08, MDR 2010, 221; siehe auch OLG Schleswig, Urt. v. 18.10.2007 – 5 U 19/07. Hiernach soll die Einbindung von Sparkassen in § 203 StGB dem Grundsatz des verfassungsrechtlichen widersprechen.
\textsuperscript{1913} BGH, Urt. v. 27.2.2007 – XI ZR 195/05, BGHZ 171, 180. = MDR 2007, 786.

In Fällen des § 203 StGB ist Outsourcing folglich nur mit **Einwilligung des Kunden** zulässig.\(^{1914}\) Eine Lösung wäre, das Personal des Tochterunternehmens als berufsmäßig tätige Gehilfen i.S.v. § 203 Abs. 3 StGB anzusehen.\(^{1915}\) Dies setzt voraus, dass die Muttergesellschaft Einfluss darauf hat, wer im konkreten Fall die Datenverarbeitung durchführt. Hier bedarf es entsprechender Regelungen im Rahmenvertrag über die entsprechende Datenverarbeitung. Mutter- und Tochtergesellschaft sollten sich darauf einigen, dass die eingesetzten Techniker konkret benannt und den Weisungen der Muttergesellschaft unterstellt werden. Wenn entsprechende Mitarbeiter funktional zum Personal der Muttergesellschaft gehören, sind sie als Gehilfen i.S.v. § 203 Abs. 3 StGB anzusehen.\(^{1916}\) Diese Perspektive hätte allerdings unter Umständen den Nachteil, dass das Fremdpersonal nach Gesichtspunkten des Arbeitnehmerüberlassungsrechts zu Arbeitnehmern der Muttergesellschaft werden würde.

Eine Lösung zeichnet sich über die Auftragsdatenverarbeitung ab. Der **BGH**\(^ {1917}\) hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Übermittlung von Verkehrsdaten vom Diensteanbieter an den Zessionar einer Entgeltforderung für Telekommunikationsleistungen wirklich gegen das Telekommunikationsgeheimnis verstoße, wenn der zum Zweck des Einzugs rückbelasteter Forderungen erfolgten Abtretung außer der allgemeinen Verpflichtung auf das Fernmeldegeheimnis und den Datenschutz zu den jeweils geltenden gesetzlichen Regelungen eine scharfe Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung zugrunde liege. Der EuGH hat inzwischen eine Abtretung von Forderungen als kompatibel mit dem Telekommunikationsgeheimnis angesehen.\(^ {1918}\) Allerdings müsse der Zessionar auf Weisung des Diensteanbieters und unter dessen Kontrolle handeln und sich hierbei auf diejenigen Verkehrsdaten beschränken, die für die Einziehung der Forderung erforderlich sind. Der zwischen dem Zessionar und dem Diensteanbieter geschlossene Vertrag müsse insbesondere Bestimmungen


\(^{1915}\) In diesem Sinne etwa Heghmanns/Niehaus, Wistra 2008, 161.


enhalten, die die rechtmäßige Verarbeitung der Verkehrsdaten durch den Zessionar gewährleisten
und es dem Diensteanbieter ermöglichen, sich jederzeit von der Einhaltung dieser Bestimmungen
durch den Zessionar zu überzeugen. Umstritten ist, ob diese telekommunikationsrechtliche Rechts-
 sprechung auf andere Bereiche des Geheimnisschutzes, etwa nach § 203 StGB, übertragen werden
kann.

4. Data Mining und Data Warehouse

Literatur:

Bull, Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese?,
NJV 2006, 1617; Büellesbach, Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining, CR 2000, 11;
Dittrich/Vavouras, Data Warehousing aus technischer Sicht, digma 2001, 116; Flemming, Unzu-
lässiger Handel mit Persönlichkeitsprofilen? – Erstellung und Vermarktung kommerzieller Da-
tenbanken mit Personenbezug, MMR 2006, 718; Gola/Schomerus, BDSG, Kommentar, 10. Aufl.
2010; Imhof, One-to-One-Marketing im Internet – Das TDDSG als Marketinghindernis, CR
2000, 110; Möncke, Data Warehouses – eine Herausforderung für den Datenschutz?, DuD 1998,
561; Schweizer, Data Mining – ein rechtliches Minenfeld, dogma 2001, 108; Taeger, Daten-
schutz im Versandhandel – Übermittlung von Kundedaten mit positivem Bonitätswert, BB 2007,
785; Taeger, Kundenprofile im Internet, K&R 2003, 220.

Gerade in Bezug auf das Internet wird von vielen die besondere Transparenz des Kunden und seiner
persönlichen Verhältnisse gelobt. Log-In-Dateien und die Abfragemöglichkeiten dank technischer
Tools im Internet erlauben es sehr schnell, Persönlichkeitsprofile einzelner Kunden zu erstellen.
Dies wird in der Internet-Industrie als Vorteil zu Gunsten des Kunden gesehen und als sog.
„Customisation“ angepriesen. Die Sammlung und Auswertung der Daten erfolgt mit den Mitteln
des Data Mining und Data Warehouse.1919

Aus datenschutzrechtlicher Sicht stellt sich ein solches Modell jedoch als äußerst fragwürdig dar.
Das Datenschutzrecht stellt auf den Grundsatz der Zweckbindung ab. Daten dürfen abseits einer
Einwilligung des Betroffenen nur für konkrete Zwecke insbesondere für die Durchführung und
Abwicklung eines Vertrages mit dem Kunden genutzt werden (§ 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG). Hierzu
kommt der im BDSG integrierte Grundsatz der Datenvermeidung, der es gebietet, so weit wie mög-
l ich auf die Erhebung personenbezogener Daten zu verzichten. Eine Datensammlung auf Vorrat ist
mit dem Grundkonzept des deutschen Datenschutzrechts nicht vereinbar. Daraus folgt zwingend,
dass die Errichtung von allgemeinen Datenpools aus verschiedensten Quellen nicht den Vorgaben
des BDSG entsprechen kann. Data Mining ist insofern verboten. Wer solche Verfahren einsetzen

1919 Gola/Schomerus, § 28 Rn. 11.
will, muss sich die Einwilligung des Betroffenen holen. Dabei kann er auch nicht auf die Alternative strategie verfallen, durch eine Pauschaleinwilligung jedwedes Data Mining abzusegnen. Nach § 4a Abs. 1 BDSG muss dem Betroffenen in der Einwilligung der vorgesehene Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung deutlich gemacht worden sein. Es empfiehlt sich also, den konkreten Umfang des geplanten Data Mining-Konzepts von vornherein mit dem Kunden zum Thema der Geschäftsbeziehungen zu machen.

5. Grenzüberschreitender Datenaustausch

Literatur:


Der grenzüberschreitende Datentransfer stellt eines der zentralsten Probleme des Datenschutzrechtes dar: Im Zeitalter umfassender Vernetzung ist es technisch mühelos möglich, dass ein deutsches Unternehmen Daten, die in einem italienischen Rechenzentrum gespeichert sind, ohne zeitliche Verzögerung abruft und nutzt.\(^{1920}\) Diese Möglichkeit kann von Unternehmen ausgenutzt werden, um nationale Datenschutzgesetze zu umgehen. Will sich ein Unternehmen nicht dem nationalen Datenschutzgesetz und den damit verbundenen staatlichen Kontrollen unterwerfen, wickelt es alle EDV-Dienstleistungen über das Ausland ab. Alle wichtigen personenbezogenen Daten (insbesondere von Arbeitnehmern)\(^ {1921}\) werden in einem ausländischen Rechenzentrum gespeichert und dort bei Bedarf abgerufen; dadurch sind sie grundsätzlich nicht dem unerwünschten nationalen Recht unterworfen. Das BDSG in seiner ersten Fassung kannte diese Möglichkeit noch nicht und ging deshalb darauf nicht ein.


In jüngster Zeit drohte der grenzüberschreitende Datenaustausch zu einer großen Gefahr für die Entwicklung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes zu werden. Derzeit besitzen zwar fast alle EU-Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften zum Datenschutz. Struktur und praktische Durchsetzung der Bestimmungen unterschieden sich ursprünglich jedoch fundamental. Damit entstand aber die Gefahr, dass sich besondere „Datenoasen“ herausbildeten: Unternehmen hätten gefahrlos ihre Daten in Italien oder Spanien verarbeiten lassen können, um dem rigiden Datenschutz deutscher oder englischer Provenienz zu entgehen.\footnote{1922}

Zum sog. Transborder Data Flow (TBDF) sehen die \textbf{EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG} und das \textbf{BDSG} nunmehr klare Regeln vor. Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG (in Umsetzung von Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie) können personenbezogene Daten in Drittstaaten (d.h. Staaten, die nicht EU-Mitglied sind) nur bei \textbf{Vorliegen eines „angemessenen Schutzniveaus“} übermittelt werden. Wann ein solches Schutzniveau vorliegt, ist jedoch weiterhin nicht geklärt.\footnote{1923} § 4b Abs. 3 BDSG besagt (in Umsetzung von Art. 25 Abs. 2 EU-Richtlinie) lediglich, dass die Angemessenheit des Schutzniveaus „unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt“ wird. Maßgeblich sollen insbesondere die Art der Daten, die Dauer der Datenverarbeitung, sowie „die in dem betreffenden Drittland geltenden allgemeinen oder sektoriellen Rechtsnormen sowie die dort geltenden Staatsregeln und Sicherheitsmaßnahmen“ sein. Die EU-Kommission kann in einem formellen Verfahren feststellen, ob ein Drittland das für eine Datenübermittlung erforderliche Schutzniveau gewährleistet (Art. 25 Abs. 4 ff., Art. 31 Abs. 2 EU-Richtlinie).\footnote{1924}

Zu beachten ist allerdings, dass nach einer \textbf{Entscheidung des EuGH}\footnote{1925} die \textbf{Bereitstellung von Daten auf einer Homepage} nicht unter den Übermittlungsbegriff der EU-Datenschutzrichtlinie fällt und somit nicht als grenzüberschreitender Datenaustausch qualifiziert werden kann. Die schwedische Katechetin Lindquist hatte auf einer privaten Webseite „in leicht humoriger Weise“\footnote{1926} mit ihr gemeinsam in der Kirchengemeinde tätige Personen dargestellt, ohne die Zustimmung der betroffenen Personen eingeholt zu haben. Unter den verbreiteten Informationen befanden sich auch sog. sensible Daten. Daraufhin wurde ein Strafverfahren gegen sie eingeleitet und infolge dessen der \textit{EuGH} angerufen. Dieser sah in den zur Verfügung gestellten Daten zwar personenbezogene

\begin{footnotes}
\item[1922] Siehe hierzu auch \textit{Hoeren}, MMR 1998, 297.
\item[1924] Vgl. hierzu den Streit zwischen der EU und den USA über die sog. „Safe Harbour“-Prinzipien, online abrufbar unter http://www.export.gov/safeharbor (zuletzt abgerufen am 18.0.2014)
\end{footnotes}
Daten i.S.d. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG. Es liege bei deren Einspeisung in das Internet jedoch keine Übermittlung von Daten in ein Drittland i.S.v. Art. 25 der Richtlinie 95/46/EG vor.


Auf dieser Rechtsgrundlage basieren die komplexen **Verhandlungen zwischen den USA und der Europäischen Kommission** über die Verabschiedung von Sonderlösungen. Die USA verfügen...


In den USA ansässige Unternehmen müssen bei einem drohenden oder bereits anhängigen Rechtsstreit oder einem behördlichem Verfahren elektronisch gespeicherte Dokumente (E-Mails, PDF-Dateien, Tabellenkalkulationen, elektronische Anrufbeantworter, elektronisch gespeicherte Fotos)

---


Daneben gibt es im amerikanischen Zivilprozessrecht die sog. Pre-Trial Discovery, in deren Rahmen die Parteien für die Rechtsverfolgung sachdienliche Informationen von der gegnerischen Partei anfordern können. Gem. Regel 34 FRCP werden auch elektronisch gespeicherte Informationen von diesem Recht umfasst.


Unternehmen, deren personenbezogene Daten dem deutschen Datenschutzrecht unterliegen (§ 1 Abs. 5 BDSG), sind daher dazu verpflichtet, die sich aus der eDiscovery ergebenden Anforderungen in mehrfacher Hinsicht auf Vereinbarkeit mit dem deutschen Datenschutz- und Arbeitsrecht zu prüfen. Diesbezüglich ergeben sich vor allem Probleme in der Zulässigkeit der Datenspeicherung, -durchsuchung und -übermittlung. Nach dem BDSG ist eine unbegrenzte Speicherung von personenbezogenen Daten ohne konkreten oder rechtlich anerkannten Grund gem. §§ 4 Abs. 1, 28 BDSG unzulässig. Einen solchen könnte jedoch das Gebot des „Litigation Freeze“ darstellen, wonach be-

1938 Dazu ausführlich Spies, USA: Europäischer Datenschutz steht Electronic Discovery nicht entgegen, MMR 3/2008, XVIII.

Um einen möglichen Interessensausgleich zu schaffen, müssen jede verantwortliche Stelle und die betreffenden Parteien selbst versuchen, möglichst großen Einklang zwischen beiden in Konflikt

---

1940 Dazu ausführlicher Spies/Schröder, Auswirkungen der elektronischen Beweiserhebung in den USA auf deutsche Unternehmen, MMR 2008, 278.

1941 Hierfür spricht, dass die Anzahl der später ggf. in die USA übermittelten Daten auf das nach US-Recht erforderliche Minimum reduziert wird, so Spies/Schröder, MMR 2008, 279.


zueinander stehenden Rechtsordnungen herzustellen.\textsuperscript{1944} Nichtsdestotrotz besteht weiterhin große Unsicherheit, entweder gegen das US-Recht oder gegen das deutsche Datenschutzrecht zu verstoßen.

### 6. Datennutzung in der Insolvenz


\textsuperscript{1945} Siehe die Notiz in MMR 2001, XVI.


\textsuperscript{1949} Nicht allerdings bei Zahnlabors, \textit{OLG Koblenz}, OLGR Koblenz 2002, 66.
den Daten zukommen soll. Freie Daten, wie Namen und Anschrift der Betroffenen, haben keinen hohen kommerziellen Wert im Gegensatz zu detaillierten Kundenprofilen. Soweit vorgenannten Daten kein wesentlicher Wert zukommt, verhält es sich naturgemäß bei noch ausstehenden Honorarforderungen im Falle der Insolvenz grundlegend anders. Soweit der Insolvenzverwalter derartige Forderungen in die Masse einbringen will, muss der Datenschutz zurücktreten. So hat beispielsweise der BGH entschieden, dass für noch ausstehende Honorarforderungen eines insolventen Arztes von Privatpatienten die in § 203 Abs. 1 StGB verankerte ärztliche Verschwiegenheitspflicht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Patienten dem Recht des Insolvenzverwalters auf Herausgabe der entsprechenden Daten nicht entgegenstehen.\textsuperscript{1950}

Siebtes Kapitel: Haftung von Online-Diensten

Literatur:


I. Kollisionsrechtliche Vorfragen
Zunächst ist im Rahmen der Haftung vor allem fraglich, welche kollisionsrechtlichen Vorgaben über die Anwendbarkeit deliktsrechtlicher Vorschriften entscheiden. Maßgebend ist in diesem Zusammenhang insbesondere Art. 4 Rom II-VO. Diese zentrale Kollisionsnorm des Internationalen Deliktsrechts weicht dabei erheblich vom bisherigen deutschen IPR ab. Denn sie stellt nunmehr grundsätzlich auf den Ort des (u.U. drohenden) Schadenseintritts, also den Erfolgsort (lex loci damni), anstatt des gem. Art. 40 Abs. 1 EGBGB vorher grundsätzlich geltenden Rechts des Handlungsorts (lex loci delicti commissi), ab. Zu solchen Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zählen dabei neben den allgemeinen deliktischen Schadensersatzansprüchen auch Unterlassungsansprüche (Art. 2 Abs. 2 Rom II-VO), sowie wettbewerbsrechtliche, urheberrechtliche und markenrechtliche Ansprüche.

Die Anknüpfung an das Recht des Erfolgsorts wird allerdings in bestimmten Fällen aufgelockert, wenn sie zufällig, gezwungen oder unangemessen erscheint, weil aufgrund besonderer Umstände die Anwendung einer anderen Rechtsordnung angemessen ist. Demzufolge sieht Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO vor, dass wenn Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Land haben, dieses Recht (lex domicili communis) und nicht das Recht des Erfolgsorts Anwendung findet.

Auch kann der Handlungsort i.R.d. Art. 17 Rom II-VO in angemessener Weise dadurch berücksichtigt werden, dass die Sicherheits- und Verhaltensregeln des Staates, in dem die schädigende

---

1952 Palandt/Thorn, BGB, Art. 4 Rom II-VO, Rz. 1; jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 4 Rom II-VO Rz. 2.
1953 Vgl. Palandt/Thorn, BGB, Art. 2 Rom II-VO (IPR) Rz. 3.
1954 Art. 6 ROM II-VO.
1955 Art. 8 Rom II-VO.
1957 jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 4 Rom II-VO Rz. 2.

Ähnliches gilt für das Strafrecht. Entscheidend ist hier nach § 9 StGB, ob der zum Tatbestand gehörende Erfolg i.S.v. § 9 StGB in Deutschland eingetreten ist, unabhängig vom Wohnsitz des Angeklagten. Da ausländische Server auch im Inland zugänglich sind, hat der BGH einen Australier wegen Volksverhetzung verurteilt, der von Adelaide aus NS-Theorien über das Internet verbreitete.1959

II. Das Telemediengesetz (TMG)


Die Privilegierungen gelten jedoch nur für Schadensersatzansprüche und nicht für Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen, § 7 Abs. 2 S. 2 TMG. Die Inanspruchnahme auf Unterlassung und Beseitigung einer Rechtsverletzung ist also weiterhin möglich. Hier findet insbesondere die Störerhaftung Einlass in die Providerhaftung. Als Störer haftet, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat. Um diese Haf-

1958 Siehe Erwägungsgrund 34 der Rom II-VO.
tung jedoch nicht über Gebühr auf unbeteiligte Dritte zu erstrecken, wird vorausgesetzt, dass technisch mögliche, rechtliche zulässige und zumutbare Prüpflichten verletzt wurden.

Im TMG werden vier Angebote von Dienstanbietern genannt. § 7 TMG erfasst Dienstanbieter, die eigene Informationen zur Nutzung bereithalten, § 8 TMG Dienstanbieter, die fremde Informationen übermitteln oder den Zugang zu ihrer Nutzung vermitteln. Einen Unterfall dieser Dienstanbieter stellen diejenigen dar, die gem. § 9 TMG fremde Informationen automatisch und zeitlich begrenzt zwischenspeichern, um die Übermittlung der fremden Informationen effizienter zu gestalten. Schließlich behandelt § 10 TMG Dienstanbieter, die fremde Informationen für den Nutzer speichern. Das Gesetz unterscheidet damit zwischen drei verschiedenen Providern: dem Content-Provider (§ 7 Abs. 1 TMG), dem Access-Provider (§§ 8, 9 TMG) und dem Host-Provider (§ 10 TMG).

1. Der Content-Provider
Der Content-Provider, also derjenige, der eigene Informationen zur Nutzung bereithält, ist ein Informationslieferant. Bietet er eine Homepage im Internet an, muss er für deren Inhalt einstehen. § 7 Abs. 1 TMG verweist deklaratorisch auf die Verantwortlichkeit nach den „allgemeinen Gesetzen“. Eigene Informationen sind eigens eingestellte oder sich zu eigen gemachte Informationen.

Der BGH hat den Bereich des Content Providing und die damit verknüpfte Haftung noch weiter ausgedehnt. Nach seiner Ansicht\textsuperscript{1963} haftet auch ein Portalbetreiber für Inhalte Dritter, wenn er nach außen sichtbar die inhaltliche Verantwortung für die Fremdinhalte übernommen hat. Für eine solche Haftung spreche auch, dass der Portalbetreiber die auf seiner Plattform erscheinenden Inhalte inhaltlich kontrolliere, die Inhalte mit seinem Emblem versehe und das Einverständnis der Nutzer einhole, dass er alle zur Verfügung gestellten Inhalte beliebig vervielfältigen und an Dritte weitergeben darf.\textsuperscript{1964} Auch solche Inhalte, die zwar von einem Nutzer erstellt dann aber von einem Mitarbeiter des Betreibers einer Webseite auf dieser eingestellt werden, sind nach Meinung des BGH eigene Inhalte des Websitebetreibers, für die dieser voll verantwortlich ist.\textsuperscript{1965} Dies ergebe sich durch Auslegung des Privilegierung des § 10 TMG unter Berücksichtigung der durch das TMG umgesetzten Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG). Fremde Informationen können danach nur solche sein, die durch den Nutzer selbst eingestellt wurden. Eine darüber hinausgehende Auslegung sei mit der Richtlinie nicht zu vereinbaren. Im Falle von Affiliate-Merchant-Systemen hat der BGH\textsuperscript{1966} eine Beauftragtenhaftung bejaht. Entscheidend für eine solch weite Haftung sei, dass der Werbepartner in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert sei, dass der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zugute komme und der Betriebsinhaber einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des beauftragten Unternehmens habe, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt.

Im Folgenden sollen einige Überlegungen zur allgemeinen Haftung von Content-Providern vorgestellt werden.

\textbf{a) Vertragliche Haftung}

Für die vertragliche Haftung kann auf die \textit{allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts} zurückgegriffen werden, die neben der Sachmängelhaftung auch eine Haftung wegen Pflichtverletzung vorsehen.

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
  \item \textsuperscript{1964} Ähnlich auch \textit{KG}, Beschl. v. 7.10.2010 – 9 W 119/08.
  \item \textsuperscript{1965} \textit{BGH}, Urteil v. 4.7.2013 - I ZR 39/12 = MMR 2014, 121, 122.
\end{itemize}
\end{footnotesize}


Hinsichtlich der **vertraglichen Haftung** kommt eine Beschränkung der Haftung – etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen – von vornherein kaum in Betracht. Das BGB verbietet jeglichen Ausschluss sowie jegliche Beschränkung der Haftung für arglistiges Verhalten und Beschaffenheitsgarantien (§ 444 BGB), für die Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7 Buchst. a BGB) sowie vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten (§ 309 Nr. 7 Buchst. b BGB). Zusätzlich hat die Rechtsprechung aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB abgeleitet, dass auch für mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Lieferanten die Haftung nicht ausgeschlossen werden dürfte, sofern es um die Verletzung vertrags wesentlicher Kardinalpflichten gehe.1970

---

Unwirksam sind daher folgende Vertragsbestimmungen:

- „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen.“ \[1971\]
- „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet.“ \[1972\]
- „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn“. \[1973\]
- „Wir haften für Schäden (…) bis zur Höhe von … Euro.“ \[1974\]
- „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus.“ \[1975\]
- „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus.“ \[1976\]

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:


Fraglich ist allerdings, ob es wirklich noch sinnvoll und mit dem AGB-rechtlichen Transparenzgebiet (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) vereinbar ist, eine solche Klausel in ein Vertragswerk aufzunehmen. Denn schließlich muss der Lieferant für alle wichtigen Pflichtverletzungen und Leistungsstörungen aufkommen und kann die Haftung insoweit auch nicht ausschließen. Letztendlich schuldet der Content Provider daher im Rahmen von entgeltlichen Infodiensten vollständige und richtige Informationen, ohne dass er seine Haftung ausschließen könnte.

\[1971\] Ähnlich die US-Disclaimers: „Limitation of Liability: You expressly understand and agree that Yahoo shall not be liable for any direct, indirect, incidental, special, consequential or exemplary damages, including but not limited to, damages for loss or profits, goodwill, use, data or other intangible losses, resulting from the use or the inability to use the service…“.


Wichtig ist die vertragliche Haftung auch im Hinblick auf **IT-Sicherheit**. Als Teil vertraglicher Nebenpflichten ist der Anbieter verpflichtet, einen Mindeststandard zum Schutz seiner Kunden vor Phishing, Hackern und Viren vorzusehen. So soll z.B. eBay gegenüber den Nutzern verpflichtet sein, Sicherheitsmaßnahmen gegen den Identitätsklau vorzunehmen, insbesondere nach Kenntnis eines Missbrauchsfall sich ein zusätzliches Kontrollverfahren bei einer erneuten Anmeldung unter denselben Kontaktdaten vorzunehmen.\(^{1977}\)

**b) Deliktliche Haftung**

Zu beachten ist hier die Haftung für die **Rechtmäßigkeit des Inhalts** (etwa in Bezug auf Urheberrechtsverletzungen) und für die **Richtigkeit des Inhalts**.

Für die **Rechtmäßigkeit des Inhalts** gelten die spezialgesetzlichen Haftungsbestimmungen, etwa:

- § 97 UrhG für Urheberrechtsverletzungen
- §§ 14, 15 MarkenG für Domainfragen
- § 7 BDSG für Datenschutzverstöße oder
- §§ 3, 5 UWG für rechtswidrige Marketingmaßnahmen im Internet.

Hier treffen den Content Provider sehr hohe Sorgfaltspflichten. Er kann sich z.B. nicht darauf verlassen, dass der Rechteinhaber mit dem Bereitstellen seiner Software im Internet einverstanden ist. Er muss vielmehr prüfen, ob der Berechtigte das Programm zur öffentlichen Zugänglichmachung freigegeben hat.\(^{1978}\)

Für **falsche Inhalte** bei Content-Providern kommt eine Haftung nach Maßgabe des Produkthaftungsgesetzes oder im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Insbesondere könnte die „Börssendienst“-Rechtsprechung zur Haftung des Verlegers bei Printmedien herangezogen werden.\(^{1979}\)

Allerdings ist dieser Fall dadurch gekennzeichnet, dass ein abonnementähnlicher Dauervertrag zwischen Herausgeber und Kunden bestand, der auch durch Beratungselemente geprägt war.\(^{1980}\)

Von daher kann diese Entscheidung nur für das Verhältnis eines Users zu einem entgeltlichen Online-Informationsdienst herangezogen werden.

---


Wichtig sind hier **deutliche Warnhinweise** auf der Homepage:

„Wir übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der auf der Homepage befindlichen Informationen.“

Zu beachten ist ferner, dass der Content Provider sich nach vollständiger Löschung/Korrektur seiner Seite darauf verlassen kann, dass die Suchmaschinen ihre Datenbanken regelmäßig aktualisieren. Er muss also nicht prüfen, ob die streitgegenständliche Seite noch über längere Zeit bei Suchmaschinenbetreibern vorhanden ist.\(^{1981}\) Er muss aber dafür Sorge tragen, dass die Homepage tatsächlich geändert wird; die bloße Entfernung des Links reicht nicht.\(^1982\)

2. **Der Access-Provider**

Beim Access-Provider greifen §§ 8, 9 TMG ein. Hiernach ist der Diensteanbieter für die Durchleitung von Informationen von der Schadensersatzhaftung freigestellt. Eine Durchleitung liegt aber nur vor, wenn es um die Weiterleitung von Nutzerinformationen oder um die Zugangsvermittlung zu einem Kommunikationsnetz geht. Die Übermittlung darf nicht vom Diensteanbieter selbst veranstaltet worden sein; nur passive, automatische Verfahren sind privilegiert (Erwägungsgrund 42 der Richtlinie). Sonderbestimmungen für das Caching regelt § 9 TMG.


---

1986 EuGH, Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12 (UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH ua) = NJW 2014, 1577.
sich aus der RL 2001/29, den EU-Grundrechten und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegeben, eingehalten werden. So dürften vom Adressaten keine untragbaren Opfer verlangt werden, was jedenfalls dann nicht der Fall ist, wenn er sich, durch den Nachweis alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen zu haben, von der Haftung befreien kann. Folgerichtig muss ihm weiter die Möglichkeit gegeben sein, diese Befreiung im Rechtsweg durchzusetzen. Aus Sicht der betroffenen Nutzer muss eine Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle für die Frage bestehen, ob die vom Provider gewählten Maßnahmen streng zielorientiert sind und der Zugang zu rechtmäßigen Inhalten nicht beeinträchtigt wird, da ansonsten ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Informationsfreiheit der Nutzer vorliegt.


---

1987 EuGH, Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12, Rn. 53 = NJW 2014, 1577, 1579.
1988 EuGH, Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12, Rn. 54 = NJW 2014, 1577, 1580.
1989 EuGH, Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12, Rn. 56-57 = NJW 2014, 1577, 1580.
1990 EuGH, Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12, Rn. 59-63 = NJW 2014, 1577, 1580.
3. Der Host-Provider

Schwieriger ist die Rechtslage bei fremden Inhalten, die Provider zur Nutzung bereithalten, also speichern (sog. Host-Providing). Nach § 10 TMG sind Diensteanbieter für fremde Informationen, welche sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird (Nr. 1) oder sofern sie bei Kenntnisserlangung unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren (Nr. 2). Entscheidend ist das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale „Kenntnis“ und „offensichtliche Rechtswidrigkeit“. Der Anspruchsteller trägt die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Kenntnis.\textsuperscript{1991} Damit soll die Haftung der Host-Provider auf Vorsatzstraftaten und -delikte beschränkt werden. Fraglich ist dabei aber, wann von einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit ausgegangen werden kann. Rechtsverletzungen rund um Werbung und Allgemeine Geschäftsbedingungen sollen nach Auffassung des öOGH\textsuperscript{1992} bei Weitem das übersteigen, was für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig als rechtswidrig erkennbar ist. Host-Provider können daher mit wettbewerbserrechtlichen Unterlassungsansprüchen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn Rechtsverletzungen durch ihre Kunden für juristische Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind.

Soweit Inhalte von einem Dritten hochgeladen wurden ist unter besonderen Umständen lediglich eine Verantwortlichkeit als Gehilfe denkbar. Eine solche Haftung setzt laut BGH jedoch Gehilfenvorsatz voraus, welcher lediglich im Fall von konkreten Feststellungen über eine hinreichende Kenntnis von den im Streitfall konkret als rechtsverletzend beanstandeten Angeboten bejaht werden kann.\textsuperscript{1993} Diese Gehilfenhaftung kommt nach dem OLG Hamburg dann in Betracht, wenn ein Host-Provider mehrfach davon in Kenntnis gesetzt wird, dass über seine URL unzulässige Inhalte abrufbar sind und er darauf dennoch nicht reagiert bzw. jedenfalls die betroffenen Inhalte nicht entfernt.\textsuperscript{1994} Dabei sei allerdings nicht jede Verzögerung Anlass für eine Gehilfenhaftung und eine starre Abgrenzung, ab wann dies der Fall ist, nicht möglich. Es kommt vielmehr im Einzelfall darauf

\textsuperscript{1992} öOGH, Urt. v. 6.7.2004 – 4 Ob 66/04s („megasex.at“), MMR 2004, 807.
\textsuperscript{1993} BGH, Beschl. v. 10.5.2012 – I ZR 57/09, MMR 2012, 815.
\textsuperscript{1994} OLG Hamburg, Beschl. v. 13.5.2013 - 5 W 41/13, MMR 2013, 533 = ZUM-RD 2013, 533
an, ob Gehilfenvorsatz des Host-Providers glaubhaft gemacht werden kann. Darüber hinaus bleibt nur die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der Störerhaftung bestehen.


Diesbezüglich hat der BGH in der Folge ein dem Notice-and-Take-Down-Verfahren vergleichbares, neues Haftungsmodell für Hostprovider bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch fremde Inhalte geschaffen.\(^{1999}\) Der Beklagte hatte die technische Infrastruktur für einen Blog zur Verfügung gestellt, auf dem Tatsachen behauptet wurden, die der Kläger für unwahr und ehrührig hielt. Das Gericht hat dann für eine Störerhaftung auf Unterlassen die Verletzung an folgende Voraussetzungen geknüpft:

Der Hinweis über die rechtswidrigen Inhalte müsse so konkret sein, dass der Rechtsverstoß auf dessen Grundlage unschwer bejaht werden kann, das heißt ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung. Dieser Hinweis müsse dann an den für den Inhalt Verantwortlichen mit Aufforderung zur Stellungnahme weitergeleitet werden. Bleibe eine Stellungnahme aus, sei der Eintrag zu lös-


\(^{1999}\) BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10; GRUR 2012, 201 = MDR 2012, 111.

Der BGH hielt fest, dass einen Host-Provider über das Normalmaß hinausgehende Prüfpflichten treffen, wenn bei dem angebotenen Dienst eine erhöhte Gefahrengeneigung besteht. Diese soll nach Ansicht des BGH vorliegen, wenn ein Geschäftsmodell von vornherein auf Rechtsverletzungen durch die Nutzer angelegt ist oder der Gewerbetreibende durch eigene Maßnahmen die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung fördert.


Die Attraktivität des Dienstes werde dabei vor allem durch das Bereithalten urheberrechtswidriger Inhalte durch Nutzer gesteigert. Eine weitere Attraktivitätssteigerung liege durch den Umstand vor, dass der Host-Provider den Nutzern die Möglichkeit zur anonymen Nutzung des Dienstes einräumte. In diesen Umständen liege eine Förderung des Gefahreneintritts durch eigene Maßnahmen, der die Auferlegung weitergehender Prüfpflichten rechtfertige. Diese bestünden im vorliegenden Fall darin, die Linksammlungen, die die Nutzer einsehen können, auf urheberrechtswidrige Inhalte der Klägerin zu durchsuchen. Insbesondere sei ein gezieltes Durchsuchen nach weiteren Links, die den Werkstitel vollständig oder in einem Umfang enthalten, der darauf schließen lässt, dass das betreffende Werk zugänglich gemacht wird, wobei auch die verbale Beschreibung im Begleittext in die Überprüfung einzubeziehen sei, zumutbar.

---


§ 10 TMG stellt für das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf grobe Rechtsverstöße ab. Die bloße Tatsache, dass ein Rechenzentrumsmitarbeiter eine Newsgroup gesichtet hat, bedeutet ja noch nicht, dass er deren Inhalt richtig, d.h. als Rechtsverstoß, bewerten kann. Zumindest für die zivilrechtliche Haftung schließt Vorsatz neben dem Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung auch das Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit des Angebots mit ein. Da diese Wertung gerade im fließenden E-Commerce-Recht schwierig zu ziehen ist, hat es der Gesetzgeber bei Schadensersatzansprüchen

2006 Falsch ist wohl die Auffassung von Alexander Tettenborn u.a., Beilage K&R 12/2001, 1 (32), wonach durch diese Formulierung eine Haftung für grob fahrlässige Unkenntnis eingeführt worden sei.

4. Haftung für Links

Literatur:


a) Überblick

Die haftungsrechtliche Einordnung von Hyperlinks2007 fällt schon allein deshalb schwer, da sich diese elektronischen Verweise weder einer der drei zuvor beschriebenen Gruppen des TMG zuord-

So betonte auch schon das AG Berlin-Tiergarten als erstes Gericht in Deutschland zutreffend, dass sich die Verantwortlichkeit des Link-Setzers nach der mit dem Link getroffenen Gesamtaussage richte. In dem Fall des vorgenannten Amtsgerichts ging es um die Abgeordnete Angela Marquardt, die einen Link auf einen niederländischen Server gesetzt hatte, auf dem sich die strafrechtlich verbotene Zeitschrift „Radikal“ befand. Der Generalbundesanwalt hatte die Bundestagsabgeordnete wegen Beihilfe zur Bildung einer terroristischen Vereinigung angeklagt und sah in dem Link auf die Zeitschrift den entscheidenden Unterstützungsbeitrag. Dieser Ansicht hat sich das Amtsgericht nicht angeschlossen. Strafrechtlich relevant sei nur eine konkrete Ausgabe der Zeitschrift „Radikal“ gewesen. Es hätten sich aber keine Feststellungen darüber treffen lassen, ob und vor allem wann die Angeklagte von der Einspeisung der rechtswidrigen Ausgabe Kenntnis erlangt habe. Die bloße Weiterexistenz des Links könne eine Strafbarkeit jedenfalls dann nicht begründen, wenn nicht positiv festgestellt werden könne, dass die Angeklagte den Link bewusst und gewollt in Kenntnis des Inhalts und der Existenz der Ausgabe weiter aufrechterhielt. Unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz könne an das Unterlassen einer regelmäßigen Überprüfung des eigenen Links allenfalls der Fahrlässigkeitsvorwurf erhoben werden, der hier allerdings nicht relevant sei. Das (kurze) Urteil des Amtsgerichts verweist auf die entscheidende Frage, welchen Aussagegehalt der Link haben kann. Solidarisiert sich jemand mit dem rechtswidrigen Inhalt eines anderen durch das Setzen eines Links, ist er so zu behandeln, als sei er ein Content-Provider. Folglich greift in diesem Fall keine Privilegierung, sondern es gilt der Grundgedanke des § 7 Abs. 1 TMG. Es besteht eine Haf-

---

2009 Siehe dazu etwa den Fall des OLG München, Urt. v. 6.7.2001 – 21 U 4864/00, ZUM 2001, 809; in dem zu Grunde liegenden Fall wurden Links mit Namensnennungen kombiniert, wobei der gelinkte Inhalt eine üble Nachrede i.S.d. § 186 StGB enthielt.
tung nach allgemeinen Grundsätzen: der Link-Setzer haftet für die gelinkten Inhalte so, als wären es seine eigenen.


b) Haftung für Hyperlinks

Das OLG Hamburg hat die Auffassung vertreten, dass die Schaltung eines Werbebanners nicht unter das TMG falle und auch das Haftungsregime der E-Commerce-Richtlinie nicht passe. Durch die mit dem Banner verbundene Werbung könne jedoch der Werbende als Mitstörer angesehen

2016 Siehe dazu auch unter www.linksandlaw.de.
werden, selbst wenn das beworbene Internetangebot vom Ausland aus betrieben werde. Diese Regeln seien nicht nur für Banner, sondern auch für (manuell gesetzte) Links einschlägig.


Für andere Bereiche gilt dagegen grundsätzlich eine nicht privilegierte Linkhaftung. Wer also mittels Werbebanner auf die Seiten anderer Unternehmen verlinkt, soll nach Auffassung des OLG Hamburg\textsuperscript{2020} als wettbewerbsrechtlicher Mitstörer für die Rechtswidrigkeit der verlinkten Inhalte verantwortlich sein. Dies gilt zumindest dann, wenn das linksetzende Unternehmen damit wirbt, vor Schaltung eines Links die beworbene Seite auf Rechtsverletzungen zu prüfen. Das LG Berlin\textsuperscript{2021} hat der Betreiberin eines Webportals untersagt, mittels eines Links im geschäftlichen Verkehr urheber-


c) Suchdienste


---


2028 So im Ergebnis auch LG Frankenthal, Urt. v. 16.5.2006 – 6 O 541/05, CR 2006, 698, das die Entscheidung von einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Urhebers, eine Veröffentlichung ohne seine Einwilligung unterbinden zu können und dem Interesse des Suchmaschinenbetreibers an der Aufrechterhaltung seiner Suchmaschine abhängig machen will.
entfernten oder den Zugang zu ihnen zu sperren. Wegen der enormen Datenmassen, die von Suchdiensten verwaltet werden, ist jedoch nur dann eine ausreichende Kenntnis und damit eine Haftung zu bejahen, wenn der betreffende Verstoß für den Anbieter der Navigationshilfe ohne weitere Nachforschungen zweifelsfrei und unschwer zu erkennen ist. Von einer solchen Erkennbarkeit ist etwa auszugehen, wenn entweder ein rechtskräftiger Titel vorliegt oder aber die Rechtsverletzung auf andere Art und Weise derart eindeutig ist, dass sie sich aufdrängen muss.\textsuperscript{2029}

Das OLG Hamburg\textsuperscript{2030} lehnte die Haftung eines Suchmaschinenbetreibers für Snippets in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall ab. Der Betreiber hafte weder als Äußernder oder Verbreiter noch unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung, da es schon an einer Rechtsverletzung fehle. Die einzelnen Worte der Trefferliste zeigten rechtlich problematische Äußerungen an. Der Kläger befürchtete mit diesen in Verbindung gebracht zu werden, weil auch sein Name im weiteren Verlauf des Suchergebnisses genannt wurde. Das Gericht lehnte einen solchen Rückschluss ab. Dem durchschnittlichen Internetnutzer sei klar, dass die gefundenen Seiten ohne menschliche Einwirkung angezeigt werden. Eine inhaltliche Aussage werde mit dem Suchergebnis jedenfalls dann nicht getroffen, wenn nicht ganze Sätze der gefundenen Seite angezeigt werden. Ähnlich hat das OLG Hamburg jetzt eine Haftung von Suchmaschinen für persönlichkeitsrechtliche Inhalte abgelehnt.\textsuperscript{2031} Betreiber von Suchmaschinen müssen die (Such-)Ergebnisse selbst dann nicht auf (Personlichkeits-)Rechtsverletzungen prüfen, wenn ihnen bereits ähnliche Verstöße bekannt geworden sind. Dies würde das die Störerhaftung begrenzende Kriterium der Zumutbarkeit überschreiten, weil die von dem Betroffenen im Kern beanstandete, in der Einstellung einer rechtswidrigen Äußerung in das Internet liegende Verletzung von Rechten ohne jede Mitwirkung des Betreibers der Suchmaschine stattfindet, so dass ihm nicht aufgegeben werden kann, von sich aus beständig jeder bloßen Möglichkeit einer Beeinträchtigung von Rechten Dritter nachzugehen, um einer eigenen Haftung als Störer durch Mitwirkung an der Verbreitung zu entgehen.\textsuperscript{2032} Eine Prüfpflicht hinsichtlich der von der Suchmaschine aufgefundenen Internetseiten sei allenfalls dann zumutbar, wenn sie sich auf eine so konkrete, formal erfassbare Verletzungsform bezieht, dass der Betreiber der Suchmaschine


es deren mechanischen Verrichtungen überlassen kann, entsprechende Fundstellen im Internet zu erkennen und von einer Aufnahme in ihre Ergebnisliste auszunehmen.\textsuperscript{2033}

In einem neuen Urteil\textsuperscript{2034} hat das gleiche Gericht den Suchergebnissen einen eigenen Aussagegehalt abgesprochen und darauf hingewiesen, dass der verständige Nutzer um die Funktion von Suchmaschinen wisse, nur dem Auffinden fremder Inhalte zu dienen. Außerdem distanziere sich Google durch die äußere Form der Darstellung automatisch von den fremden, möglicherweise persönlichkeitsverletzenden Inhalten. Eine Auferlegung einer presseähnlichen, uneingeschränkten Verbreitungshaftung würde darüber hinaus die Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, auf die sich die Suchmaschine aufgrund der Gewährleistung des Meinungs- und Informationsaustausch im Internet berufen könne, unzulässig einschränken, da sie dann ihrer Funktion nicht mehr nachkommen könne.


\textsuperscript{2033} OLG Hamburg, Urt. v. 16.8.2011 – 7 U 51/10, MMR 2012, 62.


5. Haftung für sonstige Intermediäre

Literatur:


a) Online-Auktionen

Auch sonstige Intermediäre kann im Internet eine Haftungspflicht treffen. Unstreitig ist der Anbieter von Produkten bei Online-Auktionen für die Rechtmäßigkeit seines Angebots z.B. in markenrechtlicher Hinsicht verantwortlich, selbst wenn es sich nur um Privatverkäufe handelt.2044 Dasselbe gilt für Online-Versandhändler, die als Betriebsinhaber für alle in ihrem geschäftlichen Bereich begangenen Markenrechtsverletzungen haften, auch wenn diese durch Beauftragte begangen wurden.2045 Streitig ist allerdings, ob sich der Betreiber des Online-Auktionshauses die Angaben in den Angeboten Dritter als eigene Inhalte zurechnen lassen muss.2046 Es liefen vor verschiedenen Gerichten Verfahren, in denen das Unternehmen Rolex Auktionshäuser wie eBay wegen des Vertriebs markenrechtsverletzender Replika von Rolex-Uhren in Anspruch genommen hat. Die Auktionshäuser sahen sich als Host-Provider, die erst nach Information durch Rolex tätig werden müssen. Das LG Köln schloss sich jedoch der Klägerin an und betrachtete die Angebote als eigene Inhalte des Auktionshauses, da zumindest die Überschriften der Angebote als eigener Inhalt vorgestellt werden. Ein eigener Inhalt liege auch vor, wenn aus der Sicht des Nutzers eine Verquickung dergestalt statt- 

finde, dass Diensteanbieter und Fremdinhalt als Einheit erscheinen. Insofern wurde Ricardo als Content-Provider wegen Markenrechtsverletzung zur Unterlassung verurteilt.\footnote{2047} Diese Entscheidung ist zwar vom \textit{OLG Köln} aufgehoben worden.\footnote{2048} Der \textit{BGH} hat jedoch nunmehr klargestellt, dass der Betreiber einer Plattform für Versteigerungen im Internet auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn Anbieter auf dieser Plattform gefälschte Markenprodukte anbieten.\footnote{2049} Der \textit{BGH} hat betont, dass die Regelungen des TMG, die für Dienste ein Haftungsprivileg vorsehen, bei denen der Betreiber Dritten die Speicherung fremder Inhalte erlaubt („Hosting“), für den Schadensersatzanspruch, nicht aber für den Unterlassungsanspruch gelten.\footnote{2050} Damit komme eine Haftung der Beklagten als Störerin in Betracht. Dieser Anspruch setze Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus\footnote{2051} und eine zumutbare Kontrollmöglichkeit für den Betreiber, die Markenverletzung zu unterbinden. Ihm sei nicht zuzumuten, jedes Angebot, das in einem automatischen Verfahren unmittelbar vom Anbieter ins Internet gestellt wird, darauf zu überprüfen, ob Schutzrechte Dritter verletzt würden. Daher könne auch ein vorbeugender Unterlassungsanspruch in dem Fall einer (noch) nicht vorliegenden Schutzrechtsverletzung geltend gemacht werden.\footnote{2052} Werde ihr aber ein Fall einer Markenverletzung bekannt, müsse sie nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch Vorsorge dafür treffen, dass es nicht zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen komme. Einen Schadensersatzanspruch gegen den Betreiber hat der \textit{BGH} allerdings verneint.\footnote{2053} Das Auktionshaus müsse, wenn ihm ein Fall einer Markenverletzung bekannt wird, nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen ergreifen, um Vorsorge dafür zu treffen, dass es nicht zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen kommt.\footnote{2054} Das \textit{OLG Hamburg}\footnote{2055} hat sich ausführlichst mit der Verantwort-


---

2057 High Court, Urt. v. 22.5.2009 – (2009) EWHC 1094 (Ch.).

474
nen, Maßnahmen zu ergreifen, die nicht nur auf die Beendigung der Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums, sondern auch auf die Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen gerichtet seien. Ferner betont der EuGH, dass eBay bei Qualifizierung als Host von dem Haftungspri-
vileg der E-Commerce-Richtlinie profitieren könne. Die Grenzen des Host seien aber dann über-
schritten, wenn der Anbieter des Dienstes sich nicht auf eine rein technische und automatisierte Verarbeitung von Daten beschränke, sondern „eine aktive Rolle“ spiele (Ziffer 113). Eine solche aktive Rolle festzustellen dürfte künftig schwierig sein. Selbst der EuGH hat sich mit der Abgren-
zung nicht leicht getan. Entscheidendes Kriterium für diese Abgrenzung sei, ob sich der Betreiber durch seinen Beitrag Kenntnis der in Frage stehenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaf-
fen kann. Er bejaht eine aktive Rolle jedenfalls dann, wenn die Präsentation der betreffenden Ver-
kaufsangebote optimiert oder diese Angebote beworben werden (Ziffer 116).

Hiernach soll Kenntnis nämlich schon dann vorliegen, wenn sich ein Host-Provider etwaiger Tatsa-
chen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die in Rede stehende Rechtswidrigkeit hätte feststellen müssen (Ziffer 120). Hier vermengt der EuGH Vorsatz und Fahrlässigkeit und bejaht auch schon eine Fahrlässigkeitshaftung für Host-Provider.

Damit aber nicht genug. Der EuGH geht sogar von Kenntnis aus, wenn dem Host-Provider entspre-
chende Informationen von Dritten übersandt wurden. Das Risiko, dass eine solche Information vollkommen falsch ist, wischt der EuGH weg. Eine solche Anzeige sei „in der Regel“ ein Anhalts-
punkt, um zumindest eine Fahrlässigkeitshaftung des Host-Providers zu begründen (Ziffer 122).

Unterlassungsansprüchen müsse der Betreiber eines Online-Marktplatzes Rechnung tragen. Dabei habe sich eine entsprechende Unterlassungsverpflichtung dann nicht nur auf den konkreten Verle-
zungsfall zu beziehen. Vielmehr müsse der Betreiber im Rahmen der Unterlassung „vermeiden, dass erneute derartige Verletzungen derselben Marken durch denselben Händler auftreten“. Eigen-
artig sind die Worte „erneute derartige Verletzungen“. Damit könnte durchaus gemeint sein, dass wenn ein Unternehmen, wie zum Beispiel eBay, auf markenrechtsverletzende Produkte der Marke „Davidoff/Blue Water“ hingewiesen worden ist, alle Varianten einer solchen Rechtsverletzung künftig von sich aus sperren muss (zum Beispiel auch bei unterschiedlichen Größen der Parfumflas-
chen). Die vom Gericht auferlegten Maßnahmen müssten allerdings wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, dabei rechtmäßigen Handel aber nicht beschränken (Ziffern 136, 140). Daher dürften keine aktive ständige Überwachung oder ein vollständiges Verkaufsverbot für Waren der entsprechenden Marken angeordnet werden (Ziffern 139). Nach Auffassung des EuGH soll dem Betreiber eines Online-Marktplatzes sogar aufgegeben werden können, Maßnahmen zu ergreifen,
die Identifizierung seiner als Verkäufer auftretenden Kunden erleichtern (Ziffer 142). Der Urheber der Verletzung müsse, „sofern er im geschäftlichen Verkehr und nicht als Privatmann tätig wird, gleich wohl klar identifizierbar sein“.


Soweit der Inhaber eines eBay-Accounts einem Dritten die erforderlichen Zugangsdaten mitteilt und dieser Dritte anschließend dort Plagiate von geschützten Marken steigert, haftet nach Ansicht des OLG Frankfurt und des OLG Stuttgart dafür auch der Accountinhaber. Auch wenn der Inhaber nicht selbst die Ware angeboten hat, sei er dennoch passiv legitimiert. Dies folge aus dem Umstand der Mitstörerhaftung, da der Accountinhaber mit der Ermöglichung des Zuganges willentlich und adäquat kausal zur Markenverletzung beigetragen habe. Auch wenn die Prüfungspflichten für einen Accountinhaber nicht überspannt werden dürften, liege jedenfalls dann eine Verantwortung für das fremde Verhalten vor, wenn er sich überhaupt nicht darum kümmert, welche Waren von fremden Dritten über seinen Account angeboten werden.


---


b) Admin-C
niseintragen zu löschen oder diese Aufforderung von vornherein keinen Erfolg versprechen würde.\textsuperscript{2072} Angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit sollten diejenigen, die sich als Admin-C zur Verfügung stellen, vor Registrierung der Domain darauf achten, dass keine rechtlichen Bedenken gegen die Zuweisung der Domain bestehen. Neuerdings lehnen Oberlandesgerichte jedoch zu Recht die Haftung des Admin-C ab,\textsuperscript{2073} denn der Pflichtenkreis des Admin-C bezieht sich allein auf das Innenvverhältnis zwischen Domaininhaber und der DENIC, die den Registrierungsvertrag, in den die Domainrichtlinien einbezogen sind, schließen und an dem der Admin-C ebenso wenig beteiligt ist wie an seiner Benennung, die einseitig durch den Domaininhaber erfolgt. Schon diese rechtliche Konstellation verbietet es, (Prüfungs-)Pflichten des Admin-C im Außenverhältnis zu Dritten anzunehmen. Vielmehr ist allein der Anmelder für die Zulässigkeit einer bestimmten Domainbezeichnung verantwortlich, wobei es rechtlich unerheblich ist, ob er im Inland oder Ausland seinen Sitz hat. Auch in neuester Rechtsprechung hat das KG eine Störerhaftung des Admin-C für unerbetene E-Mail-Werbung abgelehnt, da es bereits an dem erforderlichen adäquatkausalen Tatbeitrag fehle.\textsuperscript{2074}

Der BGH hat sich inzwischen der Frage angenommen und ein sibyllinisches Urteil dazu gefällt.\textsuperscript{2075} Ein Anspruch gegenüber dem Admin-C könne sich aus dem Gesichtspunkt der Störerhaftung ergeben. Die dafür erforderliche Verletzung zumutbarer Prüfungspflichten ergebe sich allerdings noch nicht aus der Stellung des Beklagten als Admin-C an sich. Denn dessen Funktions- und Aufgabenbereich bestimme sich allein nach dem zwischen der DENIC und dem Domaininhaber abgeschlossenen Domainvertrag, wonach sich der Aufgabenbereich des Admin-C auf die Erleichterung der administrativen Durchführung des Domainvertrages beschränke. Unter bestimmten Umständen kann den Admin-C aber – so der BGH – eine besondere Prüfungspflicht hinsichtlich des Domainnamens treffen, dessen Registrierung er durch seine Bereitschaft, als Admin-C zu wirken, ermöglicht. Im Streitfall hatte sich der Beklagte gegenüber der in Großbritannien ansässigen Inhaberin des Domainnamens generell bereit erklärt, für alle von ihr registrierten Domainnamen als Admin-C zur Verfügung zu stehen. Ferner hatte die Klägerin vorgetragen, dass die britische Gesellschaft in einem automatisierten Verfahren freierwerdende Domainnamen ermittelt und automatisch registrieren


\textsuperscript{2074} KG, Urt. v. 3.7.2012 – 5 U 15/12, NJW 2012, 3044.


c) Domainprovider


d) E-Cards

e) Gästebuchbetreiber
Eine besonders scharfe Haftung kann den Betreiber eines Internet-Gästebuchs treffen. Wer in seinem Gästebuch das Abmahnverhalten eines Anwalts thematisiert, muss mit Einträgen eherverletzender Art rechnen. Er ist daher auch verpflichtet, die Einträge regelmäßig zu kontrollieren. An- dernfalls macht er sich die fremden Inhalte zu Eigen und wird einem Content-Provider i.S.v. § 7 Abs. 1 TMG gleichgestellt. Eine Haftung für Spam übernimmt der Vermieter von Subdomains: Wer Subdomains an Erotik-Anbieter vermietet, haftet für Spam-Mails, die die Erotik-Anbieter versen-

\[\text{2082 VG Karlsruhe, Urt. v. 25.7.2012 – K 3496/10, MMR 2013, 134.}\]
\[\text{2085 LG Düsseldorf, Urt. v. 8.5.2002 – 6 U 195/01, MMR 2003, 61 (Ls.).}\]


f) Forenbetreiber
Ähnlich ist der Forenbetreiber zum Ersatz der entstandenen Rechtsverfolgungskosten verpflichtet, wenn ein Betroffener mittels E-Mail von ihm die Löschung einer beleidigenden Fotomontage eines Dritten verlangt und der verantwortliche Betreiber dem in der Email gesetzten Frist nicht nachkommt. Ohnehin treffen auch den Forenbetreiber gesteigerte Haftungspflichten. So ist er nach Auffassung des LG Hamburg auch dann als Störer für fremde, rechtswidrige Postings in Online-Foren verantwortlich, wenn er von den konkreten Beiträgen keine Kenntnis besitzt, denn der Foren-
betreiber müsse die fremden eingestellten „Texte vorher automatisch oder manuell“ auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen. In der Berufungsentscheidung hat das OLG Hamburg\(^{2096}\) eine derartige Prüfungspflicht abgelehnt. Den Betreiber treffe lediglich eine spezielle Pflicht zur Überprüfung des konkreten Einzelforum-Threads, wenn er entweder durch sein eigenes Verhalten vorhersehbar rechtswidrige Beiträge Dritter provoziert hat oder ihm bereits mindestens eine Rechtsverletzung von einigem Gewicht benannt worden ist und sich damit die Gefahr weiterer Rechtsverletzungs- handlungen durch einzelne Nutzer bereits konkretisiert hat. Der Betreiber ist jedoch nach Kenntnis einer Rechtsverletzung zur unverzüglichen Lösung des Beitrages verpflichtet.\(^{2097}\) Der Betreiber eines Meinungsforums ist nicht zur vorsorglichen Überprüfung sämtlicher Inhalte verpflichtet.\(^{2098}\) Dies würde die Überwachungspflichten des Betreibers überspannen und die Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit, unter deren Schutz Internetforen stünden, verletzen. Die Meinungsäußerungsfreiheit umfasst nach Art. 5 Abs. 1 GG auch die Meinungsäußerung in Form von Bildern, sodass nichts anderes für einen Forenbeitrag aus Text und Bild gelten kann.

Einen Portalbetreiber trifft eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht, der durch die Bereitstellung einer Plattform für gewerbliche Angebote geschaffenen Gefahr von Verstößen gegen die Impressumspflicht entgegenzuwirken.\(^{2099}\) Die Gewährung der Gelegenheit zur Einstellung von Angeboten ohne Sicherungsmaßnahme zur Einhaltung der Impressumspflicht stellt eine unlautere Wettbewerbshandlung des Portalbetreibers dar.

**g) Interviews**

Ähnlich argumentierend bejaht das LG Hamburg\(^{2100}\) eine Haftung für Interviews. Die Presse trage nach den Regeln der Verbreiterhaftung die volle Haftung für Äußerungen von Interviewpartnern. Würde man allein die Interviewform als hinreichende Distanzierung ausreichen lassen oder eine Prüfpflicht auf besonders schwere Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts reduzieren, dürften nach Auffassung des LG Hamburg Äußerungen von Presseunternehmen in Interviewform (ohne inhaltliche Distanzierung) verbreitet werden, die bei Verbreitung durch andere journalistische Textformen unzulässig wären. Dies würde dazu führen, dass Presseunternehmen allein durch die Wahl


\(^{2097}\) LG Düsseldorf, Urt. v. 25.1.2006 – 12 O 546/05, CR 2006, 563.

\(^{2098}\) OLG Hamburg, Urt. v. 4.2.2009 – 5 U 180/07, MMR 2009, 479.

\(^{2099}\) OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.6.2013, I-20 U 145/12.

der Form des Interviews unwahre Tatsachenbehauptungen bis zur Schwelle besonders schwerer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts sanktionslos verbreiten könnten. Es würde das Risiko geschaffen, dass allein durch die Wahl der Interviewform einem Betroffenen die Möglichkeit genommen würde, ein Verbot der Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptung durchzusetzen. Diese Auffassung hat mit den bisherigen Regeln zur Pressehaftung nichts mehr gemein und steht nicht mehr auf dem Boden der deutschen Rechtsordnung. Das \textit{LG Hamburg} begründet hier halsstarrig und ohne Blick für die Entscheidungspraxis anderer Gerichte (auch des \textit{BGH}) einen Sonderweg, der von cleveren Anwälten im Zusammenhang mit dem fliegenden Internet-Gerichtsstand zur Flucht nach Hamburg genutzt wird.

\textbf{h) Unternehmen für Mitarbeiter oder Beauftrage}


\textbf{i) Anschlussinhaber}


j) Sharehoster

Die Prüfungspflichten von Sharehostern werden insbesondere vom OLG Hamburg sehr stark prominentiert. Wie der Hamburger Senat betont, kann ein Geschäftsmodell, das z.B. aufgrund seiner Struktur durch die Möglichkeit des anonymen Hochladens in Pakete zerlegter, gepackter und mit Kennwort gegen den Zugriff geschützter Dateien der massenhaften Begehung von Urheberrechtsverletzungen wissentlich Vorschub leistet, von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden. Lasse der Betreiber eines solchen Sharehosting-Dienstes in Kenntnis begangener Urheberrechtsverletzungen...


\textsuperscript{2120} BGH, Urt. v. 15.8.2013 – I ZR 85/12, GRUR 2013, 1030.

\textsuperscript{2121} OLG Frankfurt, Beschl. vom 20. August 2013 – 2 Ws 103/12 ZUM-RD 2014, 87.

\textsuperscript{2122} So OLG Hamburg, Beschl. v. 13. 5. 2013 – 5 W 41/13, GRUR-RR 2013, 382.


entsprechenden Vorschriften des Urheberrechts eine wirksame Einschränkung und müsse im vorliegenden Fall gegenüber den Eigentumsinteressen der Musikindustrie zurückstehen. Im abschließenden Urteil des BGH\textsuperscript{2125} wurde allerdings das Gegenteil für Recht befunden. Werde in einem im Internet veröffentlichten Beitrag, der selbst dem Schutz der Presse- und Meinungsfreiheit unterfällt, Links auf fremde Internetseiten so eingebunden, dass sie einzelne Inhalte des Beitrags belegen oder durch zusätzliche Informationen ergänzen, seien auch diese Links von der Presse- und Meinungsfreiheit umfasst. Sich dieser Rechtsprechung anschließend hat nun das LG Braunschweig\textsuperscript{2126} entschieden, dass Links auf stimmungsmachende E-Mails eines Burschenschaftlers im Rahmen des Burschenschaftlerstags und bezüglich der Zugangserschwerungen zu Burschenschaften in Abhängigkeit von der „Abstammung“ des Kandidaten wegen des gesteigerten Medieninteresses rechtmäßig sind.


\textsuperscript{2126} LG Braunschweig, Urt. v. 5.10.2011 – 9 O 1956/11.
Achtes Kapitel: Die internationalen Aspekte des Internetrechts

Literatur:


---

[Union der jüdischen Studenten in Frankreich] UEJF ab und verschonte damit faktisch Yahoo! von der Rechtsverfolgung.\footnote{2130}

Problematisch ist in allen Fällen die Dimension des \textit{Internationalen Zivilverfahrensrechts} (IZVR). Das IZVR bestimmt, ob ein streitiger Sachverhalt einen Inlandsbezug hat, der es rechtfer-
tigt, den Rechtsstreit vor inländischen Gerichten zu entscheiden – also in welchen Fällen ein nationales Gericht zuständig ist (\textit{Internationale Gerichtszuständigkeit}).\footnote{2131} Ferner regelt es die Aner-
kennung und Vollstreckung ausländischer Urteile im Inland. Anders als das Internationale Privat-
recht\footnote{2132} betrifft es somit unmittelbar nur verfahrensrechtliche Fragen. Das IZVR kann jedoch mittelbar auch das vom angerufenen Gericht anzuwendende Sachrecht und damit auch die Sachent-
scheidung des Gerichts beeinflussen: Denn das anwendbare Kollisionsrecht und dadurch wiederum das anwendbare Sachrecht hängen von der internationalen Zuständigkeit ab. Bei einer Mehrzahl potentieller Gerichtsstände kann der Kläger durch eine geschickte Auswahl des Gerichtes über das anwendbare Kollisionsrecht des Forums die zur Streitentscheidung maßgeblichen Sachnormen be-
stimmen („Forum Shopping“). Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Parteien mit Sitz in verschiedenen Staaten wirft insbesondere die Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit Probleme auf. Die dabei potentiell in Betracht kommenden Zuständigkeiten reichen von derjenigen des Gerichtes am Serverstandort bis hin zu der Zuständigkeit der Gerichte an allen Abruforten. Die für die Off-
line-Welt entwickelten Zuständigkeitsregeln bieten oftmals keine befriedigende Lösung im Online-
Bereich und bergen vielfach die Gefahr eines nicht kalkulierbaren Gerichtsstandsrisikos. Dies gilt umso mehr, da die Zuständigkeitsregeln national divergieren und eine internationale Vereinheitli-
chung in naher Zukunft nicht zu erwarten ist.\footnote{2133}

\footnote{2130} US Court of Appeals, Ninth Circuit, Urt. v. 12.1.2006 – No. 01-17424, Yahoo! Inc. v. LICRA and UEJF.
\footnote{2131} Grundsätzlich bestimmt jeder Staat autonom, wann seine Gerichte international zuständig sind. Sofern jedoch multi-
or bilaterale Abkommen über die internationale Gerichtszuständigkeit getroffen wurden, gehen diese dem nationalen Prozessrecht zur internationalen Zuständigkeit vor.
\footnote{2132} Das Internationale Privatrecht (IPR) hat die Aufgabe, bei einem Lebenssachverhalt mit Auslandsbezug das für diesen Sachverhalt anwendbare Recht zu bestimmen. Dabei wird versucht, von mehreren möglichen Rechtsord-
nungen diejenige anzuwenden, mit welcher der Sachverhalt die räumlich engste Verbindung aufweist. Es geht also immer um die Vorfrage, welches nationale Recht (unter Einschluss des IPR der fraglichen Rechtsordnung) im Einzelfall am besten angewandt werden kann.
\footnote{2133} Zwar schafft die EuGVG auf europäischer Ebene einen harmonisierten Rechtsrahmen und auf internationaler Ebene wurde nach langwierigen Verhandlungen das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen am 30.6.2005 verabschiedet; diese regelt aber nur den Fall des Vorliegens einer Parteivereinbarung über die internationale gerichtliche Zuständigkeit.
I. Zuständigkeit bei Immaterialgüterrechtsverletzungen

Zunächst ist zu klären, ob und wann ein Gericht örtlich zuständig ist. Dabei ist zwischen rein nationalen Sachverhalten und solchen mit grenzüberschreitendem Gehalt zu differenzieren.

1. Innerdeutsche Fälle


Der u.a. für den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuständige VI. Zivilsenat des BGH hat beschlossen, diese Sache dem EuGH vorzulegen. Im Wege der Vorabentscheidung sollte die internationale Zuständigkeit der Gerichte für Unterlassungsklagen gegen Internetveröffentlichungen von Anbietern geklärt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind. Der Senat

---


2137 Vgl. OLG München, ZUM 2012, 996.
hat dem Gerichtshof ferner die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob sich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß dem Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie nach österreichischem Recht richte oder dieser Anspruch nach deutschem Recht zu beurteilen sei.\( ^{2138} \) Nach den vom Senat im Urteil vom 2. März 2010 aufgestellten Grundsätzen sind die deutschen Gerichte zur Entscheidung über Klagen wegen Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch im Internet abrufbare Veröffentlichungen international zuständig, wenn die als rechtsverletzend beanstandeten Inhalte objektiv einen deutlichen Bezug zum Inland in dem Sinn aufweisen, dass eine Kollision der widersprechenden Interessen des Klägers - an der Gestaltung seines Internetauftritts einerseits und an einer Berichterstattung andererseits – nach den Umständen des konkreten Falls, insbesondere aufgrund des Inhalts der konkreten Meldung im Inland tatsächlich eingetreten ist oder eintreten kann.\( ^{2139} \) Art. 5 Nr. 3 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 (EuCVO) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist so auszulegen, dass im Fall der Geltendmachung einer Verletzung von Persönlichkeitsrechten durch Inhalte, die auf einer Website veröffentlicht worden sind, die Person, die sich in ihren Rechten verletzt fühlt, die Möglichkeit hat, entweder bei den Gerichten des Mitgliedstaates, in dem der Urheber dieser Inhalte niedergelassen ist, oder bei den Gerichten des Mitgliedstaates, in dem seine Rechte durch die Verbreitung der Inhalte seiner Behauptung nach beeinträchtigt sind, eine Haftungslage auf Ersatz des gesamten entstandenen Schadens zu erheben. An Stelle einer Haftungslage auf Ersatz des gesamten entstandenen Schadens kann diese Person ihre Klage auch vor den Gerichten jedes Mitgliedstaates erheben, in dessen Hoheitsgebiet ein im Inland veröffentlichter Inhalt zugänglich ist oder war. Diese sind nur für die Entscheidung über den Schaden zuständig, der im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates des angerufenen Gerichts versucht worden ist.\( ^{2140} \) Die deutschen Gerichte sind zur Entscheidung über Klagen wegen Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch im Inland abrufbare Veröffentlichungen eines in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union niedergelassenen Anbieters jedenfalls dann international zuständig, wenn die Person, die sich in ihren Rechten verletzt fühlt, den Mittelpunkt ihrer Interessen in Deutschland hat.\( ^{2141} \) Das ist in der Regel der Fall, wenn Deutschland der Ort ihres gewöhnlichen Aufenthalts ist.\( ^{2142} \)

\( ^{2138} \) BGH, Beschl. v. 10.11.2009 – VI ZR 217/08, NJW 2010, 1232.
\( ^{2139} \) BGH, ZUM 2011, 553, 554.
\( ^{2140} \) EuGH, GRUR 2012, 300.
\( ^{2141} \) BGH, NJW 2012, 2197; Brand, NJW 2012, 127.
\( ^{2142} \) Vgl. EuGH, Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09, C-161/10, Rz. 49.
Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) ist dahingehend auszulegen, dass er keine Umsetzung in Form einer speziellen Kollisionsregel verlangt. Die Mitgliedstaaten müssen jedoch vorbehaltlich der bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2001/31/EG gestatteten Ausnahmen im koordinierten Bereich sicherstellen, dass der Anbieter eines Dienstes des elektronischen Geschäftsverkehrs keiner strengeren Anforderung unterliegt, als sie das im Sitzmitgliedstaat dieses Anbieters geltende Sachrecht vorsieht.\textsuperscript{2143}


2. \textbf{Internationale Zuständigkeit}

Die Regeln der ZPO werden analog auch zur Klärung der internationalen Zuständigkeit herangezogen. Insbesondere das \textbf{Tatortprinzip des \textit{§ 32 ZPO}} kommt entsprechend zur Anwendung. Eine Anwendung der ZPO kommt jedoch nur hinsichtlich der Fälle in Betracht, in denen die internatio-

\textsuperscript{2143} \textit{EuGH}, GRUR 2012, 200; \textit{Brand}, NJW 2012, 127.
\textsuperscript{2145} \textit{OLG Brandenburg}, MMR 2002, 463.
nale Zuständigkeit im Hinblick auf einen außerhalb der EU wohnhaften Beklagten zu bestimmen.\footnote{2146}{Für den Kontakt zu Beklagten aus den EFTA-Staaten ist noch das Lugano-Übereinkommen v. 16.9.1988 zu beachten, das sich aber von der EuGVO nicht sonderlich unterscheidet.}
a)

**EuGVO**


Danach kann auch eine analoge Anwendung von Art. 6 Nr. 1 EuGVO eine internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei außerhalb der EU ansässigen Beklagten begründen.\footnote{2148}{OLG Stuttgart, NJW 2013, 83.}

Die EuGVO löste mit ihrem Inkrafttreten am 1. März 2002 das zuvor gel tende Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ) ab.\footnote{2149}{Mit Inkrafttreten eines Abkommens zwischen der EU und Dänemark am 01.7.2007 gilt auch Dänemark als Mitgliedstaat i. S. d. EuGVO, vgl. Musielak/Stadler, ZPO, Europäisches Zivilprozessrecht VO (EG) 44/2001, Artikel 1 Rz. 10.}

Die EuGVO geht davon aus, dass am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2 EuGVO) oder bei deliktischen Ansprüchen wahlweise am Ort der unerlaubten Handlung Klage erhoben werden kann (Art. 5 Nr. 3 EuGVO). Für den Tatort wird auf den Ort abgestellt „where the harmful event occurred or may occur“ (Art. 5 Nr. 3 EuGVO). Dies umfasst sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsort. Der Erfolgsort wird jedoch seitens der Gerichte – ebenso wie bei § 32 ZPO – danach bestimmt, ob an einem Ort eine Homepage nicht nur zufällig abgerufen werden kann.\footnote{2150}{BGH, GRUR 2014, 601; BGH, NJW 2006, 2630; Hoeren/Sieber/Holznagel/Pichler, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 25 Rz. 207.}


Beim Immaterialrechtsgütern kommen als zuständigkeitsbegründender Tatort i.S.d. Art. 5 Nr. 3 EuGVO nur solche Orte in Betracht, an denen zumindest ein Teilakt einer dem Rechtsinhaber aus-
schließlich zugeordneten Nutzungs- oder Verwertungshandlung begangen worden ist.\textsuperscript{2152} Ob eine zuständigkeitsbegründende Tathandlung im Inland begangen worden ist, bestimmt das angereffi- 
fene Gericht nach dem Recht, welches durch das Internationale Privatrecht des Forumstaates zur Anwendung berufen ist. Dies ist regelmäßig das Recht des Schutzlandes (lex loci protectionis), also die Immaterialgüterrechtsordnung des Staates, für dessen Gebiet Schutz begehrt wird.\textsuperscript{2153} Wenn also z.B. ein deutsches Gericht wegen der Internet-Abrufbarkeit von urheberrechtlich geschütztem Material in der BRD angerufen wird, bestimmt es seine Zuständigkeit gem. Art. 5 Nr. 3 EuGVO danach, ob diese Abrufbarkeit (in Deutschland) eine Verletzungshandlung nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz darstellt. Ob eine zuständigkeitsbegründende Tathandlung im Inland begangen worden ist, bestimmt sich also nach dem materiellen Immaterialgüterrecht des Landes, für dessen Gebiet Immaterialgüterrechtsschutz beansprucht wird und damit regelmäßig nach inländischem Recht. Für die Verwendung von immaterialgüterrechtlich geschütztem Material im Internet bedeutet dies, dass das materielle Recht des Schutzlandes darüber entscheidet, ob die Abrufbarkeit (auf seinem Territorium) allein ausreichend ist, eine Verletzungshandlung und damit eine Gerichts-
 pflichtigkeit des Handelnden im Schutzland nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO zu begründen. In der EU erfasst Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie\textsuperscript{2154} explizit die „öffentliche Zugänglichmachung“ von geschütztem Material in der Weise, dass dieses „Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist“ und definiert damit das Zum-Abruf-Bereithalten und auch die Abrufbarkeit im Internet als erlaubnispflichtige Handlung. Für eine solche Auslegung spricht auch Erwägungsgrund 25 der Richtlinie, wonach Art. 3 Urheberrechtsrichtlinie das Recht umfasst, geschützte Inhalte „im Wege der interaktiven Übertragung auf Abruf für die Öffentlichkeit zugäng-
lich zu machen“.\textsuperscript{2155}

Im Bereich der gewerblichen Schutzrechte, insbesondere im Rahmen des Marken- und Patentrechts, stellt sich ebenfalls die Frage, ob die Abrufbarkeit einer im Inland markenrechtlich geschützten

\textsuperscript{2152} Da Immaterialgüterrechte (anders als Sachenrechte) real nirgends belegt sind, kann es keinen vom Handlungsort verschiedenen Erfolgsort geben. Maßgeblich ist allein, wo in die dem Rechtssinhaber ausschließlich zugeordneten Handlungsbefugnisse eingeübt wird.

\textsuperscript{2153} Diese weltweit anerkannte Kollisionsnorm folgt aus dem Territorialitätsprinzip, wonach ein Immaterialgüterrecht nur für das Territorium des gewährenden Staates Geltung beanspruchen kann. Nur dort kann es auch verletzt werden. D.h. ein nach dem deutschen UrhG gewährtes Urheberrecht kann auch nur durch eine Handlung in der BRD verletzt werden. Das Schutzlandprinzip ist i.U. in Art. 5 Abs. 2 RBÜ kodifiziert.

\textsuperscript{2154} Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

\textsuperscript{2155} Selbst wenn man das „making available right“ nur in dem Staat, von dem aus das Material ins Netz gestellt wird, als verletzt ansieht, würde man doch über eine Zurechnung weiterer Vervielfältigungshandlungen der Internetnutzer (Browsing, RAM Kopie und vor allem Downloads) zu einer Tathandlung im Abrufstaat gelangen.
Domain oder – mit Blick auf die USA – die Online-Verwendung einer im Inland patentierten implementierten Geschäftsmethode allein ausreicht, um dort eine Verletzungshandlung und damit Tatort-Gerichtszuständigkeit zu begründen. Für die Verwendung eines in Deutschland markenrechtlich geschützten Begriffes als Domain unter dem Top-Level „.com“ durch ein US Unternehmen hat das KG Berlin\(^{2156}\) die Abrufbarkeit in der BRD allein als ausreichend erachtet, um seine Zuständigkeit für die vom deutschen Markenrechtsinhaber eingereichte Verletzungsklage zu bejahen. In der Literatur gibt es Stimmen, die zur Bejahung eines inländischen Tatortes einen weiteren Inlandsbezug als die rein technisch bedingte Abrufbarkeit im Inland verlangen.\(^{2157}\) Immer mehr Amts- und Landgerichte\(^{2158}\) lehnen jedenfalls einen fliegenden Gerichtsstand ab und verlangen, dass der Kläger einen besonderen Bezug zum angerufenen Gericht darlegt. Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte bezog der BGH dahingehend Stellung, dass eine deliktische Handlung, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts gemäß § 32 ZPO dann begründet, wenn ein deutlicher Inlandsbezug objektiver Art dergestalt gegeben ist, dass eine Kollision der widerstreitenden Interessen\(^{2159}\) im Inland tatsächlich eintreten kann.\(^{2160}\) Auf die bloße Abrufbarkeit abzustellen, sei verfehlt, da dies zu einer uferlosen Ausweitung der gerichtlichen Zuständigkeiten führen würde. Andererseits sei auch nicht zu verlangen, dass sich der Inhalt gezielt und bestimmungsgemäß (auch) an deutsche Nutzer richtet. Dieses Kriterium passe für marktbezogene Wettbewerbsverletzungen, nicht aber für Persönlichkeitsverletzungen.\(^{2161}\) Für Unternehmen, die im Rahmen ihres Internetauftritts immaterialgüterrechtlich geschütztes Material verwenden, führt die besondere Tatortzuständigkeit des Art. 5 Nr. 3 EuGVO zu beunruhigenden Ergebnissen: Sie laufen Gefahr, sofern ein Dritter eigene Rechte an diesem Material geltend macht, an jedem Abrufort innerhalb der EU wegen der Verwendung dieses Materials auf Schadensersatz\(^{2162}\) und insbesondere auf Unterlassung verklagt werden zu können.\(^{2163}\) Der mit dieser Konzeption verbun-


\(^{2159}\) Widerstreitend waren in vorliegendem Fall einerseits das Interesse des Klägers an der Achtung seines Persönlichkeitsrechts und andererseits das Interesse des Beklagten an der Berichterstattung und Gestaltung seines Internetauftritts.


\(^{2161}\) Ebenda.

\(^{2162}\) Wobei jedoch nur der in dem jeweiligen Abrufstaat entstandene Schaden eingeklagt werden kann.

\(^{2163}\) So auch Berger, GRUR Int., 2005, 467.
dene **fliegende Gerichtsstand** ist schwer zu handhaben. Denn deutsche Gerichte sind danach für die Entscheidungen zahlreicher Internet-Streitigkeiten zuständig, ohne die Zuständigkeit – wie angloamerikanische Gerichte – wegen „forum non conveniens“ ablehnen zu können.\(^{2164}\) In der Zwischenzeit stellen jedoch immer mehr Gerichte auch für das Urheberrecht auf die Frage der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit am Gerichtsort ab\(^{2165}\) oder lassen nur noch die Zuständigkeit des Sitzorts zu.\(^{2166}\)

**b) Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen**


---


\(^{2166}\) AG Frankfurt, MMR 2009, 490.


\(^{2169}\) Vgl. zur Entstehungsgeschichte: *Loginhahl/Wollgast*, GRUR Int. 2006, 209.

Damit bleibt es für eine Vielzahl der Fälle im Hinblick auf Immaterialgüterrechtsverletzungen bei dem festgestellten Fehlen eines internationalen Rechtsrahmens.

II. Zuständigkeit bei Verträgen

1. Die nationale Zuständigkeit

Anders als im Deliktsrecht ist im Vertragsrecht eine Rechtswahl der Parteien denkbar. § 38 Abs. 1 ZPO lässt eine Gerichtsstandsvereinbarung zu, wenn die Vertragsparteien Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Ferner kann die Zuständigkeit vereinbart werden, wenn eine der Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat (§ 38 Abs. 2 ZPO). Mit Verbrauchern ist eine Gerichtsstandsvereinbarung nicht zulässig.

2. Die EUGVO

brauchersachen festgelegt werden, von denen nur unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden kann (Art. 23 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 EuGVO).

3. Das Haager Übereinkommen


---

2171 Insbesondere wird für die in Art. 15 EuGVO bestimmten Verträge in Art. 16 Abs. 1 der Wohnsitz des Verbrauchers als besonderer Gerichtsstand festgelegt.


\[^{2174}\textcite{Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 211.}\]
\[^{2175}\textcite{Hierzu eingehend: Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 211.}\]
\[^{2176}\textcite{Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 212.}\]
\[^{2177}\textcite{Vgl. zur gesamten Problematik wiederum Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 212, die zur Veranschaulichung den Begriff „vertragsnahe“ – „nicht-vertragliche Ansprüche“ verwenden.}\]
richts von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen ohne erneute Überprüfung in der Sache anerkennen und durchsetzen müssen (Art. 8 HGÜ).

III. Vollstreckung


IV. Online Dispute Settlement


2180 Eine Ausnahme mag für Trustedshops gelten, eine Einrichtung, hinter der die Gerling-Gruppe als Versicherer steht und das bei Entscheidungen der Schlichtungsstelle deren finanzielle Absicherung durch Gerling sichert; http://www.trustedshop.de.
2181 Siehe dazu Grunewald, BB 2001, 1111, die aufgrund des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie eine Bindung auch inländischer Streitschlichter an das Rechtsberatungsgesetz ablehnen will.
V. Internationales Privatrecht

Es besteht ein prinzipieller Unterschied zwischen dem IZVR, das auf dem Gegenseitigkeitsprinzip beruht und dem IPR, dem eine allseitige Anknüpfung zugrunde liegt. 2182

1. CISG


2. EU-Kollisionsrecht

a) Rom-I-VO


Die freie Rechtswahl ist gemäß Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO grundsätzlich zulässig. Besondere Bestimmungen gelten unter anderem im Hinblick auf das Verbrauchervertragsrecht nach Art. 6 Rom I-VO. Im Bereich des Internetrechts enthält die Rom I-VO insbesondere für die Bestimmung des anzuwendenden Rechts im Rahmen der Immaterialgüterrechte, Verbraucherrechte und Vertragsrechte die folgenden relevanten Regelungen:

Das europäische Verbrauchervertragsrecht wird in Art. 6 Rom I-VO geregelt und bestimmt kategorisch das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers zum anzuwendenden Recht. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO regelt jedoch, dass eine Rechtswahl i.S.d. Art. 3 Rom I-VO auch hier zulässig ist, sofern dem Verbraucher nicht der Schutz entzogen wird, den er nach Anwendung der zwingenden Vorschriften des nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO bestimmten Rechts hätte genießen dürfen.

fen (Günstigkeitsprinzip). Der **sachliche Anwendungsbereich** umfasst alle Arten von Verbraucherverträgen, soweit nicht die Ausnahmen des Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO greifen. Der **persönliche Anwendungsbereich** umfasst ausschließlich das Verhältnis B2C, somit die typische Konstellation des Vertrags zwischen Unternehmer und Verbraucher, wobei es sich bei dem letzteren ausdrücklich um eine natürliche Person handeln muss (Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO). Der **räumliche Anwendungsbereich** setzt zumindest eine Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers voraus. Der Unternehmer muss gem. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO nämlich entweder im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben (Abs. 1 lit. a)) oder eine solche Tätigkeit auf irgendeine Weise auf diesen Staat bzw. mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichten (Abs. 1 lit. b)). Zudem muss auch der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fallen.

Relevanz erlangt dies vor allem im Rahmen der Cross-Border-Situation vieler elektronischer Rechtsgeschäfte. In diesem Zusammenhang ist vor allem im Hinblick auf Erwägungsgrund 24 der Rom I-VO zu beachten, dass zur Wahrung der Übereinstimmung mit der EuGVO eine einheitliche Auslegung – insb. hinsichtlich der „ausgerichteten Tätigkeit“ – mit Art. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVO vorzunehmen ist. Während hinsichtlich der „ausgeübten Tätigkeit“ (Art. 6 Abs. 1 Buchst. a)) u.a. entscheidend sein soll, dass der Unternehmer seine berufliche Tätigkeit bereits vor und unabhängig von dem Vertragsschluss mit dem Verbraucher in dessen Aufenthaltsstaat ausgeübt haben muss, gilt für die „ausgerichtete Tätigkeit“ gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b) i.V.m. 15 Abs. 1 lit. c) EuGVO Folgendes: Sofern Werbeanzeigen im Internet geschaltet werden, müssen sie (zumindest auch) auf Internetanwender aus dem betreffenden Aufenthaltsstaat zugeschnitten sein. Handelt es sich dagegen um den eigenen Internetauftritt des Unternehmers, so ist vielmehr erforderlich, dass diese Webseite auch den Vertragsschluss im Internet anbietet und dass tatsächlich ein

---

2185 jurisPK/Limbach, BGB, Art. 6 Rom I-VO Rz. 3.
2186 Anders als Art. 5 EVÜ und Art. 29 EGBGB a.F. beschränkt sich Art. 6 Rom I-VO in seiner Anwendbarkeit nicht mehr grundsätzlich auf bestimmte Vertragstypen. Vgl.: jurisPK/Limbach, BGB, Art. 6 Rom I-VO Rz. 10.
2187 Umstritten ist jedoch die Anwendung auf rechtsfähige Gemeinschaften, insb. BGB-Gesellschaft und Wohnungseigentümergemeinschaft – dazu: jurisPK/Limbach, BGB, Art. 6 Rom I-VO Rz. 10; IntVR/Staudinger, Art. 6 Rom I-VO Rz. 23; v. Staudinger/Magnus, BGB, Art. 6 Rom I-VO Rz. 40.
2188 (EG) Nr. 44/2001.
2189 Zwar wird darüber hinaus der Begriff der „ausgeübten Tätigkeit“ nicht ausdrücklich in das Auslegungsgebot des Erwägungsgrundes 24 mit einbezogen, jedoch ist davon auszugehen, dass dieser Begriff i.S.d. Abs. 1 lit. a) Rom I-VO den gleichen Gehalt ausweist wie die „ausgeübte Tätigkeit“ in Art. 15 Abs. 1 lit. c) der EuGVO; Vgl. jurisPK/Limbach, BGB, Art. 6 Rom I-VO Rz. 10; Mankowski, ZgIRWiss 105 (2006), 120; Leible/Lehmann, RIW 2008, 528.
2190 BGH, Urt. v. 30.3.2006, NJW 2006, 1672.
2191 Dies ist u.U. anhand von Indizien wie Inhalt und Sprache festzulegen: jurisPK/Limbach, BGB, Art. 6 Rom I-VO Rz. 45.
Vertragsabschluss im Fernabsatz erfolgt ist.\textsuperscript{2192} Grenzüberschreitende Kaufverträge innerhalb der EU über Internetauktionen wie eBay werden folglich nur erfasst, wenn der Verkäufer ein Unternehmer ist und der Käufer ein Verbraucher. Die typische eBay-Vertragskonstellation (C2C) fällt somit nicht unter Art. 6 Rom I-VO. Einen typischen Anwendungsfall für Art. 6 Rom I-VO stellt jedoch der Vertrag über den Internet-Versandhandel dar.

Als Auffangregelung gilt im \textit{internationalen Vertragsrecht} das Prinzip der Anknüpfung an die charakteristische Leistung.\textsuperscript{2193} Sie kommt in \textbf{Art. 4 Rom I-VO} zum Ausdruck und findet Anwendung, sofern kein besonderer Vertrag nach Art. 5–8 Rom I-VO vorliegt bzw. keine Rechtswahl gem. Art. 3 Rom I-VO getroffen wurde. Anknüpfungspunkt ist dabei grundsätzlich der gewöhnliche Aufenthalt des Marketers, also der absetzenden Person, wobei allerdings durch die detaillierten Regelungen für einzelne Vertragstypen in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO das Kriterium der „vertragscharakteristischen Leistung“ gestärkt werden soll.\textsuperscript{2194} Bei Unternehmen findet für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Marketers, also der absetzenden Person, wobei allerdings durch die detaillierten Regelungen für einzelne Vertragstypen in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO das Kriterium der „vertragscharakteristischen Leistung“ gestärkt werden soll.\textsuperscript{2194} Bei Unternehmen findet für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Marketers, auch der absetzenden Person, wobei allerdings durch die detaillierten Regelungen für einzelne Vertragstypen in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO das Kriterium der „vertragscharakteristischen Leistung“ gestärkt werden soll.\textsuperscript{2194} Bei Unternehmen findet für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes Art. 19 Rom I-VO Anwendung, der auf den Sitz der Hauptverwaltung oder Niederlassung abstellt. Im Internetrecht könnte Art. 4 Abs. 1 lit. g) Rom I-VO eine Rolle spielen. Demnach ist auf Verträge über den Kauf beweglicher Sachen durch Versteigerung das Recht des Ortes anzuwenden, an dem die Versteigerung stattfindet. Dies gilt jedoch nur, soweit dieser Ort ermittelt werden kann. Bei Internetauktionen dürfte dies stets einige Schwierigkeiten mit sich bringen. Sofern der Ort der Versteigerung also nicht ermittelt werden kann, greift Art. 4 Abs. 1 lit. a) Rom I-VO ein. In diesem Fall bestimmt sich das maßgebliche Recht nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Verkäufers.\textsuperscript{2195}

\textbf{b) Rom-II-VO}

Die \textbf{Rom II-VO} bestimmt das anzuwendende Recht für alle \textit{außervertraglichen} zivil- und handelsrechtlichen Schuldverhältnisse, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Sie geht in ihrem Anwendungsbereich dem deutschen IPR vor.\textsuperscript{2196} Die Rom II-VO wird bei zivil- und handelsrechtlichen Rechtsverhältnissen im Gegensatz zur Rom I-VO immer dann ange-

\textsuperscript{2192} So Erwägungsgrund 24 der Rom I-VO, wonach in diesem Fall es jedoch nicht auf die benutzte Sprache oder Währung ankomme; das Zitat der gemeinsamen Erklärung von Kommission und Rat ist allerdings insofern falsch, als dass nur auf die ursprüngliche, nicht aber auf die korrigierte Fassung v. 20.12.2000 Bezug genommen wird, wonach nicht ein „Anbieten“, sondern lediglich ein „Auffordern“ zum Vertragsschluss von Nöten wäre: jurisPK/Limbach, BGB, Art. 6 Rom I-VO Rz. 46.

\textsuperscript{2193} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 4 Rom I-VO Rz. 10.


\textsuperscript{2195} jurisPK/Ringe, BGB, Art. 4 Rom I-VO Rz. 36; Palandt/Thorn, BGB, Art. 4 Rom I-VO (IPR) Rz. 20.

\textsuperscript{2196} Palandt/Thorn, BGB, Vorb. zur Rom II-VO (IPR) Rz. 1.

Die Art. 5–9 Rom II-VO regeln die Anknüpfung in Spezialbereichen. Von Bedeutung für das Internetrecht sind vor allem folgende:

- Art. 5 Rom II-VO für die **Produkthaftung** mit primärer Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Geschädigten, sofern das Produkt dort in den Verkehr gebracht worden ist.
- Art. 6 Rom II-VO für Handlungen des **unlauteren Wettbewerbs**; hier ist das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Verbraucherinteressen beeinträchtigt werden (Markortprinzip).
- Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO, der die Anknüpfung bei Verletzungen der Rechte **geistigen Eigentums sowie der Immaterialgüterrechte** (d.h. Urheberrechte, verwandte Schutzrechte, Da-
tenbankschützung, gewerbliche Schutzrechte) regelt – mit Anknüpfung an die lex loci protectionis, also das Recht des Landes, für dessen Gebiet Schutz beansprucht wird.\textsuperscript{2203}


Besondere Beachtung muss dem Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO als Kollisionsregel für den Bereich des geistigen Eigentums geschenkt werden. Angeknüpft wird zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Rechte, die ihr Inhaber in jedem Land genießt,\textsuperscript{2204} im Sinne des Schutzlandprinzips an die lex loci protectionis. Das Schutzlandprinzip trägt den Territorialitätsgedanken in sich.\textsuperscript{2205} Bei grenzüberschreitenden Verletzungen des Urheberrechts durch die Erstellung oder Nutzung von Inhalten im Internet muss der Begehungsort insofern im Schutzland liegen.\textsuperscript{2206} Wenn es um die Vervielfältigung i.S.v. § 16 UrhG geht, lässt sich das anwendbare Recht relativ eindeutig bestimmen. Es kommt darauf an, wo die Vervielfältigungshandlung vorgenommen wird. Schwieriger gestaltet sich hingegen die Lage, wenn es um das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.v. § 19a UrhG geht. Dort lässt sich hinsichtlich des Ortes der Verletzungshandlung sowohl auf den Serverstandort als auch auf den Empfangsstandort abstellen.\textsuperscript{2207} Ein alleiniges Abstellen auf den Serverstandort dürfte ausscheiden, da dieser sonst nur in einem „urheberrechtsfreien“ Land aufgestellt werden müsste. Aber auch eine Anwendbarkeit der Urheberrechte aller Empfangsstaaten würde zu einer Anwendbarkeit aller Urheberrechte der Welt und somit zu einer praktisch nicht handhabbaren „Rechtsinflation“ führen.\textsuperscript{2208}

\section{3. Deutsches IPR}

\textsuperscript{2203} Vgl. Erwägungsgrund 26 der Rom II-VO.
\textsuperscript{2204} Vgl. Leupold/Glossner, MAH IT-Recht, Teil 5 C. Rz. 34.
\textsuperscript{2205} Obergfell, IPPrax 2005, 9; vgl. auch NomoHk/Dörner, Art. 8 Rom II-VO Rz. 2.
\textsuperscript{2206} Leupold/Glossner, MAH IT-Recht, Teil 5 E. Rz. 324.
\textsuperscript{2207} Leupold/Glossner, MAH IT-Recht, Teil 5 E. Rz. 325.
\textsuperscript{2208} Zum Problem der Haftung siehe weiter unten.
EWR die Bestimmungen dieses EU-Mitgliedstaats bzw. EWR-Staates zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien zusätzlich anzuwenden. Diese sind in Art. 46b Abs. 3 EGBGB entsprechend aufgezählt. Besonders problematisch stellt sich jedoch das Verhältnis von Art. 46b EGBGB zu Art. 6 Rom I-VO in dem sich überschneidenden und somit konkurrierenden Anwendungsbereich\textsuperscript{2209} dar. Das Problem stellt sich im Zusammenhang von Art. 23 Rom I-VO, wonach Rom I „die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts“ unberührt lässt, „die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten“. Umstritten ist hierbei, ob der hieraus folgende Vorrang von Art. 46 EGBGB anzunehmen ist, obwohl der deutsche Gesetzgeber es versäumt hat, das in einigen Richtlinien enthaltene Günstigkeitsprinzip in Art. 46b EGBGB zu übernehmen, also ob die Verweisung des Art. 23 Rom I-VO nur fehlerfrei umgesetzte Kollisionsnormen erfasst.\textsuperscript{2210}

Im deutschen IPR finden sich zudem auch Kollisionsnormen für außervertragliche Schuldverhältnisse in den Art. 38–42 EGBGB. Soweit jedoch die Rom II-VO Anwendung findet, sperrt sie die innerstaatlichen Regelungen gemäß Art. 3 Nr. 1 lit. a) EGBGB. Insbesondere gelten für Persönlichkeitsrechtsverletzungen einschließlich der Verleumdung weiterhin die kollisionsrechtlichen Regeln des EGBGB, da dieses Rechtsgebiet gem. Art. 1 Abs. 2 lit. g) Rom II-VO explizit aus dem Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgenommen wurde.\textsuperscript{2211}

4. Exemplarische Problemgestaltungen

Hohe Relevanz besitzt im Rahmen von internationalen Softwareverträgen in Deutschland die Vertrags situation zwischen einem amerikanischen Softwareunternehmen und einem deutschen Abnehmer. Die Vertragspraxis differiert jedoch auf nationaler Ebene enorm. Ganz deutlich manifestiert sich dies am Beispiel der im amerikanischen Vertragsrecht verbreiteten Haftungsausschlussklauseln für mittelbare Schäden (incidental/consequential damages). Solche sind dem deutschen Schadensrecht, das nicht zwischen unmittelbaren (general/direct damages) und mittelbaren Schäden unterscheidet, sondern sich an dem Verschuldensgrad orientiert, fremd.\textsuperscript{2212} Ein vollständiger AGB-Haftungsausschluss für mittelbare Schäden ist in Deutschland nicht wirksam. Aber selbst in den USA bereitet die Auslegung des Begriffs des mittelbaren Schadens aufgrund der bundes-

\textsuperscript{2209} Vgl. dazu Tabelle in jurisPK/Limbach, BGB, Art. 46b EGBGB Rz. 6 bzw. Rz. 8.
\textsuperscript{2210} Vgl. hierzu: jurisPK/Limbach, BGB, Art. 46b EGBGB Rz. 9; Palandt/Thorn, BGB, Art. 6 Rom I-VO (IPR) Rz. 2.
\textsuperscript{2211} jurisPK/Wurmnest, BGB, Art. 1 Rom II-VO Rz. 29 – die Nichtaufnahme ist allerdings auf politische Gründe sowie auf erfolgreiche Lobbyarbeit und weniger auf sachliche Gründe zurückzuführen; vgl. auch: Palandt/Thorn, BGB, Art. 1 Rom II-VO (IPR) Rz. 15.
\textsuperscript{2212} Funk/Wenn, CR 2004, 481.


2213 Bodewig, GRUR Int. 2000, 597; Determann, GRUR Int. 2006, 645; Hilty, MMR 2003, 3.
2214 Bodewig, GRUR Int. 2000, 597; Lejeune, MMR 2009, XXII: Vgl. auch Schütt, MMR 2008, VII.
2215 Gottschalk, IPRax 2006, 135; Czychowski/Nordemann, NJW, 2010, 740.
zu beantworten ist.\textsuperscript{2216} Diese Frage wurde vom \textit{BGH} auf sachrechtlicher Ebene geklärt, indem dieser entschieden hat, dass nicht jedes im Inland abrufbare Angebot von Dienstleistungen im Internet bei Verwechslungsgefahr mit einem inländischen Kennzeichen kennzeichenrechtliche Ansprüche auslösen könne: Eine Verletzungshandlung bedürfe eines wirtschaftlich relevanten Inlandsbezugs, oder mit den Worten der WIPO eines „commercial effect“\textsuperscript{2217} Zur Feststellung eines solchen Inlandsbezugs kann insb. beachtet werden, ob die Werbung unter anderem auch in der Landessprache des Schutzlandes publiziert wird oder Zahlungsbestimmungen für das jeweilige Schutzland angegeben werden.\textsuperscript{2218} 

Werden in Italien Designerapplikationen von in Deutschland geschützten Objekten über Online-Werbung an Deutsche adressiert, gilt dies auch als Anbieten i.S.v. § 17 Abs. 1 UrhG, wenn die deutschen Nutzer im Rahmen des Geschäftsmodells die Waren über einen Lieferanten außerhalb deutscher Landesgrenzen in Empfang nehmen.\textsuperscript{2219} Der \textit{BGH} bejaht als Revisionsinstanz in diesem Fall eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts, obwohl im Veräußerungsland selbst kein Urheberrechtsschutz bestand, die urheberrechtlich geschützte Ware aber im Inland (lediglich) angeboten wurde.\textsuperscript{2220} 

Der \textbf{internationale Anwendungsbereich des § 95a UrhG} ist eröffnet, wenn ein Presseunternehmen in Deutschland über eine im Ausland belegene Software zur DRMS-Umgehung berichtet und mit Hyperlink auf dessen Angebot verweist.\textsuperscript{2221} Eine Haftung entsteht jedoch nicht schon durch das reine Berichten, sondern im Rahmen der Störerhaftung, wenn die Anleitung und das Setzen des Hyperlinks auf die Umgehungsoftware als Handlung i.S.v. § 95a Abs. 3 UrhG qualifiziert werden können. Dem muss in dem vorliegend skizzierten Fall stattgegeben werden.

\textsuperscript{2216} Palandt/Thorn, BGB, Art. 8 Rom II-VO (IPR) Rz. 7; jurisPK/Heinze, BGB, Art. 8 Rom II-VO Rz. 12, 15.


\textsuperscript{2218} Vgl. NomosHk/Dörner, Art. 6 Rom II-VO IPR Rz. 5; \textit{Sack}, WRP 2008, 845.

\textsuperscript{2219} OLG Hamburg, ZUM 2005, 170; \textit{Gottschalk}, IPRax 2006, 135.


\textsuperscript{2221} \textit{Peifer}, IPRax 2006, 246.
Neuntes Kapitel: Internetstrafrecht

Literatur:


I. Einführung


\textsuperscript{2222} Schmidt, GRUR 2010, 673.
\textsuperscript{2223} In Kraft getreten am 1.9.2008, BGBI. I, S. 1191.
II. Anwendbarkeit deutsches Strafrechts


III. Internationale Regelungen

Das Internetstrafrecht stellt einen der Rechtsbereiche dar, die die Aktualität und die Brisanz einer dringend erforderlichen globalen Rechtsharmonisierung offenlegen. Gerade hier kumulieren moralische und ethische Wertanschauungen. Diese führen im Internet, dessen Inhalte weltweit nahezu grenzenlos wahrgenommen werden können, zu Problemen, denen Nationalstaaten selbst ohnehin nicht Herr werden können und somit auf einen geschlossenen internationalen Konsens zur Kriminalitätsbekämpfung angewiesen sind.

Es finden sich diesbezüglich verschiedene internationale Regelungsprojekte. Zu nennen ist hier die zur Bekämpfung der Internetkriminalität aus einem Kooperationsprojekt der Vereinten Nationen, OECD, GATT, G8 und EU hervorgegangene Convention on Cybercrime (CCC) (185. Ab-

2224 Hilgendorf/Wolf, K&R 2006, 541.
2225 BGH, Beschl. v. 20.1.2009 – 1 StR 205/08, NSFZ-RR 2009, 197.

1. Cybercrime Convention


2228 Gercke, MMR 2004, 728.
2229 Vgl. auch Holznagel, ZUM 2000, 1007, im Hinblick auf das Verhältnis strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA.
2231 BGBl. I, S. 1786.

2. EU-Rahmenbeschluss des Europarates (2005/222/JI)

3. EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (2006/24/EG)

Literatur:


Die EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (2006/24/EG) enthielt eine Speicherpflicht der Dienstanbieter für bestimmte Verkehrsdaten, wobei die zu speichernden Daten über Informati-

\[2232\] Gröselig/Höfinger, Hacking und Computerspionage, Auswirkungen des 41. StrAndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität.

onsdaten in Bezug auf das Internet hinaus auch das Telefonfestnetz, den Mobilfunk, die E-Mail-Kommunikation und die Internet-Telefonie betreffen. Der Grund für diese Speicherpflicht lag in der einfacheren Verfolgbarkeit von Straftaten, sowohl im Internet als auch sonstiger Straftaten. Nachdem aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG\(^{2234}\) und der daraus folgenden Nichtumsetzung der Richtline 2006/24/EG sogar ein, mittlerweile eingestelltes, Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wurde, erklärte der EUGH die Richtlinie im April 2014 für ungültig.\(^{2235}\) Inwiefern neue internationale Regelungen geschaffen werden ist bisher noch nicht absehbar.

4. EU-Haftbefehl (2002/584/JI)


---

\(^{2234}\) Siehe dazu auch oben, sechstes Kapitel: Datenschutzrecht, II. Geschichte des Datenschutzrechts, 3. Die Richtlinie 2006/24/EG.

\(^{2235}\) EUGH, Urt. v. 08.04.2014 - C-293/12 u. C-594/12, MMR 2014, 412 = NJW 2014, 2169.


\(^{2237}\) BGBl. I Nr. 36, S. 1721.

\(^{2238}\) Vassilaki, MMR 2006, 212.
IV. Materielles Internetstrafrecht

Im Internet begangene Straftaten werden nach dem deutschen materiellen Strafrecht unter die gesetzlich vorgegebenen Normen subsumiert. Daher soll im Folgenden ein Überblick über internetspezifische Problemfälle und ihre strafrechtliche Beurteilung erfolgen.

1. Internet als Propagandamittel

Im Internet stehen sich die Prinzipien Meinungsfreiheit und strafrechtlich relevante Meinungsaußerung diametral gegenüber. Ein besonderes Problem ergibt sich in denjenigen Staaten, in denen die Meinungsfreiheit einen besonders hohen Rang besitzt, wie dies z.B. im anglo-amerikanischen Raum der Fall ist.2239 Diese Tatsache wird von Extremisten gerne ausgenutzt, um ihre Propaganda in diesen Ländern in das weltweite Netz einzuspeisen.2240 Es ist dabei fraglich, inwieweit deutsches Strafrecht für sämtliche Internetseiten gilt und ob extremistische Seiten, die auf ausländischen Servern liegen, mit Hilfe des deutschen Strafrechts zu bestrafen sind. Fremdenfeindliche Inhalte im Internet sollten auch durch das Zusatzprotokoll der Cybercrime Convention bekämpft werden, dem sich aber insbesondere die USA bislang noch nicht angeschlossen haben.2241

Die Verbreitung von Nazi-Propaganda, insbesondere der sog. „Auschwitz-Lüge“, also der Leugnung und Verharmlosung der während des Naziregimes begangenen Völkermorde, stellt nach deutschem Strafrecht eine strafbare Handlung gem. § 130 StGB dar. Dieser verbietet die Verbreitung solcher Schriften,2242 die Hass- oder Gewaltpropaganda gegen nationale, rassische oder religiöse Volksgruppen enthält. Aufgrund des Verweises in § 130 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB auf die Erweiterung des Schriftenbegriffes gem. § 11 Abs. 3 StGB gilt die Vorschrift des § 130 StGB auch im Internet, weil im Internet abrufbare Daten auf Servern, mithin also auf „Datenspeichern“, gespeichert sind. Als Verletzungserfolg einer Tat nach § 130 StGB ist die Abrufbarkeit der Propaganda in Deutschland anzusehen, sodass auch diejenigen Urheber, die ihre Daten auf ausländischen Servern gespeichert haben, nach deutschem Strafrecht zu belangern sind.2243 Die Strafvorschrift des § 130

2242 Der Einordnung als „Schrift“ unterfallen gem. § 130 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 i.V.m. § 11 Abs. 3 StGB auch Bild- und Tonträger, Datenspeicher, Abbildungen und sonstige Darstellungen.
StGB erlangte neben der Anwendung auf Nazi-Propaganda und der Verbreitung der „Auschwitz-Lüge“ auch Bedeutung bei der Beurteilung anderer terroristischer Anfeindungen im Internet.<sup>2244</sup>

Die Anleitung zu einer Straftat ist gem. § 130a StGB strafbar. Diese Strafnorm findet ihre Anwendung, wenn mit Hilfe des Internets versucht wird, Gesinnungsgenossen zu Straftaten, die dem Katalog des § 126 StGB zu entnehmen sind, also insbesondere Völkermord, Mord oder Totschlag, zu verleiten. Auch bei diesem Straftatbestand liegt der Verletzungserfolg bereits vor, wenn die Möglichkeit besteht, die jeweilige Internetseite aus dem Inland, d.h. dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland abzurufen. Insofern genügt auch bei § 130a StGB die Einstellung von Seiten in das Internet für die Anwendung des deutschen Strafrechts. In den Anwendungsbereich dieser Norm fallen solche Seiten, die die Herstellung von Brandsätzen, Bomben oder anderen gefährlichen Materialien enthalten. Außerdem sind Aufforderungen, die zur Manipulation von Bahngleisen aufrufen, nach § 130a StGB strafbar.<sup>2245</sup>

Der im Internet veröffentlichte Aufruf zu einer Straftat ist gem. § 111 StGB strafbar und kann schon in dem Einstellen eines Plakates liegen, sofern der Kontext der Webseite entsprechend ist.<sup>2246</sup> Auch Internetaufrufe zur sog. Lynchjustiz, wie es im Fall des 17-jährigen Berufsschülers aus Emde via Facebook geschah, können eine Strafbarkeit nach § 111 StGB begründen.<sup>2247</sup> Trotz der Möglichkeiten, die das Internet zur Begehung dieses Delikts bietet, hat die Norm in der Praxis jedoch nur eine geringe Bedeutung.<sup>2248</sup>

Weitere Strafvorschriften betreffend die Verbreitung von Propagandamitteln bzw. die Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen enthalten die §§ 86, 86a StGB. Unter § 86 StGB fallen sämtliche Propagandamittel, die Propaganda für verfassungsfeindliche Organisationen beinhalten. Die Vorschrift des § 86a StGB stellt dagegen auf die Verwendung von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen ab, wobei der Begriff des Kennzeichens weit zu interpretieren ist. Dazu zählen neben den im zivilrechtlichen Sinne als Kennzeichen anzusehenden Herkunftsmerkmale auch unkörperliche Charakteristika, wie z.B. der „Hitler-Grüß“ oder die Grußformeln „Heil Hitler“ oder „mit deutschem Gruß“. Der Tatbestand ist bereits vollendet, wenn

---

2244 LG Potsdam, Urt. v. 8.5.2006 – 2 O 221/05, LKV 2006, 574.
2246 OLG Hamm, Beschl. v. 5.7.2005 – 2 Ss 120/05, NStZ 2010, 452.
2247 Ostendorf/Frahm/Doege, Internetaufrufe zur Lynchjustiz und organisiertes Mobbing, NStZ 2012, 529.
2248 Bosch, Mü-Ko StGB, § 111 Rn. 4.
2249 Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Auflage, 2006, § 86a Rz. 3.
die Kennzeichen auf der Homepage sichtbar sind.\textsuperscript{2250} Auch die Bereitstellung fremdenfeindlichen Liedgutes ist unter das Tatbestandsmerkmal „Kennzeichen“ zu subsumieren, selbst in den Fällen, in denen ausschließlich markante Teile des Liedes im Internet abrufbar sind.\textsuperscript{2251} Dagegen ist der Tatbestand des § 86a StGB nicht erfüllt, wenn zwar Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen abgebildet sind, aus der Abbildung aber eindeutig erkennbar ist, dass diese nicht für die Propaganda zu Gunsten der verfassungsfeindlichen Organisation, sondern der Inhalt der Darstellung in offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft zu der Organisation und die Bekämpfung ihrer Ideologie zum Ausdruck bringt.\textsuperscript{2252} Hierbei soll selbst eine kommerzielle Benutzung möglich sein. Die Darstellung der Gegnerschaft kann im Durchstreichen eines Hakenkreuzes, aber auch in anderen Darstellungen deutlich gemacht werden.\textsuperscript{2253}

2. Gewaltdarstellungen im Internet (§ 131 StGB)

Immer häufiger wird in den Medien über Gewaltdarstellungen berichtet, die vor allem Jugendliche auf ihren Mobiltelefonen besitzen und die mit Hilfe der MMS-Funktion dieser Mobiltelefone verschickt oder aus dem Internet heruntergeladen werden können.\textsuperscript{2254} In diesen Fällen kann neben der strafrechtlichen Sanktion auch ein Schulausschluss gerechtfertigt sein.\textsuperscript{2255} Das Verbreiten oder sonstige Zugänglichmachen von Darstellungen von grausamen oder sonst unmenschlichen Gewaltszenen gegenüber Menschen oder menschenähnlichen Wesen ist nach § 131 StGB strafbar. Der Verletzungserfolg dieser Vorschrift tritt bereits dann ein, wenn die Möglichkeit des Abrufens besteht. Unter einer Gewalttätigkeit wird in diesem Zusammenhang ein aggressive, aktives Tun verstanden, durch das unter Einsatz oder Ingangsetzen physischer Kraft unmittelbar oder mittelbar auf den Körper eines Menschen in einer dessen leibliche oder seelische Unversehrtheit beeinträchtigenden oder konkret gefährdenden Weise eingewirkt wird. Auch einverständliche Gewalttätigkeiten sind vom Tatbestand des § 131 StGB erfasst.\textsuperscript{2256} Die Formulierung, dass auch Gewalttätigkeiten gegenüber menschenähnlichen Darstellungen unter die Strafandrohung des § 131 StGB fallen, wurde mit Wirkung vom 1. April 2004 eingefügt. Zuvor waren aufgrund des strafrechtlichen Analogie-

\textsuperscript{2251} BGH, Urt. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07, NSIZ-RR 2009, 13.
\textsuperscript{2252} KG, Urt. v. 7.9.2010 – 1 Ss 301/10.
\textsuperscript{2253} BGH, Urt. v. 15.3.2007 – 3 StR 486/06, NJW 2007, 1602; anders aber noch die Vorinstanz, LG Stuttgart, Urt. v. 29.9.2006 – 18 Ks 4 Js 63331/05, n.v.
\textsuperscript{2254} AG Sonthofen, becklink 190029.
\textsuperscript{2256} Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 131, Rz. 6.
verbotes solche Gewalttätigkeiten nicht erfasst. Nach der Einfügung des Begriffes „menschenähnliche Wesen“ ist § 131 StGB somit auch für Computerspiele, auch solche, die ausschließlich im Internet angeboten werden, anwendbar. Die Darstellung muss nach objektiven Maßstäben als menschenähnlich angesehen werden, wobei selbst bei Comic-Figuren, die ein „menschenähnliches“ Verhalten an den Tag legen, dieses Tatbestandsmerkmal vorliegen soll. Das Tatbestandsmerkmal der grausamen oder sonst unmenschlichen Gewalttätigkeit liegt vor, wenn über die Rechtswidrigkeit der Handlung hinaus eine besondere Verwerflichkeit besteht, sodass menschlich verständliche Tätigkeiten nicht darunter fallen, auch wenn sie rechtswidrig sind.

3. (Kinder-) Pornographie im Internet


Diese Vorschriften des Strafrechts, welche die Behandlung (kinder-) pornographischen Materials bezwecken, wurden durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (SexualdelÄndG) v. 27. Dezember 2003 neu strukturiert. Die §§ 184 ff. StGB erhielten dadurch folgende Struktur: § 184 StGB regelt die Strafbarkeit (einfacher) pornographischer, § 184a StGB diejenige gewalt- und tierpornographischer, § 184b StGB diejenige

2262 BGBl. I, Nr. 67 S. 3007.
kinderpornographischer Schriften, während § 184c StGB die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auch auf Rundfunk-, Medien- und Teledienste beinhaltet. Die Strafbarkeit kinderpornographischer Schriften, die in § 184b StGB geregelt ist, ist in verschiedene Handlungsweisen aufgeteilt. Nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB ist das Verbreiten dieser Schriften strafbar. Ein Verbreiten in Bezug auf das Internet liegt dabei vor, wenn die Datei auf dem Rechner des Internetnutzers angekommen ist, unabhängig von einer Übermittlung durch den Anbieter oder einem selbständigen Zugriff durch den Nutzer. § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB beinhaltet die Handlungsweisen des öffentlichen Ausstellens, Anschlagens, Vorführens oder der sonstigen öffentlichen Zugänglichmachung. Das öffentliche Zugänglichmachen ist dabei bereits dann erfüllt, wenn dem Nutzer ein Lesezugriff auf die Dateien ermöglicht wird. Abschließend wird gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB auch die Herstellung, Beziehung, Lieferung, Vorratshaltung, sowie das Anbieten, Ankündigen, Anpreisen, und die Einfuhr oder Ausfuhr kinderpornographischer Schriften zum Zwecke einer der in den Nummern 1 und 2 festgelegten Handlungsalternativen bestraft. Ein Problem, das in erster Linie das Internet betrifft, ergibt sich aus dem nicht eindeutigen Wortlaut des § 184b StGB in der Frage, inwieweit die Handlungen virtueller Personen, die als Kinder oder Jugendliche dargestellt sind, unter eine Strafbarkeit des § 184b StGB fallen. Nach dem Wortlaut des § 184b Abs. 2 StGB sind neben tatsächlichen Geschehnissen auch wirklichkeitsnahe Geschehnisse unter den Tatbestand des § 184b StGB zu subsumieren. Eine Darstellung durch offensichtlich virtuelle Personen kann aber wohl nicht als wirklichkeitsnahes Geschehen beurteilt werden. Für den Betrachter ist eindeutig zu erkennen, dass es sich bei einer solchen Darstellung nicht um tatsächliche Geschehnisse handelt. Eine solche bestehende Strafbarkeitslücke kann aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbotes auch nicht durch eine analoge Anwendung des § 184b StGB geschlossen werden. Insoweit ist die rechtliche Lage vergleichbar mit dem Tatbestand des § 131 StGB, bei dem die Darstellung virtueller Wesen vor der Einführung des Tatbestandsmerkmals „menschenähnliche Wesen“ auch nicht strafbar war. Die bestehende Regelungslücke sollte aber schnellstmöglich durch den Gesetzgeber geschlossen werden. Ein

2263 Nach § 11 Abs. 3 sind auch alle Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen wie Schriften zu behandeln.
2264 BGH, NSZ 2001, 569.
2265 BGH, NSZ 2001, 569.
aktueller Referentenentwurf von April 2014 zur Änderung des StGB berücksichtigt diesen Umstand allerdings leider noch nicht.\textsuperscript{2267}

Virtuelle Darstellungen können in derselben Weise wie reale Darstellungen das Schutzbedürfnis betreffen. Auch virtuelle Darstellungen lassen eine reale Nachahmung befürchten und sollten daher unter Strafe gestellt werden.\textsuperscript{2268}

Im Jahre 2009 wurde zwar das Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornographischen Inhalten in Kommunikationsnetzen (sog. \textit{Zugangserschwerungsgesetz}) beschlossen,\textsuperscript{2269} jedoch ist dieses aufgrund eines Nichtanwendungserlasses des Bundesinnenministeriums wirkungslos und wurde schließlich aufgehoben (s.u.).\textsuperscript{2270} Das für die Sperrung zuständige BKA wurde noch vor Inkrafttreten des Gesetzes in einem Schreiben vom Bundesinnenministerium angewiesen von der Sperrung von Internetseiten vorerst nicht Gebrauch zu machen. Daraufhin hatte die Bundesregierung am 28.12.2011 einen Gesetzesentwurf eingebracht, mit dem das Gesetz aus dem Jahr 2010 aufgehoben werden sollte.\textsuperscript{2271} Anstatt dass der Nutzer, der eine auf der Sperrliste des BKA verzeichnete Internetseite aufruft, auf eine Seite des BKA’s mit einem „Stopp-Schild“ umgeleitet wird, soll bei den Anbietern der Internetseiten, die sich regelmäßig im Ausland befinden, darauf hingewirkt werden, die kinderpornographischen Inhalte zu löschen. Da sich diese Vorgehensweise laut der damaligen Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger als sehr erfolgreich erwiesen hat und es die technischen Möglichkeiten erlauben, Internetsperren zu umgehen, wurde das Gesetz schließlich endgültig aufgehoben.\textsuperscript{2272}

4. \textbf{Jugendschutz im Internet}

Zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Gewaltdarstellungen und pornographischen Inhalten im Internet bestehen zum einen das Jugendschutzgesetz (JSchG) sowie der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV).

Der am 1.4.2003 in Kraft getretene JMStV dient dem Schutz der Menschenwürde und dem Jugend- schutz in Rundfunk und Telemedien (§ 1 JMStV) und gibt damit die Rahmenbedingungen des Kin-

\textsuperscript{2267} \url{http://www.computerundrecht.de/2014_04-28_RefE_zur_Umsetzung_europaeischer_Vorgaben_zum_Sexualstrafrecht.pdf} (zuletzt abgerufen am 15.08.2014); \textit{Gercke}, Referentenentwurf zur Umsetzung europäischer Vorgaben im Sexualstrafrecht, \url{http://www.computerundrecht.de/37195.htm} (zuletzt abgerufen am 15.08.2014).


\textsuperscript{2269} BGBl. I, S. 78.

\textsuperscript{2270} MMR-Aktuell 2010, 301090.

\textsuperscript{2271} NJW-Spezial 2011, 506.

\textsuperscript{2272} BGBl. I, S.2958.
der- und Jugendschutzes im Internet vor. Nach § 14 Abs. 2 JMStV wird eine Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) gebildet, deren Aufgabe die Prüfung der Einhaltung der Bestimmungen nach dem JMStV ist. Im Bereich des Internets umfasst die Zuständigkeit des KJM vor allem die Anerkennung von Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle im Sinne des § 19 JMStV (§ 16 S. 1 Nr. 2 JMStV) sowie die Anerkennung von Jugendschutzprogrammen (§ 16 S. 1 Nr. 6 JMStV). Anerkannte Selbstkontrollorgane nach § 19 JMStV sind neben „jugendschutz.net“ die Freiwillige Multimedia-Diensteanbieter e.V. (FSM), die FSK.online und der USK.online. Der JMStV differenziert zwischen absolut und relativ unzulässigen Angeboten. Die absolut unzulässigen Angebote sind in den § 4 Abs. S. 1 Nrn. 1-11 JMStV normiert. Hierbei handelt es sich um jugendgefährdende Angebote, die auch Erwachsenen nicht zugänglich gemacht werden dürfen.2273 Die in § 4 Abs. 2 Nr. 1-3 JMStV normierten relativ unzulässigen Angebote sind hingegen zulässig, sofern sichergestellt werden kann, dass diese nur Erwachsenen zugänglich gemacht werden, d.h. das Angebot lediglich einer „geschlossenen Benutzergruppe“ zugänglich gemacht wird.2274 Für die Einrichtung einer geschlossenen Benutzergruppe ist dabei ein effektives Altersverifikationssystem einzusetzen, das der Zulassung der KJM bedarf. Dieses muss den Zugang Minderjähriger tatsächlich komplett verhindern, um eine „effektive Barriere“ darzustellen. Die Angabe einer Personal- oder Reisepassnummer sowie die Postleitzahl des Ausstellungsortes seien nach Ansicht des BGH hingegen nicht ausreichend.2275 Vielmehr bedarf es einer persönlichen Identifizierung des Nutzers, etwa per Post-Ident oder durch Nutzung des Identitäts-Checks mit Q-Bit der Schufa.2276 Neben den in § 4 JMStV normierten Verbreitungsverboten, regelt der JMStV mit § 5 eine Verbreitungseinschränkung für entwicklungsbeeinträchtigende Angebote. Im Bereich der Telemedien muss der Anbieter dafür Sorge tragen, dass das Angebot getrennt von für Kinder bestimmten Angeboten verbreitet wird oder abrufbar ist. Dies soll u.a. durch sog. Jugendschutzprogramme i.S.d. § 11 JMStV sichergestellt werden, dessen Eignung wiederum von der KJM anerkannt werden muss (§11 Abs. 2 S. 1 JMStV). Welche Anforderungen ein Jugendschutzprogramm erfüllen muss, um von der KJM anerkannt zu werden, wird nicht durch den JMStV geregelt und stellte sich daher bislang als problematisch.

2273 Das erste obergerichtliche Urteil zu den inhaltlichen Anforderungen des JMStV erging durch das OLG Celle, Beschl. V. 13.2.2007 – 322 Ss 24/07, MMR 2007, 316.
2274 Hahn/Vesting, Rundfunkrecht Kommentar, § 4 JMStV, Rn. 81.
2276 Auer-Reinsdorff, Kinderschutz im Internet, FÜR 2012, 434.
Dennoch konnte die KJM im Februar 2012 erstmals zwei Jugendschutzprogramme nach § 11 Abs. 3 JMStV befristet auf 5 Jahre als geeignet anerkennen.

5. Beleidigungen im Internet


6. Hyperlinks


---

2277 Braml/Hopf, Jugendschutzprogramme, ZUM 2012, 361.
2278 Hierbei handelt es sich um eine Software des Hamburger Vereins JusProg e.V. und um ein Programm der Deutschen Telekom AG.
2281 Heckmann, NJW 2012, 2631.
werden, **wenn sie auf strafbare Inhalte verlinken.** Es könnte sich dabei um ein Verbreiten der auf der verlinkten Seite angebotenen Inhalte handeln. Eine solche Strafbarkeit kann sich aus einer Täterschaft oder aber einer sonstigen Beteiligung an der auf der verlinkten Seite begangenen strafrechtlich relevanten Handlung ergeben.\(^{2282}\) Während das *AG Stuttgart*\(^{2283}\) eine Verurteilung aufgrund des Setzens von Hyperlinks aussprach, wurde dieses Urteil in der Berufungsinstanz vom *LG Stuttgart* aufgehoben.\(^{2284}\) Das *LG* stellte dabei darauf ab, dass eine Strafbarkeit – wie im vorliegenden Fall wegen Volksverhetzung – durch das Setzen von Hyperlinks nicht vorliege, wenn der Linksetzer sich in einer ausführlichen Dokumentation von den Inhalten der betreffenden Seiten distanziere. Differenzierter wurde das Verfahren in der Revisionsinstanz vor dem *OLG Stuttgart* abgeschlossen.\(^{2285}\) Dieses sieht in der Verlinkung mit einer strafrechtlich relevanten Seite grundsätzlich auch dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, wenn sich der Linksetzer vom Inhalt der jeweiligen Seite distanziert.\(^{2286}\) Es handle sich insoweit um ein täterschaftliches Zugänglichmachen der Inhalte, selbst wenn diese auf Servern im Ausland lägen. Jedoch wandte das Gericht im vorliegenden Fall die Sozialadäquanzklausel des § 86 Abs. 3 StGB an, der eine Strafbarkeit der Volksverhetzung ausschließt, wenn das Zugänglichmachen der Inhalte aufklärerischen Zwecken dient. Das Ziel der Linksetzung sei dabei aus den Begleitumständen des Hyperlinks aus objektiver Sicht zu ermitteln.\(^{2287}\) Verallgemeinerungsfähig aus diesem Urteil ist wohl die Aussage, dass für die täterschaftliche Begehung eine Linksetzung ausreichen kann. Für die Sozialadäquanzklausel des § 86 Abs. 3 StGB ist dagegen auf die Gesamtumstände abzustellen.\(^{2288}\)

Das *BGH*-Urteil „**Schöner Wetten**“ befasste sich mit der Strafbarkeit der Hyperlink-Werbung für ausländische Glücksspiele.\(^{2289}\) Es handelte dabei aus strafrechtlicher Sicht die Straftatbestände der §§ 284 StGB ab, die inzident einen Verstoß gegen die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit i.S.d. § 3 UWG darstellten. Das Strafanwendungsrecht führt zu einer Zuständigkeit deutscher Gerichte. Dies wird insbesondere durch § 284 Abs. 4 StGB bestärkt. Zu Rechtsunsicherheiten führt jedoch die *EuGH*-Entscheidung „**Gambelli**“, die sich unter anderem mit der Niederlassungsfreiheit gem.
Art. 49 AEUV und der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 52 AEUV beschäftigt. Der EuGH hielt in diesem Fall das strafbewehrte Verbot der Vermittlung von in Italien nicht genehmigten Sportwetten für europarechtswidrig, da dessen Motivation primär fiskalpolitischer Natur und somit ungeeignet war, die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken. Ausdrücklich verwies er aber auf Einschränkungsmöglichkeiten zur Gefahrenabwehr. Der BGH hat die Anwendbarkeit des § 284 StGB aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses angenommen. Unklar ist, ob und wenn ja, inwieweit sich das Urteil des EuGH vom 8. September 2010 auf eine Strafbarkeit nach § 284 StGB auswirkt. Der EuGH entschied, dass der Glücksspiel-Staatsvertrag (GlüStV) gegen die Grundfreiheiten der Union verstößt und auch während der Zeit, die erforderlich ist, um ihn mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen, nicht weiter angewandt werden darf.

Insgesamt bleibt zu resümen, dass die Haftung für Hyperlinks weder auf nationaler noch auf EU-Ebene eine einheitliche Regelung erfahren hat. Die Strafbarkeit hängt in diesem Bereich vom Einzelfall ab. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass für eine Teilnahmestrafbarkeit bedingter Vorsatz erforderlich ist, sowie eine nach deutschem Strafrecht zumindest tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat vorliegen muss. Eine solche Haupttat kann bei eindeutig nicht an den deutschen Internetnutzer adressierten Internetangeboten kaum angenommen werden.

7. Viren, Würmer, Trojaner, Spyware


Ein Wurm verbreitet sich dagegen über Netzwerke und verbraucht Ressourcen auf den infizierten Computern. Die zusätzliche Belastung, die durch die selbständige Verbreitung der Würmer entsteht, kann einen so hohen Ressourcenverbrauch darstellen, dass dadurch ein erheblicher wirtschaftlicher

---

Schaden entsteht. Außerdem können Würmer die Belastung von Programmen, wie z.B. Firewalls oder Mailserver erhöhen, so dass diese langsamer arbeiten oder überlastet werden.

Als Trojanisches Pferd oder auch Trojaner werden Programme bezeichnet, die sich vordergründig als nützliche Programme darstellen, im Hintergrund aber ohne Wissen des Anwenders andere Funktionen ausfüllen, wie z.B. das Ausspionieren von Passwörtern.


2297 So auch Eichelberger, MMR 2004, 594, 595; Ernst, NJW 2003, 3233, 3238.
2298 Ernst, NJW 2003, 3233, 3238.
2299 Eichelberger, MMR 2004, 594, 595.
sich dieser aufgrund seiner Programmierung selbständig und ohne Wissen des Computerinhabers verbreitet, entfällt.\textsuperscript{2301} Das Einwählen in ein unverschlüsselt betriebenes Funknetzwerk erfüllt weder den Tatbestand des unbefugten Abhörens von Nachrichten nach §§ 89 Satz 1, 148 Abs. 1 TKG, des unbefugten Abrufens oder Verschaffens personenbezogener Daten nach §§ 43 Abs. 2 Nr. 3, 44 BDSG, des Ausspähens von Daten nach § 202a StGB, des Computerbetrugs nach §§ 263a Abs. 1, 263 Abs. 2, 22 StGB noch des Erschleichens von Leistungen nach § 265a StGB.\textsuperscript{2302}

8. Phishing, Pharming

Als \textbf{Phishing} wird der Versuch bezeichnet, mit Hilfe von Spam-E-Mails an persönliche Daten der Internetnutzer zu gelangen. Es handelt sich hierbei meist um Versuche Dritter, Bankkunden zur Preisgabe ihrer Zugangsdaten zu bewegen. Der Internetnutzer wird dabei durch eine gefälschte E-Mail aufgefordert, eine bestimmte Webseite aufzusuchen. Die mit diesem Link aufgerufene Seite sieht die der Bankseite täuschend ähnlich, sodass der Nutzer der Meinung ist, er befinde sich auf der tatsächlichen Seite des Institutes. Im weiteren Verlauf wird der Nutzer gebeten, bestimmte persönliche Daten, wie Passwörter, PIN- oder TAN-Nummern einzugeben. Diese Daten werden durch den Phisher abgezapft, der sie sodann selbst unbefugt benutzen kann.\textsuperscript{2303} Die Strafbarkeit des Phishings wurde auch durch das 41. Strafänderungsgesetz, welches am 11. August 2007 in Kraft getreten ist, nicht hinreichend geregelt, sodass die Erfassung dieser neuen Begehungsweise durch das geltende Strafrecht nach wie vor im Einzelnen umstritten ist. In Betracht für eine Strafbarkeit kommen die Tatbestände des Betrugs nach § 263 StGB, des Vorbereitens eines Computerbetruges nach § 263a Abs. 3 StGB, des Ausspähens von Daten nach § 202a StGB, der Fälschung beweiserheblicher Daten nach § 269 StGB, sowie der Datenveränderung und der Computersabotage nach §§ 303a Abs. 1, 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Darüber hinaus sind auch die Tatbestände der §§ 143, 143a MarkenG und §§ 106 ff. UrhG für die strafrechtliche Beurteilung heranzuziehen. Bei der Beurteilung der Strafbarkeit des Phishings sollte zunächst zwischen Datenbeschaffung und der anschließenden Verwendung der erlangten Daten unterschieden werden. Durch das Verschicken der Phishing-E-Mail macht sich der Täter zunächst einmal gem. § 269 StGB wegen Fälschung beweiserheblicher Daten strafbar.\textsuperscript{2304} Demnach liegt eine rechtlich relevante und zum Beweis bestimmte Gedankenerklärung vor, da der Absender den Eindruck erweckt, dass er den Empfänger zu einer vertragsmäßigen Mitwir-

\textsuperscript{2301} Libertus, MMR 2005, 507, 512.
\textsuperscript{2303} Popp, MMR 2006, 84; Borges, NJW 2005, 3313.
\textsuperscript{2304} Stuckenberg, ZStW (118) 2006, 878; Heghmanns, wistra 2007, 167.
Ergebnis um eine nach § 270 StGB fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung, die einer Täuschung im Rechtsverkehr gleichsteht.  


In einer Weiterentwicklung des Phishings, dem **Pharming** wird innerhalb des Computers die Zuordnung der IP-Adressen manipuliert, so dass der Internetnutzer zwar die richtige Adresse in die Browserzeile eingibt, diese aber mit einer anderen als der gewollten Seite verknüpft ist, welche wiederum die eigentlich gewollte Seite täuschend echt nachbildet. Hierbei werden die geheimen Daten ohne „Mithilfe“ des Nutzers ausgespäht. Bei beiden Varianten handelt es sich um einen

---

Missbrauch der Umgebung des Internets. **Pharming** dagegen ist als Computerbetrug gem. § 263a StGB strafbar, da direkt in den Datenverarbeitungsvorgang des Computers eingegriffen wird, indem die Zuordnung der Domain mit der IP-Adresse vertauscht wird. Außerdem ist es als Datenveränderung zu qualifizieren und deshalb auch gem. § 303a StGB strafbar, wie auch als Computersabotage nach § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB.\(^{2316}\) Das Bereitstellen des eigenen Kontos zur Annahme des durch Phishing- oder Pharming-Attacken transferierten Geldes stellt eine Beihilfe zu den oben genannten Delikten dar.\(^{2317}\) Kommt diese Bereitstellung der Konten einer Privatperson ausschließlich durch Internet- oder E-Mail-Kontakte zu Stande, muss der Kontoinhaber davon ausgehen, dass es sich um illegales Geld handelt, das aus Computerbetrügereien entstanden ist. Daher kommt für den Kontoinhaber eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche in Betracht.\(^{2318}\)

Von Nutzern des Online-Bankings wird mittlerweile erwartet, dass sie über geeignete Sicherheitseinrichtungen verfügen und diese, ebenso wie das Betriebssystem und die verwendete Software, regelmäßig aktualisieren um so eventuellem Missbrauch vorzubeugen. Ferner wird von ihnen ein gründlicher Umgang mit E-Mails insoweit gefordert, dass deutliche Hinweise auf gefälschte E-Mails erkannt werden müssen; Anhaltspunkte sind hier etwa sprachliche Fehler, abweichende Internetadressen sowie unverschlüsselte Verbindungen. Werden diese Vorkehrungen nicht getroffen, liegt Leichtfertigkeit beim Geschädigten vor.\(^{2319}\)

9. **DDoS-Attacken (Distributed Denial of Service)**


\(^{2316}\) Popp, MMR 2006, 84, 86.

\(^{2317}\) AG Hamm, Urt. v. 5.9.2009 – 10 Ds 101 Js 244/05–1324/05, CR 2006, 70.


gungsvorgang unterbrochen wird oder der Betreiber der Webseite diese nicht mehr erreichen kann und die Daten daher seiner Verfügungsmöglichkeiten entzogen sind. Die Strafbarkeit ergibt sich nunmehr auch aus § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB (Computersabotage), die die Eingabe oder Übermittlung von Daten bestraft, wenn dies in der Absicht geschieht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Es sind also insbesondere DoS und DDoS-Angriffe erfasst. Auch die Veränderung des Datenbestandes an den manipulierten Computern, die zu einem vordefinierten DDoS-Angriff führt, stellt eine Datenveränderung an diesem Computer gem. § 303a StGB dar.


2321 Ernst, NJW 2003, 3233, 3238.
2323 Ernst, DS 2007, 335; BT-Drs. 16/3656, S. 13.
2324 Ernst, NJW 2003, 3233, 3239.
2326 OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.5.2006 – 1 Ss 319/05, CR 2006, 684.
2327 OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.5.2006 – 1 Ss 319/05, CR 2006, 684.
2328 A.A. zu diesem Bereich Kraft/Meister, MMR 2003, 366, 370, die Online-Demonstrationen mit Sitzblockaden gleichsetzen und daher eine Strafbarkeit wegen Nötigung bejahen.

10. Dialer

In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit nach §§ 202a, 263, 263a und 303a StGB bei Dialern, die sich ohne Wissen des Nutzers auf dessen Rechner installiert und die Internetverbindungsdaten derart verändert haben, dass eine Einwahl in das Internet ausschließlich über die Nummer des Dialers erfolgt. Zu beachten ist jedoch, dass der Nutzer die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Dialer sich heimlich installiert hat. In gleicher Art und Weise zu bestrafen sind Dialer, die über die beabsichtigte Nutzung hinaus auch in anderen als den beabsichtigten und dem Nutzer

2330 Eichelberger, DuD 2006, 490, 495.
2332 Beck’scher TKG-Kommentar/Schütz, § 6 TKG, Rn. 33.
2334 Weidemann, BeckOK StGB, § 202a, Rz. 16.
bekannten Fällen die hochpreisige Internetverbindung des Dialers benutzen. Die Strafbarkeit nach § 202a StGB entfällt dabei, da der Dialer selbst weder dem Versender des Dialers noch irgendeinem Dritten selbständig Daten zusendet. Lediglich in den Fällen, in denen ein Dialer mit einem Trojaner verbunden ist, der Daten ausspionieren soll, kommt eine Strafbarkeit nach § 202a StGB in Betracht,2336 wobei diese die Funktionsweise des Trojaners und nicht des Dialers betrifft.

Dagegen liegt eine Strafbarkeit nach § 303a StGB vor, wenn sich der Dialer ohne Wissen des Nutzers installiert, weil der Dialer die Daten des Internetzugangs verändert.2337 Dies gilt auch für die Fälle, in denen sich der Dialer über die beabsichtigte Nutzung hinaus ins Internet einwählt, da in diesem Fall zwar der Nutzer selbst eine Datenveränderung durchgeführt hat, nämlich für die beabsichtigte Einwahl, die Veränderung der Daten, die über diese Einwahl hinausgehen, aber ohne Wissen des Nutzers verändert wurden.2338

Auch ein Computerbetrug nach § 263a StGB liegt vor, da der Nutzer durch die Installation insoweit getäuscht würde, dass er entweder nur für die Anwahl bestimmter Seiten oder aber nie den überhöhten Preis bezahlen müsse.2339 Daneben liegt auch der Betrugstatbestand gem. § 263 StGB bei der Verwendung von Dialern vor. Die für eine Betrugsstrafbarkeit erforderliche Vermögensverfügung besteht in dem aktiven Benutzen des Dialers und damit der überteuerten Verbindung ins Internet. Ein Verfügungsbeswusstsein ist insofern nicht erforderlich.2340 Der Vermögensschaden, der laut Buggisch „unproblematisch gegeben sein dürfte“, stellt sich aber als schwieriger zu beurteilen dar. Die Rechtsprechung verneint im Hinblick auf zivilrechtliche Zahlungsansprüche der durch Dialer entstandenen Kosten einen solchen Anspruch,2342 bzw. steht einem Rückzahlungsanspruch positiv gegenüber, wenn die Zahlung unter Vorbehalt erfolgte.2343 Aufgrund der eindeutigen Rechtsprechung besteht somit keine Zahlungspflicht des Nutzers, sodass eine Vermögensgefährdung nicht eingetreten sein könnte. Jedoch ist anerkannt, dass eine Vermögensgefährdung bereits dann vorliegt, wenn das Risiko eines Prozesses droht, in welchem dem Nutzer verschiedenenartige Nach-
weisproblematiken entstehen könnten. Ein Vermögensschaden ist insoweit also ebenfalls, zumindest in Form einer konkreten Vermögensgefährdung durch die Einwahl in das Internet über einen Dialer, anzunehmen. Auch die Qualifikationsstatbestände des § 263 StGB können bei Dialern vorliegen, z.B. wenn die Installierung eines Dialers gewerbsmäßig erfolgt. Die letztgenannten Tatbestände des § 263a StGB und des § 263 StGB sollen im vorliegendem Fall – entgegen der herrschenden Meinung, die eine Subsidiarität des § 263a StGB annimmt – in Idealkonkurrenz stehen, um die Doppelfunktion des Dialers, nämlich einerseits die Täuschung des Menschen, andererseits aber auch den Eingriff in den Datenverarbeitungsprozess darzulegen.

11. IP-Spoofing und Portscanning

Für die Strafbarkeit des IP-Spoofings muss also zwischen dem echten und dem unechten IP-Spoofing unterschieden werden. Das echte IP-Spoofing stellt eine Täuschung im Rechtsverkehr bei der Datenverarbeitung gem. § 269 StGB dar. Der Hacker entfernt bei den von ihm versendeten Datenpaketen, die (zum Beweis im Rechtsverkehr erhebliche) eigene IP-Nummer und fügt eine andere, fremde IP-Nummer dem Datenpaket bei. Er verändert damit beweiserhebliche Daten und

2344 Fülling/Rath, JuS 2005, 598, 600.
2346 Tröndle/Fischer, § 263a Rz. 38; Lackner/Kühl, § 263a Rz. 27; Cramer, in: Schöneke/Schröder, § 263a Rz. 41.
2348 Weidemann, BeckOK StGB, Computerkriminalität, Rz. 8.
2349 Weidemann, BeckOK StGB, Computerkriminalität, Rz. 11.
2350 Rinker, MMR 2002, 663, 664.
spiegelt dem Empfänger einen anderen als den tatsächlichen Versender vor. Eine Strafbarkeit nach § 303a StGB liegt beim echten IP-Spoofing nicht vor. Der Hacker verändert zwar Daten, jedoch fehlt es an einem Zugriff für Dritte auf diese Daten. Der Tatbestand des § 303a StGB muss aber aufgrund seines Schutzzweckes und des typischen Unrechts der Vorschrift des § 303a StGB, nämlich dass jemand anderes als der Täter von der Tat betroffen sein muss, insoweit eingeschränkt werden. Der Zugriff muss daher auch für Dritte möglich sein, da ansonsten für den Dritten kein Interesse an diesen Daten besteht.\footnote{Diese Einschränkung des Tatbestandes befürwortet auch Rinker, MMR 2002, 663, 664 m.w.N.} Das unechte IP-Spoofing ist dagegen sowohl nach § 269 StGB strafbar, als auch nach § 303a StGB. Die strafbare Handlung in Bezug auf § 269 StGB liegt dabei auf dem Gebrauchen gefälschter Daten (der IP-Adresse des gekaperten Anschlusses), während die Datenveränderung nach § 303a StGB in der Vorspiegelung eines anderen als des wahren Versenders der Daten liegt.

Für das Portscanning kommt die Anwendbarkeit mehrerer strafrechtlicher Vorschriften in Betracht. Es könnte sich dabei um Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB, um eine Datenveränderung nach § 303a StGB oder eine Computersabotage nach § 303b StGB handeln. Eine Strafbarkeit nach § 202a StGB entfällt, weil das reine Portscanning sich noch außerhalb einer durch Sicherungsmaßnahmen geschützten Sphäre des angegriffenen Nutzers abspielt. Durch das Portscanning verschafft sich der Angreifer also noch keinen Zugang zu besonders gesicherten Daten. Zwar kann daran gedacht werden, dass bereits der Schutz vor Portscanning durch eine Protokollierungssoftware des Nutzers, die Portscanning-Angriffe protokolliert, besteht. Jedoch genügt die reine Protokollierung nicht als geeignete Schutzmaßnahme i.S.d. § 202a StGB,\footnote{So auch Rinker, MMR 2002, 663, 665 m.w.N.} da sie lediglich der Beweissicherung dient. Es besteht daher keine Strafbarkeit nach § 202a StGB.\footnote{Für eine Strafbarkeit hingegen Weidemann, BeckOK StGB, § 202a, Rz. 15, m.w.N.} Dagegen ist eine Strafbarkeit des Portscanning anzunehmen, wenn dieses als Mittel für einen DoS-Angriff benutzt wird, weil dadurch Daten i.S.d. § 303a StGB unterdrückt werden. Da für eine Datenunterdrückung das zeitweilige Entziehen der Verwendungsmöglichkeit der Daten für den Berechtigten genügt, liegt eine Strafbarkeit nach § 303a StGB vor.\footnote{Handelt es sich bei der angegriffenen Datenverarbeitung um eine solche von wesentlicher Bedeutung für einen fremden Betrieb, ein fremdes Unternehmen oder eine Behörde, liegt auch eine Strafbarkeit nach § 303b StGB vor.}
12. **Einstellung von mangelbehafteten Angeboten ins Internet einschl. der Nutzung fremder Accounts („Account-Takeover“)**


13. **Filesharing**


---


\(^{2358}\) Frank, K&R 2004, 577, 578.
rechtsreform wurde § 53 UrhG auf offensichtlich rechtswidrig hergestellte (!) Vorlagen beschränkt und nicht auf die Rechtmäßigkeit der öffentlichen Zugänglichmachung durch den Anbieter.\footnote{Vgl. Frank, K&R 2004, 577, 579.}


14. Film-Streaming


Eine richtlinienkonforme Auslegung mit Verweis auf Erwägungsgrund 33 der Info-RL würde zu dem Schluss kommen, dass eine rechtmäßige Nutzung nur dann vorliegt, wenn sie vom Rechtein- haber zugelassen bzw. durch eine Schranke gedeckt wäre. Dies hätte jedoch zur Folge, dass die Re-

Eine interessengerechte Lösung könnte sich jedoch dadurch erreichen lassen, dass der Rechtsgedanke aus § 53 Abs. 1 UrhG auf § 44a Nr. 2 UrhG übertragen wird. Eine rechtmäßige Nutzung liegt mithin vor, wenn die Vorlage nicht offensichtlich rechtswidrig hergestellt oder offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wird. Sofern die Rechtswidrigkeit der Vorlage für den Nutzer subjektiv erkennbar ist, darf er keine Privatkopie anfertigen. Das Ansehen von Filmen im Internet mittels Streaming greift zwar in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers gem. § 16 Abs. 1 UrhG ein, ist jedoch im Ergebnis durch die Schrankenbestimmungen des § 53 Abs. 1 UrhG und des § 44a Nr. 2 UrhG gerechtfertigt.

V. Strafprozessrecht

1. Vorratsdatenspeicherung und verdeckte Online-Durchsuchung

Nicht nur im materiellen Strafrecht, sondern auch im Bereich des Strafprozessrechts finden sich internetspezifische Regelungen. Besonders in der Diskussion stehen hier vor allem die Vorratsdatenspeicherung sowie die verdeckte Online-Durchsuchung.

Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung wurde in dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen umgesetzt, welches

---

2373 Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677.
2374 So Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677; Mitsdörffer/Gutleisch, MMR 2009, 731.
zum 1. Januar 2008 in Kraft trat. § 113a TKG\(^{2377}\) sah darin eine Speicherungsverpflichtung von Verkehrsdaten für Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten für die Dauer von sechs Monaten vor. Zu den zu speichernden Daten gehörten insbesondere Rufnummern des anrufigenden und angerufenen Anschlusses, Beginn und Ende der Verbindung nach Datum und Uhrzeit sowie im Falle von Internetzugangsdiensten auch die verwendete IP-Adresse. Anbieter von E-Mail-Diensten hatten zusätzlich die E-Mail-Adresse des Absenders und des Empfängers sowie den Zeitpunkt des Zugriffs auf das vom Provider zur Verfügung gestellte Postfach zu dokumentieren. Ausdrücklich nicht von diesen Pflichten erfasst waren dabei die Hochschulen, was sich aus der Begründung zum Kreis der Verpflichteten im Regierungsentwurf ergab. Die nach § 113a TKG erhobenen Daten durften dabei gem. § 113b TKG nur zur Verfolgung von Straftaten, zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Verfassungsschutzes, des BND und des MAD verwendet werden. Vor der Umsetzung der Richtlinie waren die §§ 100g, 100h StPO als reiner Auskunftsanspruch der staatlichen Ermittlungsbehörden gegenüber den Telekommunikationsunternehmen ausgestaltet. Auskunftspflichtig waren solche Unternehmen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbrachten oder daran mitwirkten, also etwa Access-Provider, aber auch Mailbox-Betreiber oder andere Online-Dienste. Die Anwendung der Vorschriften setzte eine Straftat von erheblicher Bedeutung oder aber eine mittels Telekommunikationsendeinrichtung begangene Straftat voraus. Zu letzteren zählten mittels Telefon, Internet oder E-Mail begangene Straftaten. Hintergrund dieser gegenüber der 1. Alternative geringeren Eingriffsschwelle war die technisch bedingte fehlende anderweitige Aufklärungsmöglichkeit der Taten. Inhaltlich war der Auskunftsanspruch auf einzelne in § 100g Abs. 3 StPO aufgezählte Verbindungsdaten – nach neuerer Terminologie Verkehrsdaten – gerichtet. Hierunter fiel auch die für die technische Adressierung im Internet notwendige dynamische IP-Adresse. Der Auskunftsanspruch stand unter Richtervorbehalt, bei Gefahr im Verzug stand auch der Staatsanwalt die Anordnungsbefugnis zu. Auskunftsersuchen konnten auch über in der Zukunft anfallende Gesprächsdaten angeordnet werden. Problematisch war die Situation, in welcher die Auskunft suchende Stelle die IP-Adresse bereits erhoben hatte und vom Telekommunikationsunternehmen lediglich die dahinter stehende Person bzw. deren Anschrift ermitteln wollte. Hier stellte sich die Frage, ob das Auskunftsersuchen auf die unter Richtervorbehalt stehenden §§ 100g, 100h StPO gestützt werden musste oder das Auskunftsverfahren nach § 113 TKG einschlägig war, welches lediglich den Zweck einer Gefahrenabwehr erfordert. Nach Ansicht der Rechtsprechung handele es sich bei Na-

\(^{2377}\) § 113a TKG wurde am 2.3.2010 vom BVerfG für verfassungswidrig und nichtig erklärt, s. unten.


2379 Bejahend: AG Berlin, Urt. v. 27.3.2007 – 5 C 314/06, DuD 2007, 856.
2380 AG Berlin Mitte, Urt. v. 27.3.2007, DuD 2007, 856.

2382 BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, CR 2010, 232 = NJW 2010, 833.
2383 OLG München, Beschl. v. 27.5.2010 – 2 Ws 404/10, MMR 2010, 793.
2384 Siehe zum Urteil des BVerfG vom 2.3.2010 insbesondere: Eckhardt/Schütze, CR 2010, 225; Westphal, EuZW 2010, 494; Otto/Seitlinger, Medien und Recht 210, 59; Breyer, NJW 2010 NJW-aktuell Nr. 18, 12; Wolff, NVwZ 2010, 751.
2385 BGH, Beschl. v. 4.11.2010 – 4 StR 404/10, NJW 2011, 467; so auch BGH, Beschl. v. 18.1.2011 – 1 StR 663/10, ZWH 2011, 97 = CR 2011, 371 in Bezug auf die einstweilige Anordnung des BVerfG v. 11.3.2008 = NJW 2011, 1377.

Die Frage einer erneuten Umsetzung der Richtlinie RL 2006/24/EG stellt sich nicht mehr seit der EUGH diese im April 2014 für ungültig erklärt hat. Ob erneut ähnliche Regelungen verabschiedet werden ist bisher nicht absehbar.

Bei der **verdeckten Online-Durchsuchung** werden in Verdacht stehende Computer mit Hilfe vom Staat eingeschleuster Software (Trojaner) auf illegale Inhalte durchsucht. Die dabei gewonnenen Informationen werden dann an die Ermittlungsbehörde zurückgesendet. All dies geschieht ohne Wissen des Beschuldigten. Dieser Praxis hat der BGH jedoch bereits mit Beschluss vom 31. Januar 2007 eine Absage erteilt. Die **verdeckte Online-Durchsuchung** sei durch keine der in Betracht kommenden Normen der StPO gedeckt. Insbesondere greife § 102 StPO (Durchsuchung beim Verdächtigen) nicht, weil es hierfür an der erforderlichen Erkennbarkeit für den Beschuldigten fehle. Auch die §§ 100a, 100b StPO, die aufgrund des fehlenden Wissens des Beschuldigten mit der Lage bei der Online-Durchsuchung vergleichbar seien, sind nicht anwendbar, da für diese Befugnisnormen deutlich höhere Anforderungen an die Zulässigkeit zu stellen seien. Außerdem seien Gegenstand dieser Normen nur Daten im Informationsfluss, während bei der verdeckten Online-Durchsuchung gespeicherte Informationen abgerufen würden. Auch andere Befugnisnormen der Strafprozessordnung gestatteten die verdeckte Online-Durchsuchung nicht. Die verdeckte Online-Durchsuchung greift damit in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Beschuldigten ohne Rechtfertigung ein und stellt somit einen unzulässigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeits-

---

recht nach Art. 2. Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG des Beschuldigten dar. Daher sind durch eine verdeckte Online-Durchsuchung erlangte Beweismittel nicht verwertbar.


2. E-Mail-Überwachung und Beschlagnahme von E-Mails


verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) handelt oder um einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Das BVerfG nimmt spätestens nach dem Download der E-Mail auf den Computer des Adressaten einen abgeschlossenen Telekommunikationsvorgang an und lehnt daher in dieser Fallgestaltung einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis ab.\(^{2390}\)

Der **Zugriff auf die E-Mails auf dem Computer des Adressaten** stellt lediglich einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG (und gegebenenfalls in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG) dar. Dabei seien die §§ 94 und 102 ff. StPO jedoch geeignete Ermächtigungsgrundlagen für den Zugriff.\(^{2391}\) Möglicherweise zu kritisieren ist an diesem Urteil, dass bei vielen E-Mail-Anbietern neben dem einmaligen Download und der darauffolgenden Löschung der E-Mail vom Server auch die Möglichkeit besteht, die E-Mail auf den eigenen Computer zu kopieren und somit eine Kopie der E-Mail weiterhin auf dem Server zu belassen. Dabei stellt sich dann die Frage, wann der Telekommunikationsvorgang in diesem Fall beendet sein soll, nach dem ersten Download der E-Mail oder etwa überhaupt nicht?

Daneben besteht noch die Möglichkeit, **direkt auf dem Server des Providers** auf die E-Mail zuzugreifen. Inwieweit ein solcher Zugriff über eine analoge Anwendung der §§ 94, 98, 99 StPO erfolgen kann\(^{2392}\) oder auf die Ermächtigungsgrundlage der §§ 100a ff. StPO zurückgegriffen werden muss,\(^{2393}\) ist streitig. Bär unterscheidet dabei zwischen drei Phasen: dem Eingehen der Mail auf dem Server, der Zwischenspeicherung und dem Abrufen der Mail durch den Adressaten. In Phase 1 und 3 sei der § 100a StPO als geeignete Ermächtigungsgrundlage anzusehen, während für Phase 2, die §§ 94, 98 StPO anzuwenden seien.\(^{2394}\) Sowohl der BGH als auch das BVerfG haben sich nunmehr im Jahr 2009 mit den rechtlichen Maßgaben für die Sicherstellung von E-Mails beim Provider befassd und gelangen dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der BGH\(^{2395}\) zieht in seiner jüngsten Entscheidung bei der Behandlung der Beschlagnahme von E-Mails beim Provider ausdrücklich eine Parallele zur Briefpostbeschlagnahme: Bei den beim Provider gespeicherten E-Mails – ob bereits

\(^{2394}\) Bär, MMR 2003, 679; MMR 2000, 175.
\(^{2395}\) *BGH*, Beschl. v. 31.3.2009 – 1 StR 76/09, MMR 2009, 391 = NJW 2009, 1828.
gelesene oder ungelesene – fehle es an einem dem von Art. 10 Abs. 1 GG geforderten „Telekommunikationsvorgang“. Dieser sei gerade mit der Speicherung in der Datenbank des Providers abgeschlossen und ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 GG daher nicht gegeben. Wegen der durch den BGH angeführten Parallele zu der Briefpostbeschlagnahme sei § 99 StPO für solche Zugriffe der Ermittlungsbehörden anwendbar. § 99 StPO enthält im Gegensatz zu § 100a StPO keine Beschränkung auf schwere Straftaten, gestattet aber andererseits lediglich die Beschlagnahme von „Postsendungen“, die sich an den Beschuldigten richten oder von einem Beschuldigten herrühren und verfahrensrelevant sind. Allerdings urteilte der BGH,2396 dass die Anordnung der Beschlagnahme des gesamten auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mail-Bestands eines Beschuldigten nicht rechtmäßig sei, da sie regelmäßig gegen das Übermaßverbot verstoße. Zudem sei der Beschuldigte auch dann über die Beschlagnahme der in seinem elektronischen Postfach gelagerten E-Mail-Nachrichten zu unterrichten, wenn die Daten auf Grund eines Zugriffs beim Provider auf dessen Mailserver sichergestellt werden.


– wie in § 100a StPO gefordert – einer Beschränkung auf schwere Straftaten. Es reiche für eine Beschlagnahme vielmehr aus, wenn die Voraussetzungen des § 94 StPO erfüllt seien.\textsuperscript{2398}

Durch die Entscheidung des \textit{BVerfG} entsteht bei der Auslegung des Art. 10 Abs. 1 GG eine neue Abstufung. Nicht für jeden Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG gelten die strengen Schranken des § 100a StPO; die Beschlagnahme der E-Mails greife zwar – wie das Abhören – in Art. 10 Abs. 1 GG ein, der Eingriff wiegt jedoch nicht so schwer und ist daher unter erleichterten Voraussetzungen zulässig. Dennoch seien besondere Anforderungen im Hinblick auf den Schutz von Art. 10 GG zu berücksichtigen. Es seien zunächst Maßnahmen zu ergreifen, die möglichst wenig beeinträchtigend für den Empfänger sind und sich allein auf die Sichtung beweisrelevanter Nachrichten beim Provider richten. Erst wenn dies nicht möglich oder übermäßig aufwendig sei, dürfen Nachrichten sichergestellt und extern gesichtet werden. Stets sei darauf zu achten, dass der private Kernbereich respektiert wird, indem solche Nachrichten gar nicht erst erhoben oder sofort nach Kenntnis hiervon gelöscht werden. Dies bedeutet für die Provider, dass sie die Mails den Strafverfolgungsbehörden herauszugeben haben, unabhängig davon, ob diese bereits gelesen wurden oder nicht. Dafür ist ein richterlicher Beschluss vorzulegen. Auswirkungen hat die Aussage, dass das Fernmeldegeheimnis fort gilt, auch wenn die Nachricht auf dem Server des Empfängers angekommen ist, auf den Umgang mit Viren und Spam-Mails, die nun nicht eigenmächtig gelöscht werden dürfen.\textsuperscript{2399}

Im Gegensatz dazu sind in der Literatur nach der Entscheidung des \textit{BVerfG} auch Stimmen laut worden, welche einen Zugriff auf E-Mail-Konten nur unter den erhöhten Anforderungen der §§ 100a, 100b zulassen.\textsuperscript{2400}

3. \textbf{Hinzuziehung von Dritten im Ermittlungsverfahren}

Die Staatsanwaltschaft kann sich während des Ermittlungsverfahrens der \textbf{Hilfe von Sachverständigen bedienen (§ 161a StPO)}. Sie kann den Sachverständigen selbst bestimmen (§ 161a i.V.m. § 73 StPO), dabei muss sie aber das Gebot der Unparteilichkeit beachten. Bei Ermittlungen im Hinblick auf Urheberrechtsverletzungen hat es sich eingebürgert, dass die Staatsanwaltschaft als Sachverständige die Mitarbeiter der Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen e.V. (GVU), einer Organisation von Unternehmen der Film- und Software-Entertainmentbranche und ihrer nationalen und internationalen Verbände, die sich der Bekämpfung von Produktpiraterie im

\textsuperscript{2400} Vgl. Gaede, StV 2009, 96.
Bereich des Urheberrechts widmet, hinzuzieht. Die GVU sieht ihre Aufgabe in der „Aufdeckung von Verstößen gegen die Urheberrechte ihrer Mitglieder und die Mitteilung dieser Verstöße an die Strafverfolgungsbehörden“. Bei ihren Mitarbeitern handelt es sich um Privatpersonen, deren Gegenwart bei strafprozessualen Maßnahmen, wie einer Durchsuchung, grundsätzlich nicht unzulässig ist, solange die Hinzuziehung für den Fortgang der Ermittlungen erforderlich ist. Insbesondere im Hinblick auf Personen, die selbst ein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, muss diese Erforderlichkeit besonders geprüft werden.


Die erforderliche Gebotenheit der Hinzuziehung eines „parteilichen“ Sachverständigen liegt in der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen gerade nicht vor. Das Aufspüren und die Identifizierung von Raubkopien auf einem Computer stellen keine derart komplizierte technische Anforderung an den Sachverständigen, dass ausschließlich die Hinzuziehung eines Mitarbeiters der GVU in Betracht kommt. Auch die Ermittlungsbehörden sind in der Lage diese Auswertung selbständig durchzuführen. In diesem Verfahren ergab sich außerdem die Besonderheit, dass Computer und CDs der GVU zur Untersuchung überlassen wurden. Auch dieses Verhalten verstoße gegen die Strafprozessordnung, da zwar eine Delegierung an andere Ermittlungspersonen während des Ermittlungsverfahrens möglich ist, nicht jedoch aus-

---

Die Homepage der GVU ist unter www.gvu.de zu erreichen.


OLG Hamm, Beschl. v. 16.1.1986 – 1 VAs 94/85, MDR 1986, 695 – NSIZ 1986, 326 m.w.N.


schließlich an Sachverständige ohne vorherige Sichtung. Interessant ist auch, dass die Staatsanwältschaft diese Unterlagen nicht einem bestimmten Sachverständigen, sondern der GVU als Organisation überlassen hat. Auch dieses Vorgehen verstoße gegen § 110 StPO, so das LG Kiel. 


Anhang: Musterverträge

1. Einkaufsbedingungen

1.1 Der Lieferant verpflichtet sich, der XXX das Eigentum an den vereinbarten Liefergegenständen frei von Rechten Dritter zu verschaffen.


2. Bestellungen

2.1 Bestellungen sind nur verbindlich, wenn sie schriftlich erfolgen. Mündliche oder telefonische Erklärungen oder Vereinbarungen bedürfen der schriftlichen Bestätigung durch uns, um verbindlich zu sein.

2.2 Unsere Auftragserteilungen (Bestellungen) sind innerhalb von sieben Tagen zu bestätigen. Jedoch gilt Stillschweigen als Annahme.

3. Lieferung

3.1 Die Lieferzeit rechnet vom Datum der Bestellung an. Eine Verlängerung der Lieferfrist gilt nur dann als vereinbart und zugestanden, wenn dies schriftlich erklärt worden ist.

3.2 Mehr- oder Minderlieferungen sowie Falschlieferungen werden nicht genehmigt. Der Lieferant kann insbesondere bei Anderslieferungen – auch wenn es sich um gravierende Fälle handelt – nicht damit rechnen, dass XXX die Lieferung noch als Lieferung der geschuldeten Sache gelten lassen wird.

4. Versand

4.1 Jeder Lieferung ist ein Lieferschein beizufügen, der die Auftragsdaten der XXX (Nr. und Datum der Bestellung und Versandvermerk) enthalten muss. Eine unfreie Anlieferung muss von XXX ausdrücklich genehmigt werden. Sendungen sind schriftlich zu avisieren.

4.2 Die Versendunggefähr (Verlust, Beschädigung, Verzögerung u.ä.) trägt der Lieferant. Er hat unaufgefordert auf eigene Kosten eine Transport- oder Bruchversicherung abzuschließen.

5. Zahlung

5.2 Die Zahlung erfolgt nach unserer Wahl innerhalb von 14 Tagen mit 3 % Skonto oder nach 30 Tagen netto.

5.3 Als Rechnungsdatum gilt das Eingangsdatum der Rechnung. Geht die Ware später als die Rechnung ein, richtet sich die Skontofrist nach dem Wareneingang.

5.4 XXX ist berechtigt, alle Gegenforderungen, die sie gegen den Lieferanten und seine Zweigniederlassungen und Verkaufsbüros hat, aufzurechnen, auch dann, wenn es sich um Forderungen handelt, die mit dem erteilten Auftrag keine Verbindung haben.

6. Gewährleistung und Haftung

6.1 Der Lieferant haftet für alle Schäden, insbesondere auch Folgeschäden, die aus einer mangelhaften oder verspäteten Lieferung entstehen. XXX behält sich vor, bei Mängeln der Ware nach freier Wahl Ersatzlieferung zu verlangen oder Minderung bzw. Rücktritt geltend zu machen.

6.2 Der Lieferant verpflichtet sich, die bestehenden gesetzlichen Sicherheitsvorschriften (VDE, Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, Maschinenschutzgesetze etc.) einzuhalten. Er haftet im Falle der Nichteinhaltung für sämtliche Schäden und stellt die XXX hinsichtlich aller Regressansprüche frei.

6.3 XXX ist zur Mängelrüge erst verpflichtet, nachdem die Prüfung der gelieferten Ware durch die dafür eingeteilten Kontrolleure vorgenommen werden konnte. Die Beschränkung der Rügepflicht auf eine kürzere Frist wird ausgeschlossen.


7. Schlussbestimmungen

7.1 XXX kann die Rechte und Pflichten ganz oder teilweise aus diesem Vertrag auf einen Dritten übertragen. Die Übertragung wird nicht wirksam, wenn der Lieferant innerhalb 4 Wochen nach Erhalt einer entsprechenden Mitteilung schriftlich widerspricht.

7.2 Nebenabreden bedürfen der Schriftform.
7.3 Für die Geschäftsverbindung gilt deutsches Recht unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

7.4 Ist der Lieferant ein Kaufmann, der nicht zu den Minderkaufleuten gehört, und ist die Geschäftsbeziehung mit der XXX dem Betrieb seines Handelsgewerbes zuzurechnen, so kann die XXX den Lieferanten am Geschäftssitz der XXX oder bei einem anderen zuständigen Gericht verklagen; dasselbe gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts und für öffentlich-rechtliche Sondervermögen. Die XXX selbst kann von einem solchen Lieferanten nur an dem Gericht verklagt werden, in dessen Bezirk die XXX ihren Geschäftssitz hat.

II. Erwerb von Musikrechten für die Online-Nutzung

Die folgenden Bedingungen regeln die Vertragsbeziehungen zwischen einer fiktiven X-GmbH („Lizenzgeber“) und dem Webdesigner („Lizenznehmer“). Das Muster ist nur als Formulierungs-Vorschlag gedacht, der in jedem Fall an die Besonderheiten des Einzelfalls und die Bedürfnisse der Vertragsparteien angepasst werden muss. Eine Haftung für die Richtigkeit und Adäquanz der Klauseln übernimmt der Verfasser nicht.

§ 1 Vertragsgegenstand


§ 2 Rechteumfang

(1) Der Lizenznehmer ist berechtigt, das Material für die Herstellung von Homepages im Online-Bereich zu verwenden. Der Lizenzgeber räumt dem Lizenznehmer insoweit das nichtausschließliche, zeitlich unbeschränkte Recht ein, sein Material ganz und teilweise beliebig oft zu nutzen und die unter Benutzung des Werkes hergestellten Homepages ganz oder teilweise beliebig oft zum Abruf bereitzuhalten.

(2) Die Verwertung über das Internet umfasst insbesondere auch das Recht,

a) das Material ganz und teilweise auf Bild- und/oder Tonträgern zu vervielfältigen sowie zwecks Digitalisierung in den Arbeitsspeicher zu laden;
b) das Material zu verbreiten, insbesondere zu verkaufen, vermieten, verleihen oder in sonstiger Weise abzugeben;

c) das Material über Online-Dienste (WWW, E-Mail und vergleichbare Netze) zu verbreiten, zum Abruf bereitzuhalten und öffentlich wiederzugeben;

d) an dem Material Schnitte, Kürzungen und sonstige Veränderungen vorzunehmen, die aus technischen Gründen oder mit Rücksicht auf die Erfordernisse des Marktes als geboten oder wünschenswert angesehen werden;

e) das Material – unter Wahrung eventueller Urheberpersönlichkeitsrechte – neu zu gestalten, zu kürzen und in andere Werkformen zu übertragen;

f) das Material zur Verwendung auf oder anlässlich von Messen, Ausstellungen, Festivals und Wettbewerben sowie für Prüf-, Lehr- und Forschungszwecke zu nutzen;

g) zu Werbezwecken Ausschnitte der Musik herzustellen, zu verbreiten und zu senden;

h) eine durch den Lizenzgeber oder in dessen Auftrag vorzunehmende Bearbeitung zu überwachen.

(3) Der Lizenznehmer ist berechtigt, die ihm übertragenen Rechte auf Dritte zu übertragen.

(4) Der Lizenznehmer ist nicht verpflichtet, von den ihm eingeräumten Rechten Gebrauch zu machen. Insbesondere ist er nicht verpflichtet, das überlassene Material zu verwenden.

§ 3 Vergütung

Für die Übertragung der Rechte in vorstehendem Umfang erhält der Lizenzgeber eine einmalige Lizenzpauschale, deren Höhe sich aus dem beiliegendem Leistungsschein ergibt. Damit sind sämtliche Ansprüche bezüglich der zur Nutzung benötigten Rechte abgegolten.

§ 4 Rechtsmängelhaftung

(1) Der Lizenzgeber versichert, die ausschließlichen Verwertungsrechte an den lizenzierten Musikwerken, einschließlich der Rechte zur Online-Verwertung, zu besitzen. Er versichert ferner, dass die auf den Lizenznehmer zu übertragenden Rechte

a) nicht auf Dritte übertragen oder mit Rechten Dritter belastet sind, Dritte nicht mit deren Ausübung beauftragt wurden,
b) bei Vertragsabschluss keine anderweitigen Verpflichtungen bestehen, die die vom Lizenzgeber zu erbringenden Leistungen behindern könnten.

(2) Der Lizenzgeber steht dafür ein, dass sämtliche natürlichen oder juristischen Personen, die an der Herstellung oder Bearbeitung des Materials beteiligt sind und denen Rechte in Gestalt von Urheber-, Leistungsschutz- und Eigentumsrechten sowie Ansprüche in wettbewerblicher Hinsicht zustehen, alle Einverständniserklärungen gegeben haben, die erforderlich sind, damit das Produkt im vereinbarten Umfang erstellt und ausgewertet werden kann. Das Gleiche gilt für Autoren- und Verlagsrechte sowie für urheberrechtlich und/oder leistungsschutzrechtlich geschützte Beiträge Dritter. Satz 1 und 2 gelten entsprechend für das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder sonstige geschützte Rechte, die Personen zustehen, welche durch die vereinbarte Auswertung des Materials berührt oder verletzt werden könnten.


§ 5 Gebrauchstauglichkeit und Abnahme
(1) Der Lizenzgeber garantiert eine für die Online-Auswertung einwandfreie technische Qualität des zu liefernden Materials.

(2) Der Lizenznehmer hat jeweils binnen 60 Tagen nach Eingang des Materials zu erklären, ob er das Material als vertragsmäßig abnimmt. Weitergehende Ansprüche und Rechte bleiben unberührt. Sollte die Qualität des gelieferten Materials nicht der Garantie gem. Abs. 1 entsprechen, so hat der Lizenzgeber unverzüglich auf seine Kosten und Gefahr Ersatzmaterial zu liefern.


§ 6 Sonstiges

(1) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages unwirksam sein, so werden dadurch die übrigen Bestimmungen in ihrer rechtlichen Wirksamkeit nicht berührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmung muss für diesen Fall mit anfänglicher Wirkung eine solche treten, die dem beabsichtigten Sinn und Zweck aller Parteien entspricht und ihrem Inhalt nach durchführbar ist.

(2) Bei Rechtsstreitigkeiten aus diesem Vertrag ist der im Leistungsschein bezeichnete Sitz des Lizenznehmers Gerichtsstand, wenn

a) der Lizenzgeber Kaufmann ist oder
b) der Lizenzgeber keinen allgemeinen Gerichtsstand im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland hat oder
c) der Lizenzgeber juristische Person des öffentlichen Rechts ist.

Der Lizenznehmer ist berechtigt, auch an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstand zu klagen. Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss des UN-Kaufrechts.

III. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern

In Ergänzung zum heute geschlossenen Arbeitsvertrag wird zwischen den Parteien (dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer) folgende Vereinbarung getroffen:

§ 1 Rechte an Arbeitsergebnissen

(2) X hat das Recht, alle Arbeitsergebnisse, die aus der Tätigkeit des Herrn Y für die X entstehen oder durch nicht allgemein bekannte Informationen der X angeregt wurden oder maßgeblich auf Erfahrungen, Arbeiten oder Unterlagen der X beruhen, ohne sachliche, zeitliche oder räumliche Beschränkungen zu verwerten oder verwerten zu lassen.

(3) Schutzfähige Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge unterliegen den Bestimmungen des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen. Diensterfindungen im Sinne des ArbNEG sind der X unverzüglich gesondert schriftlich zu melden (siehe §§ 4 und 5 ArbNEG).

(4) Soweit Arbeitsergebnisse gemäß Abs. 1 und 2 urheberrechtlich geschützte Werke sind, räumt Herr Y der X hieran ausschließlich, zeitlich und räumlich unbeschränkte Nutzungsrechte für alle bekannten Verwertungsarten ein. Dazu gehört insbesondere das Recht, Abänderungen, Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen vorzunehmen, die Arbeitsergebnisse im Original oder in abgeänderter, bearbeiteter oder umgestalteter Form zu vervielfältigen, zu veröffentlichen, zu verbreiten, vorzuführen, über Fernleitungen oder drahtlos zu übertragen und zum Betrieb von DV-Anlagen und -Geräten zu nutzen.

(5) Zur vollständigen oder teilweisen Ausübung der Rechte gem. Abs. 4 bedarf es keiner weiteren Zustimmung von Seiten des Herrn Y.

(6) X ist ohne Einholung weiterer Zustimmungen von Seiten des Herrn Y befugt, die Rechte gem. Abs. 3, 4 und 5 ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen oder Dritten entsprechende Rechte einzuräumen.

(7) Herr Y erkennt an, dass eine Verpflichtung zur Autorennennung nicht besteht.

§ 2 Abgeltung
(1) Die in § 1 genannten Rechte an Arbeitsergebnissen sind durch die laufenden Bezüge des Herrn Y abgegolten, und zwar auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

(2) Der Anspruch des Herrn Y auf gesetzliche Vergütungen von Diensterfindungen und technischen Verbesserungsvorschriften nach dem ArbNEG bleibt unberührt. Seine entsprechende Anwendung auf Softwareprodukte wird ausdrücklich ausgeschlossen.

§ 3 Eigene Software und Erfindungen des Herrn Y

(1) In der Anlage zu diesem Vertrag gibt Herr Y der X in Form einer Titelliste Kenntnis von allen Erfindungen, Datenverarbeitungsprogrammen, Vorentwürfen, Pflichtenheften, Problemanalysen, Grobkonzepten u.ä. mehr, die von ihm selbst vor Beginn des Arbeitsverhältnisses gemacht bzw. entwickelt wurden und über die er vollständig oder teilweise verfügungsberechtigt ist.


§ 4 Nebenberufliche Softwareverwertung

(1) Jede direkte oder indirekte Verwertung von Arbeitsergebnissen gem. § 1 ist Herrn Y untersagt.

(2) Die gewerbliche Verwertung sonstiger, von Herrn Y neben seiner Tätigkeit für die X geschaffener Software, die nicht Arbeitsergebnis im Sinne der §§ 1 und 2 ist, sowie von eigener Software
gem. § 3 bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung der X. Diese Einwilligung darf nicht aus anderen Gründen versagt werden als dem Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen der X.

(3) Herr Y wird während der Dauer des Dienstvertrages keinerlei Wettbewerbshandlung gegen die X vornehmen, insbesondere sich nicht – auch nicht als Minderheitsgesellschafter oder stiller Gesellschafter – an einer Gesellschaft beteiligen, die in Wettbewerb zu der X steht.

§ 5 Informationen, Unterlagen und Software Dritter

(1) Herr Y verpflichtet sich, der X keine vertraulichen Informationen oder Unterlagen, die anderen gehören, zukommen zu lassen. Der Mitarbeiter wird auch nicht veranlassen, dass solche vertraulichen Informationen oder Unterlagen ohne Kenntnis der X in dessen Unternehmen benutzt werden.

(2) Herr Y verpflichtet sich, keine Datenverarbeitungsprogramme und zugehörige Dokumentationen, die er von Dritten erworben, lizenziert oder auf andere Weise erhalten hat, der X zukommen zu lassen, es sei denn nach ausdrücklicher Ermächtigung durch die Gesellschaft. Herr Y wird auch nicht veranlassen, dass solches Material ohne Kenntnis der X in deren Unternehmen benutzt wird.

(3) Herr Y wird für von ihm geschaffenen Arbeitsergebnisse i.S.v. § 1 auf Verlangen der X wahrheitsgemäß erklären, ob die Arbeitsergebnisse von ihm im Original geschaffen und/oder welche Teile aus firmenexternen Quellen direkt oder indirekt in abgewandelter oder bearbeiteter Form übernommen wurden.

§ 6 Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse


(2) Die Verpflichtung aus Abs. 1 bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.


§ 7 Wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge
(1) Manuskripte für wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge des Herrn Y, die mit dem Tätigkeitsbereich der X in Verbindung stehen, sind der X zur Freigabe vorzulegen. Eine Freigabe erfolgt, sofern berechtigte betriebliche Interessen einer Publikation nicht entgegenstehen.

(2) Für wissenschaftliche Veröffentlichungen oder Vorträge gem. Ziffer (1) erhält Herr Y in dem zum Zweck der Veröffentlichung und/oder des Vortrages gebotenen Umfang eine Freistellung von § 1 Abs. 2 und Abs. 4, die einen Verzicht der X auf jeden Honoraranspruch einschließt.

IV. Mustertext: AGB-Vorschläge zur Gewährleistung

Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf)


2. Kann der Mangel nicht innerhalb angemessener Frist behoben werden oder ist die Nachbesserung oder Ersatzlieferung aus sonstigen Gründen als fehlgeschlagen anzusehen, kann der Käufer nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Von einem Fehlschlagen der Nachbesserung ist erst auszugehen, wenn dem Lieferanten hinreichende Gelegenheit zur Nachbesserung oder Ersatzlieferung eingeräumt wurde, ohne dass der vertraglich vereinbarte Erfolg erzielt wurde, wenn die Nachbesserung oder Ersatzlieferung ermöglicht ist, wenn sie vom Lieferanten verweigert oder unzumutbar verzögert wird, wenn begründete Zweifel hinsichtlich der Erfolgsaussichten bestehen oder wenn eine Unzumutbarkeit aus sonstigen Gründen vorliegt.

Untersuchungs- und Rügepflicht (nicht für Verbrauchsgüterkauf)

(1) Der Käufer ist verpflichtet, die gelieferte Ware auf offensichtliche Mängel, die einem durchschnittlichen Kunden ohne weiteres auffallen, zu untersuchen. Zu den offensichtlichen Mängeln zählen auch das Fehlen von Handbüchern sowie erhebliche, leicht sichtbare Beschädigungen der Ware. Ferner fallen Fälle darunter, in denen eine andere Sache oder eine zu geringe Menge geliefert werden. Solche offensichtlichen Mängel sind beim Lieferanten innerhalb von vier Wochen nach Lieferung schriftlich zu rügen.
(2) Mängel, die erst später offensichtlich werden, müssen beim Lieferanten innerhalb von vier Wo-
chen nach dem Erkennen durch den Anwender gerügt werden.

(3) Bei Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht gilt die Ware in Ansehung des betreffenden
Mangels als genehmigt.

Haftung (inkl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB)

Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern diese nicht
Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betreffen
oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Unberührt bleibt ferner die Haftung
für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages
überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf. Gleiches
gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.