Prof. Dr. Thomas Hoeren
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
Universität Münster
Leonardo-Campus 9
D-48149 Münster
hoeren@uni-muenster.de

Internetrecht

Stand: September 2009

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.
WestLB AG, Friedrichstraße 62-80, 40217 Düsseldorf
Kto.-Nr.: 1 267 012
BLZ: 300 500 00
bei Zahlungen aus dem Ausland IBAN: DE 42 3005 0000 0001 2670 12 BIC: WELADEDD
unter Angabe des Verwendungszwecks: 99 121/282 11/9240155 (Skriptum Internetrecht).

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.

Die Verbreitung über das Internet ist natürlich kein Garant dafür, dass alle Informationen wirklich stimmig sind. Die Fülle des Rechtsgebiets „Internetrecht“ drohen auch den Verfasser dieses digitalen Buchs zu überfordern. Es fällt sehr schwer, auf die Hybris zu verfallen, auf allen Gebieten des Internetrechts zu Hause sein zu wollen. Ich bitte daher den Leser – die Leserin – um Verzeihung, wenn die eine oder andere Information nicht mehr aktuell oder gar falsch sein sollte. Ich tue mein Bestes und damit nicht genug. Ich freue mich daher umso mehr für jedwede Rückmeldung; kritische Hinweise an meine E-Mail-Adresse: hoeren@uni-muenster.de.

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 kontrollieren die Experten des Datenschutzrechts).

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 Internetdiskussion.

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

Münster, September 2009 *Thomas Hoeren*

Erstes Kapitel: Information und Recht – die Kernbegriffe 21
I. Einführung 21
II. Geschichte des Informationsrechts 22
III. Einführende Literatur und Fachzeitschriften 23
Zweites Kapitel: Rechtsprobleme beim Erwerb von Domains 28
I. Praxis der Adressvergabe 30
1. Internationale Strukturen 31
2. ICANN 31
3. Die .EU-Domain 34
4. Die DENIC eG 37
5. Ausblick: Neuregelung der Domain-Vergabe 40
II. Kennzeichenrechtliche Vorgaben 42
1. Kollisionsrechtliche Vorfragen 43
2. §§ 14, 15 MarkenG 45
a) Kennzeichenmäßige Benutzung 45
b) Benutzung im geschäftlichen Verkehr 46
c) Verwechslungsgefahr 48
d) Gleichnamigkeit 53
e) Gattungsbegriffe 56
f) „com”-Adressen 62
g) Regional begrenzter Schutz 63
3. Titelschutz nach § 5 Abs. 3 MarkenG 64
4. Reichweite von §§ 823, 826 BGB und § 3 UWG 65
5. Allgemeiner Namensschutz über § 12 BGB 68
6. Rechtsfolgen einer Markenrechtsverletzung 75
a) Unterlassungsanspruch 75
b) Schadensersatz durch Verzicht 77
7. Verantwortlichkeit der DENIC für rechtswidrige Domains 79
8. Schutz von Domains nach dem MarkenG 82
a) Domain als Marke i.S.d. § 3 MarkenG 83
b) Domain als Unternehmenskennzeichen i.S.d. § 5 Abs. 2 MarkenG 84
c) Titelschutz 86
d) Afilias und die Konsequenzen 86
III. Pfändung und Bilanzierung von Domains 88

IV. Streitschlichtung nach der UDRP 91
V. Streitschlichtung rund um die EU-Domain 97
Drittes Kapitel: Das Immaterialgüterrecht 103
A. Einführende Bemerkungen 103
B. Das Urheberrecht 104
I. Speziell zum zweiten Korb und zur Enforcement-Richtlinie 105
II. Kollisionsrechtliche Fragen 107
III. Schutzfähige Werke 111
1. Der Katalog geschützter Werkarten 111
2. Idee – Form 113
3. Pixel, Sounds und Bits 117
IV. Leistungsschutzrechte 118
1. Ausübende Künstler, §§ 73-84 UrhG 119
2. Tonträgerhersteller, §§ 85, 86 UrhG 119
3. Datenbankhersteller, §§ 87a-87e UrhG 122
a) Vorüberlegungen: Der urheberrechtliche Schutz von Datenbanken 122
b) Die Sui-generis-Komponente 123
V. Verwertungsrechte des Urhebers 130
1. Vervielfältigung 131
2. Bearbeitung 135
3. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung 137
4. Verbreitungsrecht 139
VI. Urheberpersönlichkeitsrechte 139
1. Entstellungsverbot 140
2. Namensnennungsrecht 140
VII. Gesetzliche Schranken 141
1. Ablauf der Schutzfrist 142
2. Erschöpfungsgrundsatz 143
3. Öffentliche Reden (§ 48 UrhG) 145
4. Zeitungsartikel (§ 49 UrhG) 145
a) Artikel 146
b) Zeitungen 146
c) Elektronische Pressespiegel 147
d) Vergütungsanspruch 149

5. Zitierfreiheit (§ 51 UrhG) 150
a) Zitierfreiheit für wissenschaftliche Werke 150
6. Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung, § 52a UrhG 153
7. Die Nutzung über Bibliotheksarbeitsplätze, § 52b UrhG 155
8. Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, § 53 UrhG 155
a) Privater Gebrauch 157
b) Eigener wissenschaftlicher Gebrauch 161
c) Aufnahme in ein eigenes Archiv 162
d) Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge 163
e) Kopienversanddienste, § 53a UrhG 163
f) Ausnahmeregelungen für den Unterricht 165
g) Rechtsfolge: Vergütungsanspruch 166
h) Hausrechte 168
9. Kartellrechtliche Zwangslizenzen 169
VIII. Verwertungsgesellschaften 172
1. GEMA 174
2. VG Wort 178
3. VG Bild-Kunst 182
IX. Möglichkeiten der Rechteübertragung via Lizenzvertrag 183
1. Vorüberlegungen 183
a) Die Homepage 184
b) Projektbeteiligte 184
c) Inhalt 184
d) Finanzierung 184
e) Projektbeendigung 184
2. Abgrenzung der Nutzungsrechte 185
a) Einfaches versus ausschließliches Nutzungsrecht 185
b) Zeitliche und räumliche Begrenzung 186
c) Zweckübertragung (§ 31 Abs. 5 UrhG): Auflistung der zu übertragenden Rechte 187
d) Weiterübertragung 188
e) Nichtausübung und Rückrufsrechte 189
f) Honorare 190
3. § 31a Abs. 4 UrhG a. F.: Internet als unbekannte Nutzungsart 193

a) Einführung 194
b) Unbekannte Nutzungsarten und der „Zweite Korb“ 194
c) Übergangsregelung des § 137l UrhG 195
d) Online-Dienste als neue Nutzungsart 196
e) „Videozweitauswertung III” und Multimedia 197
4. Die Rechtsstellung des angestellten Multimediaentwicklers 198
5. Lizenzen in der Insolvenz 204
X. Code as Code – Zum Schutz von und gegen Kopierschutzmechanismen .. 206
XI. Folgen bei Rechtsverletzung 211
1. Strafrechtliche Sanktionen 211
2. Zivilrechtliche Ansprüche 213
a) § 97 Abs. 1 UrhG 213
b) Sonstige Geldansprüche 217
c) Auskunft und Rechnungslegung 217
d) Besichtigung (§ 809 BGB) 224
C. Das Patentrecht 225
I. Grundstrukturen des Patentgesetzes 225
II. Patentierbarkeit von Software und Geschäftsideen 226
III. Patentrecht im Arbeitsverhältnis 229
1. Diensterfindungen 229
2. Freie Erfindungen 229
Viertes Kapitel: Online-Marketing: Werberechtliche Fragen 231
I. Kollisionsrechtliche Fragen 232
II. Anwendbare Regelungen 238
Besondere Regelungen mit wettbewerbsrechtlichem Gehalt 239
a) Das Telemediengesetz (TMG) 239
b) Standesrecht 242
c) Werbebeschränkungen für besondere Produkte 247
d) Online-Auktionen und die Gewerbeordnung 251
e) Exkurs: Das eBay-Bewertungsystem 254
f) Powershopping, Co-Shopping und Glücksspiele 262
g) B2B-Marktplätze und das Kartellrecht 264
h) Die Preisangabenverordnung, die Impressums- und weitere Informationspflichten 266

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht 274
a) Kommerzielle Versendung von E-Mails 274
b) Trennungsgebot 282
c) Hyperlinks 284
d) Meta-Tags und Googleads 289
e) Sonstige wettbewerbsrechtliche Werbebeschränkungen 296
3. Prozessuale Fragen 299
Fünftes Kapitel: Der Vertragsschluss mit Kunden 303
I. Kollisionsrechtliche Fragen 303
1. UN-Kaufrecht 303
2. Grundzüge des EGBGB 304
3. Sonderanknüpfungen 306
4. Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht 307
II. Vertragsschluss im Internet 308
1. Allgemeine Regeln 309
2. Vertragsschluss bei Online-Auktionen 311
3. Das Widerrufsrecht bei Onlineauktionen 319
III. Zugang, Anfechtung und Vollmacht bei elektronischen Willenserklärungen 323
IV. Schriftform und digitale Signatur 329
1. E-Commerce-Richtlinie und Signatur-Richtlinie 330
2. Form-Neuregelungen in Deutschland 331
3. Versicherungsspezifika (§ 10a VAG) 334
4. Form und Geldwäsche 334
5. Hauptversammlung und Internet 334
6. Vergaberecht und Form („E-Procurement“) 335
V. Beweiswert digitaler Dokumente 335
1. Freie richterliche Beweiswürdigung 337
2. Beweisvereinbarung 338
3. Gesetzesänderungen 338
4. Signaturrichtlinie und das neue Signaturgesetz 339
VI. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 343
VII. Zahlungsmittel im elektronischen Geschäftsverkehr 349
1. Herkömmliche Zahlungsmethoden 350

2. Internetspezifische Zahlungsmethoden 351
VIII. Verbraucherschutz im Internet 354
1. Kollisionsrechtliche Fragen 355
2. Haustürwiderrufsrecht 358
3. Das Fernabsatzrecht 359
a) Anwendungsbereich 360
b) Informationspflichten 362
c) Der dauerhafte Datenträger und die Textform 365
d) Widerrufsrecht 368
e) Finanzdienstleistungs-Richtlinie 374
4. Bestellkorrektur und Empfangsbestätigung 376
5. Verbraucherkreditrecht 377
6. Ratenlieferungsverträge 378
Sechstes Kapitel: Datenschutzrecht 379
I. Vorab: Besondere Persönlichkeitsrechte 380
II. Geschichte des Datenschutzrechts 386
1. Vorgeschichte bis zum BDSG 1991 386
2. Die EU-Datenschutzrichtlinie und die jüngsten Novellierungen des BDSG . 388
3. Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG 391
4. Die Richtlinie 2006/24/EG 393
III. Kollisionsrechtliche Vorfragen 395
IV. Die Grundstruktur des BDSG 397
1. Abgrenzung zwischen BDSG und Telemediengesetz 397
2. Personenbezogene Daten, § 3 Abs. 1 BDSG 398
3. Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten 400
a) Erhebung von Daten, § 3 Abs. 3 BDSG 401
b) Verarbeitung von Daten 402
V. Ermächtigungsgrundlagen 405
1. Einwilligung 405
2. Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung – zugleich eine Einführung in arbeitsrechtliche Probleme mit Bezug zum Internet 408
3. Gesetzliche Ermächtigung 415
a) § 28 BDSG 415
b) Rasterfahndung und Auskunftsersuchen staatlicher Stellen 417

VI. Haftung bei unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitung 422
1. Vertragliche Ansprüche 423
2. Gesetzliche Ansprüche 423
a) Verletzung des Persönlichkeitsrechtes, § 823 Abs. 1 BGB 424
b) Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 Abs. 2 BGB 426
c) Schadensersatz nach §§ 824, 826 BGB 426
d) Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche 427
VII. Sonderbestimmungen im Online-Bereich 428
1. Datenschutz im TK-Sektor: Das TKG 428
2. Das TMG 431
VIII. Ausgewählte Sonderprobleme 434
1. Web-Cookies 434
2. Protokollierung von Nutzungsdaten zur Missbrauchsbekämpfung 437
3. Outsourcing 438
a) Auftragsverarbeitung und Funktionsübertragung 439
b) Besonderheiten bei Geheimnisträgern 441
4. Data Mining und Data Warehouse 442
5. Grenzüberschreitender Datenaustausch 443
6. Datennutzung in der Insolvenz 447
Siebtes Kapitel: Haftung von Online-Diensten 449
I. Kollisionsrechtliche Vorfragen 450
II. Das Telemediengesetz (TMG) 451
1. Der Content-Provider 452
a) Vertragliche Haftung 453
b) Deliktische Haftung 455
2. Der Access-Provider 457
3. Der Host-Provider 460
4. Haftung für Links 462
a) Überblick 463
b) Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung für manuell gesetzte Hyperlinks 465
c) Suchdienste 468
5. Haftung für sonstige Intermediäre 472
Achtes Kapitel: Die internationalen Aspekte des Internetrechts 484
I. Zuständigkeit bei Immaterialgüterrechtsverletzungen 486

1. Innerdeutsche Fälle 486
2. Internationale Zuständigkeit 487
a) EuGVO 488
b) Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen 491
II. Zuständigkeit bei Verträgen 491
1. Die nationale Zuständigkeit 492
2. Die EuGVO 492
3. Das Haager Übereinkommen 492
III. Vollstreckung 494
IV. Online Dispute Settlement 495
V. Internationales Privatrecht 495
1. CISG 496
2. EU-Kollisionsrecht 496
3. Deutsches IPR 500
4. Exemplarische Problemgestaltungen 500
Neuntes Kapitel: Internetstrafrecht 503
I. Einführung 504
II. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts 504
III. Internationale Regelungen 505
1. Cyber Crime Convention 506
2. EU-Rahmenbeschluss des Europarates (2005/222/JI) 507
3. EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (2006/24/EG) 507
4. EU-Haftbefehl (2002/584/JI) 508
IV. Materielles Internetstrafrecht 509
1. Internet als Propagandamittel 509
2. Gewaltdarstellungen im Internet (§ 131 StGB) 511
3. (Kinder-) Pornographieim Internet 512
4. Jugendschutz im Internet 514
5. Beleidigungen im Internet 515
6. Hyperlinks 516
7. Viren, Würmer, Trojaner, Spyware 518
8. Phishing, Pharming 519
9. DDos-Attacken (Distributed Denail of Service) 521
10. Dialer 523

11. IP-Spoofing und Portscanning 525
12. Einstellung von mangelbehafteten Angeboten ins Internet einschl. der Nutzung fremder Accounts („Account-Takeover“) 526
13. Filesharing 527
14. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 20.09.2006 529
V. Strafprozessrecht 530
1. Verdeckte Online-Durchsuchung 530
2. E-Mail-Überwachung (inkl. Beschlagnahme von E-Mail) 531
3. Hinzuziehung von Dritten im Ermittlungsverfahren 533
4. Vorratsdatenspeicherung 534
MUSTERVERTRÄGE 538
I. Erwerb von Musikrechten für die Online-Nutzung 541
II. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern 545
III. Mustertext: AGB-Vorschläge zur Gewährleistung/Haftung auf der Grundlage der Schuldrechtsreform 549
IV. Belehrungen über das Widerrufsrecht und das Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen 551

Abkürzungsverzeichnis

A

A.A.	anderer Ansicht
ABA	American Bar Association
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (alte Fassung, mittlerweile in §§ 305 – 310 BGB geregelt)
AHB	Allgemeine Haftpflichtbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
AOL	American Online
APNIC	Koordinierungsstelle für Domainnamen in Asien
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation (Zeitschrift)
ARPA	Advanced Research Projects Agency
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)

B

BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgeseztblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMFT	Bundesministerium für Forschung und Technik (jetzt Bundesministerium für Bildung und Forschung, BMBF)
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-DrS	Bundesrats-Drucksache
BSA	Business Software Alliance

BT-DrS	Bundestags-Drucksache
Btx	Bildschirmtext
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer

C

CD-ROM	Compact Disc- Read only Memory
CERN	Kernforschungszentrum in Genf
CF	Computer Fachwissen (Zeitschrift)
Cic	Culpa in contrahendo
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CMMV	Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH
Core	Internet Council of Internet Registrars
CPU	Central Processing Unit
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CRi	Computer Law Review International (Zeitschrift)

D

DAB	Digital Audio Broadcasting
DANA	Datenschutznachrichten
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DENIC	Interessenverband Deutsches Network Information Center
DFÜ	Datenfernübertragung
DGRI	Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e. V.
DIGI	Deutsche Interessengemeinschaft Internet
Digma	Zeitschrift für Datenrecht und Datensicherheit
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
DNS	Domain Name System
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift)
DRM	Digital Rights Management
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)

DV	Datenverarbeitung
DVD	Digital Versatile Disc
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)

E

ECLIP	Electronic Commerce Legal Issues Platform
ECLR	European Comparative Law Review
ECMS	Electronic Copyright Management Systems
E-Commerce	Electronic Commerce
EDI	Electronic Data Interchange
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGG	Elektronisches Geschäftsverkehrgesetz
EIPR	European Intellectual Property Review
E-Mail	Electronic Mail
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum

F

FTC	Federal Trade Commission
FTP	File Transfer Protocol

G

GBDe	Global Business Dialogue on E-Commerce
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte
GewO	Gewerbeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International (Zeitschrift)

GTLD	generic Topleveldomain
GVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt
GVL	Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten

H

HGB	Handelsgesetzbuch
HRRS	Online-Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
HTML	Hyper Text Markup Language
HTTP	Hyper Text Transport Protocol
HWG	Heilmittelwerbegesetz
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften

I

IAHC	International Ad Hoc Committee
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICC	International Chamber of Commerce
IDN	Internationalized Domain Names
IHK	Industrie- und Handelskammer
IMP	Interface Message Processor
InterNIC	Internet Network Information Center´s Registration Service
IP	Internet Protocol
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IRC	International Relay Chat
ISDN	Integrated Services Digital Network
ISO	International Organization for Standardization
ISOC	Internet Society
I.S.v.	im Sinne von
ITAA	Information Technology Association of America
ITM	Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
ITLP	International Trade Law Project

ITRB	Der IT-Rechts-Berater (Zeitschrift)
ITU	International Telecommunications Union
IuKDG	Informations- und Kommunikationsdienstegesetz
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht

K

K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KUG	Kunsturheberrechtsgesetz
KWG	Kreditwesengesetz

L

LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LMBG	Lebensmittelbedarfsgesetz
LRG	Landesrundfunkgesetz
LUG	Literatururheberrechtsgesetz
LuGÜ	Lugano-Übereinkommen
Leits.	Leitsatz

M

MA	Markenartikel (Zeitschrift)
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
MDStV	Mediendienstestaatsvertrag
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MMRCS	Multimedia Rights Clearance Systems

N

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-CoR	Neue Jurististische Wochenschrift – Computerreport (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift/Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NSI	Network Solutions Inc.

NW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZV	Netzzugangsverordnung

O

OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OEM	Original Equipment Manufacturer
OLG	Oberlandesgericht
ONP	Open Network Provision
OVG	Oberverwaltungsgericht

P

PatG	Patentgesetz
PC	Personal Computer
PersR	Der Personalrat (Zeitschrift)
PFV	positive Forderungsverletzung
PGP	Pretty Good Privacy
PIN	Personal Identification Number
POP	Point of Presence
PTRegG	Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation
PVV	positive Vertragsverletzung

R

R + S	Recht und Schaden (Zeitschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RAM	Random Access Memory
RBÜ	Revidierter Berner Übereinkunft
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDRP	Restrictions Dispute Resolution Policy (RDRP)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf

RIAA	Recording Industry Association of America
RIPE-NCC	Réseaux Internet Protocol Européen Network Coordination Center
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie

S

SCP	Sunrise Challenge Policy
SET	Secure Electronic Transaction
SigG	Signaturgesetz
SigV	Signaturverordnung
SSL	Secure Socket Layer
StBerG	Steuerberatungsgesetz
STOP	Start-Up Trademark Opposition Policy

T

TBDF	Transborder Data Flow
TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TDG	Teledienstegesetz
TDSV	Telekommunikationsdatenschutzverordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKR	Telekommunikationsrecht
TKV	Telekommunikationskundenschutzverordnung
TLD	Topleveldomain
TMG	Telemediengesetz
TMR	Telekommunikations & Medienrecht (Zeitschrift)

U

UDRP	Uniform Dispute Resolution Procedure
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Zeitschrift)
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Unverö	unveröffentlicht
UPR	Urheberpersönlichkeitsrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz

URL	Uniform Respurce Locator
US	United States
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

V

VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VAR	Value Added Reseller
VDZ	Verband Deutscher Zeitschriftenverleger
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VERDI	Very Extensive Rights Data Information (Projekt der EU)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VG	Verwertungsgesellschaft
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VPRT	Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

W

WCT	World Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WPPT	World Performers and Producers Right Treaty
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WTO	World Trade Organisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WWW	World Wide Web

Z

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Zeitschrift)
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Rechtsprechungsdienst (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung

ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)

Erstes Kapitel: Information und Recht – die Kernbegriffe

I. Einführung

Das **Informationsrecht** ist eine neue Rechtsdisziplin, deren Wurzeln im Dunkeln liegen. Dies hängt zu einem großen Teil auch damit zusammen, dass der Gegenstand dieses Fachs nicht klar zu bestimmen ist. Niemand weiß, was Information ist. In der Tat scheint jeder zu wissen, was Information ist, ohne es jedoch konkret benennen zu können.[1] Gängig sind negative Definitionen, etwa dergestalt: Information ist nicht gegenständlich, nicht greifbar, nicht zeitlich beschränkt. Solche Umschreibungen helfen wenig. Ebenso vage sind jedoch positive Auskünfte wie: Information sei ein „dritter Urzustand der Welt", eine „neue Art Wirklichkeit", neben der materiellen und geistigen Wirklichkeit, eine „strukturelle Koppelung", eine „dritte universelle Grundgröße". Diesen nebulösen Aussagen entsprechen einer Fülle von Informationsbegriffen in einzelnen Fachdisziplinen. Die differenziertesten Definitionsversuche unterscheiden zwischen Information als Prozess, als Subjekt, als Objekt und als System. Letztendlich bezeichnet Information semantisch wohl jede Kenntnisbeziehung zu jedem realen und irrealen Gegenstand der Welt.[2] Damit ist der Begriff allerdings konturen- und grenzenlos. Nichtsdestoweniger besteht offensichtlich bei vielen Informationen ein ökonomischer Wert, der es rechtfertigen kann, diesen einer einzelnen Person zuzuordnen. Zu beachten ist allerdings, dass dieser Wert nur schwer zu fassen ist. Denn eine Information kann in dem Moment, in dem sie anderen mitgeteilt wird, ihren Wert verlieren; ja ihr Wert kann einzig und allein darin bestehen, dass niemand sie kennt.
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.
[2] So bereits *Welp*, IuR 1988, 443, 445.

Das Informationsrecht steht jedoch nicht als Oberbegriff für eine lose Sammlung verschiedenster Themen. Vielmehr hat 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 rechtfertigen Verbote der Informationsnutzung?

II. Geschichte des Informationsrechts

Das Informationsrecht nahm seinen historischen Ausgangspunkt **Anfang der siebziger Jahre,** als mit der zunehmenden Bedeutung der EDV auch deren Risiken in die öffentliche Diskussion gerieten. So begann eine breite Diskussion über den **Schutz personenbezogener Daten**, die sich bald mit einem der SPD nahe stehenden politischen Duktus verband. In der Folge entstanden die ersten Datenschutzgesetze in Hessen (1974) und auf Bundesebene (1979). Nach dem Volkszählungsurteil (1983) trat der Streit um Möglichkeiten und Grenzen des Datenschutzes noch einmal in das Licht der Öffentlichkeit, bevor der Datenschutz dann seine bis heute andauernde Talfahrt nahm.

Auf anderen Gebieten kam die Diskussion erst allmählich ins Laufen. Zunächst wurden „first generation issues" behandelt, insbesondere die Frage der **Anwendbarkeit traditioneller Regelwerke auf Software- und Hardware** geklärt. So rankten sich Rechtsprechung und Literatur Anfang der achtziger Jahre um die Urheberrechtsfähigkeit oder die Sachqualität von Software. Als diese Grundsatzfragen durch höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt waren, kamen die **„second generation issues**", Spezialfragen, wie der Vervielfältigungsbegriff bei RAM-Speicherung.

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 Anwendbarkeit traditioneller Regelungen auf Internet-Sachverhalte weitgehend (auch durch Gesetzeskorrekturen) geklärt ist, kommt jetzt wieder 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 harrt noch der Aufklärung und Diskussion.

III. Einführende Literatur und Fachzeitschriften

Zum Informationsrecht insgesamt ist einführende Literatur dünn gesät. Noch wird die Publikationsszene von einer Vielzahl einzelner Monographien und Einführungen zu Teilaspekten, wie etwa dem Datenschutzrecht oder dem Datenverarbeitungsvertragsrecht, geprägt. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Gefahr einer Überalterung im Informationsrecht sehr hoch ist: Bedingt durch das enorme Tempo der Gesetzgebung und Rechtsprechung auf diesem Gebiet sind Werke meist schon veraltet, wenn sie erscheinen. Man muss daher alle Werke auf diesem Gebiet (einschließlich des vorliegenden) mit Bedacht lesen und auf aktuelle Entwicklungen hin kritisch prüfen.
Hinweise zu Einführungsliteratur für einzelne Teilgebiete finden sich vor den jeweiligen Abschnitten in diesem Werk. Als **übergeordnete Literatur** ist zu empfehlen:

- *Hoeren/Sieber* (Hg.), Handbuch Multimediarecht, München (C. H. Beck), Loseblatt: Stand 2009
- *Kilian/Heussen* (Hg.), Computerrechtshandbuch, München (C. H. Beck), Loseblatt: Stand 2009
- *Paschke/Berlit* **(Hg.)**, Gesamtes Medienrecht, Baden-Baden (Nomos) 2008
- *Spindler/Schuster* (Hg.), Recht der elektronischen Medien, München (C. H. Beck) 2008.

Einzelmonographien:

- *Thomas Hoeren*, Internet- und Kommunikationsrecht, Köln 2008 (Vorversion des vorliegenden Werkes)
- *Niko Härting*, Internetrecht, 3. Aufl. Köln 2008.
- *Volker Haug*, Grundwissen Internetrecht, Stuttgart 2005.
- *Köhler/Arndt/Fetzer*, Recht des Internet, 6, Aufl. Heidelberg (C.F. Müller) 2008.
- *Moritz/Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Auflage, 2005.
- *Christian Schwarzenegger u.a.* (HG.), Internet-Recht und Strafrecht (für d. Schweiz), Zürich 2004.
- *Andreas Wiebe*, Internetrecht (f. Österreich), Wien 2004.

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 geboten. Im Einzelnen erscheinen in **Deutschland** folgende Zeitschriften (in alphabetischer Reihenfolge):

- 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)
- Recht der Datenverarbeitung (RDV)
- Archiv für Presserecht
- Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) und der dazu gehörige Rechtsprechungsdienst (ZUM-RD).

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:

- Actualidad Informatica Aranzadi (E)
- Auteurs & Media (B)
- Berkeley Technology Law Journal (USA)
- Columbia Visual Arts & Law Journal (USA)
- Communications Law (Tolley's)
- Computer Law & Practice (UK)
- Computer Law & Security Report (UK)
- The Computer Lawyer (USA)
- Computerrecht (NL)
- EDI Law Review (NL)
- European Intellectual Property Review (UK)

- Information & Communications Technology Law (UK)
- Informatierecht (NL)
- Jurimetrics (USA)
- Lamy Droit de l´informatique (F)
- Revue internationale de Droit d´Auteur (F)
- Rutgers Computer & Technology Law Journal (USA)
- The John Marshal Journal of Computer& Information Law (USA)
- Vanderbilt Journal of Law & Technology (USA)
- World Intellectual Property Law (USA)

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

- Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (München)
- Institut für Rechtsinformatik (Universität Saarbrücken)
- Institut für das Recht der Informations- und Kommunikationstechnik (Humboldt Universität Berlin)
- Professur für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Rechtsinformatik, insbesondere Datenschutz (Universität Frankfurt/M.)
- 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).

In den **USA** bestehen Forschungseinrichtungen u.a. an der Harvard Law School: „Berkman Center for Internet & Society" und der Yale University: „Center for Internet Studies". Weitere Forschungseinrichtungen und Lehrstühle bestehen an der Columbia Law School (New York) und den Universitäten Stanford und Berkeley.

Zweites Kapitel: Rechtsprobleme beim Erwerb von Domains

Literatur:
Allmendinger, Probleme bei der Umsetzung namens- und markenrechtlicher Unterlassungsverpflichtungen im Internet, in: GRUR 2000, 966; *Apel/Große-Ruse*, Markenrecht versus Domainrecht. Ein Plädoyer für die Paradigmen des Markenrechts im Rechtsvergleich, in: WRP 2000, 816; *Bäumer*, Domain Namen und Markenrecht (Die Gerichtspraxis in den Vereinigten Staaten), in: CR 1998, 174; *Baum*, Die effiziente Lösung von Domainnamenskonflikten, München 2005; *Bettinger*, Kennzeichenrecht im Cyberspace: Der Kampf um die Domain-Namen, in: GRUR Int. 1997, 402; *Bettinger*, Abschlussbericht der WIPO zum Internet Domain Name Process, in: CR 1999, 445; *Bettinger*, Kennzeichenkollisionen im Internet, in: Mayer-Schönberger u.a. (Hg.), Das Recht der Domain-Namen, Wien 2001, 139; *Bettinger*, Internationale Kennzeichenkonflikte im Internet, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 201; *Biermann*, Kennzeichenrechtliche Probleme des Internet, in: WRP 1999, 997; *Brandl/Fallenböck*, Der Schutz von Internet Domain Namen nach UWG, in: RdW 1999, 186; *Böcker*, Der Löschungsanspruch in der registerkennzeichenrechtlich motivierten Domainstreitigkeit, in: GRUR 2007, 370; *Bröcher*, Domainnamen und das Prioritätsprinzip im Kennzeichenrecht, in: MMR 2005, 203; *Bücking*, Namens- und Kennzeichenrechte im Internet (Domainrecht), Stuttgart 2002; *Bücking*, Update Domainrecht: Aktuelle Entwicklung im deutschen Recht der Internetdomains, in: MMR 2000, 656; *Danckwerts*, Örtliche Zuständigkeit bei Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet, in: GRUR 2007, 104; *Dieselhorst*, Marken und Domains, in: Moritz/Dreier (Hg.), Rechtshandbuch E-Commerce, Köln 2002, 260; *Eckhard*, Das Domain-Name-System. Eine kritische Bestandsaufnahme aus kartellrechtlicher Sicht, Frankfurt 2001; *Eichelberger*, Benutzungszwang für .eu-Domains, in: K&R 2007, 453; *Erd*, Probleme des Online-Rechts, Teile 1: Probleme der Domainvergabe und -nutzung, in: KJ 2000, 107; *Erdmann*, Gesetzliche Teilhabe an Domain-Names. Eine zeichen- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung, in: GRUR 2004, 405; *Ernst*, Verträge rund um die Domain, in: MMR 2002, 709; *Ernstschneider*, Zeichenähnlichkeit, Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit, Branchennähe im Domain-Rechtsstreit, Jur PC Web-Dok 219/2002; *Fallenböck/Kaufmann/Lausegger*, Ortsnamen und geografische Bezeichnungen als Internet-Domain-Namen, in: ÖBl. 2002, Heft 04, 164; *Fezer*, Die Kennzeichenfunktion von Domainnamen, in: WRP 2000, 669; *Flint*, Internet Domain Names, in: Computer Law & Security Report 13, 1997, 163; *Florstedt*, www.Kennzeichenidentitaet.de. Zur Kollision von Kennzeichen bei Internet-Domain-Namen, Frankfurt 2001; *Gabel*, Internet: Die Domain-Namen, in: NJW-CoR 1996, 322; *Graefe*, Marken und Internet, in: MA 1996, 100; *Haar/Krone*, Domainstreitigkeiten und Wege zu ihrer Beilegung, in: Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2005, 58; *Haas*, Die französische Rechtsprechung zum Konflikt zwischen Domain-Namen und Kennzeichenrechten, in: GRUR Int. 1998, 934; *Hagemann*, Rechtsschutz gegen Kennzeichenmissbrauch unter Berücksichtigung der Internet-Domain-Problematik, Frankfurt 2001; *Hellmich/Jochheim*, Domains im Agenturgeschäft nach der grundke.de Entscheidung, in: K&R 2007, 494; *Höhne*, Namensfunktion von Internet Domain Names?, in: ecolex 1998, 924; *Huber/Dingeldey*, Ratgeber Domain-Namen, Starnberg 2001; *Jaeger-Lenz*, Marken- und Wettbewerbsrecht im Internet: Domains und Kennzeichen, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 161; *Jaeger-Lenz*, Die Einführung der .eu-Domains – Rechtliche Rahmenbedingungen für Registrierung und Streitigkeiten, in: WRP 2005, 1234; *Joller*, Zur Verletzung von Markenrechten durch Domainnames, in: Markenrecht 2000, 10;

Kapferer/Pahl, Kennzeichenschutz für Internet-Adressen („Domains“), in: öBL 1998, 275; *Kazemi*, Schutz von Domainnamen in den Beitrittsstaaten, MMR 2005, 577; *Kilcher*, Internet-Streitigkeiten: Domain-Grabbing, in: RdW 1999, 638; *Kleinwächter*, ICANN als United Nations der Informationsgesellschaft?, in: MMR 1999, 452; *Körner*, Der Schutz der Marke als absolutes Recht – insbesondere die Domain als Gegenstand markenrechtlicher Ansprüche, GRUR 2005, 33; *Kort*, Namens- und markenrechtliche Fragen bei der Verwendung von Domain-Namen, in: DB 2001, 249; *Koos*, Die Domain als Vermögensgegenstand zwischen Sache und Immaterialgut – Begründung und Konsequenzen einer Absolutheit des Rechts an einer Domain, in: MMR 2004, 359; *Kur*, Internet Domain Names – Brauchen wir strengere Zulassungsvoraussetzungen für die Datenautobahn?, in: CR 1996, 325 – 331; *Kur*, Kennzeichnungskonflikte im Internet, in: Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums. Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, hrsg. von Joseph Straus, Köln 1996, 265, 277; *Kur*, Namens- und Kennzeichenschutz im Cyberspace, in: CR 1996, 590; *Kur*, Neue Perspektiven für die Lösung von Domainnamenkonflikten: Der WIPO-Interim Report, in: GRUR Int. 1999, 212; *Kur*, Territorialität versus Globalität – Kennzeichenkonflikte im Internet, in:. WRP 2000, 935; *Lehmann*, Domains – weltweiter Schutz für Name, Firma, Marke, geschäftliche Bezeichnung im Internet?, in: WRP 2000, 947; *Marwitz*, Domainrecht schlägt Kennzeichenrecht?, in: WRP 2001, 9; *Marwitz*, Das System der Domainnamen, in: ZUM 2001, 398; *Mayer-Schönberger/Hauer*, Kennzeichenrecht & Internet Domain Namen, in: Ecolex 1997, 947; *Mayer-Schönberger/Galla/Fallenböck* (Hg.), Das Recht der Domain-Namen, Wien 2001; *Meyer*, Neue Begriffe in Neuen Medien – Eine Herausforderung für das Markenrecht, in: GRUR 2001, 204; *Mietzel*, Die ersten 200 ADR-Entscheidungen zu .eu-Domains – Im Spagat zwischen Recht und Gerechtigkeit, in: MMR 2007, 282; *Mietzel/Orth*, Quo vadis .eu-ADR? – Eine erneute Bestandsaufnahme nach 650 Entscheidungen, in: MMR 2007, 757; *Müller*, .eu-Domains – Erkenntnisse aus dem ersten Jahr Spruchpraxis, in: GRUR Int. 2007, 990*; Nägele*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Internet-Domains, in: WRP 2002, 138; *Nordemann*, Internet-Domains und zeichenrechtliche Kollisionen, in: NJW 1997, 1891; *Omsels*, Die Kennzeichenrechte im Internet, in: GRUR 1997, 328; *Pfeiffer*, Cyberwar gegen Cybersquatter, in: GRUR 2001, 92; *Pothmann/Guhn*, Erste Analyse der Rechtsprechung zu .eu-Domains in ADR-Verfahren, in: K&R 2007, 69; *Racz*, Second-Level-Domains aus kennzeichenrechtlicher Sicht, Frankfurt 2001; *Reinhart*, Kollisionen zwischen eingetragenen Marken und Domain-Namen, in: WRP 2001, 13; *Reinhart*, Bedeutung und Zukunft der Top-Level-Domains im Markenrecht einerseits und im Namen- und Wettbewerbsrecht andererseits, in: WRP 2002, 628; *Ruff*, DomainLaw: Der Rechtsschutz von Domain-Namen im Internet, München 2002; *Samson*, Domain-Grabbing. Ein Vergleich der Rechtslagen in den USA und Deutschlands, München 1998; *Samson*, Domain-Grabbing in den USA: Ist die Einführung des „Trademark Cyberpirarcy Prevention Act“ notwendig?, in: GRUR 2000, 137; *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet, in: MMR 2000, 59 und 135; *de Selby*, Domain name disputes – a practical guide, in: American Journal of Entertainment Law 22 (2001), 33; *Schafft*, Die systematische Registrierung von Domain-Varianten. Nicht sittenwidrig, sondern sinnvoll, in: CR 2002, 434; *Schafft*, Streitigkeiten über „.eu“-Domains, in: GRUR 2004, 986; *Schließ*, Übertragung von Domainnamensrechten, in: ZUM 1999, 407; *Schmittmann*, Domain Names von Gebietskörperschaften – Streitpunkte in der Praxis, in: K&R 1999, 513; *Schmidt-Bogatzky*, Zeichenrechtliche Fragen im Internet, in: GRUR 2000, 959; *Schönberger*, Der Schutz des Namens von Gerichten gegen die Verwendung als oder in Domain-Namen, in: GRUR 2002, 478; *Schumacher/Ernstschneider/Wiehager*, Domain-Namen im Internet, Berlin/Heidelberg 2002; *Selby*, Domain law and internet governance, in: Bourbaki Law Review 34 (2008), 325; *Sobola*, Homepage, Domainname, Meta-Tags – Rechtsanwaltswerbung im Internet, in: NJW 2001, 1113; *Sobola*, Ansprüche auf .eu-Domains, in: ITRB 2007, 259; *Stratmann*, Internet

Domain Names oder der Schutz von Namen, Firmenbezeichnungen und Marken gegen die Benutzung durch Dritte als Internet-Adresse, in: BB 1997, 689; *Thiele*, Internet Provider auf Abwegen – Zur Rechtsnatur der Domainbeschaffung, ecolex 2004, 777; *Ubber*, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, in: WRP 1997, 497; *Ubber*, Markenrecht im Internet, Heidelberg 2002; *Thiele*, US-amerikanisches Gesetz gegen Domaingrabbing, in: Wirtschaftsrechtliche Blätter 2000, 549; *Thiele*, Internet-Domain-Namen und Wettbewerbsrecht, in: Gruber/Mader (Hg.), Internet und eCommerce. Neue Herausforderungen im Privatrecht, Wien 2000, 75; *Ullmann*, Wer suchet der findet – Kennzeichenrechtsverletzungen im Internet, GRUR 2007, 663; *Viefhues*, Reputationsschutz bei Domain Names und Kennzeichenrecht, in: MMR 1999, 123; *Viefhues*, Domain-Name-Sharing, MMR 2000, 334; *Viefhues*, Folgt die Rechtsprechung zu den Domain-Names wirklich den Grundsätzen des Kennzeichenrechtes, in: NJW 2000, 3239; *Viefhues*, Domain-Names. Ein kurzer Rechtsprechungsüberblick, in: MMR-Beilage 8/2001, 25; *Viefhues*, Wenn die Treuhand zum Pferdefuß wird, in: MMR 2005, 76; *Voegelie-Wenzl*, Internet Governance am Beispiel der Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN), in: GRUR Int. 2007, 807; *Völker/Weidert*, Domain-Namen im Internet, in: WRP 1997, 652; *Wegner*, Der rechtliche Schutz von Internetdomains, in: CR 1999, 157; *Wiebe*, Zur Kennzeichnungsfunktion von Domain Names, in: CR 1998, 157; *Wilmer*, Offene Fragen der rechtlichen Einordnung von Internetdomains, in: CR 1997, 562.

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 vorgegeben. 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 Problembereich.

I. Praxis der Adressvergabe

Literatur:
Bähler u.a. (Hg.), Internet-Domainnamen. Funktion. Richtlinien zur Registration. Rechtsfragen, Zürich 1996 (Orell-Füssli-Verlag); *Barger*, Cybermarks: A proposed hierarchical modeling system of registration and internet architecture for domain names, in: John Marshall Law Review 29 (1996), 623; *Bettinger* in: Bettinger/Leistner, Werbung und Vertrieb im Internet, Köln, 2002; *Bettinger*, Domain Name Law and practice, Oxford, 2005; *Burgsträller*, Die neue „doteu"-Domain, in: Medien & Recht 2004, 214; *Forgó*, Das Domain Name System, in: Mayer-Schönberger u.a. (Hg.), Das Recht der Domain Namen, Wien 2001, 1; *Froomkin*, Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution, in: Duke University Law Journal, October 2000, 17; *Müller*, Alternative Adressierungssysteme für das Internet – Kartellrechtliche Probleme, in: MMR 2006, 427; *Müller, Tobias*, Das neue alternative Streitbeilegungsverfahren für .eu-Domains, in: SchiedsVZ 2008, 76; *Rayle*, Die Registrierungspraktiken für Internet-Domain-Namen in der

EU, München 2003; *Wibbeke*, Online-Namensschutz, Organisation der Domainverwaltung in Zeiten der Globalisierung, ITRB 2008, 182

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

Literatur:
Kleinwächter, The Silent Subversive: ICANN and the new Global Governance, in „info: the journal of policy, regulation and strategy for communications, information and media", Vol. 3, No. 4, August 2001, 259; *Kleinwächter*, ICANN als United Nations der Informationsgesellschaft? Der lange Weg zur Selbstregulierung des Internets, in: MMR 1999, 452; *Kleinwächter*, ICANN between technical mandate and political challenges, in: Telecommunications Policy, No. 24, 2000, 553; *Kleinwächter*, ICANN as the „United Nations" of the Global Information Society?: The Long Road Towards the Self-Regulation of the Internet, in: Gazette, Vol. 62, No. 6, p. 451; *Kleinwächter*, ICANN lehnt „.xxx"-TLD ab, MMR 2007, Heft 8; *Voegeli-Wenzl*, Internet Governance am Beispiel der Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN), GRUR Int. 2007, 807; *Meyer*, Die Zukunft der Internetadressierung, DFN-Infobrief 01/2007.

2. ICANN

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.[3] Die ICANN wurde im Herbst 1998 als private non-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 weit reichende Kompetenzen im Domainbereich, u.a.

- die Kontrolle und Verwaltung des **Root-Server-Systems** (mit Ausnahme des obersten A-Root-Server, der lange Zeit unter der Kontrolle der US-Regierung stand und heute von VeriSign Global Registry Services verwaltet wird)

[3] Siehe dazu *Kleinwächter*, MMR 1999, 452 ff.
[4] Siehe dazu auch die Articiles of Incorporation des ICANN vom 28. Januar 1998, abrufbar unter http://www.icann.org/general/articles.htm.

- 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[6] 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:[7]

- aero (Luftverkehr)
- asia (Region Asien)
- cat (Region Katalonien)
- coop (Genossenschaftlich organisierte Unternehmen)

[5] Um die zuständigen RegisterungsstellenRegistrierungsstellen für diese Kennungen festzustellen siehe http://www.icann.org/registries/listing.html.
[6] bei der IANA handelt es sich um die Internet Assigned Numbers Organisation, die die Vergabe von IP-Adressen, Top Level Domains und IP-Protokollnummern regelt. Die IANA ist eine organisatorische Unterabteilung der ICANN; siehe dazu http://www.iana.org/about/ und *Meyer*, DFN-Infobrief, 01/2007.
[7] Siehe dazu http://www.icann.org/registrars/accredited-list.html.

- 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)
- name (individuelle Nutzer mit ihrem Namen)
- pro (Freiberufler: Ärzte, Rechtsanwälte, Buchhalter)
- tel (vereinfachtes Anrufen bei Firmen und Unternehmen)
- travel (Reiseanbieter)

Der Einfluss der USA zeigt sich bei der Diskussion um die „.xxx"-Kennung für Pornoanbieter; die Verhandlungen über die Einführung einer solchen TLD wurden auf Druck der US-Regierung zunächst suspendiert.[8] Die ICANN hat die Einführung mittlerweile abgelehnt. Hiergegen hat ICM Registry als das Unternehmen, das sich um die TLD „.xxx" beworben hatte, aber Widerspruch eingelegt. Auf der ICANN-Tagung Ende März 2007 in Lissabon wurde die Einführung nun aber endgültig abgelehnt.[9]

Für die „.biz"- und die „.info"-Kennung hat die ICANN Mitte Mai 2001 eine Vergabeprozedur festgelegt. Für die Vergabe von „.biz" ist Neulevel.com zuständig. Ähnlich ist die Regelung zur Domain „.info". Vergeben wird diese von Afilias.com.
„.name" wird vergeben durch Global Name Registry Ltd. (GNR), wobei dieses Unternehmen – neben nationalen Registrierungsstellen – auch das Recht zur Verwaltung der Second Level Domain (z.B. hoeren.name) und der E-Mail-Adressen hat. „.museum" wird von der Museum Domain Management Association (MuseDoma) bereitgestellt. „.aero" wird vergeben von der Société Internationale de Télécommunications Aéronautiques SC (SITA). Für „.pro" ist die RegistryPro, Ltd. zuständig. Bei „.coop" liegt die Vergabe in Händen der National Cooperative Business Association (NCBA).
Länderspezifisch bestehen heute über 200 verschiedene Top-Level-Domains.[10] Wichtig sind die **ccTLDs**

[8] http://www.icann.org/minutes/resolutions-15sep05.htm.
[9] *Kleinwächter*, MMR 2007, Heft 8, S. XXVII.
[10] Siehe dazu die Liste unter http://www.iana.org/root-whois/index.html.

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

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.[11]

In der Diskussion ist die Einführung weiterer Regio-TLDs wie „.bayern“, „.berlin“ oder „.nrw“. Der Deutsche Bundestag hat sich im Januar 2008 für solche Kennungen ausgesprochen.[12] ICANN selbst plant die völlige Freigabe aller TLDs. Wegen kartellrechtlicher Bedenken soll die Gestaltung von TLDs frei möglich sein, so daß TLDs wie „.Siemens“ denkbar sind. Erste Vorschläge für ein solches System wurden unter dem Stichwort „Openness Change Innovation“ im Oktober 2008 veröffentlicht. [13]

3. Die .EU-Domain

Literatur:
Eichelberger, Benutzungszwang für .eu-Domains? K&R 2007, 453; ders., Das Verhältnis von alternativem Streitbeilegungsverfahren zum Zivilprozess bei Streitigkeiten über .eu-Domains, K&R 2008, 410 *Mietzel,* Die ersten 200 ADR-Entscheidungen zu .eu-Domains, MMR 2007, 282; *Mietzel/Orth,* Quo vadis – .eu-ADR? MMR 2007, 757; *Müller,* „.eu“-Domains: Erkenntnisse aus dem ersten Jahr Spruchpraxis, GRUR Int. 2007, 990; *Pothmann/Guhn,* Erste Analyse der Rechtsprechung zu .eu-Domains in ADR-Verfahren, K&R 2007, 69; *Sobola,* Ansprüche auf .eu-Domains, ITRB 2007, 259.

[11] http://www.icann.org/general/idn-guidelines-20jun03.htm.
[12] http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/16/16136.pdf.
[13] http://www.icann.org/en/topics/new-gtld-program.htm.

Nachdem die ICANN im Jahre 2000 die Einführung einer neuen ccTLD „.eu" beschlossen hat, ist diese ab dem 7. Dezember 2005 sehr erfolgreich gestartet. Seit diesem Zeitpunkt war es für die Inhaber registrierter Marken[14] und öffentlicher Einrichtungen im Rahmen der sog. „landrush-period" möglich, die Vergabe der „.eu"-Domains zu beantragen. Zwei Monate später, also ab dem 7. Februar 2006, konnten dann sonstige Rechteinhaber eine Domain unter der TLD „.eu" beantragen („landrush-period II"). Innerhalb dieser Zeiträume galt für Rechteinhaber das sog. „Windhundprinzip"; wer als erster seinen Registrierungsantrag bei der zuständigen Behörde EuRID[15] einreichte, der erhielt die Domain. Die jeweiligen kennzeichenrechtlichen Positionen mussten innerhalb einer Frist von 40 Tagen bei dem Unternehmen Price Waterhouse Coopers zur Prüfung vorgelegt werden.[16] Die Dokumentation der entsprechenden kennzeichenrechtlichen Positionen erforderte eine besondere Sorgfalt, da bereits formale Fehler (fehlendes Deckblatt der Anmeldung etc.) zu einer Abweisung führten. Eine solche Abweisung bedeutete zwar noch keinen vollständigen Verlust der Domain, jedoch war eine Nachbesserung nicht möglich und zwischenzeitlich eingereichte Registrierungswünsche für die Domain erhielten eine bessere Priorität.

Bei Streitigkeiten über eine **EU-Domain** gibt es sechs verschiedene Wege, tätig zu werden. Zunächst empfiehlt sich als Hauptweg die Anrufung einer Streitschlichtungsinstanz, in diesem Fall des tschechischen Schiedsgerichtshofes, der zentral alle Aufgaben der Streitschlichtung für die EU-Domain wahrnimmt. Art. 21 der Verordnung 2004 bestimmt, dass sich eine Streitschlichtung ausschließlich auf Marken- oder Namensrechte beziehen kann, gegen die die EU-Domain verstößt. Der entsprechende Rechteinhaber muss vortragen, dass die Gegenseite kein Gegenrecht oder legitimes Interesse geltend machen kann oder die entsprechende Domain bösgläubig registriert oder nutzt. Das Streitschlichtungsverfahren unterscheidet sich hier fundamental von der UDRP, die das Fehlen eines Gegenrechtes kumulativ zur Bösgläubigkeit prüft und eine Bösgläubigkeit bei Registrierung und bei der Nutzung verlangt. Ein legitimes Interesse liegt vor, wenn die entsprechende Bezeichnung bereits vorher vom Domain-Inhaber genutzt worden war. Zu beachten sind insbesondere die Interessen von Händlern, die mit der Benutzung der Domain auf ihre Waren hinweisen wollen. Eine Bösgläubigkeit der Registrierung oder Nutzung liegt vor, wenn die entsprechenden Vorgänge unlauter sind, insbesondere

[14] Hierzu zählten neben reinen Wortmarken (nationale Marken, europäische Gemeinschaftsmarken oder internationale Registrierungen mit Schutzwirkung in einem Mitgliedsland der EU) auch Wort-Bild-Marken, bei denen der Wortbestandteil vorrangige Bedeutung hat.
[15] http://www.eurid.be.
[16] Siehe hierzu www.validation.pwc.be.

wenn die Domain zur wettbewerbswidrigen Verunglimpfung oder Unterdrucksetzung des Markenrechtsinhabers genutzt werden soll. Neu ist auch gegenüber der UDRP, dass eine zweijährige Nichtbenutzung ebenfalls unter die bösgläubige Registrierung fällt und zum nachträglichen Widerruf der Domain führt. Neben der außergerichtlichen Streitschlichtung gibt es natürlich auch die Möglichkeit, den Gerichtsweg zu beschreiten. Dies kann einmal dadurch erfolgen, dass das Gericht die Streitschlichtungsregeln des Art. 21 ebenfalls zur Entscheidungsgrundlage macht. Daneben bleibt noch der normale Gerichtsweg mit der klassischen kennzeichenrechtlichen Prüfung je nach Landesrecht (Art. 21, Abs. 4 der Verordnung 2004). Auch an die Streitschlichtung selbst kann sich ein Gerichtsverfahren anschließen (Art. 22). Bei formalen Verstößen gegen die Registrierungsbedingungen, etwa bei der Angabe falscher Adressen, kommt ein Widerruf von Amts wegen in Betracht (Art. 20). Schließlich bleibt auch die Möglichkeit, je nach Landesrecht bei unsittlichen Registrierungen einen Widerruf vorzunehmen (Art. 18).

In der Zwischenzeit liegen auch **erste deutsche Gerichtsentscheidungen** zum „.eu"-System vor. Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 11. September 2007 in der Sache „**last-minute.eu"**[17] die Verordnungen der EU zur „.eu"-Domain als unmittelbar geltendes Recht angewendet. Ferner hat das OLG bekräftigt, dass die Entscheidung eines Schiedsgerichts der Tschechischen Landwirtschaftskammer zu „.eu"-Domain nichts an der Zuständigkeit staatlicher Gerichte für kennzeichenrechtliche Streitigkeiten um „.eu"-Domains ändere. Der Begriff „last-minute" sei in der Touristikbranche rein beschreibend und daher nicht schutzfähig. Dementsprechend sei die Nutzung der Domain „last-minute.eu" mit Berufung auf eine Marke für Bekleidungsprodukte nicht missbräuchlich im Sinne der EU-Verordnungen zu „.eu"-Domains.

Das OLG Hamburg hat mit Urteil vom 12. April 2007[18] 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 Mitgliedsstaat der EU eine identische Marke eingetragen sei. Hintergrund für diese Wertung sei das Territorialitätsprinzip, wonach eine nationale Wortmarke nur im Anmeldeland ihre Wirkung entfalte. Im konkreten Fall stand die Domain „original-nordmann.eu" in Streit, die ein deutscher Staatsangehöriger angemeldet hatte, der sich erfolg-

[17] BeckRS 2007, 19695.
[18] K &R 2007, 414.

reich gegen einen britischen Bürger zur Wehr setzte, für den in Britannien die Wortmarke „Original Nordmann“ eingetragen ist.

Da für den Bereich der Top-Level-Domain „.eu“ im Falle von Rechtsstreitigkeiten **kein Dispute-Verfahren** besteht, müsse einem Antragsteller im Streit um eine Domain zumindest ein Verfügungsverbot zugesprochen werden, wenn er glaubhaft machen kann, dass er über entsprechende Rechte an der Internetadresse verfügt und sich der derzeitige Domaininhaber auf keine Anspruchsgrundlagen berufen kann. Dies hat das Kammergericht (KG)[19] entschieden. Damit gab das KG dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung statt und verpflichtete den Domaininhaber, es zu unterlassen, über die in Streit stehende „.eu“-Adresse entgeltlich oder unentgeltlich zu verfügen, es sei denn, es erfolge eine Übertragung auf den Antragsteller oder ein gänzlicher Verzicht.

Im Übrigen hat das LG München[20] darauf hingewiesen, dass die „.eu“-Festlegungsverordnung **kein Schutzgesetz** im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sei.

4. Die DENIC eG

Über die Einrichtung einer deutschen Domain[21] unterhalb der Top-Level-Domain „.de“ und ihre Anbindung an das Internet wacht seit dem 17. Dezember 1996 die **DENIC** eG.[22] Im August 2008 hatte sie 264 Mitglieder[23] (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.[24] Neben der Domainverwaltung unter „.de“ obliegt der DENIC die Durchführung des gegenwärtigen Feldversuchs zu Registrierung, Verwaltung und Betrieb von Internet-

[19] MMR 2008, 53 = AfP 2008, 327 = CR 2007, 735 = GRUR-RR 2007, 398 = ITRB 2007, 226 m. Anm. *Rössel* = K&R 2007, 527 = MarkenR 2007, 393, 506 = Mitt. 2008, 36 = WRP 2007, 1245
[20] *LG München I*, Urteil vom 10. Mai 2007 – 17 HKO 19416/06.
[21] In Österreich ist die NIC.AT GmbH zuständig, in der Schweiz SWITCH (Swiss Academic and Research Network). Adressen: nic.at, Jakob-Haringer-Str. 8 IV, A-5020 Salzburg, Tel.: 0043/662/46690, Fax: 0043/662/466919, E-Mail: service@nic.at, http://www.nic.at; für das SWITCH, Limmatquai 138, Postfach, CH-8021 Zürich, Tel.: 0041/848/844080, Fax: 0041/848/844081, E-Mail: helpdesk@nic.ch, http://www.switch.ch.
[22] Die DENIC darf von sich behaupten, sie sei ohne Gewinnabsicht tätig und eine Non-Profit-Organisation; siehe *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2002, 126; CR 2002, 616 L.
[23] Zu den einzelnen Mitgliedern siehe http://www.denic.de/de/denic/mitgliedschaft/mitgliederliste/index.jsp.
[24] Die DENIC ist erreichbar unter der Adresse Wiesenhüttenplatz 26, 60329 Frankfurt a.M., Tel.: 069/27235270, Fax: 069/27235235, E-Mail: Info@DENIC.de, www.DENIC.de.

Domains unter .9.4.e164.arpa. Derartige Domains sollen künftig im Rahmen von ENUM, einer neuen Anwendung des Domain-Namen-Systems, geschützt werden.[25]

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. Denn bislang galt nach h.M., dass das Telekommunikationsgesetz (TKG) nicht Domains und deren Vergabe umfasst.[26] Diskutiert wurden bei einer der letzten Novellierungen des TKG allerdings Pläne, diese Rechtslage zu ändern und die TK-Regulierung auch auf die Domainvergabe zu erstrecken. Diesen Plänen ist seitens der DENIC eG heftig widersprochen worden.[27] Auch der Bundesrat hat sich letztlich erfolgreich dieser Idee widersetzt und in seiner Empfehlung Nr. 55 zum neuen TKG betont, „dass die Verwaltung dieser Adressen im Sinne der bisherigen bewährten Selbstregulierung weiterhin durch die DENIC eG als Einrichtung der Internetwirtschaft erfolgen sollte." Beachtet werden sollte in diesem Zusammenhang die Entwicklung und Vergabepraxis des ENUM, die bisher vorläufig der DENIC eG übertragen wurde. Dadurch wurden der DENIC eG hoheitliche Aufgaben übertragen, womit zumindest zeitweilig staatliche Aufwertung stattfindet.[28]

Die DENIC eG hat genau festgelegt, wie ein Domain-Name beschaffen sein muss. Ein gültiger Domain-Name besteht aus mindestens drei[29] und maximal 63 Buchstaben, Ziffern und dem Bindestrich. Er beginnt und endet mit einem Buchstaben oder einer Ziffer, wobei er mindestens einen Buchstaben beinhalten muss.[30] Zwischen Groß- und Kleinschreibung wird nicht unterschieden. Nicht zulässig sind die Namen bestehender Top-Level-Domains (arpa, com, int, gov, mil, nato, net, org, edu ...), 1- und 2-buchstabige Abkürzungen sowie deutsche Kfz-Kennzeichen. Umlaute und Sonderzeichen sind seit dem 1.3.2004 erlaubt. Eine weitere, eigene Unterteilung (Subdomain) ist möglich, wird jedoch nicht von der DENIC eG, sondern vom Provider oder vom Nutzer eingerichtet. In der Zwischenzeit ist auch klar, dass die DENIC

[25] Vgl. dazu http://www.denic.de/de/enum/allgemeines/index.html; *Schäfer*, CR 2002, 690.
[26] So etwa *Holznagel*, MMR 2003, 219; *Koenig/Neumann*, K&R 1999, 145; *Koenig/Neumann*, CR 2003, 182.
[27] http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/DENIC-Stellungnahme-RefE-TKG.pdf.
[28] Vgl. *Schäfer*, CR 9/2002, 690; abweichend *Koenig/Neumann*, CR 3/2003, 182.
[29] Ausnahmen gelten traditionell für die folgenden aus Bestandsschutzgründen nutzbaren zweisilbige Kennungen, nämlich diejenige der Bundesbahn (http://www.db.de) sowie ix.de.
[30] Siehe dazu *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2000, 627 m. Anm. *Welzel*, wonach kein Anspruch aus §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 2 GWB gegen die DENIC auf Registrierung einer Domain gegeben ist, wenn nach den Registrierungsbedingungen sachliche Gründe, insbesondere technischer Natur, gegen die Erteilung sprechen (hier die Domain „01051.de").

Domains mit zwei Buchstaben zulassen muss. Nach Auffassung des OLG Frankfurt[31] hat der Automobilhersteller Volkswagen gegen die DENIC einen kartellrechtlichen Anspruch (§ 20 GWB) auf Zuteilung einer zweistelligen DE-Domain (hier: „vw.de“). 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.[32] In einer weiteren Entscheidung hat das LG Frankfurt[33] darauf hingewiesen, daß einer Verpflichtung der DeNIC zur Registrierung von Zwei-Zeichen-Domains, die einem KFZ-Zulassungsbezirk entsprechen, nicht besteht. Ein beachtenswerter sachlichen Grund im Sinne des Kartellrechts sei gegeben, wenn der bloße Plan der Regionalisierung des Domainraums „.de“ durch Einführung von Second-Level-Domains, die KFZ-Zulassungsbezirken entsprechen, noch in Zukunft realisiert werden könnte, auch wenn eine gewisse Anzahl der dafür benötigten Domains derzeit vergeben ist.

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.
Nach den Vergabebedingungen der DENIC[34] liegt die Verantwortung für marken- und namensrechtliche Folgen aus der Registrierung des Domain-Namens beim Kunden.[35] 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). 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.[36] 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, sofern ein Dritter glaubhaft macht, dass er ein Recht auf die Domain hat und dieses gege-

[31] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2008, 609 m. Anm. *Welzel* = CR 2008, 656 = GRUR-RR 2008, 321 = ITRB 2008, 147 m. Anm. *Rössel* = K&R 2008, 449 m. Anm. *Dingeldey*; Anm. *Jaeschke*, JurPC 2008, Web-Dok. 113/2008; Anm. *Breuer/Steger*, WRP 2008, 1487.
[32] Zulässig sind allerdings Ablehnungen von Domains aus reinen Ziffern; *OLG Frankfurt*, MMR 2008, 614 m. Anm. *Welzel* = CR 2008, 742 – 11880.
[33] *LG Frankfurt am Main*, Urteil vom 7. Januar 2009 – 2-06 O 362/08.
[34] Die Bedingungen datieren aus dem Jahr 2004 (im Internet abrufbar unter http://www.denic.de/de/bedingungen.html).
[35] Absatz „Domain-Namen“, I. (5).
[36] Er beantragt daneben noch ein IP-Netz beim NIC im Rahmen dessen 254 Nummern zur weiteren Vergabe zur Verfügung stehen (ClassC-Netz).

nüber dem Domain-Inhaber geltend macht (§ 2 Abs. 3 Satz 1 der Registrierungsbedingungen). Dieser Eintrag wirkt für ein Jahr und wird auf Antrag verlängert. Ist bereits ein Dispute-Antrag für einen anderen eingetragen, besteht keine Möglichkeit mehr, einen zweiten Dispute-Eintrag vornehmen 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 Domain-Inhaber wird, wenn der bisherige Domain-Inhaber die Domain freigibt. Bis August 2000 kannte die DENIC auch noch einen sog. WAIT-Eintrag, aufgrund dessen sich ein Kunde auf eine Warteliste für den Fall der Freigabe einer Domain setzen lassen konnte. Diese Liste gibt es nicht mehr. Gegen einen unberechtigten Dispute-Eintrag steht einem Betroffenen die negative Feststellungsklage zu, mit Verweis auf einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 I BGB).[37] Der Domaininhaber eines Domain mit einem Gattungsbegriff (welle.de) kann aus § 823 I BGB gerichtlich gegen den Dispute-Eintrag vorgehen, den ein Namensrechtsinhaber (die Gemeinde Welle in Niedersachen) bei der DeNIC hat eintragen lassen.[38]

5. Ausblick: Neuregelung der Domain-Vergabe

Zu klären ist die Frage nach einer (angesichts der Globalität des Internet möglichst internationalen) **Neuregelung** des Systems der **Domain-Vergabe**. Zuständig für die Koordinierung des Domainraums ist die oben bereits erwähnte ICANN. Deren Kompetenzen beruhen letztendlich nur auf historischen Zufälligkeiten und entbehren jedweder rechtlichen Grundlage. Solange der Kreis der Provider klein und überschaubar war, konnte die Registrierung von Domains auch im Wege des Gentlemen Agreements geregelt werden. Durch das immense Wachstum des Internets und der Anzahl der Provider, droht dieser stillschweigende Konsens aufzubrechen. Es muss eine Lösung gefunden werden, die Wettbewerbsfreiheit und technische Stabilität miteinander verbindet. Eine zentrale Organisation nicht-kommerzieller Natur sollte das Management der IP-Adressen und die Funktionen der ICANN übernehmen. Die Registrierung der Second-Level-Domains und das Management der Top-Level-Domain-Nutzung sollte in freiem Wettbewerb durch verschiedene Organisationen übernommen werden. Auch wäre der Einfluss der US-Regierung auf das ICANN zu hinterfragen.

Aktuell erweist es sich wettbewerbsrechtlich als problematisch, dass die ICANN auf der einen Seite die gesamte technische Gestaltung des Internet kontrolliert, sich anderseits aber auf dem

[37] *OLG Köln* Urteil vom 17. März 2006 – 6 U 163/05.
[38] *LG Köln*, Urteil vom 8. Mai 2009 – 81 O 220/08.

Gebiet der Vergabe von IP-Adressen mit UnifiedRoot einem ersten Konkurrenten gegenüber sieht.[39] UnifiedRoot ist ein privatrechtliches Unternehmen mit Sitz in Amsterdam, das mittels eines eigenständigen Adressierungssystems selbst definierte geschäftliche und öffentliche TLDs zur Verfügung stellt.

Domainrecherche im Internet

Noch freie Domains lassen sich über Suchmaschinen finden, etwa

- http://www.denic.de
- http://www.speednames.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 (http://www.denic.de/de/whois/free.jsp). In der Who-Is Datenbank kann **jedermann** recherchieren und eine Fülle persönlicher Informationen, insbesondere über den Domaininhaber, ziehen. Die in der Who-Is-Abfrage ersichtlichen Domaindaten sind allerdings **datenschutzrechtlich geschützt**. Sie dürfen nur 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.[40] Abgeschafft wurde von der DENIC ferner 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.

[39] Vgl. *Müller*, MMR 2006, 427; vgl. auch *Utz*, MMR 2006, 789.
[40] Siehe dazu auch den 13. Bericht der Landesregierung über die Tätigkeit der für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich in Hessen zuständigen Aufsichtsbehörden vom 30. August 2000, DrS 15/1539 des Hessischen Landtages, Abschnitt 9.2.

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.patent.bmwa.gv.at/ (Österreich)
- http://www.ige.ch (Schweiz)
- http://oami.eu.int/search/trademark/la/de_tm_search.cfm
- (Europäisches Markenamt)

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:
Baetzgen, Internationales Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt. Kollisionsrecht zwischen Marktspaltung („Rom II") und Marktintegration (Herkunftslandprinzip), Köln 2007.

Das Markenrecht steht an der **Schnittstelle von Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht**. Kollisionsrechtlich wird das **Territorialitätsprinzip** angewendet, obwohl dies mit dem wettbewerbsrechtlichen Gedanken des finalen Markteingriffs nicht vereinbar ist. Es entscheidet die reine Möglichkeit des technischen Abrufs über das anzuwendende Recht; für das Markenrecht gilt folglich das Recht eines beliebigen Abrufstaates.[41] Die Werbung eines Herstellers für ein markenrechtsverletzendes Produkt im Internet macht diesen daher zu einem Mittäter, selbst wenn die Werbung unter einer im Ausland registrierten „.com"-Domain erfolgt.[42] Diese starre Haltung wird jedoch zunehmend von Obergerichten durchbrochen. So sah das OLG Karlsruhe[43] zu Recht Anlass, die Anwendung der allgemeinen kennzeichenrechtlichen Kollisionsregeln auf Kennzeichenkonflikte im Internet einzuschränken. Dabei soll die Einschränkung nicht kollisionsrechtlich, sondern materiell-rechtlich, durch eine normative Einschränkung des Kennzeichenrechts vorgenommen werden. Eine Verletzungshandlung im Inland soll erst dann gegeben sein, wenn die Internetinformation einen über die bloße Abrufbarkeit im Inland hinausreichenden Inlandsbezug aufweist. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf[44] kann das Territorialitätsprinzip nicht unbesehen in Domainrechtsfällen übernommen werden. Eine inländische Kennzeichenbenutzung kann in der Tat nicht schon allein deshalb bejaht werden, weil Internetseiten von jedem Ort der Welt abrufbar sind. Wäre dies der Fall, würde dies zu einer uferlosen Ausdehnung des Schutzes nationaler Kennzeichenrechte und zu einer unangemessenen Beschränkung der Selbstdarstellung ausländischer Unternehmen führen. Daher ist es erforderlich, dass das kennzeichenverletzende Internetangebot einen hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug („commercial effect") aufweist.

Ähnliches gilt traditionell schon immer für die nicht-markenrechtlichen Kennzeichenrechte, etwa nach §§ 12, 823 BGB. Hier soll der **Grundsatz des bestimmungsgemäßen Abrufs** zum Tragen kommen.[45] Demnach ist nicht das Recht jedes Abrufstaates, sondern nur das Recht

[41] *KG*, CR 1997, 685 = K&R 1998, 36 = NJW 1997, 3321 – Concert Concept.
[42] *Österreichischer Oberster Gerichtshof*, GRUR Int. 2002, 265.
[43] *OLG Karlsruhe*, MMR 2002, 814 mit Anm. *Mankowski*; CR 2003, 375.
[44] *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 22. April 2008 – I 20 U 140/07.
[45] So etwa *OLG Karlsruhe*, K&R 1999, 423 – Bad-Wildbad.com.

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 herangezogen

- die Sprache der Website[46] (problematisch ist insofern die englische Sprache),
- die Staatsangehörigkeit von Kläger und Beklagtem,[47]
- die Verwendung von Währungen,[48]
- Werbung für die Website im Land,[49]
- der Geschäftsgegenstand betrifft typischerweise auch das Land.[50]

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.[51] Der BGH hat nun einen solchen Disclaimer im Rahmen einer Streitigkeit über die Lieferung einer Online-Apotheke für zulässig erachtet.[52]

Die **örtliche Zuständigkeit** des Gerichts ergibt sich aus § 32 ZPO, sofern nicht der allgemeine Gerichtsstand des § 12 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.[53] Für **die internationale Zuständigkeit** werden die Zuständigkeitsregeln der ZPO analog angewendet, sofern nicht bi- oder multilaterale Staatsverträge (insbesondere die VO 44/2001) zur Anwendung kommen.[54] Die Verordnung Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit geht ähnlich von einem allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten

[46] O*LG Hamburg*, GRUR-RR 2003, 332, 335; ZUM-RD 2003, 567, 573 – nimm2.com; *OLG Hamm*, MMR 2004, 177 – nobia.se.
[47] *LG Braunschweig*, CR 1998, 364 – delta.com.
[48] O*LG Hamburg*, GRUR-RR 2003, 332, 335; ZUM-RD 2003, 567, 573 – nimm2.com; *OLG Hamm*, MMR 2004, 177 – nobia.se.
[49] *LG Hamburg*, CR 2000, 617 m. Anm. *Bettinger* = MMR 2000, 763 – last-minute.com.
[50] *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2005, 383, 385.
[51] Siehe dazu *KG*, GRUR Int. 2002, 448, 449 – Knoblauch; *LG Frankfurt a.M.*, Urteil vom 10. August 2001, CR 2002, 222, 223 mit Anm. *Dieselhorst*; *KuR*, WRP 2000, 935, 938; *Mankowski*, MMR 2002, 817, 819.
[52] BGHZ, 167, 91, 108 = GRUR 2006, 513, 517 = NJW 2006, 2630, 2635. Ähnlich auch *LG Köln*, NJOZ 2006, 1506; *OLG Hamburg*, CR 2006, 278 – abebooks; *OLG München*, GRUR-RR 2005, 375 – 800-flowers.
[53] *LG Köln*, Mitt. 2006, 183 – postbank.com.
[54] Siehe dazu auch die Überlegungen am Ende des Skriptums.

(Art. 2) und vom deliktischen Gerichtsstand am Handlungs- oder Erfolgsort (Art. 5 Nr. 3)[55] aus. Gerade die Möglichkeit, am Erfolgsort zu klagen, läuft auf einen fliegenden Gerichtsstand ähnlich wie im Presserecht hinaus.[56] Anders argumentiert u.a. das *OLG Karlsruhe*, das darauf abstellt, wo der Domain-Name im Internet bestimmungsgemäß abrufbar ist.[57] Der *BGH* hat in der Entscheidung „maritime.dk"[58] die Reichweite der internationalen Zuständigkeit bei Domainstreitigkeiten klargestellt. Zur Begründung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ reiche es aus, dass die Verletzung des geschützten Rechtsguts im Inland behauptet wird und diese nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Die Zuständigkeit sei nicht davon abhängig, dass eine Rechtsverletzung tatsächlich eingetreten ist. Materiellrechtlich sei aber zu beachten, dass nicht jedes im Inland abrufbare Angebot ausländischer Dienstleistungen im Internet bei Verwechslungsgefahr mit einem inländischen Kennzeichen i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG kennzeichenrechtliche Ansprüche auslösen könne. Erforderlich sei, dass das Angebot einen wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug aufweist.[59]

2. §§ 14, 15 MarkenG

a) Kennzeichenmäßige Benutzung

Seitdem die Domains aus Gründen der Anwenderfreundlichkeit eingeführt worden sind, erkannte der Markt rasch das enorme Potential für ein globales Marketing. Domains sind heutzutage **Marketinginstrumente**, die bewusst zur Kennzeichnung eines Unternehmens oder eines Produktes im WWW ausgesucht und eingesetzt werden. Im Übrigen muss auch ein Blick auf die vergleichbare Rechtsprechung zur Verwendung von unternehmensbezogenen Telegrammen und Telexkennungen vorgenommen werden. Tat sich die ältere Rechtsprechung noch mit Einräumung eines kennzeichnungsrechtlichen Schutzes in diesem Bereich schwer,[60]

---

[55] Zur Anwendbarkeit im Kennzeichenrecht *KG*, RIW 2001, 611, 613; *OLG Karlsruhe*, MMR 1999, 604 – bad wildbad; *öOGH*, GRUR Int. 2000, 795 – Thousand Clowns.
[56] So auch *OLG Karlsruhe*, MMR 2002, 814, 815; *OLG München*, MMR 2002, 166, 167 = CR 2002, 449, 450 m. Anm. *Mankowski* – literaturhaus.de; *OLG Hamburg*, MMR 2002, 822 = CR 2002, 837 – hotel-maritime.dk.; siehe auch *öOGH*, GRUR Int. 2002, 265, 266 – Red Bull; Danckwerts, in: GRUR 2007, 104.
[57] *OLG Karlsruhe*, MMR 1999, 604 = CR 1999, 783 = AfP 1999, 378; ähnlich auch *LG München I*, CR 2000, 464 mit Anm. *Röhrborn*; ähnlich auch *Bettinger*, GRUR Int. 1997, 402, 416; *Bettinger/Thum*, GRUR Int. 1999, 672; *Mankowki*, CR 2002, 450, 451; *Omsels*, WRP 1997, 328, 336 f.; *Renck*, NJW 1999, 3587, 3592 f.; Eine ähnliche Argumentation findet in britischen Entscheidungen, z.B. 800-Flowers Trade Mark (2001) EWCA Civ 721 (C.A.).
[58] *BGH*, MMR 2005, 239; NJW 2005, 1435; GRUR 2005, 431.
[59] So auch *OLG München*, MMR 2005, 608; GRUR-RR 2005, 12, 376.
[60] Siehe RGZ 102, 89 – EKA; BGHZ 8, 387 – Telefonnummern; *BGH*, GRUR 1955, 481, 484 – Telegrammadressen.

ging der *BGH* in der „Fernschreiberkennung"-Entscheidung[61] davon aus, dass jedenfalls die Benutzung einer (verwechslungsfähigen) Fernschreibkennung dann in das prioritätsältere Kennzeichen eingreife, wenn diese Benutzung kennzeichenmäßig erfolge. Letzteres nahm das Berufungsgericht bei der Benutzung einer aus dem Firmenschlagwort bestehenden Fernschreibkennung an. Als bedeutsam hat es das Gericht angesehen, dass der Fernschreibteilnehmer die Kennung selbst auswähle und damit auch eine Kennung auswählen könne, deren Buchstabenzusammenstellung geeignet sei, auf ihn hinzuweisen. Auch die Verwendung der Fernschreibkennung auf dem Geschäftspapier rechtfertige es, eine Kennung als kennzeichenmäßigen Hinweis auf das Unternehmen zu verstehen.[62] Auch bei der Verwendung eines Namens als Third-Level-Domain handele es sich bei Anwendung dieser Gedanken um eine kennzeichenmäßige Benutzung.[63] Das Recht an einem Unternehmenskennzeichen erlischt jedoch mit Aufgabe des Unternehmens, unabhängig von einer eventuellen Fortführung der Domain.[64]

Nach § 16 WZG, dem Vorgänger des Markengesetzes, war die Benutzung eines fremden Warenzeichens zulässig, wenn der Gebrauch „nicht warenzeichenmäßig" erfolgte. Daraus wurde von der herrschenden Meinung gefolgert, dass lediglich die kennzeichenmäßige Benutzung durch das WZG geschützt sei. Das MarkenG hat diese Beschränkung aufgegeben.[65] §§ 14, 15 MarkenG sprechen nur noch allgemein von der „Benutzung" des Zeichens, ohne dies zu beschränken. Nicht unter das Marken- und Namensrecht fällt allerdings die **bloße Namensnennung**: So darf z.B. ein Fußballfan den Namen „Arminia Bielefeld" als Suchbegriff im Internet verwenden.[66] Diese Benutzung steht der (ebenfalls freien) Nennung des Namens in Presseveröffentlichungen, im Index eines Sportbuchs oder als Stichwort in einem Lexikon gleich. 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

[61] *BGH*, GRUR 1986, 475; vgl. hierzu auch *OLG Hamburg*, GRUR 1983, 191.
[62] Ähnlich auch US-amerikanische Entscheidungen wie Morrim vom Midco Communication, 726 F Supp. 1195 (D Minn. 1989).
[63] *LG Duisburg*, MMR 2000, 168 = NJW-CoR 2000, 237 (Leits.).
[64] Wobei diese Fortführung jedoch als Unternehmensschlagwort selbständig ein Unternehmenskennzeichenrecht begründen könnte, *BGH*, CR 2006, 54 – seicom.de = NJW-RR 2005, 1350 = MMR 2005, 761.
[65] Anderer Ansicht allerdings *Sack*, GRUR 1995, 81.
[66] So *LG Detmold* – 2 S 308/96 (unveröffentlicht).

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.[67] Eine Nutzung der Marke durch Private kann jedoch eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr sein, wenn die Nutzung einen gewissen Umfang annimmt und über das hinausgeht, was im privaten Verkehr üblich ist.[68] 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.[69] Domains, die von juristischen Personen oder Personenhandelsgesellschaften gehalten werden, sind nie privat genutzt.[70] Im Übrigen ist auch die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB zu beachten.[71]

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 Regel zur rein privaten Nutzung erfolgt, kann das MarkenG nur Anwendung finden, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine geschäftliche Nutzung geplant ist.[72] Die bloße Reservierung einer Domain oder Verwendung mit „Baustellenschild“ ist noch keine Benutzung im markenrechtlichen Sinne und kann daher auch nicht nach dem MarkenG geahndet werden.[73] Zur geschäftlichen Benutzung reicht es aus, wenn sich auf der streitgegenständlichen Internetseite Werbung befindet.[74] In dem Angebot des Privatmannes zum (entgeltlichen) Rückerwerb kann dann ein Indiz für eine Gewerbsabsicht liegen. Zumindest reicht dies für eine vorbeugende Unterlassungsklage aus. Losgelöst vom Merkmal des geschäftlichen Verkehrs kann in diesen Fällen subsidiär auf § 12 BGB zurückgegriffen werden, sofern es um Unternehmenskennzeichen geht. Bei der Benutzung fremder Marken als Teil einer Domain bleibt aber eine empfindliche Schutzlücke. Denn selbst wenn man die Reservierung einer sol-

[67] So auch *OLG Köln*, MMR 2002, 167 = CR 2002, 285 = K&R 2002, 319 – lotto-privat.de*; LG München I*, MMR 2008, 267 – studi.de.; *LB Berlin*, MMR 2008, 484 – naeher.de.
[68] *LG Berlin*, GRUR-RR 2004, 16.
[69] *OLG Frankfurt a.M.*, GRUR 2004, 1042.
[70] *BGH*, WRP 2007, 1193 – Euro Telekom.
[71] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 476 – metrosex.
[72] Siehe auch *Kur*, Festgabe Beier 1996, 265, 273.
[73] *BGH*, Urteil vom 13. März 2008 – I ZR 151/05 – metrosex.
[74] *LG Hamburg*, MMR 2000, 436 – luckystrike.

chen Domain als Benutzung im Sinne von § 14 MarkenG ansieht,[75] lassen sich hinsichtlich der Verwechslungsgefahr keine Aussagen zur Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit machen.

Mit Urteil vom 13.03.2008[76] 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, können nicht hergeleitet werden, dass bei einer Verwendung der Domain-Namen neben dem Handel im geschäftlichen Verkehr notwendig auch die weiteren Voraussetzungen der §§ 14 Abs. 2 oder 15 Abs. 2 MarkenG erfüllt seien. Hier sei der Begriff Metrosex nur beschreibend verwendet worden, nämlich für einen neuen Männertyp (heterosexuell veranlagt, modisch gekleidet, in Düfte gehüllt und vornehmlich in Metropolen lebend). Im Übrigen sei die bloße Anmeldung einer solchen Domain als Marke noch keine kennzeichenmäßige Benutzung.

c) Verwechslungsgefahr

Benutzt jemand unbefugt eine Domain, die das Kennzeichen eines anderen Unternehmens oder ein ähnliches Zeichen gem. § 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).[77] 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 ausnutzt 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 Verwechslungsge-

[75] Dafür *Ubber*, WRP 1997, 497, 507; ähnlich jetzt auch *BGH*, WRP 2003, 1215 – maxem.de; dagegen mit guten Gründen *OLG Dresden*, CR 2001, 408 – kurt-biedenkopf.de; *OLG Köln*, MMR 2002, 167 – lotto-privat.de; *OLG Karlsruhe*, MMR 2002, 118 – dino.de; *LG München I*, 17 HKO 16815/03 – sexquisit.de.; *Bücking*, NJW 1997, 1886, 1888; *Völker/Weidert*, WRP 1997, 652, 657; *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2006, 14 – metrosex.de. Eigenartig die Hinweise des *BGH*, MMR 2005, 534 – welt; BGH, NJW 2005, 32, 2315 – weltonline.de. Dort will der *BGH* einen Schutz gegen die Registrierung nur zulassen, wenn damit eine erhebliche Beeinträchtigung des NamensrechtNamensrechts verbunden ist.

[76] MMR 2008, 609.

[77] Mittelbare Verwechselungsgefahr Verwechslungsgefahr reicht aus; siehe die Entscheidung des United States District Court, N.D. Illionois vom 17. Juli 1996 in Sachen Actmedia Inc. VOM Active Media International, Civil Docket Nr. 96C3448, 1996 WL 466527 (N.D. Ill.); vgl. Zur Verwechslungsgefahr bei Marken: § 14 MarkenG.

fahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt.[78] Folge dieser Wechselwirkung ist es, dass bei Warenidentität ein wesentlich deutlicherer Abstand der Zeichen selbst erforderlich ist, um Verwechslungsgefahr auszuschließen, als bei einem größeren Warenabstand.[79]

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. Das Konkurrenzverhältnis 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 Zusatz „Ersatzteile“ als Domain geführt wird, da eine solche Nutzung nicht notwendig im Sinne des § 23 Nr. 3 MarkenG ist, weil auch eine andere Domainbezeichnung gewählt werden könnte.[80] Gefährlich sind Verweise auf der Homepage. Eine Zurechnung liegt bereits darin, dass der User die Homepage – etwa aufgrund von Links oder Frames zu branchennahen Unternehmen – mit dem Rechteinhaber verbindet.[81] Selbst wenn keine Links vorhanden sind, soll ein Verweis auf eine fremde Website zur Zurechnung ausreichen.[82] Bei Serienzeichen reicht im Übrigen bereits das gedankliche in Verbindung bringen der jüngeren mit der älteren Marke, so z.B. der Domain „immobilien24“ mit der Deutschen Bank 24.[83] Erforderlich ist bei grenzüberschreitenden Fällen, dass diese einen wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug aufweisen.[84] Bei Gleichnamigkeit kann die Verwechslungsgefahr durch klarstellende Hinweise auf der ersten Seite der Homepage ausgeschlossen werden.[85]

---

[78] *EuGH*, NJW 1999, 933 – Canon; *BGH*, GRUR 2000, 608 = NJW-RR 2000, 1202 = WRP 2000, 529, 531 – ARD1; *BGH*, GRUR 2000, 506 = NJW-RR 2000, 856 = WRP 2000, 535 – Attachè/Tisserand.
[79] *OGH*, 4 Ob 238/04k – sexnews.at (unveröffentlicht).
[80] *LG Düsseldorf*, CR 2007, 118 = GRUR-RR 2007, 14 = NJW-RR 2007, 617 = ITRB 2007, 54 – catersatzteile.de.
[81] Siehe zur Verwechslungsgefahr durch Links auf Homepages der gleichen Branche *LG Mannheim*, MMR 2000, 47; Ferner zur Zeichenähnlichkeit bei identischen Dienstleistungen *LG München*, CR 2007, 536 – GoYellow.
[82] *LG Berlin*, 16 O 236/97 (unveröffentlicht).
[83] *BGH*, NJW-RR 2002, 829 Bank 24.
[84] *BGH*, NJW 2005, 1435 – maritime.dk.
[85] *BGH*, GRUR 2007, 259, 260 – solingen.info.

Bei **Branchenverschiedenheit** der Unternehmen bzw. der durch die Marken angesprochenen Verkehrskreise scheidet eine Verwechslungsgefahr i.d.R. aus.[86] Dies gilt insbesondere für lediglich registrierte Domains, bei denen ein Bezug zu einer Branche fehlt.[87] Allerdings ist auch nicht-konkurrierenden Unternehmen nach §§ 14 Abs. 2 Nr. 1, 2, 15 Abs. 3 MarkenG die Benutzung fremder bekannter Kennzeichen als Bestandteil ihrer Adresse verboten, soweit dies zu einer Ausnutzung der Wertschätzung („Rufausbeutung") bzw. zu einer Behinderung führt.

Streitigkeiten gibt es immer noch wegen der Verwendung von **VZ-Domains**. Das Landgericht Hamburg hat sich der Auffassung des Landgerichts Köln angeschlossen, wonach der Zusatz VZ in einer Domain eine Verwechselungsgefahr im weiteren Sinne mit den Social Networks der VZ-Gruppe begründen könne.[88]

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.[89] 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.[90] Eine Registrierung ohne sachlichen Grund gilt als vorwerfbar.[91] Ähnliches gilt für unmittelbare Umleitung einer Website auf eine andere

[86] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2000, 486 = WRP 2000, 772 = NJW-RR 2001, 547.
[87] Anderer Ansicht aber *LG Düsseldorf*, CR 1996, 325 – epson. Das *LG* wollte auf die Prüfung der Produktähnlichkeit in diesen Fällen gänzlich verzichten; ähnlich auch *OLG Rostock*, MMR 2001, 128; *LG München I*, NJW-CoR 1998, 111; *LG Bochum* – 14 O 152/97 – hellweg; *Biermann*, WRP 1999, 999; *Wagner*, ZHR 1998, 712 f. Anderer Ansicht aber zu Recht *Bettinger*, in: Mayer-Schönberger u.a. (Hg.), Das Recht der Domains, Wien 2001, 138, 147 f.; *Fezer*, WRP 2000, 669.
[88] Urteil vom 2. Oktober 2008 – 312 O 464/08; ähnlich Landgericht Köln, 2. Mai 2008 – 84 O 33/08, CR 2009, 57.
[89] *OLG München*, K&R 1998, 363 = NJW-RR 1998, 394 = MMR 1998, 668 – Freundin; *OLG Karlsruhe*, WRP 2000, 900 = ZUM 1998, 944 = MMR 1999, 171 – Zwilling; *OLG Düsseldorf*, WRP 1998, 343 = NJW-WettbewerbsR 1999, 626 – UFA; *OLG Hamburg*, MD 2001, 315; ähnlich *LG München I*, 4 HKO 14792/96 (unveröffentlicht); *LG Hamburg*, 315 O 478/98 (unveröffentlicht); *LG Mannheim*, K&R 1998, 558 – Brockhaus; *LG München I*, MMR 2003, 677 – freundin.de.
[90] *OLG Dresden*, K&R 1999, 133, 136; *LG Hamburg*, MD 2001, 376; *LG Köln*, 31 O 55/99.
[91] *OLG München*, MMR 1998, 668, 669; *OLG Karlsruhe*, MMR 1999, 171, 172.

zentrale Homepage des Domaininhabers.[92] Auch die Massenregistrierung von Domains mit Bezug auf bekannte Kennzeichen (sog. Domain Name Trafficking) reicht aus.[93] Ähnliches gilt für die Inanspruchnahme deutlich über den Registrierungskosten liegender Vergütungen für die Übertragung der Domain auf den Markenrechtsinhaber (sog. Cyber-Squatting).[94]
Ausreichen soll es ferner, wenn für die Kunden der Markenrechtsinhaberin durch die fehlende Benutzung der konnektierten Website der Eindruck entstehen könnte, die Inhaberin stecke in geschäftlichen Schwierigkeiten.[95]

Das *OLG Hamm*[96] 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.[97] 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.[98] Geschützt sind daher Unternehmen auf jeden Fall, soweit Konkurrenten eine mit ihrer Unternehmenskennzeichnung identische Adresse auf der Second- oder Third-Level-Domain-Ebene[99] verwenden (z.B. „ibm.de" oder „ibm.eunet.de").
In einem solchen Fall wird das NIC oder der jeweilige Provider häufig auch den Namen nachträglich ändern. Streitig ist, ob ein Rechteinhaber gegen **ähnlich lautende Domains** vorgehen kann. Ein Teil der Rechtsprechung lehnt dies ab. So hat das *OLG Frankfurt* in seiner Entscheidung vom 13. Februar 1997[100] betont, dass eine registrierte Online-Adresse lediglich einer identischen Verwendung durch einen anderen entgegenstehe, so dass schon durch ge-

[92] *OLG München*, MMR 2000, 100, 101; NJWE-WettbR 2000, 70.
[93] *OLG München*, MMR 2000, 100, 101; *LG Hamburg*, 315 O 417/98 (unveröffentlicht).
[94] *LG München I*, CR 1998, 434; *LG Bonn*, 1 O 374/97 (unveröffentlicht).
[95] *LG Bremen*, MMR 2000, 375.
[96] *OLG Hamm*, MMR 1998, 214 mit Anm. *Berlit*.
[97] Aus diesem Grund besteht auch kein schutzwürdiges Interesse eines Kennzeicheninhabers an der Erlangung sämtlicher, mit dem eigenen Kennzeichen verwechslungsfähiger Domains, vgl. *OLG Hamm*, MMR 2007, 391.
[98] *BGH*, GRUR 1960, 541 – „Grüne Vierkantflasche"; GRUR 1960, 83 – „Nährbier"; GRUR 1971, 305, 308 – „Konservendosen II; GRUR 1979, 470 – „RBB/RBT".
[99] Siehe *LG Duisburg*, MMR 2000, 168 = NJW-CoR 2000, 237 (Ls.) – kamp-lintfort.cty.de.
[100] *OLG Frankfurt a.M.*, WRP 1997, 341 f.

ringfügige Abwandlungen oder Zusätze die tatsächliche Sperrwirkung überwunden werden könne. Hier gilt jedoch m.E. **die allgemeine Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr**.[101]

In Anwendung dessen hat das *LG Koblenz* die Nutzung des Domainamens „allesueberwein.de“ trotz eines einstweiligen Verbotes der Domain „alles-ueber-wein.de“ nicht verboten.[102] Ähnlich großzügig argumentierte das *LG Düsseldorf*, das zwischen „T-Online“ und der Domain „donline.de“ eine Verwechslungsgefahr aufgrund der geringen Kennzeichenkraft der Bezeichnung „T-Online“ verneint hat.[103] Verwechslungsfähig ist auch die Domain „siehan.de“ im Vergleich zum Firmenschlagwort „Sieh an!“.[104] Auch die Domain „kompit.de” wurde als verwechslungsfähig mit dem Unternehmenskennzeichen und der Marke „combit” angesehen.[105] Verneint wurde die Verwechslung zwischen der Domain „pizza-direkt.de“ und der (als fast beschreibend angesehenen) Marke „pizza-direct“.[106] Ebenso verneint wurde eine Markenrechtsverletzung bei der Internetdomain „mbp.de“ im Verhältnis zur Marke „MB&P“[107], sowie bei der Domain „test24.de“; hier bestehe keine Verwechselungsgefahr mit der Wort-Bild-Marke „test“ der Stiftung Warentest, da das Wort „test“ allein (ohne die geschützten grafischen Elemente) nicht eindeutig auf die Stiftung Warentest hinweise.[108] Anders sieht es das *OLG Rostock* in der Entscheidung „mueritz-online.de“.[109] Hiernach soll ein Markenrechtsverstoß vorliegen, wenn Domain-Name und Marke sich nur in Umlauten und der Groß-/Kleinschreibung unterscheiden. Auch wurde eine Verwechslungsgefahr zwischen „Intershop“ und „Intershopping“ bejaht,[110] sowie zwischen „G-Mail“ und „GMail“[111]. Das *OLG Hamburg* stellt auf die klangliche Ähnlichkeit ab, weil Domains auch in mündlichen Gesprächen genannt werden, und bejahte mit dieser Begründung die Verwechslungsfähigkeit von „be-mobile.de“ zu „T-Mobile“.[112] Der Schutz geht im Übrigen auch in Richtung Umlaut-

[101] *ÖOGH*, GRUR Int. 2002, 450; *OLG Düsseldorf*, MMR 2004, 491 – mobell.de; so auch *Biermann*, WRP 1999, 999, 1000; ähnlich auch *Bettinger*, GRUR Int. 1997, 402, 415; *Kur*, CR 1996, 590, 593; *Viefhues*, NJW 2000, 3239, 3241; *Ernstschneider*, Jur PC WebDok. 219/2002.
[102] *LG Koblenz*, MMR 2000, 571.
[103] *LG Düsseldorf*, 34 O 56/99 (unveröffentlicht). Anders aber *LG Frankfurt a.M.*, 2-06 O 409/97 (unveröffentlicht) zum Fall t-online versus t-offline.
[104] *OLG Hamburg*, MMR 2002, 682 – siehan = CR 2002, 833 mit Anm. *Florstedt.*.
[105] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 226.
[106] *OLG Hamm*, NJW-RR 1999, 632.
[107] *OLG München*, MMR 2002, 170 – mbp.de.
[108] *OLG MünchenHamburg*, MMR 2002, 170 – mbp2007, 384 = K&R 2007, 271 – test24.de.
[109] *OLG Rostock*, MMR 2001, 128 Ls. = K&R 2000, 303 = NJW-WettbewR 2000, 161.
[110] *OLG München*, MMR 2000, 277 = NJW-CoR 2000, 308 Ls.
[111] *OLG Hamburg*, MMR 2007, 653 = GRUR-RR 2007, 319 – GMail. In diesem Verfahren unterlag der Internetriese Google einem in Deutschland agierenden Unternehmen, welches sich bereits im Jahr 2000 die Wort-Bild-Marke “G-Mail... und die Post geht richtig ab” gesichert hatte. Google bietet seinen E-Mail-Dienst seit der Entscheidung unter dem Namen “Google Mail” an.
[112] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 669.

domains. So hat das *LG Köln*[113] z.B. dem Domaininhaber von „touristikbörse24.de“ die Nutzung als Domain-Grabbing untersagt.

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).[114] Dies hätte zur Folge, dass derjenige, der zuerst seine Domain hat registrieren lassen, zum Zuge kommt. Ihm gegenüber hätte auch der Inhaber eines prioritätsälteren Kennzeichens, der die Domain noch nicht hat registrieren lassen, nur dann Unterlassungsansprüche, wenn die Benutzung des Domain-Namens gegen die guten Sitten verstößt.
Dagegen haben das *LG Bochum* und das *OLG Hamm*[115] als Berufungsinstanz entschieden, dass der Inhaber eines bekannten Firmenschlagwortes aufgrund der hier erfolgten Anwendung des Gleichnamigenrechts aus dem Kennzeichenrecht gegenüber dem prioritätsjüngeren Anwender bei Gleichnamigkeit einen Unterlassungsanspruch hat. Der Einzelhandelskaufmann hatte seinen Familiennamen, der mit dem schon vorhandenen Firmenschlagwort identisch war, als Domain-Namen 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 Verwechslungs- bzw. Verwässerungsgefahr zu vermeiden.[116]

Handelt es sich allerdings nicht um eine bekannte Firma (wie bei der Bezeichnung „Krupp“ im Falle des *OLG Hamm*), gilt der Grundsatz **„first come, first served“** zu Gunsten desjenigen, der einen mit einer Firma identischen Familiennamen als erster als Domain hat registrieren lassen.[117] Diese Rechtsprechung ist von anderen Gerichten fortentwickelt worden, etwa im Hinblick auf den Firmennamen „Wolfgang Joop“.[118] Diese Grundsätze gelten jedoch nur im Hinblick auf bekannte Marken oder Unternehmenskennzeichen, nicht für kleine Unternehmen

[113] *LG Köln*, 31 O 155/04 (unveröffentlicht).
[114] *Kur*, Festgabe Beier 1996, 265, 276.
[115] *OLG Hamm*, MMR 1998, 214 mit Anm. *Berlit*.
[116] So auch in der Schweiz siehe *Schweizerisches Bundesgericht*, MMR 2005, 366 mit Anm. *Mietzel* – www.maggi.com.
[117] *LG Paderborn*, MMR 2000, 49.
[118] *LG Hamburg*, MMR 2000, 622 mit Anm. *Bottenschein*.

und deren Namen.[119] Das *OLG Koblenz* vertritt die Auffassung, dass auch bei normalen Städtenamen bei Gleichnamigkeit das Prinzip „first come, first served" gelten soll.[120]

Dies hat auch der *BGH* in der Entscheidung **Hufeland** bekräftigt.[121] Wenn zwei Unternehmen die 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 Domain jenem 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.

Das OLG Stuttgart hat diese Überlegungen dann wieder relativiert.[122] Streiten zwei Parteien um eine mit ihrem Unternehmensnamen identische Webadresse (so genanntes 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 Fakten 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 **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.

Denkbar wäre auch eine Lösung über eine Abgrenzungsvereinbarung (sog**. Domain-Name-Sharing**[123]), aufgrund derer für beide Kennzeichenrechtsinhaber ein einheitliches Portal geschaffen wird (siehe etwa „http://www.winterthur.ch"). Der *BGH* hat in der Vossius-Entscheidung[124] über solch alternative Lösungsmöglichkeiten nachgedacht. Die Gefahr der Verwechslung könne bei Gleichnamigkeit auch auf andere Weise ausgeschlossen werden.

[119] Siehe *LG Paderborn*, MMR 2000, 49 = ZUM-RD 2000, 344.
[120] *OLG Koblenz*, WRP 2002, 340 = K&R 2002, 201 = MMR 2002, 466 – vallendar.de; *LG Osnabrück*, MMR 2006, 248.
[121] *BGH*, WRP 2006, 238.
[122] Urteil vom 26. Juli 2007 – 7 U 55/07, MMR 2008, 178.
[123] Ausführlich zum Domain-Name-Sharing vgl. Haar/Krone, Mitt. 2005, 58 ff.
[124] *BGH*, MMR 2002, 456 mit Anm. *Hoeller* = CR 2002, 674 mit Anm. *Koschorreck*.

Man könne als Domaininhaber zum Beispiel durch Hinweis auf der zentralen Einstiegsseite deutlich machen, dass es sich nicht um das Angebot des klagenden Namensinhabers handele. Zweckmäßigerweise könne man angeben, wo das Angebot des Namensträgers im Internet zu finden sei. Allerdings gelte dies nicht, wenn die berechtigten Interessen des Namensträgers das Interesse des Domaininhabers deutlich überwiegen. Diese Entscheidung gilt jedoch in der obergerichtlichen Entscheidungspraxis als Sonderfall.

Unklar ist die Reichweite von § 24 Markengesetz und dem dort enthaltenen Einwand der Erschöpfung in Bezug auf Domainregistrierungen. Der BGH hat in der Entscheidung Aidol[125] 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.[126] 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. [127] 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. [128] 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.[129] Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Auffassung vertreten, dass ein Anbieter von Fahrzeugtuning-Dienstleistungen nicht die Internet-Domain www.peugeot-tuning.de verwenden dürfe. Diese Dienstleistung sei nämlich der geschäftlichen Tätigkeit der Klägerin, nämlich dem Vertrieb von Peugeot-Kraftfahrzeugen und zugehörigen Serviceleistungen für diese Fahrzeuge sehr ähnlich. Aus diesem Grund sei die Verwendung des Zeichens in der Domain geeignet, eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne zu begründen. Der Verkehr nehme an,

[125] WRP 2007, 1095; NJW-RR 2007, 126; MMR 2007, 648.
[126] Siehe dazu auch *EuGH*; GRUR Int. 1998, 140 = WRP 1998, 150 – DIOR; GRUR Int. 1999, 438 = WRP 1999, 407 – BMW.
[127] Siehe dazu auch *BGH*, GRUR 2003, 807, 879 f. – Vier Ringe über Audi.
[128] Siehe dazu auch *LGt Hamburg*, MITT. 2001, 83 zur Verwendung der Bezeichnung Ferrari–official–merchandise.de zur Kennzeichnung eines Geschäftsbetriebs auf Briefumschlägen.
[129] So etwa im Fall *LG Düsseldorf*, GRUR-RR 2007, 14-cat-Ersatzteile.de. Ähnlich *LG Düsseldorf*, MMR 2008, 268 – hapimag-a-aktien.de

dass jemand, der Tuning-Leistungen unter Verwendung des Zeichens «Peugeot» erbringt, hierzu von Peugeot autorisiert worden ist und daher zumindest rechtliche und wirtschaftliche Beziehungen bestehen.[130]

e) Gattungsbegriffe

Literatur:
Abel, Generische Domains. Geklärte und ungeklärte Fragen zur Zulässigkeit beschreibender second-level-Domains nach dem Urteil des BGH vom 17.05.2001 – mitwohnzentrale.de, in: WRP 2001, 1426; *Beater*, Internet-Domains, Marktzugang und Monopolisierung geschäftlicher Kommunikationsmöglichkeiten, in: JZ 2002, 275; *Buchner*, generische Domains, GRUR 2006, 984; *Ernst*, Zur Zulässigkeit der Verwendung von Gattungsbegriffen und Branchenbezeichnungen als Domains, in: MMR 2001, 181; *Ernst*, Gattungsnamen als Domains, in: DuD 2001, 212; *Essl*, Freihaltebedürfnis bei generischen und beschreibenden Internet-Domains? In: öBl 2000, 100; *Fraiss*, Domain-Grabbing von Gattungsbegriffen nur bei Verkehrsgeltung! Rdw 2004, 203; *Härting*, Zur Zulässigkeit der Verwendung beschreibender Angaben, in: BB 2001, 491; *Mietzel/Hero*, Sittenwidriger Domainhandel: Gibt es die „Hinterhaltsdomain“?, in: MMR 2002, 84; *Müller*, Internet-Domains von Rechtsanwaltskanzleien, in: WRP 2002, 160; *Renck*, Scheiden allgemeine Begriffe und Gattungsbegriffe als Internet-Domain aus?, in: WRP 2000, 264; *Schröder*, Zur Zulässigkeit von Gattungsbezeichnungen als Domains, in: MMR 2001, 238; *Sosnitza*, Gattungsbegriffe als Domain-Namen im Internet, in: K&R 2000, 209; *Thiele/Rohlfing*, Gattungsbezeichnungen als Domain-Names, in: MMR 2000, 591; *Wendlandt*, Gattungsbegriffe als Domainnamen, in: WRP 2001, 629.

Schwierig ist schließlich auch die Frage, ob **Gattungsbegriffe** und **beschreibende Angaben** als Domain-Namen registriert werden können.[131] Solche Angaben könnten markenrechtlich wegen fehlender Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) oder wegen eines besonderen Freihaltebedürfnisses (§ 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”.[132]
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.

[130] Urteil vom 21. November 2006 – I-20 U 241/05.
[131] Vgl. hierzu *Kur*, CR 1996, 325, 328.
[132] *BGH*, MMR 2001, 666, 670 – mitwohnzentrale.de.

In diesem Sinne hat auch das *OLG Frankfurt*[133] betont, dass bei rein beschreibenden und daher freihaltebedürftigen Begriffen wie „Wirtschaft" und „Wirtschaft-Online" ein markenrechtlicher Schutz nicht in Betracht komme. Allenfalls aus §§ 3, 4 Nr. 10 UWG bzw. §§ 3, 5 UWG könnten sich Grenzen für die Wahl solcher Beschreibungen ergeben. Zu beachten sei dabei vor allem die „Kanalisierungsfunktion" der Domain-Namen, sofern der User der Einfachheit halber das Online-Angebot mit der umfassendsten Adressbezeichnung wähle und anderen Angeboten keine Beachtung mehr schenke. Dieser Effekt sei aber ausgeschlossen, wenn die Online-Adresse lediglich in der Werbung des jeweiligen Unternehmens benutzt werde. Im Übrigen müsse auf die besonderen Nutzergewohnheiten abgestellt werden.

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.[134] 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 Website gefunden hätten, verzichteten aus Bequemlichkeit darauf, anschließend nach Alternativangeboten zu suchen. Der Hamburger Linie folgten weitere Gerichte, etwa hinsichtlich der Bezeichnungen „Rechtsanwalt",[135] „rechtsanwaelte.de",[136] „zwangsversteigerung.de"[137], „hauptbahnhof.de"[138] oder „deutsches-handwerk.de"[139]. Auch zahlreiche Literaturstimmen

[133] WRP 1997, 341 f. Ähnlich auch *OLG Braunschweig*, CR 2000, 614 = MMR 2000, 610 – Stahlguss.de. Unzutreffend *OLG München*, K&R 1999, 327 = ZUM 1999, 582 = MMR 1999, 547 – buecher.de, das die Frage des Gattungsbegriffs mit dem Problem der kennzeichenmäßigen Benutzung verwechselt.
[134] *OLG Hamburg*, MMR 2000, 40 = CR 1999, 779 m. Anm. *Hartmann* = K&R 2000, 190 mit Anm. *Strömer*; siehe auch EWiR 2000, 193 (*Hoeren*). Anders *Mankowski*, MDR 2002, 47, 48, der für eine analoge Anwendung von § 8 MarkenG plädiert.
[135] *OLG Stuttgart*, MMR 2000, 164 in Bezug auf eine Vanity-Nummer, aufgehoben durch *BGH*, CR 2002, 729.
[136] *LG München I*, MMR 2001, 179 m. Anm. *Ernst* = CR 2001, 128 = K&R 2001, 108 mit Anm. *Sosnitza*. Zu Domains mit Anwaltsbezug siehe auch *OLG Celle*, MMR 2001, 179; *OLG Hamburg*, MMR 2002, 824; *OLG München*, MMR 2002, 614.
[137] *LG Köln*, MMR 2001, 55.
[138] *LG Köln*, MMR 2000, 45 = CR 1999, 649.
[139] *OLG Hamburg*, CR 2007, 258.

haben die Hamburger Leitlinien weiterverfolgt.[140] Andere Gerichte widersprachen der Hamburger Linie, zum Beispiel in Bezug auf die Termini „stahlguss.de“,[141] „lastminute.com“,[142] „zeitarbeit.de“,[143] „autovermietung.com“,[144] „fahrplan.de“,[145] „sauna.de“,[146] „rechtsanwalt.com“[147] oder „kueche.de“.[148] Hierbei wurde darauf abgestellt, dass für den Tätigkeitsbereich eine Vielzahl beschreibender Kennzeichnungen vorhanden waren.[149] Noch deutlicher ist das *OLG Braunschweig* in der oben genannten Entscheidung, das die Kanalisierung durch Registrierung rein beschreibender Domainnamen für sich allein nicht als wettbewerbswidrig angesehen hat.[150] Das *LG Hamburg* stellt darauf ab, ob der Eindruck entstanden ist, es handle sich um ein Portal für eine originelle und neue Leistung. Eine Kanalisierungsgefahr sei ausgeschlossen, wenn interessierte Kreise wüssten, dass es diese Leistung von zahlreichen Anbietern gibt.[151] Das *LG Darmstadt* hat in der oben erwähnten Entscheidung „kueche.de“ darauf abgestellt, ob ein umsichtiger, kritisch prüfender und verständiger Verbraucher beim Aufruf der Webseite ohne weiteres erkennen kann, dass es sich um das Angebot eines Einzelunternehmens handelt. Die Begründung, dass der Internetnutzer den von ihm gewünschten Domainnamen direkt in die Browserzeile eingebe, könnte jedoch durch die zunehmende Nutzung von Suchmaschinen, insbesondere der Suchmaschine „google“, nicht mehr zeitgemäß sein. Eine Untersuchung über die Nutzergewohnheiten der betroffenen Nutzerkreise ist wohl noch nicht durchgeführt worden, zumindest wurde eine Abkehr von der Methode der Direkteingabe noch in keinem Urteil angesprochen. Dies bedeutet, dass weiterhin davon ausgegangen werden muss, dass zumindest ein Teil der Internetnutzer (auch) nach dieser Methode vorgehen.

Der *BGH* hat in Sachen „**mitwohnzentrale.de**“ am 17.5.2001 entschieden.[152] Die Verwendung von Gattungsbegriffen sei grundsätzlich zulässig; insbesondere liege keine Unlauterkeit im Sinne von § 3 UWG vor. Der Domaininhaber habe nur einen sich bietenden Vorteil genutzt, ohne auf Dritte unlauter einzuwirken. Ein Anlass für eine neue Fallgruppe speziell für

[140] Ähnlich auch *Bettinger*, CR 1997, 273; *Sosnitza*, K&R 2000, 209, 212; *Ubber*, WRP 1997, 497.
[141] *OLG Braunschweig*, MMR 2000, 610.
[142] *LG Hamburg*, CR 200, 617 mit Anm. *Bettinger* = MMR 2000, 763, 765.
[143] *LG Köln*, MMR 2001, 197.
[144] *LG München*, MMR 2001, 185.
[145] *LG Köln*, 31 O 513/99 (unveröffentlicht).
[146] *OLG Hamm*, MMR 2001, 237. Ähnlich bereits *LG Münster*, 23 O 60/00.
[147] *LG Mannheim*, CR 2002, 689 = NJW-RR 2002, 1580 = MMR 2002, 635 (Ls.). Anderer Ansicht *OLG Hamburg*, MMR 2002, 824.
[148] *LG Darmstadt*, MMR 2001, 559 (Ls.) = ZUM-RD 2002, 90.
[149] *LG München*, MMR 2001, 185.
[150] *OLG Braunschweig*, MMR 2000, 610.
[151] *LG Hamburg*, MMR 2000, 763, 765.
[152] *BGH*, MMR 2001, 666 mit Anm. *Hoeren* = WRP 2001, 1286 mit Besprechung *Abel* 1426 = MDR 2002, 45 mit Anm. *Mankowski* = CR 2001, 777 mit Anm. *Jaeger-Lenz* = BB 2001, 2080 = NJW 2001, 3262.

Domains bestehe nicht. Die Parallele zum Markenrecht und dem dortigen Freihaltebedürfnis von Gattungsbegriffen sei nicht zu ziehen, da kein Ausschließlichkeitsrecht drohe. Grenzen sieht der *BGH* dort, wo Rechtsmissbrauch drohe, etwa wenn der Gattungsbegriff sowohl unter verschiedenen TLDs als auch in ähnlichen Schreibweisen vom Verwender blockiert werde. Auch müsse noch geprüft werden, ob die Kennung mitwohnzentrale.de nicht eine relevante Irreführungsgefahr heraufbeschwöre, weil der Eindruck entstehen könne, dass es sich um das einzige oder maßgebliche Angebot unter der Gattungsbezeichnung handle.[153] Die Notwendigkeit dieser beiden Einschränkungen sind in der Literatur mit Recht bezweifelt worden.[154] Diese Leitlinien hat der *BGH* in der Entscheidung „weltonline.de" bekräftigt.[155] 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*[156] entschieden, dass die Verwendung des Gattungsnamens „**literaturen.de**" nach § 826 BGB sittenwidrig sein könnte, wenn allein die formalrechtliche Stellung dazu benutzt werden soll, Gewinne zu erzielen, deren Höhe nicht mit irgendeiner Leistung des Rechtsinhabers in Zusammenhang steht. Das *Landgericht Frankfurt* sah – anders als dann die Oberinstanz[157] – in dem Angebot, unter der Domain „drogerie.de" Subdomains zu erwerben, eine Irreführung im Sinne von § 5 UWG.[158] Ähnlich entschied das *OLG Nürnberg* hinsichtlich der Verwendung der Domain „steuererklaerung.de" für einen Lohnsteuerhilfeverein.[159] Das *OLG Hamburg* verbot die Verwendung von „rechtsanwalt.com" durch Nicht-Anwälte als irreführend im Sinne von § 5 UWG.[160]

Für besondere Aufregung haben das *LG Dortmund*[161] und das *OLG Hamm*[162] gesorgt, als sie die Verwendung der Domain „**tauchschule-dortmund**.de" wegen impliziter Spitzenstel-

[153] *Mankowski*, MDR 2002, 47, 48 sieht in jeder Aneignung von Branchenbezeichnungen durch einen einzelnen Wettbewerber die irreführende Behauptung einer Spitzenstellung.
[154] Siehe *Abel*, WRP 2001, 1426, 1429 ff.; *Beater*, JZ 2002, 275, 278 f.
[155] *BGH*, CR 2005, 592 = WRP 2005, 893 = NJW 2005, 2315 = MMR 2005, 534 mit Anm. *Wiefhues*.
[156] *LG Düsseldorf*, MMR 2002, 126.
[157] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2002, 811.
[158] *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2001, 542 m. Anm. *Buecking*.
[159] *OLG Nürnberg*, MMR 2002, 635 = K&R 2002, 155 = GRUR 2002, 460. = MDR 2002, 406.
[160] *OLG Hamburg*, NJW-RR 2002, 1582 = BRAK-Mitt. 2002, 287 = MMR 2002, 824. Anderer Auffassung *LG Mannheim*, MMR 2002, 635. Anders auch *LG Berlin*, CR 2003, 771 für die Domain „Rechtsbeistand.info".
[161] *LG Dortmund*, MMR 2003, 200.
[162] *OLG Hamm*, CR 2003, 522 mit Anm. *Beckmann*.

lungsbehauptung für unlauter im Sinne von §§ 3, 5 UWG erklärten.[163] Diese Rechtsprechung hat das OLG Hamm dann allerdings jüngst aufgegeben.[164] Das Oberlandesgericht Hamm hat seine alte Rechtsprechung aufgegeben, wonach die Verwendung einer Kombination und Ortsname als Domain als unzulässige Spitzenstellungsbehauptung anzusehen sei. Es gelte stattdessen der Grundsatz „first come, come served". Der Ortname alleine könne nicht als Herausstellung im Sinne des Wettbewerbsrechts anzusehen sein. Dem Verkehr sei regelmäßig bekannt, dass es in großen Städten eine Fülle von Rechtsanwaltskanzleien gebe. Auch unter dem Gesichtspunkt des Umleitens von Kundenströmen, etwa aufgrund entsprechender Suchmaschinenangaben wurde vom Gericht abgelehnt.

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.[165] 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 deutlichen Hinweis dieser Irreführung begegnet werden muss, um wettbewerbsrechtliche Ansprüche abwehren zu können.[166] Auch die Verwendung des TLD „.ag" kann wegen Irreführung verboten sein, wenn eine entsprechende Domain von einer GmbH verwendet wird; denn dann müsse ein beträchtlicher Teil des Verkehrs annehmen, es handele sich bei dem Domaininhaber um eine Aktiengesellschaft.[167] Unklar ist die Haltung der Gerichte zu Anwaltsdomains, wie „anwalt-hannover.de" oder „rechtsanwaelte-dachau.de". Zum Teil wird eine solche Domain wegen Irreführungsgefahr generell für verboten erachtet.[168] Teilweise wird bei Verwendung des Singulars „anwalt" von der wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeit ausgegangen.[169]
Das *OLG Stuttgart* hat den Begriff „Netz" als nicht schutzfähigen Gattungsbegriff angesehen, auch wenn jemand den Nachnamen „Netz" führt.[170] Ähnlich sah die Kölner Justiz die Rechtslage bei den Gattungsbegriffen „bahnhoefe"[171] und „mahngericht".[172] Für die generischen Um-

[163] Die Revision ist inzwischen vom *BGH* wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung nicht angenommen worden; siehe CR 2004, 77 = MMR 2003, 471 m. Anm. *Karl*.
[164] *OLG Hamm*, MMR 2009, 50 m. Anm. *Kuhr* = K&R 2008, 755 – anwaltskanzlei –dortmund.de.
[165] *LG Berlin*, CR 2003, 937 (Leitsatz); MMR 2003, 490. Ähnlich für deutsche-anwalthotline.de: *LG Erfurt*, MMR 2005, 121.
[166] *OLG Hamburg*, CR 2007, 258 – deutsches-handwerk.de; GRUR-RR 2007, 93.
[167] *LG Hamburg*, MMR 2003, 796 – tipp.ag; bestätigt durch: *OLG Hamburg*, MMR 2004, 680.
[168] *OLG Celle*, NJW 2001, 21000 – rechtanwalt-hannover.de.
[169] *LG Duisburg*, NJW 2002, 2114 – anwalt-muelheim.de; *OLG München*, Urteil vom 10. Mai 2001 – 29 U 1594/01. Ähnlich auch *OLG München*, CR 2002, 757 – rechtsanwaelte-dachau.de.
[170] *OLG Stuttgart*, MMR 2002, 388.
[171] *LG Köln*, MMR 2006, 244; GRUR-RR 2006, 292 – bahnhoefe.de.

lautdomains gelten ähnliche Regeln. So hat das *LG Leipzig*[173] betont, dass ein Hersteller von Waren keinen Anspruch auf Unterlassung der Registrierung oder Nutzung einer IDN-Domain hat, die nur Waren beschreibt.
In Anwendung von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG soll die Registrierung von Gattungsbegriffen verboten sein, wenn diese Namen zum Zweck der Behinderung eines Konkurrenten angemeldet worden sind.[174] Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gattungsdomains auf die eigene Domain umgeleitet werden.

Keine rechtlichen Probleme sah das *OLG Wien* bei der Registrierung der Domain „kinder.at" im Verhältnis zu einer (generischen) Wort/Bildmarke „kinder".[175] Auch wurde ein Unterlassungsanspruch einer juristischen Zeitschrift gegen die Verwendung der Domain „versicherungsrecht.de" durch einen Dritten vom *LG* und *OLG Düsseldorf* mangels Unlauterkeit abgelehnt.[176] Der *BGH* hat inzwischen auch keine Probleme mehr in der Verwendung der Adressen „presserecht.de"[177] und „rechtsanwaelte-notar.de"[178] gesehen; diese sei weder irreführend noch verstoße sie gegen anwaltliches Berufsrecht. In Sachen Mitwohnzentrale liegt auch die zweite Entscheidung des *OLG Hamburg* vor.[179] Hiernach ist für die Beurteilung der Frage, ob sich die Verwendung eines generischen Domainnamens (hier: „mitwohnzentrale.de") nach § 5 UWG als irreführend wegen einer unzutreffenden Alleinstellungsberühmung darstellt, nicht allein auf die Bezeichnung der Domain, sondern maßgeblich (auch) auf den dahinter stehenden Internetauftritt, insbesondere die konkrete Gestaltung der Homepage abzustellen. Der Hinweis eines Vereins, dass auf seiner Homepage nur Vereinsmitglieder aufgeführt sind, kann nach den Umständen des Einzelfalls ausreichen, um irrtumsbedingten Fehlvorstellungen entgegenzuwirken, die angesichts der generischen Domain-Bezeichnung bei Teilen des Verkehrs entstehen können. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf Konkurrenzunternehmen ist nicht erforderlich.

---

[172] *OLG Köln*, MMR 2006, 31, 32; NJW-RR 2006, 17, 1224; NJWRR 2006, 187.
[173] *LG Leipzig*, MMR 2006, 113, 114 – kettenzüge.de. Ähnlich *LG Frankenthal*, GRUR-RR 2006, 13, 14 – günstig.de; MMR 2006, 116; NJW-RR 2006, 480.
[174] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 328.
[175] *OLG Wien*, WRP 2003, 109; ähnlich liberal *öOGH*, MMR 2006, 667 – rechtsanwaltsportal.at.
[176] *LG Düsseldorf*, CR 2003, 64 = MMR 2007, 758; *OLG Düsseldorf*, MMR 2003, 177.
[177] *BGH*, MMR 2003, 252 mit Anm. *Schulte* = ZUM 2003, 302 = CR 2003, 355 mit Anm. *Hoß* = NJW 2009, 662.
[178] *BGH*, MMR 2003, 256 = CR 2003, 354. Anders wiederum die österreichische Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte in ihrer Entscheidung vom 28. April 2003, MMR 2003, 788 mit Anm. *Karl*, in der die Kommission die Verwendung der Domain scheidungsanwalt.at als rechtswidrig ansah.
[179] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 537, 538.

Zu den Gattungsbegriffen zählen im Übrigen **lateinische Bezeichnungen** nicht. Laut einer Entscheidung des *LG München*[180] können lateinische Begriffe durchaus im allgemeinen Sprachgebrauch angesiedelt sein. Daraus folge aber nicht automatisch ein Freihaltebedürfnis als Gattungsbegriff, 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 Familiennamen Fatum (lat. Schicksal) heißt und die Freigabe der bereits reservierten gleichnamigen Webadresse verlangt hatte.

Seit dem 1.3.2004 besteht die Möglichkeit, Domains mit Umlauten registrieren zu lassen. Alleine die Registrierung eines bereits registrierten Gattungsbegriffs mit Umlauten stelle jedoch noch keine wettbewerbswidrige Handlung dar,[181] auch wenn der Begriff mit Umlauten einfacher zu erreichen 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 Inhaber 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 Behinderung, da der Wettbewerber weiterhin in der Lage sei, seine bisherige Domain zu benutzen und daher nicht behindert würde.[182]
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.[183]

f) „com"-Adressen

Ungeklärt ist die Rechtslage auch bei den **„com"-Adressen**. Grundsätzlich kann sich ein Markenrechtsinhaber gegen die Verwendung seines Kennzeichens in einer „com"-Adresse in gleicher Weise zur Wehr setzen wie bei einer „de"-Adresse.[184] Ähnliches gilt für die Verwendung anderer gTLDs, wie etwa im Falle von „WDR.org" für ein Portal zum Thema „Fach-

[180] *LG München*, MMR 2005, 620, 621.
[181] *OLG Köln*, MMR 2005, 763.
[182] *OLG Köln*, MMR 2005, 763.
[183] *OLG Düsseldorf*, MMR 2007, 187 – professional-nails.de
[184] *OLG Karlsruhe*, MMR 1999, 604 = CR 1999, 783 = AfP 1999, 378.

journalismus“.[185] Den gTLDs fehlt es an der kennzeichnenden Wirkung; entscheidend ist daher die Second-Level-Domain.[186]

Hier drohen **oft Kollisionen zwischen den Inhabern ausländischer und deutscher Kennzeichnungen**, etwa bei Verwendung der Bezeichnung „persil.com” für die (im britischen Rechtskreis berechtigte) Unilever. Das Hauptproblem liegt in diesen Fällen in der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen. Denn sofern sich nur die Top-Level-Domain ändert, haben oft beide Domain-Inhaber für ihren kennzeichenrechtlichen Schutzbereich eine Berechtigung. So kann der amerikanische Inhaber der Domain „baynet.com” sich auf das ihm nach US-Recht zustehende Markenrecht in gleicher Weise berufen wie die bayerische Staatsregierung auf die deutschen Rechte zur Nutzung der Domain „baynet.de”. Wollte man hier einen Unterlassungsanspruch sauber tenorieren, müsste man den Anspruch auf die Nutzung der Domain im jeweiligen Heimatstaat beschränken. Eine solche Beschränkung ist jedoch technisch nicht durchsetzbar. Die Anbieter der Seite baynet.com könnten schon von der technischen Ausgestaltung des WWW her der bayerischen Staatsregierung nicht aufgeben, zu verhindern, dass deren baynet.de-Angebot in den USA abgerufen werden kann. Das *Kammergericht* hat daraus in der Concept-Entscheidung[187] die Konsequenz gezogen, einem Störer die Berufung auf die Einschränkungen für den weltweiten Abruf zu verweigern.

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.[188]

g) Regional begrenzter Schutz

Der Kennzeichenschutz eines Unternehmens, welches nur regional, aber nicht bundesweit tätig ist, beschränkt sich auf das räumliche Tätigkeitsfeld.[189] 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.[190]

---

[185] *LG Köln*, MMR 2000, 625.
[186] So auch das *Hanseatische Oberlandesgericht,* 3 W 8/02; http://www.jurpc.de/rechtspr/20020153.htm.
[187] *KG*, NJW 1997, 3321.
[188] So etwa *Reinhart*, WRP 2002, 628, 634 f.
[189] *BGH*, MMR 2007, 748 = NJW-RR 2008, 57 – cambridgeinstitute.de; vgl. auch *OLG Köln*, MMR 2008, 119 – 4e.de.
[190] *BGH*, a.a.O.

3. Titelschutz nach § 5 Abs. 3 MarkenG

Wichtig ist auch der spezielle Schutz, den § 5 Abs. 3 MarkenG für **den Titel von Zeitschriften oder Büchern** vorsieht.[191] Der Titelschutz hat im digitalen Markt dadurch eine besondere Bedeutung erlangt, dass der *BGH* in den Entscheidungen FTOS und PowerPoint[192] einen Titelschutz auch für Software zugelassen hat. Damit wird ein allgemeiner Namensschutz für alle bezeichnungsfähigen geistigen Produkte[193] eingeführt, der auch Homepages und CD-ROMs einschließen kann.

Zur Bestimmung der **Reichweite des Titelschutzes** gegen Provider ist die Entscheidung „Karriere" des *Landgerichts Köln* einschlägig.[194] 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 *LG Köln* bereits Jahre zuvor dem Handelsblatt für deren Zeitungsbeilage „Karriere" zugebilligt hatte.[195] Ein Teilnehmer im Internet werde zumindest organisatorische Zusammenhänge zwischen den Parteien annehmen, die tatsächlich nicht bestünden. Das Landgericht hat dem Begehren in vollem Umfang stattgegeben; die Antragsgegnerin hat dem Beschluss nicht widersprochen. Ähnlich großzügig argumentierte das *LG Mannheim* hinsichtlich der Bezeichnung „Bautipp"[196] und das *OLG Düsseldorf* in Bezug auf „Diamantbericht".[197] Auch der Begriff „America" soll für ein gleichnamiges Computerspiel geschützt sein.[198]
Anders sieht das *LG Hamburg* die Reichweite des Titelschutzes. In seinem Urteil[199] betont das Landgericht, dass ein Titelschutz nur dann gegenüber Domain-Adressen geltend gemacht werden könne, wenn der Titel dermaßen bekannt sei, dass die Verwendung der Internet-

[191] Nur am Rande erwähnt sei der besondere Schutz geographischer Herkunftsangaben nach § 127 MarkenG, der allerdings nicht gegen die Nutzung einer Herkunftsangabe zum Aufbau einer Informationsplattform hilft; so auch *OLG München*, MMR 2002, 115.; s. auch *BGH*, MMR 2007, 748 = NJW-RR 2008, 57 – cambridgeinstitute.ch: berechtigte Benutzer einer geografischen Herkunftsangabe, die für Dienstleistungen verwendet wird, sind nur diejenigen Personen und Unternehmen, die in dem durch die geografische Herkunftsangabe bezeichneten Gebiet geschäftsansässig sind und von dort ihre Dienstleistungen erbringen (Ls.).
[192] *BGH*, CR 1998, 5 – PowerPoint mit Bespr. *Lehmann* = NJW 1997, 3313 = MMR 1998, 52 (Leitsatz) m. Anm. *Hoeren*. NJW 1997, 3315 = CR 1998, 6 = MMR 1998, 52 (Leits.) – FTOS.
[193] Makabre Erlebnisse mit dem Titelschutz hat der Verf. allerdings mit einem Berliner Anwalt gemacht, der für sich die Titelschutzrechte an dem Titel „Die Verfilmung tatsächlicher Ereignisse" in Anspruch nahm. Er habe unter diesem kennzeichnungskräftigen Titel einen Aufsatz in der ZUM veröffentlicht und sei damit in ganz Europa bekannt geworden. Deshalb dürfe ein Münsteraner Doktorand seine Dissertation nicht mit diesem Titel versehen; das Buch sei in dieser Form vom Markt zu nehmen.
[194] *LG Köln*, AfP 1997, 655, 656.
[195] *LG Köln*, AfP 1990, 330, 331.
[196] *LG Mannheim*, CR 1999, 528 (Leits.). Ähnlich auch der *OGH Wien*, MR 2001, 1987, 198 – „deKrone.at".
[197] *OLG Düsseldorf*, I 20 U 127/04 (unveröffentlicht).
[198] *KG*, MarkenR 2003, 367, 369.
[199] *LG Hamburg*, MMR 1998, 46 – bike.de.

Adresse für die angesprochenen Verkehrskreise ein Hinweis auf die Zeitschrift sei. Mit dieser Begründung lehnte es das Landgericht ab, die Verwendung der Adresse bike.de für ein Werbeforum zu untersagen. Das Wort „bike" sei erkennbar beschreibender Natur und für eine Bekanntheit der Zeitschrift „bike" sei nichts vorgetragen. Auch kommt ein Schutz nur in Bezug auf ein konkretes Werk in Betracht.[200] Mit ähnlicher Begründung hat das *OLG Hamburg* der Fachzeitschrift „Schuhmarkt" Schutz gegen eine Internetagentur versagt, die sich mehrere tausend Domains, darunter „schuhmarkt.de", registrieren lassen hatte. Wenn die Agentur unter der Domain eine E-Commerce-Plattform betreibe, fehle es an der erforderlichen Verwechslungsgefahr mit einer Fachzeitschrift, die nur gering verbreitet und in einem beschränkten Fachkreis bekannt sei.[201] An dem Zeitschriftentitel „Der Allgemeinarzt" soll ein Titelschutzrecht bestehen, das sich aber wegen begrenzter Unterscheidungskraft nicht gegen eine Domain „allgemeinarzt.de" durchsetzt.[202] Auch der bekannte Zeitungstitel „Die Welt" konnte sich nicht gegen eine Domain „weltonline.de" durchsetzen, da diese Domain nicht geschäftsmäßig benutzt wurde.[203]

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

Neue Wege beschritt das *OLG Frankfurt* in der Entscheidung „**Weideglück**".[204] 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 Senat eine gefährliche Schutzlücke. Denn bei der nichtwettbewerbsmäßigen Nutzung einer Domain, die als Bestandteil eine fremde Marke enthält, greift § 14 MarkenG nicht ein. Auch § 12 BGB hilft nicht,[205] da hiernach nur der Namen eines Unternehmens, nicht aber eine Produktbezeichnung geschützt ist. Dennoch muss die Ent-

[200] *OLG Hamburg*, MMR 1999, 159, 161 = CR 1999, 184, 186 m. Anm. *Hackbart* = NJW-RR 1999, 625.
[201] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 668.
[202] *LG Hamburg*, MMR 2006, 252.
[203] *BGH*, MMR 2005, 534 – weltonline.de. Ähnlich auch *OLG Hamburg*, Urteil vom 8. Februar 2007 – 3 U 109/06, MMR 2007, 384 – test24.de
[204] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2000, 424 = CR 2000, 615 = WRP 2000, 645 = MDR 2000, 1268; Ähnlich auch *OLG Nürnberg*, CR 2001, 54. Sowie *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2001, 532 – praline-tv.de.
[205] Siehe zu § 12 BGB unten Rdnr. 69 ff.

scheidung des *OLG* vorsichtig zu Rate gezogen werden; 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.[206] 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 im Sinne von § 826 BGB sittenwidrig sein, wenn sie planmäßig auf Grund einer Suche nach versehentlich frei gewordenen Domainnamen erfolgt.[207]
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.[208]
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, ohne Zustimmung für Inhalte genutzt wird, die geeignet sind, den Ruf der Person negativ zu beeinflussen.[209]

Auch der *BGH* wandte sich in seiner Revisionsentscheidung im Fall „**weltonline.de**" gegen das *OLG Frankfurt* und hob dessen Entscheidung auf.[210] 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,

[206] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2001, 696 – Weltonline.de.
[207] *LG München*, MMR 2006, 8,24, 692 und 484, ebenso *OLG München*, MMR 2007, 115.
[208] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 668, 669; so auch *LG Berlin*, MMR 2008, 484 – naeher.de: Voraussetzung für den Vorwurf des Domain-Grabbings sei zumindest, dass die konkrete streitge Domain zum Verkauf angeboten wird.
[209] *LG München*, CR 2007, 470 = MMR 2006, 823.
[210] *BGH*, MMR 2005, 534.

erst dann möglich, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass diese Domain im geschäftlichen Verkehr in einer das Kennzeichen verletzenden Weise erfolge.[211]

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 besteht.[212]

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 Löschung der Domain, wird in dieses Recht eingegriffen. Das Recht bringt auch einen Schutz gegen unberechtigte Dispute-Einträge.[213]

§ 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 Marktbehinderung oder Marktstörung steht im Streitfall nicht zur Debatte – von einer unzulässigen individuellen Behinderung gesprochen werden kann: Wettbewerbswidrig ist die Beeinträchtigung im Allgemeinen dann, wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, den Mitbewerber in seiner Entfaltung zu hindern und ihn dadurch zu verdrängen. Ist eine solche Zweckrichtung nicht festzustellen, muss die Behinderung doch derart sein, dass der beeinträchtigte Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengungen nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann.[214] Dies lässt sich nur auf Grund einer Gesamtwürdigung der **Einzelumstände** unter Abwägung der widerstreitenden Interessen der Wettbewerber beurteilen,[215] wobei sich die Bewertung an den von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen orientieren muss. Eine unlautere Behinderung kann im Falle der Domainreservierung vorliegen, wenn der Zweck der Reservierung darin besteht, Dritte zu behindern bzw. zur Zahlung zu veranlassen, und ein eigenes schützenswertes Interesse des

[211] *BGH*, MMR 2005, 534.
[212] So etwa *OLG Hamm*, CR 2003, 937 (Leitsatz).
[213] *OLG Köln*, ZUM 2006, 573 = MMR 2006, 469 m. Anm. *Utz*.
[214] *Brandner/Bergmann*, in: Großkomm. UWG, § 1 Rdnr. A 3.
[215] *Baumbach/Hefermehl*, WettbewerbsR, 22. Aufl., § 1 UWG Rdnr. 208; *Köhler*, in: Köhler/Piper, UWG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 285.

Reservierenden nicht greifbar ist.[216] Als missbräuchlich kann es sich erweisen, wenn der Anmelder die Verwendung eines Gattungsbegriffs durch Dritte dadurch blockiert, dass er gleichzeitig andere Schreibweisen des registrierten Begriffs unter derselben Top-Level-Domain oder dieselbe Bezeichnung unter anderen Top-Level-Domains für sich registrieren lässt.[217] Allerdings kommt ein Eingriff in deliktsrechtlich geschützte Positionen in Betracht, wenn die Domain als solche beleidigend ist.[218]

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[219] 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.[220] Der Name eines rechtsfähigen Vereins genießt allenfalls den Schutz des § 12 BGB, sofern dessen Namen hinreichende Unterscheidungskraft zukommt.[221]. Der Funktionsbereich eines Unternehmens kann auch durch eine Verwendung des Unternehmenskennzeichens außerhalb des Anwendungsbereichs des Kennzeichenrechts berührt werden. Insofern kommt einem Unternehmen ein Namensschutz zu, wenn in einem Domainnamen das Unternehmenskennzeichen mit dem Begriff „Blog“ zusammengeführt wird.[222]

Nicht geschützt sind Gattungsbezeichnungen, wie „Marine“,[223] „Volksbank“,[224] „Datenzentrale“[225] oder eine allgemein bekannte geographische Bezeichnung wie „Canalgrande“.[226] Ein

[216] *OLG München*, NJW-RR 1998, 984; NJWE-WettbR 2000, 40 = GRUR 2000, 518 – 519; *OLG München*, MMR 2000, 104 = GRUR 2000, 519 – 520; *OLG Karlsruhe*, MMR 1999, 171 = WRP 1998, 900; *OLG Dresden*, NJWE-WettbR 1999, 133 – 135; *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2001, 547 = WRP 2000, 772 – 774; *Köhler/Piper*, § 1 Rdnr. 327 m.w. Nachw.
[217] *BGH*, GRUR 2001, 1061 = NJW 2001, 3262 = WRP 2001, 1286 – 1290 – Mitwohnzentrale.de.
[218] *LG Frankfurt*, MMR 2006, 561 – lotto-betrug.de.
[219] Zu Pseudonymen siehe *LG Köln*, CI 2000, 106.
[220] *BGH*, GRUR 1964, 38 – Dortmund grüßt.
[221] *OLG München*, MMR 2002, 166 – Literaturhaus.
[222] *OLG Hamburg*, MMR 2008, 118 = CR 2007, 661.
[223] *LG Hamburg*, MMR 2001, 196 = K&R 2000, 613.
[224] *BGH*, NJW-RR 1992, 1454.
[225] *BGH*, GRUR 1977, 503.
[226] *LG Düsseldorf*, CR 2002, 839. Ähnlich für die Domain Schlaubetal: *Brandenburgisches Oberlandesgericht*, Urteil vom 12. Juni 2007 – 6 U 123/06 – NJW-RR 2008, 490.

namensrechtlicher Anspruch des Namensträgers kommt regelmäßig nicht in Betracht, wenn der Name zugleich einen Gattungsbegriff darstellt.[227]

Das Namensrecht erlischt – anders als das postmortale Persönlichkeitsrecht – mit dem Tod des Namensträgers.[228]

Inzwischen ist in der Rechtsprechung gefestigt, dass Domain-Namen trotz ihrer freien Wählbarkeit dem **Schutz des § 12 BGB** unterstehen.[229] So sieht das *LG Frankfurt am Main*[230] gerade in der freien Wählbarkeit des Domain-Namens z.B. durch beliebige Zahlen- und/oder Buchstabenkombinationen deren Eignung als Kennzeichnungsfunktion mit Namensfunktion, wenn dabei eine Unternehmensbezeichnung gewählt werde, so wie in diesem Fall, wo die L.I.T. Logistik-Informations-Transport Lager & Logistik GmbH den Domain-Namen lit.de benutzen wollte. Ebenso sieht es das *LG Bonn*[231] und unterstellt den Domain-Namen detag.de dem Schutz des § 12 BGB, da sich die Buchstabenkombination aus den Anfangsbuchstaben der Firmenbezeichnung, nämlich Deutsche Telekom AG, zusammensetze.

Zweifelhaft ist, ob auch durch die **Verwendung eines fiktiven Namens** speziell für das Internet ein Namensschutz begründet werden kann; das *OLG Köln* hatte dies bejaht,[232] der *BGH* dann aber in der Revision abgelehnt.[233] Als Faustregel kann gelten: Pseudonyme sind – auch wenn sie im Personalausweis eingetragen sind – nur dann namensrechtlich geschützt, wenn sie Verkehrsgeltung erlangt haben.[234] Dazu reicht es nicht aus, unter dem Pseudonym nur vorübergehend Websites zu gestalten.[235]

Zu weit geht jedenfalls das *OLG Hamburg* in der Entscheidung „Emergency“,[236] in der der Senat jedweder Domain ein allgemeines Namensrecht – auch ohne Bezug auf ein konkretes Unternehmen oder Produkt – zubilligen will.[237]

---

[227] *LG Berlin*, MMR 2008, 484 – *naeher.de*
[228] *BGH*, MMR 2007, 106 = CR 2007, 101 = FamRZ 2007, 207 = ZUM 2007, 54 = WRP 2007, 87 = K&R 2007, 38 = MarkenR 2007, 24 = GRUR 2007, 178; *BGH*, NJW 2007, 224 – Klaus-Klinski.de.
[229] *OLG Köln*, MMR 2001, 170; vgl. aber zuvor: *LG Köln*, CR 1997, 291 f. = BB 1997, 1121 = GRUR 1997, 377 = NJW-RR 1998, 976.
[230] *LG Frankfurt am Main*, NJW-RR 1998, 974 = MMR 1998, 151.
[231] *LG Bonn*, NJW-RR 1998, 977.
[232] *OLG Köln*, MMR 2001, 170 – maxem.de; ähnlich *LG München I*, K&R 2001, 224 = CR 2001, 124 – nominator.de.
[233] *BGH*, WRP 2003, 1215 = K&R 2003, 563 mit Anm. *Schmittmann* – maxem.de; bestätigt durch das *BverfG*, CR 2006, 770. Ähnlich *OLG Hamm*, MMR 2005, 381 – juraxx.
[234] *BVerfG*, MMR 2006, 735 = GRUR 2007, 79= K&R 2006, 518 = CR 2006, 770 = ZUM-RD 2006, 782 = NJW 2007, 671 = AfP 2007, 176.
[235] *AG Nürnberg*, ZUM-RD 2004, 600 – kerner.de.
[236] *OLG Hamburg*, CR 1999, 184 – MMR 1999, 159.

Allgemein anerkannt ist, dass die **Bezeichnungen von Kommunen** auch bei Verwendung als Bestandteil einer Domain namensrechtlich geschützt sind.[238] Nach herrschender Auffassung macht derjenige, der sich einen Stadtnamen für die Domain seiner Homepage auswählt, von einem fremden, durch § 12 BGB geschützten Namen Gebrauch und erweckt den Eindruck, dass unter seiner Domain die Stadt selbst als Namensträgerin im Internet tätig werde. Der Schutz erstreckt sich auf Stadtteilnamen,[239] die Gesamtbezeichnung „Deutschland"[240] oder die Namen staatlicher Organisationen.[241] Der Schutz erstreckt sich auch auf deutsche Übersetzungen ausländischer Staatsnamen.[242] Für Furore hat in diesem Zusammenhang die Entscheidung des *Landgerichts Mannheim* in Sachen „Heidelberg" gesorgt.[243] Hiernach hat die Verwendung der Internet-Adresse „heidelberg.de" durch die Heidelberger Druckmaschinen GbR das Namensrecht der Stadt Heidelberg aus § 12 BGB verletzt.

Ausgenommen sind allerdings kleine Gemeinden, deren Namen nicht von überragender Bedeutung sind,[244] zumindest wenn die Domain dem Familiennamen des Geschäftsführers der GmbH entspricht, die die Domain nutzt.[245] 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 länderübergreifenden Top-Level-Domain (z.B. .info) verwenden.[246] Auch kann eine Kommune nur dann aus 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 Gebietsgren-

---

[237] Hinzuweisen ist auch darauf, dass nach 4 (a) (ii) der UDRP legitimate interests die Verwendung einer Domain legitimieren können. Zu den „legitimate interests" zählt die Bekanntheit einer Domain in der Szene; siehe Toyota vom J. Alexis, D 2003-0624 und Digitronics vom Sixnet D 2000-0008.

[238] Siehe etwa *BGH*, CR 2006, 678; *OLG Karlsruhe*, K&R 1999, 423 = OLGR 99, 376 – Bad.Wildbad.com; *OLG Brandenburg*, K&R 2000, 406 mit Anm. *Gnielinski*; *OLG Köln*, MMR 1999, 556 (Ls.) = CR 1999, 385 m. Anm. *Biere* = K&R 1999, 234.

[239] Siehe dazu *LG Flensburg*, K&R 2002, 204 – sandwig.de (in der Entscheidung wird allerdings wegen Gleichnamigkeit einer natürlichen Person ein Anspruch der Stadt abgelehnt). *LG München I*, CR 2002, 840 mit Anm. *Eckhardt*.

[240] *LG Berlin*, MMR 2001, 57 = CR 2000, 700.

[241] *LG Nürnberg*, MMR 2000, 629 – Pinakothek.

[242] *LG Berlin*, MMR 2007, 60 – tschechische-republik.at.

[243] *LG Mannheim*, ZUM 1996, 705 mit Anm. *Flechsig* = CR 1996, 353 mit Anm. *Hoeren*. Ähnlich *LG Braunschweig*, CR 1997, 414 = NJW 1997, 2687 – („Braunschweig") und *OLG Hamm*, MMR 1998, 214 mit Anm. *Berlit*; *LG Lüneburg*, CR 1997, 288; *LG Ansbach*, MMR 2000, 36 = NJW 1997, 2688 – („Ansbach"); *OLG Köln*, GRUR 2000, 799. So auch die Rechtslage in Österreich vgl. etwa *öOGH*, MMR 2002, 452 – Graz2003.at.

[244] *LG Osnabrück*, MMR 2006, 248, das darauf abstellt, dass die Kommune einem nennenswerten Teil der Bevölkerung bekannt sein muss, damit ein Anspruch aus § 12 BGB gerechtfertigt sei.

[245] *LG Augsburg*, MMR 2001, 243 – boos mit Anm. *Florstedt*, 825. Bestätigt durch *OLG München*, MMR 2001, 692 = CR 2002, 56. Ähnlich auch *LG Erfurt*, MMR 2002, 396 – Suhl.de; *LG Düsseldorf*, MMR 2002, 398 – bocklet.de. Anders allerdings *OLG Oldenburg*, MMR 2004, 34, das der kleinen Gemeinde Schulenburg einen Unterlassungsanspruch gegen den gleichnamigen Domaininhaber zugestanden hat.

[246] Dazu *OLG Düsseldorf*, CR 2002, 447; *BGH*, MMR 2007, 38 = WRP 2007, 76 = MarkenR 2007, 539 = ZUM 2007, 58 = CR 2007, 36 = K&R 2007, 41 = NJW 2007, 682 = GRUR 2007, 259 = MDR 2007, 286 = ZIP 2007, 837 = AfP 2007, 837 = WM 2007, 34; Anm. *Marly/Jobke*, LMK 2006, 204530.

zen der Kommune hinausgeht, so kann die Kommune eine Namensrechtsverletzung daher nicht geltend machen.[247] Allerdings gehört die Domain mit dem Top-Level-Zusatz „.info“ (z.B. duisburg.info) der jeweiligen Kommune.[248] 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.[249] Privatpersonen, deren Namen keinen besonderen Bekanntheitsgrad aufweisen (z.B. der Name Netz),[250] können sich nicht dagegen zur Wehr setzen, dass ihr „Allerweltsname“ Teil einer Domain wird.

Eine weitere interessante Entscheidung[251] über die Streitigkeiten bzgl. der Benutzung von **Gebietsbezeichnungen** in Domain-Namen hat das *OLG Rostock* gefällt. Der Kläger, ein regionaler, privater Informationsanbieter, wollte seine als Marke anerkannte Bezeichnung „Müritz-Online“ gegenüber der Benutzung des Domain-Namens „mueritz-online.de“ durch das Land Mecklenburg-Vorpommern schützen. Das OLG hat einen Unterlassungsanspruch des Klägers bejaht. Der Kläger sei als Inhaber des Namens in das vom Patentamt geführte Register eingetragen gewesen, bevor das Land sich für „mueritz-online“ interessierte. Er sei also zuerst da gewesen. Das Land habe als Gebietskörperschaft an dem Namen „Müritz“ nicht die gleichen Rechte, wie eine Stadt an ihrem Namen. Hier habe eine große Verwechslungsgefahr bestanden, so dass der Anspruch auf Unterlassung bejaht wurde. Insofern ist eine Gefahr der Verwechslung auch dann anzunehmen, wenn ein Unterschied in geringen Abweichungen der Schreibweise besteht.[252]

Neben der **Namensleugnung**[253] schützt § 12 BGB vor allem vor der **Namensanmaßung**. Zu Letzterer zählt insbesondere die sog. Zuordnungsverwirrung.[254] Eine Zuordnungsverwirrung ist gegeben, wenn der unrichtige Eindruck hervorgerufen wird, der Namensträger habe dem

[247] Vgl. *OLG Brandenburg*, Urteil vom 12. Juni 2007 – 6 U 123/06 – schlaubetal.de – NJW-RR 2008, 490.
[248] *BGH*, NJW 2007, 682 – solingen.info; vgl. auch die Vorinstanz: *OLG Düsseldorf*, MMR 2003, 748, 749 – solingen.info; Die TLD „info“ ändert hier nichts an der Zuordnung der als SLD verwendeten Bezeichnung „solingen“ zu der gleichnamigen Stadt als Namensträger. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des Cour d´Appel de Paris vom 29. Oktober 2004 – 2003/04012 (unveröffentlicht), wonach die Agence France-Presse (AFP) als Markeninhaberin auch einen Anspruch auf die info-Domain www.afp.info hat.
[249] So etwa *KG*, MMR 2007, 600.
[250] So *OLG Stuttgart*, CR 2002, 529.
[251] *OLG Rostock*, K&R 2000, 303 = NJWE-WettbR 2000, 161 = MMR 2001, 128.
[252] ebenda.
[253] Diese kommt bei Domainstreitigkeiten nicht zum Tragen; so etwa *OLG Düsseldorf*, WRP 2002, 1085 – Duisburg-info. Anders noch derselbe Senat in NJW-RR 1999, 626 – ufa.de.
[254] BGHZ 91, 117, 120; 98, 95.

Gebrauch seines Namens zugestimmt.[255] Grundsätzlich ist jeder zur Verwendung seines Namens im Wirtschaftsleben berechtigt, auch Unternehmen steht ein Namensrecht nach § 12 BGB zweifellos zu.[256] Eine Ausnahme gilt jedoch außerhalb bürgerlicher Namen. Insbesondere bei den Bezeichnungen juristischer Personen ist entscheidend, wann eine Bezeichnung zu einem Namen im Sinne des § 12 BGB geworden ist. Je nachdem, welcher Name zuerst Verkehrsgeltung hatte, bestimmt sich auch das Recht zur namensmäßigen Benutzung. Diese Leitlinien prägen vor allem die Rechtsprechung zu den Städtenamen, wonach in jeder Verwendung eines Städtenamens als Teil einer Domain eine Namensanmaßung liegen soll.[257] Entscheidend ist aber stets, was der überwiegende Teil der Internet-Nutzer aus dem gesamten Sprachraum der Top-Level-Domain unter dem Begriff der Second-Level-Domain verstehe. Eine Gemeinde mit dem Namen „Winzer" kann daher nicht gegen die Verwendung dieses Begriffs vorgehen, den die meisten als Gattungsbegriff verstehen.[258] Auch durch das Anhängen von 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[259]. Bei Gleichnamigkeit von Namensträgern kommt die Prioritätsregel dann nicht zur Anwendung, wenn auf eine überragende Verkehrsbedeutung verwiesen werden kann, oder kein schützenswertes Interesse an der Verwendung der Domain besteht.[260] Ansonsten gilt der Grundsatz „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst".[261]
Unabhängig von der Frage, ob bestimmte widersprüchliche TLDs einer Zuordnung zu einem bestimmen 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.[262]

Eine Catch-All-Funktion kann zu einer Namensanmaßung auch in einen Fall führen, in dem die Verwendung der Second-Level-Domain keine Namensanmaßung darstellt.[263]

---

[255] BGHZ 119, 237, 245; *BGH* NJW 1983, 1186.
[256] So das *OLG Hamburg*, MMR 2008, 118.
[257] *OLG Köln*, MMR 1999, 556 = CR 1999, 385; ähnlich auch *OLG Karlsruhe*, MMR 1999, 604 = CR 1999, 783; *OLG Rostock*, K&R 2000, 303 mit Anm. *Jaeger*.
[258] *LG Deggendorf*, CR 2001, 266; so auch *LG Berlin*, MMR 2008, 484 – neaher.de.
[259] *OLG Hamburg*, MMR 2008, 118.
[260] *OLG Stuttgart*, MMR 2008, 178.
[261] *LG Osnabrück*, CR 2006, 283. Das Prioritätsprinzip soll nach dem *LG Osnabrück* nur wegen einem überragenden Interesse an Rechtssicherheit eingeschränkt werden können.
[262] *KG*, MMR 2007, 600, wonach auch in der Nutzung der Internetdomain „tschechische-republik" in Kombination mit den TLDs „com", „ch" oder „at" eine unzulässige Namensanmaßung liegt.
[263] *OLG Nürnberg*, MM7R 2006, 465.

Die Verwendung des fremden Namens für eine Domain, die zu einem **kritischen Meinungsforum** führt, kann jedoch durch die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit legitimiert sein. Zwar hat das *LG Berlin* der Organisation Greenpeace die Verwendung der Domain „oil-of-elf.de“ wegen Verwechslungsfähigkeit untersagt.[264] Diese Entscheidung ist jedoch durch das Kammergericht mit Hinweis auf die besonderen Interessen von Greenpeace aufgehoben worden.[265] Ähnlich hat das *OLG Hamburg* ein Meinungsforum über einen Finanzdienstleister mit der Kennung „awd-aussteiger.de“ zugelassen.[266]
Ebenfalls Meinungsäußerung sind Domains, die sich mit Vorwürfen an bestimmte Stellen richten, sofern die Grenze zur Schmähkritik nicht überschritten wird.[267]

Schon in der bloßen **Reservierung einer Domain** mit fremden Namensbestandteilen kann eine Namensanmaßung liegen.[268] Dies ist etwa dann der Fall, wenn Bestandteile angehängt werden (etwa –unternehmensgruppe), die nicht bloß beschreibenden Charakters sind, sondern vielmehr Ausdruck einer besonderen Qualität oder Stellung des Namensträger sind.[269] Die Verwendung einer generischen Domain verletzt jedoch nicht die Namensrechte eines zufällig mit dem generischen Namen identischen Familiennamens (hier im Falle des Begriffs „Säugling“).[270] Auch die Verwendung der Domain „duisburg.info.de“ durch einen Stadtplanverlag führt nicht zu einer Zuordnungsverwirrung zu Lasten der Stadt Duisburg.[271] Im Übrigen soll es an einer Namensanmaßung fehlen, wenn die Registrierung des Domainnamens einer – für sich genommen rechtlich unbedenklichen – Benutzungsaufnahme als Unternehmenskennzeichen in einer anderen Branche unmittelbar vorausgeht.[272] In der Entscheidung „weltonline.de“[273] hat der *BGH* darauf abgestellt, ob mit der Registrierung eine erhebliche Beeinträchtigung des Namensrechts verbunden sei. Eine solche Konstellation liege nicht vor, wenn der Namensinhaber selbst vergessen habe, die Domain zu registrieren.

Das *Landgericht München I*[274] hat einen Unterlassungsanspruch der Juris-GmbH gegen ein Datenverarbeitungsunternehmen bejaht, das sich die Bezeichnung „juris.de” hatte reservieren

[264] *LG Berlin*, MMR 2001, 630, 631.
[265] *KG*, MMR 2002, 686. Ähnlich inzwischen *LG Hamburg*, MMR 2003, 53 in Sachen „Stopesso“.
[266] *OLG Hamburg*, MMR 2004, 415, 418.
[267] *LG Frankfurt*, MMR 2006, 561 = CR 2007, 126.
[268] *OLG Düsseldorf*, MMR 1999, 369 – nazar. Anders *LG München I*, MMR 2004, 771, 772 – sexquisit; *LG Düsseldorf*, MMR 2004, 700, 701 – Ratiosoft.
[269] *OLG Stuttgart*, MMR 2008, 178 = K&R 2007, 657 = CR 2008, 120.
[270] *LG München I*, CR 2001, 555 – Saeugling.de.
[271] *OLG Düsseldorf*, WRP 2002, 1085 und *LG Düsseldorf*, MMR 2001, 626, 628.
[272] *BGH*, MMR 2005, 313 – mho.
[273] *BGH*, MMR 2005, 534.
[274] *LG München I*, WM 1997, 1455; NJW-RR 1998, 973.

lassen. Auch hier wird eine Verletzung des Namensrechts aus § 12 BGB bejaht. Der Begriff „juris" stelle zwar nur eine aus der Betreiberfirma abgeleitete Abkürzung dar, aber auch die Firma einer GmbH, selbst wenn sie nicht als Personenfirma gebildet sei, sowie alle anderen namensartigen Kennzeichen, insbesondere auch aus der Firma abgeleitete Abkürzungen und Schlagworte, unterfielen dem Schutz des § 12 BGB. Bei der Abkürzung „juris" handele es sich zudem um den einzigen unterscheidungskräftigen Bestandteil der Firma, so dass sie geeignet sei, vom Verkehr her als Abkürzung des Firmennamens verstanden zu werden.

Fraglich ist, ob ein Dritter mit Einverständnis eines Berechtigten für diesen eine Domain registrieren dürfe. Das *OLG Celle* ist der Ansicht, dass in einem solchen Falle 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.[275] Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben. Ein Namensrecht kann auch von einem Namensträger hergeleitet werden und daher die Domain von einem Nichtnamensträger betrieben werden,[276] so lange für Gleichnamige die Möglichkeit besteht, zu überprüfen, ob die Domain für einen Namensträger registriert wurde.[277] Diese Möglichkeit kann darin bestehen, dass der DENIC die Treuhänderstellung des Domaininhabers mitgeteilt wird. Großzügig reagierte daraufhin das OLG Celle.[278] Da der Entertainer Harald Schmidt dem Fernsehsender SAT.1 die Reservierung der Webadresse „schmidt.de" gestattet hatte, dürfe der Sender die Domain weiterhin reserviert halten. Eine Freigabe-Klage eines Herrn Schmidt aus Berlin wurde abgewiesen. Trotz der fehlenden Namensidentität des Privatsenders mit der in Streit stehenden Internetadresse lehnte das Gericht wegen der Gestattung durch den Namensträger Harald Schmidt eine unberechtigte Namensanmaßung im Sinne von § 12 S. 1, 2. Fall BGB ab. Die Gestattung sei auch für jedermann ersichtlich gewesen. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) zu so genannten Treuhand-Domains führte das OLG aus, dass von einer Überprüfungsmöglichkeit der Gestattung auszugehen sei, „wenn ein durch einen Namen geprägter Domainname für einen Vertreter des Namensträgers registriert und dann alsbald – noch bevor ein anderer Namensträger im Wege des Dispute-Eintrags ein Recht an dem Domainnamen anmeldet – für eine Homepage des Namensträgers genutzt wird". Diese Voraus-

[275] *OLG Celle*, MMR 2004, 486 – grundke.de; MMR 2006, 558 – raule.de.; ähnlich *LG Hamburg*, MMR 2005, 254 – mueller.de Anderer Ansicht *OLG Stuttgart*, MMR 2006, 41, 46; ZUM 2006, 66; *LG München I*, MMR 2006, 56. Siehe dazu auch *Rössel*, ITRB 2007, 255.
[276] *BGH*, Urteil vom 8. Februar 2007 – I ZR 59/04, NJW 2007, 2633 – grundke.de; vgl. auch *OLG Stuttgart*, CR 2006, 269.
[277] *BGH*, Urteil vom 8. Februar 2007 – I ZR 59/04, NJW 2007, 2633.
[278] *OLG Celle*, Urteil vom 13. Dezember 2007 – 13 U 117/05 – K & R 2008, 111.

setzungen sah das Gericht im entschiedenen Fall als erfüllt an, da sich vor dem Dispute-Eintrag unter der Adresse „schmidt.de“ der Internetauftritt für die „Harald-Schmidt-Show“ befand.

Der Namensträger kann auch Dritten die Registrierung seines Namens gestatten.[279] Dieser Dritte kann dann prioritätsbegründend eine Domain anmelden[280] und verwendet eine abgeleitete Rechtsposition zur Führung des Namens und zur Registrierung der Domain.[281] 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.[282]

6. Rechtsfolgen einer Markenrechtsverletzung

Literatur:
Allmendinger, Probleme bei der Umsetzung namens- und markenrechtlicher Unterlassungsverpflichtungen im Internet, GRUR 2000, 966; *Boecker*, Der Löschungsanspruch in der registerkennzeichenrechtlich motivierten Domainstreitigkeit, GRUR 2007, 320; Boecker, „de-Domains“ – Praktische Probleme bei der Zwangsvollstreckung, MDr 2007, 1234; Burgstaller, Domainübertragung auch im Provisionalverfahren?, in: MR 2002, 49; *Engler*, Der Übertragungsanspruch im Domainrecht, Münster 2002; *Kieser*, Shell.de – Ende des Domainübertragungsanspruchs?, K&R 2002, 537; *Kulajewski*, Der Anspruch auf Domainübertragung, Münster 2003; Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, in: WRP 1997, 497; *Weisert*, Rechtsanspruch auf Übertragung einer Internet-Adresse, ITRB 2001, 17.

a) Unterlassungsanspruch

Zunächst ist zu bedenken, dass das Kennzeichenrecht von einem Anspruch auf Unterlassung ausgeht. Der Verletzer hat eine **Unterlassungserklärung** abzugeben. Tut er dies nicht, kann er dazu über § 890 ZPO gezwungen werden. Wer zur Unterlassung verurteilt worden ist, hat umfassend dafür Sorge zu tragen, dass die Domain bei der DENIC gelöscht und in Suchmaschinen ausgetragen wird.[283] Der Hinweis darauf, dass die Homepage „wegen Serverumstellung“ nicht erreichbar sei, reicht nicht.[284] Das OLG Köln relativiert die Pflichten des Domaininhabers in Bezug auf Suchmaschinen; diesem sei es nicht zuzurechnen, wenn später noch

[279] *LG Hannover*, MMR 2005, 550.
[280] *OLG Stuttgart*, MMR 2006, 41.
[281] *LG München I*, MMR 2006, 56.
[282] *BGH*, MMR 2006, 104 – segnitz.de.
[283] *LG Berlin*, MMR 2000, 495; ähnlich auch *LG Berlin*, K&R 2000, 91; *LG München I*, MMR 2003, 677 – freundin.de.
[284] *LG Berlin*, K&R 2000, 91.

über Suchmaschinen auf die verbotene Domain verwiesen werde.[285] Es ist keine Zuwiderhandlung gegen das Verbot der Benutzung einer Internet-Domain, wenn die Internetseiten gelöscht worden sind und unter der Domain nur noch ein Baustellen-Hinweis ohne weitere Inhalte aufzufinden ist. Enthält die Verfügung kein Dekonnektivierungsgebot, greift auch das Argument einer möglichen Zuordnungsverwirrung nicht.[286]

Neben dem Unterlassungsanspruch sind auch der **Beseitigungs- und Löschungsanspruch** problematisch. Bislang waren die Gerichte bei der Anwendung des Löschungsanspruchs in Bezug auf Domains großzügig. Selbst wenn die Domain in einer nicht-kennzeichnungsrechtlichen Art und Weise genutzt werden könnte, wurde der Löschungsanspruch nicht versagt.[287] Nunmehr vertritt der BGH eine andere Haltung.[288] Hiernach soll ein Löschungsanspruch nur dann in Betracht kommen, wenn jede Verwendung, auch wenn sie im Bereich anderer Branchen erfolgt, zumindest eine nach § 15 Abs. 2 Markengesetz unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung des Kennzeichens darstellt. Anderes kann nach Auffassung des OLG Hamburg dann gelten, wenn die im Vordergrund stehende Behinderungsabsicht ein etwaiges schützenswertes Interesse des Domaininhabers zurück treten lasse. [289] Im Übrigen dürfte es trotz des obigen Urteils des BGH in Sachen Euro Telekom möglich sein, aus dem allgemeinen Namensrecht heraus eine Löschung der Domain zu bewirken; denn insoweit gilt die ältere Rechtsprechung des BGH in Sachen „Shell“ und „Krupp“ fort. Wer allerdings seine Ansprüche auf einer Domain nur auf eine Marke stützt, wird künftig keine Domainlöschung mehr verlangen können.[290]

Nach Auffassung des Landgerichts Hamburg[291] liegt der Fall eines Domaingrabbings nur dann vor, wenn bereits der Domain-Erwerb als solcher darauf gezielt sei, sich die Domain vom Kennzeicheninhaber abkaufen zu lassen. Indizien für ein solches unlauteres Domain-Grabbings liege vor allem dann vor, wenn unmittelbar nach Erhalt einer auf die kommende Domain bezogene Abmahnung der Abgemahnte weitere Domain-Varianten des Begriffs für sich registrieren lasse. Im Übrigen lehnt das Gericht lediglich auf Markenrecht gestützten

[285] *OLG Köln*, MMR 2001, 695 = K&R 2002, 257.
[286] *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2008, 61 = MMR 2008, 113.
[287] Siehe *OLG Hamburg*, MMR 2006, 476, 480 – Metrosex.
[288] *BGH*, WRP 2007, 1193 = MMR 2007, 702 – Euro Telekom.
[289] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 608 – AHD.de für den Fall eines offensichtlichen Missbrauchs der Domain. Anders noch *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2004, 77 ähnlich schon das *Kammergericht*, GRUR-RR 2003 – 372 – Amerika zwei mit Verweis auf das Schikaneverbot der § 823, 826 BGB.
[290] *OLG Köln*, Urteil vom 1. Juni 2007 – 6 U 35/07. Anders zugunsten eines Löschungsanspruchs *OLG Hamburg*, Beschluss vom 31. Mai 2007 – 3 W 110/07, CR 2007, 661 – MMR 2008, 118.
[291] Urteil vom 12. August 2008 – 312 O 64/08 – MMR 2009, 70.

Domain-Löschungsanspruch ab. Verwiesen wird auf die obeh erwähnte Rechtsprechung des BGH in Sachen Euro Telekom, wonach ein kennzeichenrechtlicher Löschungsanspruch bei Domains nur dann gegeben sei, wenn schon das Halten des Domain-Namens für sich gesehen eine Rechtsverletzung darstelle. Ein solcher Fall liege nur dann vor, wenn jede Verwendung – auch dann, wenn sie im Bereich anderer als der vom Markenschutz betroffene Branchenerfolge – als markenrechtliche Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung des Zeichens anzusehen sei. Da ein solcher Fall aber nach der allgemeinen Lebenserfahrung kaum vorkommt, scheide ein nur auf Markenrecht begründeter Löschungsanspruch regelmäßig aus. Wenn überhaupt, komme ein Löschungsanspruch nur aus UWG, insbesondere aus dem Gesichtspunkt des § 4 Nr. 10 und hier insbesondere bei Vorliegen eines Domain-Warrings vor.

Ähnlich hat auch der österreichische OGH[292] die Rechtslage gesehen. Soweit die Nutzung einer Domain nach materiellem Recht nicht gänzlich untersagt werden könne, bestehe in der Regel auch kein Anspruch auf Einwilligung in deren Löschung. Auch wenn der Inhaber die Domain in einer Weise genutzt hat, die in Markenrechte eines Dritten eingriff, begründe ihre Existenz als solche noch nicht die typische Gefahr, dass er dieses Verhalten wiederholt. Vielmehr bestehen von vornherein unzählige Möglichkeiten einer rechtmäßigen Nutzung. Dieser Unterschied schließt es im Regelfall aus, die Löschung einer Domain zu verlangen.

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).[293] 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

[292] *ÖGH*, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 17 Ob 13/07x. – LSK 2008, 270119.
[293] Abmahnkosten kann der Betroffene bei der Durchsetzung von Rechten aus einer durchschnittlichen Markenposition gegenüber einem Privaten nicht verlangen; so das *LG Freiburg*, MMR 2004, 41.

Domain zugewiesen bekommen hat, die Zustimmung zu einer solchen **Namensübertragun**g zu erklären.[294]

Ob ein solcher Anspruch besteht, ist sehr umstritten, da der kennzeichenrechtliche Störer dann zu einer Verbesserung der Rechtsstellung des Kennzeicheninhabers verpflichtet würde und nicht bloß zur Beseitigung der Störung. So geht das *OLG Hamm* in der „krupp.de"-Entscheidung[295] davon aus, dass § 12 BGB keinen Anspruch auf die Übertragung der Domain gewährt. Dafür spricht, dass sich der Unterlassungsanspruch regelmäßig negatorisch im „Nichtstun" erschöpft. Allenfalls die Löschung der Domain ließe sich noch als Teil eines Beseitigungsanspruchs rechtfertigen. Wieso der Schädiger aber auch zur Übertragung der Domain verpflichtet sein soll, ist in der Tat unklar.
Anders entschied das *OLG München* im März 1999 zu der Domain „shell.de".[296] 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 Löschung, 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 Domainregistrierung Zug um Zug gegen Erstattung der Registrierungskosten. In einer Entscheidung vom August 1999[297] allerdings wandte das *OLG München* die von ihm aufgestellten Grundsätze nicht an und lehnte einen Übertragungsanspruch ab. Das *LG Hamburg* wiederum hat den Übertragungsanspruch als Folgenbeseitigungsanspruch bejaht, wenn hierdurch alleine die entstandene Rechtsbeeinträchtigung wieder aufgehoben wird.[298] Der *BGH* hat sich inzwischen im Streit zwischen Hamm und München der Auffassung aus Hamm angeschlossen und in Sachen Shell einen Übertragungs-

[294] So etwa *LG Hamburg*, 315 O 792/97 – eltern.de, K&R 1998, 365.
[295] *OLG Hamm*, MMR 1998, 214 mit Anm. *Berlit*. Ähnlich auch *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2001, 158; *OLG Hamburg*, MMR 2002, 825, 826.
[296] *OLG München*, MMR 1999, 427 (Ls.) = CR 1999, 382 m. Anm. *Hackbart* 384 = WRP 1999, 955 = BB 1999, 1287 = ZIP 1999, 895 = K&R 1999, 326; ähnlich auch *LG Hamburg*, K&R 2000, 613. – audi-lamborghini" (mit Hinweis auf einen Folgenbeseitigungsanspruch aus §§ 823, 1004 BGB).
[297] *OLG München*, MMR 2000, 104 rolls-royce.de.
[298] *LG Hamburg*, K&R 2000, 613 – „audi lamborghini"; ähnlich das *LG Hamburg*, K&R 2000, 613 – marine; anders in dem MMR 2000, 620 – „joop".

anspruch abgelehnt.[299] Dem Berechtigten steht demnach gegenüber dem nichtberechtigten Inhaber eines Domain-Namens kein Anspruch auf Überschreibung, sondern nur ein Anspruch auf Löschung des Domain-Namens zu.

Unklar ist, wie die Beseitigung der rechtswidrigen Lage gegenüber der DENIC durchzusetzen ist.[300] Teilweise gehen die Gerichte[301] davon aus, dass die **Zwangsvollstreckung nach § 890 ZPO** laufe. Durch das Aufrechterhalten der Registrierung behalte sich der Nutzer das Anbieten einer Leistung vor, so dass bei einem Verstoß gegen eine Unterlassungsverpflichtung ein Ordnungsgeld zu verhängen sei. Andere Gerichte verurteilen einen Schädiger meist zur Abgabe einer „Willenserklärung" gegenüber der DENIC, aufgrund derer die Domain-Reservierung gelöscht werden soll.[302] In einem solchen Fall erfolgt die Zwangsvollstreckung über § 894 ZPO analog, so dass mit rechtskräftiger Verurteilung eine weitere Vollstreckung (etwa über Ordnungsgelder) unnötig wird. Streitig ist allerdings dann noch die Frage, inwieweit die Verpflichtung zur Abgabe einer Verzichtserklärung auch durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung ausgesprochen werden kann.[303] Fest steht, dass wegen der Gefahr einer Vorwegnahme der Hauptsache eine vorläufige Übertragung aufgrund einer einstweiligen Verfügung nur ausnahmsweise in Betracht kommt[304] Ansonsten kann die Einwilligung in die Änderung der Eintragung grundsätzlich nicht im Eilverfahren geltend gemacht werden.[305] Der Klageantrag sollte daher darauf lauten, die Domain durch geeignete Erklärung gegenüber der DENIC eG freizugeben. Zur Vermeidung einer Registrierung der Domain auf dritte Personen besteht die Möglichkeit, bereits nach Geltendmachung des Anspruchs bei der DENIC eG einen 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:

---

[299] *BGH*, MMR 2002, 382 mit Anm. *Hoeren* = K&R 2002, 309 mit Anm. *Strömer* 306 = CR 2002, 525 mit Anm. *Foerstl*. Siehe dazu auch *Ubber*, BB 2002, 1167; Thiele, MR 2002, 198 ff.
[300] Zu den technischen Details der Vergabe von Domains siehe *Bähler/Lubich/Schneider/Widmer*, Internet-Domainnamen, Zürich 1996.
[301] So etwa *LG Berlin*, MMR 2001, 323 in Sachen Deutschland.de.; *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2002, 471.
[302] So etwa *OLG München*, CR 2001, 406 – kuecheonline.de; *LG Wiesbaden*, MMR 2001, 59.
[303] Dafür *LG Wiesbaden*, MMR 2001, 59 f.; dagegen *OLG Nürnberg*, CR 2001, 54 (Ls.); *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2000, 752 = GRUR-RR 2001, 5 = CR 2001, 412 – mediafacts; *LG München I*, MMR 2001, 61.
[304] Siehe zur Rechtslage in Österreich *Burgstaller*, MMR 2002, 49.
[305] *OLG Hamm*, MMR 2001, 695; *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2000, 752, 753.

Bettinger/Freytag, Verantwortlichkeit der DENIC e. G. für rechtswidrige Domains, CR 1999, 14; *Nordemann/Czychowski/Grüter*, The Internet, the Name Server and Antitrust Law, ECLR 1998, 99; *Spindler*, Kartellrechtliche Probleme der Domainvergabe im Internet, Immenga d.h. (Hg.), Das Internationale Wirtschaftsrecht des Internet, Baden-Baden 2000, 47.

Das *LG Mannheim* hatte in der berühmten **Heidelberg-Entscheidung**[306] die Frage gestellt, ob nicht auch die Vergabestelle selbst wegen Beihilfe bei der Verletzung von Kennzeichenrechten in Anspruch genommen werden kann. Allerdings hat das Landgericht die Frage dann offen gelassen. Angesichts sich ändernder Vergaberichtlinien und Organisationsstruktur wird man wohl erst einmal die weitere Entwicklung abwarten müssen.[307] Das LG Magdeburg[308] hat eine Verantwortlichkeit der DENIC bejaht.[309] Die DENIC treffe als neutrale Vergabestelle grundsätzlich nur die Pflicht, die Anmeldung von Domainnamen auf grobe und unschwer zu erkennende markenrechts- oder wettbewerbswidrige Verwendung zu prüfen. Auf dieses „Privileg" könne sie sich jedoch nicht mehr berufen, soweit sie als Mitbeklagte durch das erstinstanzliche Gericht im Rahmen der mündlichen Verhandlung auf die Sach- und Rechtslage hingewiesen worden sei. Verweigere sie dann immer noch die Freigabe der Domain, sei sie als Mitverantwortliche anzusehen und zur Unterlassung zu verurteilen. Sie mache sich ab diesem Zeitpunkt auch schadensersatzpflichtig gem. §§ 12, 823 BGB sowie §§ 5, 15 MarkenG.

Das *OLG Dresden* hat in der Entscheidung **„kurt-biedenkopf.de"**[310] darauf abgestellt, dass die Verwaltung der Domains durch die DENIC eG keine namensrechtliche Benutzung darstelle. Die DENIC sei daher auch nicht zur Prüfung der Berechtigung eines Domain-Anmelders im Hinblick auf Namensrechte Dritter verpflichtet. Sie sei zur Eintragung oder Löschung nur verpflichtet, wenn ein rechtskräftiges und vollstreckbares Urteil dem anderen die Benutzung der Domain untersage. Eine ähnliche Zielrichtung vertritt das LG Wiesbaden[311] für die Geltendmachung von Löschungsansprüchen gegen die DENIC wegen beleidigender Äußerungen auf einer Homepage. Die Nassauische Sparkasse hatte von der DENIC die Löschung der Domain r-e-y.de verlangt, da auf der Homepage angeblich Beleidigungen („Hessische Sparkassenluemmel") geäußert würden. Nach Auffassung der Richter sei eine inhaltliche Überprüfung von Webangeboten weder möglich noch wünschenswert, da die Aufgabe der DENIC allein die Verwaltung von Domain-Namen sei. Andernfalls könnte man auch von Dienstleistern wie der Telekom die Sperrung eines Anschlusses verlangen, wenn in einem Telefonat

[306] *LG Mannheim*, NJW 1996, 2736.
[307] Ähnlich auch *LG Köln*, 31 O 570/97 für „com"-Domains (unveröffentlicht).
[308] *LG Magdeburg*, K&R 1999, 426 = MMR 1999, 607 – foris.
[309] Die Entscheidung ist vom *OLG Naumburg* wieder aufgehoben worden (unveröffentlicht).
[310] *OLG Dresden*, CR 2000, 408 mit Anm. *Röhrborn*. Bekräftigt durch *BGH*, CR 2004, 531.
[311] *LG Wiesbaden*, NJW 2001, 3715.

Beleidigungen geäußert werden. Im Falle einer Rechtsverletzung müsse man sich daher direkt an den Domain-Inhaber wenden.

Auch das *OLG Frankfurt* hat eine Verantwortlichkeit der DENIC für Kennzeichenrechtsverstöße abgelehnt (**„Ambiente.de“**)[312] und eine anders lautende Entscheidung des *LG Frankfurt* aufgehoben. Die Vergabestelle sei **nur unter besonderen Umständen** im Rahmen kennzeichenrechtlicher Ansprüche mitverantwortlich an einer Rechtsverletzung. Diese Beschränkung gelte auch im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung der § 20 Abs. 1 GWB, der für die DENIC als Monopolunternehmen zur Anwendung komme. Besondere Umstände lägen erst vor, wenn die DENIC **vorsätzlich** den ebenfalls vorsätzlich begangenen Verstoß des Dritten fördere bzw. diesen in Kenntnis der Rechtswidrigkeit billigend in Kauf nehme. Ferner komme eine Mitverantwortung in Betracht, wenn die Vergabestelle nach einem Hinweis auf die angebliche Rechtswidrigkeit den Eintrag nicht sperre, obwohl er – für sie erkennbar – in grober Weise das Kennzeichen- oder Wettbewerbsrecht verletze. Letzteres sei insbesondere dann anzunehmen, wenn die Vergabestelle unschwer erkennen könne, dass der beantragte Domain-Name mit dem berühmten Kennzeichen eines Dritten übereinstimme. Anders als das *LG Magdeburg* will das *Oberlandesgericht Frankfurt* dies im Falle von Verfahrenshinweisen erst dann annehmen, wenn ein rechtskräftiges und entsprechend vollstreckbares Unterlassungsurteil vorliege.

In Sachen „**Ambiente.de**“ hat auch der *BGH so* entschieden.[313] Die DENIC treffe keine Pflicht, bei der Registrierung zu prüfen, ob an der einzutragenden Domain Rechte Dritter bestehen. Wird die DENIC darauf hingewiesen, dass ein angeblich besseres Recht an der Domain bestehe, so könne sie auf eine notfalls gerichtliche Klärung dieser Frage zwischen Domain-Inhaber und Anspruchsteller verweisen. Nur **wenn der Rechtsverstoß offenkundig** und für die DENIC ohne weiteres festzustellen sei, müsse sie die beanstandete Registrierung aufheben. In anderen Fällen brauche sie erst tätig zu werden, wenn ein rechtskräftiges Urteil oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Inhaber der Registrierung die bessere Rechtsposition des Anspruchstellers bestätigt.[314]

---

[312] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2000, 36 = CR 1999, 707 = K&R 2000, 144 = WRP 2000, 214 – Ambiente.
[313] BGHZ 148, 13 = NJW 2001, 3265 = CR 2001, 850 mit Anm. *Freytag* = MMR 2001, 671 mit Anm. *Welzel* 744 = JR 2002, 285, 288 mit Anm. *Meissner/Baars*.
[314] Ebenso *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2003, 333 = CR 2003, 607 = K&R 2003, 294 – viagratip.de. Ähnlich auch der österreichische *OGH* in seinem Urteil, K&R 2000, 328, 332, in dem es die Prüfungspflichten der österreichischen Vergabestelle bei der Zuweisung der Domain fpoe.at an einen Anbieter rechtsradikaler Inhalte geht und der *OGH* eine Haftung auf den Fall beschränkt hat, dass der Verletzte ein Einschreiten verlangt und die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist. Die gleichen

Streitig ist, ob die DENIC zur Führung von **Negativlisten** verpflichtet ist. Das *LG Frankfurt* hat in einer Entscheidung die DENIC verurteilt, bestimmte Domains nicht an Dritte zu vergeben, wenn Kennzeichenrechte eines Berechtigten einer Vergabe erkennbar entgegenstehen.[315] Dies wurde jedoch vom *OLG Dresden* in der Entscheidung „kurt-biedenkopf.de" modifiziert.[316] Eine Blockierung eines Domain-Namens sei nur gerechtfertigt, wenn jede Eintragung eines Dritten einen für den Anspruchsteller erkennbar offensichtlichen Rechtsverstoß darstelle. Eine Handlungspflicht bestehe folglich nur bei offensichtlichen Rechtsverstößen und bei Vorliegen eines rechtskräftigen, vorläufig vollstreckbaren Urteils.

Anders ist die Rechtsstellung des **Domainproviders zu seinen Kunden**. Der Registrierungsauftrag für eine Domain basiert auf einem vertraglichen Schuldverhältnis. Offen bleibt, ob es sich bei einem solchen Registrierungsauftrag um einen Auftrag im Sinne von § 662 BGB oder um ein vorvertragliches Schuldverhältnis zu dem später zu Stande kommenden Verwaltervertrag über die Verwaltung der Domain handelt. Aus diesem Registrierungsauftrag ergeben sich Pflichten dahingehend, alle Anträge zeitgerecht an die DENIC weiterzuleiten und dabei keinen von mehreren Antragsstellern für dieselbe Domain zu bevorzugen. Eine Prüfungspflicht des Nameservers bezüglich der über ihn angemeldeten Domainnamen besteht nicht, es besteht allenfalls im Bereich der offenkundigen Rechtsverletzungen eine Pflicht des Nameserverbetreibers zu reagieren.[317]

8. Schutz von Domains nach dem MarkenG

Literatur:
Bröcher, Domainnamen und das Prioritätsprinzip im Kennzeichenrecht, MMR 2005, 203; *Kazemi/Leopold*, Die Internetdomain im Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG, in: MMR 2004, 287; *Koos*, Die Domain als Vermögensgegenstand zwischen Sache und Immaterialgut, in: MMR 2004, 359.

Eine Domain ist für sich genommen kein schutzfähiges Recht.[318] Sie repräsentiert nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Vergabestelle auf Konnektierung sowie eine faktische Sperrposition. Beides steht unter dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums im Sinne

---

Überlegungen gelten der Verantwortlichkeit der Service-Provider. Das *OLG Hamburg* hat mit seinem Urteil, GRUR-RR 2003, 332, 335, klargestellt, dass die Regeln aus der Ambiente-Entscheidung auch für die Haftung der Service-Provider gelten.

[315] *LG Frankfurt a.M.*, WM 2000, 1750 = CR 2001, 51.
[316] *OLG Dresden*, CR 2001, 408, 410.
[317] *OLG Hamburg*, MMR 2005, 703.
[318] *BGH*, WM 2005, 1849; *OLG Hamm*, MMR 2005, 381.

von Art. 14 GG.[319] Eine Domain kann allerdings **Gegenstand eigener Kennzeichenrechte** werden und folglich dem Schutz des MarkenG unterfallen. Im Folgenden wird geklärt, wann eine Anwendbarkeit des MarkenG auf Domains gegeben ist und in welchem Umfang das MarkenG Schutz bietet.

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

Wird ein Domain-Name 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.

Zu beachten ist aber, dass Markenschutz nicht nur durch Registrierung beim DPMA, sondern auch durch **Verkehrsgeltung** entstehen kann. Benutzt jemand eine Domain, kann damit durchaus die Entstehung eines Markenschutzes kraft Verkehrsgeltung einhergehen.[320] Die Domain wird dann Gegenstand eigener Kennzeichenrechte. Zu bedenken ist allerdings, dass die bloße Abrufbarkeit einer Homepage noch nicht zu einer (bundesweiten) Verkehrsgeltung führt. Unternehmen mit einem regionalen Wirkungskreis erreichen durch eine Website noch keine bundesweite Verkehrsgeltung.[321] Vielmehr hängt die Verkehrsgeltung davon ab, ob die Domain markenmäßig benutzt wird und wie weit der Bekanntheitsgrad der auf diese Weise genutzten Domain ist. Die Verkehrsgeltung wird über eine Gesamtbetrachtung ermittelt, bei der die Unterscheidungskraft und die regionale Bedeutung des Kennzeichens ermittelt werden. Als Indizien für die Bedeutung können internetspezifische Hilfsmittel herangezogen werden, wie z.B. Hits, Click per view, Links (wie bei Google), Selbstdarstellung (Altavista).[322] Hinzu kommen Überlegungen zum Zeitraum der Benutzung, zur Höhe der für die Werbung eingesetzten Mittel, zu den Umsätzen bei gekennzeichneten Produkten sowie Umfrageergebnisse.[323] Die Verkehrsgeltung ergibt sich nicht automatisch aus Medienberichten und der eigenen Präsentation im Internet.[324]

Fehlt es an der Verkehrsgeltung, geschieht es durchaus häufig, dass eine prioritätsältere Domain einer prioritätsjüngeren Marke weichen muss. Nicht kennzeichnungskräftig ist das Zei-

---

[319] *BVerfG*, NJW 2005, 589 – adacta.de. Ähnlich der *EGMR* MMR 2008, 29 m. Anm. *Kazemi* = MR-Int. 2008, 33

[320] *OLG München*, CR 1999, 778 = ZUM 2000, 72; *LG Rostock*, K&R 1999, 90 – mueritz-online.de.

[321] *BGH*, GRUR 2005, 262 – soco.de. Ähnlich bereits der Nichtannahmebeschluss des *BGH* vom 15. Mai 2000 – I ZR 289/99 – tnet.de; *BGH*, WRP 2002, 537 – Bank24.

[322] Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese internetspezifischen Nachweise bei generischen Domains nur beschränkt zum Nachweis der Bekanntheit oder der Verkehrsgeltung benutzt werden können, vgl. *OLG Köln*, MMR 2007, 326 – internationalconnection.de

[323] *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 131 – urlaubstip.de.

[324] *LG Rostock*, K&R 1999, 90 – mueritz.online.

chen „@“[325] sowie der Zusatz „e“ für „electronic“.[326] Schutzfähig sind auch nicht „interconnect“[327] und „online“ [328].

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.[329] Nach § 5 Abs. 1 MarkenG werden Unternehmenskennzeichen als geschäftliche Bezeichnungen geschützt. Auch im Internet genießen sie den Schutz des Markenrechts.

Obwohl anerkannt ist, dass die Domain-Namen eine Individualisierungs- und Identifizierungsfunktion erfüllen, tun sich manche Autoren schwer, sie als Unternehmenskennzeichen im markenrechtlichen Sinne anzuerkennen. Hintergrund dafür ist die **technische Funktion der Domain-Namen**. Internet-Adressen sind eigentlich mehrstellige Nummern, die man sich aber kaum merken kann. Deshalb werden diese Nummern durch Buchstabenkombinationen überschrieben. Bei Eingabe dieser Buchstabenkombination wird diese in eine IP-Adresse (Nummernkombination) umgewandelt und dient dann der Kennung für einen bestimmten Rechner. Aus diesem Grunde wird teilweise eine unmittelbare Anwendbarkeit kennzeichen- und namensrechtlicher Grundsätze abgelehnt, weil der Domain-Name in erster Linie Zuordnungsfunktion für einen bestimmten Rechner und nicht für eine bestimmte Person habe.[330]

Diese Auslegung verkennt jedoch, dass Domains, die einen Namen enthalten oder namensartig anmuten, in der heutigen Form kennzeichenmäßig genutzt werden.[331] Das *OLG München* hat aus diesem Grund entschieden, dass ein Internet-Domain-Name ein Unternehmenskennzeichen sein kann, wenn das verwendete Zeichen originäre Kennzeichnungskraft oder Ver-

---

[325] *BPatG*, CR 2000, 841.
[326] *LG München I*, CR 2001, 48.
[327] *OLG Karlsruhe*, 6 U 222/99 (unveröffentlicht).
[328] *OLG Köln*, GRUR 2001, 525.
[329] Zur Rechtslage in Österreich siehe die Grundsatzentscheidung des *OGH*, MMR 2000, 352 m. Anm. *Haller*.
[330] *Kur*, CR 1996, 325, 327; ähnlich auch *Gabel*, Internet: Die Domain-Namen, NJW-CoR 1996, 322; *Graefe*, Marken und Internet, MA 3/96.
[331] So auch *KG*, CR 1997, 685 – Concert Concept; *OLG Karlsruhe*, WRP 1998, 900; *OLG Düsseldorf*, WRP 1999, 343, 346; *OLG Hamm*, CR 1998, 241, 242; *OLG Stuttgart*, CR 1998, 621; *OLG Köln*, NJW-CoR 1999, 171; *LG Hamburg*, CR 1997, 157; *OLG Hamburg*, MMR 2006, 608 – ahd.de. Auf die streitige Frage, ob das MarkenG überhaupt eine kennzeichenmäßige Benutzung voraussetzt, braucht hier nicht eingegangen zu werden; siehe hierzu befürwortend *Sack*, Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81, 93; *Keller*, Die zeichenmäßige Benutzung im Markenrecht, GRUR 1996, 607. Kritisch allerdings *Fezer*, Rechtsverletzende Benutzung einer Marke als Handeln im geschäftlichen Verkehr, GRUR 1996, 566; *Strack*, Markenmäßiger Gebrauch – Besondere Voraussetzung für die Annahmen einer Markenverletzung, GRUR 1996, 688.

kehrsgeltung besitze. Dies sei gegeben, wenn der Domain-Name das Dienstleistungsunternehmen bezeichne und in dieser Form im geschäftlichen Verkehr genutzt werde.[332] Dieser Auffassung ist auch der *BGH* in der Entscheidung soco.de gefolgt,[333] der einem Unternehmen dann ein Unternehmenskennzeichen aus der Benutzung einer Domain zuspricht, wenn der Verkehr in der (Unternehmens-)Domain nicht lediglich die Adress-, sondern auch die Herkunftsfunktion erkennt.

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 geschützt aufgrund originärer Kennzeichnungskraft oder kraft Verkehrsgeltung. 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.[334] Erworben wird das Recht an einer geschäftlichen Bezeichnung durch die Aufnahme der Benutzung. Der Schutz für unterscheidungskräftige 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.[335] 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 nur 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.[336] Der Schutz greift nur dann, wenn die Kennung erkennbar mit dem Namen oder eine Kurzform des Namens des Rechtsträgers übereinstimmt und damit über die Kennung hinaus auf den Rechtsträger selbst hinweist.[337]

---

[332] *OLG München*, ZUM 2000, 71.
[333] *BGH*, NJW 2005, 1198 – soco.de.
[334] *LG München I*, GRUR 2000, 800 = CR 1999, 451 = K&R 1999, 237 – fnet.
[335] *LG Düsseldorf*, 4 O 101/99 – infoshop.de (unveröffentlicht).
[336] *OLG München*, ZUM 2000, 71 = CR 1999, 778 – tnet; *KG*, NJW-RR 2003, 1405 – arena-berlin; *LG Frankfurt a.M.*, CR 1999, 190 – warez.de; *LG Braunschweig*, MMR 1998, 272 = CR 1998, 364 – deta.com; unzutreffend insofern *LG München I*, GRUR 2000, 800 = CR 1999, 451 = K&R 1999, 237 – fnet.
[337] *LG Düsseldorf*, NJW-RR 1999, 629 = CI 1998, 188 – jpnw.de; *BGH* NJW 2005, 1198 – soco.de.

c) Titelschutz

Für Domains kommt ein Titelschutz in Betracht, soweit diese titelschutzfähige Produkte kennzeichnen.[338] Der Titelschutz entsteht bei originärer Kennzeichnungskraft durch die Ingebrauchnahme in namensmäßiger Form, bei nachträglicher Kennzeichnungskraft aufgrund nachgewiesener Verkehrsgeltung.[339] Der Titelschutz kann durch Veröffentlichung im Titelschutzanzeiger auf einen Zeitraum von 2 – 5 Monate vorverlagert werden. Bei einer Internet-Zeitschrift entsteht der Titelschutz erst mit der Erstellung des fertigen Produkts und nicht schon mit der Werbung etwa mittels Inhaltsverzeichnissen.[340] 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. Unzureichend seien auch bloße Inhaltsverzeichnisse, der alleinige Verweis auf Eigenwerbung oder eine Internetzeitschrift mit nur wenigen Beiträgen.[341] Im Übrigen soll ein Titelschutz bei Domains nicht in Betracht kommen, die ein Portal bezeichnen;[342] anders sieht das *LG Stuttgart* die Lage, wenn die Domain der Unterscheidung von anderen Internet-Portalen dient.[343] Ein Titelschutz kommt auch in Betracht, wenn der Titel nur einer von mehreren Untergliederungspunkten unterhalb einer anders lautenden Domain ist.[344]

d) Afilias und die Konsequenzen

In der Entscheidung afilias.de[345] hat der BGH bekräftigt, dass auch eine Domain einen in sich bestehenden Wert habe. Zwar beruhe die Domain nur auf einen schuldrechtlichen Anspruch und sei als solcher kein eigenständiger Vermögenswert. Insofern setze sich eine Marke oder ein Unternehmenskennzeichen gegen eine gleichnamige Domain durch. Allerdings gebe es davon Ausnahmen. Eine erste sei anzunehmen, wenn die Registrierung des Domainnamens durch den Nichtberechtigten nur der erste Schritt im Zuge einer späteren Benutzung als Unternehmenskennzeichen sei[346]. Eine weitere Ausnahme sei geboten, wenn das Kennzeichen-

[338] *OLG München* CR 2006, 414.
[339] *OLG Hamburg*, AfP 2001, 312 = ZUM 2001, 514 = K&R 2001, 368 – sumpfhuhn.de.
[340] *OLG München*, CR 2001, 406 – kuecheonline; ähnlich auch *LG Stuttgart*, MMR 2003, 675 – snowscoot; *Fezer*, WRP 2000, 969, 973.
[341] *OLG München*, MMR 2001, 381 – kuecheonline.de.
[342] *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 131 – urlaubstip.de; a.A. *OLG München* CR 2006, 414 – österreich.de.
[343] *LG Stuttgart*, MMR 2003, 675 – snowscoot.
[344] *OLG Dresden*, NJWE-WettbewerbsR 1999, 130 – dresden-online.
[345] NJW 2008, 3716 = MMR 2008, 815.
[346] Siehe auch BGH, GRUR 2005, 430, 431 – mho.de.

bzw. Namensrecht des Berechtigten erst nach der Registrierung des Domain-Namens durch den Domain-Inhaber entstanden sei. Anders verhalte es sich nur, wenn es dem Domain-Inhaber wegen Rechtsmissbrauchs versagt sei, sich auf seine Rechte aus der Registrierung des Domain-Namens zu berufen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Domaininhaber den Domain-Namen ohne ernsthaften Benutzungswillen in der Absicht registrieren lasse, sich diesen von dem Inhaber eines entsprechenden Kennzeichen- oder Namensrecht abkaufen zu lassen.

In der Entscheidung "ahd"[347] hat der BGH erneut darüber entschieden, inwieweit Unternehmen dagegen vorgehen können, dass ihre Geschäftsbezeichnung von Dritten als Domainname registriert und benutzt wird. Die Klägerin, die ihren Kunden die Ausstattung mit Hard- und Software anbietet, benutzt seit Oktober 2001 zur Bezeichnung ihres Unternehmens die Abkürzung "ahd". Die Beklagte (eine GmbH) hat mehrere tausend Domainnamen auf sich registrieren lassen, um sie zum Kauf oder zur entgeltlichen Nutzung anzubieten, darunter seit Mai 1997 auch den Domainnamen "ahd.de". Vor dem Sommer 2002 enthielt die entsprechende Internetseite nur ein "Baustellen"-Schild mit dem Hinweis, dass hier "die Internetpräsenz der Domain ahd.de" entstehe. Danach konnten unterschiedliche Inhalte abgerufen werden, jedenfalls im Februar 2004 auch Dienstleistungen der Beklagten wie z.B. das Zurverfügungstellen von E-Mail- Adressen oder das Erstellen von Homepages. Der Bundesgerichtshof entschied, dass die Klägerin aufgrund ihres nach der Registrierung des Domainnamens entstandenen Rechts an der Unternehmensbezeichnung der Beklagten verbieten könne, die Buchstabenkombination "ahd" als Kennzeichen für die im Schutzbereich der Geschäftsbezeichnung der Klägerin liegenden Waren und Dienstleistungen zu benutzen. Die Registrierung des Domainnamens führe nur dazu, dass der Inhaber eines erst nach der Registrierung entstandenen Namens- oder Kennzeichenrechts vom Domaininhaber regelmäßig nicht die Löschung des Domainnamens verlangen oder ihm jedwede Nutzung des Domainnamens untersagen könne. Sie berechtige als solche den Domaininhaber dagegen nicht dazu, unter dem Domainnamen das Kennzeichenrecht des Dritten verletzende Handlungen vorzunehmen. Der Domainname sei von der Beklagten vor Oktober 2001 auch nicht so verwendet worden, dass an der Bezeichnung "ahd" ein gegenüber der Geschäftsbezeichnung der Klägerin vorrangiges Kennzeichenrecht der Beklagten entstanden sei.

[347] *BGH*, Urteil vom 19. Februar 2009 – I ZR 135/06 – ahd.de

Einen Anspruch der Klägerin auf Löschung des Domainnamens hat der Bundesgerichtshof dagegen verneint. Auf eine Kennzeichenverletzung könne das Löschungsbegehren nicht gestützt werden, weil das Halten des Domainnamens nicht schon für sich gesehen eine Verletzung der Geschäftsbezeichnung der Klägerin darstelle. Ein Löschungsanspruch sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Mitbewerberbehinderung gegeben. Dass die Klägerin ihre Geschäftsbezeichnung "ahd" nicht in Verbindung mit der Top-Level-Domain "de" als Domainnamen nutzen könne, habe sie grundsätzlich hinzunehmen, weil sie die Abkürzung "ahd" erst nach der Registrierung des Domainnamens auf die Beklagte in Benutzung genommen habe. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs handelt die Beklagte im Streitfall nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf ihre Rechte aus der Registrierung des Domainnamens beruft.

III. Pfändung und Bilanzierung von Domains

Literatur:
Berger, Pfändung von Domains, RPfleger 2002, 181; *Hanloser*, Unzulässigkeit der Domain-Pfändung, CR 2001, 344; *Hanloser*, Die Domain-Pfändung in der aktuellen Diskussion, CR 2001, 456; *Hartig*, Die Rechtsnatur der Domain-Anmerkung zur BGH-Entscheidung „Domain-Pfändung", GRUR 2006, 299; *Hismann/Schmittmann*, Steuerliche Aspekte des Domainhandels, MMR 2003, 635; *Hombrecher*, Domains als Vermögenswerte – Rechtliche Aspekte des Kaufs, der Lizenzierung, der Beleihung und der Zwangsvollstreckung, MMR 2005, 647; *Karies/Niesert*, Aus- und Absonderung von Internet-Domains in der Insolvenz, ZInsO 2002, 510; *Kleespies*, Die Domain als selbständiger Vermögensgegenstand in der Einzelzwangsvollstreckung, GRUR 2002, 764; *Meier*, Zur Zulässigkeit der Pfändung einer Internet-Domain, KKZ 2001, 231; *Oberkofler*, (Ver-) Pfändung von Internet-Domains, Medien und Recht 2001, 185; *Schmitz/Schröder*, Streitwertbestimmung bei Domainstreitigkeiten, K&R 2002, 189; *Ulmer*, Domains in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, ITRB 2005, 112, *Viefhues*, Zur Übertragbarkeit und Pfändung vom Domain-Names, MMR 2000, 286; *Welzel*, Zwangsvollstreckung in Internet-Domains, MMR 2001, 131.

Im Zusammenhang mit der Anerkennung einer Domain als vermögenswertes Gut steht auch die Frage ihrer **Pfändbarkeit in der Zwangsvollstreckung**. Hierzu bestehen unterschiedliche Aussagen einzelner Gerichte. Das *LG München* I [348] hat eine Pfändbarkeit nach § 857 ZPO ausgeschlossen. Das *LG Essen* hat hingegen eine Pfändung zugelassen.[349] Folgt man dem *LG Essen*, ist eine Domain nach §§ 844, 857 ZPO pfändbar und freihändig durch Versteigerung

[348] *LG München I*, CR 2001, 342 = MMR 2001, 319 = K&R 2001, 527; noch offengelassen in *LG München I*, MMR 2000, 565 = K&R 2000, 563 = ZUM 2000, 875 = CR 2000, 620 mit Anm. *Hanloser* auf S. 703.
[349] *LG Essen*, MMR 2000, 286 m. Anm. *Viefhues* = CR 2000, 247. Ähnlich auch *AG Lindau*, M 192/00 (unveröffentlicht); *AG Langenfeld*, CR 2001, 477; *LG Düsseldorf*, ZUM 2002, 155.

seitens des Gerichtsvollziehers im Internet verwertbar.[350] Der Streit zwischen dem *LG München I* und dem *LG Essen* wurde durch den *BGH* aufgelöst. Danach ist eine Domain zwar nicht pfändbar, die Gesamtheit der schuldrechtlichen Ansprüche des Domaininhabers gegenüber der Domainvergabestelle fällt dagegen unter § 857 Abs. 1 ZPO.[351] Eine Verwertung der gepfändeten Ansprüche gegen die Vergabestelle 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** unpfändbar ist. Die Vorschrift bezieht sich zwar allein auf „Sachen" und ist deshalb nicht unmittelbar einschlägig. Es kommt jedoch eine analoge Anwendung in Betracht.[352] 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.[353]
Unabhängig von diesem Streit ist eine **Pfändbarkeit der Konnektierungsansprüche** des Domaininhabers gegen die DENIC im Wege der Forderungspfändung inzwischen anerkannt.[354] 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-Who-is), braucht man also nur die Kündigung an den alten Provider 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

[350] So auch *AG Berleburg*, MMR 2002, 848 (Ls.).
[351] *BGH*, GRUR 2005, 969.
[352] *Berger*, Rpfleger 2002, 185; ähnlich *LG Mönchengladbach*, ZUM 2004, 935 = MDR 2005, 118.
[353] *Welzel*, MMR, 2001, 131, 135.
[354] *Hanloser*, Rechtspfleger 2000, 525, 527; *Hanloser*, CR 2001, 344, 345; *Welzel*, MMR 2001, 131, 132.

- das Image der Domain = I
- die Frage der kommerziellen Verwendbarkeit der Domain = C
- die Kürze der Domain = K.

Differenzierter 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.[355]

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*[356] 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 € ausreichen.[357] Das *LG Hamburg* geht von 50.000 € aus.[358] Das *OLG Köln* bejahte einen Streitwert in Höhe von 135.000 €,[359] konstatierte aber in einem anderen Fall, dass sich der Streitwert nach dem Interesse des Klägers richte (hier: 25.000 €).[360] Dabei wurden gerade auch bei bedeutenderen Unternehmen Streitwerte bis zu 500.000 € fest-

[355] http://www.bewertungsformel.de.
[356] *OLG Frankfurt a.M.,* 25 W 33/02 (unveröffentlicht).
[357] *LG Köln*, MMR 2000, 437 – maxem.de.
[358] *LG Hamburg*, BeckRS 2005 00859, http://www.aufrecht.de/2903.html; ähnlich *LG Düsseldorf*, 2a O 35/04 (unveröffentlicht).
[359] *OLG Köln*, GRUR-RR 2005, 82 = OLGR Köln 2005, 173.
[360] *OLG Köln*, GRUR-RR 2006, 67 – Mahngericht.de

gesetzt.[361] Bei Gattungsbegriffen hat sich der Streitwert auf 50.000 € eingependelt.[362] Zum Teil wird in der Literatur für alle Domainstreitigkeiten ein Betrag in Höhe von 50.000 € als Regelstreitwert angenommen.[363]

Der *BFH*[364] 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 FG 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:
Bettinger, ICANN´s Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, CR 2000, 234; *Bettinger*, Abschlussbericht der WIPO zum Internet Domain Name Process, CR 1999, 445; *Geist*, Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP; http://aix1.uottawa.ca/~geist/frameset.html; *Gibson*, Digital Dispute Resolution, CRi 2001, 33; *Hoffmann*, Alternative dispute resolution dot.com, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2002, 261; *Maher*: The UDRP: The Globalization of Trademark Rights IIC 2002, 924; *Mueller*, Rough Justice: An Analysis of ICANN´s Uniform Dispute Resolution Policy, November 2000, http://dcc.syr.edu/roughjustice.htm; Sorkin Judicial Review of ICANN Domain Name Dispute Decisions, 18 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 637 (2001); *Stotter*, Streitschlichtung bei UK-Domains, MMR 2002, 11; *Strömer*, Das ICANN-Schiedsverfahren – Königsweg bei Domainstreitigkeiten, K&R 2000, 587; *Strömer*, Das ICANN-Schiedsverfahren, Heidelberg 2002; *Weston*, Domain Names, CSLR 2000, 317.

Das ICANN hat sich Gedanken zur **Streitschlichtung** gemacht. So wurde im August 1999 die „**Uniform Dispute Resolution Policy**“ (UDRP) verabschiedet.[365] Dieses Regelwerk sieht eine Streitschlichtung bei missbräuchlicher Registrierung von Namen in den Top Level Domains .com, .org und .net vor. Hinzu kommen die länderspezifischen Codes 3 von 31 meist

[361] *LG Düsseldorf*, 34 O 118/97 in Sachen crrtroinc.de (unveröffentlocht); ähnlich *LG Hamburg*, 315 O 448/97 – d-info.de (unveröffentlicht); *LG Mannheim*, WRP 1998, 920 – zwilling.de; s. dazu auch *Schmidt/Schröder*, K&R 2002, 189 ff.
[362] *LG Düsseldorf*, 38 O 22/01 – versteckte-toscana.de (unveröffentlicht); *LG Düsseldorf*, MMR 2002, 126 = CR 2002, 138 = K&R 2002, 98 – literaturen.de.
[363] So bei *Schmittmann*, MMR 2002, Heft 12, S. VIII.
[364] *BFH*, Urteil vom 19. Oktober 2006, III R 6/05, BStBl II 2007, 301; ähnlich *FG Rheinland-Pfalz*, MMR 2005, 336 mit Anm. *Terhaag*.
[365] Hinzu kommen die „Rules for Uniform Domain Name Dispute Policy“, die im Oktober 1999 verabschiedet worden sind.

kleineren Staaten (wie z.B. Tuvalu).[366] Die DENIC hat sich noch nicht dazu durchringen können, eine solche Streitschlichtung zu akzeptieren.

Auch neue gTLDs fallen unter die UDRP.[367] Die Verbindlichkeit der UDRP basiert auf rein vertragsrechtlicher Grundlage; wer eine Domain registriert, unterwirft sich rechtsgeschäftlich den UDRP. Da dies aber regelmäßig durch einen Hinweis in den AGB des jeweiligen Access Providers geschieht, stellt sich die Frage nach der AGB-rechtlichen Zulässigkeit einer solchen „Schiedsabrede". Die AGB-rechtliche Wirksamkeit ist hochgradig problematisch. Im Übrigen wenden z.B. US-amerikanische Gerichte ohnehin im Zweifel ihre eigenen Regeln an und lassen es dem Betroffenen offen, bei einer Niederlage nach der UDRP US-Gerichte anzurufen.[368] Auch Gerichte in anderen Staaten haben die UDRP hinterfragt.[369] Die Streitschlichtung erfolgt über vier verschiedene, von der ICANN lizenzierte Organisationen, darunter

- die Schiedsstelle der WIPO (http://arbiter.int/domains)[370]
- das National Arbitration Forum (http://www.arb-forum.com/domains)
- das CPR – Institut for Dispute Resolution (http://www.cpradr.org).
- das ADNDRC, das Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (http://www.adndrc.org).[371]

Es besteht die freie Wahl, entweder vor ordentlichen Gerichten zu klagen oder die UDRP-Schlichtungsorganisation anzurufen. Auch können staatliche Gerichte trotz einer Streitschlichtungsentscheidung nachträglich tätig werden (Art. 4 (k) UDRP).[372] Eine UDRP-interne Berufungsinstanz besteht nicht.[373] Über die **Frage der Kostenerstattung** wird nicht entschieden. Allerdings hat der österreichische oberste Gerichtshof entschieden, dass bei einer Entscheidung innerhalb der UDRP zu Lasten des Beschwerdegegners ein Auslagenersatz nach nationalem Recht verlangt werden kann.[374]

---

[366] Siehe dazu die Liste unter http://www.arbiter.wipo.int/domains/ccTLD/index.html.
[367] Siehe http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/index-info.html; hierzu zählen:
.info; .biz; .aero; .coop; .museum; .name; .travel.
[368] So Section 1114(2)(D)(v) des US Anticybersquatting Act und U.S. Court of Appeals for the First Circuit, Entscheidung vom 5.12.2001 – (JAY D. SALLEN vom CORINTHIANS LICENCIAMENTOS LTDA et al., GRUR Int. 2003, 82.
[369] Siehe die Liste bei der WIPO http://arbiter.wipo.int/domains/challenged/index.html.
[370] Siehe dazu auch die WIPO-Borschüre http://arbiter.wipo.int/center/publications/guide-en-web.pdf
[371] Ausgeschieden ist das kanadische eResolution Consortium (http://www.resolution.ca).
[372] Zu den gerichtlichen Verfahren nach UDRP-Entscheidung siehe
http://aribter.wipo.int/domains/challenged/index.html.
[373] Siehe allerdings den Vorschlag von M. Scott Donahey zur Einführung eines UDRP Appelatte Panel in: Journal of International Abitration 18 (1) 2001, 131 ff.
[374] *öOGH*, MMR 2004, 747.

Die Verbindlichkeit der Streitschlichtung und ihrer Entscheidungen beruht nicht auf staatlichem Recht; insbesondere handelt es sich nicht um Schiedsgerichte. Die Kompetenz der Schlichtungsorgane ist vielmehr **vertraglicher Natur**. Lässt sich jemand eine Domain registrieren, verpflichtet er sich im Voraus, Streitschlichtungsentscheidungen im Rahmen der UDRP zu akzeptieren.

Die Beschwerde kann **elektronisch** über die Homepage des ausgewählten Schiedsgerichts eingereicht werden; die dort befindlichen Formulare müssen aber auch schriftlich ausgefüllt und auf dem Postwege verschickt werden (Original und vier Abschriften). Zu zahlen sind die **Schlichtungskosten** durch den Beschwerdeführer (zwischen 1500 und 4000 $). Der Beschwerdegegner hat zwanzig Tage Zeit zu reagieren. Ein „case administrator" prüft die formellen Voraussetzungen der Beschwerde und Erwiderung und bestimmt dann einen Schlichter. Dieser hat nach seiner Ernennung vierzehn Tage Zeit, seine Entscheidung zu erstellen; insgesamt dauert das Verfahren selten länger als zwei Monate. Entscheidungen werden im Volltext und mit voller Namensangabe aller Beteiligten auf der Homepage des Gerichts veröffentlicht. Probleme bereitet den Schiedsrichtern auch die Frage, wie mit nachgereichten Schriftsätzen umzugehen ist. Deren Berücksichtigung liegt im Ermessen des Panels. Die meisten Schiedsrichter lassen nachgereichte Schriftsätze nur dann zu, wenn plausibel gemacht wird, dass die entsprechenden Argumente und Beweismittel nicht bereits in der Beschwerde beziehungsweise der Erwiderung vorgetragen werden konnten.[375] Unzulässig ist die Einbringung neuer Tatsachen, wenn die Beschwerdeführerin den fehlenden Vortrag bereits schon zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde hätte vorbringen können.[376] Wichtig ist es, nur klare Fälle zur Entscheidung des Schiedsgerichts zu bringen. Alle wesentlichen Argumente sollten vollständig und sachbezogen in einem einzigen Schriftsatz vorgetragen werden. Dabei sollte von vornherein gleich in diesem Schriftsatz alles schriftliche Beweismaterial beigefügt werden. Als sinnvoll hat es sich erwiesen, die Panelists auch auf ähnlich gelagerte Entscheidungen anderer Panelists hinzuweisen. Die Anrufung eines Dreipanels lohnt sich nur dann, wenn noch kein einheitliches Fallrecht existiert und Rechtsfragen in der Vergangenheit streitig waren.

[375] Balidiscovery.org, D 2004 – 0299; noch strenger mtvbase.com, D 2000 – 1440, wonach eine Zulassung nur bei besonderer Anforderung der Unterlagen von Panel möglich ist.
[376] WIPO Case No. D 2005/0485 – Vincotte.com.

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:

> „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
>
> (I) your domain name is identical or confusingly similar to a trademark 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 beachten, 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. Abzugrenzen sind die geschützten Zeichen von Kennzeichen, die lediglich auf Unternehmen verweisen oder nur auf eine Verkehrsgeltung verweisen können. Entscheidend kommt es nicht auf den territorialen Schutzbereich der Marke an. Selbst wenn kein Markenschutz im Land des Beschwerdegegners besteht, kann die entsprechende Marke herangezogen werden. Allerdings wird man das Fehlen des Markenschutzes im Rahmen der Bösgläubigkeit zu erörtern haben.[377] Der Zeitpunkt des Schutzerwerbs ist unerheblich. Insofern setzt sich die Marke auch durch, wenn sie „jünger" ist als der Domainname. Auch hier wird man allerdings dann bei der Frage der Bösgläubigkeit des Domaininhabers Zweifel anmelden dürfen.[378] Auch nicht registrierte Markenrechte, wie Benutzungsmarken oder Common-Law Trademarks fallen unter die UDRP. Ähnliches gilt für berühmte Personennamen, wenn diese mit einer gewerblichen Nutzung verbunden sind. Berühmtheit als solches reicht nicht aus, um die UDRP anwenden zu können.[379] Geografische Angaben entfallen als solche nicht unter die UDRP.[380] Ein Schutz kommt allerdings in Betracht, wenn die geografische Angabe auch Teil einer Wort-Bild-Marke ist.[381] Streitig ist, ob die Rechte auch nicht ausschließlicher Lizenznehmer unter das

[377] Siehe Early Learning Centre.com – D 2005 – 0692.
[378] Aljazeera.com – D 2005 – 0309.
[379] Juliaroberts.com – D 2000 – 0210; Charlierapier.com – D 2004 – 0221.
[380] Sachsen–Anhalt.com – D 2002 – 0273; New Zealand.com – D 2002 – 0754.
[381] Potsdam.com, D 2002 – 0856; Meißen.com, D 2003 – 0660.

Schutzsystem fallen.[382] Im Übrigen müssen die Eintragungen der Marken vor der Registrierung des Domainnamens durch den Beschwerdegegner erfolgt sein.[383]

Zu prüfen ist dann noch die Verwechslungsfähigkeit im Verhältnis der Marke zum Domainnamen („**likelihood of confusion**"). Generische Zusätze werden hier nicht berücksichtigt.[384] Kritische Zusätze wie „Sucks" oder „Fuck" können unter Umständen die Verwechslungsgefahr ausschließen, was allerdings zwischen den einzelnen Panelists streitig ist.[385]

Auf „**legitimate interests**" kann verweisen, wer eine Domain nachweislich für ein Fan-Forum[386] oder für kritische Meinungsäußerungen[387] nutzt. Die bloße Absicht einer solchen Nutzung reicht nicht aus. Dem Domainnutzer obliegt insofern die Darlegungs- und Beweislast. Der Hinweis auf die Namensgleichheit reicht nicht aus.[388] Ein eigenes Markenrecht begründet ebenfalls ein legitimes Interesse zur Benutzung der Domain.[389] Dies gilt allerdings nur dann, wenn dieses Markenrecht gutgläubig erworben worden ist.[390] 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.[391] Diese Freiheit der Benutzung soll auch für unabhängige Händler gelten.[392]

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".[393]

---

[382] Dafür Telcelbellsouth.com, D 2002 – 1027; dagegen Knicks.com, D 2000 – 1211.
[383] WIPO Case No. D 2001/0074 – ode.com; WIPO Case No. D 2001/0101 – e-mortage.com; WIPO Case No. D 2002/0943 – Ezcommerce.com; WIPO Case No. D 2001/1228 – planetarysociety.com
[384] Faketrgheuer, D 2004 – 0871.
[385] Für Verwechselungsgefahr: Bayersucks.org, D 2002 – 1115; Berlitzsucks.com, D 2003 – 0465; keine Verwechselungsgefahr: fucknetzcape.com, D 2000 – 0918; Asdasucks.net. D 2002 – 0857.
[386] patbenatar.com, D2004-0001 gegen geert-hofstede.com, D2003-0646.
[387] legal-and-general.com, D2002 – 1019 gegen Fadesa.net, D2001-0570.
[388] Siehe die Entscheidung in Sachen Peter Frampton http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2002/d2002-0141.html.
[389] Geizhals.com, D 2005 – 0121.
[390] So etwa nicht im Falle als Grundlage für die Domain Madonna.com, D 2000 – 0847; ähnlich Cebit.com, D 2003 – 0679.
[391] Okidataparts.com, D 2001 – 0903. Anderer Ansicht allerdings Talkabout.com, D 2000 – 0079.
[392] Porschebuy.com, D 2004 – 0481.
[393] Das Merkmal stammt aus dem US Cybersquatting Act 1999, Pub L No. 106-133, § 3002 (a), 113 Stat. 1501, 1537, der eine entsprechende Änderung von lit. d § 43 Lanham Act vorsieht.

Zur Konkretisierung dieses allgemeinen Rechtsbegriffs muss Art. 4 (b) der UDRP herangezogen werden:

> „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:
>
> (I) 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
>
> (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 gene-

rischen Begriffsinhalten.[394] Kritiker werfen der WIPO allerdings vor, dass zu schnell ein „bad faith“ zu Gunsten des Beschwerdeführers bejaht werde.[395]

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.[396]

V. Streitschlichtung rund um die EU-Domain

Literatur:
Bettinger, Alternative Streitbeilegung für „.eu*“, in WRP 2006, 548;*
Jaeger-Lenz, Die Einführung der .eu-Domains – Rechtliche Rahmenbedingungen für Registrierungen und Streitigkeiten, in WRP 2005, 1234*; Nitzel*, Die ersten zweihundert ADR-Entscheidungen zu .eu-Domains – Im Spagat zwischen Recht und Gerechtigkeit, in MMR 2007, 282; *Pothmann/Guhn*, Erste Analyse der Rechtsprechung zu .eu-Domains in ADR-Verfahren, K&R 2007, 69; *Remmertz*, Alternative dispute Resolution (ADR) – An alternative for .eu-Domain name disputes?, in CRi 2006, 161; *Schafft*, Streitigkeiten über „.eu-Domains, in: GRUR 2004, 986.

Als Zeichen für die Identität des europäischen Wirtschaftsraums hat die europäische Kommission schon seit Ende der 90er Jahre über die Einführung einer eigenen „.eu“ TLD nachgedacht. Im Jahre 2002 war es dann so weit. Verabschiedet wurden die Verordnung (EG) Nr. 733/2002 des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. April 2002 zur Einführung der Domain oberster Stufe „.eu“ sowie die weitere Verordnung (EG) Nr. 874/2004 vom 28. April 2004 der Kommission mit allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der „.eu“ TDL.[397] Aufgrund der Rahmenverordnung des Parlamentes wurde nach einer Ausschreibung ein Registrar bestellt. Als Registrierungsorganisation tritt EURid auf, eine gemeinnützige Organisation mit Sitz in Diegem (Belgien). Im April 2005 wurde die Zuständigkeit für die Streitschlichtungsverfahren in diesem Bereich an die Landwirtschaftskammer der Tschechischen Republik (Tschechisches Schiedsgericht) übertragen. In der Zwischenzeit existieren mehr als zwei Millionen aktive Domains mit der .eu-Kennung. Der tschechische Schiedsgerichtshof kann auf mehr als zweihundert Entscheidungen zurückblicken.

[394] Zeit.com, D 2005 – 0725.
[395] Siehe http://www.icannot.org und http://www.icannwatch.org.
[396] Siehe WIPO Case No. D 2006/0855 – Trailblazer.com.
[397] Amtsblatt Nr. L162 vom 30. April 2004, Seite 40. Zu weiteren Richtlinien und Vorgaben für die .eu-Domain siehe http://europa.eu.int/information_society/policy/doteu/background/index_en.htm

In der ersten Phase der Entscheidungspraxis ging es vornehmlich um Auseinandersetzungen zwischen Markenrechtsinhabern und EURid im Hinblick auf die ordnungsgemäße Durchführung des Sunrise- und weiteren Registrierungsverfahrens. Diese Streitigkeiten haben dann sehr schnell an Bedeutung verloren. Heute wird im Wesentlichen direkt zwischen Markenrechtsinhaber und Domaininhaber gestritten, insbesondere im Hinblick auf die Missbräuchlichkeit einer Domaineintragung. Wichtig ist, dass die Inhaber zum Schutzrecht außerhalb der europäischen Union nicht beschwerdeberechtigt sind; sie können nur auf den staatlichen Rechtsweg verwiesen werden. Es erfolgt insofern keine volle Prüfung der Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinne, sondern nur ein Vergleich der Zeichenähnlichkeit zwischen Marke und Domainname. Hierzu muss nach Art. 22 Abs. 1 der Grundregeln jemand vortragen, dass „eine Domainregistrierung spekulativ oder missbräuchlich im Sinne von Art. 21 der Verordnung“ ist.

Im Einzelnen ist dazu vorzutragen, dass die Domain verwechslungsfähig in Bezug auf einen geschützten Namen sei. Das Verfahren setzt voraus, dass ein Recht im Sinne von Art. 10 der Verordnung nach nationalem oder Gemeinschaftsrecht an einem Namen anerkannt ist und der Domainname mit diesem identisch ist oder ihm verwirrend ähnelt. Die Endung .eu wird dabei ebenso wenig berücksichtigt[398] wie Sonderzeichen[399]. Das Verfahren unterscheidet sich also insofern auch von der UDRP, als nicht nur ein Warenzeichen/eine Marke Gegenstand des Verfahrens sein kann. Vielmehr erreicht jeder nach nationalem Recht geschützter Name als Schutzgegenstand aus. Eine Domain als solche gibt aber noch kein Namensrecht, allenfalls über die jeweiligen Grundregeln für nicht eingetragene Marken. Probleme gibt es auch bei den Namen von Städten, da einzelne EU-Mitgliedsstaaten diese Städtenamen nicht schützen. Dies gilt zum Beispiel in Schweden und Finnland. Hier haben dann einzelne Schiedsrichter unterschiedlich entschieden, als zum Beispiel die Städte Stockholm und Helsinki die Verwendung ihres Städtenamens in einer EU-Domain gerügt haben. In Bezug auf Stockholm war man der Auffassung, dass eine Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat, wenn nach schwedischem Recht kein Rechtsschutz für Städtenamen bestehe. Anders entschied der Schiedsrichter in Sachen Helsinki, wo aus der Regelung für Sunrise-Bevorrechtigte die Konsequenz gezogen wird, dass man Städtenamen losgelöst von nationalem Recht einen Schutz nicht verwehren dürfe. Einig sind sich die Schiedsrichter, dass die Topleveldomain „.eu“ nicht bei der Betrachtung der Ähnlichkeit von Domain und Namen einbezogen werden muss. Auch die

[398] Siehe c-283 Lastminute; c-1959-LOT; c-453 (Web); c-227 (Kunst); c-1693-Gastojobs; c-2035 Waremahr.
[399] Siehe dazu c-453-Web; c-2733-Hotel-Adlon.

manchmal verwendeten Sonderzeichen fließen in die Betrachtung der Verwechslungsgefahr nicht ein. Als schwierig erwies es sich, dass nicht klar ist, ob das geltend gemachte Recht von jedermann zu einer Beschwerde genutzt werden kann. Der Wortlaut der Grundregeln lässt es eigentlich zu, dass eine Popularklage mit Berufung auch auf Kennzeichenrechte eines Dritten erfolgen kann.[400] Andere Schiedsrichter verwiesen zu Recht darauf, dass eine Popularklage mit dem Sinn und Zweck des Verfahrens, insbesondere im Hinblick auf eine Übertragung der Domain, nicht zu rechtfertigen sei. Falsch gelöst wurde der Fall der Gleichnamigkeit in einer Entscheidung Wüstenrot.eu.[401] Hier hatte die Gemeinde Wüstenrot als erste den Domainnamen erhalten und wurde von der großen Bausparkasse Wüstenrot verklagt. Der Schiedsrichter war der Auffassung, dass hier die Gemeinde der viel bekannteren Beschwerdeführerin weichen müsse. Dabei verkennt er, dass die Gemeinde selbst auf ein eigenes Namensrecht verweisen kann und die in Deutschland bekannte Shell-Rechtsprechung zum Vorrang bekannter Namen wohl nicht auf den Konflikt mit einer Gemeinde übertragen werden kann.[402]

Anders als die UDRP schützt die EU-Domain den Kennzeichenrechtsinhaber in zwei alternativen Fällen. Er kann zum einen vortragen, dass der Domaininhaber kein berechtigtes Interesse bzw. kein eigenes Recht an der Domain habe. Er kann aber auch alternativ darauf verweisen, dass die Domainregistrierung bösgläubig gewesen sei. Im Rahmen der UDRP werden beide Dinge additiv geprüft. Bei der Frage des bestehenden Rechtes oder Schutzinteresses stritten die Schiedsrichter darüber, ob bereits die Eintragung einer Benelux-Marke ausreiche, um ein eigenes Schutzrecht zu bejahen. Dies wurde in einigen Fällen angenommen, insbesondere in der berühmten Last-Minute-Entscheidung.[403] Andere Schiedsrichter verwiesen darauf, dass die entsprechende Marke dann auch im Webauftritt genutzt werden müsse; im Falle einer Nichtbenutzung der Domain scheide die Annahme eines berechtigten Interesses aus.[404] Als Benutzung soll der bloße Verweis auf eine Web-Baustelle „under construction“ nicht ausreichen.[405] Vielmehr soll es erforderlich sein, unter der Domain Grafiken und Texte integriert zu haben.[406] Die Beweislast für das Fehlen eines berechtigten Interesses oder Rechts trägt – entgegen dem Wortlaut der Grundregeln – der Beschwerdeführer. Angesichts der Tatsache, dass es sich um negative Tatsachen handelt, soll er jedoch nur eine Prüfung der denkbaren Schutzinteressen der Gegenseite in Bezug auf offensichtliche Umstände haben.

[400] So auch die Auslegung in dem Fall 0717ARZT.
[401] Fall 00120.
[402] Siehe dazu auch Nitzel, MMR 2006 Heft 9, Seite XIII.
[403] Siehe dazu auch 01196-Memorx sowie XXX – Reifen.
[404] 01959-LOT.
[405] 0910-Reifen.
[406] 0052-JAGA.

Im Fall Lastminute.eu hatte der Domaininhaber eine deutsche nationale Marke für Lacke für gewerbliche Zwecke eintragen lassen und auf dieser Grundlage die entsprechende Domain bekommen. Er hatte auf diese Weise zusätzlich Zugriff auf 55 weitere aus generischen Zeichen bestehende EU-Namen besorgt. Aus der Sicht des Schiedsgerichts[407] und später auch des OLG Düsseldorf[408] konnte man nicht nachweisen, dass hier eine bösgläubige Markenanmeldung beabsichtigt gewesen ist. Allein die Markenanmeldung mit dem Ziel der Registrierung des Domainnamens reiche noch nicht als Bösgläubigkeit. Eine Behinderungsabsicht könne nicht nachgewiesen werden. Es könne auch nicht als rechtswidrig angesehen werden, wenn jemand einen Gattungsbegriff auf diese Weise als Domainnamen registrieren lasse. Nach den in Art. 21 Abs. 3 Verordnung aufgeführten Beispielsfälle liegt ein böser Glaube insbesondere vor, wenn

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.[409] 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.[410]

Bei der Frage der Bösgläubigkeit wird ebenfalls darum gestritten, ob der Erwerb einer Benelux-Marke ohne entsprechende Nutzung als bösgläubig angesehen werden kann.[411] Anders als

[407] Ähnlich Reifen.eu c-910 und Memorx.eu für eine Beneluxmarke.
[408] MMR 2008, 107.
[409] KSB-c1584.
[410] LOT-c1959. Reifen ist auch Veröffentlicht in GRUR Int. 2006, 947.
[411] Dagegen 00283-Lastminute.

bei der UDRP führt jede Verkaufs-, Vermietungs- oder Übertragungsabsicht gegen Entgelt einen Dritten zur Vermutung der Bösgläubigkeit. Es ist nicht mehr entscheidend, ob der Domaininhaber einen entsprechenden Verkauf an den Markenrechtsinhaber selbst plant. Nach einem Zeitraum von zwei Jahren der Nichtbenutzung besteht eine unwiderlegbare Fiktion für die Bösgläubigkeit. Nutzt jemand eine Domain trotz bestehenden eigenen Rechts oder berechtigten Interesses über diesen langen Zeitraum nicht, soll der Markenrechtsinhaber die Chance haben, die Domainübertragung wegen Bösgläubigkeit zu beantragen. Schwierig zu behandeln ist der ebenfalls in den Grundregeln genannte Fall, dass der Domaininhaber vor Beginn des Streitschlichtungsverfahrens eine Benutzungsabsicht bekannt gibt und trotzdem die Benutzung nicht binnen sechs Monaten vornimmt. Eine solche fehlende Benutzung kann in laufenden ADR-Verfahren kaum geltend gemacht werden. Man wird hier das ADR-Verfahren aussetzen müssen, um dann nach Ablauf der sechs Monate wieder neu in die Prüfung einzusteigen. Gibt der Beschwerdegegner etwa bei einer Verhandlung beim Handelsgericht Wien- zu, dass er Rechtsverletzer sei, kann dies auch im Streitschlichtungsverfahren gewürdigt werden.[412] Bei Gleichnamigkeit zählt der Grundsatz „Wer zu erst kommt, mahlt zu erst".[413] Als berechtigtes Interesse angesehen wurde zum Beispiel die Gründung von Beschwerdeforen oder ein tatsächlich existierender Fanclub für einen Fußballverein.[414] Der Kennzeichenrechtsinhaber muss sein eigenes Recht klar nachweisen und wird bei diffusem Vortrag zu Recht abgewiesen.[415] 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.[416]

Die Registrierung und der Betrieb der „.eu" TLD wird insgesamt als zufrieden stellend eingestuft, wie die europäische Kommission im Rahmen einer Evaluation festgestellt hat.[417] 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

[412] NGRAM.
[413] Alpha.
[414] Panathinaikos FC.
[415] LABRADA.
[416] 92.
[417] Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und an den Rat. Bericht über die Implementierung, Betrieb und Effektivität der „.eu" TLD vom 6. Juli 2007 – KON (2007) 385.

exotischen Providern zu Gute, dass nach Art. 22 Abs. 4 der Grundregeln das alternative Streitbeilegungsverfahren in der Sprache des Registrierungsvertrags durchzuführen war; insofern führten Beschwerden gegen die genannte Praxis immer zu Verfahren in zypriotischer oder lettischer Verfahrenssprache. Neben der Streitschlichtung besteht immer noch die Möglichkeit staatliche Gerichte anzurufen, da die Streitschlichtung als solche nicht zu einer Rechtshängigkeit des Verfahrens führt. Insbesondere können die Parteien auch nach Erlass der Entscheidung an einem Gericht der staatlichen Gerichtsbarkeit ein Verfahren einleiten; erfolgt die Einleitung dieses Verfahrens innerhalb einer Frist von 30 Kalendertagen wird die Bindungswirkung der Streitschlichtungsentscheidung beseitigt (Art. 22 Abs. 12). Erstaunlich ist, dass die materiellen Bestimmungen des Art. 21 auch von den staatlichen Gerichten anzuwenden sein sollen.[418] Artikel 21 soll auf diese Weise ein eigenständiges EU-Domainrecht etablieren. Allerdings stellt sich hier die Frage, auf welcher europarechtlichen Grundlage dies geschieht. Die genannte Verordnung ist im europarechtlichen Sinne keine Verordnung, da sie nur von der europäischen Kommission verabschiedet worden ist; es fehlt für eine Verordnung im materiellen rechtlichen Sinne die Einhaltung des Verfahrens unter Einbindung des Europäischen Parlamentes.

[418] Siehe dazu auch *Schafft*, GRUR 2004, 9869, 989; Jäger-Lenz, WRP 2005, 1234 ff.

Drittes Kapitel: Das Immaterialgüterrecht

A. Einführende Bemerkungen

Das BGB ist geprägt vom **Primat der Warenproduktion**, entsprechend den ökonomischen Vorgaben am Ende des 19. Jahrhunderts. Im Vordergrund steht folglich der Erwerb von Sachen im Sinne des § 90 BGB. Diese Sachen sind eigentumsfähig; sie können verkauft, vermietet, verarbeitet und umgebildet werden. Kaum brauchbar ist das BGB aber für die Zuordnung von **Informationen**, dem Grundstoff der modernen Informationsgesellschaft.[419] Informationen sind als immaterielle Güter nicht eigentumsfähig. Eine Zuordnung von Informationen wird zwar vom *BGH* über das Eigentum am Datenträger vorgenommen.[420] Doch dieser Ansatz erweist sich angesichts der abnehmenden Bedeutung von Datenträgern fragwürdig. Auch die Zuordnung über den Schutz als Betriebsgeheimnis wird immer nebulöser, da in einer Informationsgesellschaft die Grenzen zwischen geheimem Wissen und nicht-geheimem Wissen immer fließender werden.

In dieser Situation kommt dem **Immaterialgüterrecht** eine besondere Bedeutung zu. Insbesondere das Urheberrecht ermöglicht eine klare Zuordnung von Rechten an Informationen, sofern deren Auswahl oder Anordnung eine persönlich-geistige Schöpfung beinhaltet. Damit ist zwar noch kein Ausschließlichkeitsrecht an der Information selbst begründet, aber über den Schutz der sog. Form ein Schutz von Informationssammlungen.

Kritisch zu verfolgen sind jüngste Tendenzen, die auf eine Erweiterung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes über „**Parallelwelten**“ hinauslaufen. So wird parallel zum urheberechtlichen Schutz von Software auch die Möglichkeit eines erweiterten Schutzes für Software über das Patentrecht diskutiert. Hinzu kommt das Markenrecht, das aufgrund seiner auf Ewigkeit angelegten Schutzrichtung die Schutzfristen des Urheberechts unterlaufen kann. Letzteres zeigt die Entscheidung des *BGH* in Sachen „Winnetours Rückkehr“,[421] in der für das urheberechtlich längst gemeinfreie Werk Karl Mays ein markenrechtlicher Schutz für die Bezeichnung „Winnetou“ bejaht worden ist. Ferner können Werbeslogans als EU-Marke angemeldet werden, wenn sie aus der Sicht eines durchschnittlich informierten Verbrauchers als Her-

[419] Siehe zu diesem hier nur angedeuteten Themenbereich *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995, insbes. S. 77 sowie *Spinner*, Die Wissensordnung, Opladen 1994.
[420] Vgl. *BGH*, NJW 1988, 406.
[421] *BGH*, WRP 2003, 644. = GRUR 2003, 342.

kunftsbezeichnung angesehen werden können. Der *EuGH* entschied, dass der Slogan „DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT“ hinreichend unterscheidungskräftig für Waren der Klasse 20 (Wohnmöbel) sei.[422]

B. Das Urheberrecht

Literatur:
Bayreuther, Europa auf dem Weg zu einem einheitlichen Urheberrecht, EWS 2001, 422; *Bechtold*, Der Schutz des Anbieters von Information – Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz im Internet, ZUM 1997, 427; *Becker/Dreier* (Hg.), Urheberrecht und digitale Technologie, Baden-Baden 1994; *Bortloff*, Erfahrungen mit der Bekämpfung der elektronischen Tonträgerpiraterie im Internet, GRUR Int. 2000, 665; *Burk*, Transborder Intellectual Property Issues on the Electronic Frontier, Stanford Law & Policy Review 5 (1994); *Burmeister*, Copyright and Digital Technology, in: IIC 24 (1993), 481; *Burmeister*, Urheberrecht und digitale Werkverwertung, Gutachten im Auftrag der Friedrich Ebert Stiftung, Bonn 1997; *Erd*, Probleme des Online-Rechts: 3. Datenschutz und Urheberschutz, KJ 2000, 457; *Flechsig*, Urheberrecht auf der Standspur der Datenautobahn?, ”M”. Zeitschrift der IG Medien 44 (1995), Heft 6, 9 – 11; *Flechsig*, Urheberrecht in der Wissensgesellschaft, in: ZRP 2004, 249; *Götting* u.a. (Hg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1997; *Haedicke*, Urheberrecht und Internet im Überblick, JURA 2000, 449; *Heker*, Neuer Rechtsrahmen erforderlich, in: Börsenblatt Nr. 31 vom 16. April 1996, 10 – 15; *Hoeren*, Multimedia – Eine Herausforderung für das Urheber- und Wettbewerbsrecht, Heymann (Hg.), Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa, Köln 1994, 17; *Hoeren*, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 1997, 866; *Hugenholtz*, Het auteursrecht, het internet en de informatiesnelweg, NJB vom 7. April 1995, 513; *Klett*, Urheberrecht im Internet aus deutscher und amerikanischer Sicht, Baden-Baden 2000; *Klickermann*, Urheberschutz bei zentralen Datenspeichern, MMR 2007, 7; *Kröger*, Die Urheberrechtsrichtlinie für die Informationsgesellschaft – Bestandsaufnahme und kritische Bewertung, in: CR 2001, 316; *Lippert*, Filtersysteme zur Verhinderung von Urheberrechtsveretzungen im Internet, CR 2001, 478; *Mayer*, Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, EuZW 2002, 325; *Mestmäcker*, Unternehmenskonzentrationen und Urheberrechte in der alten und neuen Musikwirtschaft, in: ZUM 2001, 185; *Metzger/Kreutzer*, Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2002, 139; *Ott*, Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung?, GRUR Int. 2007, 562; *Pfennig*, Digitale Bilderverarbeitung und Urheberrecht. Eine Einführung für die Museumspraxis, Bonn 1996; *Schack*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639; *Schanda*, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: Ecolex 1996, 104; *Schricker* (Hg.), Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997; *Schulze*, Urheberrecht und neue Musiktechnologien, ZUM 1994, 15; *Seichter*, Die Verfolgung von Verletzungen geistiger Eigentumsrechte durch Verbraucher im Internet, VuR 2007, 291; *Solmecke*, Rechtliche Beurteilung der Nutzung von Musiktauschbörsen, K&R 2007, 138; *Strömholm*, Alte Fragen in neuer Gestalt – das internationale Urheberrecht im IT-Zeitalter, in: Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 533; *Vercken*, Practical Guide to Copyright for Multimedia Producers, hrsg. von der Europäischen Kommission, Luxembourg 1996; *Zahrnt*, Cyberbusiness. Urheber- und Wettbewerbsrecht, K&R 2001, 65; *Zanger*, Urheberrecht und Leistungsschutz im

[422] *EuGH*, GRUR 2004, 1027.

digitalen Zeitalter, Zürich 1996; *Zscherpe*, Urheberschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, 404.

I. Speziell zum zweiten Korb und zur Enforcement-Richtlinie

Literatur:
Bauer/v. Einem, Handy-TV – Lizenzierung von Urheberrechten unter Berücksichtigung des „2. Korbs", MMR 2007, 698; *Berger*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven – Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte des geplanten § 52 b UrhG, GRUR 2007, 754; *Grützmacher*, Urheberrecht im Wandel – der Zweite Korb, die Enforcement-RL und deren Umsetzung – Ein Überblick; ITRB 2007, 276; *Hanewinkel*, Urheber versus Verleger – Zur Problematik des § 63 a S. 2 UrhG und dessen geplanter Änderung im Zweiten Korb, GRUR 2007, 373; *Hoeren*, Der Zweite Korb – Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz, MMR 2007, 615; *Hucko*, Die unbekannten Nutzungsarten und die Öffnung der Archive nach dem „Zweiten Korb", MR-Int. 2007, 141; *Klett*, Das zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaf (zweiter Korb), K&R 2008, 1; *Langhoff/Oberndörfer/Jani*, Der Zweite Korb der Urheberrechtsreform, ZUM 2007, 593; *Meinke*, Der 2. Korb der Urheberrechtsreform, ZAP Fach 16, 341; *Müller*, Festlegung und Inkasso von Vergütungen für die private Vervielfältigung auf der Grundlage des Zweiten Korbs, ZUM 2007, 777; *Nägele/Nitsche*, Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des Geistigen Eigentums, WRP 2007, 1047; *Peifer*, Das Urheberrecht und die Wissenschaft, in: UFITA 2007/II, 327*; Scheja/Mantz*, Nach der Reform ist vor der Reform – Der Zweite Korb der Urheberrechtsreform, CR 2007, 715; *Spindler*, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb", NJW 2008, 9; *Spindler/Weber*, Die Umsetzung der Enforcement-RL nach dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, ZUM 2007, 257; *Sprang/Ackermann*, Der zweite Korb aus Sicht der (Wissenschafts-)Verlage, K&R 2008, 7.

Ein Anbieter im E-Commerce muss sich zunächst durch den **Dschungel des Immaterialgüterrechts** wühlen, bevor er mit einem Projekt beginnen kann.[423] 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 besteht unabhängig von einer Registrierung, eines Copyright-Vermerks oder anderer Formalitäten. Der Schutz beginnt mit der Schöpfung des Werkes und endet 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Neben dem Urheberrecht steht das Patentrecht, das den Schutz innovativer Erfindungen regelt. Für den patentrechtlichen Schutz ist die Anmeldung und Registrierung beim Deutschen (oder Europäischen) Patentamt erforderlich. Der Schutz besteht nur für 20 Jahre ab Anmeldung; danach ist die Erfindung zur Benutzung frei. Neben dem Urheber- und Patentrecht bestehen noch weitere Schutzsysteme, die aber hier allenfalls am Rande erwähnt werden. Dazu zählen

[423] Zum Patentschutz von Geschäftsideen s. *Hössle*, Mitt. 2000, 331.

- das 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).

Geregelt ist das Urheberrecht im **Urheberrechtsgesetz aus dem Jahre 1965**, einem Regelwerk, das schon aufgrund seines Alters nicht auf das Internet bezogen sein kann. Daher müssen neuere Bestimmungen, insbesondere des internationalen Urheberrechts, ergänzend hinzugenommen werden. Dabei handelt es sich vor allem um den WTO-Vertrag **TRIPS** (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), **WCT**, **WPPT** und die sog. **InfoSoc-Richtlinie der EU.**

Beim **World Copyright Treaty (WCT)** und **World Performers and Producers Rights Treaty (WPPT)** handelt es sich um zwei völkerrechtliche Verträge, die im Rahmen der WIPO im Dezember 1996 ausgehandelt worden sind. Sie sehen ein weites Vervielfältigungsrecht und das damals neu eingeführte „right of making available to the public" vor. Der WCT ist am 6.3.2002, der WPPT zum 30.5.2002 in Kraft getreten.[424] Die Vorgaben dieser Verträge sind EU-einheitlich durch die am 22.6.2001 in Kraft getretene **Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (sog. InfoSoc-Richtlinie)** umgesetzt worden.[425]

In Deutschland erfolgte die Umsetzung verspätet mit Wirkung zum 13.9.2003. Nach zwei Regierungsentwürfen[426] kam es wegen einiger Bedenken des Bundesrates[427] zur Anrufung des Vermittlungsausschusses. Nachdem in letzter Minute einige wichtige Änderungen an dem Entwurf vorgenommen wurden, konnte das Gesetz im September 2003 in Kraft treten.[428]

[424] Zur Implementierung in einzelnen Staaten siehe http://www.ifpi.org/content/library/wipo-treaties-ratification-status.pdf.
[425] ABl. L 167 vom 22. Juni 2001, Seite 10 ff.; s. dazu auch *Hoeren*, MMR 2000, 515.
[426] Regierungsentwurf vom 16. August 2002 – BR-Drs. 684/02 und Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 6. November 2002 – BT-Drs. 15/38.
[427] Siehe die Unterrichtung des Bundestages durch den Bundesrat über die Gründe für die Anrufung des Vermittlungsausschusses gemäß Art. 77 Abs. 2 GG, BT-Drs. 15/1066 vom 27. Mai 2003.
[428] BGBl. Nr. 46 vom 12. September 2003, 1774.

Die noch offenen Fragen, insbesondere bei der Ausgestaltung der Privatkopierfreiheit, wurden in Deutschland im Rahmen des sog. **Zweiten Korbs** diskutiert. Seit Herbst 2003 bis in den Juni 2004 hatten elf Arbeitsgruppen unter Leitung des BMJ über die Neuerungen beraten, die Eingang in den „Zweiten Korb" finden sollen.[429] Ein erster Referentenentwurf existierte seit September 2004.[430] Der Regierungsentwurf wurde am 22.3.2006 beschlossen.[431] Das Gesetz wurde vom Bundestag am 5.7.2007 verabschiedet, und ist am 1.1.2008 in Kraft getreten.[432] Inzwischen wird bereits über einen „dritter Korb" diskutiert, der insbesondere Belange der Bildung, Wissenschaft und Forschung im Konflikt mit dem Urheberrecht erneut aufgreifen soll.[433]

Weitere bedeutende Änderungen des Urheberrechts insbesondere im Bereich der Rechtsdurchsetzung zog die Umsetzung der sog. Enforcement-Richtlinie[434] zum 1.9.2008[435] nach sich.

II. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:
Dessemontet, Internet, le droit d´auteur et le droit international privé, SJZ 1996, 285; *Geller*, Internationales Immaterialgüterrecht, Kollisionsrecht und gerichtliche Sanktionen im Internet, GRUR Int. 2000, 659; *Ginsburg*, Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace, 15 Cardozo Arts & Ent L.J. 105 (1997); *Ginsburg*, Extraterritoriality and Multiterritoriality in Copyright Infringement, 37 Va. J. Int'l L. 587 (1997); *Ginsburg*, Putting Cars on the 'Information Superhighway': Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, 95 Colum. L. Rev. 1466 (1995); *Halfmeier*, Vom Cassislikör zur E-Commerce-Richtlinie: Auf dem Weg zu einem europäischen Mediendeliktsrecht, in: ZeuP 2001, 837; *Intveen*, Internationales Urheberrecht und Internet. Zur Frage des anzuwendenden Urheberrechts bei grenzüberschreitenden Datenübertragungen, Baden-Baden 1999; *Junker*, Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, Kassel 2002; *Sack*, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, WRP 2000, 269; *Sack*, Das internationale Wettbewerbsrecht nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) und dem EGG-/TDG-Entwurf, WRP 2001, 1408; *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtverletzungen im Internet. Internationales Privatrecht, MMR 2000, 59; *Schack*, Copyright licensing in the internet age. Choice of law and forum, in: Corporations, capital market and business in the law, 2000, 489; *Thum*, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Verwertung urheberrechtlich geschütz-

[429] Eine Zusammenfassung der Ergebnnisse findet sich unter http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/707.pdf.
[430] Entwurf vom 27. September 2004, http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/760.pdf.
[431] Verfügbar unter: www.kopienbrauchenoriginale.de/media/archive/139.pdf.
[432] Text unter http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/urheberrechtsgesetz.pdf.
[433] Vgl. z.B. *Czychowski*, GRUR 2008, 586; *Grützmacher*, ITRB 2007, 276.
[434] Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157 vom 30. April 2004.
[435] BGBl. I 2008, S. 1191 ff.

ter Werke im Internet, GRUR Int. 2001, 9; *Wilske*, Conflict of Laws in Cyber Torts, in: CRi 2001, 68.

Die Informationsindustrie ist ein in sich international ausgerichteter Wirtschaftssektor. Informationen sind ihrer Natur nach ubiquitär, d.h. überall verbreitet. Sie können ohne hohen Kostenaufwand reproduziert und – zum Beispiel über internationale Datennetze – in wenigen Sekunden transferiert werden. Gerade Phänomene wie die Satellitenübertragung oder das Internet zeigen, dass nationale Grenzen keine besondere Bedeutung mehr haben. Daher stellt sich vorab die Frage, ob und wann das deutsche Urheberrecht bei Informationsprodukten zur Anwendung kommt.

Das anwendbare Recht kann (scheinbar) vertraglich durch eine **Rechtswahlklausel** geregelt werden. Die Parteien vereinbaren die Anwendung einer bestimmten Urheberrechtsordnung auf ihre Rechtsbeziehungen. Nach Art. 27, 28 EGBGB unterliegt ein Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht.[436] Treffen die Parteien demnach eine Vereinbarung darüber, welches Recht Anwendung finden soll, ist diese immer vorrangig zu beachten. Dabei kommt sogar die Annahme einer konkludenten Rechtswahl in Betracht. Insbesondere die Vereinbarung eines Gerichtsstandes soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein.[437]

Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält jedoch **zwingende Regelungen** zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können.[438] Hierzu zählen die Regelungen über Urheberpersönlichkeitsrechte, der Zweckübertragungsgrundsatz, die Regelungen zur angemessenen Vergütung von Urhebern und zur weiteren Beteiligung bei einem besonders erfolgreichen Werk (§§ 32, 32a UrhG; siehe ausdrücklich § 32b Nr. 2 UrhG), die Vergütungsregelung für später bekannte Nutzungsarten (§ 32c UrhG) sowie das Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung (§ 41 UrhG). Ferner gilt eine Rechtswahlklausel von vornherein nicht für das Verfügungsgeschäft, also die rechtliche Beurteilung der Übertragung von Nutzungsrechten.[439] Wenngleich den Parteien also die Möglichkeit eingeräumt wird, das auf ihre vertraglichen Beziehungen anwendbare Recht zu bestimmen, gibt es viele Bereiche, die sich einer derartigen Rechtswahl entziehen. Deutsches Urheberrecht findet

[436] Vgl. zum vertraglichen Kollisionsrecht die Ausführungen unter § 9 I.
[437] So *BGH*, JZ 1961, 261; *BGH*, WM 1969, 1140, 1141; *OLG Hamburg*, VersR 1982, 236; *OLG Frankfurt/M.*, RIW 1983, 785.
[438] Vgl. hierzu auch *Hoeren/Thum*, in: Dittrich (Hg.), Beiträge zum Urheberrecht V, Wien 1997, 78.
[439] S. auch *BGH*, NJW 1998, 1395 m. Anm. *Schricker* – Spielbankaffaire; daraufhin ähnlich *OLG München*, MMR 2002, 312.

folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden.[440] Deutsches Urheberrecht regelt auch die Frage, wer bei einer Nutzung in Deutschland Rechtsinhaber ist und welche Besonderheiten bei der Rechtsnachfolge im Todesfall zu beachten sind.[441]

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. Wenngleich umstritten ist, ob bei Urheberrechtsverletzungen direkt auf die 1999 eingefügte Tatortregel des Art. 40 Abs. 1 EGBGB zurückgegriffen werden kann oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung gelangt,[442] gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung das **Schutzlandprinzip.**[443] Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis.**[444] Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der lex loci protectionis.[445] Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts,[446] die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind.[447] Die Geltung des Schutzlandprinzips bereitet den Rechteverwertern im Internetbereich große Probleme. Diejenigen, die sich rechtmäßig verhalten wollen, müssen 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.[448] 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. Nur wenige Gerichte versuchen, diese Überrregulierung kollisionsrechtlich zu begrenzen. So hat das OLG Köln[449] die Auffassung vertreten, daß ein Angebot im Internet mit der

[440] *LG Hamburg*, MMR 2004, 558 – Thumbnails.
[441] *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 24. April 2007, I 20 U 175/06.
[442] Vgl. *Sack*, WRP 2000, 269, 271.
[443] *RGZ* 129, 385, 388; *BGHZ* 118, 394, 397 f.; 126, 252, 255; 136, 380, 385 f.; Staudinger/*von Hoffmann*, Art. 38 EGBGB, Rdnr. 574.
[444] *Sack*, WRP 2000, 269, 270.
[445] Seit langem schon anderer Ansicht ist *Schack*, z.B. MMR 2000, 59, 63 f.
[446] So auch *BGHZ* 49, 331, 334 f.; *BGH*, IPRax 1983, 178; *OLG Frankfurt a.M.*, BB 1983, 1745; *OLG München*, GRUR Int. 1990, 75.
[447] *BGH*, MMR 1998, 35 mit Anm. *Schricker* – Spielbankaffaire; ähnlich *LG Hamburg*, NJW 2002, 623.
[448] Zu den damit verbundenen Haftungsproblemen siehe allgemein *Decker*, MMR 1999, 7; *Waldenberger*, ZUM 1997, 176.
[449] Beschluss vom 30. Oktober 2007 – 6 W 161/07.

TLD .uk“ trotz Bezahlung von Internetangeboten in Euro und weltweiter Belieferung keine urheberrechtlich relevante Nutzung in Deutschland nahelege.

Eine Änderung der kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkte ist nicht in Sicht. Denkbar ist zwar eine analoge Anwendung der Regelung in der Satellitenrichtlinie 93/83/EWG.[450] Diese Richtlinie stellt für die Zulässigkeit der Ausstrahlung von Satellitenfernsehsendungen in Europa einheitlich auf das Recht des Landes ab, von dem die Satellitenausstrahlung aus verbreitet wird. Dies führt zu einer Anknüpfung an das Herkunftslandprinzip.[451] Die Richtlinie ist allerdings auf den Bereich der Satellitenausstrahlung beschränkt. In der Richtlinie zu rechtlichen Fragen des elektronischen Handels[452] hat man es jedenfalls abgelehnt, die satellitenrechtlichen Prinzipien auf das Internet zu übertragen. Daher ist das Immaterialgüterrecht weiträumig von der Geltung des Ursprungslandprinzips ausgenommen worden.[453]

Im Übrigen könnte sich die Lage grundlegend durch den im Dezember 1996 auf WIPO-Ebene verabschiedeten **World Copyright Treaty (WCT)** geändert haben.[454] Art. 8 des Vertrages hat innerhalb eines weitgefassten Rechts auf öffentliche Wiedergabe das ausschließliche Recht des „making available to the public” eingeführt. Im parallel dazu verabschiedeten World Performers and Producers Rights Treaty (WPPT) wird das Recht auf öffentliche Wiedergabe separat vom neuen Recht auf „making available to the public” geregelt (Art. 10, 14 und 15 WPPT). Die Rechtsnatur dieses Rechts ist weiterhin unklar. Es ist nach wie vor unklar, inwieweit dieses neue Online-Recht im Verhältnis zum allgemeinen Recht der öffentlichen Wiedergabe als eigenständiges Aliud anzusehen ist.[455] Gleiches gilt für die kollisionsrechtlichen Konsequenzen der beiden WIPO-Verträge. Der Akt des „making available to the public” findet technisch am Serverstandort statt. Das neue Recht könnte damit eine Vorverlegung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung dergestalt mit sich bringen, dass ein Inhaltsanbieter nur noch das Recht am jeweiligen Standort des Servers zu beachten hat. Man kann aber auch darauf abstellen, dass dieses Recht im WCT und WPPT dahingehend konkretisiert worden ist, dass „members of the public may access these works from a place and at a time indi-

[450] Satellitenrichtlinie vom 27. sept
1993 – 93/83/EWG, ABl. EG Nr. L 248, S. 5.
[451] Tatsächlich ist nur auf der Ebene der Sachvorschriften einheitlich definiert worden, dass sich der Verletzungsort im Sendeland befindet, vgl. *Katzenberger* in Schricker, Vor § 120 ff. UrhG, Rdnr. 142.
[452] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 178 vom 17. Juli 2000, S. 1; s. hierzu auch *Hoeren*, MMR 1999, 192; *Maennel*, MMR 1999, 187; *Waldenberger*, EuZW 1999, 296.
[453] *Hoeren*, MMR 1999, 192, 195 f.
[454] Vgl. *Vinje*, EIPR 5 (1997), 230.
[455] Vgl. zum Diskussionsstand *Poll*, GRUR 2007, 478.

vidually chosen by them". Es könnte also auch weiterhin die Wertung getroffen werden, dass der einzelne Abruf durch den User als Teil des Bereitstellungsvorgangs anzusehen ist. Letztere Haltung dürfte die herrschende Auffassung sein.

III. Schutzfähige Werke

Literatur:
Büchner, Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit virtueller Güter, K&R 2008, 425; *Jaeger/Koglin*, Der rechtliche Schutz von Fonts, CR 2002, 169; *Kazemi*, Online-Nachrichten in Suchmaschinen – Ein Verstoß gegen das deutsche Urheberrecht?, CR 2007, 94; *Koch*, Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia-Anwendungen, GRUR 1995, 459; *Koch*, Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in den Online-Diensten, GRUR 1997, 417; *Samuelson*, Allocating ownership rights in computer-generated works, University of Pittsburgh Law Review, Vol 47: 1131, 1986; *Thormann*, Links und Frames und ihr Rechtsschutz im Internet, Mitt. 2002, 311.

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 multimedialen 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.[456]
§ 2 Abs. 1 UrhG enthält einen **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. Zu den klassischen Werken treten in der Zwischenzeit neue internetspezifische Werkarten. Insbesondere sei hier für den Fernsehbereich auf den Bereich der **virtuellen Figuren** verwiesen.[457] 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

[456] Vgl. z.B. für Websites *OLG Rostock*, MMR 2008, 116; die für ein Literaturwerk erforderliche Gestaltungshöhe könne u.a. durch Suchmaschinen-Optimierung erreicht werden.
[457] Vgl. hierzu *Schulze*, ZUM 1997, 77 sowie allgemeiner *Rehbinder*, Zum Urheberrechtsschutz für fiktive Figuren, insbesondere für die Träger von Film- und Fernsehserien, Baden-Baden 1988.

Schutzfähigkeit solcher virtueller Güter wurde in letzter Zeit v.a. im Zusammenhang mit dem sog. „Second Life“ relevant.[458]

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 fragt sich, ob man hier noch von Werken individueller Schöpfer reden kann. Meist wird darauf abgestellt, dass die Computer nur deshalb „kreativ“ sein können, weil sie ihrerseits von einem menschlichen Programmierer zur „Kreativität“ programmiert sind. Diesem Programmierer sollen dann auch die Rechte an den abgeleiteten Werken zustehen. Zumindest ist dies die gesetzgeberische Lösung im britischen Copyright, Designs and Patents Act von 1988.[459] In Deutschland wird immer noch stark die Auffassung vertreten, dass solche Werke nicht schutzfähig seien.

Als Problem haben sich in junger Vergangenheit immer wieder die Verwendung von Songtexten[460] und Kartenausschnitten[461] erwiesen. Die Verwendung eines Stadtplankartenausschnitts ist ohne Einwilligung des Inhabers der entsprechenden Urheberrechte unzulässig.[462]
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.[463] 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.[464] Die Übergabe der digitalen Bilddateien gegen zusätzliches Entgelt geschehe lediglich, um dem Kunden die Möglichkeit zum hochauflösenden Ausdruck zu geben und bedeute keine konkludente Einwilligung.

---

[458] *LG Köln*, K&R 2008, 477 m. Anm. *Büchner* zur schutzfähigen Nachbildung des Kölner Doms im “Second Life”.
[459] Ähnlich auch *OGH Wien*, Medien und Recht 2004, 265.
[460] *LG Berlin*, MMR 2005, 718.
[461] *BGH*, GRUR 2005, 854; *AG Charlottenburg*, GRUR-RR 2006, 70.
[462] *OLG Hamburg*, K&R 2006, 528; *LG München I*, MMR 2007, 396.
[463] *LG München I*, Urteil vom 21. Mai 2008 – 21 O 10753/07 – MMR 2008, 622 m. Anm. *Knopp*.
[464] *LG Köln*, MMR 2007, 466 m. Anm. *Nennen*.

2. Idee – Form

Literatur:
Heinkelein, Der Schutz der Urheber von Fernsehshows und Fernsehformaten, Baden-Baden 2004; *Hertin*, Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeleistungen unter besonderer Berücksichtigung von Werbekonzeptionen und Werbeideen, GRUR 1997, 799.

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 das Zivilrecht durchaus auch ein Eigentumsrecht an Daten vorsieht. So soll der Arbeitgeber nach § 950 BGB das Eigentumsrecht an Software bekommen, die der Arbeitnehmer auf ein Notebook aufspielt.[465]

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.[466] 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 Studiopublikum ausgearbeitet ist (hier: Gesangsauftritte von kleinen Kindern und Gaststars), sei im Allgemeinen nicht urheberrechtlich schutzfähig.[467] Die Idee zu einer neuen Spielshow ist demnach ebenso wenig schutzfähig[468] wie der Hinweis auf neue Themen für die Berichterstattung. Ein Schutz kommt für den audiovisuellen Bereich nur bei ausgearbeiteten Treatments oder Drehbüchern in Betracht.

[465] *LAG Sachsen*, MMR 2008, 416.
[466] S. *Litten*, MMR 1998, 412.
[467] *BGH*, NJW 2003, 2828, *BGHZ* 155, 257.
[468] Vgl. *OLG München*, ZUM 1999, 244.

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.[469]

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 urheberrechtlichen 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.[470]

Für den Betroffenen ist die freie Nutzbarkeit von Ideen ein unlösbares Problem. Es gibt zahlreiche Branchen, deren Kreativität und Erfolg einzig und allein auf Ideen beruht. So bedarf es in der Werbebranche oft einiger Mühen, um die Idee für eine Werbestrategie zu entwickeln. Auch in der schnelllebigen Fernsehbranche haben Einfälle für neue Sendekonzepte eine enorme Bedeutung. In all diesen Branchen steht der Ideengeber schutzlos da. Er kann sich gegen die Verwertung seiner Einfälle nicht zur Wehr setzen. Auch eine Hinterlegung oder Registrierung hilft hier nicht weiter, da diese nichts an der Schutzunfähigkeit von Ideen ändert. Die gewerblichen Schutzrechte (insbes. das PatentG und GebrauchsmusterG) bieten nur

[469] *OLG Düsseldorf*, ZUM 1998, 65, bestätigt durch *BGH*, GRUR 2000, 317.
[470] *BGH*, ZUM 1999, 644, 647; *OLG München*, ZUM 1999, 149, 151.

unter sehr hohen Voraussetzungen einen Schutz für technische Erfindungen. Auch das Wettbewerbsrecht (UWG) schützt grundsätzlich nicht vor der Übernahme von Ideen.

Nach § 2 Abs. 2 UrhG sind Werke im Sinne des Gesetzes nur solche, die als **persönliche geistige Schöpfungen** angesehen werden können. Das Gesetz verweist mit dem Erfordernis der „Schöpfung" auf die **Gestaltungshöhe**, die für jedes Werk im Einzelfall nachgewiesen sein muss. Nicht jedes Werk ist geschützt, sondern nur solche, deren Formgestaltung ein hinreichendes Maß an Kreativität beinhaltet.
In der Rechtsprechung wird **zwischen Werken der schönen und der angewandten Künste unterschieden**. Die **schönen Künste** gehören zu den traditionellen Schutzgütern des Urheberrechts. Hier reicht es daher aus, dass die Auswahl oder Anordnung des Stoffes individuelle Eigenarten aufweist. Das *Reichsgericht* hat hierzu die Lehre von der sog. **kleinen Münze**[471] eingeführt, wonach bereits kleinere Eigenarten im Bereich der schönen Künste die Schutzfähigkeit begründen können. Großzügig ist man zB bei dem Schutz von Kontaktanzeigen eines Eheanbahnungsinstituts.[472]

Für **Werke der angewandten Kunst**, einschließlich von Gebrauchstexten, ist auf jeden Fall ein **erhöhtes Maß an Gestaltungshöhe** erforderlich. Wie *Erdmann*[473] betont hat, können die Anforderungen an die Gestaltungshöhe bei einzelnen Werkarten unterschiedlich sein und bei der zweckfreien Kunst höher liegen als bei gebrauchsbezogenen, gewerblichen Werken.[474] Gerade deshalb hat der *BGH* auf das Erfordernis bestanden, dass die Form letzterer Werke deutlich die Durchschnittsgestaltung übersteigen müsse.[475] Die individuellen Eigenarten müssten auf ein überdurchschnittliches Können verweisen. Erst weit jenseits des Handwerklichen und Durchschnittlichen setze hier die Schutzhöhe an.[476] Dies sei allein schon deshalb geboten, weil sonst die Abgrenzung zwischen dem Urheberrecht und dem bei Werken der angewandten Kunst ebenfalls einschlägigen Geschmacksmustergesetz hinfällig würde. Im Übrigen wäre eine Herabsenkung der Gestaltungshöhe in diesem Bereich gefährlich.[477] Denn eine solch großzügige Rechtsprechung würde das Risiko schaffen, dass der Schutz des Urhe-

[471] *RGSt* 39, 282, 283 – Theaterzettel; RGZ 81, 120, 122 – Kochrezepte; 116, 292, 294 – Adressbuch.
[472] *LG München I*, Urteil vom 12. November 2008 – 21 O 3262/08.
[473] FS *von Gamm* 1990, 389, 401.
[474] Diese Zweiteilung ist verfassungsrechtlich unbedenklich; *BVerfG*, NJW-RR 2005, 686.
[475] *BGH*, GRUR 1986, 739, 740 f. – Anwaltsschriftsatz; s. auch *BGH*, GRUR 1972, 38, 39 – Vasenleuchter; *BGHZ* 94, 276, 286 – Inkasso-Programm; *BGH*, GRUR 1995, 581 f. – Silberdistel.
[476] Anders die österreichische Rechtsprechung, die nur darauf abstellt, dass individuelle, nicht-routinemäßige Züge vorliegen; siehe etwa *öOGH*, MMR 2002, 42 – telering.at.
[477] Siehe etwa *Schraube*, UFITA 61 (1971), 127, 141; *Thoms*, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, München 1980, 260 m.w.N.

berrechts über den eigentlichen Kernbereich von Literatur, Musik und Kunst hinaus uferlos ausgeweitet würde und auch bei minimaler kreativer Gestaltung ein monopolartiger Schutz bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers bejaht werden müsste. Unter die Gebrauchswerke fällt der gesamte Bereich der Werbung. Im literarischen Bereich sind auch Musterverträge als Gebrauchswerke anzusehen und damit regelmäßig nicht schutzfähig.[478]

Teilweise wird diese traditionelle Sichtweise jedoch kritisiert. So wird das Kriterium der Gestaltungshöhe als „spezifisch deutschrechtlich" angesehen und aufgrund europäischer Harmonisierungstendenzen eine Abkehr von diesem Konzept gefordert.[479] Diese Auffassung verkennt jedoch, dass auch in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, insbesondere soweit diese der kontinental-europäischen Tradition des „droit d´auteur" zuzurechnen sind, immer noch ein hoher Grad an Schöpfungshöhe als Grundbedingung eines urheberrechtlichen Schutzes angesehen wird.[480] Selbst in der US-amerikanischen Rechtsprechung machen sich Tendenzen bemerkbar, erhöhte qualitative Kriterien an die Gewährung des Copyright anzulegen.[481]

Die Übernahme des Quelltextes einer Webseite mit Anzeigen ist nach Auffassung des *OLG Frankfurt*[482] weder als Urheberrechtsverstoß noch als Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht anzusehen. Das Umsetzen in Html-Code sei keine persönlich geistige Schöpfung wie sie ein urheberrechtlicher 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 wettbewerbliche Eigenart besitzen und besondere Unlauterkeitsmerkmale eine relevante subjektive Behinderung des nachgeahmten Konkurrenten begründen. Eine wettbewerbliche Eigenart sei aber in der Internetseite nicht zu erkennen, da diese in Aufbau, Logik der Darstellung, Inhalt sowie grafischer Aufbereitung keine Besonderheiten gegenüber üblichen Online-Stellenmarktanzeigen aufweise und auch die Erstellung keinen erheblichen Aufwand erfordert habe.

---

[478] *LG Stuttgart*, Beschluss vom 6. März 2008 – 17 O 68/08 – NJOZ 2008, 2776.
[479] *Schricker*, GRUR 1996, 815, 818; ähnlich auch *Schricker*, Festschrift Kreile, 715 und *Schricker*, – GRUR 1991, Band II, 1095, 1102; *Nordemann/Heise*, ZUM 2001, 128.
[480] Vgl. *Dietz*, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978, Rdnr. 78; *Cerina*, IIC 1993, 579, 582; *Colombet*, Major principles of copyright and neighbouring rights in the world, Paris 1987, 11.
[481] Siehe etwa die Entscheidung des Supreme Court of the United States No. 89-1909 vom 27. März 1991 in Sachen Feist Publications Inc. vs. Rural Telephone Service Company, Sup. Ct. 111 (1991), 1282, GRUR Int. 1991, 933.
[482] *OLG Frankfurt/M.*, MMR 2005, 705.

3. Pixel, Sounds und Bits

Literatur:
Bortloff, Tonträgersampling als Vervielfältigung, ZUM 1993, 476; *Häuser*, Sound und Sampling, München 2002; *Du Bois*, The legal aspects of sound sampling, in: Copyright Bulletin 26 (1992), Heft 2, 3; *McGraw*, Sound Sampling Protection and Infringement in Today's Music Industry, in: High Technology LJ 4 (1989), 147; *Münker*, Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, Frankfurt 1995; *von Lewinski*, Verwandte Schutzrechte, Schricker (Hg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, 231.

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 **Sound** kopiert; die Melodie hingegen wird nicht übernommen.[483]
Bei Musik ist regelmäßig nur die Melodie geschützt. Außerhalb des urheberrechtlichen Schutzbereiches liegen die rein handwerkliche Tätigkeit, die kein geistiges Schaffen ist, und alle gemeinfreien Elemente; so die formalen Gestaltungselemente, die auf den Lehren von Harmonik, Rhythmik und Melodik beruhen.[484]

Schlagzeugfiguren, Bassläufe oder Keyboardeinstellungen sind folglich nach allgemeiner Auffassung[485] urheberrechtlich nicht geschützt, da sie nicht melodietragend, sondern lediglich abstrakte Ideen ohne konkrete Form seien. Ähnliches gilt für **Klangdateien** (sog. Presets).[486] Insoweit rächt sich die Unterscheidung von Idee und Form, die dazu führt, dass nur die Melodie als urheberrechtsfähig angesehen wird. Hier ist ein Umdenken erforderlich, das auch den Sound als grundsätzlich urheberrechtsfähig begreift.[487] Nicht geschützt ist nach Auffassung des *OLG Hamm*[488] die Gestaltung von Webbuttons. Ähnlich soll eine Menüführung für ein multimediales Werk nicht schutzfähig sein.[489]

---

[483] Vgl. *Allen*, Entertainement & Sports Law Review 9 (1992), 179, 181; *Keyt*, CalLR 76 (1988), 421, 427; *McGraw*, High Technology LJ 4 (1989), 147, 148. Zum deutschen Recht siehe *Bortloff*, ZUM 1993, 476; *Lewinski*, Verwandte Schutzrechte, in: Schricker (Hg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, 231; *Münker*, Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, Frankfurt 1995.
[484] *BGH*, GRUR 1981, 267/268 – Dirlada; vgl. auch *BGH* GRUR 1988, 810 – Fantasy und 812 – Ein bißchen Frieden sowie *BGH*, GRUR 1991, 533 – Brown Girl II.
[485] So etwa *Wolpert*, UFITA 50 (1967), 769, 770.
[486] *LG Rottweil*, ZUM 2002, 490.
[487] Siehe hierzu die Nachweise bei *Bindhardt*, Der Schutz von in der Popularmusik verwendeten elektronisch erzeugten Einzelsounds nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Frankfurt 1998, 102; *Bortloff*, ZUM 1993, 477; *Hoeren*, GRUR 1989, 11, 13; *Müller*, ZUM 1999, 555.
[488] *OLG Hamm*, MMR 2005, 106.
[489] *LG Köln*, MMR 2006, 52.

IV. Leistungsschutzrechte

Neben den Rechten des Urhebers bestehen noch die sog. **Leistungsschutzrechte** (§§ 70 – 94 UrhG). Hierbei genießen Leistungen auch dann einen Schutz durch das Urheberrechtsgesetz, wenn sie selbst keine persönlich-geistigen Schöpfungen beinhalten. Allerdings ist der Schutz gegenüber urheberrechtsfähigen Werken durch Umfang und Dauer beschränkt (meist auf 50 Jahre nach entsprechender Leistung).
Von besonderer Bedeutung sind vor allem fünf 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 Filmhersteller (§§ 88 – 94 UrhG),
- der sui generis Schutz für Datenbankhersteller (§§ 87a – 87e UrhG).

Alle oben erwähnten Leistungsschutzberechtigten genießen einen spezialgesetzlich verankerten und letztendlich **wettbewerbsrechtlich begründeten Schutz** ihrer Leistungen. Die Leistung des Lichtbildners besteht z.B. darin, Fotografien herzustellen, deren Originalität unterhalb der persönlich-geistigen Schöpfung angesiedelt ist. Der ausübende Künstler genießt Schutz für die Art und Weise, in der er ein Werk vorträgt, aufführt oder an einer Aufführung bzw. einem Vortrag künstlerisch mitwirkt (§ 73 UrhG). Der Tonträgerhersteller erbringt die technisch-wirtschaftliche Leistung der Aufzeichnung und Vermarktung von Werken auf Tonträger (§ 85 UrhG). Der Filmhersteller überträgt Filmwerke und Laufbilder auf Filmstreifen (§§ 94, 95 UrhG). Ein Hersteller von Datenbanken wird schließlich aufgrund der investitionsintensiven Beschaffung, Überprüfung und Darstellung des Inhalts seiner Datenbank geschützt (§§ 87a ff. UrhG).

Die Schutzrechte bestehen grundsätzlich für 50 Jahre ab jeweiliger Leistung. Bei Datenbanken ist der Schutz ab 15 Jahre ab jeweiliger Investition beschränkt (s.u.). Für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller soll der Schutz nach dem Willen des Europäischen parlaments auf 95 Jahre verlängert werden.[490] Ausübende Künstler, deren Verträge keinen Anspruch

[490] Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/116 EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, sog. McCreevy-Richtlinie, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/term-protection/term-protection_de.htm.

auf wiederkehrende Zahlungen enthalten, sollen während des Zeitraums der verlängerten Schutzfrist gegenüber dem Tonträgerhersteller einen gesetzlichen Anspruch auf Beteiligung am Erlös der Verwertung erhalten. Diese Pläne führen derzeit zu heftiger Kritik in Wissenschaft und Praxis.[491] In der Tat wirft das gesamte System der Leistungsschutzberechtigten eine Reihe ungelöster Fragen auf, die mit Systemwidersprüchen und Regelungslücken des derzeitigen Urheberrechtssystems verknüpft sind.

1. Ausübende Künstler, §§ 73-84 UrhG

Problematisch ist z.B. die Stellung des ausübenden Künstlers, insbesondere im Fall der **Übernahme von Sounds eines Studiomusikers.**[492] Nach § 77 Abs. 2 UrhG dürfen Bild- und Tonträger, auf denen Darbietungen eines ausübenden Künstlers enthalten sind, nur mit dessen Einwilligung vervielfältigt werden. Dieses Recht steht nach herrschender Auffassung auch dem Studiomusiker zu, auch wenn er unmittelbar kein Werk vorträgt oder aufführt (vgl. § 73 UrhG).[493] Beim Sound-Sampling kann sich ein Studiomusiker nur dann gegen die Integration „seiner" Sounds zur Wehr setzen, wenn die Leistung des Musikers zumindest ein Minimum an Eigenart aufweist.[494]

2. Tonträgerhersteller, §§ 85, 86 UrhG

Schwierigkeiten bereitet auch die **Rechtsstellung des Tonträgerherstellers im Hinblick auf neue Verwertungstechnologien.**

Überträgt er urheberrechtlich geschützte Musikwerke auf Tonträger und werden die Tonträger ungenehmigt ganz oder teilweise kopiert, kann er sich unzweifelhaft auf ein Leistungsschutzrecht aus § 85 Abs. 1 UrhG berufen. Streitig ist jedoch, ob sich das Herstellerunternehmen zum Beispiel gegen **Sound-Klau** zur Wehr setzen kann, auch wenn Sounds als solche nicht

[491] *Hilty/Kur/Klass/Geiger/Peukert/Drexl/Katzenberger*, abrufbar unter http://www.ip.mpg.de/de/data/pdf/stellungnahme-bmj-2008-09-10-def.pdf. und http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2008/2008-10-02_GRUR_Stn_RL_2006-116_EG.pdf
[492] Allgemein dazu *Müller*, ZUM 1999, 555.
[493] *Gentz*, GRUR 1974, 328, 330; *Schack*, Urheber-und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997, Rdnr. 589; *Schricker/Krüger*, Urheberrecht, 3. Aufl. München 2006, § 73 Rdnr. 16. Teilweise wird § 73 analog angewendet; vgl. *Dünnwald*, UFITA 52 (1969), 49, 63 f.; *Dünnwald.*, UFITA 65 (1972), 99, 106.
[494] Abweichend *Möhring/Nicolini*, § 73 Rdnr. 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."

urheberrechtsfähig sind.[495] Zu dieser Streitfrage haben *Hertin*[496] und *Schorn*[497] die Ansicht vertreten, dass sich der Tonträgerhersteller auch gegen die auszugsweise Verwendung eines Tonträgers und damit auch gegen die Übernahme einzelner Melodieteile (Licks) zur Wehr setzen könne, selbst wenn diese Melodieteile nicht urheberrechtsfähig seien. Das *Oberlandesgericht Hamburg*[498] wies diese Rechtsauffassung zurück: Der Tonträgerhersteller könne keine weitergehenden Rechte als der Urheber haben. Sei ein Sound nicht schutzfähig, könne weder der Urheber noch die Plattenfirma gegen die ungenehmigte Verwertung dieses Sounds vorgehen.[499] Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Sound einen prägenden Teil der Gesamtaufnahme ausmacht. Eignet sich jemand gerade einen solchen Sound an, übernehme er im Grunde die ganze Tonaufnahme und greift damit in den Schutzbereich der §§ 85 ff. UrhG ein.[500] Die Streitfrage ist inzwischen vom BGH entschieden.[501] Hiernach greift bereits derjenige in Rechte des Tonträgers ein, der einem fremden Tonträger kleinste Tonfetzen entnimmt. Die Bestimmungen des § 85 Abs. 1 UrhG zum Tonträgerherstellerrecht schütze die zur Feststellung der Tonfelder auf dem Tonträger erforderliche wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung des Tonträgerherstellers. Da der Tonträgerhersteller diese Leistung für den gesamten Tonträger erbringe, gebe es kein Teil des Tonträgers, auf dem nicht ein Teil dieses Aufwands entfiele und der nicht geschützt wäre. Ein Eingriff in die Rechte des Tonträgerherstellers sei deshalb bereits dann anzunehmen, wenn einem fremden Tonträger kleinste Tonfetzen entnommen würden. Zu prüfen sei aber noch durch das Berufungsgericht, ob nicht doch ein Recht auf freie Benutzung vorliege. Nach § 24 Abs. 1 UrhG könne auch die Benutzung fremder Tonträger ohne Zustimmung des Berechtigten erlaubt sein, wenn das neue Werk sich an einem so großen Abstand halte, dass es als selbstständig anzusehen sei. Eine Frage der Nutzung 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.

Schlecht sieht es für die Musikproduzenten aus, soweit es um **Digital Audio Broadcasting (DAB)** geht. Die Produzenten verfügen zwar über ein eigenes Leistungsschutzrecht; dieses

[495] Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Tübingen 1997, Rdnr. 190, 624.
[496] *Hertin*, GRUR 1989, 578 f. und GRUR 1991, 722, 730 f.
[497] *Schorn*, GRUR 1989, 579 f.
[498] *OLG Hamburg*, ZUM 1991, 545 – Rolling Stones; vgl. hierzu auch *Hertin*, GRUR 1991, 722, 730 f.
[499] S. auch *Hoeren*, GRUR 1989, 580 f.
[500] *OLG Hamburg*, ZUM 2006, 758.
[501] Urteil des *BGH* vom 20. November 2008 – 1 ZR 112/06 – Metall auf Metall.

erstreckt sich jedoch nur auf die Kontrolle der Vervielfältigung und Verbreitung der von ihnen produzierten Tonträger, § 85 Abs. 1 UrhG. Für die Ausstrahlung einer auf einem Tonträger fixierten Darbietung eines ausübenden Künstlers steht dem Hersteller des Tonträgers nur ein Beteiligungsanspruch gegenüber dem ausübenden Künstler nach § 86 UrhG zu, der von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen wird. Der Produzent hat folglich keine Möglichkeit, die Ausstrahlung einer so fixierten Darbietung im Rahmen des DAB zu unterbinden. Gerade digitaler Rundfunk führt aber dazu, dass ein Nutzer digitale Kopien erstellen kann, die qualitativ vom Original nicht mehr zu unterscheiden sind. Der Tonträgermarkt könnte so allmählich durch die Verbreitung der fixierten Inhalte über digitalen Rundfunk ersetzt werden. Allerdings haben Tonträgerhersteller eine mittelbare Handhabe zur Kontrolle von DAB: Sie können sich gegen die Digitalisierung der auf ihrem Tonträger fixierten Darbietung zu Sendezwecken zur Wehr setzen, da die Digitalisierung eine zustimmungspflichtige Vervielfältigung beinhaltet.[502]

Eine gleichgelagerte Problematik ergibt sich für das Bereithalten von Musik-Dateien zum **Abruf im MP3 Format** über das Internet,[503] welche wegen der großen Popularität des MP3-Standards viel gravierendere Auswirkungen für die Tonträgerindustrie haben kann. Durch diese Form des öffentlichen Verfügbarmachens kann jeder Nutzer eine digitale Kopie der auf dem Server des Anbieters liegenden Dateien auf seinem Rechner erstellen,[504] so dass er wohl kaum noch Interesse an dem Erwerb eines entsprechenden Tonträgers haben wird. Auch hier steht dem Hersteller keine ausschließliche Rechtsposition zur Seite, mittels derer er das online zum Abruf Bereithalten von Musikdateien, die durch eine Kopie seiner Tonträger erstellt worden sind, verhindern kann. Allerdings kann er – wie im Falle des digitalen Rundfunks – alle zum Verfügbarmachen notwendigen Vervielfältigungsakte (Digitalisierung und Server-Upload) untersagen (§ 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG) und damit auch nach geltendem Recht gegen Anbieter nicht-authorisierter MP3-Dateien vorgehen. In diesem Sinne wurde einem Anbieter die Bereitstellung von Musik im sog. Streaming-Verfahren untersagt. Hier liegt ein Eingriff in § 19a UrhG vor, der zu einem Verbotsanspruch der Tonträgerhersteller nach § 85 UrhG führt.[505]

---

[502] So ausdrücklich der *österreichische OGH*, MMR 1999, 352 – Radio Melody III mit Anm. *Haller*. Vgl. auch *LG Hamburg*, ZUM 2007, 871; *LG Köln*, MMR 2007, 610; insbes. führe danach auch die "on demand"-Nutzung nicht zu einer "Quasi-Erschöpfung" der Rechte der Tonträgerherstellers; vielmehr handele es sich um eine eigenständige Nutzungsart, die der gesonderten Rechtseinräumung bedürfe.

[503] Siehe dazu allgemein *Cichon*, K&R 1999, 547.

[504] Mit entsprechender Software ist es überdies problemlos möglich, die komprimierten Dateien auf eine Leer-CD zu brennen oder auf den Speicher eines tragbaren MP3-Players zu übertragen.

[505] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 173.

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

Literatur:
Bouza Lopez, El derecho sui generis del fabricante de bases de datos, Madrid 2001; *Benecke*, Was ist „wesentlich" beim Schutz von Datenbanken?, CR 2004, 608; *Calame*, Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, Bamberg 2002; *Dreier*, Die Harmonisierung des Rechtsschutzes von Datenbanken in der EG, GRUR Int. 1992, 739; *Flechsig*, Der rechtliche Rahmen der Europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken, ZUM 1997, 577; *Gaster*, Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie, CR 1997, 669 (Teil I) und 717 (Teil II); *Gaster*, Der Rechtsschutz von Datenbanken im Lichte der Diskussion zu den urheberrechtlichen Aspekten der Informationsgesellschaft, in: ÖSGRUM Bd. 19, Wien 1996, 15; *Hoebbel*, EG-Richtlinienentwurf über den Rechtsschutz von Datenbanken, CR 1993, 12; *Hoebbel*, Der Schutz von Sammelwerken, Sachprosa und Datenbanken im deutschen und amerikanischen Urheberrecht, München 1994; *Gaster*, European Sui Generis Right for Databases, Computer und Recht International 2001, 74; *Knöbl*, Der Schutz von Datenbanken nach der Feist-Entscheidung des amerikanischen Supreme Court, UFITA 2002/II, 355; *Lehmann*, Die neue Datenbank-Richtlinie und Multimedia, NJW-CoR 1996, 249; *Leistner*, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, München 2000; *Leistner*, Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankherstellerschutzes, in: Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 493; *Leistner*, E-Commerce und der Rechtsschutz von Datenbanken, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 408; *Leistner*,"Last exit" withdrawal? Zur Zukunft des Europäischen Datenbankschutzes, in: K&R 2007, 457; *Mehrings*, Der Rechtsschutz computergestützter Fachinformationen, 1990; *Nippe*, Urheber und Datenbank, München 2000; *Westkamp*, Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht, München 2003; *Wiebe*, Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung, CR 1996, 198; *Wiebe/Leupold* (Hg.), Recht der elektronischen Datenbanken, Heidelberg 2002.

a) Vorüberlegungen: Der urheberrechtliche Schutz von Datenbanken

Websites sind häufig als **Datenbankwerke** (§ 4 Abs. 2 UrhG) geschützt. Nach § 4 Abs. 1 UrhG werden Sammlungen von Werken oder Beiträgen, die durch Auslese oder Anordnung eine persönlich-geistige Schöpfung sind, unbeschadet des Urheberrechts an den aufgenommenen Werken wie selbständige Werke geschützt.[506] Eine digitale Datenbank kann in dieser Weise geschützt sein, sofern

- in ihr Beiträge (auch unterschiedlicher Werkarten) gesammelt sind und

[506] Vgl. zum urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken auch *Erdmann*, CR 1986, 249, 253 f.; *Hackemann*, ZUM 1987, 269; *Hillig*, ZUM 1992, 325, 326; *Katzenberger*, GRUR 1990, 94; *Raczinski/Rademacher*, GRUR 1989, 324; *Ulmer*, DVR 1976, 87.

- die Auslese bzw. Anordnung der Beiträge eine **persönlich-geistige Schöpfung** darstellt (fehlt diese Schöpfungshöhe, kommt allerdings noch ein Schutz als wissenschaftliche Ausgabe nach § 70 UrhG in Betracht).

Das erste Merkmal bereitet wenig Schwierigkeiten: Im Rahmen einer Website können eine Reihe verschiedener Auszüge aus Musik-, Filmwerken und Texten miteinander verknüpft werden. Das Merkmal einer persönlich-geistigen Schöpfung bereitet bei der Subsumtion die meisten Schwierigkeiten. Die Rechtsprechung stellt hierzu darauf ab, dass das vorhandene Material nach eigenständigen Kriterien ausgewählt oder unter individuellen Ordnungsgesichtspunkten zusammengestellt wird.[507] Eine rein schematische oder routinemäßige Auswahl oder Anordnung ist nicht schutzfähig.[508] Es müssen individuelle Strukturmerkmale verwendet werden, die nicht durch Sachzwänge diktiert sind.[509]
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[510] und stattdessen einen Schutz über § 3 UWG überwiegend bejaht.[511] Hier käme auch ein Schutz als Datenbank nach § 87a UrhG in Betracht.

b) Die Sui-generis-Komponente

Von zentraler Bedeutung sind im Übrigen auch die **§§ 87a-87e UrhG** mit dem dort verankerten Sui-generis-Recht, das infolge der EU-Datenbankrichtlinie[512] in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen worden ist.[513] Geschützt werden die **Datenbankhersteller**. Als Hersteller gilt nicht nur die natürliche Person, die die Elemente der Datenbank beschafft oder überprüft hat, sondern derjenige, 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

---

[507] *BGH*, GRUR 1982, 37, 39 – WK-Dokumentation; *OLG Düsseldorf*, OLGZ 246, 4; *OLG Frankfurt a.M.*, GRUR 1986, 242 – Gesetzessammlung.
[508] *BGH*, GRUR 1954, 129, 130 – Besitz der Erde.
[509] *LG Düsseldorf*, LGZ 104, 5.
[510] *OLG Karlsruhe*, CR 1997, 149; *LG Hamburg*, CR 1997, 21; *LG Trier*, CR 1997, 81. S. auch bereits *OLG Frankfurt/M.*, Jur-PC 1994, 2631 – Tele-Info-CD; *LG Frankfurt/M.*, CR 1997, 740.
[511] Anders jetzt die Rechtsprechung des Supreme Court in Australien, abrufbar unter http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCAFC/2002/112.html.
[512] Richtlinie 96/9/EG vom 11. März 1996, ABl. Nr. L 77 vom 27. März 1996, 20. Siehe dazu *Flechsig*, ZUM 1997, 577; *Gaster*, ZUM 1995, 740, 742; *Gaster*, CR 1997, 669 und 717; *Gaster*, in: *Hoeren*/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, München 2006, Teil 7.8; *Gaster*, Der Rechtsschutz von Datenbanken, Köln 1999; *Wiebe*, CR 1996, 198, 201 f.
[513] Siehe dazu *Raue/Bensinger*, MMR 1998, 507.

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.

Wie der *EuGH* in seiner Entscheidung zum Datenbankschutz für **Wett- und Fußballdaten** bestimmt hat,[514] 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 neueren Entscheidungen[515] auf jeden Fall die Vorgaben des *EuGH* verdreht. Ein Eingriff in das Datenbankrecht soll hiernach schon gegeben sein, wenn Daten entnommen und auf andere Weise zusammengefasst werden. Auf die Übernahme der Anordnung der Daten in der Datenbank des Herstellers soll 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.[516] Offen ist noch, ob ein ergänzender Leistungsschutz i.S.d. Art. 7 Abs. 2 der Datenbank-RL fingiert werden kann, wenn es im Zuge der Übernahme statt des bloßen physischen Kopiervorganges zu einer „kritischen Würdigung" der Daten gekommen ist.[517]

Unter den Schutz können eine umfangreiche Sammlung von Hyperlinks,[518] online abrufbare Sammlungen von Kleinanzeigen[519] und die meisten Zusammenstellungen von Informationen auf einer Website[520] fallen. Der Schutz von Datenbanken ist auch auf Printmedien, etwa

---

[514] *EuGH*, MMR 2005, 29 m. Anm. *Hoeren*.
[515] *BGH*, GRUR 2005, 857, 860 – Musikcharts; ähnlich bereits *BGH*, GRUR 2005, 940, 943 – Marktstudien.
[516] *BGH*, MMR 2007, 589 – Gedichttitelliste I.
[517] Diese Frage hat der *BGH* dem *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren vorgelegt; s. *BGH*, MMR 2007, 591 – Gedichttitelliste II. Laut Schlussantrag der Generalanwältin vom 10. Juli 2008 komme es für die "Entnahme" i.S.d. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie weder auf den physischen Kopiervorgang noch auf eine ergänzende Abwägung an, s. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007C0304:DE:HTML.
[518] *LG Köln*, NJW CoR 1999, 248; *AG Rostock*, MMR 2001, 631, 632; s. dazu auch *Schack*, MMR 2001, 9 ff.
[519] *LG Berlin*, MMR 2000, 120, das unter Anwendung des neuen Schutzrechts dem Anbieter einer Metasuchmaschine, die verschiedene Online Angebote von Kleinanzeigenmärkten systematisch durchsuchte, untersagte, die Ergebnisse dieser Suche seinen Kunden per E-Mail verfügbar zu machen; *LG Köln*, AfP 1999, 95, 96; hierzu auch *Schmidt/Stolz*, AfP 1999, 146. Anderer Ansicht *Schweizerisches Bundesgericht*, MMR 2005, 442, wonach veröffentlichte Immobilieninserate immaterialgüterrechtlich nicht schutzfähig seien.
[520] S. die Entscheidung des Berufungsgerichts *Helsinki*, MMR 1999, 93; *Köhler*, ZUM 1999, 548.

„Lists of Presses“[521] oder ein staatliches Ausschreibungsblatt,[522] anwendbar. Auch Zugpläne fallen unter § 87b UrhG.[523] Auszüge aus solchen Datenbanken mit Hilfe einer Meta-Suchmaschine verstoßen gegen das dem Urheber der Datenbank zustehende Vervielfältigungsrecht. § 87a UrhG schützt eBay gegen eine Vervielfältigung ihrer Bewertungsdatenbank. [524] Auch Bewertungsdatenbanken, die von Nutzern der Plattform mit Inhalten gefüttert werden, fallen unter § 87a UrhG, so dass die Veröffentlichung von Bewertungsdatensätzen auf einer konkurrierenden Website gegen § 87b verstößt.[525]

Eine wegen der hohen Praxisrelevanz besondere Rolle spielt der sui generis Schutz bei der Piraterie von **Telefonteilnehmerverzeichnissen**. Die Rechtsprechung hat bislang einen urheberrechtlichen Schutz für solche Datensammlungen – insbesondere in den Auseinandersetzungen um D-Info 2.0[526] – abgelehnt und stattdessen einen ergänzenden Leistungsschutz über § 3 UWG überwiegend bejaht. Hier kommt nunmehr vorrangig auch ein Schutz als Datenbank nach §§ 87a UrhG in Betracht.[527] Allerdings reicht es nicht aus, wenn jemand Daten für ein Internet-Branchenbuch lediglich aus öffentlich-zugänglichen Quellen sammelt und per Computer erfassen lässt.[528] In dem Aufrufen der Suchmaske der Online-Auskunft der Bahn, dem Starten der Suchabfrage und dem anschließenden (fern-)mündlichen Mitteilen des Suchergebnisses soll nach Auffassung des *LG Köln* eine wiederholte und systematische Verbreitung bzw. öffentliche Wiedergabe von Teilen der Online-Auskunfts-Datenbank der Bahn gesehen werden können.[529]

In Bezug auf **Gesetzessammlungen** hat das *OLG München* in seiner Entscheidung vom 26.9.1996[530] einen urheberrechtlichen Schutz ausdrücklich abgelehnt: Eine solche Sammlung stelle allenfalls eine Aneinanderreihung von Texten dar, die auch hinsichtlich der redaktionell gestalteten Überschriften zu einzelnen Paragraphen keinen urheberrechtlichen Schutz genießen könne. Auch ein wettbewerbsrechtlicher Schutz scheide im Hinblick auf die fehlende Eigenart aus. In Betracht kommt jedoch ein Schutz über § 87a UrhG, da die Erstellung um-

[521] *OLG Köln*, MMR 2001, 165.
[522] *OLG Dresden*, ZUM 2001, 595.
[523] *LG Köln*, MMR 2002, 689.
[524] *LG Berlin*, MMR 2006, 46.
[525] *LG Köln*, MMR 2008, 418 (nicht rechtskräftig; nachgehend *OLG Köln* 6 U 57/08 – MMR 2009, 191).
[526] *OLG Karlsruhe*, CR 1997, 149; *LG Hamburg*, CR 1997, 21; *LG Trier*, CR 1997, 81; siehe bereits *OLG Frankfurt/M.*, Jur-PC 1994, 2631 – Tele-Info-CD; *LG Frankfurt/M.*, CR 1997, 740.
[527] *BGH*, MMR 1999, 470 m. Anm. *Gaster*; *Wiebe*, MMR 1999, 474; s. auch HandelsG Paris, MMR 1999, 533 m. Anm. *Gaster*.
[528] *LG Düsseldorf*, ZUM 2002, 65 – Branchenbuch.
[529] *LG Köln*, MMR 2002, 689, 690.
[530] *OLG München*, CR 1997, 20.

fangreicher Textsammlungen (wie im Falle des „Schönfelder") im Allgemeinen mit einer wesentlichen Investition des Verlegers verbunden ist.[531]

Eine Ausnahmebestimmung, die **amtliche Datenbanken** ungeschützt lässt, findet sich in §§ 87a UrhG zwar nicht; allerdings scheint der *BGH* insoweit § 5 UrhG (Bereichsausnahme vom Urheberrechtsschutz für amtliche Werke) auch auf durch das UrhG geschützte Leistungsergebnisse – und damit auch auf Datenbanken – anwenden zu wollen.[532] Unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, durch eine investitionsintensive Zusammenstellung von amtlichen Werken, Dokumenten oder anderen Materials (z.B. Gesetzessammlungen) sui generis Schutz für die daraus erstellte Datenbank zu beanspruchen.

Beim Investitionsschutz nach § 87a ff. UrhG ist das Kriterium der wesentlichen Investition das Pendant zur Schöpfungshöhe beim Schutz der Urheber. Bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus § 87a UrhG muss u.a. dargelegt und bewiesen werden, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin Aufwendungen für die Aufbereitung und Erschließung des Datenbankinhaltes durch die Erstellung von Tabellen, Ab-stracts, Thesauri, Indizes, Abfragesystemen u.a., die erst die für eine Datenbank charakteristische Einzelzugänglichkeit ihrer Elemente ermöglichen, Kosten des Erwerbs der zur Datenbanknutzung erforderlichen Computerprogramme sowie Kosten der Herstellung eines Datenbankträgers getätigt hat. Sodann fallen die Kosten der Datenaufbereitung, einschließlich der Optimierung der Abfragesysteme, ins Gewicht, die sich im wesentlichen in Lohnkosten für ihre systematische oder sonstige methodische Anordnung niederschlagen, sowie Kosten der Bereitstellung. Diese Aufwendungen sind abzugrenzen von unbeachtlichen Investitionen in die Datenerzeugung.[533]

Das Schutzregime umfasst ein **fünfzehn Jahre währendes Recht** des Datenbankherstellers, die Datenbank ganz oder in **wesentlichen Teilen** zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben[534] (§ 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.[535] Damit stellt sich z.B. für Anbieter von Suchmaschinen die Frage, inwieweit die

[531] Einen sui generis Schutz bejaht das *Bezirksgericht Den Haag*, MMR 1998, 299 m. Anm. *Gaster*.
[532] *BGH*, MMR 1999, 470, 472; m. Anm. *Gaster*; zur niederländischen Situation siehe *Bezirksgericht Den Haag*, MMR 1998, 299.
[533] *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 7. August 2008 – I 20 W 103/08 – BeckRS 2008, 20245.
[534] Wobei in richtlinienkonformer Auslegung der Verwertungsrechte des § 87b UrhG grundsätzlich auch vorübergehende Vervielfältigungen und ein zum Abruf im Internet Bereithalten von dem sui generis Schutz umfasst sind.
[535] Vgl. *LG Berlin*, AfP 1998, 649.

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 eingegebene Benutzerdaten versieht.[536] Schon die einmalige Entnahme aller geänderten Daten aus einer bestimmten Version der CD-ROM – durch Erstellung einer (ggfls. nur zwischengespeicherten) Änderungsliste oder unmittelbare Übernahme – bezieht sich nach Meinung des BGH[537] auf einen qualitativ wesentlichen Teil der Datenbank. Deshalb stehe dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen, dass der rechtmäßige Benutzer qualitativ oder quantitativ unwesentliche Teile einer öffentlich zugänglichen Datenbank zu beliebigen Zwecken entnehmen könne.

§ 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.[538] 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 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.[539] Ein Unternehmen, das Software zum automatisierten Auslesen von Online-Automobilbörsen vertreibt, verletzt nur dann das Datenbankherstellerrecht eines Automobilbörsenbetreibers, wenn die einzelnen Nutzer ihrerseits das Datenbankherstellerrecht verletzen.[540] Ansonsten fehlt die für eine Gehilfen- oder Störerhaftung notwendige Haupttat. 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

[536] *BGH*, GRUR 2006, 493.
[537] Urteil vom 30. April 2009 – I ZR 191/05 – Elektronischer Zolltarif; siehe dazu auch *OLG Köln*, GRUR-RR 2006, 78.
[538] *LG Köln*, MMR 2002, 689.
[539] *BGH*, NJW 2003, 3406 – Paperboy.
[540] *OLG Hamburg*, Urteil vom 16. April 2009 – 5 U 101/08.

Wirkung in der Summe ein wesentlicher Teil der Datenbank vervielfältigt oder entnommen wird.[541]

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 bezeichnet Screen Scraping speziell die Technologien, die der Gewinnung von Informationen durch gezieltes Extrahieren der benötigten Daten dienen. Die Vermittlung von Flugtickets durch ein anderes Unternehmen im Wege des Screen-Scrapings ist nach Ansicht des *OLG Frankfurt*[542] auch dann rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Flugunternehmen diesen Vertriebsweg nicht wünscht; insbesondere kann hierin weder eine Verletzung des „virtuellen Hausrechts“ des Flugunternehmens an seiner Internetseite noch ein Verstoß gegen die Datenbankrechte (§ 87 b UrhG) des Flugunternehmens gesehen werden.

Die bei dem sui generis Recht auftretenden, schwierigen Interpretationsfragen und die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit 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.[543]

Der BGH legte mit Entscheidung vom 24. Mai 2007 – I ZR 130/4 – dem europäischen Gerichtshof die Frage vor, ob eine rechtswidrige Übernahme von Daten auch dann vorliege, wenn die entsprechende Entnahme aufgrund von Abfragen der Datenbanken nach einer Abwägung im Einzelnen vorgenommen werde. Es ging hierbei um den Fall eines Professors für Germanisitk an der Universität Freiburg, der nach umfangreichen Recherchen eine Liste von Gedichttiteln erstellt hatte, die unter der Überschrift „Die tausendeinhundert wichtigsten Gedichte der deutschen Literatur zwischen 1730 und 1900“ im Internet veröffentlicht wurde. Die Beklagte vertrieb eine CD-Rom „1.000 Gedichte, die jeder haben muss“. Bei der Zusammenstellung der Gedichte auf der CD-Rom hatte sich die Beklagte an der Gedichteliste des Frei-

[541] *OLG Hamburg*, Urteil vom 16. April 2009 – 5 U 101/08.
[542] *OLG Frankfurt*, Urteil vom 5. März 2009 – 6 U 221/08.
[543] *BGH*, GRUR 2005, 940.

burger Professors orientiert. Einige der dort aufgeführten Gedichte waren weg gelassen, andere hinzugefügt worden. Die vom Kläger getroffene Auswahl wurde im Übrigen jeweils kritisch geprüft. Mit Urteil vom 9. Oktober 2008 – C 304/07 – hat der EuGH nunmehr auf die Vorlagefrage entschieden. Hier nach kann eine rechtswidrige Entnahme bei einer Bildschirmabfrage einer geschützten Datenbank verbunden sein, wenn die Übernahme von Elementen daraus noch einmal im Einzelnen vorgenommenen Abwägung erfolge. Entscheidend sei, dass die Bildschirmabfrage zur Übertragung eines wesentlichen Teils des Inhalts der geschützten Datenbank führe. Der Hersteller einer Datenbank dürfe Dritte nicht an der Abfrage der Datenbank zu Informationszwecken hindern, wenn er deren Inhalt Dritten zugänglich mache. Erst wenn für die Darstellung des Inhalts der Datenbank auf dem Bildschirm die ständige oder vorübergehende Übertragung der Gesamtheit oder eines wesentlichen Teils dieses Inhalts auf einen anderen Datenträger erforderlich sei, könne die betreffende Abfrage von der Genehmigung des Herstellers abhängig gemacht werden. Für die Frage, ob eine Entnahme vorliege, sei es unerheblich, ob die Übertragung auf einem technischen Verfahren der Kopie des Inhalts einer geschützten Datenbank beruhe. Der Umstand, dass in einer Datenbank enthaltene Elemente erst nach kritischer Prüfung übernommen werden, stehe ebenfalls nicht der Feststellung entgegen, dass eine Übertragung von Elementen der ersten Datenbank zur zweiten stattfindet.

In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des OLG Köln vom 14. November 2008[544] zu beachten. Hiernach sind auch die von Nutzern abgegebenen Bewertungen auf einem Bewertungsportal als Datenbank i.S.v. § 87a Abs. 1 UrhG zu qualifizieren. Bei der Beurteilung der notwendigen Investitionshöhe seien auch die Kosten für die Erstellung, Betreuung und kontinuierliche Weiterentwicklung der Datenbanksoftware zu berücksichtigen. Allerdings führe eine wiederholte und systematische Entnahme einzelner Bewertungen aus einer solchen Datenbank nicht zwangsläufig zur Annahme eines Rechtsverstoßes. Denn selbst bei einer systematischen Entnahme müssten die entnommenen Daten in der Summe die Wesentlichkeitsgrenze überschreiten. Die reine quantitativ bedeutende Entnahme einzelner Daten reiche nur aus, wenn die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung dieses Teils der Daten eine ganz erhebliche, menschliche, technische oder finanzielle Investition erforderte. Neben § 87a UrhG komme eine Anwendung von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG nicht in Betracht; eine gewisse Behinderung des Wettbewerbs sei auch bei einer Entnahme einzelner Datensätze für den Wettbewerb immanent. Daran fehle es, wenn es dem Übernehmenden nur um das Partizipieren an den Daten, nicht aber an der Verhinderung der Verwertung der Datenbank gehe.

[544] 6 U 57/08

Gerade auch wegen einer angeblich exzessiven Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe hat die Datenbankrichtlinie **in den USA** besonders heftige Kritik erfahren.[545] 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 **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,[546] 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.[547]

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 e UrhG sind unwirksam; AGB-Regelungen verstoßen gegen § 307 BGB.[548]

V. Verwertungsrechte des Urhebers

Literatur:

[545] Siehe *Reichman/Samuelson*, Vanderbilt Law Review 1997, 51; *Rosler*, High Technology Law Journal 1995, 105; die Richtlinie insgesamt befürwortend jedoch *Hunsucker*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 1997, 697.
[546] Siehe insbesondere *Reichman/Samuelson*, Vanderbilt Law Review 1997, 84 – 137.
[547] Vgl. dazu *Gaster*, CR 1999, 669; Gesetzesvorschläge: HR.354 und HR.1858; s. auch *Knöbl*, UFITA 2002, 355.
[548] So *OLG München*, NJW-RR 2002, 401.

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-Dienstes im Internet, CR 2008, 321; *Freitag*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Internet, in: Kröger, Gimmy (Hg.), Handbuch zum Internet-Recht, 2. Aufl. Heidelberg 2002, 289; *Hoeren*, Urheberrechtliche Fragen rund um IP-TV und Handy-TV, MMR 2008, 139; *Hoeren*, Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs, CR 1996, 517; *Kazemi*, Online-Nachrichten in Suchmaschinen – Ein Verstoß gegen das deutsche Urheberrecht?, CR 2007, 94; *Leistner/Stang*, Die Bildersuche aus urheberrechtlicher Sicht, in: CR 2008, 499; Ott, Haftung für Embedded Videos auf YouTube und anderen Videoplattformen im Internet, ZUM 2008, 556; *Poll*, Neue internetbasierte Nutzungsformen – Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG), GRUR 2007, 476; *Schrader/Rautenstrauch*, Urheberrechtliche Verwertung von Bildern durch Anzeige von Vorschaugrafiken (sog. „thumbnails“) bei Internetsuchmaschinen, UFITA 2007, 761; *Walter*, Zur urheberrechtlichen Einordnung der digitalen Werkvermittlung, Medien und Recht 1995, 125; *Wimmers/Schulz*, Wer nutzt? – Zur Abgrenzung zwischen Werknutzer und technischem Vermittler im Urheberrecht, CR 2008,170.

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 urheberrechtsfähiger 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.[549] 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.

[549] *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 3. Aufl. München 2006, § 16 Rdnr. 5.

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.[550] Dies gilt auch für das Digitalisieren von Musikwerken zu Sendezwecken; hier spielt das Argument der Sendeanstalten, das Digitalisieren sei eine bloße Vorbereitungshandlung für das Senden, keine Rolle.[551] Weitere Kopien des Werkes werden bei textorientierten Onlinedatenbanken durch die Umwandlung in ein Textdokument durch das OCR-Programm und das eventuell darauf folgende Selektieren der Artikel erstellt. Nicht relevant ist in diesem Kontext die mit der Digitalisierung verbundene Umgestaltung. 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. Hieraus folgt, dass Texte und Bildmaterial zum Digitalisieren umgestaltet werden dürfen. Allerdings dürfen die Speicher nicht ohne Zustimmung des Urhebers öffentlich zugänglich gemacht oder verbreitet werden.

Anders liegt der Fall, wenn kurze **Zusammenfassungen** (sog. Abstracts) erstellt werden, die über den wesentlichen Inhalt des jeweiligen Dokumentes informieren. Weil die abstracts aufgrund ihrer komprimierten Darstellung die Textlektüre nicht zu ersetzen vermögen, ist keine urheberrechtliche Relevanz anzunehmen, da die Beschreibung des Inhalts eines Werkes allgemein für zulässig erachtet wird, sobald das Werk selbst veröffentlicht wurde.[552] Werden lediglich Stichworte und bibliographische Angaben aus dem Originaltext übernommen und in das Dokumentationssystem eingespeichert, liegt ebenfalls keine urheberrechtliche Vervielfältigung vor, da hier nur ein inhaltliches Erschließen mit der Möglichkeit späteren Auffindens des Textes in Rede steht.[553] Zum gleichen Ergebnis kommt das *LG Frankfurt/M.* in der vielbeachteten Perlentaucher-Entscheidung bezüglich des Zusammenfassens fremder Buchkritiken, wenn auch mit kritisch zu beurteilender anderer Begründung: Nach dem das Recht der ersten Inhaltsmitteilung nach § 12 Abs. 2 UrhG durch die Erstveröffentlichung erschöpft sei, ergebe sich im Umkehrschluss, dass nun jedermann das Werk frei mitteilen oder „beschreiben" dürfe.[554] Letztlich wird es wohl in Abgrenzung der Bearbeitung zur freien Benutzung

[550] EuGH, Urteil vom 12. Februar 2009 – C-5/08; vgl. *OLG Frankfurt/M.*, CR 1997, 275, 276.
[551] So ausdrücklich der *österreichische OGH*, MMR 1999, 352 – Radio Melody III m. Anm. *Haller*.
[552] *Katzenberger*, GRUR 1973, 631; *Mehrings*, GRUR 1983, 284, 286; kritisch *Berger/Büchner*, K&R 2007, 151; die Abstracts verfolgten schließlich gerade den Zweck, den wesentlichen Inhalt des Originals wiederzugeben, so dass der für eine freie Benutzung i.S.d. § 24 UrhG im Gegensatz zur Bearbeitung der §§ 23, 3 UrhG erforderliche Abstand zu verneinen sei.
[553] *Flechsig*, ZUM 1996, 833, 835; *Raczinski/Rademacher*, GRUR 1989, 325.
[554] *LG Frankfurt/M.*, MMR 2007, 118 – Perlentaucher; nachgehend ebenso *OLG Frankfurt*, ZUM 2008, 233 (das sich aber wieder auf § 23 UrhG stützt).

(§§ 23, 24 UrhG) darauf ankommen, dass das Abstract abhängig von Umfang, Aufbau und Gliederung einen eigenen schöpferischen Gehalt aufweist.[555]

Streitig war lange Zeit, ob **durch Links Vervielfältigungen** im Sinne von § 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 stattdessen 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.[556] 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.[557] In der Tat lässt die HTML-Technologie explizit eine Vervielfältigung durch Links zu.[558] 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 Veröffentlicher 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.

Anders 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 Website eingegeben wird. Für den Verstoß gegen § 19a UrhG reiche aus, dass sich der Website-Ersteller nach außen hin als „Herr" der Inhalte geriere, so dass für den gewöhnlichen Nutzer die Fremdheit nicht mehr in Erscheinung trete.[559] Abzuwarten bleibt, ob dies auch für sog. „embedded", also in die eigene Homepage eingebundene, Videos von Youtube oder ähnlichen Plattformen gilt.[560]

[555] *OLG Frankfurt*, GRUR 2008, 249.
[556] *OLG Hamburg*, MMR 2001, 533 – Online-Lexikon; ähnlich bereits *LG Hamburg*, MMR 2000, 761m. Anm. *Metzger*.
[557] *BGH*, NJW 2003, 3406 – Paperboy.
[558] Dank an Herrn Sven Gohlke (Berlin) für die folgenden Hinweise.
[559] So *LG München I*, MMR 2007, 260 m. krit. Anm. *Ott*.
[560] So jedenfalls *Ott*, ZUM 2008, 556.

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 Download (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. Problematisch 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 Informationen 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.[561] Für Computerprogramme allerdings ist mittlerweile in § 69c Nr. 1 UrhG gesetzlich normiert, dass auch deren kurzfristige Übernahme in den Arbeitsspeicher eine rechtlich relevante Vervielfältigung ist.[562] Für die elektronisch übermittelten Werke wird daher angeführt, dass für sie letztlich nichts anderes gelten könne, da ihre Urheber ebenso schutzwürdig seien wie die von Computerprogrammen.[563]

Auch die nur für wenige Sekunden erfolgende Festlegung eines Werkes oder eines geschützten Werkteils im Arbeitsspeicher erfüllt zudem nicht nur technisch die Voraussetzungen einer Vervielfältigung. Es ist gerade ihr Zweck, die menschliche Betrachtung des Werkes zu ermöglichen. Darüber hinaus haben moderne Browser-Software zumeist eine besondere „caching"-Funktion, mit deren Hilfe jede von einem fremden System heruntergeladene Webseite auf dem Rechner des Nutzers abgespeichert wird, so dass dem Nutzer bei erneutem Aufruf der Seite (z.B. beim Zurückblättern) Kosten und Übertragungszeit für das Herunterladen erspart bleiben. Aus diesen Gründen mehrten sich die Stimmen, die § 16 UrhG auch auf solche Kopien erstrecken wollen, die technisch bedingt sind und insoweit aber eher einen flüchtigen Charakter haben.[564] Gerade für den Bereich der Proxyspeicherung[565] oder des RAM-Arbeitsspeichers wurde von vielen vertreten, dass auch technische Zwischenspeiche-

[561] *Flechsig*, ZUM 1996, 833, 836; so auch *Hoeren*, UFITA Bd. 111 (1989), S. 5.
[562] Ebenso in den USA, 5. Systems Corp. vs. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 518 f. (9th Cir.1993).
[563] Siehe die Nachweise bei *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 3. Aufl. München 2006, § 16 Rdnr. 16.
[564] *Nordemann* in Fromm/Nordemann § 16 Rdnr. 2.
[565] S. dazu auch die technischen Hinweise in *Bechtold*, ZUM 1997, 427, 436 f.; *Ernst*, K&R 1998, 536, 537; *Sieber*, CR 1997, 581, 588.

rungen als urheberrechtlich relevante Vervielfältigungsvorgänge anzusehen seien.[566] Eine Ausnahme sollte allenfalls dann zum Tragen kommen, wenn die Zwischenspeicherung keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert verkörperte.

Die Streitfrage ist seit dem 13.9.2003 gesetzgeberisch gelöst. Nach § 44a UrhG sind solche Vervielfältigungen nicht zustimmungspflichtig, die dem technischen Prozess immanent sind, für keinen anderen Zweck getätigt werden, als den rechtmäßigen Gebrauch zu ermöglichen, und keine eigene wirtschaftliche Bedeutung haben. „Flüchtige und begleitende" Vervielfältigungshandlungen sind damit weitgehend vom Vervielfältigungsbegriff ausgenommen. Dies hat unmittelbare Auswirkungen für die Provider und deren User. Proxy-Server sind damit ebenso von der Zustimmungspflicht ausgenommen wie Speicherungen im RAM oder die Bildschirmanzeige.

2. Bearbeitung

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[567] den Verfilmungsvorgang als „Umsetzung eines Sprachwerkes 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

[566] Etwa O*LG Düsseldorf*, CR 1996, 728, 729.
[567] *BGHZ* 26, 52, 55; vgl. auch *Fromm/Nordemann/Vinck*, § 2 Rdnr. 77.

benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden (§ 24 Abs. 1 UrhG). Eine Ausnahme gilt für die erkennbare Übernahme von Melodien (§ 24 Abs. 2 UrhG).
Damit eine solche 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.[568] Zur Konkretisierung verwendet die Rechtsprechung seit den Asterix-Entscheidungen des *BGH*[569] zwei verschiedene „Verblassens-"Formeln:[570] 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 „Verblassens"-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 Benutzung angesehen werden als die Übernahme fremder Sounds in einem multimedialen Videokunstwerk.

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 LG Hamburg[571] in der Regel eine unfreie Nutzung der zu Grunde liegenden Originalfotos dar. Dem soll nicht entgegenstehen, dass die „***Thumbnails*** „ gegenüber den Originalen stark verkleinert und mit einer viel gröberen Auflösung zum Abruf bereitgehalten werden, denn dadurch werde die Schwelle zur freien Benutzung i.S.d. § 24 UrhG nicht erreicht. Dies sieht das LG Erfurt[572] anders. Durch das Onlinestellen von Bildern auf einer Webseite erteile der Webseitenbetreiber der Internetsuchmaschine (im Fall Google Inc.) konkludent eine Einwilligung, urheberrechtlich geschützte Bilder als automatische ***Thumbnails*** anzuzeigen. Anders argumentierten aber nachfolgend das OLG Jena[573] und das OLG Erfurt.[574] Die Nutzung von Thumbnails sei zwar nicht von einer konkludenten Einwilligung oder über das Zitatrecht gedeckt; es fehle im deutschen Recht an einer entsprechenden Schrankenbestim-

[568] *OLG Hamburg*, OLGZ 190, 8 – Häschenschule; *Schricker/Loewenheim*, § 24 Rdnr. 9.
[569] *BGH*, GRUR 1994, 191 und 206, ebenso *BGHZ* 122, 53, 60 – Alcolix.
[570] Vgl. *Vinck*, in: Fromm/Nordemann, § 24 UrhG Rdnr. 3.
[571] *LG Hamburg*, MMR 2004, 558. Ähnlich *LG Bielefeld*, JurPC Web. Dok. 106/2006 und *OLG Jena*, Urteil vom 27. Februar 2008 – 2 U 319/07.
[572] *LG Erfurt*, MMR 2007, 393. Ähnlich *Court of Arnhem* (NL), Urteil vom 16. März 2006 – Ljn Av5236.
[573] *OLG Jena*, K&R 2008, 301 m. Anm. *Ott*.
[574] *OLG Erfurt*, MMR 2008, 408 m. kritischer Anm. *Schack*.

mung. Wer aber eine Suchmaschinenoptimierung etwa über Metatags bei seiner Website vornehme, handele rechtsmissbräuchlich, wenn er gegen den Suchmaschinenbetreiber wegen der Thumbnails vorgehe.

3. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Das Bereithalten von urheberrechtlich geschützten Werken zum Abruf via Intra- oder Internet kann im Übrigen das **Recht der öffentlichen Zugänglichmachung** (§ 19a UrhG) tangieren. Der alte Streit, ob und wann Abrufdienste überhaupt unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG) fallen,[575] hat sich mit Inkrafttreten des Änderungen des UrhG zum 13.9.2003 erledigt. Mit § 19a UrhG wurde ein neues Verwertungsrecht eingeführt, das ausdrücklich den Bereich der elektronischen Abrufdienste umfasst. Es handelt sich hierbei um das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dieses Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a) ist ein Unterfall des allgemeinen Rechts der öffentlichen Wiedergabe. Der Tatbestand wird weit ausgelegt.[576]

Problematisch bleibt allerdings die Einordnung von **Intranets** in das System der Verwertungsrechte. Denn auch das neue Recht der öffentlichen Zugänglichmachung umfasst nur die Netze, die an „Mitglieder der Öffentlichkeit“ gerichtet sind. Statt auf den Akt abzustellen, wird nunmehr auf die Adressaten abgestellt und eine Differenzierung zwischen Angehörigen der Öffentlichkeit und den „Anderen” vorgenommen. Innerhalb eines Unternehmens aber ist niemand „**Angehöriger der Öffentlichkeit**”, so dass bei dieser Unterscheidung unternehmensinterne Netze nicht unter das Recht des „making available” fallen würden. Die Frage ist also, wie man die Grenze zwischen dem zustimmungsfreien Betrieb eines lokalen, internen Intranet und der zustimmungspflichtigen Nutzung in größeren Netzen abgrenzen will. Das Kriterium der Adressierung an „Mitglieder der Öffentlichkeit“ ist schwammig, wie der Blick in § 15 Abs. 3 UrhG zeigt. Hiernach ist die Wiedergabe öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit soll jeder gehören, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das

[575] S. die Nachweise bei *von Ungern-Sternberg*, in: Schricker, Urheberrecht, 3. Aufl. München 2006, § 15 Rdnr. 59; a.A. *Zscherpe*, MMR 1998, 404, 407 f. Der *BGH* hat in der Paperboy-Entscheidung klargestellt, dass dem Urheber bereits nach § 15 UrhG (i.d.F. vom 9. September 1965) das ausschließliche Recht zustand, die öffentliche Zugänglichmachung seines Werks zu erlauben oder zu verbieten. Dieses Recht sei als unbenanntes Recht in dem umfassenden Verwertungsrecht des Urhebers aus § 15 UrhG enthalten; *BGH*, NJW 2003, 3406. Ähnlich auch *AG Berlin-Charlottenburg*, MMR 2004, 269, 270 – Internet-Leseforum.
[576] Vgl. *LG München I*, MMR 2007, 260 m. krit. Anm. *Ott*.

Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Man muss folglich zur Konkretisierung auf das althergebrachte **Kriterium der persönlichen Verbindung** abstellen. Die sorgfältige Abgrenzung wird insbesondere relevant mit Blick auf „legale", nämlich auf einen kleinen Teilnehmerkreis von „Freunden" begrenzte P2P-Musiktauschbörsen im Internet.[577]

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 500 Bildschirmen noch enge, persönliche Beziehungen zwischen den Usern bestehen. Bilden die Benutzer einer CPU vom Aufbau des EDV-Netzes her eine einzige Organisationseinheit, so ist vom Vorliegen einer persönlichen Verbindung auszugehen. Abzustellen ist deshalb nicht darauf, welche individuellen Verbindungen zwischen den Benutzern eines Abrufterminals bestehen. Entscheidend ist vielmehr die Einordnung der Benutzergruppe innerhalb der EDV-Organisationsstruktur einer Einrichtung. Allerdings ist der Benutzer aufgrund des Ausnahmecharakters der Regelung verpflichtet, die fehlende Öffentlichkeit des EDV-Systems darzulegen und ggf. unter Beweis zu stellen.[578] Im Falle einer hausinternen Datenbank könnte je nach der Enge der Bindung der User von einer persönlichen Beziehung auszugehen sein, so dass hinsichtlich der internen Nutzung der Datenbank kein Eingriff in das Recht der öffentlichen Wiedergabe vorliegt. Die Grenze dürfte erst überschritten sein, wenn die Datenbank allgemein für eine kommerzielle Nutzung freigegeben oder jedem außerhalb des internen Kontextes Tätigen der Zugriff auf den Server ermöglicht würde.

Im Übrigen ändert die Tatsache, dass ein Werk auf einer passwortgeschützten Subdomain verbreitet wird, nichts daran, dass hier eine öffentliche Wiedergabe vorliegt.[579] Nach Auffassung des *OLG Köln*[580] erfüllt ein Angebot an Internetnutzer, aus in Deutschland ausgestrahlten Fernsehprogrammen Sendungen auswählen und zeitversetzt auf dem eigenen Personal Computer ansehen zu können, nachdem der Anbieter eine von ihm digitalisierte Fassung der Sendung auf einem dem jeweiligen Nutzer zugewiesenen Speicherplatz seines Servers vorge-

[577] Vgl. zur Problematik *Schapiro*, ZUM 2008, 273.
[578] *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 15, Rdnr. 4.
[579] *OLG Jena*, CR 2004, 781.
[580] *OLG Köln*, MMR 2006, 35 – Personal Video Recorder.

halten hat, den Tatbestand des § 19a UrhG und greift zudem in das Vervielfältigungsrecht des betroffenen Fernsehsenders nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 UrhG ein.

4. Verbreitungsrecht

Das in §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 17 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 wurd nur tangiert, wenn es zu einer Eigentumsübertragung kommt; die reine Besitzüberlassung reicht nicht aus (etwa beim Ausleihen oder bloßen Ausstellen von Werken).[581] Nicht um eine Verbreitung i.S.d. § 17 Abs. 1 UrhG handelt es sich dagegen bei **einer reinen Datenübermittlung**, da es hier an der erforderlichen körperlichen Form fehlt.[582]

VI. Urheberpersönlichkeitsrechte

Literatur:
Decker, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht 1999, Teil 7.6.; *Kreile/Wallner*, Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte im Multimediazeitalter, ZUM 1997, 625; *Lehmann*, Persönlichkeitsrecht, Urheberpersönlichkeitsrecht und Neue Medien, in: Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 117; *Rehbinder*, Multimedia und das Urheberpersönlichkeitsrecht, ZUM 1995, 684; *Reuter*, Digitale Bild- und Filmbearbeitung im Licht des Urheberrechts, GRUR 1997, 23; *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet, MMR 2000, 59.

Das **Urheberpersönlichkeitsrecht (UPR)** ist das **ideelle Gegenstück** zu den wirtschaftlich ausgerichteten Verwertungsrechten. Es schützt den Urheber in seiner besonderen Beziehung zu seinem Werk.[583] Das UPR umfasst die Befugnisse des Veröffentlichungsrechts (§ 12), des Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13) und des Rechts auf Schutz gegen Entstellung oder Beeinträchtigung des Werkes (§ 14). Im Rahmen der Nutzung von Werken über das Internet stellen sich eine Reihe schwieriger urheberpersönlichkeitsrechtlicher Fragen.

[581] EuGH, Urteil vom 17. April 2008 – C-456/06.
[582] *Loewenheim*, in: Schricker, Urheberrecht, § 17 UrhG, Rdnr. 5.
[583] *Decker*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht 1999, Teil 7.6. Rdnr. 1.

1. Entstellungsverbot

Die Gestalt des Werkes im Internet ist aufgrund der oft geringen Auflösungsqualität häufig erheblich geändert. Hier ist auch in Bezug auf die vertraglich berechtigte Nutzung das **Entstellungsverbot** aus § 39 Abs. 1 UrhG zu beachten. Nach § 39 Abs. 2 UrhG sind Änderungen des Werkes oder seines Titels aber zulässig, zu denen der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann. Sofern es sich bei Multimediaprodukten um filmähnliche Werke handelt, kommt § 93 UrhG zur Anwendung, der den Entstellungsschutz auf die Fälle gröbster Entstellung und Beeinträchtigung beschränkt. Ähnliches gilt für die Leistungsschutzberechtigten, für die das UrhG zur Anwendung kommt (§§ 14, 93 UrhG). Für ausländische Künstler gilt ansonsten das Rom-Abkommen, das keine persönlichkeitsrechtlichen Vorgaben enthält. Diese Lücke kann nur durch die Anwendung des Beleidigungsschutzes und anderer strafrechtlicher Schutzvorschriften geschlossen werden.

Den Vorgang der **Digitalisierung** als solchen wird man regelmäßig nicht als Entstellung ansehen können. Entscheidender ist vielmehr die Art und Weise, wie das Werk digitalisiert und in einen **Off-/Online-Kontext** gesetzt worden ist; z.B. kann eine geringe Auflösung einer Fotografie mit einem Verlust der künstlerischen Eigenart einhergehen und die ideellen Beziehungen des Fotografen zu seinem Werk verletzen. Wie weit das Entstellungsverbot in der Praxis reicht, ist unklar und kann letztendlich nur im Einzelfall festgestellt werden. Auch eine vertragliche Regelung kann grundsätzlich nicht abgeschlossen werden, da das Entstellungsverbot unverzichtbar ist und nicht auf Dritte übertragen werden kann. Ein Verzicht wird nur insoweit für zulässig erachtet, als genau bestimmte, konkrete Veränderungsformen vertraglich bezeichnet werden. Folglich ergeben sich aus dem Entstellungsverbot Informations- und Aufklärungspflichten des Verwerters gegenüber dem Urheber. Je konkreter der Verwerter vorab mit dem Urheber über konkrete Änderungsabsichten spricht, desto enger wird der Spielraum für das Entstellungsverbot.

2. Namensnennungsrecht

Literatur:
Hock, Das Namensnennungsrecht des Urhebers – insbesondere im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 1993.

Neben dem Entstellungsverbot ist das **Namensnennungsrecht** von zentraler Bedeutung. Nach § 13 UrhG hat der **Urheber** das Recht, darüber zu entscheiden, ob und an welcher Stelle des Werkes er als Urheber zu bezeichnen ist. Dieses Recht steht auch **ausübenden Künstlern** (z.B. Musikern) zu (§ 74 Abs. 1 UrhG). Abseits dieser gesetzlichen Regelung werden Namensnennungsrechte etwa von Produzenten vertraglich vereinbart. In den USA sehen Tarifverträge für den Filmbereich eine Reihe von Benennungspflichten im Vor- oder Nachspann vor.

Das Namensnennungsrecht spielt traditionell im Bereich literarischer Werke die größte Rolle. Neuerdings wird es auch kreativen Programmierrern zuerkannt.[584] Daneben ist es für **freie Fotografen** lebensnotwendig, dass sich an ihren Fotografien ein Urhebervermerk findet; denn von diesem Vermerk geht eine wichtige Akquisefunktion für die Erteilung späterer Aufträge aus. In anderen Bereichen kommt dem Namensnennungsrecht naturgemäß keine große Bedeutung zu. Insbesondere bei gewerblich genutzten Werken wie etwa Software ist eine Namensnennung kaum üblich. In der Rechtsprechung argumentiert man hier mit der Branchen(un)üblichkeit als Grenze des Namensnennungsrechts. Eine umfassende Nutzungs- und Verwertungsbefugnis erlaubt es regelmäßig nicht, die Urheberbezeichnung wegzulassen. Es bedarf stets einer konkreten Interessenabwägung.[585]

VII. Gesetzliche Schranken

Literatur:
Kröger, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?, MMR 2002, 18; *Schippan*, Urheberrecht goes digital – Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, 378.

Art. 14 Abs. 1 GG schützt auch das Urheberrecht.[586] Urheber und Leistungsschutzberechtigte können jedoch die ihnen zustehenden ausschließlichen Verwertungsrechte nicht unbeschränkt geltend machen. Eine solche Monopolstellung wäre mit den Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar. Zum Schutz der Presse-, Rundfunk- und Informationsfreiheit (Art. 5 GG) sieht das Urheberrecht in den §§ 45 – 63 UrhG eine Reihe von Schranken für die Ausübung dieser Rechte vor. Schranken können unterschiedlich gestaltet sein. In den USA wurde zum Beispiel eine große, weit formulierte Schranke des „**fair use**“ eingeführt (17 U.S.C. § 197), die anhand

[584] *OLG Hamm*, CR 2008, 280
[585] *OLG Hamm*, CR 2008, 280.
[586] *BVerfGE* 31, 229, 239; 77, 263,270; 79, 1, 25.

bestimmter Einzelumstände je nach Einzelfall angewendet wird und darüber hinaus vertraglich abdingbar ist.

Das deutsche Urheberrecht sieht hingegen einen **enumerativen Katalog**[587] einzelner Schranken in unterschiedlich starken Ausprägungen vor. Der Eingriff in das Verbotsrecht des Urhebers besteht in den Formen der zustimmungs- und vergütungsfreien Nutzung, der gesetzlichen Lizenzen, Zwangslizenzen und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeiten. Zwangslizenzen gewähren keine direkte Nutzungsbefugnis, sondern lediglich ein gerichtlich durchsetzbares Erfordernis der Zustimmung des Urhebers zu der Nutzung zu einem angemessenen Preis. Das deutsche UrhG kennt lediglich eine einzige durch eine Zwangslizenz ausgestaltete Schranke (§ 61), die in der Praxis als bedeutungslos angesehen wird.

Verwertungsgesellschaftspflichtigkeiten, also die Festlegung, dass ein bestimmter Anspruch nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann, finden 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), ausübende Künstler (§ 84 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.

Dabei gilt es zu beachten, dass im Rahmen der Diskussion rund um den am 1.1.2008 in Kraft getretenen **Zweiten Korb** zahlreiche Schranken, insbesondere auf dem Gebiet der Privatkopie, neu gefasst wurden.

1. Ablauf der Schutzfrist

Das Urheberrecht erlischt nach Ablauf von 70 Jahren post mortem auctoris (§ 64 UrhG). Bei Werken, die von mehreren (Mit-) Urhebern geschaffen sind, berechnet sich die Frist nach dem Tode des Längstlebenden (§ 65 Abs. 1 UrhG). Bei Filmwerken kommt es auf den Tod des Hauptregisseurs, Drehbuchautors, Dialogautors und des Filmkomponisten an (§ 65 Abs. 2 UrhG). Hinzu kommen die Schutzfristen für die Leistungsschutzberechtigten, insbesondere

[587] So ausdrücklich *BGH*, WRP 2003, 1235.

die Tonträger- und Filmhersteller sowie die ausübenden Künstler. Deren Schutz endet regelmäßig 50 Jahre nachdem diese ihre geschützte Leistung erbracht haben.

2. Erschöpfungsgrundsatz

Literatur:
Baus, Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten?, MMR 2002, 14; *Berger*, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, AcP 201 (2001), 412; *Grützmacher*, Gebrauchtsoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen – Zu den Rechtsfragen auch jenseits der Erschöpfungslehre, CR 2007, 549; *Knies*, Erschöpfung Online? – Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2002, 314; *Koch*; Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtsoftware, 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.[588] 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 Werkkopien 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).[589] Gleiches gilt für den Weiterverkauf gebrauchter Standardsoftware, nach h.M. mangels Verkörperung nicht jedoch bei Software, die man über das Internet downloaden konnte.[590]

---

[588] 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, 737; anders allerdings *Knies*, GRUR Int. 2002, 314 ff.; *Köhler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 2000, 72.
[589] *OLG München*, NJW-RR 2002, 401.
[590] *LG München I*, MMR 2007, 238; für eine analoge Anwendung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG dagegen *Grützmacher*, CR 2007, 549; Schrader/Rautenstrauch, K&R 2007, 251.

Fraglich ist, ob auch **im Online-Bereich** eine Erschöpfung angenommen werden kann. Zum Teil wird dies verneint.[591] So hat insbesondere die Münchener Justiz ihr problem mit der Online-Erschöpfung. Das OLG München[592] will diesen Grundsatz nicht anerkennen; die Weitergabe von Nutzungsrechten verstoße gegen die urheberrechtlichen Befugnisse des Verwertungsberechtigten verstoße, weil sich der Erschöpfungsgrundsatz sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Recht nur auf in einem Gegenstand verkörperte Werke beziehe und hier die „gebrauchte" Software dem Käufer nicht auf einem Datenträger verkörpert übergeben, sondern nur die Softwarelizenz verkauft wurde. Weder direkt noch analog könne der Erschöpfungsgrundsatz zur Anwendung kommen. Ferner ist nach Auffassung des LG München[593] die pauschale Werbeaussage, dass die Veräußerung von „gebrauchten" Softwarelizenzen für Standardsoftware erlaubt sei, im Lichte der §§ 3, 5 UWG irreführend und damit unzulässig. .Dabei wird auch darauf abgestellt, dass ohnehin die Nutzung von Software den Eingriff in weitere Rechte impliziere, etwa das Recht zum Laden in den Arbeitsspeicher. Andere Gerichte argumentieren zu Recht damit, dass es keinen Unterschied mache, ob Software via DVD oder über das Netz vertrieben werde; in beiden Fällen müsse wirtschaftlich und juristisch im Hinblick auf eine Erschöpfung gleich argumentiert werden. [594] Das LG München[595] hat der Kaufpreisklage des mit gebrauchten Softwarelizenzen handelnden Klägers stattgegeben; das Vorbringen des Software-Käufers, der Veräußerung einer einzelnen Lizenz aus einem Volumenlizenzvertrag läge ein Rechtsmangel zu Grunde, teilte das Gericht nicht. Es sei dem Käufer eine verkörperte Kopie übergeben worden, die durch Vervielfältigung der Masterkopie des ursprünglichen Lizenzinhabers entstanden sei. Dadurch sei sowohl hinsichtlich des Verbreitungsrechts als auch des Vervielfältigungsrechts Erschöpfung gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG eingetreten. Durch die in Erfüllung des jeweiligen Volumenlizenzvertrags erfolgte Einräumung von Nutzungsrechten an Software habe sich das Verbreitungsrecht des Lizenzinhabers in Bezug auf jedes einzelne eingeräumte Nutzungsrecht, das jeweils als ein eigenständig zu beurteilendes Vervielfältigungsstück der Software zu behandeln sei, erschöpft. Dadurch könnten auch bei aufgespaltenen Volumenlizenzen einzelne Softwarelizenzen ohne Zustimmung des Lizenzinhabers veräußert werde.

---

[591] *LG München I*, MMR 2006, 175 = CR 2006, 159 mit Anm. Haines/Scholz; *OLG München*, MMR 2006, 748 mit Anm. Stögmüller = CR 2006, 655 mit Anm. Lehmann. Siehe dazu *Hoeren*, CR 2006, 573 ff. Kritisch wohl auch *OLG Frankfurt am Main*, Beschluss vom 12. Mai 2009 – 11 W 15/09 für den Handel mit Echtheitszertifikaten.

[592] Zuletzt MMR 2008, 601 m. Anm. *Moritz* = BeckRS 2008, 16725; K & R 2008, 538; davor CR 2006, 655 m. Anm. *Lehmann*; BeckRS 2006, 10438 = MMR 2006, 748

[593] CR 2008, 414, m.Anm. *Moritz*

[594] So etwa *LG Hamburg*, MMR 2006, 827 = CR 2006, 812; *OLG Hamburg*, MMR 2007, 317 mit Anm. Hüsch/Meuser. Siehe dazu auch *Rössel*, ITRB 2007, 105. Ähnlich *Grrützmacher*, ZUM 2006, 302; ders. CR 2007, 549; *Sosnitza*, K & R 2006, 206.

[595] MMR 2006, 827 m. Anm. *Heydn/Schmidl* = CR 2006, 815 m. Anm. *Grützmacher*; *Bräutigam/Sosna*, jurisPR-ITR 12/2006, Anm. 5

Auf der Rechtsfolgenseite ist die Erschöpfung räumlich **auf den Bereich der EU und des EWR beschränk**t.[596] Wer Kopien geschützter Werke in den USA kauft, darf diese nicht in der EU weiterverkaufen; eine internationale Erschöpfung wird von der h.M. abgelehnt.[597]
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.[598]

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:
Beiner, Der urheberrechtliche Schutz digitalisierter Presseartikel in unternehmenseigenen Datenbanken, MMR 1999, 691; *Berger*, Elektronische Pressespiegel und die Informationsrichtlinie, CR 2004, 360; *Flechsig*, Elektronische Pressespiegel – ein Beitrag zur Reform künftiger Pressespiegelausnahmen, in: Festschrift für Melichar, Tübingen 1999; *Hoeren*, Pressespiegel und das Urheberrecht. Eine Besprechung des Urteils des BGH „Elektronischer Pressespiegel", GRUR 2002, 1022; *Katzenberger*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechtes, GRUR Int. 2004, 739; *Lehmann/Katzenberger*, Elektronische Pressespiegel und Urheberrecht, Düsseldorf 1999; *Niemann*, Pressespiegel de lege lata, CR 2002, 817; *Niemann*, Pressespiegel de lege ferenda, CR 2003, 119; *Vogtmeier*, Elektronischer Pressespiegel im zweiten Korb, MMR 2004, 658; *Wallraf*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23.

Unter dem Gesichtspunkt des freien Informationszugangs regelt § 49 UrhG den uneingeschränkten Zugriff auf Beiträge vor allem aus der Tagespresse. Erst die Rechtsprechung hat aus dieser Bestimmung die sog. „Pressespiegelbestimmung" gemacht.[599] Interessant ist hier

[596] Siehe dazu auch *EuGHE* 1971, 487 – Polydor.
[597] *Schricker/Loewenheim*, UrhG, § 17 Rdnr. 55 m.w.N.
[598] *BGH*, GRUR 1959, 200 – Heiligenhof.
[599] Gegen die Anwendung von § 49 Abs. 1 auf Pressespiegel noch *Beiner*, MMR 1999, 691, 695.

vor allem der Bereich der elektronischen Pressespiegel. Nach § 49 Abs. 1 UrhG ist die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Artikel und Abbildungen aus Zeitungen in anderen „Zeitungen und Informationsblättern“ sowie deren öffentliche Wiedergabe zulässig, sofern die Artikel und Abbildungen politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betreffen und nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen sind.

a) Artikel

Unter „Artikel“ sind nur Sprachwerke zu verstehen, nicht jedoch Photographien oder Zeichnungen.[600] Wenn ein Artikel neben dem Text auch Bildmaterial enthielt, war bis zum 31.12.2007 nur die Übernahme des Textes von § 49 Abs. 1 UrhG gedeckt. Seit dem 1.1.2008 werden von § 49 Abs. 1 UrhG nun auch die im Zusammenhang mit Artikeln veröffentlichten Abbildungen erfasst. Damit ist es nun auch möglich, die (regelmäßig bebilderten) Texte aus der Tagespresse in toto zu scannen und mit Berufung auf § 49 UrhG in eine Datenbank einzuspeisen. Erlaubt ist nur die Übernahme einzelner Artikel, nicht jedoch etwa die Übernahme des Texts einer gesamten Ausgabe. Auch dürfen nur Artikel verwendet werden, deren Inhalt politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betrifft. Beiträge mit schwerpunktmäßig wissenschaftlichem oder kulturellem Inhalt fallen nicht unter die Vorschrift.[601] Außerdem muss der übernommene Artikel noch im Zeitpunkt der Übernahme aktuell sein.[602]

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 periodisch erscheinende Informations- und Mitteilungsblätter.[603] Es stellt sich dabei die Frage, ob auch eine Online-Zeitung eine „Zeitung“ im Sinne von § 49 UrhG ist. Die Repräsentanten der Zeitungsverleger lehnen dies ab. Sie verweisen darauf, dass es sich bei § 49 UrhG um eine Ausnahmevorschrift zu Lasten des Urhebers handele. Ausnahmevorschriften

[600] *Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, 73 m.w.N. in Fn. 327.
[601] Zu weit geht m.E. *Melichar*, wenn er es für § 49 genügen lässt, dass ein Artikel „auch” den privilegierten Inhalt hat (*Schricker/Melichar*, § 49 Rdnr. 7). Es kommt entscheidend auf die Schwerpunkte des Textes an.
[602] Zu weit geht m.E. auch *Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, 74, wenn er für die Aktualität auf den Zeitpunkt der Übergabe auf die Benutzer (etwa einer Datenbank) abstellt. Die Übergabe ist als solche kein urheberrechtlich relevanter Akt; entscheidend ist der Zeitpunkt, in dem in die Verwertungsrechte des Urhebers eingegriffen worden ist.
[603] So jetzt ausdrücklich der *BGH*, GRUR 2005, 670, 672. Anders noch das O*LG München I*, AfP 2000, 191, 193, das Artikel aus Publikumszeitschriften von der Pressespiegelfreiheit ausnahm.

seien eng auszulegen. Deshalb sei § 49 UrhG nur auf Printmedien als Ausgangsmaterial zu beziehen und spiele für den Online-Bereich keine Rolle. Diese Ansicht wird m.E. zu Recht von der Verwertungsgesellschaft Wort zurückgewiesen. Nach deren Ansicht sei zwar § 49 UrhG als Ausnahmevorschrift tatsächlich eng auszulegen. Dies schließe jedoch nicht aus, dass für den Begriff der „Zeitung" eine sinnvolle und sachgerechte Interpretation gefunden werden könne. Dabei könne es nicht darauf ankommen, auf welchem Trägermedium eine Publikation erscheine. Nach der typischen Definition der Zeitungswissenschaft umfasse Zeitung vielmehr jedes periodisch erscheinende Informationsmedium mit universellem und aktuellem Inhalt.[604] Damit fallen auch Online-Zeitungen unter die Pressespiegel-Bestimmung.

c) Elektronische Pressespiegel

Strittig ist die Anwendbarkeit des § 49 UrhG auf **elektronische Pressespiegel**, insbesondere im Online-Bereich.
Fraglich ist, ob im Fall der Erstellung einer „Pressespiegeldatenbank", die beispielsweise in einem Großunternehmen oder in einer Verwaltung sinnvoll genutzt werden könnte, diese von § 49 Abs. 1 UrhG umfasst wäre. Nach § 49 Abs. 1 Satz 1 UrhG ist, wie erläutert, nur die Verbreitung von Informationsblättern erlaubt, die dem Tagesinteresse dienen. Es erscheint aber nicht wahrscheinlich, dass elektronische Pressespiegel tatsächlich nur für einen Tag benutzt und dann vernichtet oder unabhängig von den jeweils anderen tagesaktuellen Pressespiegeln aufbewahrt werden. Vielmehr soll so eine Datenbank entstehen, die jederzeit – und das wesentlich komfortabler als traditionelle Pressespiegel mit Suchfunktionen versehen – verfügbar wäre. Das Erfordernis der „Tagesinteressen" wäre damit nicht mehr gegeben. Die Abgrenzung ist allerdings fließend.[605]

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 gescannten Zeitungsartikeln aus einer zentralen Datenbank heraus unter § 49 Abs. 1 UrhG falle.[606] Der Benutzer einer Datenbank stellt sich nicht sein eigenes „Informationsblatt" zusammen; der Verteilung von Kopien an Dritte fehlt die vorherige Zusammenfas-

[604] Siehe *Rehbinder*, UFITA 48 (1966), 102, 103 f.; vgl. auch *Melichar*, Die Begriffe „Zeitung" und „Zeitschrift" im Urheberrecht, ZUM 1988, 14.
[605] Vgl. *Wallraf*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23, 27.
[606] So *Eidenmüller*, Elektronischer Pressespiegel, CR 1992, 321, 323.

sung in einem zentralen Primärmedium. Wie *Loewenheim* zu Recht feststellt,[607] fehlt es bei solchen Informationsdatenbanken daran, dass der Betreiber selbst von sich aus und im eigenen Interesse informieren will.

Insgesamt ist die Rechtslage hinsichtlich der Anwendbarkeit der Bestimmung auch auf Pressespiegel in elektronischer Form jedoch unklar.[608] Zunächst wurde gegen die Zulässigkeit der Lizenzierung eines elektronischen Pressespiegels durch eine Verwertungsgesellschaft entschieden,[609] eine Privilegierung durch § 49 UrhG also abgelehnt und damit das Verbotsrecht der Urheber bejaht. Diese Entscheidung des *LG Hamburg* wurde noch durch das *OLG Hamburg* bestätigt.[610] Ähnlich sahen die Rechtslage das *OLG Köln*[611] und das *LG Berlin*.[612] Restriktiv argumentierte auch das *Appellationsgericht Bern* für den Bereich der Pressebeobachtung.[613] Nach Auffassung des *LG München I* sollte es allerdings urheberrechtlich unproblematisch und von § 49 UrhG gedeckt sein, wenn jemand einen elektronischen Pressespiegel in der Form anbot, dass eine Auflistung von zu Suchbegriffen gefundenen Artikeln dargeboten wurde, die nur Fundstelle, Überschrift des Artikels, Namen der Zeitung als Quellenangabe, Ressort und den Satz des Artikels mit dem Suchbegriff enthielt.[614]

Der *BGH* hat zugunsten der Pressenutzer die Hamburger Entscheidungen aufgehoben und eine Anwendung des § 49 Abs. 1 UrhG auf elektronisch übermittelte Pressespiegel für möglich erachtet.[615] Entscheidend sei, dass der Pressespiegel nach Funktion und Nutzungspotential noch im Wesentlichen dem herkömmlichen Pressespiegel entspreche. Dies setze voraus, dass der elektronisch übermittelte Pressespiegel nur betriebs- oder behördenintern und nur in einer Form zugänglich gemacht werde, die sich im Falle der Speicherung nicht zu einer Volltextrecherche eigne. Infolge dieser höchstrichterlichen Klärung hat der Gesetzgeber im Regierungsentwurf zum „Zweiten Korb“ von einer Kodifizierung der Entscheidung abgesehen.[616]

---

[607] *Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, 76.
[608] Schon gegen die Anwendbarkeit auf traditionelle Pressespiegel *Wallraf*, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23, 26; *Beiner*, MMR 1999, 691, 695.
[609] *LG Hamburg*, AfP 1999, 389.
[610] *OLG Hamburg*, AfP 2000, 299, 300.
[611] *OLG Köln*, MMR 2000, 365 m. Anm. *Will*.
[612] *LG Berlin*, AfP 2001, 339.
[613] *Appellationsgericht Bern*, MMR 2002, 30 m. Anm. *Hilty*.
[614] *LG München I*, K&R 2002, 258 mit Anm. *Lührig* = CR 2002, 452.
[615] *BGH*, MMR 2002, 739 mit Anm. *Hoeren* und *Waldenberger* = CR 2002, 827 mit Bespr. *Niemann* 817 = RDV 2002, 306; vgl. auch *Hoeren*, GRUR 2002, 1022.
[616] 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.[617] 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.

Die **VG WORT** nimmt für die Journalisten die Vergütungsansprüche für die elektronischen Pressespiegel wahr, die unter § 49 UrhG fallen. Dazu zählen – wie oben erläutert – Artikel aus Zeitungen mit aktuellem politischem Bezug, nicht jedoch z.B. Artikel aus Zeitschriften oder Beiträge über kulturelle, unterhaltende oder lokale Ereignisse sowie Texte, die keinen aktuellen Bezug haben. Die VG Wort hat ihrerseits mit der **Presse-Monitor** im September 2003 eine umfassende Zusammenarbeit für die Bereitstellung elektronischer Pressespiegel vereinbart. Danach vermarktet die PMG nicht nur die Artikel der mit ihr vertraglich verbundenen Verlage, sondern auch solche elektronischen Pressespiegel, die unter die Einschränkungen des § 49 UrhG fallen. Die VG WORT wird im Gegenzug an den Erlösen der PMG aus dem Geschäft mit elektronischen Pressespiegeln beteiligt, so dass auch die Journalisten, die bei der VG WORT gemeldet sind, von dieser Umlage profitieren.

---

[617] Siehe zu den Rechtsauseinandersetzungen *BayVGH*, AfP 2002, 173, im Wesentlichen bestätigt durch *BayVGH*, ZUM-RD 2003, 219, zur der Frage, ob und mit welchem Inhalt das DPMA über eine Untersagungsverfügung für Presse-Monitore Pressemitteilungen herausgeben darf.

5. Zitierfreiheit (§ 51 UrhG)

Literatur:
Poll, TV-Total – Alles Mattscheibe, oder was? Zum Verhältnis von freier Benutzung (§ 24 UrhG) und Zitatrecht (§ 51 UrhG) zu Art. 5 GG, ZUM 2004, 511; *Seifert*, Das Zitatrecht nach „Germania 3", in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2003, 195; *Seydel*, Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke, Köln 2002.

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.[618]

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.[619] 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

[618] S. dazu den spannenden Gerichtsstreit in Frankreich rund um die Ausstrahlung von Utrillo-Werken, etwa *Cour d´Appel de Paris*, GRUR Int. 2002, 329 m. Anm. *Geiger*. Ähnlich *öOGH*, GRUR Int. 2002, 341 m. Anm. *Walter* zum Verhältnis von Art. 10 EMRK und UrhG.
[619] Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22. März 2006; http://www.kopienbrauchenoriginale.de/media/archive/139.pdf.

Dabei ist der Begriff des **wissenschaftlichen Werks** weit zu ziehen; auch Filmwerke können hierunter fallen.[620] Allerdings muss das Werk durch die ernsthafte, methodische Suche nach Erkenntnis gekennzeichnet sein.[621] Die Entwickler multimedialer Produkte können das Zitierrecht für wissenschaftliche Zwecke z.B. im Fall von online nutzbarem Lehrmaterial für Studierende, Schüler oder sonstige Interessierte in Anspruch nehmen. Nicht anwendbar ist die Vorschrift jedoch bei der Verwendung von Material für Produkte, bei denen der Schwerpunkt auf dem Unterhaltungswert liegt,[622] so zum Beispiel bei einer Website zur Geschichte der Beatles.

bb) Umfang des Zitats

§ 51 Nr. 1 UrhG erlaubt die **Übernahme „einzelner Werke**". Damit ist zu Gunsten der Verbreitung wissenschaftlicher Informationen auf der einen Seite eine sehr weitgehende, extensive Verwendung fremder Quellen legitimiert: Der Zitierende kann auf ganze Werke zurückgreifen, sofern dies zur Untermauerung einer eigenen Aussage erforderlich ist (sog. Großzitat). Auf der anderen Seite ist das Zitatrecht jedoch auf „einzelne" Quellen beschränkt. Diese Regelung wird bei Verwendung der Werke eines Urhebers sehr eng ausgelegt.[623] Der Zitierende soll nicht unter Berufung auf § 51 UrhG das gesamte Werkrepertoire eines Urhebers verwenden. Anders ist die Lage bei Zitaten in Bezug auf mehrere Urheber; hier neigt man zu einer großzügigeren Behandlung.

cc) Zitatzweck

Entscheidend ist der **Zitatzweck**. Das zitierende Werk muss selbständig sein. Es reicht nicht aus, dass fremde Werke lediglich gesammelt werden; es muss eine eigene geistige Leistung auch im Verhältnis zur Auswahl der Zitate vorliegen.[624] Die Zitate sind folglich nur zur Untermauerung einer eigenen Aussage zulässig. Steht das Zitat gegenüber der eigenen Aussage im Vordergrund, scheidet eine Zulässigkeit nach § 51 Nr. 1 UrhG aus. Ein zulässiges Zitat liegt weiterhin nur vor, wenn eine innere Verbindung zwischen zitierendem und zitiertem

[620] *Ekrutt*, Urheberrechtliche Probleme beim Zitat von Filmen und Fernsehsendungen, Hamburg 1973, 109; *Ulmer*, Zitate in Filmwerken, GRUR 1972, 323, 324.
[621] *LG Berlin*, LGZ 125, 5; *LG Berlin*, GRUR 1978, 108 – Terroristenbild; *Schricker/Schricker*, § 51 Rdnr. 31.
[622] S. *KG*, GRUR 1970, 616, 617 f.
[623] *BGHZ* 50, 147, 156 – Kandinsky I; *LG München II*, LGZ 84, 9; s. auch *Schricker/Schricker*, § 51 Rdnr. 34.
[624] *BGH*, GRUR 1973, 216, 217 f. – Handbuch moderner Zitate; *Schricker/Schricker*, § 51 Rdnr. 22, 34.

Werk besteht.[625] Das Zitat darf nur als Beleg und Hilfsmittel fungieren und muss gegenüber dem Hauptwerk zurücktreten.[626] Geht es hingegen darum, dass der Zitierende auf eigene Ausführungen zu Gunsten des Zitats verzichten will, kann er sich nicht auf § 51 UrhG stützen.[627] Es kommt darauf an, zu welchem Zweck fremde Werke in das Produkt integriert werden. Bedenklich erscheint vor allem die Übernahme ganzer Werke, ohne eigene Auseinandersetzung mit deren Inhalt. Umgekehrt ist die Verwendung von Musik- oder Filmsequenzen in einem multimedialen Lexikon über § 51 UrhG durchaus legitimierbar.

dd) Quellenangabe

Allerdings setzt § 51 UrhG auch voraus, dass in jedem Fall einer Vervielfältigung des Werkes oder eines Werkteiles **die Quelle deutlich angegeben wird** (§ 63 Abs. 1 UrhG). Dies wird bei der Digitalisierung von Photographien oder dem Sampling einzelner Musikkomponenten kaum praktizierbar sein.[628] Auch beim Zitat von im Internet verfügbaren Texten könnte das Quellenerfordernis problematisch sein, da ein Link als Quellenangabe – wegen der Flüchtigkeit dieses Verweises – im Regelfall nicht ausreichen wird.[629] Links im eigenen Text als solche stellen keine Zitate dar und müssen daher auch nicht den Anforderungen genügen.[630]

ee) Kleinzitat, § 51 Nr. 2 UrhG

Gem. § 51 Nr. 2 UrhG ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe zulässig, sofern Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem **selbständigen Sprachwerk** angeführt werden. Über den Wortlaut hinaus wird die Regelung **auch auf Filme[631] und sonstige Werkgattungen[632]** ausgedehnt. Erlaubt ist nur die Verwendung kleinerer Ausschnitte des Werkes. Allerdings müssen diese Ausschnitte für sich genommen schutzfähig sein. Kleine Pixel und Sounds[633] sind zum Beispiel nicht schutzfähig und können daher stets frei verwendet werden. Schwierigkeiten bereiten Bildzitate. Bei Fotografien oder Werken der bildenden Kunst umfasst ein Zitat notwendigerweise das ganze Bild und nicht nur einen Aus-

[625] *BGHZ* 28, 234, 240 – Verkehrskinderlied; *BGHZ* 50, 147, 155, 156 – Kandinsky I; *BGH*, GRUR 1987, 362 – Filmzitat; *Schricker/Schricker*, § 51 Rdnr. 16 m.w.N.
[626] *BGH*, GRUR 1986, 59, 60 – Geistchristentum; *BGH*, GRUR 1987, 34, 35 – Liedtextwiedergabe I.
[627] *KG*, GRUR 1970, 616, 618 – Eintänzer.
[628] 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.
[629] Vgl. *Schulz*, ZUM 1998, 221, 232.
[630] *Koch*, GRUR 1997, 417, 420.
[631] *BGH*, GRUR 1987, 362 – Filmzitat; *LG München I*, FuR 1983, 668.
[632] *Schricker/Schricker*, § 51 Rdnr. 41.
[633] Vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rdnr. 122.

schnitt; in solchen Fällen ist – je nach Zitatzweck – auch die Verwendung ganzer Werke zulässig.[634] Zu beachten ist neben dem Zitatzweck insbesondere die Notwendigkeit der Quellenangabe.

ff) 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.[635] 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:
Ensthaler, Bundestag beschließt die Herausnahme wissenschaftlicher Sprachwerke aus dem Urheberrechtsgesetz, in: K&R 2003, 209; *Gounalakis*, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003; *Sieber*, Urheberrechtlicher Reformbedarf im Bildungsbereich, MMR 2004, 715; *Spindler*, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb", NJW 2008, 9, 13; *Thum*, Urheberrechtliche Zulässigkeit von digitalen Online-Bildarchiven zu Lehr- und Forschungszwecken, K&R 2005, 490.

Eine Schrankenregelung zugunsten von Unterricht, Wissenschaft und Forschung sieht der 2003 eingeführte § 52a UrhG vor. Durch diese Regelung soll die Nutzung von Werken im Rahmen kleiner Forschungs- und Lehrintranets verbotsfrei gegen eine Pauschalvergütung zulässig sein.

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

[634] *BVerfG*, NJW 2001, 598– Germania 3; *KG*, UFITA 54 (1969) 296, 299; *LG München I*, LGZ 182, 5; *Schricker/Schricker*, § 51 Rdnr. 45.
[635] Siehe dazu allg. *Schricker/Melichar*, § 51 Rdnr. 49.

bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung (Abs. 1 Nr. 2).

Dabei muss die Zugänglichmachung **zu dem jeweiligen Zweck geboten** und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein. Nach § 52a Abs. 2 Satz 2 UrhG fallen **Filmwerke** erst zwei Jahre nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern unter die Schranke. 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 Verwertungsgesellschaften zu entrichten (Abs. 4).
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.

Zugunsten des Personenkreises erlaubt die Vorschrift z.B. das Einstellen von urheberrechtlich geschützten Materialien in ein Newsboard oder eine Mailingliste. Dabei sind immer Quelle und Name des Urhebers anzugeben (§ 63 Abs. 2 Satz 2 UrhG). Vorsicht geboten ist allerdings beim Einstellen ganzer oder wesentlicher Teile einer Datenbank i.S.d. §§ 87a ff. UrhG oder von Computerprogrammen (§§ 69a ff. UrhG). Diese Schutzgegenstände unterliegen eigenen, sehr engen Schrankenregelungen. § 52a UrhG findet auf sie keine Anwendung.

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 vorausgesetzten „üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern“. Das Gesetz ist insofern einseitig auf den Spielfilm bezogen. Folglich käme eigentlich mangels Kinoauswertung eine Verwendung von Dokumentarfilmen im Rahmen von § 52a überhaupt nicht in Betracht. Denkbar ist hier allenfalls eine analoge Anwendung des § 52a Abs. 2 Satz 2 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 Ge-

setzgeber 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 November 2008 bis Ende 2012 verlängert. Im Übrigen streiten die Kultusminister noch mit der VG Wort über Schlichtungsvorschläge des DPMA, wonach die Höhe der in § 52a vorgesehenen Vergütung im Rahmen einer nutzungs- und werkbezogenen Erhebung festgestellt werden soll.

7. Die Nutzung über Bibliotheksarbeitsplätze, § 52b UrhG

Im Rahmen der Novellierung des UrhG durch den Zweiten Korb wurde der neue § 52b in das Gesetz aufgenommen. Dieser regelt die Wiedergabe von Werken an **elektronischen Leseplätzen in öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Museen oder Archiven**. Zulässig ist nun, veröffentlichte Werke aus den Beständen ausschließlich in den Räumen der genannten Einrichtungen (nur) an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. 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.[636]

8. Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, § 53 UrhG

Literatur:
Ahrens, Napster, Gnutella, FreeNet & Co – die immaterialgüterrechtliche Beurteilung von Internet-Musiktauschbörsen, ZUM 2000, 1029; Becker, Onlinevideorecorder im deutschen Urheberrecht, AfP 2007, 5; *Berger*, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, 257; *Berger*, Die Erstellung elektronischer Archive nach der Novellierung des deutschen Urheberrechts, info7, 153; *Cohen Jehoram*: Facilitating Copyright Infringement by Running Peer-to-Peer Networks. Even the Netherlands May Join a Growing International Consensus, in: RIDA Bd. 214 (Octobre 2007) S. 104-131; *Däubler-Gmelin*, Pri-

[636] *LG Frankfurt*, Urteil vom 14. Mai 2009 – 2-06 O 172/09.

vate Vervielfältigung unter dem Vorzeichen digitaler Technik, ZUM 1999, 769; *Dornis*, Zru Verletzung von Urheberrechten durch den Betrieb eines Music-on-Demand-Dienstes im Internet, CR 2008, 321; *Dreier*, in: Schricker, Urheberrecht auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, S. 139; *Euler*, Web-Harvesting vs. Urheberrecht, CR 2008, 64; *Frey*, Peer-to-Peer-File-Sharing, das Urheberrecht und die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern am Beispiel Napster Inc, ZUM 2001, 466; *Haupt*, Electronic Publishing – Rechtliche Rahmenbedingungen, München 2002; *Heghmanns*, Musiktauschbörsen im Internet aus strafrechtlicher Sicht, MMR 2004, 14; *Hoeren*, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster 2003; *Kreutzer*, Napster, Gnutella & Co: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2001, 193; *Hoffmann*, Die Auslegung des Begriffs der „offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage" in § 53 Abs. 1 UrhG, WRP 2006, 55; *Jani*, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG, ZUM 2003, 842; *Krüger*, Die digitale Privatkopie im „zweiten Korb", GRUR 2004, 204; *Leupold/Dernisch*, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen, ZUM 2000, 379; *Loewenheim*, Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtsrechtswidrig hergestellten Werkstücken, Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 415; *Malpricht*, Über die rechtlichen Probleme beim Kopieren von Musik-CDs und beim Download von MP3-Dateien aus dem Internet, NJW-CoR 2000, 233; *Mayer*, Die Privatkopie nach Umsetzung des Regierungsentwurfs zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. CR 2003, 274; *Mönkemöller*, Moderne Freibeuter unter uns? – Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche!, GRUR 2000, 664; *Müller*, Verbesserung des gesetzlichen Instrumentariums zur Durchsetzug von Vergütungsansprüchen für private Vervielfältigung, ZUM 2008, 377; *Nordemann/Dustmann*, To Peer or not to Peer. Urheberrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internetpiraterie, CR 2004, 380; *Rehbinder/Lausen/Donhauser*, Die Einspeisung von Zeitungsartikeln in Online-Datenbanken der Zeitungsverlage, UFITA 2000/2, 395; *Pichlmaier*, Abschied von der Privatkopie?, CR 2003, 910; *Plaß*, Der Aufbau und die Nutzung eines Online-Volltextsystems durch öffentliche Bibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, WRP 2001, 195; *Poll*, „Korb 2": Was wird aus der Privatkopierregelung in §§ 53 ff. UrhG, ZUM 2006, 96; *Rath-Glawatz/Dietrich*, Die Verwertung urheberrechtlich geschützter Print-Artikel im Internet, AfP 2000, 222; *Rodriguez Ruiz*, After Napster: Cyberspace and the Future of Copyright, CRi 2003, 1; *Röhl/Bosch*, Musiktauschbörsen im Internet, NJW 2008, 1415; *Schapiro*, Die neuen Musiktauschbörsen und Freunden. Ein legaler weg zum Austausch von Musikdateien?, ZUM 2008, 273; *Senftleben*, Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests, CR 2003, 914; *Spindler*, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet, JZ 2002, 60; *Weber/Bischof*, Napster, die Musikindustrie und der Musikvertrieb, sic 2001, 152; *Stickelbrock*, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, GRUR 2004, 736; *Wiebe*, Der virtuelle Videorecorder – in Österreich erlaubt?, medien und recht 2007, 130; *Zahrnt*, Der urheberrechtliche Schutz elektronischer Printmedien, Frankfurt 1999.

Die „Magna charta" der gesetzlichen Lizenzen findet sich in § 53 UrhG, der weitgehend Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch auch ohne Zustimmung der Rechteinhaber zulässt. Kompensatorisch erhält der Urheber für den mit § 53 UrhG verbundenen Rechteverlust einen Anspruch auf Vergütung (§§ 54, 54a UrhG), der seit 1985 hauptsächlich auf einen Anteil an der sog. Geräte- und Leerkassettenabgabe gerichtet ist.[637]

[637] Zur Vorgeschichte siehe *Kreile*, ZUM 1985, 609; *Melichar*, ZUM 1987, 51; *Nordemann*, GRUR 1985, 837.

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

Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes **zum privaten Gebrauch** herzustellen oder herstellen zu lassen. Tendenziell kann sich jedermann via File Transfer Protocol (FTP) und unter Berufung auf privaten Gebrauch fremdes Material laden und kopieren. Er kann sich auch von Bibliotheken und Dokumentationsstellen Material kopieren und via Internet zusenden lassen, vorausgesetzt, dass diese Herstellung von Kopien durch andere unentgeltlich geschieht. Anderes gilt jedoch für die Verwendung von Datenbankwerken und Datenbanken, da deren Vervielfältigung – selbst zum Laden in den Arbeitsspeicher und auch zum Privatgebrauch – erlaubnispflichtig ist.[638] Im Übrigen findet eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht statt; die Privatkopierfreiheit umfasst auch digitale Kopien.[639]

[638] *OLG Hamburg*, CR 2001, 704 mit Anm. *Dieselhorst*.
[639] Unklar ist, ob es einen Anspruch auf Privatkopierfreiheit gibt; siehe dazu ablehnend *Brüsseler Appelationsgericht* in Test Achats v. EMIr Records Music Belgium et. Al. vom 9. September 2005 – 2004/AR/1649; *Court de Cassation* in Studio Canal et al. V. St. Perquin and Union Federale des consummateuers, Urteil vom 28. Februar 2006 – Bul. 2006 I No. 126, p. 115. – Mullholland Drive.

Nicht umfasst ist von § 53 Abs. 1 UrhG die Erstellung von Kopien zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken. Auch können nach herrschender Auffassung[640] nur natürliche Personen in den Genuss der Regelung kommen; damit scheidet eine Berufung auf diese Vorschrift für betriebsinterne Zwecke eines Unternehmens aus.

Streitig war lange, inwieweit das Kopieren von Werken nur dann zulässig ist, wenn **eine erlaubterweise hergestellte Vervielfältigung** als Vorlage benutzt worden ist. Gerade im Zusammenhang mit „Napster"[641] wurde zum Beispiel die Auffassung vertreten, dass dieses Kriterium nach dem Wortlaut des § 53 UrhG nicht vorausgesetzt war.[642] § 53 Abs. 1 UrhG sah in seiner alten Fassung keinen Hinweis darauf vor, dass die Vorlage für die Kopie ihrerseits rechtmäßig erstellt sein müsste. Dieses Schweigen des Gesetzes wurde dahingehend interpretiert, dass die Nutzung von P2P-Diensten wie Kazaa zu privaten Kopierzwecken urheberrechtlich zulässig war. Dies störte wiederum bei der vorletzten Novellierung des Gesetzes den Bundesrat, der in seiner Entschließung[643] die Reichweite der Privatkopierfreiheit auf Kopien von legal hergestellten Vorlagen beschränken wollte. Dieser Vorschlag wurde aber im Vermittlungsausschuss abgelehnt. Erstaunlicherweise kam es dann in letzter Minute doch noch zu einer Änderung des § 53 Abs. 1 UrhG. So wurde kurzerhand in der Vorschrift verankert, dass die Privatkopierfreiheit ausnahmsweise nicht zum Tragen komme, wenn zur Vervielfältigung „eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage" verwendet werde. Der Begriff ist neu und unkonturiert. Es bleibt unklar, auf welche Rechtsordnung überhaupt hinsichtlich der Feststellung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit abzustellen ist. Im Übrigen ist dies ein Pyrrhussieg der Musikindustrie. Denn vor der Novellierung konnte diese behaupten, dass die Privatkopierfreiheit eine rechtmäßige Vorlage voraussetze; jetzt ist dieser Einwand auf offensichtlich rechtswidrige Vorlagen beschränkt. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass Peer-to-Peer-Dienste nicht offensichtlich rechtswidrige Kanäle sind, sondern in vielfältiger 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.[644]

---

[640] So am deutlichsten *Flechsig*, NJW 1985, 1991, 1994; ähnlich auch *Schricker/Loewenheim*, § 53 Rdnr. 7 m.w.N.

[641] S. dazu A&M Records Inc vs. Napster Inc, 114 F. Supp. 2d 896, GRUR Int. 2000, 1066 sowie die Entscheidung des *US Court of Appeals for the Ninth Circuit*, GRUR Int. 2001, 355.

[642] So etwa *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 496; *Mönkemöller*, GRUR 2000, 663, 667 f.; a.A. *Leupold/Demisch*, ZUM 2000, 379, 383 ff.; *Loewenheim*, Festschrift Dietz 2001, 415 ff.

[643] BT-Drs. 15/1066 vom 27. Mai 2003, S. 2.

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

Durch den 2. Korb wurde die einschränkende Ausnahme durch das Merkmal der offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlage ergänzt. Trotzdem ist der Download von Fremdmaterial über P2P weiterhin juristisch ungeklärt. Klar ist nur, dass der Upload via P2P niemals unter § 53 Abs. 1 UrhG fallen kann, da der Upload als Bereithalten zum Abruf für die Öffentlichkeit im Sinne von § 19a UrhG niemals unter die Privatkopierfreiheit fallen kann.[645]

Die Möglichkeit der **Herstellung von Vervielfältigungen durch Dritte** wird beibehalten, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um reprografische oder ähnliche Vervielfältigungen handelt. Die vorgeschlagene Regelung gewährleistet damit auch weiterhin, dass ein Versand von Kopien möglich bleibt. Als unentgeltlich im Sinne dieser Vorschrift sollen Vervielfältigungen auch dann anzusehen sein, wenn sie z.B. durch Bibliotheken gefertigt werden, die Gebühren oder Entgelte für die Ausleihe erheben, soweit die Kostendeckung nicht überschritten wird. Nicht unter § 53 Abs. 1 UrhG sollen sog. virtuelle Videorecorder fallen.[646] Der Betrieb eines solchen Recorders stelle einen Eingriff in das Senderecht der TV-Anstalten dar; die Möglichkeit, Fernsehsendungen auf dem Server des Dienstanbieters aufzuzeichnen und zu einem beliebigen Zeitpunkt über das Internet abzurufen, verstoße gegen § 20b UrhG.[647] Gleiches gilt für On-Demand-Webradiodienste, bei denen Playlisten auf Abruf individuell zusammengestellt und dann im Streaming-Verfahren hörbar gemacht werden (ohne Download der Dateien).[648] Nicht der private Nutzer selbst, sondern der zwischengeschaltete Dienst nehme die Vervielfältigungshandlung vor. § 53 Abs. 1 UrhG komme allerdings dann zum Tragen, wenn dem Internetnutzer der Programmabruf unentgeltlich gewährt wurde.[649] Der BGH[650] sieht das jetzt differenzierter: Falls die Beklagte die Sendungen im Auftrag ihrer Kunden auf den "Persönlichen Videorecordern" abspeichert, verstößt sie – so der 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

---

[645] So auch der *High Court of Justice* in Polydor Ltd vs. Brown, Urteil vom 28. November 2005, EWHC 3191 (Ch.D); ähnlich *Dublin High Court* in Emi Sony Universal and others vs. Eirecom, Urteil vom 8. Juli 2005, (2006) ECDR 5. Die alte und neue Rechtslage zusammenfassend s. *Röhl/Bosch*, NJW 2008, 1415.

[646] *OLG Dresden*, MMR 2007, 664; *OLG Köln*, MMR 2006, 35; *LG Braunschweig*, K&R 2006, 362; *LG Köln*, MMR 2006, 57; *LG Leipzig*, K&R 2006, 426; *LG München I*, ZUM 2006, 583; s. auch *Becker*, AfP 2007, 5; *Kamps/Koops*, CR 2007, 581.

[647] *LG Köln*, MMR 2006, 57; *LG München*, ZUM 2006, 583.

[648] *OLG Stuttgart*, CR 2008, 321 m. Anm. Dornis; *LG Hamburg*, ZUM 2007, 869; *LG Köln*, MMR 2007, 610 – Trackfinder.

[649] *OLG Köln*, MMR 2006, 35.

[650] Urteil vom 22. April 2009 – I ZR 216/06 – Internet-Videorecorder

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.

Die Reichweite von § 53 Abs. 1 UrhG wird durch die Einfügung des § 95b UrhG im ersten Korb konterkariert. Sofern der Rechteinhaber technische Schutzmaßnahmen verwendet, sind öffentliche Multiplikatoren (wie z.B. Schulen oder Universitäten) geschützt, private Nutzer aber nicht. Aus der Beschränkung des § 53 Abs. 1 in § 95b Abs. 1 auf analoge Vervielfältigungen lässt sich schließen, dass der Rechteinhaber in einer Vielzahl von Fällen nur technische Sperrmechanismen einsetzen muss, um § 53 Abs. 1 UrhG zu umgehen. Die Einführung einer „Umgehung“ der Schutzschranke der Privatkopie ist ein Eingeständnis gegenüber der Musikindustrie und führt die Schutzschranke der Privatkopie ad absurdum. In der Gesetzesformulierung erkennt man die gute Lobbyarbeit der Musikindustrie, deren Ziel, die weitgehende Einschränkung von Privatkopien durch die Auferlegung von technischen Schutzmaßnahmen auf Tonträgern, erreicht wurde.

Es ist bedenklich, dass die digitale Privatkopierfreiheit nicht in § 95b Abs. 1 genannt wird.[651] Damit ist die Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG ein, wenn auch zahnloser,[652] Tiger. 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 *BVerfG*, nachdem die zustimmungsfreie Kopie nur ausnahmsweise durch überragende Allgemeininteressen zulässig sei.[653] 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 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

[651] So auch *Holznagel/Brüggemann*, MMR 2003, 767 ff.; siehe auch *Hoeren*, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster 2003; *Köcher/Kaufmann*, Anm. zu *BVerfG*, MMR 2005, 751 ff.
[652] Vgl. *Götting* in Schricker, § 95b Rdnr. 4 m.w.N.
[653] *BVerfG* 31, 229, 240 f.; vgl. Referentenentwurf für ein 2. Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft S. 39 ff., abrufbar unter http://www.bmj.de/files/-/1174/RegE%20Urheberrecht.pdf.

über die Geräte- und Leerkassettenabgabe eine nicht unbeträchtliche Kompensation für ihre Ausfälle. Man könnte allenfalls darüber nachdenken, diese Kompensation noch zu erhöhen.

Die soeben genannte Schutzlücke kann auch nicht dadurch kompensiert werden, dass das Umgehen technischer Maßnahmen zum eigenen privaten Gebrauch strafrechtlich freigestellt wird (§ 108b Abs. 1 UrhG). Denn zivilrechtliche Sanktionen bleiben bestehen und können für den Betroffenen unter Umständen sehr hart sein. Auch entsteht in der Öffentlichkeit der Eindruck, dass das Umgehen von Schutzmechanismen zur Erstellung privater Kopien strikt verboten sei, was aber angesichts der Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht stimmt. Die gesetzliche Regelung ist insoweit zu hinterfragen, als nicht das Anfertigen von Privatkopien als Unrecht anzusehen ist, sondern das Einfügen technischer Sperren durch die herstellenden Unternehmen zur Verhinderung der Anfertigung von Privatkopien das Unrecht darstellt. Doch leider hat sich in diesem Bereich die Lobby der Musikindustrie durchgesetzt.

b) Eigener wissenschaftlicher Gebrauch

Das Urheberrecht legitimiert auch das freie Kopieren von Werken aus dem **Internet für wissenschaftliche Zwecke**. Nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG ist es zulässig, auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers einzelne Kopien eines Werkes zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen. Dabei ist der Begriff des „wissenschaftlichen Gebrauchs“ weit auszulegen. Darunter fällt das (auch digitale) Kopieren durch

- Wissenschaftler und Forschungsinstitute
- Privatleute mit wissenschaftlichem Informationsbedürfnis
- Studierende im Rahmen ihrer Ausbildung und
- Forschungseinrichtungen der Privatwirtschaft.[654]

Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo nahezu **vollständige Kopien** ganzer Bücher oder Zeitschriften ohne Zustimmung der Rechteinhaber angefertigt werden (§ 53 Abs. 4 Satz 1 UrhG). Sofern die Schutzfristen für diese Werke nach deutschem Recht noch nicht abgelaufen sind, darf der Nutzer die Texte nicht zu wissenschaftlichen Zwecken aus dem Netz abrufen. Ferner legitimiert § 53 UrhG nicht die öffentliche Wiedergabe des Materials (§ 53 Abs. 6 Satz 1

[654] Dies ist allerdings streitig. Wie hier auch *Schricker/Loewenheim*, § 53 Rdnr. 14; *Ulmer*, § 65 III 1; einschränkend auf Hochschulen *Fromm/Nordemann*, § 53 Rdnr. 9. Zustimmend *BGH*, ZUM-RD 1997, 425 – Betreibervergütung für Privatunternehmen.

UrhG). Wer sich also zu Forschungszwecken Werke aus dem Internet lädt, darf dies nicht „posten“. Zu beachten ist allerdings die Möglichkeit zur Einspeisung in Intranets (§ 52a UrhG).

Aufgrund der Novellierung im Rahmen des Zweiten Korbs wurde die Regelung noch weiter beschränkt und die Wissenschaftsfreiheit auf Fälle beschränkt, in denen **weder unmittelbar noch mittelbar ein kommerzieller Zweck** verfolgt wird. Damit wird eine Nutzung von Material im Rahmen von Drittmittelforschung unmöglich gemacht.
Bibliotheken und Wissenschaftler sind auch gegen **technische Sperrmaßnahmen** geschützt, die ihre Freiheiten und Rechte aus § 53 Abs. 2 UrhG schmälern. Fragwürdig ist allerdings die Pflicht der geschützten Verkehrskreise zur Durchsetzung des Herausgabe- und Unterlassungsanspruchs im Wege der Klage (§ 95b Abs. 2 UrhG). Ein solches Verfahren ist ein kosten- und zeitintensives Rechtsmittel, das die Arbeit etwa von Bibliotheken de facto trotz Rechtsanspruch behindert. Die Informationsbeschaffung an Hochschulen ist dadurch entscheidend gefährdet. Denn die Hochschulen tragen das Nichtbeschaffungs- und Verzögerungsrisiko. Im Falle der Insolvenz des Rechteinhabers entstünden erhebliche Probleme bei der Nutzung von CD-ROMs; die wissenschaftliche Forschung könnte dadurch sehr schnell lahm gelegt werden. Auch müssten z.B. die Bibliotheken das Risiko tragen, dass die notwendigen Informationen erst mit großer Verzögerung beschafft und CD-ROM-Datenbanken zeitweilig nicht genutzt werden könnten. Hier sollte an die Einführung eines schnelleren Rechtsmittels, wie etwa der Einführung einer Schlichtungsstelle, gedacht werden, damit sowohl auf Seiten der Bibliotheken und Wissenschaftler als auch auf Seiten der Anbieter eine rasche Klärung der Ansprüche erreicht werden kann.

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.[655] Hinsichtlich elektronischer Pressearchive (im Sinne eines Inhouse-Kommunikationssystems, das den Zugriff durch einen geschlossenen Nutzerkreis zulässt) hat

[655] So auch *von Gamm*, § 54 Rdnr. 10; *Schricker/Loewenheim*, § 53 Rdnr. 25; *Katzenberger*, GRUR 1973, 629, 636.

der *BGH*[656] 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. Die Vorschrift erlaubt nunmehr nur noch 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:
Baronikians, Kopienversand durch Bibliotheken – rechtliche Beurteilung und Vorschläge zur Regelung, ZUM 1999, 126; *Flechsig*, Der Zweite Korb zur Verbesserung der Urheber- und Leistungsschutzrechte, ZRP 2006, 145; *Heker*, Dokumentenversand durch Bibliotheken, Festschrift für Melichar 1999, 89; *Katzenberger*, Eine salomonische Entscheidung, aber kein Freibrief. Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.2.1999 – I ZR 118/96 – Kopienversanddienst, AfP 1999, 335; *Loewenheim*, Kopienversand und kein Ende, Festschrift für Tilmann 2003, 63; *Müller*, Aktuelles zum Kopienversand der Bibliotheken, in: MR-Int 2007, 102; *Spindler*, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb", NJW 2008, 9, 14.

Gerungen wurde um die Zulässigkeit sog. **Kopierdienste**, die von größeren Bibliotheken und Unternehmen zu Gunsten der Kunden angeboten werden.[657] Der *BGH* hat in zwei Verfahren

[656] *BGH*, MMR 1999, 409 m. Anm. *Hoeren*.
[657] Diese Problematik ist auch der Hintergrund für das Gutachten, das *Loewenheim* im Auftrag der Zeitungsverleger-Verbände erstellt hatte; siehe *Loewenheim*, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994.

gegen kommerzielle Recherchedienste entschieden, dass das Angebot von Recherche und Erstellung aus einer Hand nicht von den Schranken des Urheberrechts gedeckt sei. Die Klagen richteten sich jeweils gegen die CB-Infobank, die angeboten hatte, aus ihrem umfangreichen Pressearchiv Rechercheaufträge zu erfüllen und Kopien gleich mit anzufertigen. Dabei berief sie sich in erster Linie auf § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG. Die Vorinstanzen hatten voneinander abweichende Urteile erlassen**.** Der *BGH* hat klargestellt, dass bei einem Recherche- und Kopierauftrag § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG nicht zur Anwendung komme, weil die Kopiertätigkeit der Informationsstelle nicht für den Auftraggeber, sondern in eigener Sache geschehe. Die Bank könne sich deshalb auf keine Privilegierung berufen. Der Kunde andererseits, der sich auf die Schranke hätte berufen können, habe weder kopiert noch kopieren lassen.[658]

Anders als bei kommerziellen Informationsdiensten ist die Rechtslage bei **öffentlichen Bibliotheken** und sonstigen für die Öffentlichkeit zugänglichen Einrichtungen. Dies gilt insbesondere, wenn auch Recherche- und Auswahlleistung – wie im nachfolgend skizzierten Fall – beim Besteller liegen. In einer spektakulären Grundsatzentscheidung[659] hatte der *BGH* 1997 entschieden, dass solche Einrichtungen weder in das Vervielfältigungs- noch in das Verbreitungsrecht des Urhebers eingreifen, wenn sie auf eine Einzelbestellung hin Vervielfältigungen einzelner Zeitschriftenbeiträge anfertigen und im Wege des Post- oder Faxversandes übermitteln. In einem solchen Fall sei dann aber in rechtsanaloger Anwendung von §§ 27 Abs. 2 und 3, 49 Abs. 1, 54a Abs. 2 und § 54 h Abs. 1 UrhG ein Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung zuzuerkennen, der nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden könne. Die Anerkennung eines solchen Anspruchs sei angesichts der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung geboten, um den Anforderungen des Art. 9 RBÜ, der Art. 9 und 13 des TRIPS-Übereinkommens, der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sowie dem urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsatz Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund sei eine analoge Anwendung aller Regelungen im UrhG, in denen einem Rechteinhaber im Bereich 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 Recherchemethoden) Bezug. Offen blieb allerdings, ob der *BGH* nur den Kopienversand per Post

[658] *BGH*, WM 1997, 731 – CB-Infobank I und WM 1997, 738 – CB-Infobank II. Ähnlich auch *LG Frankfurt/M.*, MMR 2002, 488 für elektronische Pressespiegel.
[659] *BGH*, K&R 1999, 413 – Kopienversanddienst. Gegen das Urteil haben beide Parteien Verfassungsbeschwerde eingelegt. Vgl. auch die (gegensätzlichen) Anmerkungen zu diesem Urteil von *Hoeren*, MMR 1999, 665, 672, und *Loewenheim*, ZUM 1999, 574.

und Fax ausnehmen 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.[660] Der Nutzer verwendete den Suchdienst nur zum eigenen Gebrauch; daran änderte auch die Beteiligung des Betreibers des Suchdienstes nichts. Das *OLG München*[661] hielt den elektronischen Kopienversand geschützter Aufsätze aus Zeitschriften zumindest nach Einführung des ersten Korbes des Urheberrechts seit dem 13.9.2003 für eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts des Urhebers, während der Kopienversand auf dem Postweg oder als Telefax als gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt anzusehen war.[662]

Im Rahmen des **Zweiten Korbes** ist die Zulässigkeit von Kopienversanddiensten durch eine neue Vorschrift geregelt und damit die Rechtsprechung des *BGH* kodifiziert worden.[663] Nach § 53a UrhG ist die Versendung im Wege des Post- oder Faxversandes durch öffentliche Bibliotheken zulässig, sofern sich der Besteller auf einen durch § 53 privilegierten Zweck berufen kann. Die Vervielfältigung und Verbreitung in sonstiger elektronischer Form ist auf grafische Dateien beschränkt. 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 vertraglichen Vereinbarung erworben werden können. Mit diesen Beschränkungen hat sich der Kopienversand von öffentlichen Bibliotheken angesichts der elektronischen Angebote der Verlage weitgehend 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 Veranschaulichung des Unterrichts in Schulen und in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung. Es wäre ein Missverständnis, wollte man unter Berufung auf diese Ausnahmevorschrift Werke mittels eines schulübergreifenden Internetangebots zum Kopieren freigeben. Die Regelung bezieht sich nur auf Kopien in der „für

[660] *OLG Köln*, K&R 2001, 327.
[661] *OLG München*, MMR 2007, 525 m. Anm. *Gausling*.
[662] *OLG München*, MMR 2007, 525 – Subito.
[663] S. auch *Flechsig*, ZRP 2006, 145.

die Unterrichtsteilnehmer erforderlichen Anzahl". Zudem ist durch den neu eingeführten Satz 2 nun geregelt, dass das Kopieren aus Schulbüchern nur mit der Einwilligung des Berechtigten zulässig ist. Im Übrigen sind Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Material nicht durch die Vorschrift gedeckt (§ 53 Abs. 6 Satz 1 UrhG).

g) Rechtsfolge: Vergütungsanspruch

In den Fällen des § 53 Abs. 1 – 3 UrhG hat der Urheber einen **Anspruch auf Vergütung gegenüber den Herstellern von Geräten und Speichermedien**, die zur Vornahme von Vervielfältigungen benutzt werden. Dieser in § 54 UrhG geregelte Anspruch kommt neben dem Urheber auch dem ausübenden Künstler (§ 84 UrhG), dem Tonträgerhersteller (§ 85 Abs. 3 UrhG) und dem Filmhersteller (§ 94 Abs. 4 UrhG) zugute.
Allerdings ist dabei zwischen dem Vergütungsanspruch gegenüber den Herstellern von Geräten und Speichermedien (§ 54 UrhG) und jenem gegenüber dem Betreiber von Ablichtungsgeräten (§ 54c Abs. 1 UrhG) zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist nicht nur theoretischer Natur; vielmehr wird die Vergütung jeweils unterschiedlich berechnet. Die Höhe des Vergütungsanspruchs aus § 54 UrhG bemisst sich nach § 54a UrhG, während sich die Vergütungshöhe für Ansprüche aus § 54c Abs. 1 UrhG nach § 54c Abs. 2 UrhG richtet. Durch diese neuen Regelungen wird die Bestimmung der Vergütungshöhe nun den Parteien überlassen. Die Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG a.F. mit den darin enthaltenen abschließend geregelten Vergütungssätzen wurde mit Einführung des **Zweiten Korbs** aufgehoben.[664]

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

§ 54 Abs. 1 UrhG a.F. gewährte einen Vergütungsanspruch bei der Aufnahme von Funksendungen auf **Bild- und Tonträgern** und der Übertragung von einem Bild- und Tonträger auf einen anderen. Diese Regelung war im Zeitalter von MP3[665] und dem mittlerweile weit verbreiteten Gebrauch von CD-Brennern von wachsender Bedeutung. Eine Vergütungsregelung für CD-Brenner, MP3-Geräte oder Festplatten existierte aber weiterhin nicht.[666] Jene für Leer-CDs lehnte sich an die Vergütung für Leerkassetten an, was angesichts der enormen Quali-

[664] S. auch BT-Drs. 16/1828, S. 28.
[665] Vgl. dazu *Cichon*, K&R 1999, 547.
[666] Vgl. *Däubler-Gmelin*, ZUM 1999, 769, 771.

tätsvorteile der digitalen Kopie nicht gerechtfertigt erschien.[667] 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 **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 „**bestimmt**" waren. Erforderlich war hierzu, dass das Gerät zur Vornahme von Vervielfältigungen technisch geeignet und vorgesehen war.[668] Zu den geeigneten Geräten zählten Scanner,[669] Sampler und Telefaxgeräte.[670]

Angedacht war seitens der VG Wort auch eine **Vergütung für PCs und Drucker**. Gegen eine Gebührenpflicht für Drucker haben sich dagegen das *OLG Düsseldorf* und der *BGH* ausgesprochen.[671] 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, seien sie dazu zwar geeignet, jedoch nicht bestimmt. Vergütungspflichtig nach § 54a UrhG waren CD-Kopierstationen[672] und so genannte Multifunktionsgeräte[673] mit Druck-, Scan- und Faxfunktion, nicht aber PCs.[674] Nicht vergütungspflichtig waren ferner optische Speichermedien, da § 54a Abs. 1 UrhG a. F. nur Geräte umfasste, die zur Vornahme von Vervielfältigungen bestimmt waren.[675]

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 unterschiedslos alle Vervielfältigungsverfahren.[676] 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

---

[667] *Cichon*, K&R 1999, 547, 552.
[668] Siehe *BGHZ* 121, 215, 218 f. – Readerprinter. Nach früherem Recht reichte die technische Eignung aus; s. *BGH*, GRUR 1981, 355, 357 – Videorecorder; GRUR 1982, 104, 105 – Tonfilmgeräte, zu § 53 Abs. 5 Satz 1 UrhG.
[669] *BGH*, WRP 2002, 219 – Scanner; *OLG Hamburg*, CR 1999, 415.
[670] *BGH*, ZUM 1999, 649. Ähnlich bereits *OLG Zweibrücken*, CR 1997, 348; *LG Düsseldorf*, CR 1994, 224.
[671] *OLG Düsseldorf*, CR 2007, 217; siehe dazu auch *BGH*, MMR 2008, 245.
[672] *OLG München*, MMR 2005, 847.
[673] *OLG Stuttgart*, CR 2005, 881.
[674] *BGH*, Urteil vom 2. Oktober 2008 – I ZR 18/06.
[675] Siehe dazu auch oben allgemein zum Vervielfältigungsrecht.
[676] Vgl. BT-Drs. 16/1828 S. 28.

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.[677]

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.

Der Vergütungsanspruch kann nach § 54h Abs. 1 UrhG nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Zuständig ist dabei z.B. die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) mit Sitz in München. Soweit es um literarische Texte geht, nimmt die VG Wort den Anspruch nach § 54 Abs. 1 UrhG wahr.[678] Bei der Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst und Darstellungen wissenschaftlich-technischer Art ist hingegen die VG Bild-Kunst zur Geltendmachung von Vergütungsansprüchen berechtigt. Die Höhe der Vergütung wurde für den Repo-Bereich ab 1.1.2008 durch eine Einigung zwischen BITKOM, Vg Wort und VG Bild-Kunst festgelegt, die Ende Dezember 2008 nach langen Auseinandersetzungen verabschiedet wurde. Danach fallen für Multifunktionsgeräte Abgaben zwischen 25 € und 87,50 €, für Drucker 5€ bis 12,50 € und Scanbner 12,50 € an.
Auf den Vergütungsanspruch kann der Urheber gem. § 63a UrhG im Voraus nicht verzichten. Er kann ihn im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abtreten (§ 63a S. 2 UrhG).

h) Hausrechte

Zu beachten ist auch für das Internet die Reichweite von § 59 UrhG, der die Nutzung von Abbildungen bei Werken an öffentlichen Plätzen regelt. Hiernach ist es zulässig, Werke, die sich bleibend an öffentlichen Werken, Straßen oder Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Grafik, durch Lichtbild oder durch Filmen zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Dieses Recht bezieht sich auch auf Bauwerke, wie sich aus § 59 Abs. 1 Satz 2 UrhG ergibt. Allerdings erstreckt es sich auch bei Bauwerken nur auf die äußere Ansicht, nicht auf die Wiedergabe von Innenräumen. Zulässig sind damit Projekte wie das von Google, das über das Internet Straßenzüge einschließlich der darauf befindlichen Häuser sichtbar macht. Das geschützte Material muss sich allerdings bleibend an öffentlichen Wegen

[677] Vgl. BT-Drs. 16/1828 S. 29.
[678] Zur Vergütungshöhe bzw. vergütungspflichtigen Geräten gem. § 54a UrhG s. explizit unten zu „Verwertungsgesellschaften" unter VII. 2.

befinden; Werke wie die Installationen von Christo, die von vornherein nur befristet an öffentlichen Straßen oder Plätzen aufgestellt werden, fallen nicht unter die Vorschrift.[679] Umfasst ist alles, was der Benutzer von einem der Allgemeinheit frei zugänglichen Ort ohne besondere Hilfsmittel wahrnehmen kann.[680] Die Schranke hat allerdings Überschneidungen mit dem Hausrecht von Veranstaltern. Nicht alles, was man auf einem öffentlichen Platz, wie etwa einem Fußballplatz sehen kann, ist etwa über das Internet frei verwertbar. Gerade im Sportbereich sind die entsprechenden Veranstalterrechte, etwa des DFB oder der UEFA, zu berücksichtigen. Dies zeigt der allerdings kontrovers diskutierte Fall des *Oberlandesgerichts Stuttgart*[681] zu den „Hartplatzhelden", einer Website, bei der Amateuraufnahmen von Amateurfußballspielen zum Abruf bereitgehalten wurden.

§ 59 hat keine Auswirkungen auf die Befugnisse des Eigentümers, die Erstellung von Fotos auch eines öffentlich zugänglichen Gebäudes (zB Sanssouci) zu verbieten.[682]

9. Kartellrechtliche Zwangslizenzen

Literatur:
Von Bechtolsheim/Bruder, Die Essential Facilities Doktrin und § 19 (4) Nr. 4 GWB, WRP 2002, 55; *Deselaers*, Die „Essential Facilities"-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH, EuZW 1995, 563; *Schwarze*, Der Schutz des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2002, 75; *Frey*, Neue Herausforderungen für die exklusive Contentverwertung – Der wettbewerbsrechtliche Rahmen für die Vermarktung und den Erwerb von Medienrechten, GRUR 2003, 931; *Wielsch*, Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht, EuZW 2005, 391.

Denkbar ist auch eine **kartellrechtliche Erweiterung der Schranken** in besonderen Einzelfällen. Ausgangspunkt ist **Art. 82 EGV**[683] und die dort **verankerte Missbrauchskontrolle bei marktbeherrschenden 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

[679] *BGH*, GRUR 2002, 605, 606 – Verhüllter Reichstag.
[680] *BGH*, GRUR 2003, 1035, 1037 – Hundertwasser-Haus.
[681] *OLG Stuttgart*, Urteil vom 19.März 2009 – 2 U 47/08; *LG Stuttgart*, MMR 2008, 551 m. Anm. *Hoeren/Schröder*.
[682] *LG Potsdam*, Urteil vom 21. November 2008 – 1 O 175/08; ähnlich Urteil vom 21. November 2008 – 1 O 161/08 und Urteil vom 21. November 2008 – 1 O 330/08.
[683] Zur Zwangslizenzierung nach § 24 PatG vgl. *BGH*,GRUR 2004, 966, 970.

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 selbst auf dem Markt für Programmzeitschriften nicht tätig waren. Dies sah der *EuGH* als möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung an.[684] Allerdings beschränkte der *EuGH* eine solche Anwendung des Kartellrechts bei urheberrechtlichen Konstellationen auf „außergewöhnliche Umstände".

Die genaue Auslegung der „außergewöhnlichen Umstände" überließ der *EuGH* der Entscheidung im Fall „**Bronner**".[685] Die Lieferung der Informationen sei für die Herausgabe des Programmführers „unentbehrlich" gewesen. Auch sei die Weigerung „nicht durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt" gewesen. Schließlich sei sie geeignet, „jeglichen Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt" auszuschließen. Damit bedarf es dreier kumulativ zu prüfender Kriterien für die Annahme eines Kontrahierungszwanges: Die Weigerung zum Abschluss von Lizenzverträgen muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt auszuschalten, darf nicht objektiv gerechtfertigt sein und muss unentbehrlich, d.h. tatsächlich und potenziell unersetzbar sein. Der Kontrahierungszwang ist hiernach ultima ratio gegenüber dem Aufbau eigener Informationsbeschaffungs- und Vertriebsstrukturen.

Neben dem Magill-Fall bietet auch das Urteil in Sachen **IMS Health**[686] Anlass, über die Grenzen der Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse zum Ausbau der eigenen Stellung am Markt und vor allem zur Marktkontrolle nachzudenken. Am 3.7.2001 veröffentlichte die EU-Kommission ihre Entscheidung, wonach IMS Health, der Weltmarktführer bei der Sammlung von Daten über den Absatz von Arzneimitteln, Auskunft über Lizenzen für seine Struktur „1860 Bausteine" zu erteilen habe.[687] Die Datenstruktur erlaubt es, das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in Absatzsegmente, so genannte Bausteine, zu unterteilen; der Standard hat sich zu einer landesweiten Norm für die deutsche Pharmaindustrie entwickelt. Die Kommission sah die Weigerung von IMS Health, Lizenzen für die Verwendung seiner urheberrechtlich geschützten Struktur zu erteilen, als einen Prima-facie-Beweis für den Missbrauch

[684] *EuGH*, GRUR Int. 1995, 490; s. dazu; *Bechtold*, EuZW 1995, 345 ff.; *Deselaers*, EuZW 1995, 563 ff.; *Götting*, JZ 1996, 307 ff.; *Pilny*, GRUR Int. 1995, 956 ff.
[685] *EuGH*, NJW 1999, 2259.
[686] Siehe dazu auch: *Immenga*, Das EU Wettbewerbsrecht bedroht das Urheberrecht, FAZ vom 9. Mai 2001, S. 29.
[687] Kommissionsentscheidung COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Interim Measures; die Entscheidung beruht auf Art. 3 der Verordnung No. 17.

einer marktbeherrschenden Stellung.[688] Sie verpflichtete IMS Health, die Verwendung dieser Struktur seinen Wettbewerbern zu nicht diskriminierenden und geschäftlich angemessenen Bedingungen zu gestatten. Aus Sicht der Kommission hinderte die Weigerung 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.[689]

Nachdem IMS Health Rechtsmittel gegen die Kommissionsentscheidung eingelegt hatte, entschied der *Europäische Gerichtshof 1. Instanz* am 26.10.2001 im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu Gunsten von IMS Health und setzte den Vollzug der Kommissionsentscheidung bis zur Entscheidung in der Hauptsache aus. Das Gericht nahm die von der Kommission vorgenommene (und von IMS gerügte) extensive Interpretation der Voraussetzungen, welche in dem Magill-Urteil für einen Missbrauch marktbeherrschender Stellungen durch geistige Eigentumsrechte aufgestellt worden waren, zum Anlass, einen Prima-facie-Nachweis für einstweiligen Rechtsschutz zu Gunsten von IMS Health zu bejahen.[690]
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 marktbeherrschender 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.

---

[688] Anders das *OLG Frankfurt* im Rahmen eines Verfahrens über urheberrechtliche Unterlassungsansprüche von IMS Health, MMR 2002, 687; ähnlich *LG Frankfurt/M.*, Urteil vom 16. November 2000 – 2/3 O 359/00.
[689] Kommissionsentscheidung COMP D3/38.044 – NDC Heath/IMS Health: Interim measures. S. auch Pressemitteilung „Kommission ordnet einstweilige Maßnahmen gegen IMS Health in Deutschland an", 3. Juli 2001 – IP/01/941.
[690] *EuGH*, GRUR Int. 2002, 70.

Nach dem 2004 ergangenen Urteil des *EuGH*[691] 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 einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG 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 potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht.
- Die Weigerung ist nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.
- Die Weigerung ist geeignet, dem Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums den Markt für die Lieferung der Daten über den Absatz von Arzneimitteln in dem betreffenden Mitgliedstaat vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

VIII. Verwertungsgesellschaften

Literatur:
Becker, Urheberrecht und Internet – Praktische Erfahrungen aus dem Bereich der Musik, in: Schwarze/Becker (Hg.), Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, Baden-Baden 2002, 57; *Bezzenberger/Riesenhuber*, Die Rechtsprechung zum „Binnenrecht" der Verwertungsgesellschaften – dargestellt am Beispiel der GEMA, GRUR 2003, 1005; *Bing*, Die Verwertung von Urheberrechten. Eine ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften, Berlin 2002; *Kreile/Becker*, Verwertungsgesellschaften in der Informationsgesellschaft, in: Immenga (Hg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1999, 77; *Kreile/Becker*, Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten, GRUR Int. 1996, 677; Rechtedurchsetzung und -rechteverwaltung durch Verwertungsgesellschaften in der Informationsgesellschaft, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch-Multimediarecht, München 2001, Teil 7.7.; *Kretschmer*, The Failure of Property Rules in Collective Administration: Rethinking Copyright Societies as Regulatory Instruments, EIPR 24 (2002), 126; *Niemann*, Urheberrechtsabgaben – Wie viel ist im Korb?, CR 2008, 273; *Reber*, Aktuelle Fragen zu Recht und Praxis der Verwertungsgesellschaften, GRUR 2000, 203; *Reinbothe*, Die kollektive Wahrnehmung von Rechte in der Europäischen Gemeinschaft, in: Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 517; *Schippan*, Die Klärung von „Multimediarechten" in Europa, ZUM 1999, 135; *Siebert*, Die Auslegung der Wahrnehmungsverträge unter Berücksichtigung der digitalen Technik, Köln 2002; *Ventroni/Poll*, Musiklizenzerwerb durch Online-Dienste, MMR 2002, 648; *Vogel*, Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1993, 513; *Vogel*, Verwertung ist Macht. Übles Spiel mit dem

[691] *EuGH*, EuZW 2004, 345.

Urhebervertragsgesetz, FAZ vom 17. Januar 2004, S. 37; *Wolf*, Urheberrechtliche Lizenzeinräumung und Kontrollrechte einer Verwertungsgesellschaft am Beispiel des Music-on-demand-Projektes der Deutschen Telekom, ZUM 1998, 303; *Wittweiler*, Die kollektive Verwertung im Zeitalter des Information-Highway, in: Hilty (Hg.), Information Highway. Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, München 1997.

Die zahlreichen von der Online-Nutzung betroffenen Urheber- und Leistungsschutzrechte machen eine sinnvolle Nutzung des Internet sehr schwierig. Wollte der Content-Provider eine digitale Bild- oder Musikdatenbank einrichten, bräuchte er je nach Speicherkapazität die Zustimmung tausender Urheber und Leistungsschutzberechtigter. So musste z.B. für die Herstellung der CD-ROM anlässlich des 100. Geburtstages des Komponisten Carl Orff der Musikverlag Schott mehr als 800 Urheber- und Leistungsschutzrechte einholen.[692] Gäbe es nicht zumindest die Verwertungsgesellschaften, die einige Rechte treuhänderisch[693] wahrnehmen, müsste der Content-Provider mit jedem einzelnen Berechtigten verhandeln. Die Nutzung von Multimedia wäre damit von vornherein unmöglich. Hier bietet sich die Idee eines One-Stop-Shops an, eines einzigen „Geschäfts für digitale Rechte". Allerdings sind solche One-stop-shops kartellrechtlich bedenklich. Die Europäische Kommission hat am 16. Juli 2008 in Brüssel ihre Entscheidung im Kartellrechtsverfahren gegen den Weltverband musikalischer Verwertungsgesellschaften CISAC und 24 europäische Verwertungsgesellschaften, u.a. die GEMA, veröffentlicht. [694] Die Kommission wirft den Verwertungsgesellschaften Beschränkungen bei der Aufnahme neuer Mitglieder aus anderen Mitgliedsstaaten vor. Weiterhin beanstandet die EU-Kommission die territorialen Beschränkungen in den Vereinbarungen der europäischen Verwertungsgesellschaften untereinander für die Bereiche Online-Nutzung, Satellitenübertragung sowie Kabelweitersendung. Territoriale Einschränkungen, die eine Verwertungsgesellschaft daran hindern, kommerziellen Usern außerhalb ihrer Landesgrenzen Lizenzen anzubieten, seien wettbewerbswidrig. Entsprechende Klauseln in den Verträgen von 17 Verwertungsgesellschaften führten zu einer strengen Aufteilung des Marktes auf einer nationalen Basis. Auf diese Weise soll zwischen den europäischen Verwertungsgesellschaften ein Wettbewerb für Musikrechte entstehen. Unter Berufung auf diese Entscheidung führten dann im September 2008 die Verwertungsgesellschaften untereinander einen Gerichts-Krieg. Nachdem die niederländische Verwertungsgesellschaft Buma/Stemra EU-weite Lizenzen für das

[692] *Möschel/Bechthold*, MMR 1998, 571 f.
[693] Der zwischen dem Urheber und der Verwertungsgesellschaft geschlossene Wahrnehmungsvertrag begründet ein fremdnütziges Treuhandverhältnis, durch das der Treuhänder das ausschließliche Nutzungs- und Verwertungsrecht erhält; vgl. *LG Köln*, ZUM 1998, 168 f.
[694] http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1165&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en

Weltrepertoire angeboten hatte, erwirkte die GEMA gegen diese Lizenzerteilung eine einstweilige Verfügung beim Landgericht Mannheim. Der BUMA wurde mit Verfügung vom 25. August 2008 die Lizenzerteilung für das GEMA-Territorium verboten. Ähnlich ging die britische Performing Rights Society in die Niederlanden in dem Wege einer einstweiligen Verfügung gegen die Buma vor.

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.

Zunächst kassieren die Verwertungsgesellschaften die nach § 54 UrhG zu entrichtende Geräteabgabe. Hierbei handelt es sich um eine Gebühr, die Hersteller von Speichermedien und von Geräten zu entrichten haben, die zur Vornahme von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch bestimmt sind. Über diesen gesetzlichen Vergütungsanspruch hinaus richtet sich die Kompetenz der Verwertungsgesellschaften nach den Wahrnehmungsverträgen, die die Gesellschaften mit den Rechteinhabern abgeschlossen haben.

1. GEMA

Die GEMA lässt sich u.a. die „Rechte der Aufnahme auf Tonträger und Bildtonträger und die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte an Tonträgern und Bildtonträgern" übertragen. Die Klausel bezieht sich nur auf die unveränderte Übernahme eines vollständigen Musikwerkes auf Bild-/Tonträger. Jede Bearbeitung, Veränderung oder Kürzung führt deshalb zur Nich-

tanwendbarkeit der Klausel.[695] Neben der Eins-zu-Eins-Verwendung von Musik regelt der Wahrnehmungsvertrag auch die Verbindung von Musik mit anderen Werken, die sog. Synchronisation. So soll die GEMA zuständig sein, Musik „mit Werken anderer Gattungen auf Multimedia- und andere Datenträger oder in Datenbanken, Dokumentationssystemen oder in Speichern ähnlicher Art, u.a. mit der Möglichkeit interaktiver Nutzung" zu verbinden und diese neue Verbindung zu nutzen. Die GEMA verpflichtet sich in diesen Fällen, den Rechteinhaber über alle Anfragen nach Online-Synchronisationsrechten zu informieren. Der Rechteinhaber hat dann vier Wochen Zeit darüber zu entscheiden, ob er die Rechte selbst wahrnimmt. Unternimmt er in diesem Zeitraum nichts, ist die GEMA endgültig zur Vergabe der Synchronisationsrechte berechtigt. Die GEMA hat ferner das Recht, „Werke der Tonkunst in Datenbanken, Dokumentationssysteme oder in Speicher ähnlicher Art einzubringen". Sofern Musik daher über das Internet ausgestrahlt werden soll, ist dafür in Bezug auf die Rechte der Komponisten und Texter (ausschließlich) an die GEMA zu zahlen. Hinzu kommen aber noch die Rechte der Tonträgerhersteller, die ihre digitalen Rechte nicht an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten haben. Die GEMA verfügt nicht über das Bearbeitungsrecht, so dass z. B. Aufarbeitung von Musik für Klingeltöne nicht von einer GEMA-Erlaubnis abgedeckt ist.[696] Der GEMA ist umgekehrt verboten worden, die Nutzungsrechteeinräumung an den Nachweis einer Bearbeitungseinwilligung zu koppeln.[697] Seit Juli 2001 verfügt die GEMA auch über eigene Online-Tarife, die auf Pauschalgebühren (Prozentual bei Gewinnerzielung, sonst Mindestgebühr) je eingespeisten Musiktitel abstellen.[698]

Im Einzelnen handelt es sich um die Tarife

- VR-W 1: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires in Websites zu Präsentationszwecken
- VR-W 2: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires in Websites mit „Electronic Commerce"
- S-VR/Hf-Pr und S-ZR/PHf-Pr: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires durch Veranstalter von Internetradio

[695] Vgl. hierzu ausführlich *Schulze*, ZUM 1993, 255, 261.
[696] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 315; *LG München I*, MMR 2006, 49; s. dazu auch *Castendyk*, ZUM 2005, 9 ff.; *Kees/Lange*, CR 2005, 684 ff.
[697] *LG München I*, MMR 2006, 49.
[698] Siehe *Bundesanzeiger Nr. 106* vom 9. Juni 2001, 11472 und 11473. Ausführlicher *Becker*, in: Schwarze/Becker (Hg.), Regulierung, 57, 63 ff.

- VR-OD 1: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires für den on-Demand Download von Klingeltönen für Mobiltelefone
- VR-OD 2 und VR-OD 3: Nutzung von Werken des GEMA-Repertoires für Music-on-Demand Download und Streaming.
- Inszwischen existiert auch ein eigener Tarif für die Nutzung von Werken in sog. Podcasts.

Für den Tarif VR-W 1 erfolgt die Berechnung nach den Page Impressions. Für bis zu 25.000 Page Impressions ist bei gewerblichen Websites eine Vergütung von 25 € pro Monat und Werk fällig. Als Spieldauer geht die GEMA von maximal fünf Minuten pro Werk aus. Für die Nutzung auf privaten Websites beträgt die Vergütung je Werk 25 € pro Jahr auf der Basis von max. 2000 Page Impressions. Der Tarif VR-W 2 gilt nur dann, wenn die Websites Angebote des Electronic Commerce enthalten. Unter den Begriff Electronic Commerce fällt jedes Angebot von Waren oder Dienstleistungen über eine Website. Im Bereich Music-on-Demand beträgt die Vergütung 12,5 % des Preises, den der Endnutzer für den Download oder Stream an den Online-Shop zahlt.

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 soweit die großen Musik-Companies als Musikverleger der GEMA angehören, ist eine Rechteübertragung an die GEMA nicht erfolgt. Weitere Probleme ergeben sich aus der Wahrnehmung der Online-Rechte ausländischer Rechteinhaber. Das System der Gegenseitigkeitsvereinbarungen nationaler Verwertungsgesellschaften, mit deren Hilfe ausländisches Repertoire lizenziert wird, steht derzeit auf dem Prüfstand. Im Jahr 2005 hat die EU-Kommission dieses System für den Online-Bereich kritisiert und eine Empfehlung für die grenzüberschreitende kollektive Wahrnehmung von Online-Musikrechten abgegeben.[699] Eine EU-Studie hatte eine Reihe von Schwächen aufgezeigt, insbesondere im Hinblick auf den fehlenden Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften im Bereich der digitalen Nutzung.[700]

[699] Empfehlung der Kommission vom 18. Mai 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden (2005/737/EG).

[700] Study on a Community Initiative on the cross-border collective management of Copyright, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt_en.pdf.

Der BGH hat mit Urteil vom 18. Dezember 2008[701] über die Kompetenzen der GEMA bei der Vergabe von Rechten an Klingeltönen entschieden. Auch eine Musterklage des Komponisten Frank Kretschmer (Rock my Life) sollte der BGH darüber entscheiden, ob für die Vergabe von Rechten an Klingeltönen nur an die Verwertungsgesellschaft GEMA oder auch an den entsprechenden Urheber der Telefonmelodie zu zahlen sei. Der BGH ging davon aus, dass der GEMA-Vertrag von 2002 auch die Verwertung der Musik als Klingelton umfasse. In den GEMA-Verträgen von 1996 und davor sei die Berechtigung, die Stücke zu Klingeltönen zu verarbeiten, noch nicht enthalten. Nach den neueren GEMA-Verträgen bedürfe es keiner zusätzlichen Einwilligung des Urhebers, wenn das Musikwerk so zum Klingelton umgestaltet werde, wie dies bei Vertragsschluss „üblich" und „voraussehbar" gewesen sei. Dazu gehöre, „dass die Nutzung eines Musikwerkes als Ruftonmelodie dessen Kürzung und digitale Bearbeitung bzw. Umgestaltung erfordert". Im Übrigen weist der BGH darauf hin, dass der betroffene Urheber mit seinem Altvertrag nicht darauf verwiesen werden könne, dass die GEMA einseitig Änderungen auf Altverträge erstrecken dürfe. Ein solches Recht stehe der GEMA nicht zu. Die zwischen der GEMA und den Berechtigten geschlossenen Berechtigungsverträge könnten nämlich nicht durch einen Beschluss der Mitgliederversammlung der GEMA einseitig geändert werden. Die Bestimmungen aus dem alten GEMA-Berechtigungsvertrag 1996, wonach die Mitgliederversammlung mit Wirkung für künftige Verträge ab Änderungen des Berechtigungsvertrags beschließen dürfe, sei unwirksam, weil sie die Berechtigten unangemessen benachteilige.

Die GEMA unterliegt wie alle anderen Verwertungsgesellschaften dem Abschlußzwang, sowohl gegenüber den Urhebern wie den potentiellen Nutzern. Der Abschlusszwang nach § 11 UrhWG ist eine notwendige Folge davon, dass die jeweilige Verwertungsgesellschaft – in Deutschland besteht für eine oder mehrere Arten von Schutzrechten in der Regel nur jeweils eine Verwertungsgesellschaft – das tatsächliche Monopol für alle Rechte erlange, die zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörten. Nach Auffassung des BGH[702] besteht ausnahmsweise eine Abschlusspflicht nicht, wenn eine missbräuchliche Ausnutzung der Monopolstellung von vornherein ausscheide und die Verwertungsgesellschaft dem Verlangen auf Einräumung von Nutzungsrechten vorrangige berechtigte Interessen entgegenhalten könne. Diese Voraussetzung sei zB gegeben, wenn der Nutzer Nutzungsrechte erhalten soll, die er nicht rechtmäßig nutzen könne.

[701] I ZR 23/06
[702] Urteil vom 22. April 2009 – I ZR 5/07 – Seeing is Believing

Rechtspolitisch ungeklärt ist schließlich die Frage, wie sich der zunehmende Einsatz von Digital Rights Management (DRM) auf die Kompetenzen der GEMA und anderer Verwertungsgesellschaften auswirkt. Die Geräteindustrie hat ein inhärentes Interesse daran, dass mit dem Einsatz digitaler Rechtemanagementsysteme eine individuelle Lizenzierung von Content möglich und die Zahlung einer Geräteabgabe für z.B. Privatkopien damit obsolet wird. Diese These ist jedoch nicht empirisch belegt. Der Einsatz wirklich effektiver DRM-Systeme ist noch marginal. Auch ist völlig nebulös, ob und wie die Urheber an der individuellen Lizenzierung mittels DRM partizipieren. Die Verwertungsgesellschaften sind unter Umständen gerade im Zeitalter von DRM dazu aufgefordert, die Vergütungsinteressen der Urheber wirksam zu vertreten.

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 Wahrnehmung; 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.[703]

Die VG Wort ist auch zuständig für die **Pressespiegelvergütung** (§ 49 UrhG). Soweit Presseübersichten elektronisch erstellt werden, kommt die Pressespiegelfreiheit zum Tragen. Insofern steht der VG Wort ein breites Tätigkeitsfeld zur Verfügung. Dieses nimmt sie seit September 2003 zusammen mit der PMG Pressemonitor Deutschland GmbH & Co. KG wahr, einem Unternehmen der Verlagswirtschaft. Darüber hinaus nimmt die VG Wort die bereits Vergütungsansprüche für private Kopien wahr.

Ungeklärt und höchst umstritten ist die Frage, inwieweit **Verleger an dem Gebührenaufkommen bei der VG Wort zu beteiligen** sind. Nach § 63a UrhG a. F. konnten gesetzliche Vergütungsansprüche von Urhebern und Künstlern im Voraus nur an eine Verwertungsgesell-

[703] Vgl. *Melichar*, Schöpfer vorbestehender Werke aus Sicht der VG Wort, ZUM 1999, 12, 15.

schaft abgetreten werden. Verleger konnten daher mangels eigener gesetzlicher Vergütungsansprüche keine an sie abgetretenen Ansprüche mehr in Verwertungsgesellschaften einbringen. Insofern musste ihr Anteil an den Ausschüttungen generell (nicht nur bei der VG Wort, sondern auch bei den anderen Verwertungsgesellschaften) sinken. Die VG Wort wollte auf Druck des Börsenvereins diese neue Rechtslage nicht wahrhaben und stellt ihre Verteilungspraxis nicht um.[704] Diese Regelung ist infolge der Probleme mit dem Zweiten Korb modifiziert. Die Vergütungsansprüche können nunmehr im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft oder zusammen mit der Einräumung des Verlagsrechts dem Verleger abgetreten werden, wenn dieser sie durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lässt, die Rechte von Verlegern und Urhebern gemeinsam wahrnimmt.

Große Probleme bereitet der VG Wort sowie dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels auch **Google**, insbesondere die Google-Buchsuche. Aktuell kann man mit der Google Buchsuche einen Bestand von etwa sieben Millionen Büchern durchsuchen. 2005 haben die Authors Guild, die Association of American Publishers und einige Autoren und Verlage eine Sammelklage gegen Google Buchsuche eingereicht.[705] In dieser Sammelklage wird beklagt, dass Google die Urheberrechte dieser Autoren und Verlage und anderer Rechteinhaber von Büchern und Beilagen verletzt habe (klicken Sie für eine Definition auf den jeweiligen Begriff), indem die Bücher gescannt, eine elektronische Datenbank erstellt und kurze Auszüge ohne die Genehmigung der Urheberrechtsinhaber angezeigt wurden. Es kam dann im Oktober 2008 zu einem Vergleich mit den Klägern, der auch Gültigkeit für deutsche Autoren und Verlage beansprucht[706]. Google darf danach folgende neuen Funktionen anbieten, um Online-Zugang zu Büchern zu erhalten:

• Vorschau: Leser können 20 Prozent der Seiten vieler nicht mehr verlegter Bücher im Rahmen einer kostenlosen Vorschau betrachten. Wie beim Stöbern im Buchladen können sie so zwischen ein paar Seiten hin- und herblättern, um entscheiden zu können, ob dieses Buch das richtige für sie ist.

• Online-Kauf: Leser können Online-Zugang zu einem kompletten Buch erwerben. Das bedeutet, dass eine Person ein vollständiges Buch an jedem Internet-fähigen Computer in den

[704] Weitere Hinweise finden sich in dem zu Recht depriminierenden Beitrag von *Vogel* aus der FAZ vom 17. Januar 2003, S. 37.
[705] The Authors Guild, Inc., et al. v. Google Inc., Fall Nr. 05 CV 8136 (S.D.N.Y.)
[706] http://www.googlebooksettlement.com/r/view_settlement_agreement.

USA lesen kann, wenn sie die Zugriffsrechte für dieses Buch erworben hat.
• Firmen-Abonnements: Akademische, öffentliche und andere Organisationen können Abonnements erwerben, die ihren Mitgliedern Online-Zugriff auf den kompletten Text von Millionen von Titeln ermöglicht.

Google wird die Erstellung eines unabhängigen, gemeinnützigen "Buchrechte-Registers" finanzieren, das von Autoren und Verlagen betrieben werden wird. Dieses Register identifiziert Rechteinhaber und dient dem Sammeln und der Verteilung der Einnahmen, die als Ergebnis dieses Abkommens erzielt werden. Das Register wird im Interesse sowohl von US-amerikanischen und anderen Autoren sowie Verlagen geführt, deren Werke bei einem US-Bibliothekspartner im Rahmen des Google Buchsuche Bibliotheksprogramms gescannt wurden. Das Register dient auch Rechteinhabern ähnlicher Programme (zum Beispiel der European Digitization Initiative), die von anderen Firmen oder Institutionen begründet wurden. Google geht davon aus, dass dieses Abkommen dabei helfen wird, die Anzahl "verwaister" Bücher zu minimieren, weil Rechteinhaber nun einen konkreten wirtschaftlichen Anreiz haben, um sich zu ihren Werken oder Rechten zu bekennen und mit ihnen Geld zu verdienen. Es ermöglicht Rechteinhabern einen Weg, davon zu profitieren, wenn jemand Nutzen aus ihren Werken ziehen möchte, beispielsweise wenn ein Drehbuchautor einen Film aus einem nicht mehr verlegten Buch machen möchte. Das Register wird eine Datenbank für Informationen zu Rechteinhabern werden und es wird dabei helfen, Rechteinhaber überhaupt zu identifizieren und kontaktieren u können.

Die Mitgliederversammlung der VG Wort hat am 23. Mai 2009 beschlossen, dass die VG Wort bestimmte Rechte aus dem Google-Settlement für Autoren und Verlage gemeinsam wahrnimmt. Der Beschluss der Mitgliederversammlung sieht vor, dass die VG Wort die Vergütungsansprüche für die bis zum 5. Mai 2009 von Google digitalisierten Werke einzieht, gleichzeitig aber die in Deutschland erschienenen Werke aus dem Digitalisierungsprogramm von Google zurückzieht. Dies wiederum wurde mit der Möglichkeit verbunden, dass die VG Wort in Zukunft digitale Nutzungen von vergriffenen Werken – im Unterschied zu lieferbaren Werken – lizenzieren kann, wenn die Rechteinhaber damit einverstanden sind. Entsprechende Vereinbarungen sind mit Google möglich, aber insbesondere auch mit Trägern von deutschen und europäischen Digitalisierungsprojekten. Außerdem wurde der VG Wort das Recht eingeräumt, digitale Vervielfältigungen zum ausschließlichen Zweck der Anzeige von bibliographischen Daten im Internet zu erlauben.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die immer noch offene Fragen der **GEZ-Gebühren für internetfähige PCs**. Nach Aufassung des VG Koblenz[707] sind Anwälte, die in ihren Kanzleien beruflich PCs mit Internetanschluss nutzen, keine Rundfunkteilnehmer und müssen daher auch keine Rundfunkgebühren entrichten.

Herkömmliche Rundfunkempfangsgeräte sind speziell für einen Hörfunk- oder Fernsehempfang ausgerichtet und werden nur zu diesem Zweck angeschafft. Desgleichen kann bei mehrfunktionalen Geräten mit Rundfunkempfangsteilen wie einer Stereoanlage oder einem Radiowecker, pauschalierend am Gerätebesitz angeknüpft werden, da sich der Erwerber mit deren Anschaffung zumindest die Option offenhalten möchte, diese Geräte auch zum Rundfunkempfang zu nutzen. Im Übrigen ist seit dem 1. Januar 2007 auch der in einer Kanzlei zu beruflichen Zwecken genutzte PC tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Gebührenpflicht. Durch die Regelung in § 5 Abs. 3 RGebStV hat der Gesetzgeber auch „neuartige“ Rundfunkempfangsgeräte, abgesehen von den dort genannten Ausnahmen, nach Ablauf des Moratoriums in § 11 Abs. 2 RGebStV zum 31. Dezember 2006 für gebührenpflichtig erklärt. Abgesehen von dem einen – im gegenständlichen Fall aber einschlägigen – Beispiel des Rechners, der Rundfunkprogramme ausschließlich über Angebote aus dem Internet wiedergeben kann, hat der Gesetzgeber im Rundfunkgebührenstaatsvertrag keine weitere konkrete Definition für neuartige Rundfunkempfangsgeräte getroffen. Zweifellos müsste man derzeit auch Notebooks, UMTS-Handys und internetfähige PDAs (Personal Digital Assistent – kompakter, tragbarer Computer, der insbesondere für die persönliche Kalender-, Adress- und Aufgabenverwaltung benutzt werden kann) als neuartige Rundfunkempfangsgeräte ansehen, da diese die gleiche Funktionalität wie der oben genannte Rechner beinhalten. Die zunehmende Digitalisierung der Daten hat für den Rundfunkbereich dazu geführt, dass die bisherigen Übermittlungswege für Ton und Video (i. d. R. über Radio und Fernsehgerät) nicht mehr bindend sind.

Eine Heranziehung des Anwalts zu einer Gebühr kommt aber nach Aufassung des VG Koblenz nicht in Frage, da dieser kein Rundfunkteilnehmer i.S. des § 11 II 1 RGebStV ist. Dies sind nur Personen, die ein Rundfunkgerät zum Empfang bereithalten. Zwar stellt der Begriff des Bereithaltens auf die mögliche Nutzung des Rundfunkempfangs ab. Nicht

[707] *VG Koblenz*, Urteil vom 15. Juli 2008 – 1 K 496/08; anderer Ansicht *VG Ansbach* mit Urteil vom 10. Juli 2008 – AN 5 K 08.00348.

entscheidend ist mithin, ob ein Rundfunkteilnehmer tatsächlich Leistungen in Anspruch nimmt bzw. welche Programme er empfangen will oder tatsächlich nutzt[708]. Das VG Koblenz betont jedoch, dass allein die abstrakte technische Möglichkeit des Rundfunkempfangs noch nicht zwangsläufig die Rundfunkteilnehmereigenschaft begründet[709], da es sich bei der Rundfunkgebühr nicht um eine schlichte „Besitzabgabe“ handelt, sondern darüber hinaus auch eine gewisse Zweckbestimmung des Bereithaltens notwendig ist. Ein PC kann in vielfacher Weise anderweitig verwendet werden. Regelmäßig stehen bei seiner Nutzung die telekommunikativen Anwendungen im Vordergrund. Im schlichten Gerätebesitz eines ausschließlich beruflich genutzten PCs verkörpert sich daher weder generell noch im Einzelfall eine Teilnahme am Rundfunk. Ferner geht das VG Koblenz davon aus, dass eine generelle Gebührenpflicht für ausschließlich beruflich genutzte internetfähige PCs gegen das Grundrecht der Informationsfreiheit gem. Art. 5 I GG verstoße. Hiernach hat jedermann das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Allerdings hat das BVerfG[710] entschieden, dass diese Norm nicht den kostenlosen Zugang zu Informationsquellen gewährt. Durch die Einführung einer Rundfunkgebühr für Internet-PCs wurde indes eine staatliche Zugangshürde errichtet, die mit den Informationsquellen nichts zu tun hat. Damit ist der Zugang zu an sich frei verfügbaren Informationen auch nicht mehr ungehindert möglich. Im Ergebnis ist das Merkmal des Bereithaltens „zum Empfang“ deshalb verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass Anwälte für beruflich genutzte PCs keine Rundfunkgebühr zu entrichten haben.

3. VG Bild-Kunst

Auch die VG Bild-Kunst hatte lange Zeit kein Recht, die Digitalisierung geschützter Werke zu kontrollieren. Erst im Juni 1994 wurde der Wahrnehmungsvertrag dergestalt geändert, dass auch die digitalen Rechte bildender Künstler (Maler, Architekten) bei dieser Verwertungsgesellschaft liegen. Der VG Bild-Kunst gelang es dann, die Fotografen für den Bildungsbereich zu einer Übertragung ihrer digitalen Rechte zu veranlassen. Nach dem neuen Wahrnehmungsvertrag überträgt der Fotograf der Gesellschaft die „Ansprüche aus der nach der ersten Veröffentlichung erfolgenden Nutzung in digitaler Form, soweit die Nutzung für wissenschaftliche Zwecke oder für den Schul- und Unterrichtsgebrauch sowie andere, nichtkommerzielle Bildungszwecke erfolgt”. Es muss nach dem Wahrnehmungsvertrag aber sichergestellt

[708] Vgl. BVerfG, NJW 1994, 1942.
[709] Vgl. auch BVerwG, NVwZ 1988, 733 L.
[710] NJW 2000, 649.

sein, dass mit der Nutzung nicht zugleich Werbezwecke verfolgt werden, dass die Bilder bei jeder Nutzung mit der Bezeichnung des jeweiligen Fotografen versehen sind und dass die Bilder in ihrer digitalen Form nicht entstellt sind. Das Recht, gegen eventuelle Entstellungen vorzugehen, überträgt der Fotograf ebenfalls auf die Gesellschaft. Er kann aber jederzeit bezüglich eines konkreten Falls alle Rechte zurückholen. Diese Änderung des Wahrnehmungsvertrages erstreckt sich auf alle existierenden und zukünftig entstehenden Fotos. Den Mitgliedern der VG Bild-Kunst wurde die Möglichkeit eingeräumt, gegen diese Ausdehnung der Kompetenz binnen sechs Wochen Widerspruch einzulegen. Taten sie dies nicht, galten alle bestehenden Verträge mit der VG Bild-Kunst als erweitert. Im Übrigen gilt der Wahrnehmungsvertrag für neue Mitglieder in der neuesten Form.

IX. Möglichkeiten der Rechteübertragung via Lizenzvertrag

Literatur:
Hilty, Rechtsfragen kommerzieller Nutzung von Daten, in: Weber (Hg.), Daten und Datenbanken: Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, Zürich 1999, 81; *Sasse*, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, ZUM 2000, 837; *Schardt*, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, ZUM 2000, 849; *Schooning*, Licensing Author´s Rights on the Internet, International Review of Industrial Property and Copyright Law 2000, 967; *Ventroni/Poll*, Musiklizenzerwerb durch Online-Dienste, MMR 2002, 648.

1. Vorüberlegungen

Vor dem Abschluss von Verträgen mit 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?
- Werden Kolorierungs-, Sampling- oder Scanning-Techniken verwendet?
- Bestehen an vorbestehenden Werken Markenrechte?
- Welche Rechte brauche ich (Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung, öffentliche Wiedergabe)?
- Wem gehören die Rechte an den Werken (Verwertungsgesellschaften, Verlage, 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

c) 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

Das **Urheberrecht** ist nicht übertragbar (§ 29 UrhG). Dies entspricht dem kontinentaleuropäischen Urheberrechtsverständnis, wonach der Schutz der Kreativität ein unveräußerliches Menschenrecht ist. In den Vereinigten Staaten und in Großbritannien wird dies anders gesehen; nach der „work made for hire"-Doktrin oder durch „Assignments" kann auch das Urheberrecht auf einen Dritten übertragen werden. Angloamerikanische Verträge bedürfen bei Geltung deutschen Rechts einer Uminterpretation; die Übertragung des Urheberrechts wird regelmäßig in die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts umgedeutet. Sinnlos sind demnach Klauseln, wonach der Rechteinhaber dem Produzenten sein Urheberrecht überträgt. Sie sollten tunlichst vermieden werden.
Der Rechteinhaber kann nach § 31 Abs. 1 UrhG nur **Nutzungsrechte** einräumen. Diese Rechte umfassen die Befugnis, das Werk auf 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 nur über eine schuldrechtliche Rechtsposition, die nicht gegenüber Dritten geschützt ist.

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. Dieses Klage-

recht steht ihm selbst gegen den Urheber zu, falls dieser die Rechtsposition des Nutzungsberechtigten beeinträchtigt.
Welche Rechtsposition ein Produzent erhält, hängt im Einzelfall von dessen wirtschaftlicher Macht ab. Selten wird er in die Lage kommen, dass er von einem Urheber die Einräumung von ausschließlichen Nutzungsrechten verlangen kann. Dies ist nur dann gerechtfertigt, wenn er mit dem Rechteinhaber die Erstellung individuellen, maßgeschneiderten Materials vereinbart hat. Dann sollte nach Möglichkeit der Urheber daran gehindert werden, die Rechte an dem Material noch einmal an Dritte zu übertragen.

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 abschließen:

> ”Der Urheber räumt X ein ausschließliches, zeitlich und räumlich unbeschränktes Nutzungsrecht zur Verwendung des Materials in jeder Form ein.”

Die Literatur hat diese Pauschalklauseln immer kritisiert.[711]

b) Zeitliche und räumliche Begrenzung

Der Lizenzvertrag sollte etwas zum **zeitlichen und räumlichen Umfang** des Nutzungsrechts sagen. 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

[711] *Hoeren*, CR 1996, 84.

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).

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

Im Anschluss an die allgemeine Bestimmung des zu übertragenden Nutzungsrechts folgt bei der Vertragsgestaltung noch eine beispielhafte Aufzählung der umfassten Rechte (sog. „Insbesondere"-Klausel). Dies erklärt sich aus § 31 Abs. 5 UrhG. Die dort verankerte Zweckübertragungsregel besagt, dass sich der Umfang des Nutzungsrechts bei unklarer Formulierung des Vertrages nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck richtet. Es handelt sich hier also um eine „Schlamperregel". Werden in einem Vertrag die Nutzungsrechte nicht detailliert festgelegt, bestimmt das Gericht den Rechteumfang anhand des Vertragszwecks. § 31 Abs. 5 UrhG führt also dazu, dass in Lizenzverträgen immer exemplarisch („insbesondere") die zentralen Nutzungsrechte gesondert spezifiziert werden. So umfasst z.B. die Übergabe von Pressefotos an eine Tageszeitung regelmäßig nicht die Internetrechte.[712] Die Einwilligung zur Veröffentlichung eines Artikels in einer Zeitung schließt nicht die Nutzung als E-Paper im Internet mit ein.[713]

Das UrhG 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 UrhG), das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) und das Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG). Ferner ist der Urheber gem. § 15 Abs. 2 allein befugt, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe) und zum Abruf durch die Öffentlichkeit bereitzustellen (§ 19a UrhG). Im Einzelnen müssen für die Produktion einer Homepage eine Reihe von Rechten besonders hervorgehoben werden, darunter das Recht,

- das Material ganz und teilweise auf Bild- und/oder Tonträger zu vervielfältigen sowie zwecks Digitalisierung in den Arbeitsspeicher zu laden;

[712] *KG*, K&R 2002, 148 mit Anm. *Welker* 154.
[713] *AG Köln*, GRUR-RR 2006, 396.

- 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;
- 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.

d) Weiterübertragung

Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 UrhG darf ein Nutzungsrecht nur **mit Zustimmung des Rechteinhabers** übertragen werden. Der Rechteinhaber darf die Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigern (§ 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG). Dadurch soll Schikane oder eine sonstige Diskriminierung des Lizenznehmers vermieden werden. Der Rechteinhaber kann auf sein Zustimmungsrecht ganz oder teilweise verzichten. Allerdings kann bereits in der Einräumung von Nutzungsrechten die stillschweigende Zustimmung zur Weiterübertragung an Dritte liegen.

Problematisch ist allerdings die Frage, ob das Zustimmungserfordernis in Allgemeinen Geschäftsbedingungen abbedungen werden kann. Der BGH hat dies in einer Entscheidung[714] unter Berufung auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) abgelehnt.

Eine stillschweigende Erklärung zur Übertragung von Nutzungsrechten gemäß § 34 Abs. 1 UrhG ist innerhalb eines Arbeitsverhältnisses nur anzunehmen, wenn die Weitergabe der Nutzungsrechte an Dritte noch vom Betriebszweck selbst des Arbeitgebers erfasst wird, insbesondere wenn die Verwendungsform für das Unternehmen typisch ist.[715] Wenn schon nicht verlässlich festzustellen ist, dass ein erstellter urheberrechtlich geschützter Text zu den Verpflichtungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis gehört, ist der Arbeitnehmer im Zweifel auch nicht stillschweigend mit einer Weiterübertragung von Nutzungsrechten an einen Dritten einverstanden.

e) Nichtausübung und Rückrufsrechte

Aus dem klassischen Film- und Fernsehbereich stammen vertragliche **Regelungen zur Nichtausübung des Nutzungsrechts**. Der Lizenznehmer soll nicht darauf verpflichtet werden, das überlassene Material einzusetzen. Vielmehr muss es ihm im Rahmen einer Multimediaproduktion freistehen, aus der Fülle etwa von Fotos oder Musikteilen 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.

Die gesetzliche Regelung ist allerdings tückisch. Denn mit der Übertragung eines ausschließlichen Nutzungsrechts wird auch das Rückrufsrecht wegen Nichtausübung (§ 41 UrhG) mitgeregelt. Nach § 41 Abs. 1 Satz 1 UrhG kann der Lizenzgeber im Falle einer ausschließlichen Lizenz das Nutzungsrecht zurückrufen, wenn der Lizenznehmer das Recht nicht oder nur unzureichend ausübt und dadurch berechtigte Interessen des Urhebers erheblich verletzt werden. Allerdings müssen zwei Jahre seit Übertragung der Nutzungsrechte abgelaufen sein; darüber hinaus muss eine weitere angemessene Nachfrist zur Ausübung gesetzt werden (§ 41 Abs. 2

---

[714] *BGH*, GRUR 1984, 45, 52 – Honorarbedingungen.
[715] *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 15. Februar 2008 – I-20 U 126/07.

Satz 1, 3 UrhG). Vertragsrechtlich ist das Rückrufsrecht deshalb ein Problem, weil nicht im Voraus darauf verzichtet werden kann (§ 41 Abs. 4 Satz 1 UrhG). Der Lizenznehmer kann lediglich die Ausübung des Rechts für einen Zeitraum von fünf Jahren ausschließen (§ 41 Abs. 4 Satz 2 UrhG). Dadurch kann der Lizenznehmer den Zeitraum für die wirtschaftliche Nutzung von Rechten auf über sieben Jahre verlängern (zwei Jahre Nichtnutzung + Nachfrist + fünf Jahre Ausübungsverzicht).

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 solches 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, AfP 2002, 383; *Hertin*, Urhebervertragsnovelle 2002: Up-Date von Urheberrechtsverträgen, MMR 2003, 16; *Hilty/Peukert*, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, GRUR Int. 2002, 643; *Jacobs*, Das neue Urhebervertragsrecht, NJW 2002, 1905; *Joppich*, § 34 UrhG im Unternehmenskauf, K&R 2003, 211; *Lober*, Nachschlag gefällig? Urhebervertragsrecht und Websites, K&R 2002, 526; *Ory*, Das neue Urhebervertragsrecht, AfP 2002, 93; *Reinhard/Distelkötter*, Die Haftung des Dritten bei Bestsellerwerken nach § 32a Abs. 2 UrhG, ZUM 2003, 269; *Schack*, Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, 853; *Schmitt*, § 36 UrhG – Gemeinsame Vergütungsregeln europäisch gesehen, GRUR 2003, 294; *Schricker*, Zum neuen deutschen Urhebervertragsrecht, GRUR Int. 2002, 797; *Vogel*, Die Reform des Urhebervertragsrechts, in: Schwarze/Becker (Hg.), Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, Baden-Baden 2002, 29; *Willi*, Neues deutsches Urhebervertragsrecht – Auswirkungen für Schweizer Urheber und Werknutzer, sic! 2002, 360; *Zirkel*, Das neue Urhebervertragsrecht und der angestellte Urheber, WRP 2003, 59.

In der Praxis hat sich bislang **kein fester Tarif für die Nutzung digitaler Rechte** eingebürgert; Standardvergütungen sind nicht bekannt. Daher müssen regelmäßig individuell die Höhe der Vergütung und die Vergütungsgrundlagen festgelegt werden. Ersterer Punkt unterliegt auch keiner Kontrolle nach §§ 307 – 309 BGB. Nur die Bemessungskriterien sind kontrollfähig. Im klassischen Urheberrecht haben sich allerdings eine Reihe verschiedener Vergütungsmodelle eingebürgert, die auch für den Online-Bereich gewinnbringend genutzt werden können. Für den Einsatz fertiger Werkteile hat sich die Bemessung nach Festpreisen durchge-

setzt. Der Rechteinhaber erhält eine feste Summe, die alle Nutzungen abdeckt. Denkbar ist aber auch die Vereinbarung einer prozentualen Beteiligung am Nettogewinn oder Nettoerlös des Produzenten. Allerdings setzt dies voraus, dass der Online-Dienst von seiner Konzeption her überhaupt Erlöse erzielt.

Zum 1.7.2002 ist das erste Gesetz zur Novellierung des Urhebervertragsrechts in Kraft getreten ist.[716] Das Gesetz beabsichtigte, den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz, dass Urheber angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen ihrer Arbeiten zu beteiligen sind,[717] stärker im UrhG zu verankern. Die Neuregelung sollte insbesondere die Rechtsstellung der freischaffenden Urheber gegenüber den wirtschaftlich stärkeren Verwertern verbessern. Die bedeutsamste Änderung findet sich in § 32 UrhG. Die Vorschrift stellt den Urheber insoweit besser, als sie ihm ein gesetzliches Werkzeug an die Hand gibt, auf vertraglicher Ebene eine **angemessene Vergütung** gegenüber dem Werknutzer durchzusetzen. Inhaltlich regelt sie folgendes: Ist in einem Nutzungsvertrag keine Regelung über die Höhe der Vergütung bestimmt, gilt zugunsten des Urhebers die angemessene Vergütung als vereinbart. Für den Fall, dass zwar eine Vergütung vertraglich vereinbart wurde, diese aber nicht die Schwelle zur Angemessenheit erreicht, kann der Urheber von seinem Vertragspartner verlangen, eine angemessene Vergütung in den Vertrag aufzunehmen. Als angemessen gilt eine Vergütung dann, wenn sie zur Zeit des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Hinblick auf Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte im Geschäftsverkehr nach redlicher Branchenübung geleistet wird.[718]

Zur Bestimmung der angemessenen Vergütung können die Interessenvertretungen der Urheber und der Verwerter – ähnlich wie in Tarifverträgen – sog. **gemeinsame Vergütungsregeln** festlegen (§ 36 UrhG). Können sich die Parteien nicht auf gemeinsame Vergütungsregeln einigen, soll eine Schlichtungsstelle entscheiden (§ 36 Abs. 3 UrhG), die sich am Modell der Einigungsstelle des Betriebsverfassungsgesetzes orientiert und so die Sachkunde der Branchen einbezieht. Soweit Vergütungssätze bereits in Tarifverträgen festgelegt sind, gehen diese den Vergütungsregeln vor. Da derzeit keine gemeinsamen Vergütungsregeln und meist auch keine tarifvertraglichen Vergütungssätze existieren und gerichtliche Entscheidungen zur Höhe

[716] Siehe dazu *Däubler-Gmelin*, GRUR 2000, 764; *Dietz*, AfP 2001, 261; *Dietz*, ZUM 2001, 276; *Dreier*, CR 2000, 45; *Geulen/Klinger*, ZUM 2000, 891; *Katzenberger*, AfP 2001, 265; *Kreile*, ZUM 2001, 300; *Reber*, ZUM 2000, 729; *Schricker*, Editorial MMR 12/2000; *Stickelbrock*, GRUR 2001, 1087; *von Olenhusen*, ZUM 2000, 736; *Weber*, ZUM 2001, 311. Kritisch *Flechsig*, ZRP 2000, 529; *Flechsig*, ZUM 2000, 484; *Flechsig/Hendricks*, ZUM 2000, 721; *Ory*, ZUM 2001, 195; *Schack*, ZUM 2001, 453.
[717] *BGHZ* 11, 135, 143.
[718] Siehe dazu auch *BGH*, GRUR 2002, 602 – Musikfragmente.

der jeweils angemessenen Vergütung abzuwarten bleiben, ist die Bestimmung angemessener Vergütungssätze vorerst schwierig. Als Anhaltspunkt sollten die Vergütungssätze der Verwertungsgesellschaften herangezogen werden. Eine pauschale Orientierung an einer Regel, wonach z.B. 10 % des Umsatzes angemessen seien, wird man wohl kaum vertreten können.[719] Im Übrigen ist umstritten, ob eine solche Vergütungsregel nicht unter das Kartellverbot des Art. 81 EG fällt.[720]

Zu beachten ist, dass dem Urheber in bestimmten Fällen ein **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).[721] Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Höhe der erzielten Beträge tatsächlich voraussehbar war. Da in dem alten „Bestsellerparagraph" 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.[722]

Dies gilt allerdings nicht, wenn der Urheber nur einen untergeordneten Beitrag zu dem Werk geleistet hat.[723] Bei Vereinbarung einer prozentualen Beteiligung sollten Abrechnungsverpflichtungen sowie ein Prüfungsrecht mit Kostentragungsregelung vorgesehen werden. § 32a UrhG findet auf Sachverhalte Anwendung, die nach dem 28.3.2002 entstanden sind. Für frühere Tatbestände bleibt es bei der Anwendung des revidierten „Bestsellerparagraphen" in § 36 UrhG a.F., es sei denn, dass die das Missverhältnis begründenden Erträge aus der Verwertung nach dem 28.3.2002 entstanden sind.[724] Der allgemeine Anspruch auf eine angemessene vertragliche Vergütung (§ 32 UrhG) gilt für Verträge nach dem 28.3.2002 in vollem Umfang. Für Verträge, die zwischen dem 1. Juni 2001 und dem 28.3.2002 geschlossen wurden, greift die Vorschrift, wenn von den eingeräumten Nutzungsrechten nach dem 28.3.2002 Gebrauch gemacht wird. Bei Verträgen, die vor dem 1. Juni datieren, kommt § 32 UrhG nicht zur Anwendung.

---

[719] So zu Recht *Schricker*, GRUR 2002, 737 ff.
[720] So der Ansatz von *Schmitt*, GRUR 2003, 294 ff.
[721] Siehe hierzu auch *BGHZ* 115, 63, 66 – Horoskop-Kalender; *BGHZ* 137, 387, 396 – Comic-Übersetzungen; *LG Oldenburg*, CR 1995, 39.
[722] Begründung des Rechtsausschusses zu § 32a, S. 46.
[723] *BGH*, JZ 2002, 147 mit Anm. *Schricker*.
[724] So *LG Hamburg*, ZUM 2008, 608 (nicht rechtskräftig).

In der Zwischenzeit liegen erste Urteile zu §§ 32, 32a UrhG vor.[725] So soll z.B. im Bereich der Übersetzer ein Pauschalhonorar generell unzulässig sein. Ein solches begünstige wegen des Fehlens jeglicher Absatzbeteiligung einseitig die Interessen der Verwerter, so dass es nicht als redlich anzusehen sei.

Die Möglichkeiten zu einer **AGB-Kontrolle von Verwerterverträgen** werden im Gesetz bewusst ausgeklammert. Der Schutz der Urheber und sonstigen marktschwachen Kreativen lässt sich am besten und einfachsten über § 307 BGB bewerkstelligen, wie das *OLG Zweibrücken*[726] im Streit zwischen Musikverlegern und ZDF gezeigt hat. Der Blick auf die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle macht eine Reform des Urhebervertragsrechts weitgehend obsolet. So hat das *OLG Düsseldorf* im seinem Urteil vom 23.10.2001[727] die AGB-Kontrolle bei Fernsehverträgen zur Anwendung gebracht. Gegenstand des Verfahrens war u.a. die Frage, inwieweit MDR und NDR Filmproduzenten von der Verwertung ihrer Videorechte abhalten können. Nach Auffassung des Düsseldorfer Senats erstrecken sich die Befugnisse der Fernsehsender nur auf die Ausstrahlung eines Filmes, nicht aber auf die Videoauswertung. Versuche, den Filmproduzenten die außerfernsehmäßige Vermarktung zu verbieten, seien rechtswidrig. Auch sei es den Sendeanstalten verwehrt, sich die Hälfte der Erlöse vertraglich zusichern zu lassen, die die Filmproduzenten über Verwertungsgesellschaften erzielen. Das Urteil führte dazu, dass zahlreiche im Fernsehbereich gängige Vertragsklauseln nichtig wurden.

3. § 31a Abs. 4 UrhG a. F.: Internet als unbekannte Nutzungsart

Literatur:
Berger, Verträge über unbekannte Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb", GRUR 2005, 907; *Breinersdorfer*, Thesen zum Problem der Behandlung unbekannter Nutzungsarten für urheberrechtlich geschützte Werke aus Sicht von Autoren und Produzenten, ZUM 2007, 700; *Donhauser*, Der Begriff der unbekannten Nutzungsart gemäß § 31 Abs. 4 UrhG, Baden-Baden 2001; *Ehmann/Fischer*, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet, GRUR Int. 2008, 284; *Esser-Wellie/Hufnagel*, Multimedia & Telekommunikation, AfP 1997, 786; *Fitzek*, Die unbekannte Nutzungsart, Berlin 2000; *Freitag*, Neue Kommunikationsformen im Internet, Markenartikel 1995, 514; *Frey/Rudolph*, Verfügungen über unbekannte Nutzungsarten: Anmerkungen zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbs; ZUM 2007, 13; *Frohne*, Filmverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, ZUM 2000, 810; *Freiherr von Gamm*, Urheber- und urhebervertragsrechtliche Probleme des "digitalen Fernsehens, ZUM 1994, 591; *Hoeren*, Multimedia als noch nicht bekannte Nutzungsart, CR 1995, 710; *Hucko*, Die unbekannten Nutzungsarten und die Öffnung der Archive nach dem „Zweiten Korb", Medien und Recht Int. 2007, 141; *Jänich/Eichelberger*, Die Verwertung von Mu-

[725] So etwa *LG München I*, ZUM 2006, 73.
[726] *OLG Zweibrücken*, ZUM 2001, 346.
[727] *OLG Düsseldorf*, ZUM 2002, 221.

sikaufnahmen in dezentralen Computernetzwerken als eigenständige Nutzungsart des Urheberrechts?, in: MMr 2008, 576; *Klöhn*, Unbekannte Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb" der Urheberechtsreform, K&R 2008, 77; *Kreile*, Neue Nutzungsarten – Neue Organisation der Rechteverwaltung? – Zur Neuregelung des § 31 Abs. 4 UrhG, ZUM 2007, 682; *Lettl*, Urheberrecht, München 2008, § 5, Rn. 34; *Lichtenberger/Stockinger*, Klingeltöne und die Begehrlichkeit der Musikverlage. Die EMI-Entscheidung und ihre Relevanz für den österreichischen Markt, Medien und Recht 2002, 95; *Loewenheim*, Die Verwertung alter Spielfilme auf DVD – eine noch nicht bekannte Nutzungsart nach § 31 IV UrhG?, GRUR 2004, 36; *Reber*, Die Substituierbarkeit von Nutzungsformen im Hinblick auf §§ 31 Abs. 4 und 5 UrhG, ZUM 1998, 481; *Schulze*, Die Einräumung unbekannter Nutzungsrechte nach neuem Urheberrecht, UFITA 2007, 641; *Schwarz*, Klassische Nutzungsrechte und Lizenzvergabe bzw. Rückbehalt von „Internet-Rechten", ZUM 2000, 816; *Spindler*, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb", NJW 2008, 9; *Stieper/Frank*, DVD als neue Nutzungsart, MMR 2000, 643; *Wandtke/Schäfer*, Music on Demand – Neue Nutzungsart im Internet, GRUR Int. 2000, 187.

Immer wieder taucht im Internetbereich die Frage auf, ob ein Produzent unter Berufung auf Altverträge vorbestehende Werke benutzen kann. Hier setzte § 31 Abs. 4 UrhG a. F. klare Grenzen, wonach die Einräumung von Nutzungsrechten für bei Vertragsschluss unbekannte Nutzungsarten ausgeschlossen war.

a) Einführung

Möchte ein Provider bestehende Werke in seine Homepage integrieren, benötigt er je nach betroffenem Verwertungsrecht die Zustimmung des Urhebers. Problematisch waren bisher 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 im Sinne des § 31 Abs. 4 UrhG a. F. handelte. Kam diese Vorschrift zur Anwendung, war dem Produzenten die Berufung auf Altverträge versagt. Er musste stattdessen mit den Lizenzgebern nachverhandeln, um die für die Verwendung im Rahmen der neuen Nutzungsart erforderlichen Rechte zu erwerben. Dies konnte zu erheblichen logistischen Schwierigkeiten führen, da die Rechteinhaber unter Umständen nicht mehr auffindbar waren. Darüber hinaus bestand die Möglichkeit, dass der eine oder andere Lizenzgeber gerade angesichts der Internet-Euphorie reiche Beute witterte und die Rechte nur gegen hohe Nachzahlungen einräumen wollte.

b) Unbekannte Nutzungsarten und der „Zweite Korb"

Im Rahmen der Novellierung im **Zweiten Korb** wurde § 31 Abs. 4 UrhG abgeschafft. An dessen Stelle trat § 31a UrhG. Hiernach kann der Urheber durch schriftlichen Vertrag Rechte für unbekannte Nutzungsarten einräumen oder sich dazu verpflichten. Der Schriftform bedarf es nicht, wenn der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumt, so etwa bei Open-Source-Software und sonstigem vergleichbarem Open-Content.[728] Der Urheber kann ferner die Rechtseinräumung bzw. die Verpflichtung widerrufen, solange der andere noch nicht begonnen hat, das Werk in der neuen Nutzungsart zu nutzen. Die Frist zum Widerruf beträgt drei Monate und beginnt, sobald der andere die Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Nutzungsart an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Adresse abgesendet hat (§ 31a Abs. 1 Satz 3 UrhG). Den Vertragspartner des Urhebers trifft damit eine Mitteilungspflicht. Unterlässt er es, dem Urheber die Aufnahme der neuen Nutzungsart mitzuteilen, beginnt auch die Drei-Monats-Frist nicht. Der Urheber kann dann jederzeit widerrufen.[729] Wenn der Vertragspartner eine neue Art der Werknutzung aufnimmt, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart, aber noch unbekannt war, hat der Urheber kompensatorisch Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung (§ 32c Abs. 1 UrhG). Der Vertragspartner hat den Urheber gem. § 32c Abs. 1 UrhG unverzüglich über die Aufnahme der neuen Art der Werknutzung zu unterrichten. Dadurch wird gewährleistet, dass der Urheber seinen Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung auch tatsächlich geltend machen kann.[730] Bei Einigung auf eine solche Vergütung entfällt das nicht-dispositive Widerrufsrecht (§ 31a Abs. 2 UrhG). Das Widerrufsrecht entfällt außerdem mit dem Tod des Urhebers (§ 31 a Abs. 2 S. 3 UrhG). Ungeklärt ist noch, welcher Anwendungsbereich dann für § 31 Abs. 5 UrhG bleibt.

c) Übergangsregelung des § 137l UrhG

In § 137l Abs. 1 UrhG ist nun geregelt, dass bei Verträgen, die zwischen dem 1.1.1966 und dem 1.1.2008 geschlossen wurden und deren Inhalt die Einräumung eines ausschließlichen sowie räumlich und zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechts ist, die Nutzungsrechte für zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannte Nutzungsarten ebenfalls als eingeräumt gelten. Dies gilt jedoch nur, sofern der Urheber der Nutzung nicht fristgerecht widerspricht. Für die Bestimmung der Widerspruchsfrist bedarf es jedoch einer Unterscheidung. Für neue Nutzungsarten, die bis zum 1.1.2008 bekannt geworden sind, gilt eine Widerspruchsfrist von ei-

[728] *Lettl*, § 5 Rdnr. 38.
[729] *Schulze*, UFITA 2007, 641, 664.
[730] *Hucko*, Medien und Recht Int. 2007, 141, 142.

nem Jahr seit Inkrafttreten des § 137l UrhG (§ 137l Abs. 1 Satz 2).[731] Der Widerspruch gegen die Nutzung in solchen Nutzungsarten, die nach dem 1.1.2008 bekannt geworden sind, muss innerhalb von drei Monaten, nachdem der Vertragspartner die Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Nutzungsart an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Anschrift abgesendet hat (§ 137l Abs. 1 Satz 2 UrhG), erfolgen. Diese Frist entspricht der in § 31a Abs. 1 UrhG normierten Widerspruchsfrist.[732]

Die Fiktion gem. § 137l Abs. 1 UrhG bezieht sich nur auf die Übertragung von Nutzungsrechten, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannt waren. Sie gilt selbstverständlich nicht für solche Nutzungsrechte, die bei Vertragsschluss bereits bekannt waren, dem Vertragspartner durch den Urheber jedoch nicht eingeräumt wurden. Solche Nutzungsrechte müssen gesondert vom Urheber erworben werden.[733]

Aufgrund der Regelung für Altverträge in § 137l Abs. 1 UrhG und der hierzu geregelten Widerspruchsfrist kommt es also weiterhin darauf an, zu beurteilen, welche Nutzungsarten neu sind bzw. ab wann einzelne Nutzungsarten als bekannt gelten. Daher im Folgenden ein Überblick über die in Bezug auf § 31 Abs. 4 UrhG a. F. entwickelten Grundsätze.

d) Online-Dienste als neue Nutzungsart

Fraglich war im Rahmen des § 31 Abs. 4 UrhG a.F., ob Online-Dienste eine **neue Nutzungsart** bildeten.[734] Der Onlinebereich unterliegt eigenen technischen und wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten. Die Verbreitung via Internet erfolgt international ohne Rücksicht auf nationale Grenzen an ein eigenes Publikum. Ein Werk der Literatur, das online angeboten wird, erreicht neue Leserkreise. Im Rahmen des WWW werden darüber hinaus Bild, Text und Ton zu einer neuen Einheit verknüpft und neue Produkte geschaffen. Der Kunde erhält nicht nur alte Informationen auf dem neuen technischen Übertragungsweg. Er surft vielmehr gerade deshalb durch das Internet, weil er dort eine noch nie gekannte Form der Verknüpfung von Informationen zu einer neuen Einheit erleben kann. Dementsprechend finden sich auch für diesen Bereich eigene Benutzerkreise, eigene Zeitschriften und eigene Dienstleister.[735]

---

[731] Vgl. *Schulze*, UFITA 2007, 641, 700.
[732] Kritisch zur Neuregelung u.a. *Klickermann*, MMR 2007, 221; *Schulze*, UFITA 2007, 641.
[733] Vgl. *Schulze*, UFITA 2007, 641, 692.
[734] Bei CD-ROM-Produkten ist die Frage der unbekannten Nutzungsart gerichtlich geklärt. Verschiedene europäische Gerichte haben das Vorliegen einer neuen Nutzungsart bejaht und für die Frage der Neuheit auf die Zeit um 1990 abgestellt; siehe etwa *LG Hamburg*, MMR 1998, 44; *Bezirksgericht Amsterdam*, MMR 1998, 34.
[735] So auch *Bezirksgericht Amsterdam*, MMR 1998, 34, 35.

Umstritten war auch, wie das spezifisch Neue der Internet-Nutzung umschrieben werden sollte. Die Digitalisierung selbst wird man noch nicht als das Entscheidende ansehen können.[736] Entscheidend sind die einzelnen Dienste innerhalb des Internets in Bezug auf die jeweils konkret genutzte Werkart. So stellt die Nutzung von Fotos im Internet eine eigene Nutzungsart dar.[737] Auch die Möglichkeit, Filme on demand abzurufen, ist eine eigene Verwertungsform.[738] Selbst die Verwendung von Musik für Handy-Klingeltöne wird als eigenständige Nutzungsart angesehen.[739] Der *BGH* hat auch die Verwendung von Printtiteln als eigenständige Auswertung angesehen.[740] Als Datum für die Neuheit wird in Rechtsprechung und Literatur auf das Jahr 1995 (+/- ein Jahr) abgestellt.[741] Im Jahr 1980 war die Verbreitung elektronischer Zeitungen im Internet auf jeden Fall unbekannt.[742] In der Zwischenzeit sind auch datenträgerbezogene Digitalnutzungen unter § 31 Abs. 4 UrhG a. F. subsumiert worden, so zum Beispiel die CD-ROM, für die 1990 als Stichjahr angenommen wird.[743] Für die CD wird dies im Verhältnis zur Vinyl-Schallplatte allerdings abgelehnt.[744] Der *BGH* hat im Übrigen betont, dass bei Altverträgen die spätere Zweitverwertung eines Films auf DVD keine neue Nutzungsart i.S.v. § 31 Abs. 4 UrhG a. F. darstelle, da die heutige Nutzung auf digitalen Speichermedien an die Stelle der herkömmlichen Zweitvermarktung auf Video getreten sei.[745]

e) „Videozweitauswertung III" und Multimedia

Der *BGH* hatte den Überlegungen durch seine Entscheidung „**Videozweitauswertung III**"[746] noch eine Variante hinzugefügt: Was wäre, wenn ein pfiffiger Produzent bereits vor 1990 die multimediale Nutzung von Material in die Verträge aufgenommen hätte? Nimmt man die

[736] So auch *Castendyk*, MMR 2000, 295; *Hertin*, in: Fromm/Nordemann, §§ 31 – 32 Rdnr. 18; *Lehmann*, Internet- und Multimediarecht, 1997, 61; *Thurow*, Festschrift Kreile 1994, 763, 770.
[737] *LG Berlin*, ZUM 2000, 73.
[738] *OLG München*, ZUM 1998, 413; *LG München I*, MMR 2000, 291.
[739] *OLG Hamburg*, ZUM 2008, 438; MMR 2003, 49. Siehe dazu *Lichtenberger/Stockinger*, Medien und Recht 2002, 95.
[740] *BGH*, GRUR 1997, 464 – CB-Infobank II. Ähnlich auch *OLG Hamburg*, NJW-RR 2001, 123.
[741] Siehe etwa *LG Berlin*, MMR 2000, 495 mit Anm. *Klute*; *LG München I*, MMR 2000, 291 mit Anm. *Castendyk*; ähnlich inzwischen auch die Haltung in den USA, wie die *U.S. Supreme Court*-Entscheidung in Sachen New York Times Company Inc. vs. Tasini zeigt, GRUR Int. 2002, 276 mit Anm. *Wand*. Ähnlich auch für E-Books bei einem klassischen Buchverlagsvertrag *US District Court, S.D. New York*, GRUR Int. 2002, 364 mit Anm. *Windisch*.
[742] *OLG Hamburg*, MMR 2001, 261.
[743] *BGH*, ZUM 2002, 214 mit Anm. *Feldmann* – Spiegel-CD-Rom; ähnlich bereits *OLG Hamburg*, MMR 1999, 225.
[744] *OLG Hamburg*, ZUM 2002, 297.
[745] *BGH*, ZUM 2005, 816 – Der Zauberberg. Anders noch *LG München I*, MMR 2001, 828 mit Anm. *Reber*. Der Haltung des LG folgen *Reber*, GRUR 1998, 792, 797 und *Stieper/Frank*, MMR 2000, 643. Vgl. auch *Katzenberger*, GRUR 2005, 215; *Loewenheim*, GRUR 2004, 41.
[746] *BGH*, NJW 1995, 1496.

Überlegungen des *BGH*, so wäre dies ein Risikogeschäft im Vorfeld einer sich abzeichnenden Entwicklung zu einer wirtschaftlich eigenständigen Verwertungsform gewesen. Bei dieser hätte § 31 Abs. 4 UrhG a. F. nicht eingegriffen. Es reicht folglich aus, dass die Online-Nutzung in die Verträge begrifflich aufgenommen worden ist, um § 31 Abs. 4 UrhG a. F. auszuhebeln. Allerdings verlangt der *BGH* ausdrücklich, dass „die neue wirtschaftlich noch bedeutungslose Nutzungsart konkret benannt, ausdrücklich vereinbart und von den Vertragsparteien auch erörtert und damit erkennbar zum Gegenstand von Leistung und Gegenleistung gemacht wird".[747] Diese Rigidität vermag ich nicht nachzuvollziehen. Mit dem Erfordernis der ausdrücklichen Erörterung macht es der *BGH* de facto unmöglich, Risikogeschäfte im Rahmen von Formularverträgen zu schließen. Der Schutz des Rechteinhabers ist bereits dann gewährleistet, wenn die Nutzungsart konkret benannt ist. Unterschreibt er einen Formularvertrag in Kenntnis dieser Regelung, bedarf er keines weiteren Schutzes durch § 31 Abs. 4 UrhG a. F.

4. Die Rechtsstellung des angestellten Multimediaentwicklers

Literatur:
Balle, Der urheberrechtliche Schutz von Arbeitsergebnissen, NZA 1997, 868; *Buchner*, Der Schutz von Computerprogrammen und Know-how im Arbeitsverhältnis, in: Lehmann (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1993, XI, 421; *Däubler-Gmelin*, Zur Notwendigkeit eines Urhebervertragsgesetzes, GRUR 2000, 764; *Fuchs*, Der Arbeitnehmerurheber im System des § 43 UrhG, GRUR 2006, 561; *Grobys/Foerstl*, Die Auswirkungen der Urheberrechtsreform auf Arbeitsverträge, NZA 2002, 1015; *Henkel*, Beteiligung eines Arbeitnehmers an der wirtschaftlichen Verwertung der von ihm entwickelten Software, BB 1987, 836; *Holländer*, Arbeitnehmerrechte an Software, Bayreuth 1991; *Hubmann/Preuss*, Das Urheberrecht an Computerprogrammen und ihre Verwertung im universitären Bereich, Mitteilungen des Hochschulverbandes 1986, 31; *Koch*, Urheberrechte an Computer-Programmen sichern. Ein aktueller Rechtsratgeber für die Gestaltung von Arbeits- und Nutzungsverträgen mit Programmentwicklern, Planegg 1986; *Koch*, Urheberrechte an Computerprogrammen im Arbeitsverhältnis. Ratschläge für die Vertragspraxis, CR 1985, 86 (I), 1986, 146 (II); *Kolle*, Der angestellte Programmierer, GRUR 1985, 1016; *Lejeune*, Neues Arbeitnehmerurheberrecht, ITRB 2002, 145; *von Loeper*, Urheberrechte/Nutzungsrechte der Hochschullehrer an Computerprogrammen, WissR 1986, 133; *Naumann*, Die arbeitnehmerähnliche Person in Fernsehunternehmen, in: Dörr/Fink (Hg.), Studien zum deutschen und europäischen Medienrecht Bd. 26, Frankfurt 2007; *von Olenhusen*, Film und Fernsehen. Arbeitsrecht – Tarifrecht – Vertragsrecht, Baden-Baden 2001; *Ory*, Rechtspolitische Anmerkungen zum Urhebervertragsrecht, ZUM 2001, 195; *Ory*, Das neue Urhebervertragsrecht, AfP 2002, 93; *Ory*, Erste Entscheidungen zur angemessenen und redlichen Vergütung nach § 32 UrhG, AfP 2006, 9; *Sack*, Computerprogramme und Arbeitnehmer-Urheberrecht unter Berücksichtigung der Computerprogramm-Richtlinie der EG vom 14.5.1991, BB 1991, 2165; *Schricker*, Zum neuen deutschen Urhebervertragsrecht, GRUR

[747] *BGH*, GRUR 1995, 212, 215.

Int. 2002, 797; *Schwab*, Das Arbeitnehmer-Urheberrecht, AiB 1997, 699; *Schwab*, Warum kein Arbeitnehmerurheberrecht? Zur Unlänglichkeit von § 43 UrhG, AuR 1993, 129; *Sundermann*, Nutzungs- und Vergütungsansprüche bei Softwareentwicklung im Arbeitsverhältnis, GRUR 1988, 350; *Von Vogel*, Der Arbeitnehmer als Urheber, NJW-Spezial 2007, 177.

Die kontinentaleuropäische Urheberrechtstradition hat zahlreiche Probleme mit der Entwicklung von Werken im Beschäftigungsverhältnis.[748] Seit der französischen Revolution wird es als **unveräußerliches Menschenrecht** betrachtet, seine Kreativität in originellen Werken auszudrücken. Deshalb wird der Schöpfer eines Werkes als Inhaber aller Rechte angesehen, selbst wenn er von einem Arbeitgeber mit der Entwicklung dieses Werkes beauftragt worden ist (vgl. § 29 UrhG). Darüber hinaus lässt das deutsche Urheberrecht juristische Personen als Inhaber von Urheberrechten nicht zu.

Folglich wird der **Arbeitnehmer als Urheber** qualifiziert; vertragliche Beschränkungen dieses Prinzips sind ungültig. Der Arbeitgeber erwirbt kein Urheberrecht an einem digitalen Produkt, selbst wenn er seinen Arbeitnehmer zur Entwicklung solcher Produkte beschäftigt.[749]
Allerdings kann sich der Arbeitgeber ausschließliche oder einfache Nutzungsrechte an dem Produkt vertraglich ausbedingen. 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).[750] Die Anwendung dieses **so genannten Zweckübertragungsprinzips** macht allerdings Schwierigkeiten.
Inmitten der verschiedenen diskutierten Ansichten hat sich eine Art „Opinio Comunis" in folgender Hinsicht entwickelt:[751]

- Wenn ein Arbeitnehmer hauptsächlich – aufgrund **von allgemeinen Vorgaben im Arbeitsvertrag oder nach Einzelweisung –** mit der Entwicklung eines Werkes betraut worden ist, hat der Arbeitgeber einen

[748] V*ivant*, Copyrightability of Computer Programs in Europe, in: A.P. Meijboom/C.Prins, The Law of Information Technology in Europe 1992, Deventer 1991, 103, 110.
[749] Vgl. zu diesem Themenkreis allgemein *Holländer*, Arbeitnehmerrechte an Software, Bayreuth 1991; *Scholz*, Die Rechtsstellung des Computerprogramme erstellenden Arbeitnehmers nach Urheberrecht, Patentrecht und Arbeitnehmererfindungsrecht, Köln 1989.
[750] *BAG*, GRUR 1984, 429; *BGH*, GRUR 1974, 480. Siehe auch *Buchner*, Der Schutz von Computerprogrammen im Arbeitsverhältnis, in: Michael Lehmann (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1988, XI, 266; *Holländer*, Arbeitnehmerrechte an Software, Bayreuth 1991, 122 m.w.N.
[751] Vgl. aus der reichen Literatur zu diesem Thema *Koch*, Urheberrechte an Computer-Programmen sichern, Planegg 1986; *Koch*, CR 1985, 86 (I), 1985, 146 (II); *Kolle*, GRUR 1985, 1016; *Sundermann*, GRUR 1988, 350; *Zahrnt*, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Hallbergmoos 1993, Kapitel 11.

Anspruch auf Übertragung einer ausschließlichen Lizenz, um die Leistungen kommerziell ausnutzen zu können.[752]

- Ein Arbeitnehmer, der Werke zwar nicht hauptsächlich, aber **nebenbei im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses** entwickelt, muss dem Arbeitgeber ein einfaches Nutzungsrecht gewähren, damit dieser die Werke in seinem Geschäftsbetrieb einsetzen kann.[753] Zweifelhaft bleibt jedoch, ob dem Arbeitgeber in dieser Konstellation auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zukommen soll.[754]
- Ein Arbeitnehmer darf Werke frei nutzen und verwerten, die er **außerhalb der Arbeitszeit** entwickelt hat. Es wurde bislang aber diskutiert, ob nicht bestimmte Vorschriften des Patentrechts in einem solchen Fall analog angewandt werden können.[755] 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 Arbeitnehmererfindungsgesetzes[756] analog).[757]
- Der Arbeitgeber hat keine Rechte an Werken, die **vor Beginn des Arbeitsverhältnisses** oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entwickelt worden sind.[758] 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.[759]
- Der Arbeitnehmer hat – anders als im Patentrecht – **keinen Anspruch auf Entgelt** für die Nutzung und Verwertung seiner Werke durch den Arbeitgeber, da er bereits durch seinen Lohn für die Entwicklung des

[752] Vgl. *OLG Karlsruhe*, CR 1987, 763; *OLG Karlsruhe*, BB 1983, 992; *LAG München*, CR 1987, 509; *LAG - Schleswig-Holstein*, BB 1983, 994.
[753] *BGH*, CR 1985, 22.
[754] *Koch*, CR 1985, 89.
[755] *Buchmüller*, Urheberrecht und Computersoftware, Münster 1985, 99; *Henkel*, BB 1987, 836.
[756] Gesetz über Arbeitnehmererfindungen vom 25. Juli 1957, Bundesgesetzblatt 1957 I, 756. Vgl. hierzu *Junker*, Computerrecht, Baden-Baden 1988, 238.
[757] Vgl. *Buchmüller*, Urheberrecht und Computersoftware, Münster 1985, 98; *Däubler*, AuR 1985, 169, 174 f.; *Kolle*, GRUR 1985, 1016, 1020.
[758] *BGH*, GRUR 1985, 129; *LAG München*, RDV 1987, 145.
[759] *BGH*, NJW 1981, 345.

Programms bezahlt worden ist.[760] 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**").[761]

Unklar ist zurzeit leider, ob der Anspruch auf eine **angemessene vertragliche Vergütung** auch **innerhalb von Arbeits- und Dienstverhältnissen** zur Anwendung kommt. Ein Entwurf sah für § 43 UrhG einen neuen Absatz 3 vor, wonach § 32 UrhG ausdrücklich auch innerhalb von Arbeits- und Dienstverhältnissen gelten sollte. Nach Beratungen im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wurde dieser Absatz wieder aus dem Gesetzesentwurf entfernt.
In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird seitdem darum gestritten, ob damit die Anwendung des § 32 UrhG zugunsten von Urhebern in Arbeits- und Dienstverhältnissen generell ausscheidet.[762] 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. Andererseits führt die Begründung des Rechtsausschusses aus, dass die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze für Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen unberührt bleiben.[763] Nach diesen Grundsätzen wurden zusätzliche Vergütungen urheberrechtlicher Leistungen stets abgelehnt. Zum anderen weist die Begründung darauf hin, dass die im ursprünglichen Vorschlag vorgesehene Regelung des Abs. 3 sich nun in § 32 Abs. 4 UrhG wieder finde.[764] 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 sich auch mit der Intention des Gesetzgebers decken, nämlich die Rechtsstellung der frei-

[760] So ausdrücklich *BGH*, MMR 2001, 310 mit krit. Anm. *Hoeren* – Wetterführungspläne I. Wiederholt durch den *BGH*, MMR 2002, 99 mit Anm. *Rinkler* – Wetterführungspläne II. *LAG München*, RDV 1987, 145 und MMR 2002, 99 mit krit. Anm. *Rinkler*. Vgl. hierzu auch *Ullmann*, CR 1986, 564.
[761] *BAG*, GRUR 1966, 88. Teilweise wird auch auf § 36 UrhG rekurriert; vgl. *Vinck*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. Aufl., § 36 Rdnr. 4; *Buchner*, GRUR 1985, 1.
[762] Für eine Anwendung des § 32 UrhG z.B. *Grobys/Foerstl*, NZA 2002, 1016; *Lejeune*, ITRB 2002, 146; dagegen *Däubler-Gmelin*, GRUR 2000, 765; *Ory*, AfP 2002, 95.
[763] Begründung zu § 43, S. 51.
[764] Begründung zu § 43, S. 51.

schaffenden Urheber verbessern zu wollen. Die Klärung dieser Streitfrage bleibt den Gerichten überlassen.[765]

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 klarstellen, 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.

- Die **unveräußerlichen Urheberpersönlichkeitsrechte** bleiben immer beim Arbeitnehmer. Diese Rechte beinhalten vor allem das Recht, als Autor benannt zu werden und das Recht, das Werk zu bearbeiten (§ 39 UrhG); hinzu kommen weitere Nebenrechte (Recht auf Zugang zu Werkstücken gem. § 25 UrhG; Rückrufsrechte gem. §§ 41 f. UrhG u.a.). Diese Rechtslage ist sehr unvorteilhaft für den Arbeitgeber – besonders im Vergleich zum angloamerikanischen Urheberrechtssystem, in dem der Arbeitgeber als Urheber des entwickelten Produktes gilt. Allerdings wird in der Literatur ein vertraglicher Verzicht auf die Ausübung dieser Persönlichkeitsrechte für möglich erachtet.[766]
- Für den **Softwarebereich** gelten – infolge der Europäischen Softwareschutzrichtlinie – Sonderregelungen. In § 69b Abs. 1 UrhG beschäftigt sich das Gesetz mit dem Urheberrecht in Beschäftigungs-

[765] Vgl. Zum Thema insbes. *Von Vogel*, NJW-Spezial 2007, 177 f.
[766] *Schricker*, Festschrift für Hubmann, Frankfurt 1985, 409; *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, München 1969, 49.

verhältnissen. Wenn ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in der Ausführung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten oder gemäß den Instruktionen seines Arbeitgebers entwickelt worden ist, sollen dem Arbeitgeber ausschließlich alle wirtschaftlich relevanten Rechte zustehen, es sei denn, der Vertrag sieht etwas anders vor. Diese Regelung erstreckt sich auch auf Dienstverhältnisse der öffentlichen Hand (§ 69b Abs. 2 UrhG).[767] Für Auftragsverhältnisse kommt die Regelung jedoch nicht zur Anwendung; insofern kommt es künftig auf die (schwierige) Abgrenzung von Auftrag und Arbeitsvertrag entscheidend an.

Die Regelung des § 69b UrhG führte zu einem wichtigen Wechsel im deutschen Urheberrecht:[768] Der Arbeitgeber bekommt alle wirtschaftlichen Rechte, selbst wenn sein Arbeitnehmer nicht als Vollzeit-Softwareentwickler beschäftigt wird.[769] Zusätzlich braucht er seine Rechte nicht mehr einzuklagen, falls sich der Arbeitnehmer diesbezüglich weigert; stattdessen wird er Inhaber der Rechte, selbst im Falle einer Verweigerung durch den Arbeitnehmer. Kraft Gesetzes sind dem Arbeitgeber – wie es in der Gesetzesbegründung zu § 69b UrhG heißt – „die vermögensrechtlichen Befugnisse (...) vollständig zuzuordnen".[770] Auch ist eine Vergütung abseits des Arbeitslohns im Rahmen von § 69b UrhG grundsätzlich ausgeschlossen.[771] Denkbar bleibt jedoch eine Beteiligung an den Erlösen des Arbeitgebers nach Maßgabe des sog. Bestsellerparagraphen (§ 32a UrhG).[772]

Der Begriff „**wirtschaftliche Rechte**" beinhaltet nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte. Diese ideellen Rechte wollen weder die EG-Richtlinie noch der Gesetzesentwurf regeln;[773] es bleibt insofern beim alten Recht. Deshalb darf der Urheber eines Programms selbst in Beschäftigungsverhältnissen folgende Rechte wahrnehmen

- das Recht darüber zu entscheiden, ob und wo das Recht veröffentlicht oder verbreitet wird,
- das Recht, als Autor genannt zu werden, und besonders

[767] Vgl. zu dem schwierigen Problem des Urheberrechts an Hochschulen, das trotz § 69b Abs. 2 UrhG einer Lösung harrt, *Hubmann/Preuss*, Mitteilungen des Hochschulverbandes 1986, 31; *von Loeper*, WissR 1986, 133.
[768] Vgl. hierzu ausführlich *Sack*, BB 1991, 2165.
[769] Dies gilt auch dann, wenn das Programm ohne konkreten Auftrag während der Arbeitszeit entwickelt worden ist, vgl. *KG*, CR 1997, 612.
[770] BT-Drs. 12/4022, 10.
[771] *BGH*, ZUM 2001, 161; ähnlich *BGH*, MMR 2002, 99 mit Anm. *Rinkler* – Wetterführungspläne II.
[772] *BGH*, MMR 2002, 99 mit Anm. *Rinkler* – Wetterführungspläne II.
[773] BT-Drs. 12/4022, 10.

- das Recht, Änderungen des Werkes als entstellend abzulehnen.

Diese Rechte sind unveräußerlich und können auch nicht im Rahmen von Arbeitsverträgen übertragen werden. Ob ein Verzicht auf die Ausübung dieser Rechte möglich ist, bedarf einer Klärung durch die Gerichte.[774]

5. Lizenzen in der Insolvenz

Literatur:
Berger, Softwarelizenzen in der Insolvenz des Softwarehauses – Die Ansätze des IX. Zivilsenates für insolvenzfeste Softwarelizenzen als Wegbereiter einer neuen dogmatischen Betrachtung, CR 2006, 505; *Breidenbach*, Computersoftware in der Zwangsvollstreckung, CR 1989, 873, 971 und 1074; *Hubmann*, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte, Festschrift für Heinrich Lehmann 1956, 812; *Paulus*, Software in Vollstreckung und Insolvenz, ZIP 1996, 2; *Plath*, Pfandrechte an Software – Ein Konzept zur Lösung des Insolvenzproblems?, CR 2006, 217; *Roy/Palm*, Zur Problematik der Zwangsvollstreckung in Computer, NJW 1995, 690.

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).[775]

Urheberrechtsverträge sind regelmäßig **nicht insolvenzfest**. Der BGH spricht in diesem Fall von „Lizenzverträgen" und ordnet sie dem Wahlrecht nach § 103 InsO zu. Ist ein Softwarerstellungsvertrag daher noch nicht beiderseitig erfüllt, kann insbesondere der Insolvenzverwalter die weitere Erfüllung ablehnen.[776] Das Bundeskabinett hat daraufhin Ende August 2007 einen **Gesetzentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung** beschlossen. Im Rahmen dieser Reform werden Lizenzen aus der Insolvenzmasse ausgeklammert, um Lizenznehmer künftig

[774] Vgl. hierzu *Hertin*, in: Fromm/Nordemann, Rdnr. 3 m.w.N.
[775] Vgl. auch *RGZ* 68, 49, 54/55 – Süddeutsche Bauhütte, *RGZ* 95, 235-237 – Zeitungsverlag, *OLG Köln*, GRUR 1950, 579, 580.

[776] *BGH*, Urteil vom 17. November 2005, MMR 2006, 386 = NJW 2006, 915. Siehe dazu auch *Witte*, ITRB 2006, 263; Grützmacher, CR 2006, 289; Berger, CR 2006, 505.

besser zu schützen, wenn der Lizenzgeber insolvent wird (§ 108a InsO-Entwurf).[777] Mit dieser Maßnahme soll das Vertrauen von Investoren in innovative Projekte gestärkt werden. Insolvenzfestigkeit von Lizenzverträgen Ausgangslage: Seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung unterliegen Lizenzverträge dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters. 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. Der Lizenzvertrag unterliegt künftig nicht dem Wahlrecht des Verwalters; 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 kann der Verwalter eine Anpassung verlangen. In diesem Fall hat der Lizenznehmer ein Recht zur außerordentlichen Kündigung. Mit dieser differenzierten Lösung wird 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.

Zu beachten ist ferner, dass eine Verwertung in der Insolvenz nicht zulässig ist, sofern zwangsvollsteckungsrechtliche Hindernisse einer Verwertung entgegenstehen (§§ 42, 43 Abs. 1 InsO). Das UrhG sieht allerdings eine Reihe **zwangsvollstreckungsrechtlicher Beschränkungen** vor. Zunächst ist zu beachten, dass das Urheberrecht als solches, die Verwertungsrechte sowie das Urheberpersönlichkeitsrecht mangels Übertragbarkeit nicht verwertbar sind (§ 29 UrhG). Eine Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte in Bezug auf unbekannte Nutzungsarten (§ 31a UrhG) ist ebenso ausgeschlossen. § 113 UrhG zieht hieraus die Konsequenz, dass die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gegen den Urheber in dessen Urheberrecht nur mit der Einwilligung des Urhebers und nur insoweit zulässig ist, als er anderen Nutzungsrechte einräumen kann (§ 31 UrhG). Verwertbar sind daher nur einzelne Nutzungsrechte und Geldforderungen aus deren Verwertung (einschließlich der Einnahmen aus Vergütungen der Verwertungsgesellschaften), sofern der Urheber einwilligt. Die Einwilligung muss höchstpersönlich erteilt werden (§ 113 Satz 2 UrhG). Die Zustimmung des Insolvenzverwalters reicht nicht aus (§ 91 Abs. 1 InsO).

[777] Siehe dazu auch die Stellungnahme der GRUR, GRUR 2008, 138 ff.

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

Zu beachten sind auch die Schwierigkeiten bei der Bilanzierung urheberrechtlicher Schutzpositionen. Eine handelsrechtliche Aktivierung ist nur möglich, wenn das Urheberrecht als immaterieller Wert abstrakt und konkret aktivierungsfähig ist. Für die abstrakte Aktivierungsfähigkeit ist die selbständige Verwertbarkeit des Urheberrechts vonnöten. Das Urheberrecht ist jedoch in abstracto nicht veräußerbar (§ 29 Abs. 1 UrhG); aktivierbar ist daher nur die Möglichkeit, Nutzungsrechte im Rahmen von § 31 UrhG einzuräumen. Schwierigkeiten bereitet ferner § 248 Abs. 2 HGB, der eine Aktivierung immaterieller Vermögensgegenstände verbietet, die nicht entgeltlich erworben wurden. Damit sind selbsterstellte immaterielle Werte von der Aktivierung ausgeschlossen. Dies widerspricht dem Vollständigkeitsgebot des § 246 Abs. 1 HGB und den abweichenden Bestimmungen im IAS und US-GAAP-System.[778] Nach IAS 38.45 und SFAS 86/SOP 98-1 muss der Bilanzierende die Fähigkeit, Ressourcen und Absichten haben, ein marktreifes Produkt zu entwickeln; ferner muss ein entsprechender Markt für die externe Verwendung nachgewiesen werden. In der deutschen Diskussion[779] wird daher gefordert, § 248 Abs. 2 HGB aufzuheben und eine Aktivierung immaterieller Werte zuzulassen, sofern ein konkretes, abgrenz- und beschreibbares Projekt begonnen worden ist, dessen aktive Verfolgung sichergestellt und dessen Nutzen darstellbar ist. Zumindest soll eine Bilanzierung als Rechnungsabgrenzungsposten im Rahmen von § 250 Abs. 1 HGB zulässig sein, sofern bestimmte Ausgaben zeitlich eindeutig einem späteren Erfolg zugeordnet werden können.

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

Literatur:

Arnold, Rechtmäßige Anwendungsmöglichkeiten zur Umgehung von technischen Kopierschutzmaßnahmen?, MMR 2008, 144; *Arnold/Timmann*, Ist die Verletzung des § 95a Abs. 3 UrhG durch den Vertrieb von Umgehungsmitteln keine Urheberrechtsverletzung?, MMR 2008, 286; *Bär/Hoffmann*, Das Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz, MMR 2002, 654; *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, München 2002; Institute for Information Law (Hg.), Data Protection and Copyright: Their interaction in the context ofelectronic management systems, Amsterdam 1998; *Davies*, Copyright in the Information Society – Technical Devices to Control Private Copying, in: Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 307; *Dres-*

[778] S. dazu *von Keitz*, Immaterielle Güter in der internationalen Rechnungslegung, 1997.

[779] Vgl. den Bericht des Arbeitskreises „Immaterielle Werte im Rechnungswesen“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V in DB 2001, 989.

sel/Scheffler (Hg.), Rechtsschutz gegen Dienstepiraterie. Das ZKDSG in Recht und Praxis, München 2003; *Ernst*, Kopierschutz nach neuem UrhG, CR 2004, 39; *Fallenböck/Weitzer*, Digital Rights Management: A new Approach to Information and Content Management?, CRi 2003, 40; *Fränkl*, Digital Rights Management in der Praxis, 2005; *Gutmann*, Rechtliche Flankierung technischer Schuzmöglichkeiten, K&R 2003, 491; *Goldmann/Liepe*, Vertrieb von kopiergeschützten Audio-CDs in Deutschland. Urheberrechtliche, kaufrechtliche und wettbewerbsrechtliche Aspekte, ZUM 2002, 362; *Gottschalk*, Das Ende von „fair use" – Technische Schutzmaßnahmen im Urheberrecht der USA, MMR 2003, 148; *Holznagel/Brüggemann*, Das Digital Rights Management nach dem ersten Korb der Urheberrechtsnovelle, MMR 2003, 767; *Knies*, DeCSS – oder – Spiel mir das Lied vom Code, ZUM 2003, 286; *Koch*, Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Software-Nutzung, CR 2002, 629; *Kreutzer*, Schutz technischer Maßnahmen und Durchsetzung von Schrankenbestimmungen bei Computerprogrammen, CR 2006, 804; *Kuhlmann*, Kein Rechtsschutz für den Kopierschutz? Standardsoftware in rechtlicher Hinsicht, CR 1989, 177; *Lai*, Digital Copyright and Watermarking, EIPR 21 (1999), 171; *Lessig*, Code and other Laws of Cyberspace, New York 1999; *Melichar*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, Schwarze/Becker (Hg.), Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, Baden-Baden 2002, 43; *Möschel/Bechtold*, Copyright-Management im Netz, MMR 1998, 571; *Picot u.a.* (Hg.), Distribution und Schutz digitaler Medien durch Digital Rights Management, Berlin 2004; *Pleister/Ruttig*, Neues Urheberrecht – neuer Kopierschutz, MMR 2003, 763; *Retzer*, On the Technical Protection of Copyright, CRi 2002, 124; *Samuelson*, Intellectual Property and the Digital Econonmy: Why the Anti-Circumvention Regulations need to be Revised, Berkeley Technology Law Journal 15 (1999), 519; *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, München 2001; *Wand*, Dreifach genäht hält besser! – Technische Identifizierungs- und Schutzsysteme, GRUR Int. 1996, 897; *Wiechmann*, Urheber- und gewährleistungsrechtliche Probleme der Kopiersperre bei digitalen Audio-Kassetten-Recordern, ZUM 1989, 111; *Wiegand*, Technische Kopierschutzmechanismen in Musik-CDs, MMR 2002, 722.

Globalisierung des Internets und territoriale Anknüpfung des Urheberrechts stehen im Widerspruch; dieser Widerspruch führt in der Praxis zu erheblichen Irritationen. Diese Probleme lassen sich – wie oben beschrieben – nur eingeschränkt durch gesetzliche Ausnahmebestimmungen (statutory licensing) oder die Zwischenschaltung der Verwertungsgesellschaften (collective licensing) lösen. Auch das „single licensing" erweist sich als zeitraubender Lösungsansatz, muss doch mit jedem Rechteinhaber ein Vertrag geschlossen werden. Es wundert nicht, dass die Industrie in dieser Situation zur Selbsthilfe übergeht. Code as Code, der Programmiercode wird zur Kodifikation. An die Stelle gesetzlicher Vorgaben treten **technische Standards, Kopierschutzmechanismen, Copyright Management Systeme**. Im Einzelnen zählen hierzu

- 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 Websites
- Regional Encoding Enhancements, eine territorial-bezogene Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten einer CD
- 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 **Softwareschutzrichtlinie über den Schutz gegen Umgehungstools** (Art. 7 Abs. 1 lit. c).[780] Hinzu kommt die **Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Daten und von Zugangskontrolldiensten**.[781] Diese regelt nicht nur den Bereich des Pay-TVs, sondern aller Zugangskontrolldienste (Art. 2 lit. a). Nach Art. 4 dieser Richtlinie müssen die Mitgliedsstaaten 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 intellegible form without the authorisation of the service provider". Die Richtlinie ist durch das am 23.3.2002 in Kraft getretene „Gesetz zum Schutz von zugangskontrollierten Diensten und Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutzgesetz – ZKDSG)" ins deutsche Recht umgesetzt worden.[782] 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-Richtlinie**.[783] Diese verpflichtet die Mitgliedsstaaten 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 problematisch, wo die technischen Schutzsysteme gesetzliche Vorgaben unterminieren. Das ist zum Beispiel bei SCMS der Fall, sofern das gesetzlich erlaubte Erstellen privater Kopien technisch unmöglich gemacht wird. Ähnliches gilt für die

[780] Siehe dazu vor allem *Raubenheimer*, CR 1994, 129 ff.; *Raubenheimer*, Mitt. 1994, 309 ff.
[781] ABl. Nr. L 320/54 vom 28. November 1998.
[782] Bundesgesetzblatt (BGBl. 2002 I vom 22. März 2002, 1090 f.), abrufbar unter: http://www.bgblportal.de/BGBL/bgbl1f/bgbl102019s1090.pdf). Siehe dazu *Bär/Hoffmann*, MMR 2002, 654 ff. und ausführlich *Dressel/Scheffler* (Hg.), Rechtsschutz gegen Dienstepiraterie. Das ZKDSG in Recht und Praxis, München 2003.
[783] Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001, EG ABl. L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10 ff.

Regional Encoding Mechanismen, die mit dem Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG) und dem Prinzip der Warenverkehrsfreiheit kollidieren. Nach Art. 6 Abs. 4 Satz 1 der Info-Soc-Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten auch Schutzmaßnahmen gegen technische Sperren, sofern diese den gesetzlichen Schranken widersprechen. Für das Verhältnis zur Privatkopierfreiheit 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 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.).

Wesentliche Ausprägungen dieser EU-Vorgaben finden sich in **§§ 95a ff. UrhG**. Nach § 95a Abs. 1 UrhG dürfen wirksame[784] technische Maßnahmen zum Schutz eines urheberrechtlich geschützten Gegenstandes ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht umgangen werden. § 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.[785] In Bezug auf § 95a Abs. 3 UrhG hat das *BVerfG* jedoch keine Bedenken gesehen.[786] Zu den geschützten Kopierschutzmaßnahmen zählen auch Regional Encoding Systems, wie auf DVDs gebräuchlich.[787] 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".[788] Die Haftung wird durch die Münchener Justiz[789] in zweifelhafter Art und Weise über den Wortlaut des § 95a Abs. 3 hinaus ausgedehnt. Hierzu bedient man sich der Konstruktion der allgemeinen Mitstörerhaftung. Eine solche soll schon eingreifen, wenn jemand einen Link auf Umgehungssoftware setzt.

---

[784] Css ist kein effektiver Umgehungsschutz nach Auffassung des *Bezirksgerichts Helsinki*, Urteil vom 25. Mai 2007 – R 07/1004. Siehe www.turre.com/css_helsinki_district_court.pdf.
[785] *Ulbricht*, CR 2004, 674, 679; differenzierend *LG Köln*, MMR 2006, 412; *Holznagel/Brüggemann*, MMR 2003, 767, 773.
[786] *BVerfG*, MMR 2005, 751; ähnlich auch *OLG München*, AfP 2005, 480, 484.
[787] So in Australien der Fall Kabushiki Kaisha Sony vs. Stevens, entschieden vom *Obersten Gerichtshof Australiens* am 26. Juli 2002, (2002) FCA 906; ähnlich Sony v. Ball, *High Court of Justice*, 24. Juni 2004 und 19. Juli 2004, (2005) FSR 9.
[788] *LG Köln*, MMR 2006, 412.
[789] *OLG München*, AfP 2005, 480, 484; ähnlich bereits *LG München I*, MMR 2005, 385, 387.

Im Übrigen greift § 95a UrhG nicht ein, wenn ein Nutzer bei bestehendem digitalem Kopierschutz eine analoge Kopie zieht.[790] 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.[791] Ein solches Angebot stellt 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. des § 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. des § 95a Abs. 3 UrhG umfasst jegliche Äußerung mit dem Ziel, den Absatz der in dieser Regelung näher bezeichneten Umgehungsmittel zu fördern.[792] 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.[793]

Die Beschränkung der Zulässigkeit digitaler Privatkopien durch das Verbot der Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen (vgl. § 95a UrhG) verletzt nach Aufassung des OLG München[794] nicht das Eigentumsgrundrecht des Besitzers einer Kopiervorlage; es ist vielmehr nur eine wirksame Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des 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 Umgehungsmaßnahmen folgt nicht zwingend die Unwirksamkeit der betroffenen technischen Schutzmaßnahmen i. S. d. § 95a Abs. 1 UrhG. Die Wirksamkeit solcher Schutzmaßnahmen hänbgt vielmehr davon ab, ob der durchschnittliche Benutzer durch die Maßnahmen von Urheberrechtsverletzungen abgehalten werden kann. [795]

[790] *LG Frankfurt*, CR 2006, 816.
[791] *BGH*, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 219/05; *LG Köln*, CR 2006, 702.
[792] *BGH*, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 219/05.
[793] *BGH*, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 219/05.
[794] *OLG München*, Urteil vom 23. Oktober 2008 – 29 U 5696/07.
[795] *OLG München*, Urteil vom 23. Oktober 2008 – 29 U 5696/07.

XI. Folgen bei Rechtsverletzung

Die Rechtsfolgen in Piateriefällen bestimmen sich nach den §§ 97 ff. und §§ 106 ff. UrhG; ergänzend sind die Bestimmungen des BGB zum Schadensersatz hinzuziehen. Zum 1.9.2008 erfolgte eine Novellierung des Sanktionssystems aufgrund der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.[796]

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). 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 Vervielfältigungsstücke), § 69d Abs. 2 UrhG (Sicherungskopien) oder §§ 69d Abs. 3, 69e UrhG (Reverse Engineering und Dekompilierung) eingreifen. Auch wenn die Erstellung solcher Raubkopien immer noch gesellschaftlich als Kavaliersdelikt angesehen wird, ist dieses Verhalten nicht vom Gesetzgeber durch Schaffung einer gesetzlichen Schranke legitimiert worden. Dagegen fällt die Online-Datenübertragung nicht unter das Merkmal der Verbreitung, da Gegenstand der Verbreitung nur körperliche Werkstücke sein können.[797] Unter die unerlaubte öffentliche Wiedergabe fällt allerdings das Bereithalten von Material zum Abruf über das Internet. Die Nutzung von Kazaa zum Download von Musik fällt ebenfalls unter § 106 UrhG.[798] Der bloße Besitz von Raubkopien ist jedoch nicht strafbar.

§ 106 Abs. 2 UrhG erweitert die Strafbarkeit auf die Versuchsdelikte. Es reicht daher aus, dass der Täter bereits innerlich unmittelbar zur Tat angesetzt hat (siehe § 24 StGB). Allerdings 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-

[796] Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 2. Juni 2004, ABl. L 195/16; BGBl. 2008 Teil I Nr. 28 vom 11. Juli 2008, S. 1191 ff.
[797] *Kroitsch* in Möhring/Nicolini, § 106 Rdnr. 9.
[798] *AG Cottbus*, CR 2004, 782.

Brenners noch nicht geeignet, von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tat zu sprechen. § 106 UrhG ist ein Antragsdelikt, § 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. Computerkids) zu verneinen sein. Erst wenn die Piraterie von ihrer Größenordnung her das „normale" Maß übersteigt, ist eine Amtsermittlung geboten.

Etwas anderes gilt für den Bereich der **gewerbsmäßigen Piraterie (§ 108a UrhG)**. Wenn jemand zu kommerziellen Zwecken Kopien erstellt und vertreibt, erhöht sich nicht nur die denkbare Freiheitsstrafe auf bis zu fünf Jahre. Die gewerbsmäßige Piraterie ist auch ein Offizialdelikt, so dass die Strafverfolgungsbehörden bei einem entsprechenden Verdacht auch ohne Antrag des Betroffenen tätig werden und ermitteln.
Darüber hinaus können Gegenstände, wie z.B. der PC mit Zubehör, wenn sie zu einer der oben genannten Straftaten genutzt wurden, gem. § 110 UrhG eingezogen werden.
Es hat für den Betroffenen große Vorteile, den strafrechtlichen Weg einzuschlagen und Strafantrag zu stellen. Im Zivilverfahren kann es nämlich sehr schwierig sein, den Nachweis einer Piraterie zu führen. Der Betroffene selber kann regelmäßig kein Beweismaterial in den Räumen des Beschuldigten beschlagnahmen. Anders ist die Lage jedoch für die Strafverfolgungsbehörden, die entsprechendes Material auf richterliche Anordnung beschlagnahmen können (siehe § 98 StPO). Sobald das Strafverfahren abgeschlossen ist, kann der Betroffene die Ergebnisse in das anschließende Zivilverfahren einführen. Im Übrigen entstehen dem Betroffenen für die Ermittlungen im Strafverfahren keine Kosten; insbesondere eventuelle Sachverständigengebühren sind vom Staat zu entrichten. Angesichts des guten Verhältnisses von Kosten und Nutzen sollte daher unbedingt ein Strafantrag seitens des Betroffenen gestellt werden. Auch sollte der Betroffene im Offizialverfahren gegen gewerbliche Piraterie entsprechende Anzeigen bei den Behörden machen und das Verfahren laufend begleiten.

Im Übrigen sind die Möglichkeiten der **Zollbeschlagnahme** zu beachten.[799] Der Zoll kann aufgrund eines Antrags des Rechteinhabers verdächtige Sendungen anhalten, untersuchen, Proben entnehmen, Fälschungen vernichten und Informationen an den Rechteinhaber heraus-

[799] Weitere Informationen hierzu unter www.zoll.de/b0_zoll_und_steuern/d0_verbote_und_beschränkungen/f0_gew_rechtsschutz/a0_marken_piraterie/b0_grenzbeschlagnahme/index.html.

geben. Der Zoll wird bei Nichtgemeinschaftswaren nach der VO 1383/2003 („Produktpirateerieverordnung“)[800] tätig werden; hinzu kommen eher seltene Beschlagnahmefälle nach rein nationalen Vorschriften etwa im Falle innergemeinschaftlicher Parallelimporte.

Am 26.4.2006 hat die EU-Kommission Grundstrukturen strafrechtlicher Sanktionen bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten in einem geänderten Richtlinienentwurf („IPRED2“) vorgelegt. Der Strafenkatalog soll z.B. auch die Schließung des Unternehmens des Verletzers etc. umfassen.[801] Dieses Vorhaben wird leider derzeit nicht weiter verfolgt.

2. Zivilrechtliche Ansprüche

Literatur:
Eisenkolb, Die Enforcement-Richtlinie und ihre Wirkung – Ist die Enforcement-Richtlinie mit Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar wirksam?, GRUR 2007, 387; *Frank/Wiegand,* Der Besichtigungsanspruch im Urheberrecht de lege ferenda, in: CR 2007, 481; *Freitag*, Internetangebote und Urheberrecht, DRiZ 2007, 204; *Grützmacher*, Urheberrecht im Wandel – der zweite Korb, die Enforcement-Richtlinie und deren Umsetzung, ITRB 2007, 276; *Hullen*, Urheberrechtswidrige Veröffentlichung von Bildern im Internet. Zu den drei Berechnungsarten der Schadenshöhe, ITRB 2008, 156; *Nägele/Nitsche,* Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, WRP 2007, 1047*; Pahlow, Louis:* Anspruchskonkurrenzen bei Verletzung lizenzierter Schutzrechte unter Berücksichtigung der Richtlinie 2004/48/EG, GRUR 2007, 1001; *Peifer*, Die dreifache Schadensberechnung im Lichte zivilrechtlicher Dogmatik, WRP 2008, 48; *Sobola*, Schadensersatzpflicht durch Nutzung von Musiktauschbörsen, ITRB 2008, 135; *Spindler/Weber*, Die Umsetzung der Enforcement-Richtlinie nach dem Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, ZUM 2007, 257; *Spitz,* Philippe: Überlegungen zum entgangenen Gewinn und zur Gewinnherausgabe im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, sic! 2007, 795; *Witte*, Zur Schadensberechnung bei der Verletzung von Urheberrechten an Software, ITRB 2006, 136.

a) § 97 Abs. 1 UrhG

Die **zentrale Norm** der zivilrechtlichen Ansprüche bildet § 97 Abs. 1 UrhG. Danach steht dem Verletzten ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Beseitigung bzw., bei Wiederholungsgefahr, auf Unterlassung der Verletzungshandlung zu. Darüber hinaus kann der Verletzte bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit Schadensersatz verlangen. Voraussetzung ist jeweils die widerrechtliche und schuldhafte Verletzung eines Urheber- oder Leistungsschutzrechts eines

[800] Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen, ABl. Nr. L 196 vom 2. August 2003, S. 7 ff.
[801] Proposal for a European Parliament and Council Directive on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights COM (2005)276, 12. Juli 2005, abrufbar unter http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0276en01.pdf.

anderen. Diese Ansprüche sind frei übertragbar und auch verzichtbar. Geschützt sind dabei nur die absoluten Rechte, d.h. solche, die gegenüber jedem nichtberechtigten Dritten wirken. Die Verletzung rein vertraglicher Ansprüche, etwa die Position des Inhabers eines einfachen Nutzungsrechts, reicht nicht aus.[802] Als Verletzungshandlung gilt jeder Eingriff in eines der dem Rechteinhaber zustehenden Verwertungs- oder Persönlichkeitsrechte. Widerrechtlich ist jeder Eingriff in die Position des Rechteinhabers, der nicht von einer gesetzlichen Schranke oder der Einwilligung des Rechteinhabers gedeckt ist. Rechtsunkenntnis entlastet nicht.[803]

aa) Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung

Der in § 97 Abs. 1 UrhG normierte **Unterlassungsanspruch** gilt sowohl für vermögens- als auch für persönlichkeitsrechtliche Beeinträchtigungen. Zu unterscheiden ist zwischen dem wiederherstellenden und dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch. Während sich das Gesetz nur auf den wiederherstellenden Unterlassungsanspruch nach vorangegangener Rechtsverletzung bezieht, regelt der in der Rechtsprechung entwickelte vorbeugende Unterlassungsanspruch die Fälle der konkret drohenden Erstbegehungsgefahr. Diese besteht bei allen vorbereitenden Maßnahmen, die einen zukünftigen Eingriff nahe legen.

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.

Zu beachten ist auch § 98 Abs. 1 UrhG, wonach der Verletzte Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher zwecks Vernichtung verlangen kann.[804] Neben der Vernichtung kann auch Schadensersatz verlangt werden.[805]

Der Anspruchsinhaber hat nach ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, insbesondere auch der Anwaltskosten, nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag.[806]

bb) Schadensersatz

[802] Str.; so auch *Wild*, in: Schricker, § 97 Rdnr. 30; anderer Ansicht *Lütje*, in: Möhring/Nicolini, § 97 Rdnr. 46.
[803] *BGH*, GRUR 1986, 734 – Bob Dylan; GRUR 1998, 568 – Beatles-Doppel-CD.
[804] *BGH*, GRUR 2003, 228 – P-Vermerk.
[805] *KG*, GRUR 1992, 168, 169 – Dia-Kopien.
[806] Zuletzt z.B. *LG Köln*, MMR 2008, 126.

Handelt der Schädiger **vorsätzlich oder fahrlässig**, 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 notwendigen Rechtskenntnisse verschaffen, denn „Irrtum schützt vor Strafe nicht". Jeder Fehler bei der Beurteilung der Rechtslage ist dem Schädiger im Rahmen des Fahrlässigkeitsvorwurfes zuzurechnen.

Zur Bestimmung des Inhalts des Schadensersatzanspruchs ist zunächst zwischen materiellem und immateriellem Schaden zu unterscheiden. Bei **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 **drei verschiedene Berechnungsarten** zur Auswahl: Ersatz der erlittenen Vermögenseinbuße einschließlich des entgangenen Gewinns (§§ 249 ff. BGB), Zahlung einer angemessenen Lizenz und die Herausgabe des vom Schädiger erlangten Gewinns.[807] Der Verletzte kann zwischen diesen Berechnungsarten frei wählen und noch während des Prozesses und sogar nach Rechtskraft des Verletzungsprozesses wechseln.[808]

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 Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 Satz 2 BGB). Allerdings ist es gerade im Urheberrecht oft schwierig, den Nachweis eines solchen Gewinns zu erbringen. Einfacher ist für den Verletzten 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.[809] 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.[810] Als abzugsfähig galten nach älterer Rechtsprechung alle Selbstkosten des Verletzers, ein-

[807] *BGH*, GRUR 1972, 189 – Wandsteckdose II; GRUR 2000, 226, 227 – Planungsmappe u.a.
[808] *BGH*, GRUR 1993, 757, 758, NJW 1993, 1989 – Kollektion Holiday.
[809] *BGH*, GRUR 1973, 480 – Modeneuheit.
[810] *OLG Frankfurt a.M.*, ZUM 2004, 924.

schließlich der Materialkosten, Vertriebsgemeinkosten und Fertigungslöhne.[811] Neuerdings sind Gemeinkosten nur noch abzugsfähig, wenn sie den schutzrechtsverletztenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können.[812] 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.[813]

Etwas anderes gilt im Falle der **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 Websites ohne Namensnennung zu kommerziellen Zwecken kopiert.[814]

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.[815] 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 **privater Nutzung von Fotos im Internet für kurze Zeit** sind die Erstattungskosten allerdings deutlich geringer. So verurteilte das OLG Brandenburg[816] einen Privaten zur Zahlung von 40,00 € Schadensersatz und 100,00 € Abmahnkosten verurteilt. Der Kläger könne hier nur 40,00 € Lizenzgebühren verlangen, weil das Foto nur wenige Tage im Internet verwendet

[811] *BGH*, GRUR 1962, 509 – Diarähmchen II; GRUR 1974, 53 – Nebelscheinwerfer. Kritisch dazu *Lehmann*, BB 1988, 1680 ff.
[812] *BGH*, GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil für den Bereich des Geschmacksmusterrecht; ähnlich für das Patentrecht O*LG Düsseldorf*, Urteil vom 20. Dezember 2001 – 2 U 91/00.
[813] BGH, *Urteil* vom 26. März 2009 – I ZR 44/06, GRUR 2009, 660.
[814] *OLG Frankfurt a.M.*, ZUM 2004, 924.
[815] *OLG Düsseldorf*, GRUR-RR 2006, 393.
[816] Urteil vom 3. Februar 2009 – 6 U 58/08.

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 100,00 € zu begrenzen. Zu Beachten ist in diesem Kontext § **97a Abs. 2 UrhG**, in Kraft seit dem 1. September 2008. Hiernach beschränkt sich der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 100 Euro.

b) Sonstige Geldansprüche

§ 97 Abs. 3 UrhG weist auf die Anwendbarkeit weiterer Anspruchsgrundlagen hin. Hier kommen Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht, der Geschäftsführung ohne Auftrag, aus dem Deliktsrecht sowie dem Wettbewerbsrecht in Betracht. Besonders wichtig sind dabei die Ansprüche aus den §§ 812 ff. BGB, denn sie sind auf Zahlung gerichtet, ohne ein Verschulden des Schädigers zu fordern. Praktische Folgen hat dies, wenn der Verletzte dem Inanspruchgenommenen weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit nachweisen kann. Dagegen haben die anderen Ansprüche aufgrund der umfassenden Regelung des § 97 UrhG meist nur subsidiäre Bedeutung.

c) Auskunft und Rechnungslegung

Literatur:
Bäcker, Starkes Recht und schwache Durchsetzung, ZUM 2008, 391; Beck/Kreißig, Tauschbörsen-Nutzer im Fadenkreuz der Strafverfolgungsbehörden, NStZ 2007, 304; *Nordemann/Dustmann*, To Peer Or Not To Peer. Urheberrechtliche- und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internet-Piraterie, CR 2004, 380; *Czychowski*, Auskunftsansprüche gegenüber Internetzugangsprovidern „vor“ dem 2. Korb und „nach“ der Enforcement-Richtlinie der EU, MMR 2004, 514; *Einzinger/Schubert/Schwabl/Wessely/Zykan*, Wer ist 217.204.27.214? Access-Provider im Spannungsfeld zwischen Auskunftsbegehrlichkeiten der Rechteinhaber und Datenschutz, MR 2005, 113; *Gercke*, Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht – Ein Überblick über die strafrechtliche Bewertung der Tauschbörsennutzung unter Berücksichtigung der Änderungen durch den „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform, ZUM 2007, 791; *Hoppen*, Software-Besichtigungsansprüche und ihre Durchsetzung, in: CR 2009, 407; *Jüngel/Geißler*,Der neue Auskunftsanspruch aus § 101 UrhG, in: MMr 2008, 787; *Kitz*, Die Auskunftspflicht des Zugangsvermittlers bei Urheberrechtsverletzungen durch seine Nutzer, GRUR 2003, 1014; *Schanda*, Auskunftsanspruch gegen Access-Provider über die IP-Adressen von Urheberrechtsverletzern, MR 2005, 18; *Sie-*

ber/Höfinger, Drittauskunftsansprüche nach § 101a UrhG gegen Internetprovider zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, MMR 2004, 575; *Spindler/Dorschel*, Auskunftsansprüche gegen Internet-Service-Provider, CR 2005, 38; *Stomper*, Zur Auskunftspflicht von Internet-Providern, MR 2005, 118; *von Olenhusen/Crone*, Der Anspruch auf Auskunft gegenüber Internet-Providern bei Rechtsverletzungen nach Urheber- bzw. Wettbewerbsrecht, WRP 2002, 164; *Frank/Wiegand*, Der Besichtigungsanspruch im Urheberrecht de lege ferenda, CR 2007, 481.

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 § 101a UrhG, der die Verfolgung des eigentlichen Anspruchs erleichtern soll.[817] 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 zumutbaren Recherchemöglichkeiten bzgl. seiner Erwerbsquelle oder des Umfangs der Verletzung ausschöpfen.[818] Insofern muss er in Geschäftsunterlagen Einsicht nehmen und bei Mitarbeitern, Kunden oder Lieferanten nachfragen.[819] Auch sind Geschäftsunterlagen und sonstige Belege herauszugeben.[820] Im Verfügungsverfahren ist ein Auskunftsanspruch nur zu bejahen, wenn die Rechtsverletzung offensichtlich ist.[821] Der Rechnungslegungsanspruch ergibt sich aus § 259 BGB;[822] er kann allerdings nur gegenüber Gewerblichen geltend gemacht werden. Zu den Verletzten zählt auch ein Host-Provider nach Maßgabe des Telemediengesetzes.[823]

Diskutiert wurde bis zur Umsetzung der Enforcement-Richtlinie zum 1.9.2008 eine analoge Anwendung von § 101a UrhG a. F. auf **Auskunftsansprüche gegen Access Provider**.[824] Auch wenn diese zwar selbst nicht als Verletzer im Sinne der Vorschrift gesehen werden konnten, sollte zumindest das schutzwürdige Interesse der Rechteverwerter eine Analogie rechtfertigen. Datenschutzrechtliche Bedenken wurden mit Hinweis auf § 28 Abs. 3 Nr. 1 BDSG ausgeräumt.[825] Das *LG Köln*[826] hatte geurteilt, dass Inhaber von Urheberrechten bei Raubkopienverdacht gegenüber dem Access-Provider einen Auskunftsanspruch über die Iden-

[817] Der Auskunftsanspruch aus § 101a I UrhG kann auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Ansprüche erfassen, *OLG Hamburg*, CR 2007, 487.
[818] *OLG Zweibrücken*, GRUR 1997, 827, 829 – Pharaon-Schmucklinie.
[819] *BGH*, GRUR 2003, 433, 434 – Cartierring.
[820] *BGH*, GRUR 2003, 433, 434 – Cartierring.
[821] *KG*, GRUR 1997, 129 – verhüllter Reichstag II.
[822] *BGH*, GRUR 1992, 612, 614 – Nicola.
[823] *OLG München*, MMR 2006, 739 = K&R 2006, 585.
[824] *OLG Hamburg*, MMR 2005, 453 m. Anm. *Linke*; *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2005, 241 m. Anm. *Spindler* = CR 2005, 285; *OLG München* MMR 2005, 616; *Kitz*, GRUR 2003, 1015; *Spindler/Dorschel*, CR 2005, 39.
[825] So *Nordemann/Dustmann*, CR 2004, 380, 386 ff.
[826] *LG Köln*, ZUM 2005, 236, 241; ähnlich *LG Hamburg*, CR 2005, 136 (aber inzwischen durch das *OLG* aufgehoben, siehe *OLG Hamburg*, MMR 2005, 453).

tität des Kunden analog § 101a UrhG a. F. hätten, dem bei den jeweiligen Internetsitzungen bestimmte dynamische IP-Adressen zugeteilt worden waren. Die Haftungsprivilegierung nach §§ 8 und 9 TMG komme nicht zur Anwendung, da § 7 Abs. 2 TMG auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Gesetze verweise. Dem widersprachen das *OLG Frankfurt*[827] und das *OLG Hamburg*.[828] Auch die Regelungen des TMG würden lediglich für einen Unterlassungsanspruch gelten, jedoch keine Regelung bezüglich der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen treffen.

Access Provider sind nicht verpflichtet, zugunsten privater Unternehmen auf Verkehrsdaten zuzugreifen, die sie ausschließlich im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung gespeichert haben. Hintergrund ist das unzulässige öffentliche Zugänglichmachen eines urheberrechtlich geschützten Werkes in einer Internet-Tauschbörse. Der Rechteinhaber hatte über ein Drittunternehmen die dynamische IP-Adresse des Verletzers ermitteln lassen und begehrte gemäß § 101 Abs. 9 UrhG die Gestattung der Verwendung von Verkehrsdaten, damit der Zugangsprovider Auskunft über die Identität des Nutzers der IP-Adresse erteilen kann. Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass der in Anspruch genommene Zugangsprovider die Verkehrsdaten nicht zu Abrechnungs- oder sonstigen eigenen Zwecken gemäß §§ 96-107 TKG speichert, sondern ausschließlich im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung auf der Grundlage des § 113a TKG. Das Landgericht hat die Gestattung ohne Anhörung ausgesprochen; diese Entscheidung hat das OLG Frankfurt auf die eingelegte sofortige Beschwerde aufgehoben.[829] Das OLG ist dabei der Argumentation gefolgt, dass die Norm des § 101 Abs. 9 UrhG (allenfalls) einen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand für die Übermittlung der gemäß § 96 TKG gespeicherten Verkehrsdaten, nicht jedoch für die allein nach § 113 a TKG gespeicherten Daten bildet. Für eine Gestattung im Hinblick auf derartige Daten fehlt es nach der Auffassung des Gerichts an einer Rechtsgrundlage.

Gefährlich war der dann von der Musik- und Spieleindustrie eingeschlagene Weg über das Strafrecht. Mittels technischer Tools des Unternehmens Logistep wurden P2P durchforstet und automatisiert **Strafanträge an die Staatsanwaltschaft** in Karlsruhe geschickt.[830] Selbst wenn die StA den Antrag nicht weiter verfolgte, konnte dadurch die in diesen Sachen tätige

[827] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2005, 241 m. Anm. *Spindler*; ähnlich in den USA Court of Appeals of the 8th Circuit, CRi 2005, 19.
[828] *OLG Hamburg*, MMR 2005, 453 m. Anm. *Linke*. Ähnlich jetzt in Italien *Tribunale Ordinario Rom*, 14. Juli 2007 – Techland Sp. Z. oo and Peppermint Jam Records GmbH vs. Wind Telecomunicazioni S.p.a., Cri 2007, 182.
[829] *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 12. Mai 2009 – 11 W 21/09.
[830] Siehe dazu Massenanzeige „Schienbeintritt für Softwarepiraten", FAZ, 12. September 2005, S. 23.

Karlsruher Anwaltskanzlei über den strafrechtlichen Weg an die Adressen der Nutzer kommen und (bis dahin noch sehr) hohe Abmahngebühren liquidieren. Entsprechende Akteneinsichtsrechte der Musikindustrie wurden dann aber vermehrt abgelehnt.[831] Diese Ansicht ist zutreffend, da § 406e StPO eine Akteneinsicht verbietet, wenn schutzwürdige Interessen des Beschuldigten entgegenstehen. Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche wiegt gegenüber den persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Belangen des Beschuldigten geringer. Hier ging es um eine rechtsmissbräuchliche Nutzung der Staatsanwaltschaften und ihrer hoheitlichen Befugnisse für die Belange der Musikindustrie. Da es sich beim File-Sharing in der Regel um Bagatellkriminalität handelt, konnte die Staatsanwaltschaft vom Provider nach Auffassung des *AG Offenburg*[832] auch nicht die Namensnennung eines Kunden verlangen, dem zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt eine IP-Nummer zugewiesen war. Bei der Geltendmachung von Einsichts- und Auskunftsansprüchen des Rechteinhabers ist auch das Recht des Beschuldigten auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten. Insofern könne die Musikmusikindustrie kein strafrechtlich begründetes Akteneinsichtsrecht geltend machen, wenn es um Bagatellfälle geht[833]. Bei dem Bereithalten von einer Musikdatei handelt es sich um einen solchen Fall bagatellartiger Rechtsverletzung, was so dann zum Vorrang des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen führt.[834] Im Übrigen hat der *EuGH* jetzt betont, dass Auskunftsansprüche gegen Access Provider nicht zwingend europarechtlich vorgegeben sind.[835] Das *LG Hamburg* hat ferner festgestellt, dass selbst gefertigte Screenshots von den angeblichen P2P-Rechtsverstößen kein geeignetes Beweismittel sind.[836]

Das Schweizerische Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 27.5.2009[837] eine Empfehlung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) in Sachen Logistep AG "betreffend die Bearbeitung und Weitergabe von Datenspuren" aufgehoben. Mit Datum vom 9.1.2008 erliess der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) eine Empfehlung an die Adresse der Logistep AG. Er hielt fest, diese suche mittels der von ihr entwickelten Software in verschiedenen Peer-to-Peer-Netzwerken nach angebotenen urheberrechtlich geschützten Werken. Beim Herunterladen dieser Werke würden ein Teil

[831] *LG München I*, MMR 2008, 561; ähnlich *LG Saarbrücken*, MMR 2008, 562; *LG Frankenthal*, Beschluss vom 21. Mai 2008 – 6 O 156/08; *LG München I*, Beschluss vom 12. März 2008 – 5 Qs 19/08.
[832] *AG Offenburg*, MMR 2007, 809.
[833] *LG Darmstadt*, Beschluss vom 12. Dezember 2008 – 9 QS 573/08.
[834] Ähnlich schon *Landgericht Darmstadt*, Beschluss vom 9. Oktober 2008 – 9 QS 490/08 – MMR 2009, 52 m. Anm. Bär.
[835] *EuGH*, MMR 2008, 227.
[836] *LG Hamburg*, MMR 2008, 418.
[837] http://relevancy.bger.ch/php/taf/http/checkpdf.php?filename=2009/a_03144_2008_2009_05_27_t.pdf&lang=de&type=azabvger

der zur Herstellung und Aufrechterhaltung der Internetverbindung zur Software des Anbieters ausgetauschten elektronischen Daten sowie weitere Daten (wie Uhrzeit und Datum) aufgezeichnet und in einer Datenbank abgespeichert. Die so erhobenen Daten würden anschliessend an die Urheberrechtsinhaber weitergegeben und von diesen zur Identifikation des Inhabers des Internetanschlusses verwendet. Dazu würden die Urheberrechtsinhaber unter anderem Strafanzeige gegen Unbekannt einreichen und sich die Identitätsdaten im Rahmen des Akteneinsichtsrechts verschaffen. Diese Daten würden sodann zur Geltendmachung von Schadenersatzforderungen verwendet.
Das Bundesverwaltungsgericht hielt zusammenfassend fest,
- das Sammeln und Weitergeben von technischen Daten durch die Beklagte stellt eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes (DSG) dar;
- diese Datenbearbeitung verletzt die Persönlichkeit der betroffenen Personen, da weder das Zweckmässigkeits- noch das Erkennbarkeitsprinzip eingehalten werden. Da indes überwiegende private wie auch öffentliche Interessen die Verletzung rechtfertigen, erweist sich die Persönlichkeitsverletzung nicht als widerrechtlich;
- auf das Begehren der Beklagten, den Kläger zur Orientierung der Öffentlichkeit über die vorliegende Angelegenheit zu verpflichten, ist nicht einzutreten.

Es empfiehlt sich vor allem eine gewisse Ruhe: Verfolgt werden meist nur P2P-Nutzer mit einer Vielzahl heruntergeladener Files; gerügt wird meist auch nur der Upload, nicht der Download der Files. Eltern haften in der Regel nicht für ihre Kinder,[838] Arbeitgeber nicht für das Verhalten ihrer Arbeitnehmer.[839] Ratsam ist es, die geforderte Unterlassungserklärung abzugeben und gleichzeitig zu betonen, dass man dies nur „unter Nichtanerkennung einer Rechtspflicht und Protest gegen die Kostenlast“ tue. Wichtig ist, nicht vorschnell die geforderten (meist viel zu hohen) Schadensersatz- und Anwaltsgebühren zu zahlen: Wer zahlt, verliert. Die Aufforderung, entsprechende Erklärungen und Zahlungen binnen kürzester Frist vorzunehmen, ist rechtlich unwirksam. Im Übrigen ist die Höhe der Abmahngebühren nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie in einfach gelagerten urheberrechtlichen Fällen, in denen der Verletzer außerhalb des geschäftlichen Verkehrs handelt und es sich um die erste anwaltliche Abmahnung handelt, trotz kontrovers geführter Diskussionen auf nun 100 € begrenzt worden, § 97a UrhG n. F.

[838] *OLG Frankfurt*, CR 2008, 243 m. Anm. *Stang/Hühner*; auch *OGH Wien*, K&R 2008, 327 m. Anm. *Thiele*; i.E. anders aber jetzt das *LG München I*, K&R 2008, 474.
[839] *LG München I*, MMR 2008, 422; s. auch *Emmert/Baumann*, DB 2008, 526.

In **Österreich** sieht die Lage anders aus; hier argumentiert man deutlicher zugunsten der Musikindustrie. So hat der *Oberste Gerichtshof*[840] Ende Juli 2005 über die Auskunftspflicht von Internet-Providern entschieden: Diese müssen nunmehr Auskunft über Namen und Adressen der User erteilen. Bei dieser Auskunft handele es sich um eine Stammdatenauskunft und nicht um eine Telekommunikationsüberwachung, und der Auskunftsleistung stünden weder grundsätzliche datenschutzrechtliche noch telekommunikationsrechtliche Bestimmungen entgegen.[841]

Mit Umsetzung der im Jahre 2004 verabschiedeten Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum, der so genannten **Enforcement-Richtlinie**, zum 1.9.2008 ist die Diskussion um eine analoge Anwendung des § 101a UrhG hinfällig geworden.
Neben den Vorgaben der in deutsches Recht umzusetzenden Durchsetzungsrichtlinie hat im Laufe des Gesetzgebungsverfahren auch die bis zuletzt umstritten gebliebene Deckelung von Abmahnkosten bei Urheberrechtsverletzungen in einfach gelagerten Fällen auf 100 Euro in § 97a UrhG-neu Eingang in den Gesetzestext gefunden.[842]

§ 101 UrhG n. F. 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 n. F. besteht im Falle einer offensichtlichen Rechtsverletzung oder der Klageerhebung ein Auskunftsanspruch gegen Personen, die in gewerblichem 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 n. F. hervor. Danach besteht ein Auskunftsanspruch auch gegenüber Personen, die nach Angaben der in § 101 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 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 Auskunftspflicht.[843] Ein gewerbliches Ausmaß, das

[840] *öOGH*, MMR 2005, 827; ähnlich *OLG Wien*, MMR 2005, 591, 592.
[841] Anderer Auffassung in Österreich *OLG Linz*, MMR 2005, 592, 593.
[842] Noch im Juli 2007 hatte das *LG Köln*, MMR 2008, 126 m. Anm. *Solmecke*, bei der Berechnung der Anwaltskosten für 50.000 gleichlautende Abmahnschreiben einen Gegenstandswert von 10.000 Euro für jeden auf eienr P2P-Tauschbörse heruntergeladenen Musiktitel zu Grunde gelegt, obwohl es anerkannte, dass das evrsendende Unternehmen auch die eigene Rechtsabteilung hätte einsetzen können – dies aber nicht musste. So jetzt auch *BGH*, BB 2008, 1069. Dazu auch *Hoeren*, CR 2009, 378 ff.
[843] *Haedicke*, FS-Schricker, S. 29; *Knaak*, GRUR Int. 2004, 749.

zum Beispiel die Inanspruchnahme von Access Providern wegen P2P-Nutzung rechtfertigt, liegt nach Auffassung des *LG Frankenthal*[844] erst ab einer Anzahl von 3000 Musikstücken oder 200 Filmen vor. Einzelne Landgerichte lassen aber schon den Download einzelner großer Files ausreichen.[845] Für die Schwere der Rechtsverletzung soll es schon ausreichen, wenn eine besonders umfangreiche Datei (z.B. ein vollständiges Musikalbum) im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erstveröffentlichung in Deutschland im Internet bereitgestellt wird[846]. Anders sieht dies das Oberlandesgericht Düsseldorf[847], wonach der einmalige Download eines Albums nicht als gewerbsmäßig anzusehen sei. Auch scheidet das Merkmal der Gewerblichkeit bei einem drei Monate alten PC-Spiel aus.[848] Die Gewerblichkeit wird zum Teil auch erst dann bejaht, wenn mehr als 3.000 Musiktitel oder 200 Filme auf dem Rechner vorzufinden waren.[849]

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. [850]

Schwierigkeiten macht auch die Frage des neuen Auskunftsanspruches nach § 101 UrhG, wenn es um **die örtliche Zuständigkeit des Gerichts** geht. Nach § 101 Abs. 9 Satz 2 UrhG sei nur dasjenige Landgericht zuständig, in dessen Bezirk der zur Auskunft Verpflichtete „seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder einer Niederlassung“ hat. Das OLG Düsseldorf[851] hat nun klar gestellt, dass es zwischen den Gerichtsbarkeiten kein gleichberechtigtes Wahlrecht gebe. Entscheidend sei der alleinige Sitz. Die Zuständigkeit einer Zweigniederlassung sei erst dann gegeben, wenn ein Bezug zu einer bestimmten Niederlassung des zu Auskunft Verpflichteten bestehe. Dies sei der Fall, wenn dort ein wesentlicher Beitrag zu den Dienstleistern geleistet werde, die die Auskunftspflicht begründen würde. Gegen eine einstweilige Anordnung nach §

[844] *LG Frankenthal*, Beschluss vom 15. September 2008 – 6 O 325/08 – MMR 2008, 830.
[845] *LG Bielefeld*, Beschluss vom 11. September 2008 – 4 O 328/08 – MMR 2009, 70. *LG Köln*, Beschluss vom 5. September 2008 – 28 AR 6/08 – ZUM-RD 2009, 40.
[846] *OLG Köln*, Beschluss vom 21. Oktober 2008 – 6 Wx 2/08; ähnlich Beschluss des *Landgerichts Frankfurt* vom 18. September 2008 – 2 O 6 O 534/08.
[847] Beschluss vom 1. Dezember 2008 – 1 W 76/08 – K & R 2009, 51.
[848] *OLG Zweibrücken*, Beschluss vom 27. Oktober 2008 – MMR 2009, 43.
[849] *LG Frankenthal*, Urteil vom 15. September 2008 – 6 O 325/08.
[850] *OLG Köln*, Beschluss vom 21. Oktober 2008 – 6 Wx 2/08.
[851] Beschluss vom 8. Januar 2009 – I-20 W 130/08

101 Abs. 9 UrhG ist die Beschwerde nach den allgemeinen Grundsätzen des FGG-Verfahrens statthaft. Ein Fall der sofortigen Beschwerde nach § 101 Abs. 9 Satz 6 UrhG liegt im Fall einstweiliger Anordnungen nicht vor.[852]

d) Besichtigung (§ 809 BGB)

Der Verletzte hat unter Umständen auch einen sog. **Besichtigungsanspruch**.[853] Nach § 809 BGB kommt ein solcher Anspruch in Betracht, wenn das Vorliegen einer Verletzungshandlung noch nicht hinreichend sicher feststeht, aber doch zu vermuten ist und der Rechtsinhaber sich das erforderliche Beweismaterial nicht selbst beschaffen kann. Der *BGH* gewährte einen solchen Anspruch erst im Patent-,[854] und dann auch im Urheberrecht.[855] Auch eine Durchsetzung des Anspruches im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ist mittlerweile anerkannt.[856] Im Übrigen kann eine Vorlegung von Urkunden oder sonstiger Unterlagen Dritter auch zu Lasten Dritter gem. § 142 ZPO angeordnet werden, wenn die Vorlegung zur Aufklärung des Sachverhalts geeignet und erforderlich, weiterhin verhältnismäßig und zumutbar ist.[857] Dabei reicht es als Anlass für eine Vorlageanordnung aus, dass eine Schutzrechtsverletzung wahrscheinlich ist. Durch die Änderung des § 10a UrhG wurde 2008 dem Verletzten ein umfassender Auskunftsanspruch eingeräumt, der im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann.[858]

[852] *OLG Köln*, Beschluss vom 21. Oktober 2008 – 6 Wx 2/08.
[853] *Auer-Reinsdorff*, ITRB 2006, 82.
[854] *BGH*, GRUR 1985, 512 – Druckbalken.
[855] *BGH*, GRUR 2002, 1046 – Faxkarte.
[856] *OLG Frankfurt*, CR 2007, 145.
[857] *BGH*,GRUR 2006, 962 – Restschadtstoffentfernung.
[858] Dazu auch Heymann, CR 2008, 568 ff.

C. Das Patentrecht

Literatur:
Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 8. Aufl. München 2007.

Neben dem Urheberrecht steht das Patentrecht, das den Schutz innovativer Erfindungen regelt. Für den patentrechtlichen Schutz ist die Anmeldung und Registrierung beim Deutschen (oder Europäischen) Patentamt erforderlich. Der Schutz besteht auch nur für 20 Jahre ab Anmeldung; danach ist die Erfindung zur Benutzung frei.

I. Grundstrukturen des Patentgesetzes

Das deutsche Patentrecht ist geregelt im Patentgesetz, das 1877 in Kraft trat und das 1968 sowie 1978 novelliert wurde. Die derzeit gültige Fassung des Gesetzes stammt vom 16.12.1980 und ist zum 1.1.1981 in Kraft getreten. Der Schutzbereich des PatG ist beschränkt auf Erfindungen technischer Natur. Dementsprechend ist nach dem Patentgesetz schutzfähig:

- jede technische Leistung,
- die neu ist (§ 3 PatG)
- gewerblich anwendbar (§ 5 PatG)
- auf erfinderischer Tätigkeit beruht (§ 4 PatG)
- bei der die Gewährung eines Patents nicht von vornherein ausgeschlossen ist (§ 1 Abs. 2, 3 PatG).

Formell setzt die Gewährung eines Patents die Anmeldung der Erfindung beim (deutschen oder Europäischen) Patentamt voraus. Nach der Anmeldung wird die Erfindung der Öffentlichkeit für eine Dauer von 18 Monaten bekannt gemacht (sog. Offenlegung gem. § 31 II PatG). Danach wird die Patentfähigkeit ausführlich geprüft, falls der Anmelder dies wünscht und einen sieben Jahren nach Anmeldung einen entsprechenden Antrag stellt (§ 44 PatG). Ist das Ergebnis der Prüfung zufrieden stellend, erteilt die Prüfungsstelle das Patent (§ 49 PatG). Die Erteilung des Patents wird dann zusammen mit der Patentschrift im Patentblatt veröffentlicht (§ 58 PatG). Jeder kann dann binnen drei Monaten gegen das Patent Einspruch erheben (§ 59 PatG). Gehen keine Einsprüche ein, kann der Patentinhaber für eine Dauer von zwanzig Jahren ab Anmeldung seine Rechte aus dem Patent gelten machen.

Das Patent hat die Wirkung, dass allein der Patentinhaber befugt ist, die patentierte Erfindung zu benutzen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 PatG). Ohne seine Zustimmung dürfen Dritte ein Erzeugnis, das Gegenstand eines Patents ist, nicht herstellen, anbieten in Verkehr bringen, gebrauchen oder zu diesen Zwecken besitzen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 PatG). Gleiches gilt für patentierte Verfahren und daraus resultierende Produkte (§ 9 Abs. 1 Satz 2 PatG). Auch Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, dürfen nicht in den Verkehr gebracht werden (§ 10 Abs. 1 PatG). Erlaubt bleiben Handlungen im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken (§ 11 Nr. 1 PatG) und Handlungen zu Versuchszwecken (§ 11 Nr. 2 PatG).

II. Patentierbarkeit von Software und Geschäftsideen

Literatur:
Cook, EC Draft Patent Directive, CLSR 18 (2002), 197; *Großfeld/Hoeltzenbein*, Cyberlaw and Cybercontrol: Cyberspace Patents, in: Festschrift Jean-Nicolas Druey 2002, 755; *Hilty/Geiger*, Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis, IIC 2005, 615; *Hufnagel*, Software- und Business-Patente – Herausforderung für das juristische Risikomanagement, MMR 2002, 279; *Hössle*, Patentierung von Geschäftsmethoden – Aufregung umsonst?, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2000, 331; *Jänich*, Sonderrechtsschutz für geschäftliche Methoden, GRUR 2003, 483; *Mellulis*, Zum Patentschutz für Computerprogramme, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2003, 401; *Metzger*, Softwarepatente im künftigen europäischen Patentrecht, CR 2003, 313; *Pfeiffer*, Zur Diskussion der Softwareregelungen im Patentrecht – Zum Ausschluss von „Programmen für Datenverarbeitungsanlagen … als solche" von der Patentfähigkeit, GRUR 2003, 581; *Schölch*, Softwarepatente ohne Grenzen, GRUR 2001, 16; *Thomas*, The Patenting of the Liberal Professions, 40 Boston College LW 1130; *Thomas*, A proposal for patent bounties, in: 2001 University of Illinois LR 305; *Wiebe*, Softwarepatente und Open Source, CR 2004, 881.

Nach § 1 Abs. 2 PatG sind **Programme für Datenverarbeitungsanlagen nicht als schutzfähige Erfindungen** anzusehen. Dieser Ausschluss von der Patentfähigkeit gilt jedoch insoweit, als für Software „als solche" Schutz begehrt wird (§ 1 Abs. 3 PatG). Diese Regelung wurde durch das Gesetz über das internationale Patentübereinkommen vom 21.06.1976 mit Wirkung zum 1.1.1978 in das Patentgesetz aufgenommen. Sie bewirkt, dass Software im Regelfall nicht patentfähig ist. Historisch basiert diese Regelung darauf, dass das US Patent Office Anfang der siebziger Jahre mit zahlreichen, arbeitsintensiven Softwareanmeldungen überlastet war.[859] Von daher wurde in den US Patent Act der Ausschluss der Patentierbarkeit übernommen; von dort gelangte er auch die europäischen Patentgesetze.[860] Derzeit findet sich

[1] Siehe auch U.S. Sopreme Court, Gottschalk v. Benson, 409 US 65, 68 (1972).
[860] Siehe hierzu auch das Übereinkommen zur Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Rechts der Erfindungspatente vom 27. November 1963, BGBl. 1976 II, 658.

ein solcher Ausschluss in 16 Staaten und 2 regionalen Übereinkommen;[861] in anderen Staaten kommen die Gerichte allerdings zu ähnlichen Ergebnissen. Der *BGH* ging in Deutschland bereits vor Verabschiedung der Neuregelung davon aus, dass es Computerprogrammen regelmäßig am technischen Charakter fehle und sie daher nicht patentfähig seien.[862] In jüngster Zeit mehrten sich wieder die Stimmen, die Software generell wieder für patentfähig erachten wollen; auch plant die Europäische Kommission eine Stellungnahme zum Patentschutz von Software, die evtl. auf eine starke Erweiterung des Schutzes hinauslaufen könnte. Bei den letzten Revisionsverhandlungen rund um das Europäische Patentübereinkommen erteilte das Bundesjustizministerium entsprechenden Änderungswünschen eine deutliche Absage. Ähnlich im Sande verlaufen sind Bemühungen (insbesondere aus den USA),[863] den Patentschutz auf den Bereich der Businesskonzepte zu erweitern. Einschlägig ist hier vor allem die Entscheidung des *US-Berufungsgerichts für den Federal Circuit* in Sachen State Street Bank v. Signature vom 23.7.1998, in der das Gericht ein US-Patent für die computergestützte Verwaltung einer Investmentstruktur zuließ.[864] Daraufhin erhob sich in Europa ein breiter Protest, insbesondere aus Kreise der Open-Source-Bewegung, die auf die Gefahren einer solchen exzessiven Patentierungspolitik hinwiesen.

Die derzeitige Rechtslage findet sich im Wesentlichen in den **Prüfungsrichtlinien des DPMA** vom 24.6.1981[865] wieder, die zum 1.1.1987 in Kraft getreten sind. Hiernach sind Erfindungen auch dann dem Patentschutz zugänglich, wenn sie ein DV-Programm, eine Rechen- oder eine Organisationsregel, sonstige Software-Merkmale oder ein programmartiges Verfahren enthalten (programmbezogene Erfindungen). Allerdings sei bei solchen Erfindungen entscheidend, dass sie technischen Charakter haben (Nr. 1). Dies sei dann der Fall, wenn zur Lösung der ihr zugrunde liegenden Aufgabe von Naturkräften, technischen Maßnahmen oder Mitteln (z.B. hydraulischen, elektronischen Strömen in Schaltelementen und Regeleinrichtungen oder von Signalen in DV-Anlagen) Gebrauch gemacht werden müsse (Nr. 3).[866] Anders als der *BGH*[867] stellt das DPMA für die Beurteilung des technischen Charakters nicht auf den als neu und erfinderisch beanspruchten Kern der Lehre ab. Vielmehr sei vom angemeldeten

[861] WIPO-Studie, Doc. HL/CE/IV/INF/1: Exclusions from Patent Protection.
[862] BGHZ 67, 22 – Dispositionsprogramm.
[863] Siehe dazu den Überblick von *Hoffmann/Gabriel*, K&R 1999, 453 ff.
[864] Court of Appents for the Federal Circuit, GRUR Int. 1999, 633 ff. Hinzu kommt die Folgenentscheidung *AT&T v. Excel*, GRUR Int. 2000, 174. Siehe dazu auch *Esslinger/Hössle*, Mitt. 1999, 327; *Meyer/Kort*, Mitt. 2000, 478.
[865] *BlPMZ* 1981, 263.
[866] BGHZ 52, 74, 79 – Rote Taube.
[867] BGHZ 67, 22 – Dispositionsprogramm; ähnlich BPatGE 29, 24 85 = CR 1989, 902. Modifiziert in BGHZ 115, 11 = CR 1991, 658 – Seitenpuffer.

Gegenstand in seiner Gesamtheit, über die neuen und erfinderischen Elemente hinaus, auf seinen technischen Charakter hin zu untersuchen (Nr. 4). Eine programmbezogene Erfindung sei technisch, wenn zur Lösung der Aufgabe Schaltelemente eingesetzt werden, selbst wenn die Elemente für sich genommen in bekannter Weise arbeiteten (Nr. 5a). Auch könne der technische Charakter darin liegen, dass die Erfindung einen neuen und erfinderischen Aufbau der Anlage erfordere (Nr. 5b).

Neben dem Merkmal des technischen Charakters ist allerdings auch die Neuheit und Erfindungshöhe zu prüfen. Sofern ein Programm im Wesentlichen nur auf vorbekannte logisch-mathematische Lösungselemente zurückgreift, ist es nach Auffassung des *BGH*[868] im Vergleich zum Stand der Technik nicht neu. Die Erteilung eines Patents für ein Verfahren, das der Abwicklung eines im Rahmen wirtschaftlicher Betätigung liegenden Geschäfts mittels Computer dient, kommt nur in Betracht, wenn der Patentanspruch über den Vorschlag hinaus, für die Abwicklung des Geschäfts Computer als Mittel zur Verarbeitung verfahrensrelevanter Daten einzusetzen, weitere Anweisungen enthält, denen ein konkretes technisches Problem zugrunde liegt, so dass bei der Prüfung auf erfinderische Tätigkeit eine Aussage darüber möglich ist, ob eine Bereicherung der Technik vorliegt, die einen Patentschutz rechtfertigt.

Derzeit geht der Trend dahin, die Tore für den Patentschutz von Software weit aufzustoßen. Schon Ende 1998 erklärte das Europäische Parlament, dass eine Patentierbarkeit von Software ähnlich wie in den USA oder Japan wünschenswert sei.[869] In den USA war durch die Entscheidung des *Berufungsgerichts für den Federal Circuit* in Sachen State Strett Bank v. Signature die Tür für den Schutz eröffnet worden, indem ein US-Patent für die computergestützte Verwaltung einer Investment Struktur zugelassen wurde.[870] Im September 2000 wurde vom Verwaltungsrat des EPA die Streichung von Software aus der Liste nicht-schutzfähiger Gegenstände (Art. 52 (2) EPÜ) beschlossen. Bei der Diplomatischen Konferenz über die EPÜ-Revision im November 2000 in München wurde die Streichung von Software aus der Ausschlussliste jedoch vorläufig abgelehnt und eine endgültige Entscheidung aufgeschoben. Die Kommission hat im Februar 2002 einen Vorschlag für eine Richtlinie über den Patentschutz von „computer-implemented inventions“ verabschiedet. Nach mehrjähriger harten Diskussionen wurde dieser Vorschlag aber im Juni 2005 vom Europäischen Parlament abgelehnt, so

[868] *BGH*, GRUR 2004, 667, 669.
[869] Entschließung zum Grünbuch, A4-0384/98, Sitzungsprotokoll vom 19. November 1998, Abs. 16.
[870] Entscheidung vom 23. Juli 1998, veröffentlicht in GRUR Int. 1999, 633.

dass die Diskussion um eine entsprechende Richtlinie beendet ist. Es gelten weiterhin die oben erwähnten Regelungen des EPA sowie der nationalen Patentbehörden.

III. Patentrecht im Arbeitsverhältnis

Verhältnismäßig unkompliziert kann diese Frage geklärt werden, wenn der Arbeitnehmer eine patentfähige Erfindung entwickelt hat; denn in diesem Fall gilt das Gesetz über Arbeitnehmerfindungen vom 25.7.1957.[871] Dieses Gesetz unterscheidet zwischen der Diensterfindung und der freien Erfindung.

1. Diensterfindungen

Diensterfindungen sind Erfindungen, die aus der dem Arbeitnehmer **im Betrieb obliegenden Tätigkeit** entstanden sind, oder solche, die maßgeblich auf Erfahrungen oder Arbeiten des Betriebs beruhen (§ 4 Abs. 2 ArbNErfG).
Diensterfindungen sind dem Arbeitgeber unverzüglich zu melden (§ 5 ArbNErfG). Sie können vom Arbeitgeber durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer unbeschränkt oder beschränkt in Anspruch genommen werden (§ 6 ArbNErfG). Nimmt der Arbeitgeber die Erfindung unbeschränkt in Anspruch, gehen die Rechte an der Erfindung auf ihn über. Nimmt er sie nur beschränkt in Anspruch, erwirbt er ein nichtausschließliches Nutzungsrecht an der Erfindung (§ 7 ArbNErfG).

Dem Arbeitnehmer steht bei Inanspruchnahme ein Anspruch auf angemessene Vergütung zu (§§ 9, 10 ArbNErfG). Deren Höhe richtet sich nach den „Richtlinien für die Vergütung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst“ vom 20.7.1959. Sie beträgt durchschnittlich etwa 15 % der Vergütung eines freien Erfinders.

2. Freie Erfindungen

Sofern Erfindungen **nicht Diensterfindungen** sind, gelten sie als freie Erfindungen. Dies gilt auch dann, wenn sie durch Anregungen im Betrieb bedingt sind (sog. Anregungserfindung).
Allerdings hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber auch die Erstellung einer freien Erfindung mitzuteilen (§ 18 ArbNErfG). Darüber hinaus besteht unter gewissen Voraussetzungen eine

[871] BGBl. 1957 I 756.

sog. Andienungspflicht des Arbeitnehmers (§ 19 ArbNErfG): Bevor der Arbeitnehmer eine freie Erfindung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses anderweitig verwertet, muss er dem Arbeitgeber ein nichtausschließliches Nutzungsrecht an der Erfindung zu angemessenen Bedingungen anbieten, wenn die Erfindung in den Arbeitsbereich des Betriebes des Arbeitgebers fällt. Erst wenn der Arbeitgeber dieses Angebot ablehnt, kann der Arbeitnehmer seine Erfindung frei verwerten.

Viertes Kapitel: Online-Marketing: Werberechtliche Fragen

Literatur:
Barton, Der Gegendarstellungsanspruch nach § 10 MDStV, MMR 1998, 294; *Bender/Kahlen*, Neues Telemediengesetz verbessert den Rechtsrahmen für Neue Dienste und Schutz vor Spam-Mails, MMR 2006, 590; *Bestmann*, Der Schwarzmarkt blüht, Nicht autorisierter Ticketverkauf im Internet und das UWG, WRP 2005, 279; *Ernst*, Wirtschaft im Internet, BB 1997, 1057; *Freitag*, Wettbewerbsrechtliche Probleme im Internet, in: Kröger/Gimmy (Hrsg.), Handbuch zum Internet-Recht, Berlin 2000, S. 369; *Ernst*, Suchmaschinenmarketing (Keyword Advertising, Doorway Pages, u.ä.) im Wettbewerbs- und Markenrecht, WRP 2004, 278; *Ernst*, Rechtliche Probleme des Suchmaschinen-Marketings, ITRB 2005, 91; *Ernst*, Disclaimer in E-Mail und Website, ITRB 2007, 165; *Fritz*, Internet-Marketing und Electronic Commerce, Wiesbaden 2000; *Gamerith*, Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung, WRP 2005, 391; *Gummig*, Rechtsfragen bei der Werbung im Internet, ZUM 1996, 573; *Härting/Schirmbacher*, Internetwerbung und Wettbewerbsrecht, ITRB 2005, 16; *Hey*, Online-Werbung – effiziente Gestaltung und rechtliche Rahmenbbedingungen, BuW 2001, 119; *Heyms/Prieß*, Werbung online – Eine Betrachtung aus rechtlicher Sicht, Berlin 2002; *Heyn*, Grenzenlose Markttransparenz im Internet? Zur rechtlichen Problematik von automatisierten Preisvergleichen im Internet, GRUR 2000, 657; *Hoeren*, Internationale Netze und das Wettbewerbsrecht, in: Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, UFITA-Schriftenreihe 137, Baden-Baden (Nomos) 1996, 35 – 56; *Hoeren*, Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG, MMR 2004, 643; *Hoeren*, Cybermanners und Wettbewerbsrecht – Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet, WRP 1997, 993; *Hoeren*, Suchmaschinen, Navigationssysteme und das Wettbewerbsrecht, MMR 1999, 649; *Hoeren*, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, MMR 1999, 192; *Hoeren*, Privacy, Direktmarketing und das neue UWG, DuD 2004, 611; *Hoeren*, Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG, MMR 2004, 643; *Jäger-Lenz*, Werberecht – Recht der Werbung in Internet, Film, Funk und Printmedien, Weinheim 1999; *Jöhri*, Werbung im Internet – Rechtsvergleichende, lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeformen im Internet, Zürich 2000; *Kaestner*, Unfair Competition Law – European Union and Member States, WRP 2007, 1009; *Koch*, Von Blogs, Podcasts und Wikis – telemedienrechtliche Zuordnungs- und Haftungsfragen der neuen Dienste im Internet, ITRB, 2006, 260; *Lehmann*, E-Commerce und das Werberecht der Versicherungen in Europa, ZgesVW 2001, 379; *Körner/Lehment*, Werberecht – Allgemeines Wettbewerbsrecht (Teil 11.1), in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Mulitmedia-Recht, München 1999; *Leistner*, Werbung, Commercial Communications und E-Commerce, in: Lehmann (Hrg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 275; *Mann*, Werbung auf CD-ROM-Produkten mit redaktionellem Inhalt, NJW 1996, 1241; *Mann*, Zur äußerungsrechtlichen Verantwortlichkeit für Hyperlinks in Online-Angeboten, AfP 1998, 129; *Marwitz*, Sind Unternehmens-Homepages Werbung?, MMR 1998, 188; *Marwitz*, Werberecht — Besondere werberechtliche Bestimmungen (Teil 11.2), in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 1999; *Marwitz*, Heilmittel im Internet, MMR 1999, 83; *Micklitz/Schirmbacher*, Distanzkommunikation im europäischen Lauterkeitsrecht, WRP 2006, 148; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, CR 2000, 61; *Naumann*, Präsentationen im Internet als Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG, Frankfurt 2001; *Rath-Glawatz/Engels/Dietrich*, Das Recht der Anzeige, 3. Auflage 2005; *Rösler*, Werbende E-Karten – Zur Zulässigkeit von Mischformen zwischen elektronischem Direktmarketing und privater Kommunikation, WRP 2005, 438; *Ruess*, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, München 2003; *Russell*, Advertising & the New Media: A

Happy Marriage?, in: Telecom Brief, Spring 1996, 32; *Schmittmann*, Werbung im Internet. Recht und Praxis, München 2003; *Schmittmann*, Geschäfte und Werbung im Internet, DUD 1997, 636; *Schmittmann./Busemann*, Kommerzielle Kommunikation im Zugriff des Europäischen Rechts, AfP 1999, 337; *Schneider*, Die Wirksamkeit der Sperrung von Internet-Zugriffen, MMR 1999, 517; *Schotthöfer/Scharrer*, Werberecht im Internet. Was werbetreibende Unternehmen in Computernetzen wissen und beachten sollten, 2. Aufl. Ettlingen 1997; *Tettenborn*, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Rechtsrahmen für den elektronischen Rechtsverkehr — der 2. Versuch, K&R 1999, 442; *Tettenborn*, Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: K&R 1999, 252; *Tettenborn*, Die Umsetzung der EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, in: Lehmann (Hrg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 69.

Wer das Internet zu Werbezwecken nutzt, weiß oft nicht, welche rechtlichen Grenzen zu beachten sind. Eine Vielfalt von Gesetzen kommt hier zum Tragen, gekoppelt mit einer Vielfalt von Gerichtsentscheidungen. Im Folgenden soll daher der Dschungel des Werberechts etwas gelichtet werden. Dabei muss unterschieden werden zwischen den werberechtlichen Spezialbestimmungen, insbesondere im Standesrecht und Arzneimittelrecht, und den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG).

I. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:

- *Ahrens*, Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, CR 2000, 835; *Apel/Grapperhaus*, Das Offline-Online-Chaos oder wie die Europäische Kommission den grenzüberschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht, WRP 1999, 1247; *Baratti*, Internet: aspects relatifs aux conflicts des lois, Rivista Internazionale di Diritto Internazionale privato e processuale 1997, 545; *Bernreuther*, Die Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandrechts nach Art. 3 Abs. 2 EC-RiL und das Grundgesetz, WRP 2001, 384; *Bröhl*, EGG-Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs, MMR 2001, 67; *Dethloff*, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, NJW 1998, 1596; *Dethloff*, Europäisches Kollissionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, JZ 2000, 179; *Gierschmann*, Die E-Commerce-Richtlinie, DB 2000, 1315; *Glöckner*, Wettbewerbsverstöße im Internet – Grenzen einer kollisionsrechtlichen Problemlösung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 2000, 278; *Glöckner*, Ist die Union reif für die Kontrolle an der Quelle?, WRP 2005, 795; *Härting*, Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, DB 2001, 80; *Härting*, Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, CR 2001, 271; *Halfmeier*, Vom Cassislikör zur E-Commerce-Richtlinie: Auf dem Weg zu einem europäischen Mediendeliktsrecht, ZeuP 2001, 837; *Bodewig*, Herkunftslandprinzip im Wettbewerbsrecht: Erste Erfahrungen, GRUR 2004, 822; *Kotthoff*, Die Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts auf Werbemaßnahmen im Internet, CR 1997, 676; *Kur*, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie: Chancen und Risiken, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2003, 629; *Lindacher*, Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität GRURInt 2008, 457; *Lurger/Vallant*, Grenzüberschreitender Wettbewerb im Internet.

Umsetzung des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie in Deutschland und Österreich, RIW 2002, 188; *Mankowski*, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR 1999, 909; *Mankowski*, Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR 1999, 995; *Mankowski*, Wettbewerbsrechtliches Gerichtspflichtigkeits- und Rechtsanwendungsrisiko bei Werbung über Websites, CR 2000, 763; *Mankowski*, Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie, ZvglRWiss 2001, 137; *Mankowski*, Herkunftslandprinzip und Günstigkeitsvergleich in § 4 TDG-E, CR 2001, 630; *Mankowski*, Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, IPRax 2004, 385; *Ohly*, Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenem Lauterkeitsrechts, WRP 2006, 1401; *Sack*, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, WRP 2000, 269; *Sack*, Das internationale Wettbewerbsrecht nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) und dem EGG-/TDG-Entwurf, WRP 2001, 1408; *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet (Teil2), MMR 2000, 135; *Spindler*, Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, NJW 2002, 921; *Spindler*, Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstegesetz, RIW 2002, 183; *Schmittmann*, Werbung im Internet. Recht und Praxis, München 2003; *Thünken*, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, IPRax 2001, 15; *Wüstenberg*, Das Fehlen von in § 6 TDG aufgeführten Informationen auf Homepages und seine Bewertung nach § 1 UWG, WRP 2002, 782.

Wie bereits beim Urheberrecht ist auch hier vorab zu prüfen, wann das deutsche Wettbewerbs- und Kartellrecht zur Anwendung gelangt. Grundsätzlich bestimmt sich dies gem. Art. 40 Abs. 1 EGBGB nach dem **Tatort**. Im Wettbewerbsrecht ist dies der Ort der wettbewerbsrechtlichen Interessenkollision, der als **Marktort** bezeichnet wird. Unter dem Marktort versteht man den Ort, an dem die marktbezogene Wettbewerbshandlung auf den Wettbewerbsgegner einwirkt; er ist zugleich Handlungs- und Erfolgsort i.S.d. Art. 40 Abs. 1 EGBGB.[872] Bei Werbemaßnahmen kommen Ausnahmen von diesem Prinzip nach Art. 41 EGBGB dann in Betracht, wenn besondere Umstände eine wesentlich engere Beziehung der Werbung zum Absatzmarkt nahe legen. Ein anschauliches Beispiel für solche Umstände sind so genannte „Kaffeefahrten" ins Ausland, für die im Inland geworben wird und an denen Inländer teilnehmen. Wer sich für seine Werbung des Internets oder einer CD-ROM bedient, muss diese folglich an deutschem Recht messen lassen, sofern nur der **Ort der wettbewerblichen Interessenkollision** im Inland liegt. Dies ist regelmäßig der Ort, an dem gezielt in das Marktgeschehen eingegriffen wird.[873]

[872] Dazu ausführlich *Sack*, WRP 2000, 269, 272 f.

[873] Siehe dazu auch BGHZ 113, 11, 15 – Kauf im Ausland; *OLG Karlsruhe*, GRUR 1985, 556, 557; *Landgericht Hamburg*, Urteil vom 22. Mai 2008 – 315 O 992/07; anderer Ansicht allerdings das *OLG Frankfurt a.M.*, IPRspr. 1990, Nr. 155, 307, 309, das auf das finale Element verzichtet.

Für den **Offline-Vertrieb** begründet daher jeder Vertrieb des Produkts in Deutschland die Anwendung des deutschen Rechts,[874] es sei denn, es handelt sich um einen marginalen Spill-over-Effekt.[875] Von einem solchen Effekt spricht man, wenn der Vertrieb in Deutschland so geringfügig ist, dass der Wettbewerb dadurch nicht spürbar beeinflusst wird. Da es ohne spürbare Beeinflussung auch nicht zu Interessenkollisionen kommen kann, erscheint es in einem solchen Fall unangemessen, den Vertrieb deutschem Wettbewerbsrecht zu unterwerfen. Sofern sich der Kunde das Produkt ohnehin nur im Ausland besorgen kann, ohne dass dafür in deutschen Medien geworben würde, ist das deutsche Recht nicht anzuwenden.

In Fällen, in denen ein Kaufmann seine Waren oder Leistungen grenzüberschreitend anbietet, ist der **Marktort** derjenige, an dem die Werbemaßnahme auf den Kunden einwirken soll, selbst wenn der spätere Absatz auf einem anderen Markt stattfindet.[876] Diese Regel gilt uneingeschränkt jedoch nur in den Fällen, in denen die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Werbemaßnahme – wie beispielsweise in Fällen der irreführenden Werbung – nicht davon abhängig ist, ob das beworbene Absatzgeschäft wettbewerbsrechtlich zu beanstanden ist.[877] Anders verhält es sich, wenn sich der Vorwurf der Unlauterkeit der Ankündigung ausschließlich darauf gründet, dass das beworbene, im Ausland stattfindende Absatzgeschäft unlauter ist. So kann die Werbung für ein im Ausland abzuschließendes Geschäft im Inland nicht mit der Begründung untersagt werden, dass der Geschäftsabschluss – wenn er im Inland stattfände – als Rechtsbruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG zu untersagen wäre. Beispielsweise wäre es einem luxemburgischen Kaufmann unbenommen, in Deutschland damit zu werben, dass Kunden an einem deutschen Feiertag, an dem der Verkauf in Deutschland gegen die Bestimmungen des Ladenschlussgesetzes verstieße, in seinem Luxemburger Geschäftslokal willkommen seien.[878]

Im **Internet** kommt Werbung in zwei Formen in Betracht: zum einen durch individuell oder massenhaft versandte E-Mail, zum anderen durch die Präsentation auf einer Website. Dementsprechend gilt in diesem Bereich das Recht des Landes, in dem eine E-Mail bestimmungsgemäß empfangen oder von dem aus eine Website bestimmungsgemäß abgerufen werden kann. Im Hinblick auf E-Mail-Werbung kann die Länderkennung Anhaltspunkte über den

[874] Siehe zu einer vergleichenden Darstellung werberechtlicher Fragen online/offline *Apel/Grapperhaus*, WRP 1999, 1247.
[875] *Sack*, WRP 2000, 269, 274.
[876] BGHZ 113, 11, 15 – Kauf im Ausland.
[877] *BGH*, GRUR 2004, 1035, 1037.
[878] *BGH*, GRUR 2004, 1035, 1037.

bestimmungsgemäßen Empfangsort geben.[879] Bei Websites, die auch zu Werbezwecken genutzt werden, ist die Festlegung des bestimmungsgemäßen Abruforts wegen der Globalität des Internets oftmals weitaus schwieriger. Aufgrund des erforderlichen finalen Charakters der Einwirkung fallen Internet-Angebote, die zum Beispiel nur auf den amerikanischen Markt zugeschnitten sind, für eine lauterkeitsrechtliche Prüfung nach deutschem Recht aus. Soweit herrscht Übereinstimmung. **Wie** aber lässt sich der **Adressatenkreis einer Website festlegen**? Websites stehen grundsätzlich einem weltweiten Publikum zum Abruf zur Verfügung, ohne dass sie jedoch allein aufgrund dieser Möglichkeit auch an die gesamte Welt adressiert sein müssten. Entscheidend dürfte wohl kaum die subjektiv-finale Sichtweise des Online-Anbieters sein. Denn dann könnte dieser durch Warnhinweise (sog. disclaimer) auf seiner Website, z.B. „Diese Homepage ist nicht für den deutschen Markt bestimmt", die Anwendung des deutschen Rechts ausschließen. Hier muss im Zweifel der Grundsatz der „protestatio facta contraria non volet" gelten und auf den objektiven Empfängerhorizont abgestellt werden. Es ist daher nach objektiven Kriterien zu bestimmen, auf welche Verkehrskreise eine Werbekampagne im Internet zielt. Allerdings fällt es schwer, solche Indizien[880] festzustellen. Als relevant dürfte in jedem Fall die Sprachfassung der Website gelten, die oft auch mit einem nationalen Markt korrespondiert. Allerdings ist dies eine deutsch geprägte Sicht. Schon bei Verwendung englischer oder französischer Sprache ist ein nationaler Markt angesichts der weltweiten Bedeutung solcher Sprachen nicht mehr rekonstruierbar.[881]

Neben der Sprache können jedoch die für das Online-Angebot verfügbaren **Zahlungsmittel** weiterhelfen. Werden z.B. ausschließlich Zahlungen in Euro oder über Konten deutscher Kreditinstitute zugelassen, kann darin auch auf eine Beschränkung für den deutschen Markt geschlossen werden. Auch dieser Aspekt hat jedoch seine Tücken. Denn im Internet werden üblicherweise mehrere Zahlungsmöglichkeiten angeboten, unter denen sich meist eine Zahlungsform per Kreditkarte befindet.[882] Diese Zahlungsmodalitäten sind international verbreitet und lassen damit keine Rückschlüsse auf einen national beschränkten Adressatenkreis des Online-Marketings zu. Auch Hinweise auf Verkaufs- und Lieferbeschränkungen (beispielsweise: „Die hier angebotenen Waren können von Österreich oder der Schweiz aus nicht bestellt werden.") können, wie oben bereits angedeutet, lediglich als Indiz für eine Beschrän-

[879] *LG Stuttgart*, MMR 2007, 668.
[880] Siehe dazu *OLG Frankfurt a.M.*, CR 1999, 450 und (allerdings auf die internationale Zuständigkeit bezogen), *Spindler*, MMR 2000, 18, 20.
[881] Anders das *OLG Hamburg*, MMR 2002, 822 = CR 2002, 837 sowie das *LG Köln*, MMR 2002, 60 = ZUM-RD 2001, 524 = CR 2002, 58 mit Anm. *Cichon*, wonach die Verwendung der englischen Sprache und das Fehlen der deutschen Flagge dafür spreche, dass die Seite nicht für den deutschen Markt konzipiert sei.
[882] Siehe hierzu *Escher*, WM 1997, 1173.

kung auf den deutschen Markt angesehen werden. Entscheidend ist, wie sich der Online-Anbieter tatsächlich verhält und ob er Bestellungen aus den umliegenden Grenzländern de facto annimmt oder nicht. Es gibt folglich eine Reihe von Websites, deren Marktausrichtung nicht eindeutig fixierbar ist. Die Betreiber dieser Seiten werden damit rechnen müssen, dass sie mehrere nationale Wettbewerbsordnungen zu beachten haben. Deutsche Provider werden zum Beispiel regelmäßig auch das – vom deutschen Recht z.T. stark divergierende – Wettbewerbsrecht der Schweiz und Österreichs mitbedenken müssen.

Diese schwierige Lage wird nun durch **Art. 3 der „Electronic Commerce-Richtlinie"**[883] und durch dessen Umsetzung in § 4 TDG bzw. nunmehr § 3 TMG entscheidend verändert. Hiernach soll jeder Mitgliedstaat dafür Sorge tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die den durch diese Richtlinie koordinierten Bereich betreffen.
Begrifflich umstritten sind sowohl die „Dienste der Informationsgesellschaft" als auch der „koordinierte Bereich".[884] Gleichzeitig soll jede Form der Einschränkung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft verboten sein. Hierdurch wird das allgemeine europarechtliche Herkunftslandprinzip auf Internetdienste übertragen. Ein Provider, der seine Dienste entsprechend den Vorgaben seines „Heimatrechts" erbringt, hat zusätzliche Restriktionen im Abrufstaat nicht zu befürchten. Portugiesisches Internetrecht schlägt damit deutsches Lauterkeits- oder schwedisches Verbraucherschutzrecht. Hinter dieser radikalen Neuregelung verbirgt sich eine latente 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 Mitgliedsstaaten sorgt – das formale Herkunftslandprinzip. Letztlich führt dies zu einer Harmonisierung auf dem geringsten Level. Die Wahl des Geschäftssitzes fällt daher in vielen Fällen auf die EU-Länder mit den geringsten Restriktionen als Geschäftssitz. Die Provider können von dort aus ganz Europa mit ihren Leistungen bedienen, ein „**race to the bottom**" ist die Folge.[885]

[883] Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 18. November 1998, KOM (1998) 586 endg., ABl. EG Nr. L 178 vom 17. Juni 2000, S. 1; geänderter Vorschlag der Kommission vom 17. August 1999, KOM (1999) 427 endg.; siehe dazu *Moritz*, CR 2000, 61; *Landfermann*, ZUM 1999, 795; *Spindler*, ZUM 1999, 775; *Mankowski*, GRUR 1999, 909; *Tettenborn*, K&R 1999, 442; *Tettenborn*, K&R 1999, 252.
[884] Vgl. nur *Hoeren*, MMR 1999, 192, 193; *Spindler*, ZUM 1999, 775, 776.
[885] Das Herkunftslandprinzip gilt jedoch nicht für die Frage der Gerichtszuständigkeit; anderer Ansicht nur *Bernreuther*, WRP 2001, 384.

Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips ist im Übrigen durch eine Fülle von **Ausnahmen** deutlich herabgesetzt worden. Der Anhang der Richtlinie nimmt eine Reihe von Rechtsgebieten aus Art. 3 der Richtlinie global heraus. Nach diesem Anhang soll das Herkunftslandprinzip u.a. nicht im Bereich des Immaterialgüterrechts, der vertraglichen Verpflichtungen bei Verbraucherverträgen sowie bei der Zulässigkeit von E-Mailwerbung zum Tragen kommen. Es bleibt den Abrufstaaten also unbenommen, insoweit restriktivere Regelungen vorzusehen. Nach Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie sind auch nationalstaatliche Maßnahmen der Abrufstaaten in den Bereichen öffentliche Ordnung, öffentliche Gesundheit und Verbraucherschutz im Rahmen der Verhältnismäßigkeit legitim. Allerdings unterliegen die Mitgliedstaaten bei solchen Maßnahmen einer starken Aufsicht durch die Europäische Kommission. Das Herkunftslandprinzip führt im Übrigen nicht zur Anwendung ausländischen Werberechts, wenn ein Anbieter in Deutschland eine Zweigniederlassung eingetragen hat und diese als Anbieterin auf der streitigen Internetseite anzusehen ist.[886]

Unklar ist auch das **Verhältnis von Herkunftsland und Kollisionsrecht**. Die Kommission hat das Problem nicht gesehen und erst in letzter Minute in die Präambel der Richtlinie die Formulierung aufgenommen, dass das IPR unberührt bleibe, jedoch nicht zu Ergebnissen führen dürfe, die dem Herkunftslandprinzip widersprechen. Damit erscheint das Herkunftslandprinzip als Meta-Regel oberhalb des Kollisionsrechts, was aber wiederum die Fachvertreter des IPR nicht wahrhaben wollen.

Bei der Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie in das deutsche Recht kam es denn auch zu Schwierigkeiten.[887] Das Bundesjustizministerium bestand darauf, dass in das sog. Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz (EGG) eine Formulierung aufgenommen werde, wonach das Herkunftslandprinzip nicht gelte, wenn sich aus den Regeln des internationalen Privatrechts etwas anders ergebe. Diese Ausnahme soll aber nicht greifen, wenn der freie Dienstleistungsverkehr über die Anforderungen des deutschen Rechts hinaus eingeschränkt würde. Insofern gilt in bestimmten Fällen ausländisches Recht, wenn es für den beklagten deutschen Anbieter im Rahmen eines Gerichtsverfahrens vorteilhafter ist. Eine „Günstigkeitsabwägung" soll das von Fall zu Fall klären.[888] Gegen diesen Günstigkeitsvergleich wandte sich der Bundesrat. Er wies in seiner Stellungnahme vom 30.3.2001 darauf hin, dass zu prüfen sei, ob diese kompli-

[886] *LG Dresden*, Urteil vom 3. August 2007 – 41 O 1313/07 EV.
[887] Siehe dazu den Entwurf vom 14. Februar 2001, abrufbar unter: http://www.bmj.bund.de.
[888] Zur Umsetzung in Frankreich siehe den Entwurf für ein Gesetz zur Informationsgesellschaft. Ähnlich war die Rechtslage in Österreich, wo ursprünglich auch ein Günstigkeitsvergleich vorgesehen war. Dieser Vergleich wurde in den endgültigen Text nicht integriert. Siehe das ECG, Österreichisches BGBl. I 2001/152 unter § 2.

zierte Regelung noch den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie entspreche.[889] Die entsprechende Regelung in der Endfassung des § 4 TDG,[890] die wortgleich in § 3 TMG übernommen wurde, verzichtet nunmehr auf den Günstigkeitsvergleich. Deutsche Anbieter, d.h. Anbieter mit Sitz in Deutschland, unterliegen dem deutschen Recht, selbst wenn sie im EU-Ausland über das Internet Geschäfte abwickeln. Auf ihr Heimatrecht können sich umgekehrt auch EU-Ausländer berufen. Probleme bestehen bei Unternehmen mit Sitz im außereuropäischen Ausland; für sie gilt nach Maßgabe des Kollisionsrechts deutsches Recht, wenn sie in Deutschland Kunden und Märkte gewinnen wollen. Noch ungeklärt ist, ob in dieser Schlechterstellung nicht eine Verletzung von WTO-Recht liegt.

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. Bei der Anwendung des UWG gilt es 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.[891] 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 BG nichtig.[892]

Aufmerksamkeit verdient die Umsetzung der **Richtlinie über unfaire Geschäftspraktiken (2005/29/EG)**[893] vom 11.5.2005. Mit mehr als einem Jahr verspäteter Umsetzung wurde das neue UWG am 29.12.2008 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht[894] und ist am 30.12.2008 in Kraft getreten. Das Gesetz sieht eine wesentliche Stärkung der Verbraucherrechte vor. Anders als nach bisherigem Recht wird nicht nur das Verhalten des Unternehmens vor Vertrags-

[889] Siehe *BR-DrS* 136/01.
[890] Das TDG ist nunmehr im Bundesgesetzblatt 2001 Teil 1 Nr. 70 vom 20. Dezember 2001 auf den Seiten 3721 ff. als Teil des „Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz -EGG)“ vom 14. Dezember 2001 veröffentlicht. Die Änderungen des Teledienstegesetzes durch Art. 1 sind gemäß Art. 5 Satz 1 am Tag nach der Verkündung – folglich am 21. Dezember 2001 – in Kraft getreten.
[891] *BGH*, MMR 2005, 309 – Epson-Tinte.
[892] *OLG München*, NJW-RR 2006, 768.
[893] ABl. EU Nr. L. 149, S. 22.
[894] BGBl. I 2008, 2949. http://www.bgblportal.de/BGBL/bgbl1f/bgbl108s2949.pdf.

schluss, sondern auch das Verhalten während und nach Vertragsschluss (z.B. im Kundenreklamationsmanagement) umfasst. Hervorzuheben ist vor allem eine „Schwarze Liste“ von unlauteren Werbepraktiken gegenüber Verbrauchern, die dem UWG als Anhang angefügt werden soll. Darin werden Geschäftspraktiken genannt, die per se verboten sind. Es handelt sich insofern um „Verbote ohne Wertungsvorbehalt“, da sie keinen Raum für eine Wertung im Einzelfall lassen. Neu aufgenommen wurde in § 5a UWG der Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen. Hieraus folgen Informationspflichten für die Unternehmen. Fehlen in der Werbung Informationen, die für den Verbraucher wesentlich sind und wird hierdurch dessen Entscheidungsfähigkeit beeinflusst, gilt die Werbung als irreführend und unlauter. Unklar ist bislang jedoch, ob die Verbotstatbestände auch Indizwirkung für unlauteres Verhalten von Gewerbetreibenden untereinander entfalten können.

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 das Telemediengesetz (TMG), in dem sich nahezu identisch Vorschriften aus dem Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) und dem Teledienstegesetz (TDG) wieder finden, standesrechtliche Sonderregelungen, Werbebeschränkungen für bestimmte Produkte sowie besondere Bestimmungen im Zusammenhang mit Online-Auktionen.
Nicht mehr dazu gehören das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung, die infolge der E-Commerce-Richtlinie aufgehoben worden sind.[895] Dies bedeutet allerdings keineswegs, dass nicht Veranstaltungen mit Rabatten oder Zugaben nach allgemeinem Wettbewerbsrecht, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der verbotenen Sonderveranstaltung, des übertriebenen Anlockens oder des psychologischen Kaufzwangs, verboten sein können.[896]

a) Das Telemediengesetz (TMG)

[895] Gesetz zur Aufhebung des Rabattgesetzes und zur Anpassung weiterer Vorschriften vom 23. Juli 2001 (BGBl. I 2001, 1663); Gesetz zur Aufhebung der Zugabeverordnung und zur Anpassung weiterer Vorschriften vom 23. Juli 2001 (BGBl. I 2001, 1661). Siehe dazu *Karenfort/Weißgerber*, MMR-Beilage 7/2000, 38. Den am 29. Juni 2001 gefällten Beschlüssen des Bundestages lagen Gesetzesentwürfe der Bundesregierung zugrunde (BT-Drs. 14/5441 und 14/5594). Siehe auch die Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses zum Rabattgesetz (BT-Drs. 14/6459) und des Rechtsausschusses zur Zugabeverordnung (BT-Drs. 14/6469). Siehe zu den Konsequenzen u.a. *Berlit*, WRP 2001, 349 ff.; *Berneke*, WRP 2001, 615 ff.; *Cordes*, WRP 2001, 867 ff.; *Heermann*, WRP 2001, 855 ff.; *Hoß*, MDR 2001, 1094 ff.; *Meyer*, GRUR 2001, 98 ff.
[896] So auch erste Urteile nach Aufhebung der Sondergesetze; z.B. *LG Dortmund*, WRP 2002, 263.

Das TMG wurde am 18.1.2007 als Kernstück des **Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetzes** (ElGVG) verabschiedet. Es trat mit dem Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrag der Länder, also zum 1. März 2007 in Kraft. Das TMG ersetzt das Teledienstegesetz (TDG) sowie das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG). Zudem sind zahlreiche Regelungen des Mediendienstestaatsvertrages (MDStV) integriert. Der MDStV ist mit Inkrafttreten des Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrages wie das TDG und das TDDSG außer Kraft getreten. Seine Regelungen werden von TMG und RStV übernommen. Der RStV wird in seiner novellierten Fassung auch auf Telemediendienste Anwendung finden (vgl. § 1 Abs. 1 RStV-E). Insbesondere die Werbeverbote des MDStV werden daher weiterhin Wirkung entfalten, (vgl. § 58 RStV-E).[897]
Hintergrund der gesetzgeberischen Vorgehensweise ist der zwischen Bund und Ländern schwelende Konflikt um die Gesetzgebungskompetenzen. Angestrebt wird eine Verteilung der Kompetenzen anhand der Inhalte und nicht länger anhand der Art der technischen Verbreitung. Das TMG beseitigt die bislang erforderliche, sehr problematische Differenzierung zwischen Telediensten i.S.d. TDG und Mediendiensten i.S.d. MDStV. Nach § 1 Abs. 1 TMG werden Telemediendienste erfasst, also alle Informations- und Kommunikationsdienste, die nicht Rundfunk oder ausschließlich Telekommunikation sind.[898]

Das TMG enthält einige Regelungen zur **Online-Werbung**, die über die Kategorie des Rechtsbruchs und das Einfallstor der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG wettbewerbsrechtlich relevant werden können. Diese gelten auch für ausländische Unternehmen, sofern sie den deutschen Markt via Internet erreichen wollen.[899]
Bei geschäftsmäßigen Angeboten sind Diensteanbieter nach § 5 TMG verpflichtet, bestimmte Angaben über sich in ein Impressum aufzunehmen. Dieses muss von jeder Seite des Webauftritts über maximal zwei Links zu erreichen sein.[900] Zunächst sind Name und Anschrift des Diensteanbieters zu nennen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG). Darüber hinaus sind bei Personenvereinigungen der Name und die Anschrift des Vertretungsberechtigten sowie die Rechtsform anzugeben. Zudem müssen bei geschäftlichen E-Mails und SMS-Nachrichten Pflichtangaben wie bei Geschäftsbriefen nach dem Aktien-, Handels-, GmbH- und Genossenschaftsgesetz

[897] Zu den Neuregelungen insgesamt *Hoeren*, NJW 2007, 801 ff.; *Ott*, MMR 2007, 354; *Schmitz*, K&R 2007, 135.
[898] Vgl. *Bender/Kahlen*, MMR 2006, 590; vgl. auch *Weiner/Schmelz*, K&R 2006, 453.
[899] *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2003, 597, 598.
[900] *BGH*, MMR 2007, 40.

gemacht werden.[901] Soweit Texte journalistisch aufbereitet sind, bleibt es bei den Anforderungen des TMG.[902]

Hinzu kommt seit der Neuregelung des TDG durch das Elektronische Geschäftsverkehrgesetz vom Dezember 2001[903] die gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG obligatorische Angabe einer E-Mail-Adresse und einer Telefonnummer („Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihnen ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post"). Zu beachten sind ferner die Pflichten zur Angabe der Registernummer (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 TMG) und der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer bzw. alternativ der Wirtschafts-Identifikationsnummer (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 TMG). Eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer braucht man, wenn man Auslandsgeschäfte tätigt; das Finanzamt vergibt eine solche Nummer nur auf Antrag. Wenn ein Anbieter keine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer hat, ist er auch nicht verpflichtet, Angaben über eine solche Nummer in das Impressum aufzunehmen.[904] Allerdings muss er dann die ihm vergebene Wirtschafts-Identifikationsnummer benennen. Verstöße gegen § 5 TMG begründen Unterlassungsansprüche von Verbraucherschutzverbänden.[905] Im Einzelfall konnte man bis Ende 2008 in der Nichtbeachtung der Impressumspflichten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht eine Bagatelle sehen.[906] Diese Möglichkeit ist mit dem neuen UWG entfallen; alle europarechtlich vorgegebenen Informationspflichten – und dabei auch die Impressumspflicht – gelten nunmehr als wesentlich.

Ein vieldiskutierter Aspekt innerhalb des MDStV war der **Gegendarstellungsanspruch** nach § 10 MDStV, der sich nach dem Inkrafttreten des Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrag, am 1.3.2007, im RStV wieder findet (vgl. § 56 RStV-E). Unter die gem. § 1 Abs. 1 vom RStV erfassten Telemediendieste fallen auch jene elektronischen Telemediendienste, die sich an die Allgemeinheit richten und gerade nicht mit der Individualkommunikation befassen. Dabei handelt es sich um elektronische Presse und andere an eine beliebige Öffentlichkeit adressierte Informationsangebote. Sofern es sich bei den angebotenen Texten um redaktionell-journalistische und periodisch erscheinende Arbeiten handelt, besteht gegenüber den darin enthaltenen Tatsachenbehauptungen wie bislang ein Gegendarstellungsrecht. Eine periodische

[901] *Maaßen/Orlikowski-Wolf*, BB 2007, 561 ff.
[902] Siehe dazu die Entscheidung des *OLG Wien*, MR 2000, 363, wonach eine regelmäßig an die Druckausgabe einer Zeitung angepasste Homepage „noch als periodisches Medium" anzusehen ist.
[903] BGBl. 2001 I Nr. 70 vom 20. Dezember 2001, 3721 – 3727.
[904] *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2003, 597, 598.
[905] *OLG München*, BB 2001, 2500 = MMR 2002, 173 = K&R 2002, 256 = NJW-RR 2002, 348.
[906] Anderer Ansicht aber zu Recht mit Verweis auf die neue EU-Richtliniue über unlautere Geschäftspraktiken *OLG Hamm*, Beschluss vom 13. März 2008 – I 4 U 192/07 – MMR 2008, 469.

Erscheinungsweise ist gegeben, wenn die Arbeit „ständig" erscheint; eine Regelmäßigkeit des Erscheinens ist dafür nicht erforderlich. Die Beschränkung auf periodisch verbreitete Texte ergibt sich aus dem Umstand, dass der Verfasser eines regelmäßig erstellten und verbreiteten Textes einen besonderen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung hat, der ein Gegendarstellungsrecht rechtfertigt.[907]

b) Standesrecht

Literatur:
Axmann/Degen, Kanzlei-Homepages und elektronische Mandatsbearbeitung – Anwaltsstrategien zur Minimierung rechtlicher Risiken, NJW 2006, 1457; *Berger*, Rechtliche Rahmenbedingungen anwaltlicher Dienstleistungen über das Internet, NJW 2001, 1530; *Bousonville*, Rat und Auskunft am Telefon – Anwalts-Hotline, K&R 2003, 177; *Bürger*, Das Fernabsatzrecht und seine Anwendbarkeit auf Rechtsanwälte, NJW 2002, 465; *Dahns/Krauter*, Anwaltliche Werbung im Internet, BRAK-Mitt 2004, 2; *Ebbing*, Virtuelle Rechtsberatung und das anwaltliche Werbeverbot, NJW-CoR 1996, 242; *Eickhoff*, Berufsrecht contra Verfassungsrecht – ein Perpetuum mobile, NJW 1998, 798; *Fassbender*, Von Fachanwälten und selbsternannten „Spezialisten" – Ein Beitrag zu den zulässigen Grenzen werblicher Äußerungen von Rechtsanwälten; NJW 2006, 1463; *Flechsig*, Virtuelle Anwaltswerbung im Internet, ZUM 1997, 96; *Franosch*, Rechtliche Fallstricke der anwaltlichen Impressumspflicht im Internet, NJW 2004, 3155; *Hagenkötter/Härting*, @nwälte im Netz, Bonn 2001; *Härting*, Unverschlüsselte E-Mails im anwaltlichen Geschäftsverkehr – Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht?, MDR 2001, 61; *Härting*, Guter Rat im Internet – Ein Fall für das RBerG, MDR 2002, 1157; *Härting*, IT-Sicherheit in der Anwaltskanzlei – Das Anwaltsgeheimnis im Zeitalter der Informationstechnologie, NJW 2005, 1248; *Horst*, E-Commerce – Verbotenes Terrain für Rechtsanwälte?, MDR 2000, 1293; *Horst*, Anwaltliche Werbung im Internet, AnwBl 2000, 343; *Horst/Horst*, Internetpräsenz und E-Commerce für Rechtsanwälte, Köln 2002; *Knorpp*, Der rechtskonforme Auftritt von Rechtsanwälten im Internet, Münster 2005; *Kopp*, Die Verwendung von Kreditkarten als Zahlungsmittel in Anwaltskanzleien, BRAK-Mitt 1998, 214; *Laghzaoui/Wirges*, Anwaltshaftung bei Verwendung von Internet und Telefax, AnwBl 1999, 253; *Lorz*, Internetwerbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel aus gemeinschaftsrechtlicher Perpektive, GRUR Int. 2005, 894; *Müller*, Internet-Domains von Rechtsanwaltskanzleien, WRP 2002, 160; *Pestke*, Internet und Standesrecht Freier Berufe. Möglichkeiten und korrespondierende Pflichten, dargestellt am Beispiel des Steuerberaters, DSWR 1998; *Saenger/Rißе*, Die Gestaltung der Anwaltshomepage, WRP 2005, 1468; *Schmittmann*, Werbung im Internet. Recht und Praxis, München 2003, 289 ff.; *Schmittmann*, Die Domain des Notar, K&R 2006, 67; *Schmittmann*, Werbung von Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe im Internet, in: MDR 1997, 601; *Schmittmann*, Bannerwerbung. Rechtsprobleme insbesondere bei kammergebundenenen Berufen, MMR 2001, 792; *Schulte/Schulte*, Unzulässige Werbung von Anwälten im Internet?, MMR 2002, 585; *Sobola*, Homepage, Domainname, Meta-Tags – Rechtsanwaltswerbung im Internet, NJW 2001, 1113; *Wagner/Lerch*, Mandatsgeheimnis im Internet? Zur Zulässigkeit anwaltlicher E-Mail-Korrespondenz im Hinblick auf straf- und standesrechtliche Vorgaben, NJW-CoR 1996, 380.

[907] Vgl. *LG Düsseldorf*, MMR 1998, 376 = RDV 1998, 176 = AfP 1998, 420.

Auch das Standes- und Berufsrecht kann über § 3 UWG unter dem Gesichtspunkt der Standesvergessenheit zum Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen gemacht werden.[908] Hier ist an die **Standesregeln der freien Berufe** zu denken.[909] Exemplarisch werden die Sonderreglungen für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie für medizinische Berufe dargestellt.

Im Rahmen einer Website ist bei **Rechtsanwälten** Werbung in dem Umfang zulässig, wie dies bei Praxis-Broschüren und Rundbriefen im Rahmen von § 43 b BRAO, §§ 6 ff. der anwaltlichen Berufsordnung der Fall ist.[910] § 43 b 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.[911] Keine Bedenken bestehen dabei hinsichtlich des Hinweises „optimale Vertretung".[912] Eine Website darf Angaben zur Kanzlei, zu den Tätigkeitsschwerpunkten – nach § 7 Abs. 1 BORA allerdings nur bei entsprechenden Kenntnissen[913] – 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.[914] 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.[915]

---

[908] Siehe hierzu *BVerfG*, NJW 1998, 191, 192; NJW 1990, 2122, 2123 (Rechtsanwälte); *BVerfG*, GRUR 1986, 387, 389; NJW 1994, 1591 (Ärzte); *OLG Dresden*, WRP 1998, 320; *LG Nürnberg-Fürth*, NJW-CoR 1997, 229; *Hoeren*, WRP 1997, 993 (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer); ferner die detaillierte Darstellung und Diskussion erlaubter und unerlaubter beruflicher Werbemaßnahmen bei *Marwitz*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, München 1999, Teil 11.2 Rdnr. 201 bis 315.

[909] Siehe hierzu für die Anwaltswerbung im Internet *Edenhofer*, CR 1997, 120; *Scheuerle*, NJW 1997, 1291; *Schmittmann*, MDR 1997, 601; *Wagner/Lerch*, NJW-CoR 1996, 380; Für Steuerberater vgl. *Wittsiepe/Friemel*, NWB Fach 30, 1047.

[910] Siehe dazu auch das Urteil d. *BGH*, WRP 2002, 71, in dem Rundschreiben von Anwälten auch gegenüber Nicht-Mandanten für zulässig erachtet wurden. Siehe auch *OLG München*, CR 2002, 530 zu Interessentenschreiben auf Homepages.

[911] *OLG Koblenz*, WRP 1997, 478, 480.

[912] *BGH*, WM 2005, 1003.

[913] *Faßbender*, NJW 2006, 1463.

[914] *BVerfG*, NJW 2004, 2656; *OLG Nürnberg*, Urteil vom 20. März 2007 – 3 U 2675/06 – NJW 2007, 1984, NJW-Spezial 2007, 286.

[915] *BGH*, NJW 2007, 2334.

Auch können in eine Homepage Informationen zu ausgewählten Rechtsgebieten sowie Aufsätze, Vorträge der Anwälte, Musterverträge oder Checklisten aufgenommen werden.[916] Sachfremde Downloadmöglichkeiten sind unzulässig.[917] Keine Bedenken bestehen gegen die Verwendung von Fotos der Kanzleiräume.[918] Allerdings darf keine Irreführung über die wirkliche Größe und Kapazität der Kanzlei entstehen.[919] Dezente Hintergrundmusik ist ebenfalls zulässig.[920] Sponsoring ist auch für Anwälte grundsätzlich zulässig.[921] Insofern darf ein Anwalt auch virtuelle Kunstausstellungen im Netz platzieren.[922] Pop-up-Fenster sind nicht erlaubt.[923] Gästebücher sind wegen der damit verbundenen Irreführungsgefahr verboten.[924] In der Rechtsprechung ist umstritten, ob ein Rechtsanwalt Werbung mit besonders niedrigen Pauschalgebühren für die Erstberatung machen darf.[925]
(Anwalts-) Notaren ist jedwede Hervorhebung oder Werbung untersagt; sie dürfen im Internet nur auf den örtlichen Tätigkeitsbereich hinweisen und evtl. Beiträge zu wichtigen Rechtsproblemen verbreiten.[926]

Eine **Online-Beratung** war früher nur im Rahmen eines bestehenden Mandatsverhältnisses zulässig. Abseits eines solchen Verhältnisses galt ein solches Beratungsangebot – etwa im Rahmen öffentlicher Diskussionsforen – als standeswidrig.[927] Diese Rechtsprechung hat sich gewandelt. Der *BGH* hat einen telefonischen Rechtsberatungsdienst für standesrechtskonform angesehen.[928] Entscheidend 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 Standesrechtsverbote, insbesondere das Verbot der Abtretung von Gebührenansprüchen (§ 49b Abs. 4 Satz 2 BRAO), nicht verletzt.

---

[916] *LG Köln*, Beschluss vom 20. Oktober 1998 – 31 O 817/98 (unveröffentlicht); *Scheuerle*, NJW 1997, 1291, 1292; *Schmittmann*, MDR 1997, 601, 603.
[917] *LG Köln*, Beschluss vom 20. Oktober 1998 – 31 O 817/98 (unveröffentlicht).
[918] *OLG München*, BB 2000, 1003, 1004.
[919] *OLG Stuttgart*, BB 1952, 386; *LG Köln*, Urteil vom 28. September 1993 – 31 O 371/93.
[920] *LG Köln*, Urteil vom 20. Oktober 1998 – 31 O 723/98 (unveröffentlicht).
[921] *BVerfG*, NJW 2000, 3195; anders noch *OLG Rostock*, MDR 1999, 834.
[922] So *Härting*, MDR 2000, 730, 732; anderer Ansicht *Schneider*, MDR 2000, 133.
[923] So *Schmittmann*, MMR 2001, 792
[924] *OLG Nürnberg*, NJW 1999, 2126. Ähnlich *LG Nürnberg-Fürth*, DB 1998, 1404.
[925] Dafür: *OLG Stuttgart*, NJW 2007, 924; dagegen: *LG Freiburg*, NJW 2007, 160.
[926] Siehe *KG*, MMR 2001, 128.
[927] Vgl. *Marwitz*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, München 1999, Teil 11.2 Rdnr. 50.
[928] *BGH*, GRUR 2003, 349 = WRP 2003, 374 = K&R 2003, 183 mit Besprechung *Bousonville*. Ähnlich *BGH*, ZIP 2005, 1048.

Providern ist es untersagt, Mitglieder ihres Forums öffentlich zur Kontaktaufnahme mit einer bestimmten Kanzlei aufzufordern und für eine anwaltliche Beratung gegen Pauschalgebühr zu werben.[929]

Ein Anwalt darf werbewirksame Ideen bei der Auswahl seiner **Kanzlei-Domain** benutzen und sich zum Beispiel unter der Adresse „recht-freundlich.de“ im Internet präsentieren.[930] Auch keine Bedenken bestehen gegen die Internet-Verwendung der Werbeaussage „Die Kanzlei zum Schutz des Privatvermögens“[931] oder die Verwendung des Begriffs „Anwalts-Suchservice“ als Link und Metatag.[932] Die Nutzung generischer Domains für Anwälte ist als solches nach neuerer Auffassung des *BGH* sowohl in standesrechtlicher Hinsicht (etwa im Hinblick auf § 43b BRAO) unproblematisch und auch wettbewerbsrechtlich unbedenklich.[933] Verboten wurden Kennungen wie „Rechtsanwalt“,[934] „rechtsanwaelte.de“[935] oder „rechtsanwaelte-dachau.de“[936] unter Berufung auf §§ 3, 5 UWG. Anders soll die Lage bei der singulären Bezeichnung „rechtsanwalt-kerpen.de“ sein.[937]

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.[938] 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.[939] Aus Wortlaut und Normverständnis lässt sich eine solche Verpflichtung – auch unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG – wohl nicht ableiten.[940]

---

[929] *LG München I*, CR 1996, 736.
[930] *OLG Celle*, MMR 2001, 811. Siehe zu dem Themenkomplex auch *Müller*, WRP 2002, 160.
[931] *LG Berlin*, NJW-RR 2001, 1643.
[932] *OLG Köln*, K&R 2003, 193.
[933] *BGH*, K&R 2003, 189 = CR 2003, 355 mit Anm. Hoß. Ähnlich auch für den Fall der Vanitynummer. R-E-C-H-T-S-A-N-W-A-L-T:*BGH*, CR 2002, 729. Anders noch die Vorinstanz *OLG Stuttgart*, MMR 2000, 164.
[934] *OLG Stuttgart*, MMR 2000, 164 in Bezug auf eine Vanity-Nummer.
[935] *LG München I*, MMR 2001, 179 mit Anm. Ernst = CR 2001, 128 = K&R 2001, 108 mit Anm. Soznitza. Zu Domains mit Anwaltsbezug siehe auch *OLG Celle*, MMR 2001, 179; *OLG Hamburg*, MMR 2002, 824; *OLG München*, MMR 2002, 614.
[936] *OLG München*, MMR 2002, 614 = CR 2002, 757. Ähnlich *OLG Celle*, NJW 2001, 21000 = MMR 2001, 531 – anwalt-hannover.de; *LG Köln*, ZAP EN-Nr. 785/98 für die Domain „rechtsanwaelte-koeln.de“.
[937] *OLG München*, Urteil vom 10. Mai 2001 – 29 U 1594/01(unveröffentlicht). Anderer Auffassung *OLG Celle*, NJW 2001, 21000 = MMR 2001, 531 – anwalt-hannover.de.
[938] Siehe dazu *Koch*, MDR 2000, 1293, 1297; näher zu den Anforderungen an die sog. IT-Sicherheit vgl. *Schulze-Melling*, CR 2005, 73.
[939] Siehe dazu (ablehnend) *Härting*, MDR 2001, 61, *Härting*, NJW 2005, 1248.
[940] Vgl. *Axmann/Degen*, NJW 2006, 1457; *Härting*, NJW 2005, 1248.

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.[941] Insofern sind die Pflichtangaben nach § 312c BGB zu machen. Eine Information über das Widerrufsrecht ist jedoch nicht nötig, da ein Widerrufsrecht regelmäßig wegen des zeitlichen Ablaufs der Beratungsleistung (§ 312d Abs. 3 BGB) nicht in Betracht kommt. Allerdings soll der Anwalt dann zur Information über den Wegfall des Widerrufsrechts verpflichtet sein.[942]

Vergleichbar den Rechtsanwälten ist die Rechtslage bei **den Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern**. § 22 der neuen Berufsordnung für Steuerberater sieht eine Anwendung der normalen Werberegeln auf Netzdienste vor. Daraus lässt sich entnehmen, dass Homepages als Teil des weltweiten Datennetzes keinen Verstoß gegen § 57 a StBerG darstellen.[943] Auch die Berufsordnung für Wirtschaftsprüfer verbietet lediglich reklamehafte Werbung, d.h. solche, die sich der Methoden der gewerblichen Wirtschaft bedient (§ 34 Abs. 2 und 3).[944] Damit wird den Wirtschaftsprüfern die Vermittlung sachbezogener Informationen über das Internet ermöglicht, soweit diese nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.[945]

Schwieriger ist die Rechtslage für die **medizinischen Berufe**. Zu beachten sind hier zunächst die besonderen Vertrauenspflichten im Rahmen von § 203 StGB, die es z.B. verbieten, dass Mediziner ihre Datenverarbeitung ohne Einwilligung der Patienten auf Externe übertragen. [946] Apothekern ist die Werbung für Arzneimittel und bestimmte Körperpflegemittel untersagt.[947] Ärzte und Zahnärzte unterliegen immer noch einem strengen Verbot jeglicher Werbung. Erlaubt sind allein neutrale, informative Angaben i.S.d. § 36 Berufsordnung der Ärzte, also beispielsweise Sprechzeiten, Anschrift, ärztliche Titel.[948] Standesrechtlich neuerdings erlaubt sind auch Hinweise auf Spezialisierungen, Praxisschwerpunkte und Zeugnisse.[949] Auch hat das *BVerfG* jüngst die Werberestriktionen gelockert, in dem es z.B. Hinweise auf Hobbies,

---

[941] So zu Recht *Axmann/Degen*, NJW 2006, 1461; *Bürger*, NJW 2002, 465 ff.; anderer Ansicht *AG Wiesloch*, JZ 2002, 671 mit Anm. *Bürger*.
[942] So *Horst*, MDR 2000, 1293, 1297.
[943] So auch *LG Nürnberg-Fürth*, NJW-CoR 1997, 229.
[944] Siehe etwa den Fall des *LG München II*, CR 2001, 345, in dem ein Steuerberater sich auf seiner Homepage als „außergewöhnlicher Steuerberater" mit einem „exklusiven Leistungsprofil" angepriesen hatte.
[945] Siehe hierzu auch *LG Düsseldorf*, BRAK-Mitt. 1997, 95 und BRAK-Mitt. 1996, 219.
[946] Dies gilt selbst dann, wenn die Patienten formal in die Datenweitergabe einwilligen; so *BSG*, Urteil vom 10. Oktober 2008, CR 2009, 460.
[947] Siehe hierzu von *Czettritz*, Pharma Recht 1997, 86.
[948] Vgl. *Marwitz*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, München 1999, Teil 11.2 Rdnr. 287.
[949] *BGH*, NJW 2004, 440 = MMR 2004, 103 mit Anm. *Schmittmann* = CR 2004, 129.

Berufserfahrungen, Auslandsaufenthalte oder Dialektkenntnisse zuließ.[950] Nach Auffassung des *OLG Köln*[951] verstößt ein Mediziner gegen Standesrecht, wenn er sich als Spezialist in fast allen Bereichen der Zahnmedizin anpreist und auf seine Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen sowie seine Referententätigkeit hinweist.[952] Ferndiagnosen verbietet zudem § 9 des Heilmittelwerbegesetzes (HWG). Dies erklärt die Rigorosität des *OLG Koblenz*, das einem Zahnarzt den Aufbau einer Homepage mit Hinweisen z.B. zur Praxis, zur Behandlung von Zahn- und Kiefererkrankungen und zur Pflege der Zähne verbot.[953] Ähnlich restriktive Bestimmungen finden sich für Notare und Architekten.[954]

c) Werbebeschränkungen für besondere Produkte

Literatur:
Arhold/Wimmer, Arzneimittelhandel über das Internet, K&R 2004, 126; *Carlini*, Liability on the Internet: Prescription Drugs and the Virtual Pharmacy, Whittier Law Review 2000, 157; *Czettritz*, Pharma Online. Rechtliche Probleme der Pharmawerbung im Internet, Pharma Recht 1997, 88; *Eichler*, Arzneimittel im Internet, K&R 2001, 144; *Koenig/Müller*, Der werbliche Auftritt von Online-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt, WRP 2000, 1366; *König/Engelmann*, E-Commerce mit Arzneimitteln im europäischen Binnenmarkt und Freiheit des Warenverkehrs, ZUM 2001, 19; *König/Engelmann*, Schutz von Reimporten durch die Freiheit des Warenverkehrs. Eine Untersuchung am Beispiel des grenzüberschreitenden Arzneimittelversandhandels, EWS 2001, 405; *Mand*, Arzneimittelversand durch Internet-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt, WRP 2003, 37; *Mand*, E-Commerce mit Arzneimitteln, MMR 2003, 77; *Mand/Könen*, Verbraucherschutz und Versandhandel mit Arzneimitteln, WRP 2006, 841; *Marwitz*, Internetapotheken zwischen Gerichten und Gesetzgebern, MMR 2004, 218; *Rolfes*, Internetapotheken, München 2003; Schultz, Die Haftung von Internetauktionshäusern für den Vertrieb von Arzneimitteln, WRP 2004, 1347.

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 **Arzneimittelwerbung** im Arzneimittel- und Heilmittelwerbegesetz. Wichtig sind hier die Pflichtangaben für Arzneimittel nach § 4 Abs. 1 HWG.[955]

§ 10 Abs. 1 HWG, der eine **Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel** nur gegenüber Ärzten, Zahnärzten und ähnlichen Approbierten zulässt,[956] führt zu erheblichen Prob-

[950] *BVerfG*, WRP 2003, 1209.
[951] *OLG Köln*, MMR 2001, 702.
[952] Quelle: FAZ vom 13. Juni 2001, S. 31.
[953] *OLG Koblenz*, WRP 1997, 478 = ZIP 1997, 377 m. Anm. *Ring*. Siehe auch die Entscheidung der Vorinstanz *LG Trier*, WRP 1996, 1231 = CR 1997, 81 = ZUM 1997, 147.
[954] Siehe dazu *Schmittmann*, MDR 1997, 601, 602.
[955] Siehe dazu *OLG München*, MMR 2002, 463.
[956] Siehe hierzu kritisch *Albrecht/Wronka*, GRUR 1977, 83, 95.

lemen im Internet. So ist schon die Nennung eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels auf der Homepage neben der Werbung für eine Arztpraxis nach § 10 HWG verboten.[957] Denn selbst wenn der Nutzer per E-Mail bestätigt, dass er approbiert sei, wird dies einen Abruf von Werbung im Sinne von § 10 HWG nicht legitimieren, so dass diese Vorschrift de facto auf ein Verbot der Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel im Internet hinausläuft. Eine Lösung lässt sich nur dadurch finden, dass man vorab Passworte 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. Anbieten würde sich die 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). 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.[958] Eine Ausnahme vom Werbeverbot gilt für die nach § 11 I 1 AMG vorgeschriebenen Pflichtangaben.[959] Diese müssen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Werbung stehen; 3 Clicks sind zuviel.[960]

Im Bereich der Heilmittelwerbung sind ferner die besonderen Restriktionen für die Werbung außerhalb der in § 2 HWG definierten Fachkreise zu beachten. So verbietet § 11 Abs. 1 Nr. 1 HWG **Hinweise auf fachliche Veröffentlichungen.** Gefährlich sind in diesem Zusammenhang z.B. Links auf Fachaufsätze. Untersagt ist gem. § 11 Abs. 1 Nr. 6 HWG zudem ein Werbeauftritt im Internet, der fremd- und fachsprachliche Bezeichnungen enthält. Problematisch sind ferner 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

[957] *OVG Lüneburg*, Beschluss vom 4. Juli 2006 – 11 LA 138/05; *LG Berlin*, WRP 2003, 125.
[958] *OLG Hamburg*, Urteil vom 23. November 2006 – 3 U 43/05.
[959] *BGH*, Urteil vom 13. März 2008 – I ZR 95/05.
[960] *OLG München*, Urteil vom 7. März 2002 – 29 U 5688/01; *OLG Hamburg*, Beschluss vom 3. Mai 2002 – 3 U 355/01.

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-Pharmaproduzenten 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.
Nicht unter das Heilmittelwerberecht fällt jedoch eine kostenlos für jedermann abrufbare Onlinedatenbank mit Einzelinformationen zu tausenden Arzneimitteln.[961]

Besondere werberechtliche Beschränkungen ergeben sich auch im Zusammenhang mit **Online-Apotheken**. Bis in das Jahr 2003 galt der Vertrieb einer Online-Apotheke, die grenzüberschreitend Arzneimittel an deutsche Kunden versendet, als verboten.[962] Gleichzeitig bestehen innerhalb Europas divergierende Systeme hinsichtlich der Abgabe von Medikamenten. Deutschland beharrt darauf, dass apothekenpflichtige Arzneimittel nur in Apotheken in Verkehr gebracht werden und verbietet die Vermarktung über den Versandhandel (§ 43 Abs. 1 des Arzneimittelgesetzes, AMG). Ähnlich ist die Rechtslage in Österreich.[963] Anders sind die Regelungen z.B. in den Niederlanden, wo ein solch starres Versandhandelsverbot nicht besteht. Diese Regelungsunterschiede wollte nun ein Jungunternehmer für sich ausnutzen, in dem er von den Niederlanden aus einen allgemein zugänglichen Versandhandel von Arzneimitteln initiierte. Das *LG Frankfurt*[964] und das *OLG Frankfurt*[965] haben solche Apothekendienste wegen Verstoßes gegen § 43 Abs. 1 AMG und § 8 Abs. 2 HWG a.F. verboten. Das *LG Berlin* hat diesen Service zugelassen,[966] was allerdings nicht vom *Kammergericht* mitgetragen wurde.[967] Inzwischen hat das *LG Frankfurt* allerdings den *EuGH* angerufen, um in Luxemburg klären zu lassen, ob die deutschen Vorschriften zum Arzneimittelhandel mit dem europäischen Recht vereinbar sind.[968] Der *EuGH*[969] hat geklärt, dass es für das Versandhandelsverbot keine europarechtliche Rechtfertigung gebe, soweit es um nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel geht. Erlaubt seien Beschränkungen bei verschreibungspflichtigen

[961] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2005, 383.
[962] *LG Frankfurt a.M.*, ZIP 2000, 2080; siehe dazu *Koenig/Müller*, WRP 2000, 1366.
[963] ö*OGH*, Pharma Recht 2004, 266, 269 in Bezug auf § 59 Abs 9 öAMG.
[964] *LG Frankfurt a.M.*, K&R 2001, 153; *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2001, 243 = K&R 2001, 160; siehe dazu *Koenig/Müller*, WRP 2000, 1366.
[965] *OLG Frankfurt a.M.*, ZIP 2001, 1164, 1168.
[966] *LG Berlin*, MMR 2001, 249 = CR 2001, 268. Ähnlich auch *LG Stuttgart*, ITRB 2001, 101, 102.
[967] *KG*, CR 2001, 556 (Leitsätze).
[968] *LG Frankfurt a.M.*, GRUR-RR 2001, 254.
[969] *EuGH*, MMR 2004, 149 mit Anm. *Mand*.

oder in Deutschland nicht zugelassenen Arzneimitteln. Einem Urteil des *Berliner Kammergerichts*[970] zufolge dürfen niederländische Internet-Apotheken per Versandhandel keine apothekenpflichtigen Arzneimittel an deutsche Endverbraucher schicken. Untersagt 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 *LG Frankfurt/M.*[971] Eine Internetapotheke verstößt nicht gegen arzneimittelrechtliche Preisbestimmungen, wenn sie für jedes Rezept einen Gutschein im Wert von fünf Euro ausstellt.[972] Dem strengen deutschen Arzneimittelrecht können ausländische Versandapotheken jedoch ausweichen, solange sie das Vertriebsgebiet ihrer Waren durch einen eindeutig gestaltetenen Disclaimer, der aufgrund seiner Aufmachung ernst genommen wird und tatsächlich auch eingehalten wird, auf außerhalb Deutschlands beschränken.[973]

Umfassend sind die Beschränkungen in Bezug auf die **Tabakwerbung**. §§ 21a Abs. 2, 22 Abs. 1 LBMG sieht ein allgemeines Werbeverbot für Zigaretten, zigarettenähnliche Tabakerzeugnisse und Tabakerzeugnisse, die zur Herstellung von Zigaretten durch Verbraucher bestimmt sind, vor, soweit die Werbung in Hörfunk oder Fernsehen ausgestrahlt werden soll. Verboten ist nach Umsetzung der Richtlinie 2003/33/EG nunmehr gem. § 21a Abs. 3 LBMG auch die Tabakwerbung in Presseerzeugnissen sowie gem. § 21a Abs. 4 LBMG in Diensten der Informationsgesellschaft, soweit sie sich an die Öffentlichkeit richten. Zulässig bleibt eine redaktionelle Berichterstattung, § 22a LBMG. Eingeschränkt wurde auch die Möglichkeit des Sponsorings, vgl. § 21a LBMG.

Erwähnt werden soll auch die **Barrierefreie Informationstechnik-Verordnung** (BITV). Seit dem Inkrafttreten des **Bundesbehindertengleichstellungsgesetzes** (BGG) ist Barrierefreiheit (§ 4 BGG) nicht mehr nur eine nette Geste, sondern für öffentliche Anbieter Pflicht. Seit dem 1.8.2002 müssen alle Seiten, die von Bundesbehörden ins Netz gestellt werden, bestimmten Kriterien an die Barrierefreiheit genügen. Nach dem BGG müssen Homepages für jeden Anwender mit jedem beliebigen Browser und jeder technischen Ausstattung im vollen Umfang zugänglich und nutzbar sein. Die dazu gehörigen Standards sind in der BITV enthalten und enthalten die Bestimmungen der Web Accessibility Initiative (WAI), einem Organ des World Wide Web Consortiums (W3C). So müssen beispielsweise Abkürzungen in jedem Dokument

[970] *KG*, MMR 2005, 246, 251.
[971] *LG Frankfurt/M.*, CR 2007, 201.
[972] *OLG Naumburg*, GRUR-RR 2006, 336.
[973] *BGH*, CR 2006, 539.

einmal ausgeschrieben und Websites logisch aufgebaut werden, um eine mühelose Navigation zu gewährleisten. Zudem besagt die BITV, dass für jedes visuelle oder audiovisuelle Element ein äquivalentes Textelement verfügbar sein soll. Damit erhalten beispielsweise Links eine zusätzliche Erklärung, die im HTML-Code eingebettet ist. Erst so lesen Screenreader nicht nur den Begriff „Link“ vor, sondern auch dessen Ziel. Ferner müssen alle Frames, also Rahmen, die Websites in unterschiedliche Einheiten unterteilen, eindeutig bezeichnet sein. Jede Zelle einer Datentabelle ist mit mehreren Zeilen und Spalten eindeutig zu betiteln. Zukünftig sollen Webdesigner die CSS-Methode (Cascading Style Sheet) konsequent verwenden und damit den Inhalt von Websites klar von deren Formatierung trennen. Zudem müssen elementare Grafiken oder Videos erklärende Textelemente beinhalten, damit vor allem Blinde Informationen über ein Bild erhalten können. Bei der Farbwahl müssen Webdesigner auf den Grundsatz achten, dass auch Personen mit Farbsehschwächen die Informationen erkennen.
Websites sollen nach dem BGG unabhängig von der Auflösung und des verwendeten Browsers komplett auf dem Display dargestellt werden. Seh- und motorisch behinderte Anwender profitieren davon, dass sie Inhalte, zum Beispiel Buttons und Eingabefelder, auf dem Bildschirm mit bestimmten Programmen stark vergrößern können, bis diese problemlos mit der Maus ansteuerbar sind.

Mit Wirkung zum 1. Januar 2009 ist die fünfte Novelle der Verpackungsordnung in Kraft getreten, die auch den Internethandel treffen wird. Ersatzlos gestrichen wurde hierbei die Pflicht auch für Internethändler, ihre Rücknahmeverpflichtung bei Verpackungen besonders zu bewerben. Gleiches gilt für die Hinweise auf Verpackungen, was die Systembeteiligung etwa an dem grünen Punkt etc. angeht. Im Übrigen dürfen Verkaufsverpackungen ohne Beteiligung an einem flächendeckenden Entsorgungssystem nicht mehr an private Endverbraucher abgegeben werden (§ 6 Abs. 1 Satz 3). Es wird daher für alle Hersteller und Händler auch im Internethandel notwendig sein, sich an ein bundesweit anerkanntes Versorgungssystem anzuschließen. Dabei umfasst die Entsorgungspflicht nicht nur die Produktverpackung, sondern auch den zum Transport an den Endkunden genutzten Karton. Verstöße gegen die Vorgaben können mit einem Bußgeld bis zu 50.000 € geahndet werden und gleichzeitig wettbewerbswidriges Verhalten.

d) Online-Auktionen und die Gewerbeordnung

Literatur:

Bullinger, Internet-Auktionen — Die Versteigerung von Neuwaren im Internet aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, WRP 2000, 253; *Härtling/Golz*, Rechtsfragen des eBay – Handels, ITRB 2005, 137; *Hess*, Versteigerungen im Internet, in: Festschrift für Hertin, München 2000, 391; *Hollerbach*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, DB 2000, 2001; *Kono*, Some thoughts on Contractual Issues related to the Internet – the Internet Auction and its Contractual Analysis from a Japanese Point of View, Conference Paper Miyazaki 2001; *Ernst*, Gewerberechtliche Einordnung, in: Spindler, Internet-Auktionen, München 2001, Kap. B, 9 ff.; *Huppertz*, Rechtliche Probleme von Online-Auktionen, MMR 2000, 95; *Peck*, Die Internet-Versteigerung, Wien 2002; *Weber/Skripsky*, Online-Auktionen – Neues Geschäftsmodell in schwierigem rechtlichem Umfeld, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 2001, 93; *Wilmer*, Landgericht Wiesbaden: Internet-Auktion „Extralot.com", NJW-CoR 2000, 171; *Wilmer*, Rechtliche Probleme der Online-Auktion, NJW-CoR 2000, 94.

Zu den großen Gewinnern des elektronischen Handels zählen **Online-Auktionen**. Marktführer in Deutschland ist das Unternehmen eBay; hinzukommen zahlreiche Anbieter, die von Last-Minute-Reisen über Mietwagen bis hin zu Elektrogeräten verschiedenste Produkte über das Internet meistbietend verkaufen bzw. Käufer und Verkäufer zusammen bringen. Zweifelhaft ist allerdings die Zulässigkeit solcher Geschäfte.

Nach § 34 b Abs. 6 Nr. 5 lit. b der Gewerbeordnung (GewO) bedarf die Durchführung einer Versteigerung der Genehmigung durch die Gewerbeaufsichtsämter.[974] Fraglich ist allerdings, was als „Versteigerung" im Sinne der GewO anzusehen ist. Der Begriff ist im Gesetz nicht definiert. Die Anwendung der GewO auf Online-Auktionen im Rahmen von z. B. eBay ist daher umstritten. Die Bund-Länder-Kommission Gewerberecht hat in einer Stellungnahme erklärt, dass es sich nicht um Versteigerungen handele, da es sich nur um einen Verkauf gegen Höchstgebot handele.[975] Das *Landgericht Hamburg* hat in einer neueren Entscheidung[976] diese Ansicht zu Recht abgelehnt. Eine Versteigerung setzt voraus, dass der Erwerb durch Erzielung eines Höchstgebotes nach einem Verfahren gegenseitigen Überbietens erfolgt.[977] Genau dies liegt bei den genannten Internet-Auktionen vor. Nicht erforderlich ist das Vorhandensein einer räumlichen Begrenzung der Veranstaltung;[978] es reicht vielmehr aus, dass die Versteigerungen in einem virtuellen Raum stattfinden.[979] Insofern handelt es sich bei Internet-

[974] Am Rande sei nur darauf verwiesen, dass die Gewerbeordnung auch herangezogen wird, um die Einordnung von Internet-Cafes als genehmigungspflichtige Spielhalle im Sinne von § 33i GewO zu legitimieren; so etwa *BVerwG*, CR 2005, 594; *OVG Berlin*, CR 2003, 138; *VG Berlin*, MMR 2002, 767. Dazu auch *Lober*, MMR 2002, 730; *Liesching/Knupfer*, MMR 2003, 439 und 562 (für die parallele Rechtslage in Spanien); *Batalla*, CRi 2003, 62 (für die parallele Rechtslage in Spanien).

[975] Siehe hierzu den Bericht von *Fuchs/Demmer*, GewArch 1997, 60, 63.

[976] *LG Hamburg*, CR 1999, 526 = GA 1999, 324 = K&R 1999, 424 = MMR 1999, 678 m. Anm. *Vehslage*. Ähnlich *LG Wiesbaden*, MMR 2000, 376, 377: anderer Ansicht *KG*, NJW 2001, 3272; siehe hierzu auch *Gaul*, WM 2000, 1783, 1786 ff.; *Hollerbach*, DB 2000, 2001, 2002 f.; *Stögmüller*, K&R 1999, 391; *Vehslage*, MMR 1999, 680; *Wilmer*, NJW-CoR 2001, 94, 99 ff.

[977] Siehe auch *Landmann/Rohmer/Bleutge*, GewO (I), 37. Erg.-Lfg. 1/1999, § 34 b Rdnr. 6.

[978] So aber der Bund-Länder-Ausschuss in der oben erwähnten Stellungnahme.

[979] So auch *Stögmüller*, K&R 1999, 391, 393.

Auktionen um Versteigerungen im gewerberechtlichen Sinne. Die Auktionen sind damit auch genehmigungspflichtig.[980]

Dem steht § 4 TMG nicht entgegen, wonach Telemediendienste zulassungs- und anmeldefrei sind.[981] Diese Vorschrift bezieht sich nur auf allgemeine Zulassungserfordernisse, die jeden Telemediendienst betreffen. Je nach besonderer Konstellation bleiben besondere Zulassungsregelungen unberührt. Gerade bei Online-Auktionen ist der Verbraucher besonders schutzbedürftig, da ihm der Internetauftritt eine besondere Eilbedürftigkeit suggeriert und er schnell reagieren kann und muss. Insofern bestehen auch vom Sinn und Zweck der Genehmigungspflicht her keine Bedenken gegen eine Anwendung von § 34 b GewO. Das *Landgericht Wiesbaden*[982] hat zum Schutz der Auktionsveranstalter entschieden, dass der Betreiber einer Internetauktion sich auf die Auskunft der zuständigen Stadtverwaltung, er bedürfe keiner Erlaubnis gem. § 34 b GewO, verlassen könne. Auch sah das *Kammergericht* im Betrieb von Online-Auktionen zwar einen Verstoß gegen § 34b GewO, der allerdings keinen Rechtsbruch im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 11 UWG darstelle.[983]

Wenn Online-Auktionen keine Auktionen im Sinne von § 34b GewO sind, dürfen sie sich aber durchaus als „Auktionen" bezeichnen. Das *OLG Frankfurt* sah in der Bezeichnung keine Irreführung im Sinne von § 3 UWG. Der Begriff „Auktion" sei vieldeutig geworden. Er könne sich auch Verkaufsveranstaltungen beziehen, die keine Versteigerungen im Rechtssinne darstellen.[984] Ähnlich verweist das *Kammergericht* darauf, dass der Internet-Nutzer heutzutage den Unterschied zu den klassischen Versteigerungen durchaus erkenne, zumal er sich ohnehin zunächst über die Bedingungen solcher Internet-Auktionen informiere.[985] Zu beachten ist ferner, dass eine Klausel von eBay, wonach ein Vertrag automatisch mit dem Höchstbieter zustande kommt, vom *LG Berlin* wegen Verstoßes gegen § 307 BGB für nichtig angesehen worden ist.[986] Ferner hat das *OLG Hamburg* entschieden,[987] dass die Eingabe eines Mindestangebotes von 1,- DM für ein Markengerät, das 4598,- DM nach der unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers kosten soll, wegen übertriebenen Anlockens wettbewerbswidrig sei. Der Auktionator habe auf Kosten des Markenproduktes das „spielerisch-spekulative Mo-

[980] Anders *Bullinger*, WRP 2000, 253, 255.
[981] Anderer Ansicht *Stögmüller*, K&R 1999, 391, 393.
[982] *LG Wiesbaden*, MMR 2000, 376 f.
[983] *KG*, K&R 2001, 519; siehe dazu auch *Mankowski*, EwiR 2001, § 34b GewO 1/01, 1053.
[984] *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 2001, 1434.
[985] *KG*, MMR 2001, 764.
[986] *LG Berlin*, CR 2001, 412 (nicht rechtskr.). Anders inzwischen das *KG*, NJW 2002, 1583 = MMR 2002, 326 (Leitsatz).
[987] *OLG Hamburg*, NJW-RR 2002, 254. Siehe auch *Wilmer*, NJW-CoR 2000, 171.

ment“ einer solchen Online-Auktion eingesetzt, um mit dem kaum noch zu unterbietenden Mindestangebot besondere Aufmerksamkeit zu erregen. Bei Online-Auktionen braucht der Anbieter – anders bei einer Printanzeige[988] – nicht auf den gewerblichen Charakter seiner Tätigkeit hinzuweisen.[989]

Zu bedenken sind die auch bei eBay geltenden sonstigen Restriktionen für den Vertrieb von Waren. So gelten auch bei Online-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 Wareneinfuhr seitens des Internet-Anbieters nicht entrichteter Zölle und Steuern rechtmäßig. Der steuerpflichtige Ersteigerer sei wegen des erheblich reduzierten Preises nicht gutgläubig gewesen und durch entsprechende Hinweise auf den Internetseiten des Auktionshauses über die Möglichkeit eines nicht gesetzeskonformen Warenstroms auch angemessen informiert gewesen.[990]

Im Übrigen ist beim Verkauf neuer Bücher über eBay die **Preisbindung** zu beachten.[991] Auch Privatpersonen, die mit einer gewissen Regelmäßigkeit neue Bücher in Online-Auktionen anbieten, müssen die Vorschriften des Buchpreisbindungsgesetzes einhalten. Wer gewerbs- oder geschäftsmäßig Bücher an Letztabnehmer verkauft, muss den festgesetzten Preis einhalten (§ 3 Buchpreisbindungsgesetz). 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*[992] bei einem Angebot von mehr als 40 Büchern innerhalb von sechs Wochen vor. Dafür spielt es keine Rolle, dass der Beklagte den Handel „nebenbei“ betrieb.

e) Exkurs: Das eBay-Bewertungsystem

[988] Siehe dazu *LG Essen*, MMR 2003, 343, wonach bei der Anzeigenwerbung mit einem Domainname ein Hinweis auf den gewerblichen Charakter des Angebots erforderlich ist.
[989] *OLG Oldenburg*, MMR 2003, 370 = K&R 2003, 243 mit. Anm. *Seifert*. Ebenso *LG Osnabrück*, LSK 2003 140610.
[990] *FG Düsseldorf*, ZfZ 2005, 25, 25 f.
[991] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2004, 685.
[992] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2004, 685.

Umstritten ist, inwieweit der eBay-Kunde zur Abgabe sachlicher Bewertungen bei abgewickelten Geschäften verpflichtet werden kann.[993] Bei eBay können Mitglieder von eBay nach erfolgter Vertragsabwicklung ein **kurzes Statement zu dem Geschäftsverhalten ihres Vertragspartners** geben. Diese Aussagen bilden nicht selten die Grundlage für die Entscheidung zum Vertragsabschluss eines Dritten mit dem Bewerteten, dem dann insbesondere eine negative Beurteilung schadet. Seit dem 22.5.2008 allerdings können Verkäufer bei eBay ihren Kunden keine negativen Bewertungen mehr geben. Dadurch will eBay „Rachebewertungen" für schlechte Kundenbewertungen verhindern.
Die Gerichte haben sich mit Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen hinsichtlich der Bewertungen zu beschäftigen.[994]

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 oder auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreifen.[995] 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. Beseitigungsanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 BGB bejaht werden.[996] Die einmalige Möglichkeit der Bewertungsabgabe begründet jedoch nicht die widerlegliche Vermutung einer Wiederholungsgefahr und rechtfertigt somit noch keinen Unterlassungsanspruch.[997] Auch die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 823 Abs. 1 BGB ist dann möglich. Im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens des *LG Düsseldorfs* – auf das noch näher einzugehen sein wird – wurde über eine Kreditgefährdung gem. § 824 BGB entschieden.[998]

Einige Gerichte verneinen den Rückgriff auf diese Anspruchsgrundlagen und leiten aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. AGB von eBay **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

[993] Vgl. *Janal*, NJW 2006, 870.
[994] Die bisherige Rechtsprechung im Zusammenhang mit eBay bilanziert *Schlömer*, BB 2007, 2129.
[995] *OLG Oldenburg*, Urteil vom 3. April 2006 – 13 U 71/05.
[996] *LG Konstanz*, NJW-RR 2004, 1635, 1636; *AG Koblenz*, CR 2007, 540, 541.
[997] *LG Bad Kreuznach*, MMR 2007, 823 = CR 2007, 335 (Leits.).
[998] *LG Düsseldorf*, MMR 2004, 496.

Vertragspartnern zwar nicht unmittelbar,[999] sie obliegen jedoch jedem Vertragsteil als Nebenpflichten.[1000]

Die **Entscheidung des *LG Düsseldorf*** vom 18.2.2004 fordert im Zusammenhang mit § 824 BGB eine **offensichtlich unwahre Tatsache** und stellt somit zumindest für den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes erhöhte Anforderungen an die Voraussetzungen des § 824 BGB, der grundsätzlich das bloße Vorliegen einer unwahren Tatsache verlangt.[1001] Das *LG* rechtfertigt die erhöhte Anforderung mit einer von § 824 Abs. 2 BGB geforderten Interessenabwägung. Gegenüber stehen sich das Interesse des Betroffenen an Zurückhaltung der Information und dem Interesse der Mitteilungsempfänger an Veröffentlichung der Information. Das *LG* führt fünf Punkte an, die ein überwiegendes Interesse der Mitteilungsempfänger begründen.

Erstens sei es gerade Sinn und Zweck des Bewertungssystems, ein aussagekräftiges Bild des Verkäufers zu zeichnen. Zweitens habe sich der Verkäufer den Vorteil zu nutze gemacht, durch den Verkauf im Internet eine Vielzahl von potenziellen Käufern zu werben, so dass er auch mit den negativen Konsequenzen leben müsse. Hiergegen könne nicht angeführt werden, dass es der Gewerbetreibende grundsätzlich nicht dulden müsse, dass er bei wirtschaftlich nicht bedeutenden Verträgen in der Öffentlichkeit mit Äußerungen jeglicher Art konfrontiert wird. Das dritte Argument stützt sich auf die Möglichkeit der Gegendarstellung. Der Betroffene könne in direktem Zusammenhang auf die Äußerung reagieren. Viertens werde damit auch dem Umstand Rechnung getragen, dass viele Unternehmen sich dem Markt unter einem Pseudonym präsentieren. Nur in dem Fall, in dem eine offensichtlich unwahre Tatsachenbehauptung vorliege, könne von einer Interessenverletzung des eigentlichen Geschäftsherrn die Rede sein. Fünftens sei die Bewertung für den Markt die einzige Informationsquelle.

Hinsichtlich der Unwahrheit der Tatsache stellt sich die Frage nach der **Beweislast**. Bei einem Unterlassungsbegehren hat – nach den von der Rechtsprechung zur Verteilung der Beweislast entwickelten Grundsätzen – der von der Behauptung Betroffene die Unwahrheit zu beweisen. Daran orientiert sich dann auch das *AG Peine* in seiner Entscheidung vom 15.9.2004.[1002] 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

[999] *BGH*, MMR 2002, 95.
[1000] *AG Erlangen*, NJW 2004, 3720, 3721; *AG Peine*, NJW-RR 2004, 275.
[1001] *LG Düsseldorf*, MMR 2004, 496.
[1002] *AG Peine*, NJW-RR 2004, 275.

kehre sich jedoch um, wenn der Unerlassungsbeklagte ein berechtigtes Interesse an der Äußerung nachweisen könne. Da die Bewertung vorliegend als Grundlage für die Kaufentscheidung anderer diene, könne ein solches Interesse bejaht werden. Insofern trifft die Rechtsprechung die Wertung, die im neuen UWG in § 4 Nr. 8 kodifiziert ist: Für den Fall eines berechtigten Interesses ist auch hier eine Umkehr der Beweislast vorgesehen. Das Interesse (meist das des Käufers), sich an die Öffentlichkeit zu richten, ist vom *AG Peine* in einer Abwägung mit 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. Vorliegend ging es um die Beschädigung eines Scheinwerfers, der – nach Angaben des Beklagten – einen drei cm langen Riss an der Halterung aufwies. Der Kläger zog, um seiner Beweislast nachzukommen, die Aussage seiner Lebensgefährtin heran, wonach der Scheinwerfer keinen Defekt hatte. Diese Aussage erachtet das Gericht als nicht ausreichend, um die Wahrheit der Behauptung des Beklagten über den Defekt der Sache zu widerlegen. Die Aussage reiche zwar aus, um zu beweisen, dass bei Versendung der Sache diese noch keinen Defekt aufwies, nicht gesagt sei damit jedoch, dass die Sache beim Eintreffen bei dem Empfänger nicht den von diesem beschriebenen Defekt hatte und seine Aussage daher nicht der Wahrheit entspreche. Die Empfänger der Aussage legten dieser jedoch gerade den Zeitpunkt nach der Versendung zu Grunde.

Das *LG Konstanz*[1003] urteilte über die Beweislast anders. Derjenige, der eine Tatsache behaupte, deren Wahrheit zum Zeitpunkt der Äußerung noch nicht hinreichend geklärt ist, sei in besondere Weise verpflichtet. Er müsse darlegen, auf welche tatsächlichen Erkenntnisse und Grundlagen er seine Aussage stütze. Andernfalls sei die Behauptung des Anspruchsstellers,

[1003] *LG Konstanz*, NJW-RR 2004, 1635, 1636.

die Aussage sei unwahr, nicht ausreichend widerlegt. Das *LG* sah hier folglich – ohne dass hierfür eine Begründung vorlag – die Beweislast nicht umgekehrt.

Neben den Tatsachenbehauptungen fließen in das eBay-Bewertungsystem auch **Werturteile** ein. Werturteile zeichnen sich dadurch aus, dass sie ein Element des Dafür- oder Dagegenhaltens beinhalten und keinem Beweis zugänglich sind. In der vom Urteil des *LG Konstanz* vom 28.7.2004 zu überprüfenden Aussage: „Alles Unfug, Kunststück mit mir nicht zufrieden zu sein", liegt z.B. ein Werturteil. Die Prüfung unzulässiger Werturteile erfolgt unterschiedlich zu der der Tatsachenbehauptung. Die Äußerung von Werturteilen ist – anders als Tatsachenbehauptungen – durch das **Grundrecht der Meinungsfreiheit** gem. Art. 5 Abs. 1 GG geschützt. Bei der Prüfung der Beseitigungs- bzw. Unterlassungsansprüche analog § 1004 Abs. 1 BGB ist der von der Behauptung Betroffene analog § 1004 Abs. 2 BGB unter Umständen zur Duldung der Behauptung verpflichtet. Zur Ermittlung dieser Verpflichtung ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, für die die Schranke der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 2 GG den Maßstab bildet. Werturteile können die grundrechtlich geschützte Grenze demnach u.a. dann überschreiten, wenn sie eine Ehrverletzung beinhalten. Meinungsfreiheit und Schutz der Persönlichkeit stehen in Wechselwirkung. Nicht jede überzogene oder ausfällige Äußerung bringt daher eine Ehrverletzung mit sich. Erst, wenn mit der Aussage nicht das Kundtun einer Meinung, sondern die Diffamierung einer Person beabsichtigt wird und mit der Aussage eine persönliche Herabsetzung verbunden ist, ist von unzulässiger sog. **Schmähkritik** zu sprechen.

Das *AG Koblenz* lehnte in seiner Entscheidung vom 2.4.2004 einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wegen Fehlens von Schmähkritik ab. Der Anspruchsgegner in dem einstweiligen Verfügungsverfahren bewertet den Anspruchssteller wie folgt: „So etwas hätte ich nicht erwartet. Rate ab." Um in dieser Äußerung einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu sehen, müsse sich die Äußerung gegen die betriebliche Organisation oder die unternehmerische Freiheit richten und über eine bloße Belästigung hinaus gehen. Die hier getätigte Aussage erfülle dieses Kriterium nicht. Auch werde der Achtungsanspruch des Anspruchsstellers dadurch nicht gefährdet.[1004]

Das *AG Eggenfelden* (Urteil vom 16.8.2004) bezieht in die erforderliche Interessenabwägung ein, dass der Kläger seinerseits Kraftausdrücke verwendete und vorher selbst eine negative

[1004] *AG Koblenz*, MMR 2004, 638, 639.

Bewertung abgab. Darüber hinaus habe sich der Rechtsstreit an einem Fehler des Klägers entzündet.[1005]

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.[1006] 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.[1007] So hat das *AG Köln* bei offensichtlich beleidigendem Inhalt einer Bewertung einen Löschungsanspruch gegen eBay selbst bejaht.[1008]

Einige Gerichte stellen ein **besonderes Erfordernis der Sachlichkeit** einer Bewertung auf. Besonderes hervorzuheben ist das Urteil des *AG Erlangen* vom 26.5.2004, da dieses auch jenseits des Vorliegens einer unwahren Tatsachenbehauptung oder von Schmähkritik die Unzulässigkeit einer Aussage bejaht hat, wenn sie unsachlich ist.[1009] Diese Ansicht geht zu Gunsten des von der Aussage Betroffenen am weitesten. Sie steht teilweise in Widerspruch zu der zuvor vom *AG Koblenz* vertretenen Auffassung. Der Beklagte bewertete den Kläger noch vor Bezahlung negativ mit dem Kommentar: „Ein Freund und ich würden hier nicht mehr kaufen." Das Gesamtbewertungsprofil des Klägers sank daraufhin von 100 % auf 98,5 % positive Bewertungen. Eine Tatsachenbehauptung liegt in dieser Aussage nicht, so dass sie nur an den Maßstäben eines Werturteils zu messen ist. Eine Ehrverletzung oder ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb lässt sich hier jedoch nicht erkennen.
Dennoch bemängelte das *AG* die Bewertung, sie sei so allgemein gehalten, dass sie dem Empfänger eine Reihe von Interpretationsmöglichkeiten lasse. Aufgrund der damit zum Ausdruck kommenden Unsachlichkeit sei sie als unzulässig zu werten und es bestehe ein Löschungsanspruch.[1010] Um in der Argumentation der Wechselwirkung zwischen Meinungsfreiheit und Schutz der Persönlichkeit zu bleiben, könnte man sagen, dass das *AG* die Grenzen der Meinungsfreiheit frührer überschritten sieht und in dem Schutz der Persönlichkeit bereits eher ein

[1005] *AG Eggenfelden*, MMR 2005, 132.
[1006] *LG Konstanz*, NJW-RR 2004, 1635, 1636.
[1007] *AG Koblenz*, MMR 2004, 638, 639.
[1008] Allerdings handelt es sich nur um eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz; Beschluss des *AG Köln*, Beschluss vom 15. März 2005 – 119 C 110/05 (unveröffentlicht).
[1009] *AG Erlangen*, NJW 2004, 3720, 3721.
[1010] *AG Erlangen*, NJW 2004, 3720, 3721.

überwiegendes Interesse erkennt. Fraglich ist, ob dies gerechtfertigt ist. Zunächst ist anzumerken, dass die Meinungsfreiheit nicht gänzlich eingeschränkt wird. Das *AG* gesteht zu, dass bei dem von eBay verwendetem System überwiegend subjektive Meinungen abgegeben werden, stellt an sie jedoch das Erfordernis einer Begründung. Es handle sich insofern bei eBay nicht ausschließlich um ein Meinungsforum, bei dem Meinungen, ohne bestimmten Erfordernissen nachzukommen, verbreitet werden könnten.[1011]

Das *AG Peine* fordert im Zusammenhang mit der **Beweislast** bei Tatsachenbehauptungen, dass die Beweislast nicht bei demjenigen liegen dürfe, der die Aussage tätigt, da dies dem Sinn und Zweck des Bewertungssystems zuwiderlaufe.[1012] In Anlehnung an dieses Argument könnte man dem *AG Erlangen* entgegenhalten, dass die wenig konkretisierten Anforderungen an die Begründung die Teilnehmer auch eher verunsichert und sie Bewertungen daher gar nicht oder nicht entsprechend ihrer Meinung äußern. Das *AG Erlangen* sieht jedoch in dem Erfordernis der Begründung der Aussage gerade die Garantie für den Sinn und Zweck der Plattform, durch die alle Nutzer sich voneinander ein angemessenes Bild machen sollen. Dieses Bild könne gerade nicht entstehen, wenn der Nutzer nur mit allgemeinen, überspitzten und schlagwörtlich 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 Kritikpunkt beziehen und sich gegen diesen zur Wehr setzen könne.[1013]

Wie bereits erwähnt, tritt das *AG Koblenz*[1014] in seiner zuvor ergangenen Entscheidung diesen Einschätzungen entgegen. Das *AG Koblenz* stellt zwar auch 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, so dass es für die Sachlichkeit nicht auf die Begründung der Aussage ankommen könne.[1015] 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 handle. Auch

[1011] *AG Erlangen*, NJW 2004, 3720.
[1012] Siehe oben.
[1013] *AG Erlangen*, NJW 2004, 3720.
[1014] *AG Koblenz*, MMR 2004, 638.
[1015] *AG Koblenz*, MMR 2004, 638.

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 hat zu Recht einiges an dieser instanzgerichtlichen Positionierung auszusetzen. Besonders das Argument des *LG Düsseldorf* und des *AG Peine* über das Bestehen einer Gegendarstellungsmöglichkeit, vermag die Literatur nicht zu überzeugen. Das Argument gehe an der Realität von eBay vor allem deshalb vorbei, weil häufig 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.[1016]
Teilweise stellt sich die Literatur jedoch auch auf die Seite der Rechtsprechung, so z.B. bei dem Urteil des *AG Koblenz*. So wird zwar anerkannt, 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 dürfe die Gefahr durch eine Veränderung des Bewertungssystems gebannt werden, dies könne allenfalls durch gerichtlichen Schutz erfolgen.[1017] Obwohl sogar die Erpressung mit einer negativen Bewertung (sog. Feedback-Erpressung) befürchtet wird, wird das Urteil des *AG Koblenz* bejaht. Eine absolute Objektivität sei bei einer derart kurzen Darstellung nicht möglich. Des Weiteren bestehe die Gefahr, dass jegliche subjektive Bewertung kritisiert und daher eine Flut an Klagen ausgelöst werde.[1018]

Erhalten Verkäufer zu viele negative Bewertungen durch andere Nutzer und sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Webauktionshauses für diesen Fall ein Kündigungsrecht mit einer Frist von 14 Tagen vor, so ist die Kündigung rechtens.[1019] Die Kündigungsfrist ist nach Auffassung des Gerichts auch nicht zu kurz bemessen, da sie im Einklang mit § 621 Nr. 5 BGB stehe. Auch bestehe kein unmittelbarer oder mittelbarer Kontrahierungszwang seitens eBay, da es für eine unmittelbare Pflicht an einer gesetzlichen Bestimmung fehle, wie sie beispielsweise für bestimmte Formen der Daseinsvorsorge normiert ist.

[1016] *Hermann*, MMR 2004, 497.
[1017] *Ernst*, MMR 2004, 640.
[1018] *Herrmann*, MMR 2004, 497.
[1019] So das *Brandenburgische OLG*, MMR 2005, 698, 698 f.

Für einen mittelbaren Kontrahierungszwang fehle es am Erfordernis, dass die Ablehnung des Vertragsschlusses eine unerlaubte Handlung darstellt. Die Frage des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. GWB konnte das *OLG* offen lassen, da der Kläger aufgrund eigener Einlassung kein Gewerbetreibender war und somit das GWB keine Anwendung fand.
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.[1020] Das *KG* 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 berechtigte.

f) Powershopping, Co-Shopping und Glücksspiele

Literatur:
Albrecht/Gabriel, Die aktuelle Entwicklung im Glücksspielrecht, WRP 2007, 616; *Ernst*, Rechtliche Zulässigkeit der Gewährung von Preisnachlässen an virtuelle Kaufgemeinschaften im Internet, CR 2000, 239; *Fritzemeyer/Rinderle*, „Rien ne va plus" für das Glücksspiel in Deutschland?, CR 2004, 367; *Huppertz*, Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Verbraucher-Einkaufsgemeinschaften im Web, MMR 2000, 329; *Kazemi/Leopold*, Internetglücksspiel ohne Grenzen, MMR 2004, 649; *Ruttig*, Auf Gambelli folgt Placanica – und keine Liberalisierung der Glücksspielmärkte in Europa, WRP 2007, 621; *Schafft*, „Reverse Auctions" im Internet, CR 2001, 401; *Schmelz*, Quo vadis deutsches Verbraucherleitbild? – Analyse des Urteils des OLG Köln zum Powershopping, DStR 2002, 1498; *Spindler*, Hyperlinks und ausländische Glücksspiele – Karlsruhe locuta non finita?, GRUR 2004, 724; *Steinbeck*, Aleatorische Reize beim Community-Shopping, WRP 2002, 604; *Steinbeck*, Umgekehrte Versteigerungen und Lauterkeitsrecht, K&R 2003, 344; *Stögmüller*, Glücksspiele, Lotterien und Sportwetten im Internet, K&R 2002, 27; *Stoffmehl*, Powershopping und Customer-Driven Pricing als Marketing- und Vertriebsformen im Internet, MMR 2001, 35.

Neuere Formen **virtueller Einkaufsgemeinschaften** unterlagen lange Zeit dem Verdikt der Wettbewerbshüter. So hatten das *OLG Hamburg*[1021] und das *OLG Köln*[1022] das sog. Powershopping wegen Verstoßes gegen das (inzwischen aufgehobene) Rabattgesetz und das UWG verboten.[1023] Beim Powershopping bzw. Co-Shopping werden gleichgesinnte Kaufinteressierte innerhalb einer Frist zusammengebracht; daraufhin werden vom Händler Mengenrabatte

[1020] *KG*, MMR 2005, 764.
[1021] *OLG Hamburg*, WRP 2000, 412 – Powershopping; ebenso *OLG Hamburg*, MMR 2001, 41 = K&R 2000, 556, CR 2002, 753 mit Anm. *Leible/Sosnitza*; ähnlich *LG Hamburg* sowie CR 2000, 77; *LG Hamburg*, AfP 2000, 536 (Leitsatz); *LG Karlsruhe*, MMR 2002, 133 (Leits.).
[1022] *OLG Köln*, CR 2001, 545 mit Anm. *Leible/Sosnitza*. Ähnlich *LG Köln*, CR 2000, 318. Ebenso *LG Nürnberg-Fürth*, MMR 2000, 640. Anderer Auffassung etwa *Menke*, WRP 2000, 337; *Schmelz*, DStR 2002, 1498; *Steinbeck*, WRP 2002, 604.
[1023] Siehe auch *BGH*, GRUR 2000, 820 = WRP 2000, 724 – Space Fidelity; *BGH*, GRUR 1986, 622 = WRP 1986, 381 – Umgekehrte Versteigerung und *BGH*, WRP 2000, 424 – Rubbelaktion.

gewährt. Die Nachlässe sind nach der Kundenzahl gestaffelt; meist liegen sie bei etwa 30%. Der Kunde weiß am Anfang nicht, was er am Ende als Rabatt erhält. Nach Auffassung der Gerichte ist Powershopping als solches ein Verstoß gegen das Rabattgesetz; die Werbung mit mehreren Preisstufen je nach Zahl der Interessenten verstoße wegen starker aleatorischer Elemente und im Hinblick auf die damit verbundene Wertreklame gegen § 3 UWG.

Geklärt ist in diesem Zusammenhang die Zulässigkeit von sog. **Reverse auctions**, bei denen sich die Händler mit Angeboten unterhalb eines vorher vom Kunden festgelegten Höchstpreises gegenseitig unterbieten. Das *OLG Hamburg* hatte solche Online-Schnäppchenbörsen wegen der damit verbotenen Anstachelung der Spiellust (§ 1 UWG a.F.) verboten.[1024] Dieser Entscheidungspraxis hat der *BGH* nunmehr eine Absage erteilt.[1025] Schon im März 2003 hatte der *BGH* für den Verkauf von Gebrauchtwagen die Werbung mit einer umgekehrten Versteigerung erlaubt.[1026] Diese liberale Haltung hat er nunmehr auf das Internet übertragen. Der Einsatz von Elementen der Wertreklame im Rahmen einer Werbeanzeige sei für sich allein nicht ausreichend, um eine Werbemaßnahme als unlauter i.S.v. §§ 3, 5 Abs. 1 UWG erscheinen zu lassen. Es bedürfe vielmehr zusätzlicher, besonderer Umstände, die den Vorwurf der Unlauterkeit rechtfertigen. Wettbewerbswidrig werde die Werbung erst dann, wenn der Einsatz aleatorischer Reize dazu führe, die freie Entschließung so nachhaltig zu beeinflussen, dass ein Kaufentschluss nicht mehr von sachlichen Gesichtspunkten bestimmt werde. Daran fehle es, wenn der Verbraucher den Erwerb des beworbenen Produktes erfahrungsgemäß nur nach reiflicher Überlegung und Prüfung von Vergleichsangeboten ins Auge fasse. Wichtig sei, dass ihm nach seinem „Auktiongewinn" die freie Wahl bleibe, ob er das „ersteigerte" Produkt erwerben möchte oder nicht. Das *OLG München* hat eine umgekehrte Versteigerung erlaubt, wenn dem Meistbietenden nur ein Angebot zum späteren Abschluss eines Kaufvertrages gemacht wird.[1027]

Die Nähe von Powershopping zu **Glücksspielen** legt es nahe, auch auf letzteres Phänomen einzugehen. Nach § 33 GewO ist die Durchführung eines Spiels mit Gewinnmöglichkeit erlaubnispflichtig. Einer besonderen Erlaubnis bedürfen Lotterien und Glücksspiele im Sinne von § 284 StGB. Wer diese Erlaubnis nicht einholt, macht sich strafbar. Diese Regelungen

[1024] *OLG Hamburg*, CR 2001, 340, 342; *OLG Hamburg*, CR 2002, 753 mit Anm. *Leible/Sosnitza*. Siehe auch *LG Hamburg*, Urteil vom 19. April 2000 – 315 O 156/00 (unveröffentlicht).
[1025] *BGH*, MMR 2004, 160 = K&R 2004, 185 = WRP 2004, 345 = CR 2004, 290 mit *Anm. Leible/Sosnitza* = NJW 2004, 852 = GRUR 2004, 249.
[1026] *BGH*, WRP 2003, 742 = MMR 2003, 465 = GRUR 2003, 626 = K&R 2003, 350; bekräftigt für den Fall einer Internetversteigerung: *BGH*, MMR 2004, 160.
[1027] *OLG München*, MMR 2001, 233 = GRUR-RR 2001, 112.

gelten auch für das Bewerben von Sportwetten im Internet.[1028] Schon die Werbung über eine Website für ein ausländisches, nicht genehmigtes Glücksspiel reicht aus, um § 284 StGB zur Anwendung zu bringen.[1029] Ein bloßer Link als solcher insbesondere im Rahmen einer Presseberichterstattung über ausländische Glücksspiele begründet hingegen keine Haftung.[1030] Auch wer vom Ausland aus Onlinecasinos betreibt, macht sich nach deutschem Recht strafbar; daran ändern Warnhinweise auf der Homepage für deutsche Interessenten nichts.[1031] Ein ausländischer Anbieter von Glücksspielen im Internet, der auch gegenüber Interessenten in Deutschland auftritt, benötigt die dazu notwendige Erlaubnis einer inländischen Behörde, um sich nicht nach § 284 StGB strafbar zu machen.[1032] Zweifelhaft wurde allerdings nach der Gambelli-Entscheidung[1033] des *EuGH*, ob das deutsche Glücksspielverbot europarechtlichen Vorgaben noch entspricht.[1034]

Nach § 8a RStV sind Gewinnspiele bei einer Teilnahmeentgelt-Höchstgrenze von € 0,50 grds. für zulässig. Nach Auffassung des LG Köln gilt ein Gewinnspiel, das nach dem Tombola-Prinzip aufgebaut ist und über das Internet angeboten wird, auch dann ein Glücksspiel i.S.d. GlüStV, wenn für ein Los zwar lediglich 50 Cent verlangt wird, jedoch der Spieler durch Mehrfachteilnahme das zu zahlende Entgelt in 50 Cent-Schritten jederzeit erhöhen kann.[1035]

g) B2B-Marktplätze und das Kartellrecht

Literatur:
Asschenfeldt, B2B-Marktplätze: aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemstellungen, MMR 2001, Beil. 9, 5; *Alpert*, Virtuelle Marktplätze im Internet: typische Haftungsrisiken des Anbieters von B2B-Portalen, CR 2001, 604; *Gassner*, Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts, MMR 2001, 140; *Immenga/Lange*, Elektronische Marktplätze: Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Internet, RIW 2000, 733; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, Heidelberg 2002; *Jestaedt*, Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb: B2B-Marktplätze und das Kartellrecht, BB 2001, 581; *Kirchner*, Internetmarktplätze, Markttransparenz und Marktinformationssysteme, WuW 2001, 1030; *Koenig u.a.*, Internetplattformen in der Unternehmens-

[1028] *OLG Hamm*, SpuRT 1999, 114 mit Anm. *Summerer*. Ähnlich *OLG Hamburg*, MMR 2002, 471 mit Anm. *Bahr*.
[1029] *OLG Hamburg*, CR 2005, 459.
[1030] *BGH*, NJW 2004, 2158 = MDR 2004, 1432 = CR 2004, 613 mit Anm. *Dietlein* = GRUR 2004, 693 – Schöner Wetten.
[1031] So der österr. *OGH*, Urteil vom 14. März 2005 – 4 Ob 255/04k – LSK 2005, 400269.
[1032] Vgl. wiederum österr. *OGH*, Urteil vom 14. März 2005 – 4 Ob 255/04k – LSK 2005, 400269.
[1033] *EuGH*, NJW 2004, 139 = MMR 2004, 92 mit Anm. *Bahr*.
[1034] So etwa *Kazemi/Leopold*, MMR 2004, 649 ff.; *Pelz/Stempfle*, K&R 2004, 570 ff.; *Spindler*, GRUR 2004, 724 ff. Siehe auch *LG München*, MMR 2004, 109 = CR 2004, 464.
[1035] *LG Köln*, Urteil vom 7. April 2009 – 33 O 45/09.

praxis, Heidelberg 2002; *Lampert/Michel*, B2B-Marktplätze im Internet. Kartellrechtliche Standortbestimmung, K&R 2002, 533; *Pauke/Schultze*, Internet und Vertriebskartellrecht – Hausaufgaben für die Europäische Kommission, BB 2001, 317; *Seeliger*, EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet, WuW 2000, 1174; *Trafkowski*, Medienkartellrecht. Die Sicherung des Wettbewerbs auf den Märkten der elektronischen Medien, München 2002.

Im Internet häufen sich die Portale, in denen Einkäufer und Verkäufer Handel treiben können. Betrieben werden solche Marktplätze sehr häufig von den Nachfragern; es handelt sich dann um virtuelle Einkaufsgemeinschaften. Beispiele sind etwa Covisint,[1036] der Marktplatz für Automobilhersteller, oder CC-markets,[1037] ein Marktplatz von BASF, Degussa-Hüls, Henkel und SAP. Eine solche **Nachfragebündelung** verstößt gegen das Kartellverbot (§ 1 GWB), sofern der Nachfragewettwerb zwischen den Unternehmen spürbar beschränkt wird.[1038] Aufgrund der Schnelligkeit der Transaktionen dürfte es aber wohl kaum zu Wettbewerbsverzerrungen kommen. Im Übrigen sind die mit der Bündelung verbundenen Rationalisierungsvorteile zu beachten. Unterhalb von 15 % Marktanteil ist die Kooperation auch wegen geringer Marktbedeutung unbedenklich (§ 3 Abs. 1 GWB). Entscheidend ist auf jeden Fall die Beachtung folgender Grundsätze[1039]

- Nichtexklusivität der Nutzung
- diskriminierungsfreier Zugang
- Existenz und Beachtung ausreichender Sicherheitsstandards
- Existenz anderer E-Commerce-Plattformen und Software-Anwendungen für Produktmanagement.

Sachlich gerechtfertigt soll ein Ausschluss von Internethändlern bei Markenprodukten sein, die im selektiven Vertrieb ausschließlich über Ladenlokale verkauft werden.[1040] Ähnlich sieht das das LG Mannheim.[1041] Ein Hersteller von Markenartikeln (hier: Scout-Schulranzen) darf den Verkauf seiner Produkte bei eBay untersagen, da die Internet-Plattform nicht das Ambiente eines Fachgeschäfts bietet.

[1036] Entscheidung des *BKartA*, K&R 2000, 604 = WuW/DE-V 321 – Covisint.
[1037] Siehe dazu die Entscheidung des *BKartA* vom 23. November 2000 – B3 76/00 – LSK 2001, 170269.
[1038] *Jestaedt*, BB 2001, 581, 585.
[1039] *BKartA*, WuW 2001, 1107 – BuyforMetals/Stell 24-7.
[1040] *BGH*, CR 2004, 195.
[1041] *LG Mannheim*, Urteil vom 14. März 2008 – 7 O 263/07 – CR 2008, 593; anderer Ansicht *LG Berlin*, Urteil vom 24. Juli 2007 – 16 O 412/07 – K&R 2008, 321.

Ein Usenetdienst hat keinen kartellrechtlichen Anspruch auf Schaltung von Google- Ad-Anzeigen gegen Google, wenn Google sich zur Begründung ihrer Weigerung auf die sonst bestehende Gefahr einer urheberrechtlichen Störerhaftung berufen kann[1042]

h) Die Preisangabenverordnung, die Impressums- und weitere Informationspflichten

Literatur:
Brunst, Umsetzungsprobleme der Impressumspflicht bei Webangeboten, MMR 2004, 8; *Ernst*, Pflichtangaben im E-Mails – Neue Pflichten durch das EHUG?, ITRB 2007, 94; *Glaus/Gabel*, Praktische Umsetzung der Anforderungen zu Pflichtangaben in E-Mails, BB 2007, 1744; *Härting*, Briefe und E-Mails im Netz, K&R 2007, 551; *Hoeren*, Informationspflichten im Internet – im Lichte des neuen UWG, WM 2004, 2461; *Hoeren/Pfaff*, Pflichtangaben im elektronischen Geschäftsverkehr aus juristischer und technischer Sicht, MMR 2007, 207; *König/*Riede, Pflichtangaben in geschäftlichen E-Mails – Rechtslage Deutschland und Österreich, MR-INT 2007, 99; Rot*/Groß*, Pflichtangaben auf Geschäftsbrief und Bestellschein im Internet, K&R 2002, 127; *Schmittmann*, Pflichtangaben in E-Mails – Ist die elektronische Post ein Geschäftsbrief?, DB 2002, 1038; *Schulte/Schulte*, Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr – wettbewerbsrechtlich betrachtet, NJW 2003, 2140; *Schweinoch/Böhlke/Richter*, E-Mails als elektronische Geschäftsbriefe mit Nebenwirkungen, CR 2007, 167; *Stickelbrock*, „Impressumspflicht" im Internet, GRUR 2004, 111; *Woitke*, Informations- und Hinweispflichten im E-Commerce, BB 2003, 2469

Die Vorgaben der Preisangabenverordnung, insbesondere § 1 PAngV, gelten auch im Internet. Wer nur wirbt, muß keine Preise angeben; wer aber mit Preisen wirbt, muß diese vollständig angeben.[1043] Jeder Anbieter muss danach gegenüber den Endverbrauchern die Entgelte für die Nutzung der Dienste vor dem Zugriff angeben. § 4 Abs. 4 PAngV stellt klar, dass jedes auf Bildschirm übertragene Angebot mit einer Preisangabe (incl. einer Angabe der Mehrwertsteuer)[1044] versehen sein muss. Wird eine Leistung über Bildschirmanzeige erbracht und nach Einheiten berechnet, ist der Preis der fortlaufenden Nutzung als gesonderte Anzeige unentgeltlich anzubieten. Der Verbraucher muss daher über den Preis der aktuellen Online-Nutzung ständig informiert sein. Es ist wettbewerbswidrig, wenn der angezeigte Verkaufspreis in einer Preissuchmaschine von dem späteren, tatsächlichen Preis im verlinkten Online-Shop abweicht. Dies gilt ebenfalls, wenn die Abweichung nur für wenige Stunden vorhanden ist.[1045] Auch hinsichtlich der auf einer Homepage zu findenden Produktangebote hat ein Anbieter die Preise einschließlich der Versandkosten genau zu spezifizieren. Dagegen

[1042] *LG Hamburg*, Urteil vom 4. Februar 2008 – 315 O 870/07.
[1043] *OLG Stuttgart*, Urteil vom 17. Januar 2008 – 2 U 17/07.
[1044] *OLG Hamburg*, Beschluss vom 4. Januar 2007 – 3 W 224/06, MMR 2007, 321: Pflicht zur Verwendung der Angabe "incl. MwSt.".
[1045] *OLG Stuttgart*, Urteil vom 17. Januar 2008 – 2 U 12/07 – MMR 2008, 754.

verstößt er, wenn er im Internet z.B. Buchungen für Flugreisen entgegennimmt und den Preis durch den Kunden selbst bestimmen lässt.[1046]

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.[1047] Es reicht aber nicht aus, wenn am oberen Bildschirmrand auf die Seiten „Allgemeine Geschäftsbedingungen" mit den dortigen Preisangaben verwiesen wird.[1048] Auch bei der (zulässigen) Information über Links darf der Link selbst nicht banal mit der Beschriftung „Mehr Infos" versehen sein.[1049] Angaben wie die der Versandkosten müssen leicht erkennbar, deutlich lesbar und gut wahrnehmbar sein.[1050] 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. [1051]Den Verbrauchern ist bekannt, dass im Versandhandel neben dem Endpreis üblicherweise Liefer- und Versandkosten anfallen.[1052] Die Versandkosten müssen auch nicht auf der den Bestellvorgang abschließenden „Bestell-Übersicht" neben dem Warenpreis noch einmal der Höhe nach ausgewiesen werden.[1053] Verpackungskosten sind neben den Warenpreisen ebenfalls gesondert auszuweisen.[1054]

Die Preisangabenverordnung wurde zum 1.1.2003 um weitere Informationspflichten ergänzt. Seitdem müssen Online-Anbieter auf ihren Werbeseiten ausdrücklich darauf hinweisen, dass der hier zu findende Preis die Umsatzsteuer und alle anderen Preisbestandteile einschließt. Weiter ist anzugeben, ob für den Kunden zusätzliche Liefer- und Versandkosten anfallen. Diese Angaben müssen deutlich wahrnehmbar sein und dürfen nicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen „versteckt" werden. Der Verweis auf eine Hotline reicht nicht aus.[1055] Auf der Homepage ist ein Verweis auf die Endpreise via einfachem Link zulässig.[1056] Der Link muss aber deutlich gekennzeichnet sein. Zwischenlinks sind unzulässig. Auch die Verlinkung

[1046] O*LG Düsseldorf*, WRP 2001, 291.
[1047] *BGH*, WRP 2003, 1222.
[1048] *OLG Frankfurt a.M.*, CR 2005, 128.
[1049] *OLG Hamburg*, MMR 2005, 467.
[1050] Siehe *OLG Hamburg*, MMR 2005, 318.
[1051] *BGH*, Urteil vom 4. Oktober 2007 – I ZR 143/04. Ihm folgend jetzt auch *OLG Hamburg*, Urteil vom 16. Januar 2008 – 5 U 148/06 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner älteren Rechtsprechung.
[1052] *BGH*, Urteil vom 4. Oktober 2007 – I ZR 143/04.
[1053] *BGH*, CR 2006, 120.
[1054] *LG Hamburg*, CR 2006, 127.
[1055] *OLG Hamburg*, CR 2004, 377.
[1056] *OLG Köln*, MMR 2004, 617.

mittels des Buttons „Top Tagespreis“ ist unzulässig.[1057] Allerdings müssen die Versandkosten nicht noch einmal neben dem Warenpreis in einer Bestellübersicht der Höhe nach ausgewiesen werden.[1058] Unterlässt der Anbieter es, Angaben über die Höhe der Versandkosten für Sendungen ins Ausland zu machen, ist dies wettbewerbsrechtlich unbeachtlich, wenn ein Versand in das innereuropäische Ausland angeboten wird und für diesen keine höheren Kosten verlangt werden als für den Versand ins Inland. Sind die Versandkosten für Auslandssendungen höher und wird dennoch auf eine gesonderte Versandkostenangabe verzichtet, handelt es sich lediglich um einen Bagatellverstoß, der wettbewerbsrechtlich gem. § 3 UWG nicht geahndet wird.[1059]

Hinzu kommen die **Informationspflichten aus § 5 Abs. 1 TMG**. Hiernach muss ein Unternehmen auf der Homepage als Minimum angeben

- Firma und Anschrift[1060]
- Vorstand
- E-Mail-Adresse[1061]
- Angaben zu den zuständigen Aufsichtsbehörden
- Handelsregisternummer
- Ust-Identifikationsnummer.

Streitig war lange Zeit, ob auch die Angabe einer **Telefonnummer** vonnöten ist.[1062] Ausdrücklich ist die Telefonnummer im Gesetzestext nicht erwähnt; nur in der Gesetzesbegründung findet sich ein entsprechender Hinweis darauf. Es ist daher streitig, ob die Angabe einer Telefonnummer wirklich erforderlich ist. Diese Frage wurde nunmehr vom *BGH* dem *EuGH* zur Entscheidung vorgelegt.[1063] Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 16. Oktober 2008[1064] entschieden, dass die Angabe einer Telefonnummer im Impressum nicht zwingend notwendig ist. Nicht allein die Angabe der Telefonnummer gewährleiste eine schnelle Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation, sondern dazu gebe es auch

[1057] *OLG Hamburg*, CR 2004, 460.
[1058] *BGH*, CR 2006, 120.
[1059] *KG*, MMR 2008, 45.
[1060] *KG*, MMR 2007, 400: Auch der Vorname des Firmeninhabers muss genannt werden.
[1061] Nicht notwendig ist die Verwendung eines automatisierten Links zur E-Mail-Anschrift; so *Ernst*, GRUR 2003, 759.
[1062] Unklar ist auch, ob die Angabe einer kostenpflichtigen Mehrwertdienstnummer zulässig ist; siehe dazu *Gravenreuth/Kleinjung*, JurPC-Web-Dok. 273/2003. Die Pflicht zur Angabe der Telefonnummer (oder Faxnummer) wird bejaht von *OLG Köln*, MMR 2004, 412 und abgelehnt von *OLG Hamm*, MMR 2004, 549
[1063] Vgl. MMR 2007, 505 = NJW 2007, 2352.
[1064] C-298/07.

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. 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 **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.[1065] Streitig ist, ob die Begriffe „Kontakt" oder „Impressum" ausreichen.[1066] Bedenken bestehen auch dagegen, den Bildschirm insoweit mit einer hohen Pixeldichte (z.B. 800 x 600 Pixel) zu versehen[1067] oder die Informationen mittels PDF oder Javascript zu integrieren.[1068] Unzulässig ist zudem, dass die Hinweise erst nach vorherigem Scrollen vollständig lesbar[1069] oder erst nach Anklicken mehrerer Unterpunkte wahrnehmbar sind.[1070] Ausreichen soll es jedoch, wenn die Pflichtangaben nach zweimaligem Anklicken eines Links erreichbar sind.[1071] Ausreichend ist es auch, wenn ein eBay-Händler auf seiner Shopseite unter der Bezeichnung „mich„ die Angaben bereithält.[1072] Die Verwendung von Pop-Up-Fenstern ist unzulässig.[1073] Ferner unzulässig ist nach einem Beschluss des OLG Frankfurt am Main[1074], wenn der Scrollkasten bei einem Online-Shop, in dem die gesetzlichen Angaben gemacht werden, zu klein ist; dies gelte auch für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die in einer Scrollbox dargestellt werden. 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 Kos-

[1065] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 105 – Backstage.
[1066] Bejaht durch *OLG Hamburg*, MMR 2003, 105 – Backstage und *OLG München*, CR 2003, 53, 54 mit Anm. Schulte. Ähnlich *Hoß*, WRP 2003, 945, 949; *Kaestner/Twes*, WRP 2002, 1011, 1016; *Ott*, WRP 2003, 945, 948. Ablehnend *OLG Karlsruhe*, WRP 2002, 849, 850 und *Ernst*, GRUR 2003, 759, 760.
[1067] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 105 – Backstage.
[1068] Siehe *Ernst*, GRUR 2003, 759, 760; *Schulte*, CR 2004, 55, 56.
[1069] So *Hoenike/Hülsdunk*, MMR 2002, 415, 416.
[1070] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 105 – Backstage.
[1071] *BGH*, MMR 2007, 40; *OLG München*, MMR 2004, 36 = CR 2004, 53, 54 mit Anm. *Schulte*. Anderer Ansicht z.B. *Woitke*, NJW 2003, 871, 873, der die Erreichbarkeit auf einen Mausklick beschränken will.
[1072] *KG*, MMR 2007, 791; *LG Hamburg*, MMR 2007, 130.
[1073] *LG Wiesbaden*, MMR 2006, 822.
[1074] *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 14. Mai 2007 – 3/8 O 25/07.

ten 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„.[1075]

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 I 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 Anzeigenauftrags in geeigneter Form über die Impressumspflicht belehrt, zur Preisabgabe der Gewerblichkeit ihres Angebots bei der Anmeldung nachdrücklich angehalten und in diesem Fall zur Angabe ihres Namens und ihrer Anschrift gezwungen werden.[1076]

Bei der Verankerung der notwendigen Pflichtangaben zeigen sich besondere Probleme beim Einsatz von **Fax und E-Mail**. Die Versendung eines Werbefaxes oder einer WerbE-Mail ohne die Pflichtangaben nach § 312c Abs. 2 BGB, Art. 240 EGBGB i.V.m. § 1 Abs. 1 BGB-InfoV stellen Verstöße gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG dar.[1077] Zu beachten ist die Neufassung der Regelungen zu Geschäftsbriefen zum 1.1.2007, die klarstellt, dass auch Geschäftsbriefe in E-Mail-Form die Pflichtangaben enthalten müssen.[1078] Relevant ist hier insbesondere § 37a Abs. 1 HGB, wonach ein Einzelkaufmann bei Geschäftsbriefen – nunmehr in jeder Form – an einen bestimmten Empfänger seine Firma mit Rechtsformzusatz, Niederlassungsort, Registergericht und Registernummer versehen muss. Ähnliches gilt für die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Partnerschaft, die GmbH und die Aktiengesellschaft (§§ 125a, 177a HGB; § 7 Abs. 4 PartGG, § 35a GmbHG; § 80 AktG). Das Aktiengesetz sieht ferner vor, dass bei einer Aktiengesellschaft zusätzlich auch noch alle Vorstandsmitglieder und der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit vollständigen Namen aufgeführt sein müssen (§ 80 Abs. 1 Satz 1 AktG). Für die GmbH kommt die Angabe des Geschäftsführers hinzu (§ 35a Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Fehlen diese Angaben, kann das Registergericht ein Zwangsgeld

[1075] *BGH*, MMR 2008, 39. Ähnlich *BGH*, MMR 2007, 663.
[1076] *OLG Frankfurt*, Urteil vom 23. Oktober 2008 – 6 U 139/08; ähnlich *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 18. Dezember 2007 – I -20 U 17/07 – mobile.
[1077] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2002, 395.
[1078] Zur Frage, ob dies auch für geschäftliche SMS-Nachrichten gilt vgl. *Maaßen/Orlikowski-Wolf*, BB 2007, 561 ff.

festsetzen (§ 37a Abs. 4 Satz 1 HGB; ähnlich §§ 125a Abs. 2, 177a Satz 1 HGB; § 7 Abs. 4 PartGG). Für die Aktiengesellschaft und die GmbH sind die Zwangsgeldvorschriften der § 407 Abs. 1 AktG sowie § 79 Abs. 1 GmbHG zu beachten. Diese Vorschriften gelten auch bei E-Mails, die im Geschäftsverkehr nach außen hin zum Einsatz kommen.[1079] Auch für Bestellmasken im Internet wird eine Verpflichtung zur Veröffentlichung der Pflichtangaben angenommen.[1080] Die Pflicht gilt auch bei ausländischen Gesellschaften.[1081] Das Fehlen von Vor- und Nachname des Firmeninhabers in einem Geschäftsbrief ist nicht geeignet, den Wettbewerb zu Lasten von Konkurrenten zu beeinflussen und überschreitet deshalb nicht die nach § 3 UWG geforderte Bagatellschwelle.[1082]

Soweit Betreiber von Webshops auf der Homepage **keine Angaben über Lieferfristen** machen, muss der Versand, laut einem Urteil des *BGH*,[1083] sofort erfolgen. Mangele es an einem entsprechenden Hinweis, liegt eine irreführende Werbung i.S.v. § 5 Abs. 5 Satz 1 UWG vor. 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. Es ist AGB-rechtlich nach § 308 Nr. 4 BGB unzulässig, in AGB eine Klausel einzufügen, wonach Lieferfristen unverbindlich sind.[1084] Gleiches gilt für Änderungsvorbehalte bei unverschuldeter Nichtverfügbarkeit der Ware. Soweit ein Online-Anbieter mit Preissenkungen wirbt und diese zeitlich befristet, muss das Ende der Aktion unmittelbar der Offerte zu entnehmen sein. Eine Unterrichtung erst auf einer Unterseite, zu der ein Link ohne Beschreibung von der Preissenkungs-Seite führt, reicht nicht aus. Nach Auffassung des OLG Frankfurt[1085] liegt in der fehlenden direkten Angabe auf der Angebotsseite ein Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG, wonach bei Preissenkungen sämtliche Bedingungen anzugeben sind. Erforderlich sei dabei eine klare und eindeutige Angabe. Zwar sei eine Aufklärung auch durch Hyperlinks möglich. Erforderlich sei aber, dass

[1079] Die Erweiterung der Pflichtangaben auf E-Mails wurde durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister, sowie das Uternehmensregister (EHUG) seit dem 1. Januar 2007 eingeführt.
[1080] *Rot/Groß*, K&R 2002, 127 ff.
[1081] *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2003, 597.
[1082] *OLG Brandenburg*, MMR 2008, 58.
[1083] *BGH*, MMR 2005, 531 = NJW 2005, 531.
[1084] *OLG Frankfurt*, MMR 2006, 325; *LG Frankfurt*, MMR 2006, 831.
[1085] MMR 2007, 385.

aus dem neben dem Angebot angebrachten Link deutlich hervor gehe, dass dieser zu einer Unterseite mit weiteren Bedingungen führt.

Erlaubt sind Hinweise in Katalogen „**Änderungen und Irrtümer vorbehalten**. Abbildungen ähnlich." Wie der BGH[1086] betont, bringen diese Hinweise lediglich die auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt bestehende Rechtslage zum Ausdruck, dass die im Katalog enthaltenen Angaben zu den Produkten und deren Preisen und Eigenschaften – ebenso wie die Abbildungen – nicht ohne Weiteres Vertragsinhalt werden, sondern insoweit vorläufig und unverbindlich sind, als die Katalogangaben durch die Beklagte vor oder bei Abschluss des Vertrages noch korrigiert werden können. Die Hinweise verdeutlichen damit, dass erst die bei Vertragsschluss abgegebenen Willenserklärungen und nicht schon die Katalogangaben oder –abbildungen für den Inhalt eines Vertrages über die im Katalog angebotenen Produkte maßgebend sind. Den Hinweisen ist keine Beschränkung der Rechte des Vertragspartners in haftungs- oder gewährleistungsrechtlicher Hinsicht zu entnehmen. Anders wäre es dann, wenn die Beklagte unter Umgehung der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) die Hinweise dazu missbrauchen würde, eine Geltendmachung berechtigter Ansprüche von Verbrauchern zu verhindern.

Eine einseitige Verlängerung der Vertragslaufzeit per E-Mail ist unwirksam und führt zu einem Verbotsrecht nach §§ 3, 5 Abs. 1 UWG.[1087]

Streitig und bis heute ungeklärt ist die Frage, inwieweit ein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben durch Dritte **abgemahnt** werden kann. Unstreitig ist, dass die Informationspflichten verbraucherschützend sind.[1088] Ein Teil der Rechtsprechung[1089] 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 *LG Berlin* kein Umsatzgeschäft gemacht, vielmehr sei das

[1086] *BGH*, Urteil vom 4. Februar 2009 – VIII ZR 32/08.
[1087] *LG Frankfurt*, MMR 2006, 489.
[1088] *OLG München*, MMR 2004, 36 = CR 2004, 53; *OLG München*, MMR 2002, 173 = CR 2002, 55.
[1089] *LG Hamburg*, NJW-RR 2001, 1075; *LG Berlin*, MMR 2003, 200; zustimmend *Schneider*, MDR 2002, 1236, 1238. Offengelassen in *OLG Hamburg*, MMR 2003, 105 – Backstage. Anders *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 340.

Fehlen der Angaben eher kontraproduktiv für Vertragsabschlüsse.[1090] Anders bejaht das *OLG Hamburg* in der Backstage-Entscheidung das Vorliegen eines unlauter erlangten Wettbewerbsvorteils.[1091] Für die Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen (z.B. nach § 35a GmbHG) wird eine Unlauterkeit aufgrund Wettbewerbsvorsprungs verneint.[1092] Der **Streitwert** für Rechtsverletzungen im Bereich der Informationspflichten wird von den Gerichten immer 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 auswirkt 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.[1093] Anders argumentiert das OLG Hamburg[1094]: Da sich Mitbewerber, die sich um ein rechtstreues Verhalten hinsichtlich der ordnungsgemäßen Aufklärung von Verbrauchern bei Onlinegeschäften „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 5.000 Euro.

Die Versendung zahlreicher Abmahnungen in gleichgelagerten Fällen der fehlerhaften Widerrufsbelehrung im Internet stellt einen **Rechtsmissbrauch** gem. § 8 Abs. 4 UWG dar und rechtfertigt nicht den Erlass einer einstweiligen Verfügung.[1095] Die in § 8 Abs. 4 UWG normierte Rechtsmissbräuchlichkeit einer an sich aktivlegitimierten Partei ist auch dann anzunehmen, wenn der beauftragte Rechtsanwalt seinen Auftraggeber vom Kostenrisiko freistellt.[1096] Dieses kollusive Zusammenwirken zwischen Rechtsanwalt und Mandant zeige, dass „der Abmahner ersichtlich keine ernsthaften Interessen am Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb verfolgt, sondern sich lediglich dafür hergibt, seinem Anwalt eine Gebühreneinnahmequelle zu verschaffen". Ein Rechtsmissbrauch wurde auch angenommen, wenn die Abmahntätigkeit in

[1090] *LG Berlin*, MMR 2003, 200.
[1091] *OLG Hamburg*, MMR 2003, 105 – Backstage. Ähnlich *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2002, 529; Anders *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 340.
[1092] *LG Berlin*, WM 1991, 615, 616.
[1093] *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 5. Juli 2007 – I 20 W15/0; ähnlich *OLG Düsseldorf*, MMR 2008, 56. Siehe auch *LG Münster*, Urteil vom 4. April 2007 – 2 O 595/06: Herabsetzung des Streitwerts von 25000 Euro auf 4000 Euro bei fehlender Widerrufsbelehrung; *OLG Frankfurt a.M.*, Beschluss vom 17. August 2006 – 6 W 117/06, MMR 2007, 117: Herabsetzung des Streitwerts auf 5.000 Euro.
[1094] *OLG Hamburg*, Beschluss vom 30. Oktober 2007 – 3 W 189/07 – LSK 2008, 270117.
[1095] *LG Paderborn*, MMR 2007, 672.
[1096] *OLG Frankfurt*, GRUR-RR 2007, 56.

keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis zu gewerblichen Tätigkeit des Abmahners steht.[1097] Unzulässig soll es auch sein, wenn der Abmahnanwalt dem Mandanten eine kostenfreie Verfolgung von Unterlassungsansprüchen und Profit aus Vertragsstrafen verspricht.[1098] Für eine Missbräuchlichkeit spricht ferner ein abenteuerlich überhöhter Gegentandswert (hier: 100000 Euro), allgemeine gehaltene Ausführungen in der Abmahnschrift ohne Bezug zum Einzelfall sowie eine hohe Zahl von Abmahnfälle pro Monat.[1099] Die Abgabe einer Unterlassungserklärung gegenüber der Wettbewerbszentrale reicht als solche nicht aus, um die Wiederholungsgefahr auszuschließen.[1100]

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht

Abseits spezieller Lauterkeitsregeln ist das allgemeine Wettbewerbsrecht, voran §§ 3, 5 UWG, zu beachten. Im Vordergrund der Diskussion im Zusammenhang mit Werbung im Internet stehen vier Problemfelder: die kommerzielle Versendung von E-Mails, das Trennungsgebot sowie die Verwendung von Hyperlinks und von Meta-Tags.

a) Kommerzielle Versendung von E-Mails

Literatur:
Ayad, E-Mail-Werbung – Rechtsgrundlagen und Regelungsbedarf, CR 2001, 533; *Baetge*, Unverlangte E-Mail-Werbung zwischen Lauterkeits- und Deliktsrecht, NJW 2006, 1037; *Bartl*, Unverlangte Werbung über Bildschirmtext, NJW 1985, 258; *Bender/Kahlen*, Neues Telemediengesetz verbessert den Rechtsrahmen für Neue Dienste und Schutz vor Spam-Mails, MMR 2006, 590; *Böhm*, Unerlaubte Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich, MMR 1999, 643; *Brömmelmeyer*: E-Mail-Werbung nach der UWG-Reform, GRUR 2006, 285; *Dietrich/Pohlmann*, IP-Blacklisting zur Spam-Abwehr, DuD 2005, 548; *Ernst*, Wirtschaft im Internet, BB 1997, 1057; *Ernst/Seichter*, Werben mittels E-Cards – Rechtliche Beurteilung als Spamming?, MMR 2006, 779; *Freitag/Busemann*, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von elektronischer Post als Mittel des Direktmarketings, AfP 1998, 475; *Dieselhorst/Schreiber*, Die Rechtslage zum E-Mail-Spamming in Deutschland, CR 2004, 680; *Funk*, Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail, CR 1998, 411; *Goerke*, Amerika – Strafen für unverlangte E-Mail-Werbung, WRP 1999, 248 f.; *Günther*, Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung? Zur Auslegung von Artikel 10 der Fernabsatz-Richtlinie, CR 1999, 172; *Gummig*, Rechtsfragen bei der Werbung im Internet, ZUM 1996, 573; *Härting*, Spam: Haftungs- und Freizeichnungsklauseln, ITRB 2005, 282; *Härting/Eckhart*, Provider gegen Spammer, CR 2004, 119; *Heidrich/Tschoepe*, Rechtsprobleme der E-Mail-Filterung, MMR 2004, 75; *Hoeren*, Cybermanners und Wettbewerbsrecht — Einige Überlegungen zum Lau-

[1097] *LG Berlin*, Urteil vom 16. April 2008 – 15 O 565/07.
[1098] *KG*, Beschluss vom 8. Juli 2008 – 5 W 34/08.
[1099] *LG Bückeburg*, Urteil vom 22. April 2008 – 2 O 62/08.
[1100] *LG Bielefeld*, Beschluss vom 18. April 2008 – 17 O 66/08; *LG Frankfurt*, Urteil vom 9. April 2008 – 3/8 O 190/07.

terkeitsrecht im Internet, WRP 1997, 993; *Hoeren*, Virenscanning und Spamfilter – Rechtliche Möglichkeiten im Kampf gegen Viren, Spams & Co., NJW 2004, 3513; *Janokowski*, Kosten beim Empfänger unverlangter E-Mails – nur ein Scheinargument?, K&R 2000, 499; *Kabel*, Spam: A Terminal Threat to ISPs?, CRi 2003, 6; *Kelm*, Technische Maßnahmen gegen Spam, DuD 1999, 23; *Kitz*, Meine E-Mails les´ ich nicht!, CR 2005, 450; *Laga*, Das österreichische Spam-Verbot: ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 2000, 243; *Leible*, Spam oder Nicht-Spam, das ist hier die Frage, K&R 2006, 485; *Leistner/Pohlmann*, E-Mail-Direktmarketing im neuen europäischen Recht und in der UWG-Reform, WRP 2003, 815; *Lettl*, Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und E-Mail, GRUR 2000, 977; *Leupold*, Die massenweise Versendung von Werbe-E-Mails: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belästigung, WRP 1998, 270; *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation, WRP 2000, 575; *Nippe*, Belästigung zwischen Wettbewerbshandlung und Werbung, WRP 2006, 951; *Nippe*, Belästigende Wettbewerbshandlungen, Tatbestände, Rechtfertigungsgründe, Rechtsprechung, WRP 2007, 19; *Prasse*, Spam-E-Mails in der neueren Rechtsprechung, MDR 2006, 619; *Reichelsdorfer*, "E-Mails" zu Werbezwecken – ein Wettbewerbsverstoß?, GRUR 1997, 191; *Schmidl*, E-Mail-Filterung am Arbeitsplatz, MMR 2005, 343; *Schmittmann*, Rechtlicher Schutz vor unerwünschter E-Mail-Werbung, Horster/Fox, Datenschutz und Datensicherheit, Wiesbaden 1999, 1; *Schmittmann*, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrecht, Münster 1999; *Schrick*, Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung, MMR 2000, 399; *Schöttle*, Website- und E-Mail-Marketing- ein Überblick, JurPC 2007, WebDok. 9/2007; *Schrey/Westerwelle*, "Junk-E-Mails" im Internet, BB 1997, Beil. 18, S. 17; *Seichter/*Witzmann, Die Einwilligung in die Telefonwerbung, WRP 2007, 699*; Schmittmann/Lorenz*, Die rechtliche Beurteilung von E-Mail-Werbung nach Inkrafttreten des TMG, K&R 2007, 609; *Spindler/Schmittmann*, Unerwünschte E-Mail-Werbung. Zivil- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit in Europa, MMR-Beilage 8/2001, 10; *Splittgerber/Zscherpe/Goldmann*, Werbe-E-Mails – Zulässigkeit und Verantwortlichkeit, WRP 2006, 178; *Steckler*, Die wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeitsmomente bei Verwendung teletechnischer Kommunikationsmedien im Direktmarketing, GRUR 1993, 865; *Ultsch*, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen. Dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, NJW 1997, 3007; *Vehslage*, E-Mail-Werbung, DuD 1999, 22; *Vehslage*; Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung, GRUR 1999, 656; *Weber/Meckbach*, E-Mail basierte virale Werbeinstrumente – unzumutbare Belästigung oder modernes Marketing, MMr 2007, 482; *Wegmann*, Anforderungen an die Einwilligung in Telefonwerbung nach dem UWG, WRP 2007, 1141; *Weiler*, Spamming – Wandel des europäischen Rechtsrahmens, MMR 2003, 223; *Wendlandt*, Cybersquatting, Metatags und Spam, München 2002; *Wienke*, Wettbewerbsrechtliche Probleme der Werbung über Bildschirmtext und Teletex, WRP 1986, 455; *Wolber/Eckhardt*, Zulässigkeit unaufgeforderter E-Mail-Werbung, DB 2002, 2581; *Ziem*, Spamming. Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, MMR 2000, 129.

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.

Zunächst ist zu beachten, dass das deutsche Werberecht auch für ausländische Spammer gilt (selbst wenn diese ihren Sitz außerhalb der EU – zum Beispiel in den USA – haben). Es findet das sog. Marktortprinzip Anwendung, wonach das Wettbewerbsrecht desjenigen Staates gilt,

an dem durch das Wettbewerbsverhalten auf die Entschließung des Kunden eingewirkt wird.[1101] Man sollte aber nicht versuchen, gegen ausländische Anbieter rechtlich vorzugehen – es ist in der Praxis zwecklos. Denn eine deutsche Entscheidung, die man gegen ausländische Spammer durchaus erwirken könnte, wäre im außereuropäischen Ausland kaum vollstreckbar. Im Übrigen ist auch die Vollstreckung deutscher Entscheidungen innerhalb der EU oft ein Trauerspiel.

Mit dem im Rahmen der Novellierung des UWG eingefügten § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG besteht nunmehr eine ausdrückliche Regelung, derzufolge unverlangte Werbesendungen an Marktteilnehmer wettbewerbswidrig sind (**Opt-in**). Jede Werbezusendung von Unternehmen wird als „unzumutbare Belästigung" eingestuft, wenn der Empfänger nicht vorher ausdrücklich zugestimmt hat.[1102] 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.[1103] 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.[1104]
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 versendet wurden, sondern auch gegen das Unternehmen, dessen Internetauftritt sich auf dieser Domain befindet.[1105]

[1101] *LG Stuttgart*, MMR 2007, 668.
[1102] So jetzt auch das Urteil des *BGH* vom 16. Juli 2008 – VIII ZR 348/06 – Payback.
[1103] EU-Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37, abgedruckt in GRUR 2003, 409. Siehe zu den Spamming-Bestimmungen in der Richtlinie auch *Weiler*, MMR 2003, 223.
[1104] Vgl. *BGH*, GewArch 2004, 347; *LG Berlin*, CR 1998, 6213 mit Anm. *Moritz*; *BGH*, 3208 = MMR 1998, 491 = RDV 1998, 220; *BGH*, CR 1999, 187 = MMR 1999, 43 mit Anm. *Westerwelle*; *BGH*, NJW-RR 2000, 1229; MMR 2000, 571; MMR 2000, 704; MMR 2001, 60 = CR 2000, 854 = K&R 2000, 517; MMR 2000, 704; *LG Traunstein*, NJW 1998, 109 = RDV 1998, 115 = CR 1998, 171; *LG Augsburg* NJW-CoR 1999, 52; WRP 1999,250 (Leitsatz); *LG Ellwangen*, MMR 1999, 675 m. zust. Anm. *Schmittmann*; *AG Borbeck*, Urteil vom 18. Dezember 1998 — 5 C 365/98; *Hoeren*, WRP 1997, 993; *AG Berlin-Charlottenburg*, MMR 2000, 775; *AG Essen-Borbeck*, MMR 2001, 261 (Ls.); *Ernst*, BB 1997, 1057, 1060; *Ultsch*, NJW 1997, 3007, 3008 Fn. 26; *Schrey/Westerwelle*, BB 1997, 17; *Marwitz*, MMR 1999, 83, 86; *Wendel*, Wer hat Recht im Internet?, Aachen 1997, 80; *Gummig*, ZUM 1996, 573.
[1105] *LG Düsseldorf*, CR 2007, 114.

Dem Empfänger selber 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 € (§ 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.[1106]

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 *LG Berlin*[1107] und des *AG Bra*kel[1108] 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, da § 1004 BGB in entsprechender Anwendung nicht nur das Eigentum, sondern auch alle absoluten Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB schütze, sich also auch auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht erstrecke. Das *LG Augsburg*[1109] 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.[1110]

Handelt es sich bei Absender und Empfänger einer unaufgeforderten Werbe-E-Mail jeweils um einen Gewerbetreibenden, bejaht das *LG Berlin*[1111] zudem einen **Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** und spricht dem Gewerbetreibenden einen Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB gegen den Absender zu. Ein Wettbe-

[1106] *Bender/Kahlen*, MMR 2006, 594.
[1107] *LG Berlin*, MMR 1998, 491. Siehe auch *AG Dachau*, MMR 2002, 179, wonach das unverlangte Übersenden einer sofort als WerbE-Mail erkennbaren E-Mail an ein Unternehmen der IT-Branche keinen Schadensersatzanspruch auslöst.
[1108] *AG Brakel*, MMR 1998, 492.
[1109] *AG Augsburg*, NJW-CoR 1999, 52.
[1110] *LG Dortmund*, BeckRS 2005, 14074
[1111] *LG Berlin*, MMR 1999, 43 = NJW-CoR 1999, 52. Ebenso CR 2002, 606 und MMR 2004, 44; vgl. auch *Baetge*, NJW 2006, 1039.

werbsverstoß 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, so dass 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.[1112] 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.[1113] Aus der gewerblichen Tätigkeit kann auch keine mutmaßliche Einwilligung in den Empfang von Werbe-E-Mails hergeleitet werden,[1114] es sei denn, es liegen konkrete Umstände für eine solche Annahme vor, wie z.B. bei bereits bestehende Geschäftsbeziehungen.[1115] Ein lediglich vermutetes Interesse an der Zusendung einer Werbe-E-Mail reicht nicht aus.[1116] Veröffentlicht ein Gewerbetreibender seine Kontaktdaten (Faxnummer, E-Mail-Adresse) auf seiner Webseite, kann vermutet werden, dass er dies zum Zwecke des Handeltreibens getan hat. Unerbetene Kaufanfragen von anderen Gewerbetreibenden unter Verwendung dieser Kontaktdaten sind, auch wenn sie als Werbung zu qualifizieren sind, zulässig, weil sie in diesem Fall etwas mit der üblichen Verkaufstätigkeit des Unternehmens zu tun haben.[1117] Gibt ein Sportverein in der Rechtsform des eingetragenen Vereins auf seiner Website eine E-Mail-Adresse an, so liegt darin keine konkludente Einwilligung, gewerbliche Anfragen nach Dienstleistungen des Vereins (hier: Platzierung von Bannerwerbung auf der Website des Vereins) mittels E-Mail zu empfangen.[1118]

Verboten sind nach den vorgenannten Grundsätzen auch **Produktempfehlungen mit Zusatzwerbung**.[1119] Als Beispiel kann der Fall von Quelle angeführt werden. Hier war Reklame in die Produktempfehlungs-E-Mails integriert worden, die jedoch vom Absender beim Ab-

[1112] Ebenso *LG Braunschweig*, MMR 2000, 50 im Bereich des § 1 UWG; *AG Kiel*, MMR 2000, 51; so auch *Baetge*, NJW 2006, 1038.
[1113] *LG Karlsruhe*, MMR 2002, 402.
[1114] *OLG Bamberg*, CR 2007, 262.
[1115] *OLG Bamberg*, MMR 2007, 392 f.
[1116] *OLG Düsseldorf*, MMR 2004, 820 f.
[1117] *BGH*, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 75/06 – MMR 2008, 661; NJW 2008, 2997.
[1118] *BGH*, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 197/05 – NJW 2008, 2999; MMR 2008, 662 m. Anm. *Schulze zur Wiesche*.
[1119] *OLG Nürnberg*, CR 2006, 196.

schicken der Mail nicht gesehen werden konnte, sondern erst beim Empfänger sichtbar wurde. Die Spamverbote gelten jedoch nicht, wenn der Absender um Dienstleistungen des Empfängers wirbt, für die er ein Entgelt zu entrichten bereit ist.[1120] Das Spamming-Verbot gilt auch für Gewerkschaften. Da Arbeitnehmer bei nicht erlaubter Privatnutzung des dienstlichen E-Mail-Account eingehende Mails auf deren Relevanz für ihren Job prüfen und somit Arbeitszeit aufwenden müssen, stellt die Zusendung von E-Mails durch eine Gewerkschaft ohne Einverständnis des Arbeitgebers unerlaubtes Spamming dar und begründet einen Unterlassungsanspruch.[1121]

Das Erfordernis des Opt-In gilt grundsätzlich auch für die Versendung elektronischer Newsletter. Hier bedarf es regelmäßig auch eines **Double-Opt-In** in Form einer BestätigungsE-Mail.[1122] Nur durch die Rücksendung/Aktivierung der BestätigungsE-Mail kann der Versender des Newsletter den ihm obliegenden Beweis der datenschutzrechtlichen Einwilligung erbringen. Allerdings wird immer noch darüber gestritten, ob nicht schon die BestätigungsE-Mail unzulässige Werbung darstellt.[1123]

Der Absender trägt die **Beweislast** für das Bestehen eines für die Zulässigkeit der Zusendung erforderlichen Einverständnisses.[1124] Die Tatsache, dass ein Nutzer seine E-Mail-Adresse freiwillig in ein für jedermann zugängliches E-Mail-Verzeichnis hat eintragen lassen, führt auf keinen Fall zu der Vermutung, er sei mit der Zusendung von Werbung per E-Mail einverstanden. Schwierig wird es, wenn die E-Mail-Werbung mit unbedenklichen Diensten verquickt wird. So gibt es bereits Konstellationen, in denen eine Privatperson beim Versenden einer privaten E-Mail-Werbung als Attachment oder am Ende der Mail mitverschickt.[1125] Dies erfolgt meist, um einen kostenlosen E-Mail-Dienst zu nutzen oder Webmiles zu bekommen. In einem solchen Fall besteht gegen den Versender wohl kaum eine Handhabe. Das Werbeunternehmen kann aber weiterhin aus §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in Anspruch genommen werden. Nicht asusreichend ies im Übrigen auch, die Einwilligungserklärung in AGB zu integrieren, wenn sich die Einwilligung abstrakt auf „interessante Angebote" beziehen soll.[1126]

[1120] O*LG Düsseldorf*, BeckRS 2006 05154.
[1121] *Arbeitsgericht Frankfurt*, Urteil vom 12. April 2007 – 11 Ga 60/07, DSB 2007, 19 mit Anm. *Vahle*.
[1122] *AG Burgwedel*, Urteil vom 7. Februar 2008 – 70 C 161/06; *AG Berlin*, Urteil vom 11. Juni 2008 – 21 C 43/08.
[1123] Für Zulässigkeit *AG Hamburg*, Urteil vom 11. Oktober 2006 – 6 C 404/06; *LG Berlin*, Urteil vom 23. Januar 2007 – 15 O 346/06.
[1124] *KG*, MMR 2002, 685. *LG Berlin*, CR 2002, 606; MMR 2004, 44.
[1125] Siehe in diesem Zusammenhang auch das Problem des Anhängens von Werbung an Free-SMS-Dienste dazu *Remmetz*, MMR 2003, 314 ff.
[1126] *OLG Köln*, Urteil vom 29. April 2009 – 6 U 218/08, MMR 2009, 470.

Die Betroffenen können sich mit aller Härte des Gesetzes gegen Spammer wehren. Sie können und sollten deutsche und EU-Provider **abmahnen**. Sofern die Betroffenen Anwälte sind oder Anwälte einschalten, können diese für die Abmahnung erhebliche Beträge kassieren. Ferner besteht nach deutschem Datenschutzrecht ein Auskunftsanspruch des Betroffenen; der Spammer muss offen legen, woher er die E-Mail-Adresse hat und an wen er sie weiterleitet. Zu beachten ist allerdings, dass die bloß vereinzelte Zusendung einer Werbe-E-Mail noch nicht die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nach sich zieht.[1127]

Der betroffene **Access Provider** kann technisch und rechtlich reagieren.[1128] Zu beachten ist aber, dass er zwar für Wettbewerbsverstöße via Internet nicht haftet, aber zur Sperrung der Nutzung im Rahmen technischer Möglichkeiten verpflichtet ist.[1129] Den Adressaten trifft allerdings keine Pflicht zur Sperrung/Filterung von Mails.[1130]

Als **technische Abwehrmaßnahmen** des Providers kommen z.B. in Betracht:

- Umstellen der netzinternen Mail-Kommunikation (zwischen dem Haupt-Mailserver und den netzinternen Mail-Servern) auf einen anderen Port als den Standardport 25, über den fast alle Spam-Mails versendet werden. Hierzu ist eine formale Abstimmung innerhalb der Institution erforderlich, damit die (ein- und ausgehenden, internen und externen) Mails zwischen einzelnen Mail-Servern und dem Gateway-Server auf dem richtigen Port übermittelt werden können.
- 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.
- Führen von „Blacklists“ von SPAM-offenen Sites, so dass man Mails dieser Hosts gezielt auf Spam-Inhalte überprüfen werden können, z.B.

[1127] *LG Karlsruhe*, MMR 2002, 402.
[1128] *Hoeren*, NJW 2004, 3514.
[1129] *OLG Karlsruhe*, MMR 2002, 613 = CR 2002, 751.
[1130] *OLG Düsseldorf,* MMR 2006, 681.

durch Prüfen auf verdächtige Keywörter, Inkonsistenzen (insbes. im Mail-Header).

- Umleiten aller Mails, die die Institution von außen erreichen, auf einen einzigen Mail-Server, der mit entsprechendem Aufwand vor Missbräuchen durch Spammer „gesichert" wird.

Allerdings ist zu beachten, dass jede Filterungsmaßnahme telekommunikationsrechtlich und datenschutzrechtlich problematisch sein kann. Der 1. Strafsenat des *Oberlandesgerichts Karlsruhe*[1131] hat jetzt entschieden, dass das Ausfiltern von E-Mails wegen **Verletzung des Post- und Briefgeheimnisses** nach § 206 Abs. 2 Nr. 2 StGB strafbar sei. Dies gelte selbst für eine nicht-gewerbliche Einrichtung wie eine Hochschule. Der Begriff des Unternehmens i.S.v. § 206 StGB sei weit auszulegen, denn nur ein solches Verständnis könne dem Gesetzeszweck gerecht werden, das subjektive Recht des Einzelnen auf Geheimhaltung des Inhalts und der näheren Umstände des Postverkehrs und seinen Anspruch auf Übermittlung von Sendungen zu schützen. Als Unternehmen sei danach jede Betätigung im geschäftlichen Verkehr anzusehen, die nicht ausschließlich hoheitlich erfolge oder auf eine rein private Tätigkeit beschränkt sei. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht komme es dabei nicht an. Zwar handele es sich bei einer staatlichen Hochschule um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, diese sei vorliegend aber nicht ausschließlich zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben tätig geworden, sondern habe ihre Telekommunikationsanlage unterschiedlichen Nutzergruppen, wie z.B. Mitarbeitern, Vereinen und außenstehenden Dritten, zur Verfügung gestellt. Aus diesem Grund sei eine Abgrenzung zwischen dienstlichen und wissenschaftlichen Belangen einerseits und privaten und wirtschaftlichen Zwecken andererseits nicht möglich. Wegen der bestehenden vielfältigen Verflechtungen und wirtschaftlichen Interessen habe die Hochschule deshalb vorliegend am geschäftlichen Verkehr teilgenommen und sei nicht ausschließlich hoheitlich tätig geworden.

Die **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"-

[1131] *OLG Karlsruhe*, MMR 2005, 178.

Recherchen kein Unterlassungsanspruch im Hinblick auf eine Kennzeichnung seiner Domain als Spam zu.[1132]

Rechtlich kommt gegen Spamming das zivilrechtliche Repertoire zum Tragen. Zivilrechtlich stellt die unberechtigte Verwendung eines Mail-Servers zur Versendung von Spam-Mail eine unerlaubte Handlung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB dar: Durch die unberechtigte Nutzung fremder Ressourcen und Rechnerkapazitäten verletzt der Spammer rechtswidrig und schuldhaft das Eigentum des Mail-Server-Betreibers, wenn der Mail-Server infolge des erhöhten Mail-Aufkommens nicht mehr bestimmungsgemäß funktioniert. Überdies kann der Missbrauch des Mail-Servers im Einzelfall einen betriebsbezogenen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Server-Betreibers darstellen. Aus § 823 Abs. 1 BGB ergibt sich ein Anspruch auf Unterlassung (i.V.m. § 1004 BGB: Abmahnung) und auf Schadensersatz. Weitere mögliche Anspruchsgrundlagen sind § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) sowie die Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB. Auch markenrechtliche Ansprüche kommen in Betracht, wenn die Marke eines Internet-Dienstleisters zur Bildung von E-Mail-Absenderadressen für Spam-E-Mails verwendet wird.[1133]

b) Trennungsgebot

Von Bedeutung ist im Electronic Business auch das sog. **Trennungsgebot**. Im Bereich von Fernsehen und Presse ist durch Landesgesetze oder Staatsverträge der Länder verankert, dass Werbung und redaktioneller Teil klar durch entsprechende Hinweise voneinander getrennt sind. Fraglich war lange Zeit, ob dieses sog. Trennungsgebot auch für Onlinedienste zur Anwendung kommt.[1134] Diese Frage wurde für den Bereich der Mediendienste im Mediendienstestaatsvertrag der Länder geregelt. Soweit ein Online-Dienst als Mediendienst im Sinne dieses Vertrages anzusehen war (s. o.), musste bei seiner inhaltlichen Konzeption Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein (§ 13 Abs. 1 Satz 1 MDStV). Im Zuge des Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetzes (ElGVG) wurde der MDStV von den Ländern aufgehoben. Mit dem Inkrafttreten des Neunten Rundfunkänderungsstaatsvertrages[1135] trat das Telemediengesetz in Kraft. Die inhaltlichen Anforderungen des MDStV wurden in den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien auf-

[1132] *OLG Hamm*, NJW 2008, 161
[1133] *OLG Karlsruhe*, CR 2007, 105 m. abl. Anm. *Utz*.
[1134] *Hoeren*, Internationale Netze und das Wettbewerbsrecht, in: Jürgen Becker (Hg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, UFITA-Schriftenreihe 137, Baden-Baden (Nomos) 1996, 35 – 56.
[1135] *BT-Drcks.* 16/3078, S. 12.

genommen. Folglich erstreckt sich das Trennungsgebot nun auf alle Telemediendienste (§ 1 Abs. 1 i.V.m. § 58 Abs. 1 Satz 1 RStV).
Fraglich bleibt aber, ob eine Bindung an das Trennungsgebot außerhalb des bisherigen Anwendungsbereichs des Mediendienstestaatsvertrages adäquat ist. Wie soll zum Beispiel die Deutsche Bank AG bei ihrer Homepage zwischen Inhalt und Werbung unterscheiden? Ist beispielsweise der Jahresbericht der Bank eher Inhalt oder Werbung? Meines Erachtens wird man die gesamte Homepage als Werbung auffassen müssen, denn auch dem flüchtigsten Verbraucher ist klar, dass er auf den Seiten der Deutschen Bank keine marketingunabhängigen Informationen erwarten kann.

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des *Kammergerichts*. Das *Kammergericht*[1136] 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.

Betreiber von Homepages mit redaktionellem Inhalt müssen bei einem Link, der auf eine tiefer liegende Werbeseite verweist, klar auf den folgenden Reklameinhalt hinweisen. Das hat das *LG Berlin*[1137] entschieden und der Unterlassungsklage der Verbraucherzentrale Bundesverband gegen die vom Axel Springer betriebene Website Bild.t-Online.de stattgegeben. Im entschiedenen Fall erschien auf der Startseite ein Artikel zu einem Auto, der mit Links zu Unterseiten versehen war. Klickte der Benutzer eine der Verknüpfungen an, so gelangte er auf die Unterseiten mit weiteren Texten, die nach Auffassung der Verbraucherschützer als Werbung einstufen waren, aber nur teilweise den Hinweis „Anzeige“ enthielten. Darin sah das *LG* einen unlauteren Vorsprung durch Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG), da § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG für kommerzielle Kommunikationen wie Werbung fordert, dass sie klar als solche erkennbar ist (Trennungsgrundsatz). Zwar könne wegen der Gewöhnung der Online-Leser an Werbung im Internet ein großzügigerer Maßstab angelegt werden. Dennoch liege eine Verwirrung vor, wenn Links auf der Frontpage so gestaltet sind, dass der Benutzer erwarten darf, dass er beim Anklicken gleichfalls auf eine weitere Seite mit redaktionellen Texten geführt wird. Unbeachtlich sei nach Meinung des *LG* der Einwand, dass Internetnutzer quasi als Gegenleistung für kostenlose Informationen Werbung erwarten. Würde man das annehmen, wäre die Kenn-

[1136] *KG*, MMR 2002, 119 mit Anm. *Becker*.
[1137] *LG Berlin*, MMR 2005, 778.

zeichnungspflicht und der Trennungsgrundsatz aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG seines Sinnes entleert.

Das Trennungsgebot wird beachtet, wenn bei einer Online-Zeitung ein auffällig gelb unterlegter Link verbunden wird mit dem Symbol eines Einkaufswagens und dem Wort Shopping. Der Leser weiß dann, dass er über den Link den redaktionellen Teil der Zeitung verlässt und zu einer Werbeseite gelangt.[1138]

c) Hyperlinks

Literatur:
Bettinger/Freytag, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links, CR 1998, 545; *Claus*, Hyperlinks und die Nutzung und Verwertung von geschützten Inhalten im Internet, Berlin 2004; *Ernst/Wiebe*, Immaterialgüterrechtliche Haftung für das Setzen von Links und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, MMR-Beilage 8/2001, 20; *Ernst/Vassilaki/Wiebe*, Hyperlinks. Rechtsschutz. Haftung. Gestaltung, Köln 2002; *Flechsig/Gabel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, CR 1998, 351; *Hoeren*, Keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr gegen Hyperlinks? – Anmerkung zum BGH-Urteil „Paperboy", GRUR 2004, 1; *Köster/Jürgens*, Die Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnislisten, K&R 2006, 108; *Mann*, Zur äußerungsrechtlichen Verantwortlichkeit für Hyperlinks in Online-Angeboten, AfP 1998, 129; *Koch*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Setzen von Hyperlinks auf missbilligte Inhalte, MMR 1999, 704; *Ott*, Haftung für Hyperlinks – Eine Bestandsaufnahme nach 10 Jahren, WRP 2006, 691; *Sommer/Brinkel*, Zur Haftung für eDonkey-Links, CR 2006, 68; *Stenzel*, Zur Haftung des Metasuchmaschinenbetreibers für die Wiedergabe rechtswidriger Inhalte, ZUM 2006, 405; *Vassilaki*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Einrichten und Aufrechterhalten von elektronischen Verweisen (Hyperlinks), CR 1999, 85; *Volkmann*, Haftung für fremde Inhalte: Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Hyperlinksetzer im Urheberrecht, GRUR 2005, 200; *von Lackum*, Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen, MMR 1999, 697; *Waldenberger*, Der juristische Dauerbrenner. Haftung für Hyperlinks im Internet – ein Fall des LG Hamburg, AfP 1998, 373.

Weitere wettbewerbsrechtliche Probleme ergeben sich bei der **Verwendung von Hyperlinks**. Darf zum Beispiel ein Unternehmen in seiner Homepage auf die Pages anderer Unternehmen verweisen? Ein solches Cross-Referencing ist als Benutzung einer fremden Marke oder geschäftlichen Bezeichnung nach §§ 14, 15 MarkenG zu beurteilen.

Diese Benutzung ist in jedem Fall zulässig, wenn der Markeninhaber der Vorgehensweise zugestimmt hat. Eine solche Zustimmung ist konkludent für die Benutzung fremder Internet-Adressen zu bejahen.[1139] Hyperlinks stellen das Kennzeichen des World Wide Web dar. Wer

[1138] *KG*, Beschluss vom 8. Juni 2007 – 5 W 127/07 – WRP 2007, 1392.
[1139] So jetzt ausdrücklich *BGH*, NJW 2003, 3406 = GRUR 2003, 958 = WRP 2003, 1341 = MMR 2003, 719 – Paperboy; O*LG Düsseldorf*, MMR 1999, 729 – Baumarkt; siehe auch *Viefhues* in: Hoeren/Sieber (Hg.), Hand-

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* sah im Setzen zahlreicher Links auf im Internet verstreute Immobilienanzeigen ein unlauteres Schmarotzen.[1140] Das *OLG Düsseldorf* hingegen sah in der mit dem Link verbundenen Auswahl einzelner Seiten eines fremden Internetangebots keine Lauterkeitsprobleme.[1141] Für unzulässig hielt das *OLG Hamburg* einen Link, der zahlreiche Funktionen einer eigenen Datenbank in ein separates Fenster aufnimmt, jedes Bookmarking auf das fremde Angebot ausschließt.[1142] Das *LG Hamburg* will im Übrigen generell jedweden Link im Business-to-Business als unlauter im Sinne von § 3 UWG ansehen.[1143]

Großzügig hat demgegenüber das *OLG Köln* einen Internetsuchdienst zugelassen, der dem Nutzer eine Auflistung aller Presseinformationen nach den Wünschen und Vorgaben des Nutzers ermöglichte. In dem direkten Zugriff des Nutzers auf die angebotenen Informationen via Deep-Link sah der Senat keine Verletzung von § 3 UWG.[1144] Diese Auffassung hat der *BGH* in der **Paperboy**-Entscheidung bekräftigt. Ein Internet-Suchdienst, der Informationsangebote, insbesondere Presseartikel, auswertet, die vom Berechtigten öffentlich zugänglich gemacht worden sind, handele grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig, wenn er Nutzern unter Angabe von Kurzinformationen über die einzelnen Angebote durch Deep-Links den unmittelbaren Zugriff auf die nachgewiesenen Angebote ermögliche und die Nutzer so an den Startseiten der Internetauftritte, unter denen diese zugänglich gemacht sind, vorbeiführe. Dies gelte auch dann, wenn dies dem Interesse des Informationsanbieters widerspricht, dadurch Werbeeinnahmen zu erzielen, dass Nutzer, die Artikel über die Startseiten aufrufen, zunächst der dort aufgezeigten Werbung begegnen. Die Tätigkeit von Suchdiensten und deren Einsatz von Hyperlinks sei wettbewerbsrechtlich zumindest dann grundsätzlich hinzunehmen, wenn diese

---

buch Multimediarecht, Kap. 6 Rdnr. 197. Anders allerdings *LG Hamburg*, CR 2001, 265, das alle Hyperlinks zwischen Wettbewerbern als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen hat.

[1140] *OLG Celle*, MMR 1999, 480 mit Anm. *Hoffmann*.

[1141] *OLG Düsseldorf*, MMR 1999, 729 – Baumarkt.

[1142] *OLG Hamburg*, MMR 2001, 533; *LG Hamburg*, MMR 2000, 761 = CR 2000, 776 mit Anm. *Metzger*.

[1143] *LG Hamburg*, CR 2001, 265, das alle Hyperlinks zwischen Wettbewerbern als Verstoß gegen § 3 UWG angesehen hat.

[1144] *OLG Köln*, MMR 2001, 387.

lediglich den Abruf vom Berechtigten öffentlich zugänglich gemachter Informationsangebote ermöglichen.[1145]

bb) Frames, Inline-Linking

Noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob das sog. **Inline-Linking** wettbewerbswidrig ist. Hierunter versteht man Verfahren, bei denen der Link nicht mit einem Wechsel der Internet-Adresse verbunden ist, sondern der Benutzer den Eindruck hat, er finde das Angebot noch auf dem ursprünglichen Server. Dies wird durch den Einsatz von Frames erreicht, die beim Aufruf der fremden URL erhalten bleiben (sog. IMG Links). In solchen Fällen wird suggeriert, dass die „gelinkte" Homepage von einem anderen als dem tatsächlichen Anbieter stammt. Bedenklich erscheint ein solches Vorhaben bereits urheberrechtlich im Hinblick auf das Namensnennungsrecht des Urhebers (§ 12 UrhG).[1146] Eine urheberrechtliche Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG kann in dem Setzen eines Links nicht gesehen werden.[1147] Eine Kopie des Werkes entsteht lediglich auf dem Rechner des Nutzers, nicht aber auf dem Rechner des Linksetzers. Der Nutzer wird dabei regelmäßig wegen § 44a UrhG (vorübergehende Vervielfältigungshandlung) nicht gegen das Urheberrecht verstoßen. Es kommt eine Verletzung von bestehenden Kennzeichenrechten in Betracht.[1148] Aber auch wettbewerbsrechtlich dürfte das Verhalten unlauter im Sinne von § 3 UWG sein, wenn in der Darstellung der fremden Website im eigenen Frame die Übernahme fremder, unter Mühen und Aufwendungen zusammengestellter Daten liegt.[1149] Dies entspricht auch der Rechtslage in anderen Staaten, die solche Inline-Linking-Verfahren als irreführend verbieten.[1150]
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

[1145] *BGH*, NJW 2003, 3406 = GRUR 2003, 958 = MMR 2003, 719 – Paperboy.
[1146] Diesen Aspekt übersieht *Koch*, GRUR 1997, 417, 430. Siehe hierzu auch die britische Entscheidung im Fall Shetland Times vom Shetland News vom 24. Oktober 1996, abrufbar unter: http://www.shetland-news.co.uk. Dazu auch *Reed*, Copyright in WWW Pages, in: Computer Law & Security Report 13 (1997), 167.
[1147] *BGH*, GRUR 2003, 958 – Paperboy; *Ernst*, ZUM 2003, 860; *Schack*, MMR 2001, 13; *Volkmann*, GRUR 2005, 201.
[1148] Hinweise dazu finden sich in Playboy Enterprises, Inc. vom Universal Tel-A-Talk, CIVOM A. 96-6961 (E.D. Pa. 1998); vgl. auch *Tucker*, Vanderbilt Journal of Law and Technology 4 (1999), 8 ff.
[1149] Siehe dazu auch *OLG Celle*, CR 1999, 523 mit Anm. *de Selby*; *LG Berlin*, CR 1997, 216 (Leitsatz), das die Übernahme von fremden Stellenanzeigen in ein eigenes Internetangebot als unlauter angesehen; *LG Lübeck*, NJW-CoR 1999, 429, 429: *Hoeren*, MMR 2004, 645.
[1150] Vgl. Shetland Times Ltd. v. Wills, Scot. Sess-Cas. (Oct. 24, 1996), EIPR 1 (1996), 723; Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, 2000 US Dist. LEXIS 12987, 2000 WL 1887522 (C.D. Cal 2000).

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[1151]. 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 immaterialgüterrechtlichen 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, die ja zumeist an versteckter Stelle erfolgt, die Annahme eines (konkludent) geschlossenen „Verlinkungsvertrages" rechtfertigt.

cc) Vorspannwerbung und Virtual Malls

Probleme ergeben sich zum Beispiel, wenn über den bloßen Hyperlink hinaus ein Wettbewerber die fremde Homepage in besonderer Weise präsentiert. Beispiele solcher Präsentationen finden sich etwa in den sog. **Virtual Malls**, digitalen Kaufhäusern, in denen der Kunde aus einem reichhaltigen Angebot kommerzieller Homepages frei wählen und sich von der zentralen Anlaufstelle zu einzelnen Unternehmen „klicken" kann. In diesen Malls wird der Schriftzug der fremden Unternehmenskennzeichnung, sei es nun eine Marke oder eine geschäftliche Bezeichnung, verwendet und zum Teil in einen größeren Marketingzusammenhang gestellt. Eine solche Vorgehensweise könnte zum einen wegen der rufmäßigen Ausbeutung einer branchenfremden Marke gem. § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG unzulässig sein. Hiernach darf eine fremde Marke nicht benutzt werden, wenn dadurch die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt wird.
Zum anderen könnte ein solches Verhalten unter dem Gesichtspunkt der offenen Anlehnung wettbewerbswidrig sein. § 3 UWG verbietet, dass ein Wettbewerber die Qualität seiner Waren oder Leistungen mit Konkurrenzprodukten in Beziehung setzt, um deren guten Ruf als Vor-

[1151] Diese Regeln sind zu finden unter: http://www.bmg.bund.de/cln_040/nn_600110/DE/Linking-Policy/linking-policy-node,param=.html__nnn=true.

spann für eigene wirtschaftliche Zwecke auszunutzen.[1152] Eine besondere Präsentation ist folglich sowohl nach § 14 MarkenG, als auch nach § 3 UWG nur ausnahmsweise zulässig, wenn sie auf einen besonderen sachlichen Grund, insbesondere ein überwiegendes, schutzwürdiges Aufklärungsinteresse zurückgeführt werden kann.[1153] Bei den bekannten Fällen von „Virtual Malls" kann von einem solchen Aufklärungsinteresse aber nicht die Rede sein. Die Gestaltung eines „Verkaufsraums" für andere Unternehmen dient regelmäßig nur Marketinginteressen. Im Prinzip soll der Verbraucher davon ausgehen, dass er in einer solchen Mall die Verbindung zu Top-Unternehmen bekommt. Es entsteht der Eindruck, dass der „Mall"-Betreiber intensive geschäftliche Kontakte zu dem erwähnten Unternehmen hat. Daher liegt hier eher das Element des unlauteren Vorspanns vor, das nur durch eine Zustimmungserklärung des betroffenen Unternehmens aus der Welt geschafft werden kann.

dd) Hyperlinks in elektronischen Presseerzeugnissen

Eine Besonderheit tritt bei der Verwendung von **Hyperlinks in elektronischen Presseerzeugnissen** infolge des **Trennungsgebots** auf. So kann eine im WWW vertretene Zeitschrift durchaus bei einzelnen redaktionellen Beiträgen Hyperlinks auf die Homepages der im Text erwähnten Unternehmen zulassen. Nimmt man die presserechtliche Judikatur, so ist ein solcher Hyperlink nur im Rahmen der publizistischen Informationsaufgabe zulässig. Das Trennungsgebot sei nicht verletzt, wenn die sachliche Unterrichtung der Leser im Vordergrund stehe und die unvermeidlich damit verbundene Werbewirkung nur als eine in Kauf zu nehmende Nebenfolge erscheine.[1154]

Für die allgemeine Zulässigkeit könnte sprechen, dass die Hyperlinks dem Leser die oft mühevolle Aufgabe abnehmen, sich selbst unter Angabe der Unternehmensadresse mit dem fremden Server verbinden lassen zu müssen. Aus diesem Grund gelten solche Links vielfach als Serviceleistung am Kunden und sind daher häufig im Internet zu finden.[1155] Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, dass die Hyperlinks von der wettbewerbsrechtlich vorausgesetzten Informationsaufgabe nicht mehr gedeckt sind. Der Leser wird regelmäßig durch den Beitrag selbst sachgerecht informiert, ohne dass es des Verweises bedarf. Zur Sachaufklärung reicht es aus, wenn der Leser im Artikel die WWW-Adresse des Unternehmens findet. Kann er sich darüber hinaus sofort mit dem Server des Unternehmens verbinden lassen, ver-

[1152] BGHZ 40, 391, 398 – Stahlexport; 86, 90, 95 – Rolls-Royce; GRUR 1969, 413, 415 – Angelique II.
[1153] *BGH*, GRUR 1976, 375 – Raziol.
[1154] BGHZ 50, 1 = GRUR 1968, 645 – Pelzversand; *BGH*, GRUR 1968, 382 – Favorit II; *OLG Köln*, AfP 1972, 289; O*LG Düsseldorf*, WRP 1986, 556, 558; *OLG Frankfurt a.M.*, WRP 1985, 37, 37 f.
[1155] So auch pro Link *KG*, MMR 2002, 119.

schwimmen die Grenzen von inhaltlicher Information und Werbung. Der Anbieter der Sachinformation stellt dann den Kontakt zum Werbetreibenden her – eine Marketingaufgabe, die sonst dem werbenden Unternehmen obliegt. Gleichzeitig werden damit bestimmte Unternehmen optisch hervorgehoben und andere Firmen, die über keine Homepage verfügen, herabgesetzt. Von daher spricht mehr dafür, dass Hyperlinks in elektronischen Presseerzeugnissen wegen Verstoßes gegen das Trennungsgebot unzulässig sind.[1156]

d) Meta-Tags und Googleads

Literatur:
Baars/Schuler/Llody, Keyword-Advertising – Legal implications in Germany, France and the UK, Cri 2007, 137; *Day*, Kennzeichenrechtsverletzungen durch Metatags, AJP 1998, 1463; *Bernreuther*, Die suchmaschinenoptimierte Webseite – eine urheberrechtlich geschützte Unlauterkeit mit und ohne Markenverletzung. Zusammenhänge zwischen UWG einerseits und UrhG bzw. MarkenG andererseits, in: WRP 2008, 1058; *Denis-Leroy*, Liability for Adwords Services in France, Cri 2007, 65; *Dietrich*, Rechtliche Probleme bei der Verwendung von Metatags, K&R 2006, 71; *Dörre/Jüngst*, Aktuelle Entwicklungen der Adword-Rechtsprechung, in: K&R 2007, 239; *Eichelberger*, Markenverletzung durch die unberechtigte Verwendung einer Marke als Schlüsselwort, in: MarkenR 2007, 83; *Ernst*, Suchmaschenmarketing in der aktuellen deutschen Rechtsprechung, in: MR-Int 2007, 195; *Fuchs*, Google-AdWords: Wer haftet für vermeintliche Rechtsverletzungen?, wbl 2007, 414 *Hartl*, Fremde Kennzeichen im Quelltext von Webseiten – Marken- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit, MMR 2007, 12; *Hartl*,, Keyword-Advertising mit geschützten Kennzeichen, eine Kennzeichenrechtsverletzung?, K&R 2006, 384; *Hartwig*, Zur Verwendung eines fremden Kennzeichens als Metatag, in: EWiR 2007, 473; *Höhne*, Von Hyperlinks und Metatags, MuR 2001, 109; *Horak*, Die Platzierung von nicht sichtbaren Keywords zwecks Bewerbung von Leistungen, in: MarkenR 2007, 240; *Hüsch*, Die marken- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit bei kontextabhängiger Suchmaschinenwerbung, MMR 2006, 357; ders., Rechtmäßigkeit suchwortabhängiger Werbebanner in der aktuelle Rechtsprechung, K & R 2006, 223; Illmer, Keyword-Advertising – Quo Vadis?, WRP 2007, 399 Jaeschke, Zur markenmäßigen Benutzung beim Keyword-Advertising, in: CR 2008, 375; *Kochinke/Tröndle*, Links, Frames und Meta-Tags – Urheber- und markenrechtliche Implikationen im Internet, CR 1999, 190; *Heim*, Zur Markenbenutzung durch Meta-Tags, CR 2005, 200; *Kaufmann*, Metatagging – Markenrecht oder reformiertes UWG?, MMR 2005, 348; *Kotthoff*, Fremde Kennzeichen in Metatags: Marken- und Wettbewerbsrecht, K&R 1999, 157; *Kur*, Metatag – Pauschale Verurteilung oder differenzierende Betrachtung?, CR 2000, 448; diess., Confusion Over Use? Die Benutzung „als Marke“ im Lichte der EuGH-Rechtsprechung, in GRUR Int. 2008, 1; *McCuaig*, Halve the Baby: An Obvious Solution to the Troubling Use of Trademarks as Metatags, in: John Marshall Journal of Computer & Information Law 18 (2000), 643; *Menke*, Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags, WRP 1999, 982; *Meyer*, Der Gebrauch geschützter Kennzeichen als Advertising Keywords (AdWords), K & R 2006, 557; *Ott*, Suchmaschinenmanipulation im Zusammenhang mit fremden Marjken, in: MMr 2008, 222; *Renner*, Metatags und Keyword Advertising mit fremden Kennzeichen im Marken- und Wettbewerbsrecht, WRP 2007, 49; *Schmidt-Bogatzky*, Zeichenrechtliche Fragen im Internet, GRUR 2000, 959;

[1156] Auf weitere Fallgruppen soll hier nicht eingegangen werden. So wäre zum Beispiel an den Einsatz von Hyperlinks für Zwecke vergleichender Werbung (§ 6 UWG) und als Teil einer Schmähkritik zu denken.

Schirmbacher, Metatags und Keyword-Advertising, ITRB 2007, 117; *Shemtov*, Searching for the Right Balance: Google, Keywords Advertising and Trade Marke Use, EIPR 2008, 470; *Schultz/Störing*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Keyword-Advertising mit fremden Marken, WRP 2008, 741; *Sosnitza* Adwords = Metatags? Zur marken- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des Keyword-Advertising über Suchmaschinen, MarkenR 2008, 35; *Stögmüller*, Markenrechtliche Zulässigkeit kontext-sensitiver Werbung im Internet, CR 2007, 446; *Terhaag*, Verwendung fremder Kennzeichen als Google-Adword, in: MMR 2007, 111; *Thiele*, Meta-Tags und das österreichische Wettbewerbsrecht, ÖJZ 2001, 168; *Tietge*, Ist die Verwendung fremder Marken im Rahmen des Keyword-Advertising nach jüngster Rechtsprechung zulässig?, K&R 2007, 503; *Ullmann*, Kennzeichenverletzung im Internet, GRUR 2007, 633 *Varadinek*, Trefferlisten von Suchmaschinen im Internet als Werbeplatz für Wettbewerber, GRUR 2000, 279; *Viefhues*, Internet und Kennzeichenrecht: Meta-Tags, MMR 1999, 336; *Wendlandt*, Cybersquatting, Metatags und Spam, München 2002; *Yorck – Percy*, Ist die Verwendung fremder Marken im Rahmen des Keyword-Advertising nach jüngster Rechtsprechung zulässig?, K & R 2007, 503.

Sehr häufig finden sich Unternehmen mit ihrem WWW-Angebot bei den Suchmaschinen schlecht platziert. Wer nicht auf den ersten Seiten von Google oder Yahoo erscheint, wird oft gar nicht gefunden. Diese fatale Situation hat Unredliche dazu bewogen, durch **missbräuchliche Verwendung der Meta-Tags** ihre Position bei den Suchmaschinen zu verbessern. Der Meta-Tag ist eine Angabe im HTML-Quellcode. Diese Angabe ist in das der Seite zugrunde liegende HTML-Programm zum einen als „title“ und zum anderen als „description“ integriert. Dieser Eintrag ist für den Benutzer auf dem Bildschirm regelmäßig nicht sichtbar. Die Suchmaschinen, meist automatisiert tätige Such-“Roboter“, tasten die im Netz befindliche Homepage ab und lesen die in den Meta-Tags angegebenen Begriffe ein. Dies führt dazu, dass bei der Eingabe dieser Bezeichnung in Suchmaschinen u.a. auf die Internetadresse des Tag-Setzers verwiesen wird. So könnte z.B. ein Ford-Techniker auf der Ford-Homepage im HTML-Code den Meta-Tag-Begriff „Opel“ eingeben. Dies würde dazu führen, dass der Nutzer einer Suchmaschine bei Eingabe des Begriffs „Opel“ auch auf die Ford-Seite verwiesen wird.

Das *OLG München* hat ein solches Verhalten als **Markenverletzung** angesehen.[1157] Eine verbotene Markenbenutzung liege auch vor, wenn jemand im nicht sichtbaren Teil einer Home-

[1157] *OLG München*, MMR 2000, 546 mit Anm. *Strittmatter* = CR 2000, 461 = WRP 2000, 775; ebenso *OLG Karlsruhe*, CR 2004, 535 – Deutscher Video Ring; *OLG Hamburg*, CR 2005, 258; *LG Frankfurt a.M.*, CR 2000, 462; *LG Hamburg*, CR 2000, 121; *LG Mannheim*, CR 1998, 306. Ähnlich auch in den USA Brookfield Communications Inc. v. West Coast Entertainement Corp., 174 F 3d 1036, 9th Cir. 1999 sowie in den UK der High Court. Anderer Ansicht *Day*, AJP 1998, 1466 f. und *Viefhues*, MMR 1999, 336, 338, die darauf verweisen, dass der Metatag nicht der Individualisierung eines Unternehmens oder Produktes diene.

page die rechtsverletzende Bezeichnung als Metatag 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.[1158]

Anderer Auffassung ist das *OLG Düsseldorf*.[1159] Das Gericht lehnt bei Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags eine Markenrechtsverletzung mangels Erkennbarkeit der unsichtbaren Metatags ab. Auch **fehle** es an einer **Verletzung des UWG**, da der Nutzer bei der Eingabe eines Begriffs in die Suchmaschine wisse, dass auch solche Websites angezeigt werden, die nur sehr entfernt in einem Zusammenhang mit dem Suchbegriff stehen.

Dem hat der *BGH* in der Revisionsentscheidung zu „Impuls" widersprochen.[1160] 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.

Andere Gerichte wiederum sehen in der Verwendung von Metatags anders als das *OLG München* keine Kennzeichenverletzung, sofern die Suchworte noch in einem weiten Zusammenhang mit dem Leistungsangebot des Anbieters stehen. Dafür liege aber eine Verletzung von § 3 UWG vor, wenn viele hundert lexikonartig aneinander gereihte Begriffe aufgeführt werden.[1161] Ein solches Verhalten lasse nämlich den Schluss zu, dass der Gestalter der Internetseite die technischen Schwächen der Suchmaschinen-Software ausnutzen wolle, um sich bei der Benennung durch Suchmaschinen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Für die Frage einer Markenrechtsverletzung soll es entscheidend auf die Vorstellungen der Verbraucher bei Aufruf des konkreten Zeichens über eine Suchmaschine ankommen.[1162]

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 Metatags 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.[1163] Fraglich ist aber, ob dies zum Beispiel auch den tausendfachen Gebrauch des Wortes „Miele" in den Metatags abdecken würde. Hier wäre wohl an §§ 3, 4 Nr. 10 UWG zu denken, wenn der Händler sich durch solche Massenverwen-

[1158] *LG Hamburg*, CR 2002, 374 mit krit. Anm. *Beckmann*.
[1159] O*LG Düsseldorf*, MMR 2004, 257 – impuls; *OLG Düsseldorf*, MMR 2004, 319 = CR 2004, 462 – Metatag III; *OLG Düsseldorf*, CR 2006, 695.
[1160] *BGH*, MMR 2006, 812 – Impuls III; z.T. zustimmend aber differenzierend nach der Art der Metatags: *Hartl*, MMR 2007, 12 ff.; die Impuls-Entscheidung des *BGH* wird besprochen von *Renner*, WRP 2007, 49.
[1161] *LG Essen*, Urteil vom 26. Mai 2004 – 44 O 166/03, MMR 2004, 692 – Metatag-Kompendium.
[1162] *LG Hamburg*, MMR 2006, 337.
[1163] *EuGH*, JZ 1999, 835 = WRP 1999, 407, 411.

dungen eines geschützten Begriffs eine ihm (gerade im Verhältnis zum Hersteller) nicht zukommende Position in der Suchmaschine sichert.[1164] Allerdings ist die Verwendung von Metatags, die keinen sachlichen Bezug zu den auf einer Internetseite angebotenen Informationen und Inhalten aufweisen, nicht per se wettbewerbswidrig, wie das *OLG Düsseldorf*[1165] gegenüber dem *LG Düsseldorf*[1166] klargestellt hat. Nach Auffassung des *OLG Thüringen*[1167] kann einer Nissan-Vertragswerkstatt die Verwendung des Nissan-Logo verboten werden. Das Oberlandesgericht wies in diesem Zusammenhang daraufhin, dass trotz entsprechender Erschöpfung § 24 Abs. 2 MarkenG und der darin enthaltene Grundsatz der Irreführungsgefahr zu berücksichtigen sei. 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 **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 *LG Essen*[1168] 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 *LG Essen* sah in dem Verhalten der Beklagten ein unlauteres Wettbewerbsverhalten i.S.v. § 3 UWG. Es begründete dieses 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 *BGH* kommt auch ein Berufen auf eine mögliche Erschöpfung eines Kennzeichens beim Font-Matching nur dann in Betracht, wenn sich die Werbung auf das konkrete Originalprodukt bezieht.[1169]

[1164] Vgl. *Hartl*, MMR 2007, 13.
[1165] *OLG Düsseldorf*, WRP 2003, 104.
[1166] *LG Düsseldorf*, MMR 2002, 557 = K&R 2002, 380 = ITRB 2002, 153 = CR 2002, 610.
[1167] *OLG Jena*, Urteil vom 25. Juni 2008 – 2 U 21/08 – GRUR-RR 2008, 397.
[1168] *LG Essen*, MMR 2004, 692.
[1169] *BGH*, Urteil vom 8. Februar 2007 – I ZR 77/04, MMR 2007, 648 – AIDOL.

Verboten ist die Verwendung fremder Marken als „Eye-Catcher“, um bei eBay Interessierte auf eigene Seiten zu locken. Das *Kammergericht* sah darin ein unlauteres Verhalten im Sinne von §§ 3, 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG.[1170] Der *österreichische Oberste Gerichtshof* will im Übrigen auch **Catch-all-Funktionen** verbieten. Mit solchen Funktionen sei verbunden, dass Internetnutzer, die auf eine bestimmte Website gelangen wollen und daher deren Firmenschlagwort (zusammen mit „whirlpools.at“) eingeben, auf die Website eines Konkurrenten kämen. Sie würden damit auf die Website eines Mitbewerbers „umgeleitet”.[1171] Dieser Auffassung hat sich auch das *OLG Nürnberg* angeschlossen, das in der Verwendung einer catch-all-Funktion für sämtliche Eingaben eine Kennzeichenrechtsverletzung bejahte.[1172]

Streitig ist noch die Frage, ob die Verwendung von **Google Ad** marken- und wettbewerbsrechtlich untersagt werden kann. Google macht es möglich, kostenpflichtig freiwählbare Keywords, so genannte 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 Oberlandesgericht 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.

Nach Auffassung des OLG Köln[1173] liegt beim Keyword-Advertising eine markenmäßige Benutzung eines mit einer Wortmarke oder einem Unternehmenskennzeichnen identischen Begriffs dann vor, wenn dieser Begriff in der Überschrift der AdWord-Anzeige deutlich sichtbar erscheint. Bei einer solchen Markenrechtsverletzung soll der Auftraggeber ohne Exkulpationsmöglichkeit auch dann haften, wenn der beauftragten Werbeagentur oder dem Suchmaschinenbetreiber die Gestaltung der Anzeigenüberschrift anheim gegeben wird. Schon früh sah das Landgericht Berlin[1174] in Keyword-Advertising einen Wettbewerbsverstoß, sowohl

[1170] *KG*, MMR 2005, 315.
[1171] *öOGH*, MMR 2005, 750.
[1172] *OLG Nürnberg*, CR 2006, 485 – suess.de m. Anm. *Schirmbacher*.
[1173] Urteil vom 12. Oktober 2007, MMR 2008, 477 = *LG Hamburg*, Urteil vom 21. September 2004, MMR 2005, 631.
[1174] Beschluss vom 12. Januar 2001, K & R 2001, 171.

wegen der Kundenumleitung als auch wegen der Ausbeutung des guten Rufs. Ebenso früh haben einzelne Landgerichte in Keyword-Advertising weder eine Marken- noch eine Wettbewerbsverletzung gesehen.[1175] Derzeit sehen die Verwendung einer Marke als Keyword als Markenverletzungen vor allem das Landgericht und Oberlandesgericht Braunschweig an[1176]. Die Braunschweiger Gerichte haben ihre Haltung in zahlreichen weiteren Entscheidungen aufrechterhalten und präzisiert.[1177] Die Braunschweiger Haltung wird vom Oberlandesgericht Stuttgart geteilt[1178]. Nach der Metatag-Entscheidung des BGH hat sich auch das OLG Dresden dieser Haltung angeschlossen[1179]. Auch das Oberlandesgericht München hat sich dieser Haltung angeschlossen[1180]. Die anderen Gerichte plädieren dafür, im Falle der Verwendung einer Marke als Keyword eine Markenverletzung abzulehnen.[1181] Ein Wettbewerbsverstoß hat bislang nur das Oberlandesgericht Köln bejaht[1182]. Diese Haltung hat das Oberlandesgericht Köln aber später aufgegeben und ist insofern in einer Übereinstimmung mit allen anderen Oberlandesgerichten, die einen Verstoß gegen das UWG ablehnen.[1183] Abgelehnt wird insbesondere die Annahme, es könne sich bei einer solchen Benutzung einer Marke um ein Abfangen von Kunden oder eine Rufausbeutung nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG handeln[1184]. Gerade auch unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung kann kein Verstoß gegen das UWG vorliegen, insbesondere wenn man die Abkehr vom veralteten Leitbild eines geschäftsunerfahrenen Verbrauchers Rechnung trägt.

Derzeit liegen drei **Revisionsfälle beim Bundesgerichtshof**. Revision ist eingelegt worden gegen die Entscheidung Bananabay des OLG Köln.[1185] In dieser Entscheidung hatte das Oberlandesgericht bereits eine markenmäßige Verwendung abgelehnt. Ein Nutzer gehe allenfalls

[1175] *LG Hamburg*, Urteil vom 21. September 2004, MMR 2005, 621; *LG Hamburg*, Urteil vom 21. Dezember 2004, MMR 2005, 629.
[1176] *LG Braunschweig*, Urteil vom 28. Dezember 2005, K & R 2006, 143; *OLG Braunschweig*, Urteil vom 5. Dezember 2006, MMR 2007, 110.
[1177] z.B. *OLG Braunschweig*, Beschluss vom 11. Dezember 2006, MMR 2007, 249; Urteil vom 12. Juli 2007 – 2 U 24/07; *LG Braunschweig*, Urteil vom 28. Mai 2008 – 9 O 367/08; Urteil vom 7. Mai 2008 – 9 O 2946/07; Urteil vom 23. April 2008 – 9 O 368/08, u.a.
[1178] Urteil vom 9. August 2007, MMR 2007, 649 – PCB-Pool.
[1179] Urteil vom 9. Januar 2007, CR 2007, 738; anders noch *OLG Dresden*, Urteil vom 30. August 2005, MMR 2006, 326.
[1180] Urteil vom 6. Dezember 2007, MMR 2008, 334; anders jetzt aber Beschluss vom 6. Mai 2008 – 29 W 1355/08 – MMR 2008, 541 – Lounge Poster.
[1181] *OLG Köln*, Urteil vom 31. August 2007, MMR 2008, 50; *OLG Dresden*, Urteil vom 30. August 2005, MMR 2006, 326; *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 23. Januar 2007, MMR 2007, 247 – Beta Layout; *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 26. Februar 2008, MMR 2008, 471; *Kammergericht Berlin*, Urteil vom 9. September 2008 – 5 U 136/07; Kammergericht Urteil vom 26. September 2008 – 5 U 186/07.
[1182] Beschluss vom 8. Juni 2004, K & R 2006, 240.
[1183] *OLG Köln*, Urteil vom 31. August 2007, MMR 2008, 50; *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 23. Januar 2007, MMR 2007, 274.
[1184] *LG München*, Urteil vom 26. Juni 2007 – 9 HKO 9804/06.
[1185] Urteil vom 31. August 2007 – 6 U 48/07 – MMR 2008, 50.

davon aus, dass die Ergebnisse im Anzeigenteil mit dem eingegebenen Suchtbegriff thematisch in Verbindung stehen, aber nicht herkunftsmäßig. Revision ist ferner eingelegt worden gegen die Entscheidung Beta Layout des OLG Düsseldorf[1186]. Hierbei ging es um Unternehmenskennzeichen und die Frage der kennzeichenmäßigen Verwendung durch Google Ad. Hier hatte das Oberlandesgericht das Vorliegen einer markenmäßigen Verwendung offen gelassen und das Vorliegen einer Verwechselungsgefahr abgelehnt. Begründet würde dies einerseits mit der optisch deutlichen Trennung der Suchergebnisse von den Anzeigen, andererseits damit, dass anhand der URL in der Anzeige zu erkennen war, dass es sich um eine Werbung eines Konkurrenten handelt. Schließlich liegt als dritte Revision der Fall PCB-Pool des OLG Stuttgart vor[1187]. Hier ging es um eine bizarre Konstellation, in der jemand das Keyword PCB gebucht hatte. PCB ist ein Allgemeinbegriff aus Leiterplattentechnik. Gab nun jemand bei Google PCB und Pool ein, kam er zu Anzeigen, die angeblich die Wortmarke PCB-Pool tangieren. Das Oberlandesgericht hatte hier eine Markenverletzung bejaht und darauf hingewiesen, dass eine Verwechselungsgefahr nicht durch die Kennzeichnung als Anzeige ausgeschlossen werde.

Der BGH hat jetzt die Frage der Verwendung fremder Marken als Keyword für Google AdWords zum Teil geklärt.[1188] Grundsätzlich sieht der BGH in GoogleAd kein kennzeichenrechtliches Problem, lediglich ein markenrechtliches Verfahren leitete der BGH an den Europäischen Gerichtshof 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.[1189] Auch sei ein GoogleAd keine Verletzung von Unternehmenskennzeichen, wie etwa bei der Verwendung des Keywords Beta Layout im Verhältnis zu einer gleichnamigen Firma[1190]. Es fehle insofern an der Verwechselungsgefahr, da der Internetnutzer nicht annehme, dass die im Anzeigenblock neben der Trefferliste aufgeführten Anzeigen von dem Inhaber des Unternehmenskennzeichens stammen. Im markenrechtlichen Fall „Bananabay“ legte der BGH den Fall dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vor. Hier war das Schlüsselwort identisch mit einer fremden Marke und wurde auch für identische Waren und Dienstleistungen genutzt. Da das Markengesetz auf europäischen Vorgaben beruht, soll nun der Europäische Gerichtshof darüber befinden, ob die Ver-

[1186] Urteil vom 23. Januar 2007 – 1-20 U 79/06 – GRUR-RR 2007, 204.
[1187] Urteil vom 26. Juli 2007 – 2 U 23/07 – MMR 2007, 649.
[1188] Beschluss vom 22. Januar 2009 – 1 ZR 125/07 – MMR 2009, 326 Bananabay u.a.
[1189] *BGH*, MMR 2009, 331.
[1190] *BGH*, MMR 2009, 329.

wendung einer fremden Marke als Keyword als Markenrechtsverletzung, insbesondere als markenmäßige Benutzung, anzusehen ist.

Der Französische Cour de Cassation hat dem Europäischen Gerichtshof bereits die Frage vorgelegt, ob es eine markenmäßige Verwendung im Sinne von Art. 5 (1) (a) der Markenrechtsrichtlinie sei, wenn markenrechtliche Begriffe als Keyword verwendet werden.[1191] Ähnlich hat der Österreichische Oberste Gerichtshof einen Vorlagebeschluss gefasst[1192]. Hierbei hatte der Österreichische Oberste Gerichtshof ohnehin die Auffassung vertreten, dass es eine Verwechselungsgefahr bei Google Ad schon deshalb gebe, weil die Überschrift über den entsprechenden Trefferlisten nicht hinreichend durch Anzeigen gekennzeichnet sei. Mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auf die französischen und österreichischen Vorlagebeschlüsse hin wird nicht vor Anfang 2010 gerechnet.

Markenrechtsinhaber sollten jedenfalls an Google wenden, um auf pragmatische Art Konflikte zu lösen. Google hat hierzu ein Markenbeschwerdeverfahren[1193] eingerichtet, aufgrund dessen Hinweise überprüft und Werbung entfernt wird. Auch ist eine komplette Sperrung einzelner Keywords möglich, wenn eine entsprechende Markenrechtsverletzung nachgewiesen wird. Eine solche Sperrung hat allerdings auch zur Konsequenz, dass Händler und sonstige Vertriebsunternehmen keine Werbung mehr Keyword spezifisch platzieren können.

e) Sonstige wettbewerbsrechtliche Werbebeschränkungen

Ein Internetdienst, der Personen zusammenführt, um gemeinsam verbilligte Gruppentarife der Deutschen Bahn zu nutzen (sog. **Kartenfuchs**), verstößt nicht gegen § 3 UWG. Insbesondere liegt insofern weder ein unlauterer Behinderungswettbewerb noch die Übernahme fremder Leistungen vor.[1194]

Das Angebot, eine **kostenlose Registrierung einer „.de"-Adresse** durchzuführen, verstößt auch unter dem Gesichtspunkt der Wertreklame nicht gegen § 3 UWG.[1195] Das *LG Hamburg* hat einen Internetdienst untersagt, der es Kunden von eBay erlaubt, erst kurz vor dem Aukti-

[1191] Fall C-236/08, C-237/08 und C-238/08.
[1192] C-278/08 im Fall trekking.at.
[1193] http//www.google.de/tm_complaint.html
[1194] *LG Frankfurt a.M.*, CR 2001, 125 mit Anm. *Leible*.
[1195] *KG*, MMR 2001, 708 mit Anm. *Hoffmann*.

ons-Ende selbsttätig Gebote auf Verkaufsangebote abzugeben (sog. **Sniper**).[1196] 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 *LG Düsseldorf*[1197] hat entschieden, dass **PopUp-Fenster**, die sich öffnen, wenn ein Internetnutzer eine Website verlassen möchte, gem. §§ 3, 7 UWG unlauter seien und damit gegen das Wettbewerbsrecht verstießen. 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.

Nicht wettbewerbswidrig ist der Einsatz von **Werbeblockern**. Der *BGH*[1198] 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 Bannerwebung und Popups unterdrückt.

Hat der Rechteinhaber von **Fußball-Eintrittskarten** in seinen AGB ein Weiterverkaufsverbot statuiert, so dürfen die Tickets nicht zu einem höheren Preis auf einer Internetseite verkauft werden. Dies hat das *OLG Hamburg*[1199] entschieden und dem in der ersten Fußballbundesliga spielenden Hamburger Sport-Verein (HSV) Recht gegeben. Hintergrund war die Praxis eines Anbieters, der unter Verschleierung seiner Geschäftstätigkeit entweder direkt telefonisch oder durch Dritte beim HSV Karten bestellt hatte. Des Weiteren gelangte der spätere Beklagte an die Tickets, indem er sie Privatpersonen abkaufte und anschließend kommerziell auf seiner Website offerierte. Um dies zu verhindern, verbot der Fußballclub in seinen AGB den Weiterverkauf. Nach zwei erfolglosen Abmahnungen beantragte der HSV erfolgreich eine Einstweilige Verfügung, die das *OLG* nunmehr bestätigt hat.

[1196] *LG Hamburg*, CR 2002, 763; siehe dazu kritisch *Leible/Sosnitza*, CR 2003, 344 und K&R 2003, 300. Anderer Auffassung auch *LG Berlin*, K&R 2003, 294.
[1197] *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 486 = K&R 2003, 525 (Ls.) mit Anm. *Mankowski*. Ähnlich auch *Leupold u.a.*, WRP 2000, 575, 591.
[1198] *BGH*, CR 2004, 760.
[1199] *OLG Hamburg*, NJW 2005, 3003.

Nach Auffassung des *OLG* war die Klausel nicht zu beanstanden. Beim Direkterwerb durch den Beklagten seien die AGB deshalb mit in den Vertrag einbezogen worden, weil der Anbieter aufgrund der beiden Abmahnungen Kenntnis von der Klausel gehabt habe. Darüber hinaus folge der Unterlassungsanspruch wegen des bestehenden Wettbewerbsverhältnisses auch aus §§ 3, 8 Abs. 1 UWG. Begründung: Der HSV habe ein schützwürdiges Interesse, gegen den Schwarzhandel im Internet vorzugehen. Ein wettbewerbswidriges Verhalten liege gleichfalls im Erwerb der Karten von Privatpersonen. Es sei davon auszugehen, dass das Weiterverkaufsverbot in den AGB gegenüber den privaten Fußballfans wirksam in den Vertrag miteinbezogen wurde. Deren Weiterverkauf an den Onlineanbieter stelle sich als Vertragsbruch dar, den der Beklagte systematisch und in Kenntnis für seine Zwecke ausgenutzt habe. Daran liege eine unlautere Wettbewerbshandlung gem. § 3 UWG.
Im Übrigen bejahte auch das *AG Frankfurt* in Bezug auf die Fußball WM 2006 die Rechtmäßigkeit eines Abtretungsverbots mit Zustimmungsvorbehalt in den Allgemeinen Ticket-Geschäftsbedingungen des DFB.[1200]

In jüngerer Zeit häufen sich gerichtliche Auseinandersetzungen zur Frage der nach § 184 StGB notwendigen **Altersverifikation im Pornobereich**.[1201] Das *BVerwG*[1202] 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 wird. Nach Ansicht des Gerichtes müssten andere Verfahrensweisen ein ähnliches Maß an Gewissheit bewirken, dass der Vertrag nur mit Erwachsenen abgeschlossen wird. Insbesondere müsse „so weit wie möglich sichergestellt sein, dass die Zugangsdaten tatsächlich nur an die volljährigen Kunden gelangen". Sicherstellen des Erwachsenenversandhandels nach dem Jugendschutzgesetz erfordert einen persönlichen Kontakt im Rahmen der Zustellung der über das Internet versendeten Ware. Diesen Anforderungen genügen die meisten Kontrollsysteme nicht. So verstößt z.B. das oft verwendete Altersverifikationssystem „Über18.de" gegen § 4 Abs. 2 JMStV.[1203] Zweifelhaft sind auch PostIdent-

[1200] *AG Frankfurt a.M.*, Urteil vom 20. April 2006 – 31C 3120/05-17 (unveröffentlicht); wenngleich das Gericht im konkreten Fall einen Anspruch auf Zustimmung zur Übertragung gegen den DFB annahm.
[1201] Siehe dazu die gute Problemübersicht bei http://www.coolspot.de/avs/.
[1202] *BVerwG*, NJW 2002, 2966.
[1203] *OLG Nürnberg*, MMR 2005, 464. Ähnlich auch *KG*, MMR 2005, 474; *LG Hamburg*, Urteil vom 14. September 2004 – 312 O 732/04 (unveröffentlicht).; *LG Krefeld*, Urteil vom 15. September 2004 – 11 O 85/04 (unveröffentlicht); *LG Duisburg*, CR 2005, 226. Anderer Ansicht *LG Düsseldorf*, Urteil vom 28. Juli 2004 – 12 O 19/04 (unveröffentlicht).

Verfahren bei der Bestellung von Versandware im Internet, hier soll nach Auffassung des *OLG München*[1204] eine persönliche Alterskontrolle („Face-to-Face") im Rahmen der Zustellung am Bestellerhaushalt notwendig sein. Reine Online-Altersüberprüfungen – etwa über Abfrage einer Personalausweisnummer – sind danach für eine „Sicherstellung" jedenfalls völlig unzureichend. Dies sah jetzt auch der *BGH*[1205] so. Der *BGH* erachtete zudem das Verifikationssystem „Über18.de" als nicht effektiv. Jugendliche konnten sich leicht die Ausweisnummern von Familienangehörigen und erwachsenen Bekannten beschaffen. Oft verfügten sie auch über eigene Bankkonten. Die Anforderung an die Verlässlichkeit müsste höher sein als im streitgegenständlichen System. Der Vorwurf, dass das damit der Zugang Erwachsener zu pornografischen Angeboten im Internet unverhältnismäßig beschränkt werde, ließ der BGH nicht gelten. Es gebe hinreichende Möglichkeiten, ein Verifikationssystem zuverlässig auszugestalten, etwa durch eine einmalige persönliche Identifizierung der Nutzer durch den Postzusteller und entsprechende Authentifizierungen beim Inhalteabruf. Alternativ konnten auch technische Mittel wie ein Webcam-Check oder biometrische Merkmale zur Identifizierung herangezogen werden. Ein Killer-Argument aus der klassischen Internetrechtsdiskussion hat der *BGH* ebenfalls abgeschmettert, nämlich den Hinweis auf großzügigere Regelungen im Ausland. Auch ausländische Angebote, die im Inland abrufbar seien, unterlägen der Zugangsbeschränkung des deutschen Jugendschutzrechts. Dass die Rechtsdurchsetzung im Ausland u.U. schwieriger sein kann, rechtfertige keinen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot.

Das Oberlandesgericht Frankfurt[1206] hat entschieden, dass ein Konkurrent nicht eine (fast) **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 OLG Hamm[1207] wies daraufhin, dass die **Ausgrenzung von IP-Adressen** eines Mitbewerbers unzulässig sei.

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

[1204] *OLG München*, MMR 2004, 755.
[1205] *BGH*, MMR 2008, 400 – ueber18.de.

[1206] Urteil vom 11. September 2008 – 6 U 197/07.
[1207] Urteil vom 10. Juni 2008 – 4 U 37/08.

auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist es wichtig, die URL der Seite, d.h. die genaue Bezeichnung der Domainadresse inklusive sämtlicher Sub-Doamins, 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 Ausdrucke der Seiten zum angegriffenen Zeitpunkt. Dies ist besonders deshalb wichtig, weil Homepages jederzeit leicht und unauffällig veränderbar sind, so dass eine genaue Bestimmung im Nachhinein unmöglich wird.

Im Hinblick auf Unterlassungsansprüche ist **eine Untersagung von Werbung im Ausland** traditionell nicht möglich. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte endet an den Staatsgrenzen. Diese Beschränkung des Unterlassungsanspruchs macht im Internet insofern Schwierigkeiten, als bei der Untersagung eines bestimmten Online-Angebots der weltweite Zugriff unmöglich gemacht wird. Es ist technisch nicht möglich, die Abrufmöglichkeiten für eine Website so zu konzipieren, dass diese nur aus einem bestimmten Land nicht mehr abgerufen werden kann. Dies spricht dafür, dem Verletzten im internationalen Kontext einen Anspruch auf Untersagung der inkriminierten Homepage zu gewähren.

Als sehr ärgerlich erweisen sich die zunehmenden **Abmahnwellen**, etwa im Hinblick auf Stadtkarten, die Verwendung von Kfz-Domains[1208] 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 S. 2 UWG ist aber seit der Novelle aus dem Jahr 2004 ein spezieller Erstattungsanspruch hinsichtlich der für eine wettbewerbsrechtlich begründete Abmahnung erforderlichen Aufwendungen normiert. Allerdings neigt die Rechtsprechung immer mehr dazu, eine Kostenerstattungspflicht bei Massenabmahnungen abzulehnen. So besteht für einen eingeschalteten Rechtsanwalt für dessen Verfassen einer Abmahnung dann kein Kostenerstattungsanspruch, wenn Missbrauch i.S.v. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG vorliegt.[1209] Dies ist z.B. der Fall, wenn die Abmahnung nur deshalb erfolgt, um beim Abgemahnten möglichst hohe Kosten entstehen zulassen. Ein derartiges nicht schützenswertes Vorgehen liegt auch dann vor, wenn der Anwalt in der Vergangenheit zahl-

[1208] *LG Hamburg*, Urteil vom 27. Januar 2004 – 315 O 627/03 (Anerkenntnisurteil ohne Gründe) (unveröffentlicht).

[1209] *AG Lübbecke*, Urteil vom 31. Mai 2005 – 3 C 314/04; abrufbar unter: http://www.dr-bahr.com/download/ag-luebbecke-31052005-3-C-314-04.pdf.

reiche gleich gelagerte Abmahnungen verschickt hat und in einer weiteren Abmahnung neben den Interessen des Konzerns auch noch die rechtlichen Belange von fünf weiteren Tochterunternehmen wahrnimmt. Dagegen fordert das *OLG Frankfurt* für die Annahme eines Missbrauchs des Abmahnungsrechts selbst bei einer Serie von 200 Abmahnungen weitere Gesichtspunkte, sodass selbst bei dieser hohen Zahl ein Missbrauch per se aufgrund dieser Zahl nicht anzunehmen sei.[1210] Stellt ein Rechtsanwalt seinen Mandanten von dem Kostenrisiko einer Abmahnung vollständig oder zu einem großen Teil frei, handelt es sich um ein missbräuchliches kollusives Zusammenwirken.[1211] Es ist im Ergebnis daher wichtig, Abmahnungen nicht blind zu unterschreiben. Der behauptete Rechtsverstoß muss genau geprüft werden. Sinnvoll ist es oft auch, zwar die Unterlassungserklärung abzugeben, die Erstattung der Kosten aber abzulehnen.

Das *AG Charlottenburg*[1212] 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.[1213] 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.[1214] 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 betrauen. Insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob es sich um vorsätzliches Domain-Grabbing handelt oder nicht,

[1210] *OLG Frankfurt*, CR 2007, 387; a.A. *LG Bielefeld*, CR 2006, 857, das bei einer Anzahl von 100 Abmahnungen mit identisch gerügten Verstößen innerhalb weniger Tage einen Rechtsmissbrauch bejahte.
[1211] *OLG Frankfurt a. M.*, MMR 2007, 322 (323); ebenso *LG Heilbronn* im Hinblick auf Rechtsanwälte, die im Internet mit kostenneutralen Abmahntätigkeiten werben, MMR 2007, 536.
[1212] *AG Charlottenburg*, ZUM 2005, 578.
[1213] *LG Freiburg*, MMR 2004, 41.
[1214] *LG Freiburg*, MMR 2004, 41.

erscheint die Prüfung durch einen Anwalt angebracht, sodass aus diesen Überlegungen die Auferlegung der Anwaltskosten angebracht erscheint.

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.[1215]

Das Landgericht Düsseldorf[1216] hat darauf hingewiesen, dass Abmahngebühren in einem Wettbewerbsprozess nur geltend gemacht werden können, wenn eine **schriftliche Vollmacht** der Gegenseite übermittelt worden ist.

[1215] *OLG Jena*, CR 2005, 467 (Leitsatz).
[1216] Urteil vom 3. Dezember 2008 – 12 O 393/07.

Fünftes Kapitel: Der Vertragsschluss mit Kunden

I. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:
Bachmann, Internet und IPR, in: Michael Lehmann (Hg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), 1997; *Baratti*, Internet: aspects relatifs aux conflicts des lois, in: Rivista Internazionale di Diritto Internazionale privato e processuale 1997, 545; *Graf von Bernstorff*, Der Abschluss elektronischer Verträge, RIW 2002, 179; *Blaurock*, Grenzüberschreitende elektronische Geschäfte, in: Hohloch (Hg.), Recht und Internet, 2001, 31; *Hohloch* (Hg.), Recht und Internet, 2001, 9; *Hübner*, Vertragsschluss und Probleme des Internationalen Privatrechts beim E-Commerce, ZgesVW 2001, 351; *Jäger*, Rechtsgeschäftliches Handeln und Auftreten im Internet, 1991; *Junker*, Internationales Vertragsrecht im Internet, RIW 1999, 809 – 823; *Kaiser*, *Voigt*, Vertragsschluss und Abwicklung des Electronic Commerce im Internet – Chancen und Risiken, K&R 1999, 445; *Mankowski*, Internet und besondere Aspekte des Internationalen Vertragsrechts, CR 1999, 512 und 581; *Mankowski*, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ (63) 1999, 203; *Mankowski*, Internationales Versicherungsvertragsrecht und Internet, VersR 1999, 923; *Martiny*, Europäisches Internationales Vertragsrecht – Ausbau und Konsolidierung, ZeuP 1999, 246; *Mehrings*, Internet-Verträge und internationales Vertragsrecht, CR 1998, 613; *Spindler*, Grenzüberschreitende elektronische Rechtsgeschäfte, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch E-Commerce, 2005, 403; *Terlau*, Internationale Zuständigkeit, in: Wildemann, Vertragsschluss im Netz, 2000.

Im Internet werden 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 (IPR) das Vertragsstatut, also das auf den Vertrag anwendbare Recht zu bestimmen.

1. UN-Kaufrecht

Das deutsche Internationale Vertragsrecht ist in den **Art. 27-37 EGBGB** normiert, welche auf dem **Europäischen Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ) vom 19.6.1980**[1217] beruhen und damit ein EU-einheitliches Regime von Anknüpfungen für Schuldverhältnisse enthalten. Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB gehen diesem autonomen Kollisionsrecht jedoch völkerrechtliche Vereinbarungen vor, sofern diese unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht

[1217] Europäisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Europäisches (Schuld-)Vertragsübereinkommen, EVÜ) vom 19. Juni 1980, BGBl. II 1986, 810, in der Fassung des 2. Beitrittsübereinkommens von Funchal vom 18. Mai 1992, BGBl. II 1995, 307.

geworden sind. Als eine solche Vereinbarung kommt insbesondere das so genannte UN-Kaufrecht (Convention on the International Sale of Goods – CISG)[1218] in Betracht.

Sachlich kommt das **UN-Kaufrecht** zum Tragen, wenn Waren im gewerblichen Kontext verkauft werden. Waren sind alle beweglichen Sachen, Art. 1 Abs. 1 CISG. Auf den Verkauf von Standardsoftware wird das Übereinkommen zumindest entsprechend angewendet, unabhängig davon, ob sie per Datenträger oder Datenfernübertragung geliefert wird.[1219] Nicht erfasst sind Datenbankverträge, da es sich hierbei meist nicht um Kaufverträge handelt.
Neben dieser **sachlichen Zuständigkeit** 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 Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art. 1 Abs. 1 a CISG), oder die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen (Art. 1 Abs. 1 b CISG). Da mit Ausnahme von Großbritannien alle wichtigen Nationen Vertragsmitglieder sind, wird der räumliche Anwendungsbereich bei vielen über das Internet geschlossenen Warenkaufverträgen eröffnet sein. 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.[1220]

2. Grundzüge des EGBGB

Ist das UN-Kaufrecht nicht einschlägig, so bestimmt sich das Vertragsstatut nach **den Art. 27, 28 EGBGB.** Wegen des in Art. 29 EGBGB normierten Vorrangs für Verbraucherverträge sind vom praktischen Anwendungsbereich primär solche Internet-Transaktionen erfasst, an

[1218] Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den Internationalen Warenkauf, BGBl. II 1989, 588.
[1219] Siehe *Diedrich*, Autonome Auslegung von Internationalem Einheitsrecht, Baden-Baden 1994, 174; *Diedrich.*: RIW 1993, 441, 452; *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 603 f.; *Hoeren*, CR 1988, 908, 916; *Mankowski*, CR 1999, 581, 586; a.A. *Piltz*, NJW 1994, 1101.
[1220] Zu beachten ist ferner, dass die UNCITRAL am 23. November 2005 die „United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in international Contracts" (CUECIC) verabschiedet hat. Dabei handelt es sich um ein internationales Übereinkommen für den grenzüberschreitenden Handelsverkehr; siehe dazu *Bernstorff*, RIW 2002, 179 ff.

denen auf beiden Seiten freiberuflich oder gewerblich Tätige beteiligt sind. Nach Art. 27 EGBGB unterliegt ein solcher Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht. Auch in AGB kann eine Rechtswahlklausel enthalten sein.[1221] Weiterhin kommt eine konkludente Rechtswahl in Betracht. Insbesondere die Vereinbarung eines Gerichts- oder Schiedsstandes soll ein (widerlegbares) Indiz für die Wahl des am Gerichtsort geltenden materiellen Rechts sein.[1222]

Wenn die Parteien keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl getroffen haben, gilt nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB **das Recht desjenigen Staates, mit dem der Vertrag die engsten Verbindungen ha**t (sog. **objektive Anknüpfung**). Dabei wird darauf abgestellt, wessen Leistung den Vertrag rechtlich und wirtschaftlich entscheidend prägt. Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 EGBGB wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Verbindungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort bzw. ihren Hauptverwaltungssitz hat. Allerdings findet diese Vermutung dann keine Anwendung, wenn sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen lässt oder der Vertrag auf engere Beziehungen zu einem anderen Staat hindeutet (Art. 28 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 EGBGB).
Vorzunehmen ist eine zweistufige Prüfung: zunächst ist zu fragen, ob sich eine charakteristische Leistung bestimmen lässt, sodann ist der relevante Anknüpfungspunkt (gewöhnlicher Aufenthalt, Sitz der Hauptverwaltung) herauszustellen. Die Ermittlung der charakteristischen Leistung bedingt keine internetspezifischen Besonderheiten.[1223] Bei **Kaufverträgen** erbringt regelmäßig der Verkäufer die charakteristische Leistung; dessen Sitz entscheidet daher über das anwendbare Recht. Ist der Leistungsgegenstand „Information", so erbringt der Anbieter dieser Information die vertragscharakteristische Leistung.[1224] Beim Downloading besteht diese im Zur-Verfügung-Stellen der Software, so dass das Recht am Sitz des Software-Anbieters für das Verpflichtungsgeschäft maßgeblich ist,[1225] auch wenn sich ein ausländischer Anbieter eines deutschen Servers bedient.[1226] Bei **Lizenzverträgen** (etwa über die Übertragung von Rechten an Software) soll nach herrschender Meinung der Sitz des Lizenznehmers maßgeblich sein, sofern diesen bestimmte Ausübungs- und Verwertungspflichten treffen.[1227] Der Lizenznehmer ist nach dieser Auffassung derjenige, der für den Vertrieb und Handel mit den

[1221] *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2370 m.w.N.
[1222] BGHZ, JZ 1969, 261; WM 1969, 1140, 1141; *OLG Hamburg*, VersR 1982, 236.
[1223] *Mankowski*, RabelsZ (63) 1999, 203, 220l.
[1224] *Mankowski*, RabelsZ (63) 1999, 203, 220 f.
[1225] *Busse*, CR 1996, 389, 392.
[1226] *Pfeiffer*, NJW 1997, 1207, 1214.
[1227] *BGH*, GRUR 1960, 447, 448 – Comics; *OLG Hamburg*, UFITA 26 (1958), 344, 350.

Wertkopien verantwortlich ist; insofern soll er auch die den Vertrag prägende Leistung erbringen. Eine Ausnahme wird nur bejaht, wenn die Leistung des Lizenznehmers in der bloßen Entrichtung einer Gebühr besteht; dann soll der Aufenthaltsort des Rechteinhabers maßgeblich sein.

Bei der **Lokalisierung** des Anbieters wird zum Teil auf die wirklichen Verhältnisse, also den gewöhnlichen Aufenthalt bzw. die Niederlassung des Anbieters, abgestellt. Fehlt eine Niederlassung und ist der Anbieter nur im Internet präsent, so soll es auch für Unternehmer auf den gewöhnlichen Aufenthalt ankommen.[1228] Zum Teil soll auch die Nutzung eines Servers an einem anderen Ort als dem Sitz/Aufenthaltsort des Anbieters eine Niederlassung i.S.d. Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB begründen. Der Server erfüllt jedoch bloß eine Hilfsfunktion. Er kann jederzeit ersetzt werden, so dass es an der für die Niederlassung erforderlichen Dauerhaftigkeit fehlt.[1229] Das ist jedoch abzulehnen, da der Server bloß eine Hilfsfunktion erfüllt und jeder Zeit ersetzt werden kann, sodass es an der für die Niederlassung erforderlichen Dauerhaftigkeit fehlt.[1230]

3. Sonderanknüpfungen

Eingeschränkt wird die Bestimmung des Vertragsstatuts nach Art. 27, 28 EGBGB durch den speziellen **Vorbehalt des Art. 34 EGBGB** zugunsten zwingenden deutschen Rechts. Dieser Vorbehalt ist besonders wichtig für die Anwendung des deutschen und europäischen Kartell- und Außenwirtschaftsrechts, der Regelung des Produktpirateriegesetzes, sowie des Datenschutz- und Steuerrechts. „Zwingendes Recht" gemäß Art. 34 EGBGB ist jedoch nicht mit dem Begriff des „zwingenden Rechts" im Sinne des nichtdispositiven Rechts gleichzusetzen, insoweit sind ungleich höhere Anforderungen zu stellen.[1231] Zudem ist nach Art. 6 EGBGB („ordre public") eine Korrektur des gewählten Rechts vorzunehmen, sofern die Anwendung zu einem Ergebnis kommt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Auch in diesem Zusammenhang sind jedoch sehr strenge Maßstäbe anzuwenden, ein Eingreifen des ordre public darf nur ultima ratio sein. Auch in diesem Zu-

[1228] *Ernst*, JuS 1997, 776, 777; *Martiny*, ZeuP 1999, 246, 259.
[1229] *Hoeren*, Rechtsfragen des Internet, 1998, Rdnr. 279; *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 226-230; *Junker*, RIW 1999, 809, 818.
[1230] *Hoeren*, Rechtsfragen des Internet, 1998, Rdnr. 279, *Mankowski*, RabelsZ 63 (1999), 203, 226-230; *Junker*, RIW, 1999, 809, 818.
[1231] BGHZ 135, 124, 135 f.

sammenhang sind jedoch sehr strenge Maßstäbe anzuwenden, wobei ein Eingreifen des ordre public stets nur ultima ratio sein darf.

4. Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht

Literatur:
Fricke, Das Versicherungs-IPR im Entwurf der Rom-I-Verordnung – ein kurzer Überblick über die Änderungen, VersR 2006, 745; *Fricke*, Das IPR der Versicherungsverträge außerhalb des Anwendungsbereichs der EGGVG – Eine Einführung, VersR 1994, 773; *Fricke*, Kollisionsrecht im Umbruch – Perspektiven für die Versicherungswirtschaft, VersR 2005, 726; *Götting*, Anwendbares Aufsichtsrecht bei Finanzdienstleistungen im Internet, CR 2001, 528; *Hoppmann/Moos*, Rechtsfragen des Internet-Vertriebs von Versicherungsdienstleistungen, in: Kröger/Gimmy d.h. (Hg.), Handbuch zum Internet-Recht 2000, 486; *Mankowski*, Internationales Versicherungsvertragsrecht, VersR 1999, 923; *Micklitz/Ebers*, Der Abschluss von privaten Versicherungsverträgen im Internet, VersR 2002, 641; *Winter*, Internationale Online-Versicherung als Korrespondenzversicherung, VersR 2001, 1461.

Besondere Anknüpfungen finden sich im internationalen Versicherungsvertragsrecht. Die grundsätzlich für das deutsche Kollisionsrecht einschlägigen Regelungen der Art. 27 – 37 EGBGB finden gem. Art. 37 Nr. 4 EGBGB keine Anwendung (eine Ausnahme gilt nur für Rückversicherungen).[1232] Stattdessen ist auf die **Risikobelegenheit** abzustellen. Soweit ein Versicherungsvertrag vorliegt, der ein innerhalb EWG/EWR belegenes Risiko abdeckt, bestimmt sich das anwendbare Recht nach den Art. 7 bis 15 EGVVG. Ist hingegen das versicherte Risiko außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums belegen, so finden die Art. 27 bis 34 EGBGB Anwendung. Nach Art. 7 Abs. 2 Nr. 4 EGVVG ist für die Risikobelegenheit der gewöhnliche Aufenthalt des Versicherungsnehmers von Bedeutung. Liegen der Ort der Risikobelegenheit und der gewöhnliche Aufenthalt bzw. Sitz des Versicherungsnehmers in demselben EWR-Staat, ist nach Art. 8 EGVVG eine Regelanknüpfung an das Recht dieses Staates vorgesehen. Die Möglichkeit einer Rechtswahl besteht für solche Konvergenzfälle nur in drei Ausnahmen:

- bei Großrisiken (hier besteht eine unbeschränkte Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 10 Abs. 1 EGVVG).
- bei Auslandsschäden (Art. 9 Abs. 3 EGVVG)
- bei Korrespondenzversicherungen (Rechtswahl nach Art. 9 Abs. 4 EGVVG möglich).

[1232] *Basedow*, Das neue Internationales Versicherungsvertragsrecht, NJW 1991, 785, 787

In letzterem Fall taucht die Frage auf, ob der Abschluss von Versicherungsverträgen über das Internet als **Korrespondenzversicherung** einzustufen ist. In diesem Fall wäre eine Rechtswahl auch zuungunsten des Versicherungsnehmers möglich. Voraussetzung ist, dass sich der Versicherungswillige ohne Vermittlung eines Maklers oder Agenten im Inland unmittelbar an ein ausländisches Versicherungsunternehmen wendet, um einen Vertrag abzuschließen. Dies geschieht normalerweise auf postalischem Wege, mittels Telefonanrufs oder bei einer Auslandreise.

II. Vertragsschluss im Internet

Literatur:
Bausch, Das Recht des Verkäufers auf Versendung beim Internetkauf, ITRB 2007, 193; *Birk*, § 119 BGB als Regelung für Kommunikationsirrtümer, JZ 2002, 446; *Brauner*, Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen, 1988; *Brehm*, Zur automatisierten Willenserklärung, in: Festschrift für Niederländer 1991, 233; *Brinkmann*, Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext, BB 1981, 1183; *Burgard*, Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle, WM 2001, 2102; *Cichon*, Internet-Verträge, Verträge über Internet-Leistungen und E-Commerce, 2. Auflage, 2005; *Cornelius*, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353; *Dörner*, Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002), 363; *Ruff*, Vertriebsrecht im Internet, 2003; *Graf Fringuelli/Wallhäuser*, Formerfordernisse beim Vertrag*schluss im Internet*, CR 1999, 93; *Fritzemeyer/Heun*, Rechtsfragen *des EDI*, CR 1992, 129 und 198; *Fritzsche/Malzer*, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierte Willenserklärun*gen*, DNotZ 1995, 3; *Härting*, Internetrecht, 2. Aufl. 2005; *Hellner*, Rechtsfragen des Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des Bildschirmtextverfahrens, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, hrsg. von *Hadding u.a.*, 1984, 251; *von Herget/Reimer*, Rechtsformen und Inhalte von Verträgen im Online-Bereich, DStR 1996, 1288; *Heun*, Elektronisch erstellte und übermittelte Dokumente und Schriftform, CR 1995, 2; *Holzbach/Süßenberger* in: *Moritz/Dreier* (Hrsg.), Rechtshandbuch zum E-Commerce, 2. Aufl. 2005, 453 ff.; *Hübner*, Vertragsschluss und Probleme des Internationalen Privatrechts beim E-Commerce, ZgesVW 2001, 351; *Jäger*, Rechtsgeschäftliches Handeln und Auftreten im Internet, 1999; *Koch*, Einbeziehung und Abwehr von Verkaufs-AGB im b2b-commerce, K&R 2001, 87; *Köhler*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), 126; *Kröger/Gimmy* (Hrsg.), Handbuch zum Internetrecht, 2. Aufl. 2002; *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, 1991; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr, CR 2000, 61; *Redeker*, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 1984, 2390; *Redeker*, Der Abruf von Informationen im Bildschirmtextsystem als Rechtsgeschäft, DB 1986, 1057; *Scherer/Butt*, Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet, DB 2000, 1009; *Schmidt*, Rationalisierung und Privatrecht, AcP 166 (1966), 1; *Taupitz/Kritter*, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839; *Vogl*, Vertragsschluss im Internethandel, ITRB 2005, 145; *Wettig/Zehendner*, A legal analysis of human and electronic agents, in: Artificial Intelligence and Law 12 (2004), 111.

1. Allgemeine Regeln

Via Internet können prinzipiell Verträge genauso abgeschlossen werden wie im normalen Geschäftsleben. Dabei ist zu beachten, dass eine **Homepage regelmäßig nur als „invitatio ad offerendum"** anzusehen ist.[1233] 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.[1234] Dies gilt vor allem für den Vertragsschluss über autonome elektronische Agenten; denn in der Einrichtung des Agenten selbst liegt eine willentliche Vorbereitungshandlung, aufgrund derer Erklärungen des Agenten dem Anwender zugerechnet werden können.[1235] Nicht als Willenserklärung anzusehen sind Mails, wonach die eingegangene Bestellung bearbeitet werde (Bestätigungsmail i.S.v. § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB).[1236] Anders soll der Fall liegen, wenn die Mail darauf verweist, dass der Auftrag „ausgeführt" werde.[1237]

Der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung unterliegen **Internetfallen**, in denen mit versteckten Kostenhinweisen Nutzer für Routenplaner, Ahnenforschung oder Softwaredownloads geworben werden. Entsprechende Vergütungsklauseln sind nach § 305c BGB überraschend und damit nichtig[1238]. Im Übrigen sind solche Verträge nach § 138 BGB regelmäßig sittenwidrig. Neben der Anfechtung liegt im Übrigen auch ein Verstoß gegen die Gebote der Preisklarheit nach §§ 1 I und VI S.2 PangV und § 5 UWG vor.[1239] Gleiches gilt im Übrigen für dubiose Branchenverzeichnisdienste, die Gewerbetreibende mit den Gelben Seiten ähnlichen Verzeichnisdiensten locken. Solche betrügerischen Angebote finden sich vor allem im Umkreis des sog. Frankfurter Kreisels, der gezielt die Leichtfertigkeit von Internetnutzern für die Internet-„Abzocke" nutzen. Die Mitglieder dieses Zirkels bedienen sich einschlägig vorbekannter Anwälte, die unter Verstoß gegen Standesrecht operieren; es ist daher auch ange-

[1233] Siehe auch *OLG Stuttgart*, CR 2007, 269; *OLG Oldenburg*, CR 1993, 558; *LG Essen*, MMR 2004, 49; *Eckert*, DB 1994, 717, 718; *Wagner*, WM 1995, 1129; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165; *Ph. Koehler*, MMR 1998, 289, 290; *H. Köhler*, NJW 1998, 185, 187; *Waldenberger*, BB 1996, 2365. Etwas anders ist die Gewichtung bei *Mehrings*, MMR 1998, 30, 32, der „in einer Reihe von Fällen" von einem verbindlichen Angebot ausgeht.

[1234] *Köhler*, AcP 182 (1982), 126, 132; *Mehrings*, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, 13. Januar 2004 Rdnr. 23 f. m.w.N. Anderer Ansicht früher *Susat/Stolzenburg*, MDR 1957, 146; *Clemens*, NJW 1985, 1998, 2001 f.

[1235] *Cornelius*, MMR 2002, 353 ff. Vgl. dazu auch die Regelungen in Sec. 14 des Uniform Electronic Transactions Act der USA sowie Sec. 21 des kanadischen Uniform Electronic Commerce Act.

[1236] *LG Essen*, NJW-RR 2003, 1207; *LG Hamburg*, MMR 2005, 121 mit Anm. *Lindhorst*; *AG Butzbach*, CR 2002, 765; anders *AG Wolfenbüttel*, MMR 2003, 492.

[1237] *LG Köln*, MMR 2003, 481; *LG Gießen*, NJW-RR 2003, 1206.

[1238] So u.a. *AG München* Urteil vom 16. Januar 2007 – 161 C 23695/06; *AG München*, Urteil vom 25. Juli 2005 – 163 C 13423/05, *AG München*, Urteil vom 4. Oktober 2007 – 264 C 13765/07; *AG Hamm*, Urteil vom 26. März 2008 – 17 C 62/08.

[1239] *OLG Frankfurt*, MMR 2009, 341.

zeigt, die Inkasso-Anwälte bei den Anwaltskammern anzuzeigen. Wichtig ist es auf jeden Fall, nicht zu zahlen (auch nicht bei den üblichen agressiven Mahnungen dieser Zirkel).

Besonderheiten sind im Bereich der **Versicherungswirtschaf**t zu bedenken. Das VVG wurde zum 01.01.2008 umfassend reformiert.[1240] Die neuen Vorschriften greifen für Versicherungsverträge, die erst nach dem 01.01.2008 geschlossen wurden. Für Altverträge gelten gem. Art 1 Abs. 1 EGVVG bis zum 31.12.2008 noch die Vorschriften des VVG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung. Im Rahmen der Reform wurde das Policenmodell ganz aufgegeben; nunmehr gilt ausschließlich das sog. **Antragsmodell**. Somit erledigt sich die bis dahin strittige Frage, ob beide Verfahren in rechtlicher Hinsicht gleichwertig und gleichberechtigt nebeneinander stehen, oder ob das Policenmodell nur als Notmodell einzustufen gewesen wäre.[1241]

Beim **Antragsmodell nach § 7 VVG** vollzieht sich der Vertragsschluss, indem der Kunde (der zukünftige Versicherungsnehmer) einen bindenden Antrag auf Abschluss einer Versicherung stellt und der Versicherer seine Annahme, regelmäßig mit der Zusendung des Versicherungsscheins, erklärt. Bei der Antragstellung sind dem Versicherungsnehmer gem. § 7 VVG folgende, in Textform (§ 126b BGB) zu erteilenden Verbraucherinformationen bereits überlassen worden:

i. Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)
ii. Allgemeine Versicherungsinformationen nach § 1 VVG-InfoV (Verordnung im Sinne des § 7 Abs. 2 VVG)[1242]
iii. Produktinformationsblatt nach § 4 VVG-InfoV (dies allerdings nur an Verbraucher).

Zu beachten ist, dass nach neuer Rechtslage diese Informationspflichten gegenüber allen Versicherungsnehmern zu erfüllen sind und nicht wie bisher im Rahmen des § 10a VAG nur gegenüber Verbrauchern. Gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 VVG kann jedoch mittels gesonderter schriftlicher Erklärung des Versicherungsnehmers auf diese Informationsunterlagen verzichtet werden.

[1240] Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts (VVRG) vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631 – Nr. 59).
[1241] So nicht zutreffend: *Schirmer*, VersR 1996, 1046.
[1242] Hierdurch wird die bisherige Verbraucherinformation nach § 10a VAG ersetzt.

Ebenso hat durch die Reform eine Vereinheitlichung der Regelungen über das **Widerrufsrecht** stattgefunden. Nunmehr gilt gem. § 8 VVG für Versicherungsverträge ein einheitliches Widerrufsrecht von 14 Tagen, unabhängig davon, ob es sich um einen Fernabsatzvertrag handelt oder nicht. Die Frist beginnt mit Vertragsschluss,[1243] sofern der Versicherungsnehmer die oben genannten Informationen (§ 7 VVG), den Versicherungsschein sowie eine Widerrufsbelehrung erhalten hat. Durch die Streichung des alten § 5a Abs. 2 VVG besteht nunmehr ein „ewiges Widerrufsrecht", wenn die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt werden (vgl. § 355 Abs. 3 S. 3 BGB).

Hinsichtlich des **Prämienanspruchs des Versicherers bei Widerruf** ist zu differenzieren, ob eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung stattgefunden hat:
Ist dies der Fall und erfolgt ein wirksamer Widerruf, hat der Versicherer einen Prämienanspruch für den Zeitraum bis zum Zugang des Widerrufs, § 9 Satz 1 VVG, sofern der Versicherungsnehmer einem Beginn des Versicherungsschutzes schon vor Ablauf der Widerrufsfrist zugestimmt hat. Fehlt hingegen die Belehrung oder ist sie fehlerhaft, so besteht grundsätzlich kein Prämienanspruch und der Versicherer muss gezahlte Prämien (trotz des geleisteten Versicherungsschutzes) für das erste Jahr des Versicherungsschutzes zurückerstatten, § 9 Satz 2 VVG.

2. Vertragsschluss bei Online-Auktionen

Literatur:
Deutsch, Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände, MMR 2004, 586; *Goldman*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Internetauktionen, 2005; *Gurman*, Internetauktionen, 2005; *Härting*, „Wer bietet mehr?" – Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen, MMR 2001, 278; *Härting/Golz*, Rechtsfragen des eBay-Handels, ITRB 2005, 137; *Huppertz*, Rechtliche Probleme von Online-Auktionen, MMR 2000, 65; *Koch*, Geltungsbereich von Internet-Auktionsbedingungen, CR 2005, 502; *Koch*, Widerrufsrecht bei Online-Auktionen, ITRB 2005, 67; *Kono*, Some thoughts on Contractual Issues related to the Internet – the Internet Auction and ist Contractual Analysis from a Japanese Point of View, Conference Paper Miyazaki 2001; *Lettl*, Versteigerung im Internet – BGH, NJW 2002, 363, JuS 2002, 219; *Mehrings*, Im Süd-Westen wenig Neues: BGH zum Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, BB 2002, 469; *Noack/Kremer*, Online-Auktionen: „eBay-Recht" als Herausforderung für den Anwalt, AnwBl 2004, 602; *Peter*, PowerSeller als Unternehmer, ITRB 2007, 18; *Rohlfing*, Unternehmer qua Indizwirkung? – Darlegungs- und Beweislast bei geschäftsmäigem Handeln in elektronischen Marktplätzen, MMR 2006, 271;

[1243] Somit wird deutlich, dass nicht mehr, wie überwiegend für das abgeschaffte Policenmodell vertreten wurde, der Versicherungsvertrag bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist (§ 5a VVG) schwebend unwirksam ist (vgl. *Honsell*, Berliner Kommentar zum VVG, 1999 § 5a, Rdnr. 78; *Römer/Langheid*, 2. Aufl., 2003 § 5a, Rdnr. 25, 35; *Prölss/Martin*, 27. Aufl., 2004 § 5a, Rdnr. 10; *Schirmer*, VersR 1996, 1045, 1052.), sondern der Vertrag im Regelfall durch Übersendung der Police zustande kommt und danach nur widerrufen werden kann.

Rüfner, Verbindlicher Vertragsschluss bei Versteigerungen im Internet, JZ 2000, 715; *Szczesny*, Aktuelles zur Unternehmereigenschaft im Rahmen von Internet-Auktionen, NJW 2007, 2586; *Sester*, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, CR 2001, 98; *Spindler/Wiebe* (Hg.), Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2005; *Wenzel*, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen – ricardo.de, NJW 2002, 1550; *Wiebe*, Vertragsschluss bei Online-Auktionen, MMR 2000, 323.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der **Auslegung von Willenserklärungen im Rahmen von Online-Auktionen**.[1244] Das *LG Münster* hatte über die Klage eines Auktionsteilnehmers zu entscheiden, der – weit unter Listenpreis – den „Zuschlag" für einen neuen PKW erhalten hatte.[1245] Die AGB des – nur vermittelnden – Veranstalters sahen vor, dass der Verkäufer bereits mit Freischaltung der Angebotsseite die Annahme des höchsten, innerhalb des Angebotszeitraums abgegebenen Gebotes erklärt. Das *LG* hat gegen die Möglichkeit einer solchen antizipierten Annahme zwar keine Bedenken.[1246] Die technischen Einzelheiten der Auktion (nicht verlängerbare Angebotszeit und fest vorgegebene Bietschritte) seien jedoch mit den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs unvereinbar und gäben der Auktion den Charakter eines Glücksspiels. Unter diesen Umständen könne nach Treu und Glauben nicht davon ausgegangen werden, dass der „anbietende" Teilnehmer sich wirklich mit jedem Höchstgebot einverstanden erklären wolle.[1247] Daran ändere auch die Möglichkeit, einen Mindestpreis einzugeben, nichts.

Diese Entscheidung ist vom *OLG Hamm* wieder aufgehoben worden.[1248] Es geht aber davon aus, dass schon in der Freischaltung der Angebotsseite selbst ein verbindliches Angebot liege, wobei allerdings anzumerken ist, dass diese Ansicht zum gleichen Ergebnis kommt, wie die des *LG Münster*. Dies ergebe sich aus dem Erklärungsverhalten der Parteien, wie es in den Geschäftsbedingungen dokumentiert sei. Allerdings sei der Käufer hinsichtlich der AGB nicht als Verwender anzusehen, so dass hinsichtlich der Wirksamkeit der AGB ein Verstoß gegen §§ 308, 309 BGB nicht festzustellen sei. Der *BGH* hat diese Auffassung bestätigt.[1249] Bei einer Internetauktion komme ein **Vertrag mit Abgabe des Höchstgebotes** zustande, wenn der

[1244] Siehe dazu *Sester*, CR 2001, 98.
[1245] *LG Münster*, JZ 2000, 730 = CR 2000, 313 = NJW-CoR 2000, 167 = MMR 2000, 280 m. Anm. *Wiebe*; ähnlich *AG Neumarkt i.d. OPf.*, CR 2000, 852 m. Anm. *Tröber*. Siehe dazu kritisch *Ernst*, CR 2000, 304, 309; *Gaul*, WM 2000, 1783, 1792; *Hollerbach*, DB 2000, 2001, 2005 ff.; *Rüfner*, MMR 2000, 597; *Rüfner*, JZ 2000, 715; *Ulrici*, JuS 2000, 947; *Wilkens*, DB 2000, 666.
[1246] So auch *LG Berlin*, NJW 2004, 2831.
[1247] Anders *AG Sinsheim*, MMR 2000, 181 (Leitsatz).
[1248] *OLG Hamm*, NJW 2001, 1141 = JZ 2001, 764 = CR 2001, 117 m. Anm. *Ernst* = MMR 2001, 105; ähnlich *AG Wiesbaden*, CR 2001, 52. Siehe dazu *Klewitz/Meyer*, K&R 2000, 200; *Lampert*, JA 2000, 628; *Mankowski*, EWiR, § 156 BGB 1/2000, 415.
[1249] *BGH*, NJW 2002, 363 = CR 2002, 213 mit Anm. *Wiebe* = TMR 2002, 36 mit Anm. *Wiebe* = ZUM 2002, 134 = DB 2001, 2712 = BB 2001, 2600 = K&R 2002, 85 mit Anm. *Leible/Sosnitza*. Später auch *LG Berlin*, MMR 2007, 802; *BGH*, MMR 2005, 37. Siehe dazu u.a. *Leible*, JA 2002, 444; *Lettl*, JuS 2002, 219 ff.

Versteigerer bei Freischaltung der Angebotsseite die Erklärung abgibt. Der Versteigerer nehme bereits zu diesem Zeitpunkt das höchste, wirksam abgegebene Angebot an. Der Anbieter der Web-Site trete sowohl für den Versteigerer als auch den Bieter jeweils als Empfangsvertreter auf. Entscheidend stellte der *BGH* darauf ab, dass der beklagte Versteigerer vor der Freischaltung seines Angebotes gegenüber ricardo.de ausdrücklich eine Erklärung mit folgendem Wortlaut abgegeben hatte: „Bereits zu diesem Zeitpunkt erkläre ich die Annahme des höchsten, wirksam abgegebenen Kaufangebotes." Der *BGH* sah sich an einer Inhaltskontrolle der ricardo.de-AGB gehindert, da diese nicht die inhaltliche Ausgestaltung des Kaufvertrages zwischen Versteigerer und Bieter beeinflussen können. Die von den Auktionshäusern gestellten AGB werden zwar von Anbieter und Bieter bei Errichtung des Benutzerkontos akzeptiert. Sie finden aber gerade keine direkte Anwendung zwischen den Vertragsparteien, sondern können lediglich zur Auslegung des Vertrags herangezogen werden.[1250]

Nach der Einstellung des Angebots auf den Seiten von eBay ist dieses rechtsverbindlich und undwiderruflich.[1251] Dies gilt auch bei der Wahl der Option „Sofort-kauf", bei der der Kunde mit dem Anklicken das Angebot annimmt.[1252] Anders als bei klassischen Online-Shops besteht hier auch keine Gefahr für den Verkäufer, Verträge mit einer Vielzahl unbekannter Käufer zu schließen und eventuell Lieferschwieriegkeiten o.ä. zu riskieren, sodass keine invitatio ad offerendum, sondern ein bindendes Angebot vorliegt.[1253] Zwar sehen die eBay-AGB eine Regelung bzgl. der vorzeitigen Beendigung einer Auktion seitens des Anbieters vor. Diese stellt aber gerade keine Einräumung eines Widerrufsrechts dar oder ändert gar den Charakter des Angebots in eine unverbindliche invitatio ad offerendum. Sie ist vielmehr als bloße Möglichkeit der Anfechtung der Willenserklärung nach den allgemeinen Regeln der §§ 119 ff. BGB zu verstehen.[1254]

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.

[1250] *BGH*, NJW 2002, 363.
[1251] *OLG Oldenburg*, MMR 2005, 766; *KG*, MMR 2005, 709; *LG Berlin*, NJW 2004, 2831; *LG Coburg*, MMR 2005, 330; auch *LG Berlin*, Urteil vom 15. Mai 2007 – 31 O 270/05 – NJW-RR 2009, 132; MMR 2007, 802.
[1252] *LG Saarbrücken*, MMR 2004, 556; *AG Moers*, NJW 2004, 1330 = MMR 2004, 563 = CR 2004, 706.
[1253] *OLG Jena*, WRP 2007, 1008; *OLG Hamburg*, K&R 2007, 655.
[1254] *KG*, MMR 2005, 709; *OLG Oldenburg*, MMR 2005, 766; *LG Coburg*, MMR 2005, 330.

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.[1255] Ähnlich soll eine Offerte bei einem Online-Auktionshaus unverbindlich sein, wenn dies mit der Einleitung beginnt „Achtung, dies ist vorerst eine Umfrage! Nicht bieten!“.[1256] Keine AGB-rechtlichen Bedenken hatte das Kammergericht gegen die Verwendung der Klausel „Mit Ablauf der vom Verkäufer bestimmten Zeit kommt zwischen dem Verkäufer und dem Höchstbieter ein Kaufvertrag zustande.“[1257]

Das *AG Westerstede* geht davon aus, dass der Veranstalter einer Internetauktion nicht für die ordnungsgemäße Abwicklung des eigentlichen Verkaufsvertrages hafte und insbesondere keine Bonitäts- oder Identitätsüberprüfungen schulde.[1258]

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.[1259]

Das Einstellen eines Warenangebots auf der Webseite von eBay zwecks Durchführung einer Online-Auktion begründet ein verbindliches Angebot, dessen Wirksamkeit durch die nach den eBay-Grundsätzen mögliche vorzeitige Beendigung der Auktion nicht berührt wird. Dies gilt selbst bei krassem Missverhältnis von Kaufpreis und Marktwert.[1260] Seine Willenserklärung kann der Anbieter nur im Wege der Anfechtung beseitigen.[1261] Der Durchsetzbarkeit eines Schadenersatzanspruchs wegen Nichterfüllung eines im Rahmen einer Internetauktion, nach vorzeitiger Auktionsbeendigung zustande gekommenen Kaufvertrags über einen hochwertigen Artikel zu einem unrealistisch niedrigen Preis kann allerdings der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenstehen.[1262]

Wenn jemand bei eBay günstig an Produkte kommt, stellt dies nicht den Tatbestand einer Hehlerei im Sinne von § 259 StGB dar. Insofern hat das *Landgericht Karlsruhe*[1263] zu Recht erkannt, dass selbst bei dem Erwerb von Diebesgut über eBay eine Haftung nicht schon deshalb angenommen werden kann, weil der Startpreis für den hochpreisigen Gegenstand ledig-

[1255] *AG Kerpen*, MMR 2001, 711.
[1256] *LG Darmstadt*, NJW-RR 2002, 1139 = CR 2003, 295 = MMR 2002, 768 (Leitsatz).
[1257] *KG*, BB 2002, 168. = K&R 2002, 147 = NJW 2002, 1583 = CR 2002, 604 = MMR 2002, 326 (Leitsatz).
[1258] *AG Westerstede*, CR 2002, 377.
[1259] *Cornlius*, MMR 2002, 353 ff. Ohne nähere Begründung auch *AG Hannover*, MMR 2002, 262 = NJW-RR 2002, 131 = CR 2002, 539 (Leitsatz).
[1260] *OLG Köln*, Urteil vom 8. Dezember 2006 – 19 U 109/06 (unveröffentlicht).
[1261] *OLG Oldenburg*, CR 2005, 828. Ähnlich bereits *LG Coburg*, MMR 2005, 330.
[1262] *LG Koblenz*, Urteil vom 18. März 2009 – 10 O 250/08 – Porsche Carrera für 5,50 EUR.
[1263] *LG Karlsruhe*, MMR 2008, 256.

lich einen Euro betragen und der Zuschlagspreis deutlich unter dem üblichen Marktpreis liege.

Bei Internet-Auktionen stellt sich zudem immer häufiger das **Problem des Missbrauchs von Benutzerdaten oder des sog. Spaßbietens**. Unter Spaßbieten ist vereinfacht die Abgabe eines Gebots ohne Interesse an der Ersteigerung zu verstehen ist. Hierbei umfasst es nicht nur die Benutzung eines fremden Accounts, sondern auch diejenige eines „gefakten" eigenen Accounts, bei dem falsche Nutzerdaten im Vorfeld eingegeben wurden. Weitläufig werden zudem auch die Formen der Preistreiberei, des sog. „Pushens" oder der „Preispflege" durch das zeitweise Ausschalten von Konkurrenten verstanden, die in diesem Rahmen aber unbeachtet bleiben sollen.
Verschafft sich ein Dritter unerlaubt Zugang zu den Benutzerdaten eines Users und ersteigert auf diese Weise einen bestimmten Gegenstand, so stellt sich die Frage der Haftung bei Verletzung vertraglicher Pflichten. Diese Regelt sich nach den Grundsätzen des **Handelns unter fremdem Namen**. Hierbei ist kein bloßes Handeln unter falscher Namensangabe anzunehmen, bei der der Auftretende unbefugt den Namen eines Dritten benutzt und es dem Vertragspartner gerade nicht auf dessen Identität ankommt und daher der Nutzer direkt berechtigt und verpflichtet wird, da bei Unkenntnis der wahren Identität eine Vertragsabwicklung hier nicht möglich ist. Vielmehr liegt ein Fall der Identitätstäuschung vor bei dem der Handelnde als falsus procurator gem. § 177 BGB zu behandeln ist, dessen getätigtes Geschäft von der Genehmigung des Account-Inhabers abhängt. Verweigert dieser die Genehmigung, so haftet der Handelnde dem Vertragspartner auf Erfüllung oder Schadensersatz.
Benutzt der Bieter allerdings einen „gefakten" eigenen Account, so kommt zwischen ihm und dem Anbieter unmittelbar ein Vertrag zustande, bei dem sich der Spaßbieter nicht auf seine unbeachtliche fehlende Ernstlichkeit, § 118 BGB oder einen geheimen Vorbehalt berufen kann, § 116 BGB, da der Vertragspartner von dieser keine Kenntnis hat.
Zur Beweisproblematik und der Rechtsscheinshaftung des Account-Inhabers siehe III. Zugang, Anfechtung und Vollmacht bei elektronischen Willenserklärungen

Im Übrigen sind **Gewährleistungsausschlüsse bei Onlineauktionen** zwischen Privaten vereinbar.[1264] Es empfiehlt sich beim Verkauf unter Privaten daher der Hinweis:

[1264] *AG Kamen*, MMR 2005, 392. Ähnlich *LG Berlin*, MMR 2004, 630 mit dem zusätzlichen bedenklichen Hinweis, dass man beim Kauf einer Waren zum Preis von 1 Euro nur von wertlosen Gegenständen ausgehen dürfe.

„Es handelt sich um eine Privatauktion; ich übernehme keine Gewährleistung und keine Garantie nach EU-Recht".

Es ist allerdings zu beachten, dass der Gewährleistungsausschluss sich nicht auf etwaige Sachmängel einer Falschlieferung erstreckt und er zudem im Falle einer Beschaffenheitsvereinbarung hinter diese zurücktritt.[1265] In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, 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.[1266] Der *BGH* entschied in diesem Fall, dass allein der Umstand, dass der Kaufvertrag über eine Internetauktionsplattform zustande komme, unter Privaten nicht die Annahme einer konkludenten Garantie im Sinne von § 444 BGB rechtfertige. Im zugrunde liegenden Fall ging es um ein gebrauchtes Motorrad, das mit einer Laufleistung von 30.000 km angeboten wurde. Zugleich wurde erklärt, dass das „Krad natürlich ohne Gewähr verkauft" werde. Tatsächlich stellte sich jedoch heraus, dass der Tachostand in Meilen angegeben war, was zu einer Laufleistung von 48.965 km führte. Um den Gewährleistungsausschluss zu überwinden, nahm der *BGH* jedoch nicht wie die Vorinstanzen an, dass aus dem Umstand, dass bei einem Internetkauf der Käufer nicht die Möglichkeit der Besichtigung der Sache hat, eine Garantie für die erwähnten Eigenschaften resultiere. Vielmehr müssten, wie bei jeder Garantie, besondere Umstände hinzutreten, welche auf einen Rechtsbindungswillen bezüglich der Garantie schließen ließen. Allerdings sei die Angabe des Kilometerstandes eine Beschaffenheitsangabe. Diese stehe neben dem Haftungsausschluss und werde somit nicht erfasst. Der *BGH* legt den Gewährleistungsausschluss dahingehend aus, dass die Beschaffenheitsvereinbarung ohne Sinn und Wert sei, wenn sie wegen eines umfassenden Haftungsausschluss unverbindlich ist und somit ein Ausschluss für die Laufleistung nicht gewollt sein könne. Dem wird entgegengehalten, dass den beiden in § 444 BGB genannten Einschränkungen eine dritte hinzugefügt werde. Vielmehr können Sinn und Wert der Erklärung auch darin liegen, dass sie dem Käufer einen ersten Hinweis über den vermutlichen Zustand der Kaufsache gebe und damit die Kaufentscheidung erheblich beeinflussen würde. Zudem könne der Käufer davon ausgehen, dass der Verkäufer seinerseits von einer entsprechenden Beschaffenheit ausgehe. Dass dabei Käufererwartungen enttäuscht werden können, sei ein Spezifikum der Beschaffenheitsvereinbarung. Hätte das Motorrad eine Laufleistung

[1265] *AG Aachen*, NJW-RR 2005, 1143.
[1266] *BGH*, NJW 2007, 1346.

von 30.000 km gehabt, wäre aber gar nicht gelaufen, so wäre dies vom Haftungsausschluss umfasst gewesen.[1267]

Für den Verkauf durch Gewerbetreibende an Private ist ein Gewährleistungsausschluss nicht möglich. Insofern taucht oft die Frage auf, wie man im Einzelfall verkäuferseitig Privatleute von Gewerbetreibenden abgrenzen kann. Diese Unterscheidung ist zudem von äußerster Wichtigkeit, da sich aus der Unternehmereigenschaft besondere Pflichten des Verkäufers hinsichtlich verbraucherschutzrechtlicher Vorschriften ergeben (insb. bzgl. des Widerrufsrecht, gem. § 355 und dessen Belehrung).[1268] 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.[1269] Eine gewerbliche Tätigkeit ist vielmehr in der planmäßigen und dauerhaften Erbringung von Leistungen gegen Entgelt zu sehen.[1270] Entscheidend ist hierfür eine Würdigung aller Gesamtumstände und Indizien des Einzelfalls.[1271] Erfasst werden aber gerade auch nebenberufliche Tätigkeiten und solche, bei denen es nicht um Gewinnerzielung geht.[1272] Das Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht kann in der Gesamtschau allerdings ein Indiz darstellen, welches gegen die Unternehmereigenschaft spricht, insbesondere wenn auf Dauer sogar Verluste entstehen.[1273]

Als Indizien werden von der Rechtsprechung neben Zahl und Häufigkeit insbesondere Neuware[1274], gleiche Warenkategorie und Veräußerung unterschiedlicher Waren herangezogen. Insbesondere bei Kleidung wird nicht nur darauf abgestellt, ob es sich um Neuware handelt, sondern auch auf das Angebot verschiedener Größen, was regelmäßig gegen ein rein privates Handeln spricht.[1275] Das *OLG Frankfurt a.M.*[1276]nahm die Unternehmenseigenschaft bereits bei 40 Abschlüssen in 6 Wochen an, wohingegen das *LG Mainz*[1277] 252 Verkäufe von verschiedenen Gegenständen in 2 Jahren genügen ließ. Sofern innerhalb eines Monats 50 Mal gleichartige Waren verkauft werden, spricht dies ebenfalls für eine gewerbliche Tätigkeit.[1278]

[1267] *BGH*, NJW 2007, 1346 mit Anmerkung *Gutzeit.*
[1268] *KG*, NJW 2006, 3215 = MMR 2006, 678.
[1269] *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 2005, 1438; *OLG Frankfurt a.M.*, NJW 2007, 378; *LG Mainz*, BB 2005, 2264; *LG Berlin*, MMR 2007, 401.
[1270] Palandt/*Heinrichs*, § 14, Rdnr. 1.
[1271] So zuletzt *OLG Zweibrücken*, CR 2007, 681, mit einigen Beispielen.
[1272] Palandt/*Heinrichs*, § 14, Rdnr. 1; *Bamberger/Roth*, § 14, Rdnr. 6.
[1273] *LG Coburg*, MMR 2007, 106.
[1274] *LG Berlin*, MMR 2007, 401; *LG Coburg*, MMR 2007, 106: Neuwaren sind nur geeignetes Indiz, wenn von die Artikel mehrfach und in verschiedenen Ausführungen (z.B. Größen) angeboten werden.
[1275] Interessant hierzu *LG Coburg*, MMR 2006, 399, welches die Unternehmereigenschaft i.E. verneinte.
[1276] *OLG Frankfurt a.M.*, GRUR 2004, 1042.
[1277] *LG Mainz*, BB 2005, 2264.
[1278] *OLG Frankfurt a.M.*, GRUR 2004, 1042; bei 60 Verkäufen: *LG Berlin*, MMR 2007, 401.

Für das LG Hanau reichten bereits 25 Verkäufe in zwei Monaten, um die Unternehmereigenschaft zu bejahen, denn schließlich könne auch ein Nebenerwerb gewerblich sein.[1279]
Ein weiteres Indiz ist der Ankauf zum Weiterverkauf, auch wenn dies nicht konstitutiv für unternehmerisches Handeln sei. Vielmehr könne auch die Auflösung einer bereits im Privatbesitz befindlichen größeren Sammlung mit einer Vielzahl von Verkäufen unternehmerisch geschehen.[1280]
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 vermeiden.[1281] Auf der anderen Seite wird die Annahme eines Anscheinsbeweises vertreten, der durch die Verwendung von Vertragsbedingungen, besondere Angaben auf der „Mich-Seite" oder aber die Führung des Titels „**Powerseller**" indiziert würde.[1282] „Powerseller" gelten dabei zunächst als Unternehmer und sind somit an die Verbraucherschutzvorschriften gebunden.[1283] Wer als „Powerseller" auftritt muss im Zweifel das Nichtvorliegen der unternehmerischen Eigenschaft des § 14 BGB beweisen.[1284] 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.[1285] Einzelne Stimmen in der Literatur gehen dagegen sogar so weit, die Einrichtung eines eBay-Shops genauso wie die Registrierung als Powerseller steht 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.[1286]

Am 8. Oktober 2008 veröffentlichte die Europäische Kommission ihre neue Richtlinie für die Harmonisierung und Einführung neuer Konsumentenrechte in der EU. Die Richtlinie ersetzt

[1279] MMR 2007, 339.
[1280] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2007, 378; a.A. *OLG Zweibrücken*, CR 2007, 681, welches zusätzliche Anforderungen an Dauerhaftigkeit und Planmäßigkeit stellt.
[1281] *OLG Karlsruhe*, WRP 2006, 1038; *OLG Koblenz*, MMR 2006, 236; Peter, ITRB 2007, 18.
[1282] *OLG Karlsruhe*, WRP 2006, 1038; *LG Mainz*, MMR 2006, 51; *OLG Frankfurt*, MMR 2007, 378; *LG Berlin*, MMR 2007, 401; siehe aber auch *LG Coburg*, MMR 2007, 399, das bei 33 gleichzeitig angebotenen neuen Artikeln und 270 Bewertungen für Verkäufe noch keine Unternehmereiegnschaft sah.
[1283] *OLG Karlsruhe*, CR 2006, 689; Peter, ITRB 2007, 18.
[1284] *OLG Koblenz*, CR 2006, 209.
[1285] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2007, 378.
[1286] *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586.

vier bereits bestehende Verbraucherschutzrichtlinien, nämlich unter anderem auch die Richtlinie über unfaire Verträge, über den Verbrauchsgüterkauf und die Fernabsatzrichtlinie. Ziel der neuen Richtlinie soll die Einführung einer Maximalharmonisierung sein. Insofern können die Mitgliedsstaaten nach Einführung der Richtlinie keine abweichenden nationalstaatlichen Bestimmungen mehr haben, weder nach unten noch nach oben. Das Ziel ist es, innerhalb der EU wirklich ein einheitliches Regime für den Schutz von Konsumenten bis 2013 zu etablieren. Allerdings ist die Richtlinie noch im Entwurfstadium; sie muss noch dem Europäischen Parlament und dem Rat vorgelegt werden.

Die Richtlinie erstreckt sich auf alle Verträge für den Warengüterverkauf ebenso wie für Dienstleistungsverträge, beides im Bereich Business to Consumer. Die Richtlinie gilt für alle Verträge, unabhängig davon, ob der jeweilige Vertrag in einem Geschäft, über das Internet oder auf andere Weise abgeschlossen worden ist. Art. 5 – 7 enthalten spezifische Informationen, die dem Verbraucher übermittelt werden müssen; insofern werden alle Informationspflichten noch deutlicher harmonisiert. Art. 12 sieht ein neues Widerrufsrecht für alle Verkäufe mit einer Frist von 14 Tagen vor. Annex 1 sieht Pflichtinformationen vor, die sich auf dieses Widerrufsrecht beziehen und enthält ein Muster für die Geltendmachung des Widerrufs. Art. 22 sieht vor, dass unbeschadet anderweitiger Vereinbarungen der Händler Waren bis zu 30 Tagen nach Vertragsschluss ausliefern muss. Art. 23 sieht vor, dass der Händler das Risiko und die Kosten des Verlusts oder Verschlechterung von Waren so lange trägt, bis sie in den Besitz des Verbrauchers übergehen. Annex 2 der Richtlinie sieht eine Liste von Vertragsbedingungen vor, die in allen Fällen innerhalb Europas verboten sind, während Annex 3 eine Liste von Klauseln vorsieht, bei dem eine Vermutung der Unzulässigkeit besteht.

3. Das Widerrufsrecht bei Onlineauktionen

Literatur:
Bonke/Gellmann, Die Widerrufsfrist bei eBay-Auktionen – Ein Beitrag zur Problematik der rechtzeitigen Belehrung des Verbrauchers in Textform, NJW 2006, 3169; *Braun*, Widerrufsrecht und Haftungsausschluss bei Internetauktionen, CR 2005, 113; *Dietrich/Hofmann*, 3. Gerichte, 2. Wochen, 1. Monat? Konfusion um die Widerrufsfristen bei eBay, CR 2007, 318; *Föhlisch*, Ist die Musterwiderrufsbelehrung für den Internethandel noch zu retten?, MMR 2007, 139; *Hoeren/Müller*, Widerrufsrecht bei eBay-Versteigerungen, NJW 2005, 948; *Hoffmann*, Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2006, NJW 2006, 2602; Schirmbacher, Von der Ausnahme zur Regel: Neue Widerrufsfristen im Online-Handel?, CR 2006, 673.

Nach Zustandekommen eines Fernabsatzvertrags i.S.d. § 312b Abs. 1 BGB besteht für den Verbraucher regelmäßig ein **Widerrufsrecht** gem. §§ 312d Abs. 1, 355 BGB. Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass es sich bei dem Vertragspartner um einen Unternehmer i.S.d. § 14 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.[1287]

Die **Anwendbarkeit des Widerrufsrechts** war insbesondere bei Internetauktionen im Hinblick auf die Ausnahmeregelung des § 312d Abs. 4, Nr. 5 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.[1288] Eine weitere Ausnahmeregelung greift nach § 312d Abs. 4, Nr. 2 BGB für Software, Audio- und Videoaufzeichnungen, sofern die gelieferten Datenträger entsiegelt worden sind. Wann eine solche Entsiegelung allerdings vorliegt und welche Maßnahmen (einschweißen, Aufkleber, o.ä.) ausreichen sind, um als Versiegelung zu gelten, ist bisher nicht abschließend geklärt. Nach dem *LG Dortmund*[1289] reiche ein Tesafilmstreifen nicht als Versiegelung aus, wohingegen das *OLG Frankfurt a.M.*[1290] in Bezug auf die Entsiegelung von Software darauf abstellte, ob eine Überwindung eines erkennbar zur Wahrung des Urheberrechts geschaffenen Sperre erfolg sei, etwa durch Öffnen einer verschlossenen und äußerlich durch Aufschrift damit erkennbar versiegelten Hülle um eine CD-ROM.

Der Widerruf kann zum einen in Textform, § 126b BGB, erklärt werden oder aber konkludent durch Rücksendung der Ware gem. § 355 Abs. 1, Satz 2 BGB. Hierbei ist allerdings die **Widerrufsfrist** des § 312d Abs. 2 BGB zu beachten. Diese beginnt regelmäßig, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß in Textform über sein Widerrufsrecht belehrt wird, § 355 Abs. 2 BGB, und zudem die Informationspflichten des § 1 Abs. 1 BGB-InfoVO, § 312e Abs. 1, Satz 1 BGB erfüllt wurden, § 312c Abs. 2 BGB. Als weitere Voraussetzung benennt § 312d Abs. 2 BGB den Zugang der Waren beim Empfänger bzw. bei Dienstleistungen den Vertragsschluss. Bei ordnungsgemäßer Belehrung vor Vertragsschluss beläuft sich die Dauer der Widerrufsfrist regelmäßig auf zwei Wochen, § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB. Sollte die Belehrung hingegen erst nach Vertragsschluss erfolgen, verlängert sie sich auf einen Monat, § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB. Sollten die Voraussetzungen allerdings auch nach Vertragsschluss nicht erfüllt werden,

[1287] Für die Einordnung als Unternehmer in einer Internetauktion vgl. Rdnr. 425.
[1288] *BGH*, NJW 2005, 53 = ZIP 2004, 2334 = MDR 2005, 132; ebenso: *KG*, CR 2007, 331; *Dietrich/Hoffmann*, CR 2007, 318.
[1289] Urteil vom 1. Juni 2006 – 16 O 55/06 (unveröffentlicht).
[1290] CR 2003, 412.

so erlischt das Widerrufsrecht nicht, § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB. In diesem Fall ist die Dauer der Widerrufsfrist nur durch die Verwirkung begrenzt.

Bei einer Widerrufsbelehrung ist bezüglich der Widerrufsfrist zudem darauf zu achten, dass die genauen Vorgaben des § 312d Abs. 2, 2. Alt. BGB eingehalten werden, wonach die Frist „nicht vor Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 2" zu laufen beginnt. § 312c Abs. 2 BGB wiederum schreibt eine Belehrung in Textform vor. Die Vorlage für eine Widerrufsbelehrung in Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoVO (Vorlage für eine Widerrufsbelehrung) war bis zur ihrer Änderung im März 2008 in diesem Punkt irreführend, da sie vom „Erhalt dieser Belehrung" sprach; wenn ein Anbieter einer Ware diese Erklärung online einstellte, erfüllte die Belehrung aber gerade nicht die Textform gem. § 126b BGB, sodass eine weitere Erklärung (diesmal in Textform) erforderlich war. Zwar stehen die BGB-InfoVO und § 312d Abs. 2 2. Alt. BGB normhierarchisch auf derselben Ebene, allerdings erkannten die Gerichte zumeist auf den Vorrang des § 312d Abs. 2 2. Alt. BGB und befanden Erklärungen, die zwar Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoVO entsprachen, aber lediglich online eingestellt waren, bereits mehrfach als unzureichend.[1291] Der Gesetzgeber behob dieses Problem mit Wirkung zum 1. April 2008 schließlich, indem er die Belehrungs-Vorlage in der BGB-InfoVO dahingehend änderte, dass die Frist „nach Erhalt dieser Belehrung in Textform" beginne, sowie ausführliche Gestaltungshinweise zu dieser Frage ergänzte.[1292]

Problematisch ist dieses Erfordernis der **Textform** insbesondere bei Vertragsschlüssen im Rahmen von Internetauktionen, namentlich bei eBay. Die Erklärung müsste dem Verbraucher gegenüber in einer „zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise" abgeben werden. Der bloße Abruf der Angebotsseite auf der über das Widerrufsrecht belehrt wird, genügt diesen Anforderungen nicht.[1293] Gleiches gilt für die Belehrung im Rahmen der „Mich-Seite" des Verkäufers. Voraussetzung ist vielmehr, dass die Belehrung dem Verbraucher mitgeteilt wird und damit vom Unternehmer zu erfolgen hat, sodass ein einseitiger Abruf, die Möglichkeit des Downloads oder aber das Vorhalten der Information auf der Homepage nicht ausreichend ist, es sei denn, dass es tatsächlich zu einer Perpetuierung beim Verbraucher durch Ausdruck oder Speichern gekommen ist.[1294] Eine Grafik-Belehrung reicht nicht aus, um den fernabsatzrechtliche Belehrungen nachzukommen. Dadurch sei – so das Landgericht Ber-

[1291] *KG*, MMR 2007, 185 = CR 2007, 331 = ITRB 2007, 53; *LG Koblenz*, BB 2007, 239; *LG Kleve*, MMR 2007, 332; *LG Halle (Saale)*, BB 2006, 1817; a.A. *LG Münster*, MMR 2006, 762 = CR 2006, 782.
[1292] Dritte Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 4. März 2008; BGBl. vom 12. März 2009, S. 292.
[1293] *KG*, NJW 2006, 3215; *OLG Hamburg*, MMR 2007, 320.
[1294] Vgl. auch *OLG Hamburg*, NJW 2006, 3215; *KG*, MMR 2007, 185;. *OLG Jena*, WRP 2007, 1008; a.A. *LG Paderborn*, MMR 2007, 191 = CR 2007, 465; *LG Flensburg*, MMR 2006, 686 = CR 2006, 112.

lin[1295] – nicht sichergestellt, dass der als Grafik abgelegte Text unabhängig vom verwendeten Browsertyp abrufbar ist. Das gilt insbesondere bei der Nutzung des WAP-Portals von eBay. Hinzu kommt, dass der Inhalt der verlinkten Datei jederzeit – auch während des Angebotszeitraumes – geändert werden kann, ohne dass dem Verbraucher dies bewusst wird, die Suchfunktion des Browser in Grafikdateien nicht funktioniert und die Lesbarkeit des Ausdrucks der Angebotsseite – abhängig vom verwendeten Browser und Drucker – eingeschränkte sein kann.

Es ist allerdings festzuhalten, dass der Verkäufer vor Vertragsschluss keine Kenntnis der wahren Identität des Käufers hat und zudem bis zum letzten Moment überhaupt nicht weiß, wer Käufer wird und demnach zu belehren wäre. Daher ist es für ihn nicht möglich eine Belehrung vor Vertragsschluss vorzunehmen. Selbst die Aufnahme einer Widerrufsbelehrung in die Bestätigungsmail von eBay, welche aufgrund der Haftungsrisiken nicht erfolgen wird, oder aber in die erste Mail des Verkäufers würde den zeitlichen Anforderungen an die Belehrung vor Vertragsschluss nicht gereichen.[1296] Daher verlängert sich die **Widerrufsdauer regelmäßig auf vier Wochen**, sofern der Verbraucher durch Zusendung einer E-Mail, eines Faxes oder aber eines Briefes spätestens mit der Zusendung der Ware belehrt wird. Als Lösungsmöglichkeit wäre an eine automatisierte Widerrufsbelehrung vor Abgabe des Gebots, deren Kenntnisnahme durch das Setzen eines Häkchens bestätigt wird, zu denken, welche allerdings wenig praktikabel ist, da es bei Internetauktionen häufig um Sekunden geht und eine wirkliche Kenntnisnahme nicht erwartet werden kann. Teilweise wird daher vertreten, dass § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB teleologisch dahingehend reduziert werden müsse, dass Belehrung und Vertragschluss, sofern sie in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang erfolgen, einen einheitlichen Lebensvorgang bilden, sodass die Dauer von zwei Wochen gewahrt würde.[1297] Gegen eine solche teleologische Reduktion spricht allerdings der klare Wortlaut des § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch das *OLG Köln* hat diesen Ansatz verworfen; das Erfordernis eines einheitlichen Lebenssachverhalts würde zu großen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Dagegen sei der Zeitpunkt der Annahme im Internet sehr genau festzustellen und im Übrigen eine ordnungsgemäße vorherige Belehrung durchaus technisch machbar.[1298] Zudem ist nicht ersichtlich, warum der von § 355 BGB gewährte Verbraucherschutz zugunsten des Unternehmers, der sich eBay als Verkaufsplattform ausgesucht hat und zudem aus dem Verkauf im

[1295] *LG Berlin*, Urteil vom 24. Juni 2008 – 16 O 894/07
[1296] *OLG Hamburg*, MMR 2007, 660 m. Anm. Solmecke.
[1297] *Ulmer*, MüKo, § 355, Rdnr.53; Palandt/*Grüneberg*, § 355, Rdnr. 19; *Hoffmann*, NJW 2007, 2594, 2595; *Becker/Föhlisch*, NJW 2005, 3377; *Domke*, BB 2006, 61.
[1298] MMR 2007, 713.

Rahmen einer Internetauktion zumeist Vorteile zieht, zum Nachteil des Verbrauchers eingeschränkt werden sollte.

III. Zugang, Anfechtung und Vollmacht bei elektronischen Willenserklärungen

Literatur:
Baher, Eingang von E-Mail-Sendungen bei Gericht, MDR 2002, 669; *Bonke/Gellmann*, Die Widerrufsfrist bei eBay-Auktionen – Ein Beitrag zur Problematik der rechtzeitigen Belehrung des Verbrauchers in Textform, NJW 2006, 3169; *Cornelius*, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353; *Dietrich*, Der Zugang einer per E-Mail übermittelten Willenserklärung, K&R 2002, 138; *Herwik*, Zugang und Zustimmung in elektronischen Medien, MMR 2001, 145; *Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB und Internet, Jura 2002, 387; *Vehslage*, Elektronisch übermittelte Willenserklärungen, AnwBl. 2002, 86.

Für den Vertragsschluss unter Anwesenden fehlt es an einer gesetzlichen Regelung, sodass § 130 BGB analog angewandt wird. Eine verkörperte Willenserklärung wird demnach mit Übergabe wirksam, wohingegen eine unverkörperte hingegen grundsätzlich in dem Zeitpunkt zugeht, in dem der Vertragspartner sie akustisch richtig und vollständig vernommen hat (**sog. strenge Vernehmungstheorie**).[1299] Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird dies aber dahingehend eingeschränkt, dass es für den Zugang ausreichend ist, wenn der Erklärenden davon ausgeht und auch davon ausgehen darf, dass die andere Seite die Erklärung richtig und vollständig vernommen hat (**sog. eingeschränkte Vernehmungstheorie**).[1300]

Fraglich ist, zu welchem **Zeitpunkt** ein über das Internet geschlossener **Vertrag zustande kommt**. Nach deutschem Recht wird zwischen den Willenserklärungen unter An- und Abwesenden unterschieden. Bei einem Vertragsschluss unter Anwesenden geht eine Willenserklärung im Zeitpunkt der akustisch richtigen Vernehmung zu (sog. Vernehmungstheorie). Bei der Abgabe einer **Willenserklärung unter Abwesenden** ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser von der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen auch mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.[1301] Bei online-kommunizierenden Computern (etwa im EDI-Bereich) wird teilweise von Willenserklärungen unter Anwesenden ausgegangen.[1302] Dies mag für den EDI-Bereich noch vertretbar sein. Im WWW-Sektor ist jedoch die Gegenmeinung überzeugender, wonach der Vertragsschluss im Wege von Willenserklärungen unter

[1299] Palandt/*Heinrichs*, § 130, Rdnr. 13 f.
[1300] Palandt/*Heinrichs*, § 130, Rdnr. 14.
[1301] Sog. Empfangs- oder Zugangstheorie; siehe hierzu etwa *Einsele*, in: MüKo, 5. Aufl. 2006, § 130 Rdnr. 11
[1302] So etwa *Brinkmann*, BB 1981, 1183, 1185; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3, 9; *Herget/Reimer*, DStR 1996, 1288, 1291; *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839, 841.

Abwesenden erfolgt, zumal § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB eine Erklärung direkt von Person zu Person voraussetzt.[1303]

Für den Zugang von Willenserklärungen via E-Mail ist daher maßgeblich, wann mit dem Abruf einer Mail durch den Empfänger üblicherweise gerechnet werden kann. Insoweit ist zwischen geschäftlichen und privaten Empfängern zu unterscheiden.[1304] Von **Geschäftsleuten** kann die regelmäßige Kontrolle ihres elektronischen Posteingangs erwartet werden. Nachrichten, die während der Geschäftszeiten abrufbar werden, gelten im gleichen Zeitpunkt als zugegangen. Mitteilungen, die außerhalb der Geschäftszeiten eingelegt werden, werden üblicherweise bei Öffnung des Geschäfts zur Kenntnis genommen. Bei **Privatpersonen** wird man davon ausgehen können, dass sie zumindest einmal täglich ihren Posteingang durchsehen. Mangels üblicher Abfragezeiten gelten Nachrichten bei diesen Empfängern als am Tag nach der Abrufbarkeit zugegangen.
Bei der **automatisierten Bestellungsannahme** reicht das Passieren der Schnittstelle des Online-Unternehmens aus, so dass das in § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerte Widerrufsrecht praktisch bedeutungslos ist.[1305]

Gefährlich ist die Eröffnung von E-Mail-Zugängen wegen der damit verbundenen **Haftungsrisiken**. Gibt z.B. ein Rechtsanwalt seine E-Mail-Kennung den Mandanten bekannt, kann der Eindruck entstehen, dass über eine E-Mail an den Anwalt auch rechtsrelevante Vorgänge abgewickelt werden können. Fordert der Mandant daher seinen Anwalt via E-Mail auf, Berufung einzulegen, und liest der Anwalt die Mail nicht, droht eine Schadensersatzklage des Mandanten gegen den Anwalt. Mit der Veröffentlichung der E-Mail-Adresse auf Briefbögen und Visitenkarten wird die Bereitschaft zur Entgegennahme von E-Mail-Aufträgen signalisiert. Der Provider muss dann auch während der normalen Geschäftszeiten unverzüglich reagieren. Will er das nicht, muss er den Kunden darauf hinweisen. Empfehlenswert sind deutliche Hinweise wie z.B.:

> „Die E-Mail-Adresse dient nur zur Übermittlung von Informationswünschen, nicht für die Erteilung von E-Mail-Aufträgen".

[1303] I. E. ebenso *Graf Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93, 98; für den EDI-Bereich *Bartl*, DB 1982, 1097, 1100; *Fritzemeyer/Heun*, CR 1992, 130; *Hellner*, Festschrift Werner 1984, 251, 266; *Heun*, CR 1994, 595, 597; *Kleier*, WRP 1983, 534, 535 f.; *Redeker*, NJW 1984, 2390, 2391.
[1304] *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165, 166; *Graf Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93, 98 f.; ausführlich *Taupitz/Kritter*, JuS 1999, 839, 841 f.
[1305] So auch *Heun*, CR 1994, 595, 597.

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:

> „Der Kunde wünscht, dass seine Aufträge auch per E-Mail entgegengenommen und bearbeitet werden. Der Kunde ist durch den Provider ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass bei der E-Mail-Übermittlung Missbräuche nicht auszuschließen sind. Der Provider ist nicht in der Lage, E-Mail-Aufträge auf die Richtigkeit des Absenders und ihre inhaltliche Richtigkeit hin zu überprüfen. Dessen ungeachtet bittet der Kunde den Provider, solche elektronischen Aufträge zur Ausführung oder Weiterleitung anzunehmen. Der Provider wird von jeder Haftung und allen Regressansprüchen freigestellt, die aufgrund einer rechtsmissbräuchlichen Verwendung des Übermittlungssystems entstehen. Die Parteien vereinbaren folgende Sicherungsmaßnahmen (…)".

Der Besteller kann sein Angebot nach §§ 119, 120 BGB anfechten, wenn seine Willenserklärung via Provider falsch übermittelt worden ist.[1306] Macht der Besteller irrtümlich bei der Erstellung seiner Mail falsche Angaben, kann er nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB anfechten.[1307] Streitig ist, ob eine Anfechtung bei computergenerierten Erklärungen in Betracht kommt, deren Fehler auf lange zuvor eingegebenem **falschem Datenmaterial** beruht.[1308] 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.[1309] Bei **Übertragungsfehlern** kommt eine Anfechtung nach § 120 BGB analog in Betracht. Streitig ist, ob ein Fehler bei der Einstellung von Preisen in eine Website zur Anfechtung berechtigt. Teilweise wird darauf abgestellt, dass der Eingabefehler auf die Annahmeerklärung fortwirke

[1306] Siehe *Heun*, CR 1994, 595, 596; *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2366.
[1307] *OLG Hamm*, CR 1993, 688; siehe auch *BGH*, DB 1984, 2399; *OLG Oldenburg*, CR 2004, 298.
[1308] Dafür *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2004, 405; dagegen *AG Frankfurt a.M.*, CR 1990, 469 = NJW-RR 1990, 116; im Ergebnis auch *LG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 1988, 1331; *LG Frankfurt a.M.*, CR 1997, 738.
[1309] *LG Frankfurt a.M.*, CR 1997, 738; *Hein*, CR 1994, 596; *Kohler*, Acp 182 [1982] 135; *Mehrings*, MMR 1998, 32.

und damit zur Anfechtung berechtige.[1310] Unbeachtlich ist auf dieser Grundlage auch eine automatisch generierte (falsche) Bestätigungs-E-Mail, da diese nur als Bestätigung des Auftrages einzustufen ist.

Wichtig ist, dass die Anfechtung schnell erklärt wird. Will z.B. ein Onlineshop-Betreibereinen 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.[1311] Es muss ein Ausgleich gefunden werden zwischen den widerstreitenden Interessen. Allerdings ist dem Anfechtenden die Möglichkeit der Einholung einer Rechtsauskunft zuzugestehen.[1312] Die Obergrenze liegt hier in der Regel bei zwei Wochen.[1313] Nach einer Entscheidung des *LG Bonn*[1314] ist das Anfechtungsrecht verwirkt, wenn es erst drei Wochen nach Kenntnis vom Irrtum wahrgenommen wird. Auch müsse 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.

Benutzt ein Fremder die Kennung des Users, kommt eine Bindung an elektronische Bestellungen nach den Grundsätzen des **Handelns unter fremdem Namen in Form der Identitätstäuschung** in Betracht.[1315] Dem Geschäftspartner geht es gerade um ein Geschäft mit dem Träger des Namens; anderes würde zudem der Abwicklung des Vertrags entgegenstehen. Handelt ein Dritter für den Namensträger, so kommt eine Haftung desjenigen als falsus procurator nach § 179 Abs. 1 BGB nur in Betracht, sofern er keine Vertretungsmacht hat:

- Genehmigung,
- nach den Regeln der Duldungsvollmacht oder
- nach den Regeln der Anscheinsvollmacht.

[1310] *BGH*, NJW 2005, 976 = MMR 2005, 233; *OLG Hamm*, CR 2004, 949 = NJW 2004, 2601; *OLG Frankfurt a.M.*, CR 2003, 450; anderer Auffassung *LG Köln*, Urteil vom 16. April 2003 – 9 S 289/02 (unveröffentlicht); *AG Herford*, CR 2003, 934.
[1311] *RG*, 124, 118.
[1312] Palandt/*Heinrichs*, § 121, Rdnr.3.
[1313] *OLG Hamm*, NJW-RR, 1990, 523; *OLG Jena*, OLG-NL, 2000, 37.
[1314] *LG Bonn*, Urteil vom 8. März 2005 – 2 O 455/04 (unveröffentlicht).
[1315] *OLG München*, NJW 2004, 1328 = MMR 2004, 625 = K&R 2004, 352 = CR 2004, 845. Siehe *Borsum/Hoffmeister*, NJW 1985, 1205.

Die Fälle der **Genehmigung** sind grundsätzlich unproblematisch, da das Geschäft außer in Ausnahmefällen nunmehr für und gegen den Vertretenen wirkt, § 164 Abs. 1 BGB.

Eine Anwendung der **Regeln über die Duldungsvollmacht** vermag hier ebenso wenig zu einer Haftung des Account-Inhabers 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. Dies wird durch die Gerichte mit den fehlenden Sicherheitsstandards und der daraus resultierenden Missbrauchsgefahr begründet.[1316] In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass auch bei haushaltsangehörigen minderjährigen Kindern keine Anscheinsvollmacht erwachsen kann, da die Familienzugehörigkeit regelmäßig keine Vollmachtstellung begründen kann.[1317] Anders stellt sich sie Situation aber dar, sofern der Account-Inhaber sein Passwort fahrlässig weitergegeben hat oder aber es von einem Dritten eingesehen werden konnte durch einen einfachen Blick über die Schulter. In diesen Fällen bejaht das *OLG Hamm* in Einzelfällen eine Anscheinsvollmacht.[1318] Im Bereich der R-Gespräche hat der *BGH* dies dahingehend eingeschränkt, dass von einer Anscheinsvollmacht des Minderjährigen dann ausgegangen werden kann, wenn das Kind mehrfach über einen gewissen Zeitraum hinweg R-Gespräche geführt hat und die Eltern die Kosten beglichen haben.[1319] 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.[1320]

Teilweise wird zwar im Prozess versucht über den Anscheinsbeweis der Gebotsabgabe bei Internetauktionen eine vertragliche Bindung bzw. eine Haftung des Account-Inhabers zu begründen, dies lehnen die Gerichte aber mit Hinweis auf die o.g. fehlenden Sicherheitsstandards und die daraus resultierende Missbrauchsgefahr ab, sodass es an dem

[1316] *OLG Köln*, NJW 2006, 1677; *OLG Hamm*, NJW 2006, 11; *LG Bonn*, MMR 2004, 180.
[1317] *LG Bonn*, MMR 2004, 180.
[1318] *OLG Hamm*, NJW 2007, 611.
[1319] *BGH*, MMR 2006, 453 m. Anm. *Mankowski*. Vgl. auch *AG Diegburg*, MMR 2006, 343.
[1320] *BGH*, MMR 2006, 453 m. Anm. *Mankowski*.

notwendigen typischen Geschehensablauf fehlt.[1321] Zwar setzen sich beide Parteien dieser Gefahr aus, allerdings hat das Risiko der Verkäufer zu tragen, der Initiator des Verkaufs ist und die Vorteile des Internets und der Internetauktion für sich nutzen will.[1322]

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.[1323]
Die Grundsätze des Bundesgerichtshofes zum Anscheinsbeweis bei EC-Karten[1324] können auf solche Fälle nicht übertragen werden. Die Bank kann von ihren Kunden erwarten, dass diese einen den allgemeinen, an dem Verhalten eines durchschnittlichen PC-Benutzers orientierten Personalcomputer für die Benutzung des Online-Banking verwenden. So darf die Bank von einem verständigen, technisch durchschnittlich begabten Kunden verlangen, dass er eine aktuelle Virenschutzsoftware und eine Firewall verwendet und regelmäßig Sicherheitsupdates für sein Betriebssystem und die verwendete Software einspielt. Ebenso muss ein Kontoinhaber die Warnungen der Banken beachten, PIN und TAN niemals auf telefonische Anforderung oder Anforderung per E-Mail herauszugeben. Außerdem wird man von ihm erwarten können, dass er deutliche Hinweise auf gefälschte E-Mails und Internetseiten seiner Bank erkennt (sprachliche Mängel, deutlich falsche Internet-Adresse, Adresse ohne https://, kein Schlüsselsymbol in der Statusleiste).[1325]
Im Übrigen stellt die Bank das Online-Banking im Interesse der vereinfachten Abwicklung und der Einsparung von Personalkosten zur Verfügung, was sich auch auf die anzuwendenden Sorgfaltsanforderungen auswirkt. Lediglich auf der Homepage eines Kreditinstituts eingestellte Empfehlungen und Hinweise auf die beim Online-Banking zu beachtenden und vorzunehmenden Sicherungsmaßnahmen, haben keinen Vertragscharakter, aus denen zu Gunsten des Kreditinstituts eine Verpflichtung des Kunden hergeleitet werden kann, seinen Rechner – über „durchschnittliche Sorgfaltsvorkehrungen“ hinaus – technisch aufzurüsten oder sich durch den Nachweis des Vorhandenseins bestimmter Sicherungsmaßnahmen (etwa Firewall) im Schadensfall zu exkulpieren.

[1321] *LG Bonn*, MMR 2004, 180.
[1322] *OLG Hamm*, NJW 2007, 611; *OLG Köln*, CR 2003, 35.
[1323] *AG Wiesloch*, Urteil vom 20. Juni 2008 – 4 C 57/08.
[1324] *BGH*, Urteil vom 5. Oktober 2005 – XI ZR 210/03.
[1325] *LG Köln*, Urteil vom 5. Dezember 2007 – 9 S 195/07.

Hat ein Kredinistitut nach einer Phishing-Attacke einen Geldbetrag eines Kunden an einen Dritten überwiesen, besteht zwischer der Bank und dem Dritten ein nach Bereicherungsrecht rückabwickelbares Leistujngsverhältnis, ohne dass sich der (bösgläubige) Dritte auf Entreicherung berufen kann.[1326]

IV. Schriftform und digitale Signatur

Literatur:
Bergfelder, Was ändert das 1. Signaturgesetz?, CR 2005, 148; *Boente/Riehm*, Das BGB im Zeitalter digitaler Kommunikation – Neue Formvorschriften, Jura 2001, 793; *Fringuelli/Wallhäuser*, Formerfordernisse beim Vertragsschluss im Internet, CR 1999, 93; *Gellert*, Elektronischer Brückenschlag – Verbindungen schaffen zwischen Public Key Infrastrukturen, DuD 2005, 597; *Kunz/Schmidt/Viebeg*, Konzepte für rechtssichere Transformation signierter Dokumente, DuD 2005, 279; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, CR 2000, 61; *Müglich*, Neue Formvorschriften für den E-Commerce, MMR 2000, 7; *Noack*, Digitaler Rechtsverkehr: Elektronische Signatur, elektronische Form und Textform, DStR 2001, 1893; *Nowak*, Der elektronische Vertrag – Zustandekommen und Wirksamkeit unter Berücksichtigung des neuen „Formvorschriftenanpassungsgesetzes", MDR 2001, 841; *Roßnagel*, Elektronische Signaturen mit der Bankkarte? – Das Erste Gesetz zur Änderung des Signaturgesetzes, NJW 2005, 385; *Sidler*, Beweislast liegt beim Schlüsselinhaber, digma 2001, 64; *Spindler*, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, 795; *Steinbeck*, Die neuen Formvorschriften im BGB, DStR 2003, 644; *Vehslage*, Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, DB 2000, 1801.

Die deutsche Zivilrechtsordnung sieht an zahlreichen Stellen die Einhaltung einer **besonderen Schriftform** vor. Digital signierte Dokumente und Erklärungen genügen jedoch dem Schriftformerfordernis nach derzeitiger Rechtslage schon naturgemäß nicht.[1327] Denn nach § 126 BGB muss bei einer gesetzlich vorgesehenen Schriftform der Text von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Das Erfordernis der Schriftform ist zum Beispiel vorgesehen bei Verbraucherdarlehensverträge (§ 492 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB), beim Grundstückskaufvertrag (§ 311b BGB), bei Quittungen (§ 368 BGB), bei der Kündigung des Arbeitsvertrages (§ 623 BGB), bei der Bürgschaftserklärung (§ 766 BGB) oder beim Testament (§§ 2231 Nr. 1, 2231 Nr. 2, 2247 Abs. 1 BGB). Im Bereich des Internetrechts bestehen im Zusammenhang mit Formvorschriften zahlreiche Sonderregelungen, von denen im Folgenden die bedeutsamsten dargestellt werden.

[1326] *LG Kreuznach*, MMR 2008, 421.
[1327] So auch grundlegend *BGHZ* 121, 224.

1. E-Commerce-Richtlinie und Signatur-Richtlinie

Auch auf europäischer Ebene hat man sich des Themas angenommen, da die bislang vorhandenen nationalen und internationalen Rechtsnormen aus mehreren Gründen keine befriedigende Lösung für die sich im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs ergebenden Probleme geboten haben. Insbesondere sollte der wirksame Abschluss von Verträgen über das Internet nicht an Formvorschriften des nationalen Rechts scheitern.

Ende 1999 ist die **Richtlinie für elektronische Signaturen**[1328] in Kraft getreten, deren Ziel es war, die grenzüberschreitende rechtliche Anerkennung elektronischer Signaturen sicherzustellen und dafür einen angemessenen und harmonisierten rechtlichen Rahmen zu schaffen. Nach Art. 5 der Richtlinie sollen elektronische Signaturen die gleichen Rechtswirkungen entfalten wie handschriftliche Unterschriften und bei Gerichtsverfahren als Beweismittel zugelassen werden.

Um den Anforderungen im Vergleich zur eigenhändigen Unterschrift zu genügen, muss die Signatur auf einem von einer Signaturerstellungseinheit **qualifizierten Zertifikat** beruhen, Art. 5 Abs. 1. Dieses ist eine Bescheinigung in elektronischer Form, die eine Signaturprüfung einer Person zuordnet, die Identität dieser Person verifizieren kann und mit den Anforderungen in Anhang I der Richtlinie korrespondiert. In der Anlage sind die Anforderungen enthalten, die an diese qualifizierten Zertifikate zu stellen sind. Allerdings darf gem. Art. 5 Abs. 2 nicht schon deshalb die rechtliche Wirksamkeit einer elektronischen Signatur versagt werden, weil sie in elektronischer Form vorliegt oder nicht auf einem qualifizierten Zertifikat bzw. nicht auf einem von einem akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieter ausgestellten qualifizierten Zertifikat beruht.

Neben der EU-Signaturrichtlinie ist auch die **E-Commerce-Richtlinie**[1329] zu beachten. In den ihr vorangegangenen Begründungen heißt es, dass „die Mitgliedstaaten einen bestimmten Zustand herbeizuführen haben, ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften systematisch daraufhin zu überprüfen, ob sie die Verwendung elektronischer Verträge behindern, beschränken oder uninteressant machen." In Art. 9 der Richtlinie findet sich eine ausführliche Regelung

[1328] Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen.
[1329] Geänderter Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 17. August 1999 – KOM (1999) 427 endg.

zur Frage der Schriftform. Nach Art. 9 Abs. 1 ist der Abschluss elektronischer Verträge zu ermöglichen. Insbesondere soll die Tatsache, dass ein Vertrag auf elektronischem Wege zustande gekommen ist, nicht zur Ungültigkeit oder Wirkungslosigkeit des Vertrages führen dürfen. Mit dem Inhalt des Art. 9 Abs. 1 hat sich der komplizierte Streit zwischen Deutschland und dem Rest der EU über die Formfrage digitaler Dokumente erledigt.[1330] Jeder elektronische Text erfüllt danach die Schriftform, unabhängig davon, wie er zustande gekommen ist.

Korrigierend greift der in Art. 9 Abs. 2 genannte **Ausnahmekatalog** ein, der Notarverträge, Verträge mit Registerpflicht sowie familien- und erbrechtlichen Vereinbarungen ausnimmt.[1331] Diese Vorschrift erstaunt insofern, als dass sich in dem Entwurf zur Richtlinie der „Geist des Binnenmarktes" widerspiegelt, nun aber Gedanken zu einer Reform des Zivilrechts auftauchen. Familien- und Erbrecht haben mit Binnenmarkt an sich nichts zu tun. Im Übrigen werden Vereinbarungen auf diesen Gebieten wohl kaum über das Internet oder andere Onlinedienste geschlossen. Nach Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie sollen die jeweiligen Mitgliedstaaten der Kommission eine vollständige Liste von weiteren Ausnahmefällen vorlegen, so wie sie in Abs. 2 vorgesehen sind.

Auch wenn die EU-Signaturrichtlinie und die E-Commerce-Richtlinie das Problem der Schriftform noch nicht vollständig gelöst haben mögen und permanente Verbesserungen bei der ständig fortschreitenden technischen Entwicklung angebracht sind, haben sie die nationalen Gesetzgeber mit Blick auf die Ausgestaltung und konkrete Formulierung von Formerfordernissen zu intensiven gesetzgeberischen Aktivitäten animiert.

2. Form-Neuregelungen in Deutschland

In den frühen Entwürfen des IuKDG (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 getestet werden sollten. Als solche waren die Vorschriften über Fernunterrichtsverträge vorgesehen. Man sah darin die Änderung einer einzelnen, praktisch kaum

[1330] Siehe allgemein zur Signaturdiskussion: *Bergmann/Streitz*, jur-pc 1996, 37; *Kuner*, NJW-CoR 1996, 108; *Malzer*, DNotZ 1998, 96; *Mertes*, CR 1996, 769; *Roßnagel*, MMR 1998, 75.

[1331] Nach dem ursprünglichen Entwurf vom 18. November 1998 sollte auch diese Liste von Ausnahmefällen von der Kommission einseitig geändert – also verlängert oder verkürzt – werden können. Im geänderten Vorschlag vom 17. August 1999 und in der verabschiedeten Richtlinie ist diese Regelung gestrichen worden.

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.[1332]
Dieses sieht, neben der notariellen Beurkundung, als weiteren Ersatz der durch Gesetz vorgeschriebenen Schriftform die „**elektronische Form**" vor (§ 126 Abs. 3 BGB). In § 126a BGB werden die Voraussetzungen der elektronischen Form festgelegt. Hier wird die Natur des SigG als Referenzgesetz deutlich, denn zur Wahrung der elektronischen Form ist eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem SigG erforderlich.[1333] Gestrichen wurden zwei im ersten Entwurf aus dem Jahre 1999 enthaltene widerlegliche Vermutungsregeln, zum einen die Zurechnung einer Willenserklärung zum Signaturschlüsselinhaber (§ 126a Abs. 3 Satz 1 BGB-E a.F.) und zum anderen eine Sonderausprägung einer vermuteten Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht (§ 126a Abs. 3 Satz 2 BGB-E a.F.).[1334] Die Schriftform bleibt allerdings bei bestimmten Konstellationen bestehen, z.B. bei

- § 623 BGB (Kündigung des Arbeitsvertrages)
- § 630 BGB, § 73 HGB (Zeugnis)
- § 766 Satz 2 BGB (Bürgschaft)
- §§ 780, 781 BGB (Schuldversprechen und -anerkenntnis)

Mit der „**Textform**" als neuer, „verkehrsfähiger" Form, wird in § 126b BGB ein erleichtertes Formerfordernis gegenüber der Schriftform vorgesehen, das den Bedürfnissen des modernen Rechtsverkehrs entgegen kommt. Ursprünglich war vorgesehen, dass die Textform bereits eingehalten ist, wenn der Text in Schriftzeichen lesbar, die Person des Erklärenden und der Abschluss der Erklärung erkennbar gemacht werden. Dann protestierte allerdings der Bundesrat und wies darauf hin, dass diese Formulierung zu weit sei und § 126b ersatzlos gestrichen werden müsse.[1335] Dieser Widerspruch war insofern problematisch, als das am gleichen Tag

[1332] Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften im Privatrecht vom 13.Juli 2001, BGBl. 2001 I Nr. 35, S. 1542.
[1333] Noch schärfer ist die Schweiz. In der Schweiz ist zum 1. Januar 2005 das Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur in Kraft getreten, Gesetz vom 19. November 2003, AS 2004, 5085. Das Gesetz ändert das Obligationsrecht, insbesondere wird nunmehr Art. 14 Abs. 2 bis OR eingefügt, wonach die Gleichstellung vom Vorliegen eines qualifizierten Zertifikats abhängt, das von einer hoheitlich anerkannten Zertifizierungsstelle ausgestellt worden ist.
[1334] Abschluss-, Identitäts-, Echtheits-, Warn- und Beweisfunktion.
[1335] *BT-Drs.* 14/6044 vom 15. Mai 2001.

vom Bundesrat gebilligte Mietrechtsreformgesetz bereits Verweise auf die Textform enthielt. Die Regelung wurde eilig neu formuliert und passierte dann Ende Juni 2001 den Vermittlungsausschluss.[1336] Nach dem jetzt geltenden § 126b wird die Textform eingehalten, wenn die Erklärung

- in einer Urkunde oder anderen „zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise“ abgegeben worden ist,
- die Person des Erklärenden genannt ist und
- der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht wird.

Auf die **eigenhändige Unterschrift** soll dann verzichtet werden können. Problematisch ist hier der Verweis auf die dauerhafte Wiedergabe[1337] und die Parallele zur Namensunterschrift. Die Textform ist für solche, bislang der strengen Schriftform unterliegenden Fälle gedacht, in denen das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift unangemessen und verkehrserschwerend ist. Typische Anwendungen betreffen Massenvorgänge mit sich wiederholenden, meist gleichlautenden Erklärungen ohne erhebliche Beweiswirkung. Dazu zählt auch das Computerfax von PC zu PC. In dem Gesetz ausgewiesene Fälle sind z.B. §§ 355 Abs. 1, 356 Abs. 1 Nr. 3, 410 Abs. 2, 416 Abs. 2, 556b Abs. 2 Nr. 1 und 651g Abs. 2 Nr. 3 BGB.

Anders ist die Neuregelung der ZPO. Nach dem **Zustellungsreformgesetz**[1338] 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 entgegengenommen zu haben. Das Empfangsbekenntnis kann auch elektronisch übermittelt werden, wobei eine Verschlüsselung oder Signatur nicht erforderlich ist.

[1336] *BT-Drs.* 14/6353 vom 20. Juni 2001.
[1337] Vgl. Ausführungen zum Fernabsatzrecht, Rdnr. 504 ff.
[1338] Gesetz zur Reform des Verfahrens bei gerichtlichen Zustellungen vom 25. Juni 2001, BGBl. I 1206, in Kraft seit dem 1. Juli 2002. Siehe dazu auch *Viefhues/Scherf,* MMR 2001, 596 und *Viefhues*, CR 2001, 556.

3. Versicherungsspezifika (§ 10a VAG)

Die Textform wird unter anderem auch für die Verbraucherinformation im Rahmen des Antragsmodells bei Versicherungsverträgen verwendet, sofern diese über Fernabsatzmittel geschlossen wurden.

4. Form und Geldwäsche

Hinsichtlich der Eröffnung eines Bankkontos ist das Kreditinstitut gem. § 2 Abs. 1 GWG verpflichtet, den Vertragspartner zu identifizieren. Hierfür bedarf es gem. § 1 Abs. 5 GWG (ähnlich auch § 154 Abs. 1 AO) der Feststellung des Namens aufgrund gültigen Personalausweises oder Reisepasses sowie des Geburtsdatums, Geburtsorts, der Staatsangehörigkeit und der Anschrift.
Insbesondere bei Fernabsatzverträgen bedienen sich die Kreditinstitute dem **sog. PostIdent-Verfahren** der Deutschen Post AG zur Wahrung dieser Formvorschriften. Hierbei wird die Identifikation durch einen Mitarbeiter in der Filiale oder durch den Zusteller selbst vorgenommen, welche ein vorgefertigtes Formblatt durch Vorlage eines Ausweisdokuments vervollständigen, unterschreiben lassen und es dann an das Kreditinstitut zurücksenden.

5. Hauptversammlung und Internet

Literatur:
Habersack, Aktienrecht und Internet, ZHR 165 (2001), 172; *Heller/Sadeghi/Dretzki/Ruhe*, Die Online-Hauptversammlung. Überlegungen zur unmittelbaren Ausübung des Aktionärsrechtes via Internet, CR 2002, 592; *Hühter*, Aktionärsbeteiligung und Internet, 2002; *Kanda*, Company Law Reform in the Changing Era: Use of Electronic Media and Japanese company Law, Miyazaki Conference Paper, 2001; *Kozuka*, The Reformation of Corporate Law and the Use in Information and Communication Technology, Tokyo 2001; *Muthers/Ulbrich*, Internet und Aktiengesellschaft – Ungelöste Probleme bei der Durchführung der Hauptversammlung, WM 2005, 215; *Riegger*, Hauptversammlung und Internet, ZHR 2001, 204; *Schwarz*, Neue Medien im Gesellschaftsrecht, MMR 2003, 23.

Besondere Formprobleme stellen sich bei der **Durchführung von Hauptversammlungen über das Internet.** Früher mussten die zur Durchführung der Hauptversammlung notwendigen Informationen (§ 125 Abs. 1 AktG) schriftlich erstellt und an die Aktionäre versandt wer-

den. Mittlerweile hilft hier das Namensaktiengesetz.[1339] Durch das NaStraG wurde § 125 Abs. 2 Nr. 3 AktG dahingehend geändert, dass der Vorstand Namensaktionäre mit deren Einverständnis per E-Mail mit anschließendem Download informieren kann. Diese Regelung wirft jedoch Probleme auf: Zweifelhaft ist, ob eine allgemeine Einwilligung der Aktionäre für alle künftigen Fälle ausreicht. Fraglich ist ferner, wer die E-Mail-Adressen pflegen muss und ob der Aktionär mehrere E-Mail-Adressen verwenden kann. Zu klären ist auch, ob andere Aktionäre die Liste der E-Mail-Adressen einsehen können und was im Falle des fehlenden Zugangs der Mail gilt.
Für die Erteilung der Stimmrechtsvollmacht können in der Satzung Erleichterungen vom Schriftformerfordernis vorgesehen werden (§ 134 Abs. 3 Satz 2 AktG). Die einem Kreditinstitut erteilte Vollmacht ist formlos möglich (§ 135 Abs. 1 Satz 1 AktG). Ein Aktionär kann einem Kreditinstitut auch per E-Mail Weisungen nach Einberufung der Hauptversammlung erteilen (§ 128 Abs. 2, 3 AktG).

6. Vergaberecht und Form („E-Procurement“)

Aus der E-Commerce-Richtlinie leitet sich die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten ab, Rechtsvorschriften dahingehend zu ändern, dass elektronische Verträge nicht behindert werden. Im öffentlichen Vergabewesen müssen folglich digitale Angebote gleichberechtigt zugelassen werden. Die Richtlinie der EU ermöglicht insoweit **den elektronischen Vertragsabschluss auch bei öffentlichen Einkäufen.** Die Umsetzung hat in Form des § 15 der Vergabeordnung stattgefunden, die seit Februar 2001 geltendes deutsches Recht ist.

V. Beweiswert digitaler Dokumente

Literatur:
Bösig, Authentifizierung und Autorisierung im elektronischen Rechtsverkehr, 2006*; Brandner/Pordesch/Roßnagel/Schachermayer*, Langzeitsicherung qualifizierter elek-tronischer Signaturen, DuD 2002, 2; *Bieser*, Das neue Signaturgesetz, DStR 2001, 27; *Bieser*, Signaturgesetz: die digitale Signatur im europäischen und internationalen Kontext, RDV 2000, 197 und 264; *Blum*, Entwurf eines neuen Signaturgesetzes, DuD 2001, 71; *Büllesbach/Miedbrodt*, Überblick über die internationale Signaturregelung, CR 2000, 751; *Czeguhn*, Beweiswert und Beweiskraft digitaler Dokumente im Zivilprozess, JUS 2004, 124; *Dreßel/Viehues*, Gesetzgeberischer Handlungsbedarf für den elektronischen Rechtsverkehr – werden die wahren Prob-

[1339] Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung vom 18. Januar 2001, BGBl. I, 123; siehe dazu *Noack*, ZIP 2001, 57 ff.; *Seibert*, ZIP 2001, 53 ff. Ähnliche Gesetze sind zurzeit zum Beispiel in Japan in Vorbereitung; siehe dazu *Konzuka*, The Reformation of Corporate Law, a.a.O.

leme gelöst?, K&R 2003, 434; *Dumortier/Rinderle*, Umsetzung der Signaturrichtlinie in den europäischen Mitgliedstaaten, CRi 1/2001, 5; *Eßer*, Der Strafrechtliche Schutz des qualifizierten elektronischen Signaturverfahrens; *Fischer-Dieskau*, Der Referentenentwurf zum Justizkommunikationsgesetz aus Sicht des Signaturrechts, MMR 2003, 701; *Fischer-Dieskau*, Das elektronisch signierte Dokument als Mittel zur Beweissicherung, 2006; *Fischer-Dieskau, Roßnagel, Steidle*, Beweisführung am seidenen Bit-String? Die Langzeitaufbewahrung elektronischer Signaturen auf dem Prüfstand, MMR 2004, 451;*Fischer-Dieskau/Gitter/Paul/Steidle*, Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, MMR 2002, 709; *Gassen*, Digitale Signaturen in der Praxis, 2003; *Geis*, Die elektronische Signatur: Eine internationale Architektur der Identifizierung im E-Commerce, MMR 2000, 667; *Geis*, Schutz von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur, RDV 2000, 208; *von Harnier*, Organisationsmöglichkeiten für Zertifizierungsstellen nach dem Signaturgesetz, 2000; *Hoeren/Schüngel* (Hg.), Rechtsfragen der digitalen Signatur, 1999; *Hoeren/Pfaff*, Pflichtangaben im elektronischen Geschäftsverkehr aus juristischer und technischer Sicht, MMR 2007, 207; *Leier*, Die Haftung der Zertifizierungsstellen nach dem SigG. Betrachtung der geltenden und Überlegungen zur zukünftigen Rechtslage, MMR 2000, 13; *Mankowski*, Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, NJW 2002, 2822; *Mason*, Electronic Signatures – Evidence, CLSR 18 (2002), 175; *Miedbrodt*, Das Signaturgesetz in den USA; DuD 2000, 541; *Miedbrodt*, Signaturregulierung im Rechtsvergleich, 2000; *Morel/Jones*, De-mystifying electronic signatures and electronic signatures law from a European Union perspective, Communications Law 7 (2002), 174.; *von Ondarza*, Digitale Signaturen und die staatliche Kontrolle von „Fremdleistungen", 2001; *Rapp*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, 2002; *Redeker*, EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, CR 2000, 455; *Rieß*, Signaturgesetz – der Markt ist unsicher, DuD 2000, 530; *Roßnagel*, Auf dem Weg zu neuen Signaturregelungen, MMR 2000, 451; *Roßnagel*, Digitale Signaturen im europäischen elektronischen Rechtsverkehr, K&R 2000, 313; *Roßnagel*, Das neue Signaturgesetz, MMR 2001, 201; *Roßnagel*, Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht, DÖV 2001, 221; *Roßnagel*, Die neue Signaturverordnung, BB 2002, 261; *Roßnagel*, Die europäische Richtlinie für elektronische Signaturen und ihre Umsetzung im neuen Signaturgesetz, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, 2002, 131; *Roßnagel*, Rechtliche Unterschiede von Signaturverfahren, MMR 2002, 215; *Roßnagel*, Die fortgeschrittene digitale Signatur, MMR 2003, 164; *Roßnagel*, Qualifizierte elektronische Signatur mit Einschränkungen für das Besteuerungsverfahren, K&R 2003, 379; *Roßnagel /Fischer-Dieskau/Pordesch/Brandner*, Erneuerung elektronischer Signaturen, CR 2003, 301; *Roßnagel /Fischer-Dieskau/Pordesch/Brandner*, Das elektronische Verwaltungsverfahren – Das Dritte Verwaltungsverfahrensänderungsgesetz, NJW 2003, 469; *Roßnagel/Wilke*, Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente, NJW 2006, 2145; *Schlauri/Jörg/Arter* (Hrsg.), Internet-Recht und Digitale Signaturen, 2005; *Schlechter*, Ein gemeinschaftlicher Rahmen für elektronische Signaturen, K&R Beilage 10/2000; *Schmidl*, Die elektronische Signatur. Funktionsweise, rechtliche Implikationen, Auswirkungen der EG-Richtlinie, CR 2002, 508; *Schröter*, Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Zurechnungsregelung beim Einsatz elektronischer Signaturen, WM 2000, 2134; *Schemmann*, Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in § 371a ZPO, ZZP 118 (2005), 161; *Tettenborn*, Die Novelle des Signaturgesetzes, CR 2000, 683; *Thomale*, Die Haftungsregelung nach § 11 SigG, MMR 2004, 80; *Vehslage*, Beweiswert elektronischer Dokumente, K&R 2002, 531; *Welsch*, Das Signaturänderungsgesetz, DuD 2000, 408; *Wietzorek*, Der Beweis des Zugangs von Anlagen in E-Mails, MMR 2007, 156; *Yonemaru/Roßnagel*, Japanische Signaturgesetzgebung – Auf dem Weg zu „e-Japan", MMR 2002, 806.

Abseits der Schriftform stellt sich die Frage nach dem Beweiswert digital generierter Dokumente.

1. Freie richterliche Beweiswürdigung

Nach herrschender Auffassung können diese Dokumente **nur im Rahmen freier richterlicher Beweiswürdigung** (§ 286 ZPO) im Zivilprozess Berücksichtigung finden.[1340] Dabei mehren sich die Stimmen auch innerhalb der Jurisprudenz, die einer E-Mail im Bestreitensfall keinen Beweiswert zuerkennen. So soll die Angabe einer E-Mail-Adresse selbst bei Absicherung mit einem Passwort kein ausreichendes Indiz dafür sein, dass der E-Mail-Inhaber tatsächlich an einer Internetauktion teilgenommen hat.[1341] Wegen des zunehmenden Phishing-Risikos ist selbst bei passwortgeschützten Systemen eine Zuordnung zum ursprünglichen Berechtigten nicht mehr möglich; eine Beweislastumkehr zu dessen Lasten ist daher unmöglich.[1342] Anders argumentieren Stimmen in der Literatur, die zumindest für die Identität des Erklärenden bei E-Mails einen Anscheinsbeweis für möglich ansehen.[1343] Auch soll ein solcher bei Vorliegen einer Lesebestätigung gegeben sein.

Eine Qualifizierung digital generierter Dokumente als Privaturkunde im Sinne von § 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 Anscheinsbeweis für den Zugang einer Erklärung; sie haben allenfalls Indizwirkung.[1344] Im Übrigen sieht die Rechtsprechung Internetauktionen

[1340] Hierzu sehr ausführlich *Nöcker*, CR 2000, 176, 180 f.; *Geis*, CR 1993, 653 f.; *Heun*, CR 1995, 2, 3; anderer Ansicht nur *Kilian*, DuD 1993, 607, 609.
[1341] *AG Erfurt*, MMR 2002, 127 m. Anm. *Wiebe* = CR 2002, 767 mit Anm *Winter*; ähnlich auch *OLG Köln*, MMR 2002, 813 = CR 2003, 55 mit Anm. *Mankowski* 44 = K&R 2003, 83 mit Anm. *Roßnagel* = TKMR 2003, 51; *OLG Hamburg*, MMR 2002, 677 mit Anm. *Funk/Wenn* 820; *LG Bonn*, MMR 2004, 179 mit Anm. *Mankowski*; *LG Bonn*, MMR 2002, 255 mit Anm. *Wiebe* = CR 2002, 293 mit Anm. *Hoeren*; *LG Konstanz*, MMR 2002, 835 mit Anm. *Winter* = CR 2002, 609; *AG Karlsruhe-Durlach*, MMR 2002, 64; *AG Bonn*, CR 2002, 301.
[1342] *LG Magdeburg*, CR 2005, 466.
[1343] So *Mankowski*, NJW 2002, 2822 ff. und CR 2003, 44 ff.; *Veshlage*, K&R 2002, 531, 533; *Krüger/Bütter*, MDR 2003, 181, 186.
[1344] *BGH*, NJW 1995, 665.

als Versendungskauf an, so dass die Darlegungs- und Beweislast für den Inhalt eines Pakets beim Verkäufer liegt.[1345]

2. Beweisvereinbarung

Die Problematik des Beweiswerts digital generierter Dokumente lässt sich auch nicht vertraglich durch Abschluss einer **Beweisvereinbarung** lösen. Zwar wäre eine Klausel denkbar, wonach der Kunde den Beweiswert der elektronischen Dokumente als Urkundsbeweis akzeptieren muss. Eine solche Klausel hätte jedoch keine Bindungswirkung für die richterliche Beweiswürdigung. Der Richter könnte es weiterhin ablehnen, die Dokumente als Urkunden zu qualifizieren. Auch die Bindung des Kunden an diese Klausel ist zweifelhaft.[1346]

3. Gesetzesänderungen

Eine Lösung lässt sich nur gesetzgeberisch finden, indem die Gesetze entsprechend geändert werden. Eine solche Regelung findet sich zum Beispiel in **Großbritannien**. Nach dem **Civil Evidence Act 1995** ist eine Computerdatei als Beweismittel zugelassen, wenn „it forms part of the records of a business and an officer of the business provides a certificate of its authenticity". Diese Regel ist allerdings m.E. nicht als Ausdruck eines erhöhten Beweiswertes zu verstehen. Sie entspricht vielmehr der Tatsache, dass elektronische Informationen nicht bereits per se von der Beweiswürdigung ausgeschlossen sind, weil sie elektronisch gespeichert sind. Von der Frage der generellen Zulassung elektronischer Beweismittel ist die Frage des konkreten Beweiswertes aber zu trennen.

Eine eindeutige Bestimmung des Beweiswertes elektronischer Dokumente findet sich nur in **Italien**. Nach Art des Gesetzes Nr. 59 vom 15.3.1997 sollen elektronische Dokumente den gleichen Beweiswert wie Papierdokumente haben. Diese enorm liberale Haltung Italiens stößt allerdings auf Skepsis bei anderen europäischen Staaten, die sich fragen, wieso jedes elektronisch generierte Dokument trotz seiner beliebigen Manipulierbarkeit einen solch hohen Beweiswert haben soll.

Ursprünglich war eine Regelung des Beweiswertes im Rahmen des **deutschen Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes (IuKDG)** vorgesehen. Frühe Entwürfe des in diesem

[1345] *LG Berlin*, MMR 2004, 189. Anders aber *LG Essen*, CR 2005, 601.
[1346] *Hoeren*, CR 1995, 513, 516.

Gesetzespaket enthaltenen Signaturgesetzes sahen vor, dass ein elektronisches Dokument als Urkunde anerkannt werden könne, wenn die Echtheit einer dabei verwendeten elektronischen Unterschrift mit einem öffentlichen Schlüssel überprüft werden kann, der durch ein zum Zeitpunkt der Unterschrift gültiges Zertifikat einer zugelassenen Zertifizierungsinstanz bestätigt ist. Allerdings verließ den Gesetzgeber dann der Mut. Zwar fanden sich im IuKDG ausführliche Regelungen zur digitalen Signatur im Rahmen des Signaturgesetzes und der dazu gehörigen Signaturverordnung. Doch präjudizierte die Einhaltung der komplizierten Verfahrensbestimmungen für die digitale Signatur nicht mehr deren Beweiswert. Jeglicher Bezug zwischen Signaturregulierung und ZPO wurde nachträglich eliminiert. Dies schloss allerdings nicht aus, dass der digitalen Signatur im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) ein besonderer Beweiswert zukommt, auch wenn damit die Frage des Beweiswertes digitaler Dokumente weiterhin dem Ermessen und letztendlich damit auch der Willkür einzelner Richter überlassen wird.

4. Signaturrichtlinie und das neue Signaturgesetz

Hier hat allerdings die Europäische Union mit der Ende 1999 in Kraft **verabschiedeten Signaturrichtlinie** Abhilfe geschaffen.[1347] In der Richtlinie wird **zwischen „elektronischen Signaturen"** und **„fortgeschrittenen digitalen Signaturen**" unterschieden. Einer (einfachen) elektronischen Signatur darf nach Art. 5 Abs. 2 nicht generell die Rechtsgültigkeit und die Zulässigkeit als Beweismittel abgesprochen werden. Eine „fortgeschrittene digitale Signatur" hat darüber hinaus auch einen erhöhten Beweiswert. Dazu ist erforderlich, dass die Signatur ausschließlich dem Unterzeichner zugeordnet ist, die Identifizierung des Unterzeichners ermöglicht, mit Mitteln erstellt wird, die der Unterzeichner unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann und so mit den Daten, auf die sie sich bezieht, verknüpft ist, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann. „Fortgeschrittene" elektronische Signaturen, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruhen,[1348] sollen das rechtliche Erfordernis einer Unterschrift erfüllen (Art. 5 Abs. 1). Es dürfte damit feststehen, dass zumindest dann, wenn die hohen Sicherheitsanforderungen des deutschen Signaturgesetzes erfüllt sind, der Beweiswert einer dergestalt signierten Dokuments dem einer Privaturkunde gleichkommt. Gleiches

[1347] Richtlinie 1999/93/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. L 13 vom 19. Januar 2000, 12. Parallel dazu sind die Arbeiten zum UNCITRAL-Modellgesetz für den elektronischen Geschäftsverkehr zu beachten, die auch die Entwicklung einheitlicher Regeln für elektronische Signaturen umfassen (http://www.uncitral.org). Auch die OECD arbeitet an einer Übersicht über Formvorschriften im Bereich elektronischer Signaturen.

[1348] Die an ein qualifiziertes Zertifikat zu stellenden Voraussetzungen finden sich in Anhang I der genannten Richtlinie.

dürfte auch für Signaturverfahren anderer Staaten gelten, sofern die dortigen Zertifizierungsstellen die in Anhang II der Richtlinie festgelegten Voraussetzungen erfüllen. Zertifizierungsstellen, die ein qualifiziertes Zertifikat ausstellen, müssen gegenüber jeder Person, die vernünftigerweise auf das Zertifikat vertraut, haften. Sie können den Anwendungsbereich von Zertifikaten und den Wert der Transaktionen, für die ein Zertifikat gültig ist, begrenzen. Die Zertifizierungsstelle ist in diesen Fällen nicht für Schäden verantwortlich, die sich aus einer über den Anwendungsbereich oder die Höchstgrenze hinausgehenden Nutzung eines Zertifikats ergeben.

Die Signaturrichtlinie ist der richtige Weg. Sie lässt aber noch Fragen offen. Insbesondere das Verhältnis der „**fortgeschrittenen digitalen Signatur**" zu den Sicherheitsanforderungen einzelner nationaler Signaturregelungen ist unklar. Es sollte sehr schnell Planungssicherheit dahingehend hergestellt werden, welche Sicherheitsinfrastruktur welchen Beweiswert für ein digital signiertes Dokument 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 voranzugehen. Auch die großen Unternehmen sind gefordert, den klassischen Vertrieb um einen virtuellen Distributionsweg mittels digitaler Signaturen zu ergänzen und hierzu z. B. dem Versicherungsnehmer 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 Signaturgesetz vom 16.5.2001, 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 Signaturgesetzes erfolgt. Solche Signaturen sind nicht verboten. Sie sind aber nicht der Schriftform gleichgestellt (§ 126 Abs. 3 BGB). Auch kommt ihnen kein erhöhter Beweiswert im Sinne von § 371a ZPO zu. Es fehlt ihnen schließlich auch die Sicherheitsvermutung nach § 15 Abs. 1 SigG.

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 Iden-

tität dieser Person bestätigen (§ 2 Ziff. 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 SiG 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.[1349]

Eine freiwillige Akkreditierung ist für Zertifizierungsdiensteanbieter möglich, die von der zuständigen Behörde ein zusätzliches Gütesiegel erhalten (§ 15 SigG). Zu diesen Anbietern zählt die Deutsche Telekom AG mit ihrer Tochter „T-Telesec Crypt“ (http://www.telesec.de) und die Deutsche Post AG mit ihrem Dienst „Signtrust“ (http://signtrust.deutschepost.de).
Seit Inkrafttreten des neuen Signaturgesetzes sind bereits mehr als 20 **Zertifizierungsstellen** akkreditiert.[1350] Den auf diese Weise generierten Zertifikaten kommt ein noch höherer Beweiswert als den normalen qualifizierten Signaturen zu, ohne dass man weiß, wie hoch der Beweiswert zu bemessen ist. Für das Zivilrecht stehen qualifizierte und akkreditierte Signa-

[1349] So *Fischer-Dieskau u.a.*, MMR 2002, 709, 713. Siehe dazu auch *Pordesch*, DuD 2000, 89 ff.
[1350] 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.

turverfahren auf einer Stufe; für Behörden erscheint allerdings eine Verpflichtung zur Nutzung akkreditierter Verfahren möglich.[1351]

Zu klären ist noch die **Interoperabilität der Signaturen**, insbesondere im Hinblick auf die Nutzung im Ausland. Ende September 2001 wurden erst Interoperabilitätsspezifikationen (ISIS-MTT) seitens des BMWi veröffentlicht. Im Übrigen ist inzwischen auch das 3. Verwaltungsverfahren-Änderungsgesetz am 1. Februar 2003 in Kraft getreten.[1352] Hiernach kann für den Bereich des Verwaltungsverfahrens eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist, durch die elektronische Form ersetzt werden. Diese Form wird gem. § 3a II VwVfG erfüllt, wenn das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen ist. Zu beachten ist ferner, dass beispielsweise im **Arbeitsgerichtsgesetz** (ArbGG) Sonderregelungen bezüglich elektronischer Dokumente gelten, §§ 46b, 46c ArbGG. Bei etwaigen Dokumenten, die von den Parteien dem Gericht zugeleitet werden, ersetzt eine qualifizierte Signatur die Schriftform. Das Gleiche gilt für gerichtliche Dokumente seitens des Richters, Rechtspflegers oder Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, deren Unterschrift durch eine qualifizierte elektronische Signatur ersetzt werden kann.
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.

Zu beachten ist ferner das neue Projekt **De-Mail** der Bundesregierung. **De-Mail** ist ein Kommunikationsmittel, das den sicheren Austausch rechtsgültiger elektronischer Dokumente zwischen Bürgern, Behörden und Unternehmen über das Internet ermöglichen soll. Das Projekt wird von der deutschen Bundesregierung zusammen mit privatwirtschaftlichen Partnern umgesetzt und wurde im November 2008 erstmals auf dem IT-Gipfel in Darmstadt öffentlich

[1351] Siehe *Roßnagel*, DÖV 2001, 225 f.; *Roßnagel*, MMR 2002, 215, 221.
[1352] BGBl. I, 3322. Dazu auch *Schmitz/Schlatmann*, NVwZ 2002, 1281; *Schlatmann*, LKV 2002, 489; *Roßnagel*, NJW 2003, 469; zu den Entwürfen *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238; *Catrein*, NWVBl 2001, 50; *Catrein.*, NVwZ 2001, 413; *Rosenbach*, DVBl. 2001, 332; *Roßnagel*, DÖV 2001, 221; *Roßnagel.*, DVBl. 2002, 1005; *Storr*, MMR 2002, 579.

vorgestellt. Nach einem Pilotprojekt 2009 ist die offizielle Einführung 2010 geplant. De-Mail wird von der deutschen Bundesregierung in Zusammenarbeit mit privatwirtschaftlichen Unternehmen entwickelt und auch betrieben werden. In einem Akkreditierungsverfahren müssen Unternehmen, die eine Beteiligung anstreben, nachweisen, dass sie die festgelegten Anforderungen erfüllen. Interessenten müssen sich zunächst durch einen akkreditierten Dienstanbieter eindeutig identifizieren lassen. Dazu sollen z.B. das Postident-Verfahren oder der Elektronische Personalausweis zum Einsatz kommen. Nach der Identifizierung soll eine Kennung *Vorname.Nachname[.Nummer]@Dienstanbieter.zertIT.de* zugeteilt werden, die bei der Kommunikation zu verwenden ist.

Die EU-Kommission schlägt vor, elektronische Rechnungen in Zukunft ebenso zu behandeln wie auf Papier ausgestellte.[1353] 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 Gesetzvorschlags führt die Kommission an, die vorhandenen Regeln seien „zu kompliziert und unterschiedlich".

VI. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Literatur:
Kamanabrou, Vorgaben der E-Commerce-RL für die Einbeziehung von AGB bei Online-Rechtsgeschäften, CR 2001, 421; *Koehler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, MMR 1998, 289; *Löhnig*, Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, NJW 1997, 1688; *Mehrings*, Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet, BB 1998, 2373; *Mehrings*, Vertragsschluss im Internet. Eine neue Herausforderung für das alte BGB, MMR 1998, 30, *Mehrings*, Vertragsschluss im Internet, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimedia-Recht, 2004, Teil 13.1; *Moritz*, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr, CR 2000, 64 f.; *Graf von Bernstorff*, Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce, RIW 2000, 15 f.; *Rehbinder/Schmauss*, Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet, UFITA 2000/II, 313; *Rinkler*, AGB-Regelungen zum Rückgriff des Unternehmers und zu Rechtsmängeln auf dem Prüfstand, ITRB 2006, 68; *Schmitz/Eckhardt*, AGB – Einwilligung in Werbung, CR 2006, 533; *Taupitz/Kritter*, E-Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839; *Wiebe*, Vertragsschluss und Verbraucherschutz bei Internet-Auktionen und anderen elektronischen Marktplätzen, in: *Spindler/Wiebe* (Hrsg.), Internetauktionen und Elektronische Marktplätze, 2005.

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 Websites stellen.

[1353] http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/whats_new/COM(2008)805_en.pdf

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 Verwendung von AGBs in diesem Bereich zumeist entgegenstehen, dass es sich nicht um solche Vertragsbedingungen handelt, die für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sind (mind. 3 Verwendungen).[1354] Im Übrigen ist zu beachten, dass die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln regelmäßig auch als Wettbewerbverstoß angesehen wird und damit nach § 3 UWG abmahnfähig ist. [1355]

Nachfolgend soll daher lediglich auf das Verhältnis B2C und B2B näher eingegangen werden.

Besondere Schwierigkeiten macht die Einbeziehung von AGB in eine Website. Nach § 305 Abs. 2 BGB muss auf die Geschäftsbedingungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausdrücklich hingewiesen und dem Erwerber 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.

Problematisch ist die Einbeziehung von AGB, die der Nutzer nur über den elektronischen Abruf einsehen kann. Unstreitig ist eine Einbeziehung von AGB durch sog. **Click-Wrap-Agreements** möglich, bei denen der Kunde die AGB elektronisch zur Lektüre einsehen kann und durch Klicken einer elektrischen Schaltfläche seine Zustimmung hierzu erklärt.[1356] Hier wird häufig noch mit gerichtlichen Entscheidungen zum Btx-Verkehr argumentiert, die besagen, dass das Lesen längerer Bedingungen aufgrund der langen Übertragungsdauer unzumutbar sei.[1357] Bei **Texten, die länger als eine Bildschirmseite sind**, soll eine Ausdruckmöglichkeit bestehen.[1358] Andere verweisen aber wiederum darauf, dass der Ausdruck mit Kosten verbunden ist, Kenntnisse des Kunden hinsichtlich der Druckmöglichkeiten voraussetzt und im Übrigen die Existenz eines Druckers bedingt.[1359] Ähnlich hält die Literatur wegen der

[1354] Palandt/*Heinrichs*, § 305, Rdnr.9; *BGH*, NJW 1998, 2286; *BGH*, NJW 2002, 138; *BAG*, DB 2006, 1377.
[1355] *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 4. Juli 2008 – 6 W 54/08 – LSK 2009, 010396; *KG*, Beschluss vom 25. Januar 2008 – 5 W 344/08; *OLG Celle*, Urteil vom 28. Februar 2008 – 13 U 195/07; anderer Ansicht *OLG Köln*, Urteil vom 16. Mai 2008 – 6 U 26/08 – MMR 2008, 540.
[1356] So auch *LG Essen*, MMR 2004, 49.
[1357] *LG Freiburg*, CR 1992, 93; ähnlich auch *LG Aachen*, NJW 1991, 2159, 2160; *LG Wuppertal*, NJW-RR 1991, 1148, 1149; *AG Ansbach*, zit. n. *Herget/Reimer*, DStR 1996, 1288, 1293. In der Literatur wird diese Argumentation geteilt von *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG, 8. Aufl. 1997, § 2 Rdnr. 49a und *Borges*, ZIP 1999, 130, 135; *Mehrings*, BB 1998, 2373 f., 2380.
[1358] *Heinrichs*, NJW 1999, 1596, 1598; ähnlich auch *Borges*, ZIP 1999, 130, 135.
[1359] Siehe dazu *Mehrings*, BB 1998, 2373, 2378; *Kamanbrou*, CR 2001, 421, 423 f.

nachträglichen Änderbarkeit eine wirksame Vereinbarung von AGB über elektronische Netze für unmöglich.[1360]

Diese Anforderungen erscheinen überzogen. Der Besteller ist gerade im WWW-Bereich frei, sich die AGB auf seinen Rechner oder einen Proxy-Server zu laden und in aller Ruhe, ohne zusätzliche Übertragungskosten, zu lesen. Er kann sie zusätzlich ausdrucken und hat dadurch die Gewähr, die jeweiligen AGB authentisch zur Kenntnis nehmen zu können. Schließlich bedient sich der Nutzer freiwillig des Internet zum Vertragsschluss und muss damit auch die Informationsmöglichkeiten des Internet akzeptieren. Eine nachträgliche Änderung der AGB wäre unter dem Gesichtspunkt des Betrugs strafbar. Von daher spricht diese eher vage Möglichkeit für die wirksame Vereinbarung von AGB.[1361]

Nicht ausreichend ist der **bloße Hinweis auf die AGB auf der Homepage**, etwa im Rahmen von Frames auf der Einstiegsseite.[1362] 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; § 312 e Abs. 2 BGB).

[1360] *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, 4. Aufl 1999, § 2 Rdnr. 24; *Bultmann/Rahn*, NJW 1988, 2432, 2434 f.
[1361] Zuletzt *LG Münster*,CR 2000, 313: „auch umfangreiche Geschäftsbedingungen werden bei Vertragsschlüssen im Internet wirksam einbezogen, wenn der Kunde die Möglichkeit hat, sie kostenlos zu kopieren"; ähnlich auch *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl. § 311; *Fringuelli/Wallhäuser*, CR 1999, 93 f.; *Kaiser/Voigt*, K&R 1999, 445, 450; *Löhnig*, NJW 1997, 1688; *Moritz*, CR 2000, 61, 64; *vom Bernstorff*, RIW 2000, 14,16; *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2368 f.
[1362] Siehe im Übrigen zu denkbaren Fehlern bei der AGB-Einbindung die Glosse unter http://www.kommdesign.de/galerie/empfang/rechtsabteilung.htm.

Zu beachten ist ferner § 312e Abs. 1 BGB, der der Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie dient.[1363] Hiernach sind dem Nutzer die Vertragsbestimmungen unter Einschluss der in den Vertrag **einbezogenen 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.[1364] 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
- Widerrufsbelehrung, Kosten der Rücksendung

Unzulässige Klauseln sind hingegen solche bezüglich

- Beschränkung der Gewährleistung und insbesondere Haftungsausschlüsse
- Gerichtswahl gegenüber Nicht-Kaufleuten
- Ausländischer Verwender bei Kaufleuten
- Pauschalisierter Schadensersatz
- Nicht geregelter Folgen in Bezug auf die Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises im Falles des Ausüben des Widerrufsrechts[1365]
- Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Käufers[1366]

[1363] Die Entscheidung des BMJ dafür, die Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie teilweise im Rahmen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vorzunehmen, dürfte Schwierigkeiten insofern bereiten, als dann die Schuldrechtsmodernisierung ihrerseits unter die Notifizierungspflicht nach der EU-Transparenzrichtlinie fällt und das Notifizierungsverfahren einige Monate dauern wird. Hierzu stehen noch Diskussionen im BMJ aus.
[1364] Siehe *Kamanabrou*, CR 2001, 421, 424 f.
[1365] Bei *BGH*, CR 2006, 120 handelte es sich dabei um die Formulierung „entweder wird der Wert ihrem Kundenkonto gutgeschrieben oder Sie erhalten beim Nachnahmekauf einen Verrechnungsscheck".
[1366] *BGH*, CR 2007, 351.

- Einschränkungen der Ausübung des Widerrufsrechtes auf „Ware in Originalverpackung und mit Originalrechnung“ oder Ausschluss des Widerrufsrechtes für bestimmte Warengruppen[1367]
- Abwälzung der Gefahr der Rücksendung auf den Kunden bei Ausübung des Widerrufsrechtes[1368]
- Die Beschränkung der Gültigkeit von Warengeschenkgutscheinen auf ein Jahr [1369]
- Angaben zu Lieferfristen „in der Regel“ oder „ca“[1370]
- Unkonkretisierte Preis- oder Leistungsänderungsvorbehalte[1371]
- AGB: „Unfrei zurückgesandte Ware wird nicht angenommen“[1372]
- Liefervorbehalte in Bezug auf Ersatzlieferung gleichwertiger Produkte[1373]
- Die Beschränkung der Rückerstattung nach fernabsatzrechtlichem Widerruf auf eine Gutschrift[1374]
- Die Option, die Ware mit „versichertem Versand“ zu versenden[1375]
- Die Einführung von Rügepflichten im B2C-Bereich[1376]
- „Teillieferungen und Teilabrechnungen sind zulässig”[1377]
- “Änderungen und Irrtümer vorbehalten”[1378]

Versteckt sich die Zahlungspflicht in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, kann diese Klausel ungewöhnlich und überraschend und damit unwirksam sein, wenn nach dem Erscheinungsbild der Website mit einer kostenpflichtigen Leistung nicht gerechnet werden musste.[1379]

[1367] *LG Düsseldorf*, CR 2006, 858; *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2007, 402 Ähnlich *LG Konstanz*, Urteil vom 5. Mai 2005 – 8 O 94/05 KfH. Auch verboten ist die Verweigerung der Rücknahme unfrei versendeter Ware; *OLG Hamburg*, Beschluss vom 14. Februar 2007 – 5 W 15/087.
[1368] *LG Düsseldorf*, CR 2006, 858; *LG Landau*, Urteil vom 17. Februar 2006 – HKO 977/05; *LG Coburg*, Urteil vom 9. März 2006 – 1 HKO 95/05 – LSK 2007, 010357. Zulässig ist die Klausel “Bitte frankieren Sie das Paket ausreichend, um Strafporto zu vermeiden. Wir erstatten Ihnen den Portobetrag dann umgehend”; *OLG Hamburg*, MMR 2008, 57.
[1369] *LG München*, K&R 2007, 428. Ähnlich *OLG München*, Urteil vom 17. Januar 2008 – 29 U 3193/07 – MMR 2009, 70; NJW-RR 2008, 1233.
[1370] *KG*, NJW 2007, 2266. Anders *LG Frankfurt*, Urteil vom 3. Juli 2008 – 2-31 O 128/07 für die „ca“-Angabe.
[1371] *Bundesgerichtshof*, Urteil vom 15. November 2007 – III ZR 247/06 – NJW 2008, 360; MMR 2008, 159; siehe auch *BGH*, MMR 2008, 36.
[1372] *OLG Hamburg*, MMR 2007, 530, wegen Verstoßes gegen § 312d Abs. 1 BGB.
[1373] *LG Frankfurt*, Urteil vom 23. August 2006 – 2/2 O 404/05 – LSK 2007, 240288. Ähnlich auch *BGH*, Urteil vom 21. September 2005 – VIII ZB 284/04.
[1374] *LG Regensburg*, Urteil vom 15. März 2007 – 1 HKO 2719/06.
[1375] *LG Saarbrücken*, Urteil vom 15. September 2006 – 7 I 0 94/06; *LG Hamburg*, Urteil vom 18. Januar 2007 – 315 O 457/06 – MMR 2007, 461; Beschluss vom 6. November 2007 – 315 O 888/07.
[1376] *LG Hamburg*, Urteil vom 5. September 2003 – 324 O 224/03 – MMR 2004, 190; *LG Frankfurt*, Urteil vom 9. März 2005 – 2-02 O 341/04.
[1377] *KG*, Urteil vom 25. Januar 2008 – 5 W 344/07 – GRUR 2008, 930.
[1378] *BGH*, Urteil vom 4. Februar 2009 – VIII ZR 32/08.
[1379] *AG München* Urteil vom 16. Januar 2007 – 161 C 23695/06 – LSK 2008, 080005.

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 der Gewinnchance über 1000,00 EUR) 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.[1380]

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 [str.][1381]

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

Im B2B-Fall ist die Einbeziehung von AGB unproblematischer möglich. Hier ist anerkannt, dass zur Einbeziehung in den Vertrag jede auch stillschweigende Willensübereinstimmung genügt. Im unternehmerischen Verkehr reicht es mithin aus, ist es andererseits aber auch erforderlich, dass die Parteien sich auf irgendeine Weise konkludent über die Einbeziehung der

[1380] *LG Stuttgart*, MMR 2007, 668.
[1381] e.A. *LG Hamburg*, MMR 2006, 175: grundsätzlich unzulässige Klausel; a.A. *OLG München*, MMR 2006, 748: abhängig davon, ob dingliche oder schuldrechtliche Regelung getroffen wurde.

AGB einigen. Ausreichend ist, dass der Verwender erkennbar auf seine AGB verweist und der unternehmerische Vertragspartner deren Geltung nicht widerspricht. Eine ausdrückliche Einbeziehung ist auch dann wirksam, wenn die AGB dem für den Vertragsschluss maßgeblichen Schreiben nicht beigefügt waren und der Kunde den Inhalt der AGB nicht kennt.[1382]

VII. Zahlungsmittel im elektronischen Geschäftsverkehr

Literatur:
Balzer, Haftung von Direktbanken bei Nichterreichbarkeit, ZBB 2000, 2; *Behrendt*, Das Mindestreservesystem des ESZB und elektronisches Geld, EuZW 2002, 364; *Einsele*, Wertpapiere im elektronischen Bankgeschäft, WM 2001, 7; *Eisele/Fad*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Missbrauch kartengestützter Zahlungssysteme, Jura 2002, 305; *Escher*, Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet, WM 1997, 1173; *Escher*, „Elektronisches Geld" im Recht, DuD 1997, 373; *Escher*, Elektronische Zahlungen im Internet – Produkte und Rechtsfragen, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, 2002, 585; *Fiebig*, Die Haftung beim Missbrauch von Kreditkartendaten im Internet, K&R 2002, 447; *Fiege*, Anonymer Zahlungsverkehr mit elektronischem Geld, CR 1998, 41; *Florian*, Rechtsfragen des Wertpapierhandels im Internet, 2001; *Furche/Wrightson*, Computer Money. Zahlungsverkehr im Internet, 1997; *Giannakoudi*, Internet Banking: The Digital Voyage of Banking and Money in Cyberspace, Information & Communications Technology Law, Vol. 8, No. 3, 1999, 205; *Gramlich*, Elektronisches Geld, CR 1997, 11; *Gramlich*, "Elektronisches Geld" im Recht, DuD 1997, 383; *Hoenike/Szodruch*, Rechtsrahmen innovativer Zahlungssysteme für die Multimediadienste, MMR 2006, 519; *Hoeren*, Kreditinstitute im Internet – Ausgewählte Rechtsfragen, in: Hadding (Hg.), Einführung des Euro in die Bank- und Unternehmenspraxis, 1998, 163; *Hofmann*, Die Geldkarte – Die elektronische Geldbörse der deutschen Kreditwirtschaft, 2001; *Holznagel/Hoeren*, Rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Zahlungsverkehrs, 1999; *Kißling*, Zahlung mit elektronischen Werteinheiten, 2001; *Kaperschmidt*, Rechtsfragen des Vertriebs von Investmentfonds im Internet, WM 2002, 1747; *Koch/Maurer*, Rechtsfragen des Online-Vertriebs von Bankprodukten, WM 2002, 2443 (Teil I) und 2481 (Teil II); *Koch*, Bankgeheimnis im Online- und Internet-Banking, MMR 2002, 504; *Krüger/Bütter*, Elektronische Willenserklärungen im Bankgeschäftsverkehr: Risiken des Online-Banking, WM 2001, 221; *Kümpel*, Rechtliche Aspekte des elektronischen Netzgeldes (Cybergeld), WM 1998, 365; *Kümpel*, Elektronisches Geld (cyber coins) als Bankgarantie, WM 1999, 313; *Levy*, E-Money (That´s what I want), Wired 12/1994, 174 und 213; *Luckey*, Ein europarechtlicher Rahmen für das elektronische Geld, WM 2002, 1529; *Lynch/Lundquist*, Zahlungsverkehr im Internet, 1997; *Mai*, Wertpapierhandel im Internet unter besonderer Berücksichtigung der zivilrechtlichen Haftung von Börseninformationsdiensten, 2000 (unverä. Magisterarbeit); *Müglich/Simon*, Datenaustausch im elektronischen Zahlungsverkehr per UN/EDIFACT, K&R 2000, 282; *Neumann*, Die Rechtsnatur des Netzgeldes – Internetzahlungsmittel ecash, 2000; *Neumann./Bock*, Zahlungsverkehr im Internet, 2004; *Oberndörfer*, Digitale Wertpapiere im Lichte der neuen Formvorschriften des BGB, CR 2002, 358; *Pichler*, Rechtsnatur, Rechtsbeziehungen und zivilrechtliche Haftung beim elektronischen Zahlungsverkehr im Internet, 1998; *Pfüller/Westerwelle*, Wertpapierhandel im Internet, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, 2004, Kap. 13/7; *Riehmer/Heuser*, Börsen und Internet, ZGR 4 (2001), 385; *Roßmann*, Elektronische Unterschrift im Zahlungsverkehr, CR 1998, 36; *Schmitt*, Elektroni-

[1382] *OLG Bremen*, NJOZ 2004, 2854.

sches Geld im Internet. Probleme des Bankenaufsichts-, Zentralbank- und Geldwäscherechts, 1999; *Rossa*, Missbrauch beim electronic cash – Eine zivilrechtliche Bewertung, CR 1997, 138; *Schulz*, Digitales Geld, 2000; *Stockhausen*, Die Einführung des HBCI-Standards aus bankrechtlicher Sicht, WM 2001, 605; *Spallino*, Rechtsfragen des Netzgeldes, WM 2001, 231; *Stolpmann*, Elektronisches Geld im Internet, 1997; *Graf von Schönborn*, Bankhaftung bei der Überweisung im Internet, 2001; *Vaupel*, IPOs Over The Internet, in: Butterworths Journal of Banking and Financial Law, Februar 2000, 46; *Spindler*, Elektronische Finanzmärkte und Internet-Börsen, WM 2002, 1341 und 1365; *Weber*, Zahlungsverfahren im Internet, 2002; *Werner*, Rechtsfragen des elektronischen Geldes (Teil 13.5), in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 2004; *Werner*, Rechtsprobleme im elektronischen Zahlungsverkehr, BB-Beilage 12/1999, 21; *Werner*, Das Lastschriftverfahren im Internet BKR 2002, 11; *Werner*, Geldverkehr im Internet. Ein Praxisleitfaden, 2002.

1. Herkömmliche Zahlungsmethoden

Im deutschsprachigen Internet sind die Kreditkarte, das Lastschriftverfahren und die Zahlung per Rechnung als Zahlungsmöglichkeiten am weitesten verbreitet.

Der **Kreditkarte** kommt zugute, dass sie sich als international anerkanntes Zahlungsmittel auch bei internationalen Transaktionen anbietet. Ihr Vorteil liegt für den Internet-Händler darin, dass das Kreditkartenunternehmen ihm eine Zahlungsgarantie gewährt, so dass er sich nicht primär auf die Bonität seines Kunden verlassen muss. Der Kunde wiederum kann Kreditkartenzahlungen relativ leicht stornieren lassen, so dass das Risiko sich für ihn in vertretbaren Grenzen hält.

Sicherheitsprobleme tauchen dann auf, wenn die Daten ungeschützt über das Netz verschickt werden, so dass sie leicht abgefangen bzw. mitgelesen werden können. Um diesem Problem zu begegnen, wurde **SET** (Secure Electronic Transaction) entwickelt, das eine verschlüsselte Form der Datenübertragung sowie die Identifikation der an der Transaktion Beteiligten durch digitale Signaturen und Zertifikate ermöglicht. SET war ein weltweiter Standard für Kreditkartenzahlungen im Internet und dient dazu, die Kreditkartendaten bei der Übermittlung im Internet zu schützen. Heute wird SET jedoch kaum noch eingesetzt. Stattdessen sind neue Sicherungsverfahren MasterCard SecureCode und Verified by Visa gängig.

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 Lastschriftermächtigung fehlt, da ein solcher die handschriftliche Signatur des Kunden erfordert. Nach dem Lastschriftabkommen zwischen Kreditwirtschaft und Industrie ist

diese Form des Nachweises zwingend; ein elektronisches Dokument reicht nicht aus.[1383] Ein weiterer Unsicherheitsfaktor besteht für den Händler darin, dass der Kunde Lastschriften binnen sechs Wochen problemlos zurückbuchen lassen kann. Für internationale Transaktionen ist das Lastschriftverfahren ungeeignet, da es in dieser Form auf das Inland begrenzt ist.

Beim **Rechnungsversand** ist zu bedenken, dass der Händler das Risiko der Bonität und Zahlungsbereitschaft des Kunden trägt, da die Warenlieferung der Zahlung zeitlich vorgeht. Ohne zusätzliche Möglichkeiten, sich der Identität des Kunden sowie der Authentizität der Bestellung zu versichern – z.B. durch den Einsatz digitaler Signaturen und Zertifikate – ist diese Zahlungsform für die meisten Internet-Händler nicht optimal.

2. Internetspezifische Zahlungsmethoden

Systeme, die die **Zahlung im Internet per Chipkarte** (z.B. Geldkarte[1384] oder Mondex)[1385] **oder Netzgeld** (z.B. eCash) ermöglichen, haben keine Praxisdurchsetzung erfahren. Auch nicht durchsetzen konnten sich Verfahren bei Kleinbetragszahlungen (sog. micropayments) wie Millicent[1386] und CyberCoin.[1387]
Die Funktionsweise dieser Formen elektronischen Geldes ist bereits ausführlich in der Literatur beschrieben worden.[1388] 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 verbriefte **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[1389] 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 Urkundsqualität fehlt und insofern die Annahme einer wertpapierrechtlichen

[1383] *Werner*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimediarecht, München 2006, Teil 13.5, Rdnr. 39.
[1384] Siehe http://www.sparkasse.de/ecommerce/, dort auch Informationen zu SET.
[1385] http://www.mondex.com/; Mondex ist in Deutschland nicht erhältlich.
[1386] http://www.millicent.digital.com/.
[1387] http://www.cybercash.com/.
[1388] Siehe dazu insbesondere *Furche/Wrightson*, Cybermoney, 1997; *Birkelbach*, WM 1996, 2099; *Jaskulla*, ZBB 1996, 216; *Escher*, WM 1997, 1163 ff.; *Werner*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimediarecht, München 2006, Teil 13.5; *Gramlich*, in: Handbuch zum Internet-Recht, 103, 105.
[1389] Siehe §§ 407, 409 BGB.

Verbriefung fehlschlagen muss.[1390] *Escher* schlägt daher eine analoge Anwendung der Vorschriften zur Inhaberschuldverschreibung vor und spricht insofern von „Inhaberschulddaten", „digitalisierten Inhaberschuldverpflichtungen" bzw. „Wertdaten".[1391] 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[1392] 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 „einlöst". In Anlehnung an die rechtliche Einordnung der Geldkarte[1393] ist das Verhältnis zwischen Kunden und Bank als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675 BGB anzusehen. Die Übersendung der digitalen „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).[1394]

Besonderer Beliebtheit erfreut sich das Internetzahlungssystem **PayPal**.[1395] 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 selbst überweisen, um mit diesem Guthaben verfahren zu können. Es gibt allerdings daneben eine weiter Accountform, bei der der User eine eigene, reale Kontoverbindung oder aber seine Kreditkartennummer angibt, die per Testüberweisung bzw. Testabbuchung von PayPal verifiziert wird, sodass er

[1390] Zur fehlenden Urkundsqualität digitalisierter Informationen siehe auch die Ausführungen unten.
[1391] *Escher*, WM 1997, 1173, 1181.
[1392] Siehe hierzu *BGH*, NJW 1988, 406.
[1393] Siehe *Escher*, WM 1997, 1179.
[1394] Das e-Cash-System ist jedoch bis heute nicht weit verbreitet; es ist fraglich, ob das System in Zukunft bestehen kann.
[1395] Interessant zum Ganzen: *Hoenike/Szodruch*, Rechtsrahmen innovativer Zahlungssysteme für Multimediadienste, MMR 2006, 519; *Meder/Grabe*, PayPal – Die „Internet-Währung" der Zukunft, BKR, 2005, 467.

auch ohne Guthaben auf seinem PayPal-Konto Überweisungen tätigen kann, die dann von seinem Konto durch PayPal eingezogen werden. Durch diese Verifizierung verringert PayPal das Missbrauchsrisiko auf ein Minimum. Das Risiko, des Zurückgehens von Zahlungen trägt aber weiterhin der Vertragspartner. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang die Möglichkeit des Users bei PayPal das Guthaben mit einer Beschränkung dahingehend zu versehen, dass über das Guthaben erst nach Freigabe durch den User verfügt werden kann, sodass eine Prüfung der Ware ermöglicht und etwaige Gewährleistungsrechte gesichert sind.
Als besonders problematisch ist allerdings das Klauselwerk von PayPal zu sehen, mit dem die Vertragsbeziehung zum User geregelt wird. Das Werk an sich ist äußerst umfangreich und ist hauptsächlich an den amerikanischen Rechtsrahmen angepasst, sodass es eine Vielzahl von Klauseln enthalten dürfte, die nicht den deutschen Anforderung entsprechen dürften und damit unwirksam sind.

Hinsichtlich der **Anwendbarkeit bankaufsichtsrechtlicher Bestimmungen** auf Netzgeld ist die Reichweite des KWG in Bezug auf Netzgeld zu beachten. Mit der Verabschiedung des 4. Finanzmarktföderungsgesetzes am 21.6.2002[1396] kam der Gesetzgeber der Richtlinie über Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geldinstituten nach und regelte das E-Geldgeschäft neu. Die Tatbestände „Geldkartengeschäft“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 KWG a.F.) und „Netzgeldgeschäft“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 KWG a.F.) wurden unter dem neuen Begriff „E-Geldgeschäft“ (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 11 KWG) zusammengefasst. In § 1 Abs. 14 KWG folgt in Umsetzung der E-Geldrichtlinie eine Legaldefinition für elektronisches Geld. Der Gesetzgeber betonte, dass sich materiell durch die Zusammenfassung beider Begriffe nichts ändern soll.[1397] Das E-Geldgeschäft wird von nach § 1 Abs. 3d KWG neu zu gründenden Kreditinstituten geführt, an die spezielle Anforderungen unter anderem hinsichtlich der Eigenmittelausstattung und der Beteiligungsverbote gestellt werden.
Währungsrechtlich ist Netzgeld **nicht als gesetzliches Zahlungsmittel** im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 3 BBankG anzusehen und kollidiert damit mit dem Notenmonopol der Deutschen Bundesbank. Die Ausgabe des Netzgeldes ist nicht nach § 35 BBankG strafbar. Infolge der geplanten Aufhebung der Vorschriften zur Mindestreserve spielt die Frage, ob die Ausgabe von Netzgeld nicht zu einer für die Mindestreservepolitik gefährlichen Herabsenkung des Bargeldumlaufs führen wird, wohl keine Rolle mehr. Das Geldwäschegesetz, das in § 2 eine „Annahme oder Abgabe von Bargeld” voraussetzt, ist weder direkt noch analog auf Netzgeld anwendbar.

[1396] BGBl. I, S. 2010.
[1397] *BT-Drs.* 14/8017, S. 111 f.

VIII. Verbraucherschutz im Internet

Literatur:
Arnold, Verbraucherschutz im Internet, CR 1997, 526; *Bierekoven*, Rechtssichere Widerrufsbelehrung im Onlinehandel, ITRB 2007, 73; *Borges*, Verbraucherschutz beim Internetshopping, ZIP 1999, 130; *Aye*, Verbraucherschutz im Internet nach französischem und deutschem Recht: Eine Studie im Lichte der europäischen Rechtsangleichung, 2005*; Damker/Müller*, Verbraucherschutz im Internet, DuD 1997, 24; *Dilger*, Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet, 2002; *Drexl*, Verbraucherschutz und Electronic Commerce in Europa, in: *Lehmann* (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, 2002, 473; *Gülpen*, Verbraucherschutz im Rahmen von Online-Auktionen, 2005; *Klewitz*, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet, 2006*; Köhler*, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW 1998, 185; *Meents*, Verbraucherschutz im Internet, 1998; *Marini*, Profili giuridici del commercio ellettronico nel diritto communitario, in: Dir. Comm. Int 2000, 329; *Pauly*, M-Commerce und Verbraucherschutz, 2005; *Priwaczenko*, Verbraucherschutz bei grenzüberschreitendem Internetkredit, WM 2007, 189; *Redolfi*, Reti telematiche e commercio elettronico: la tutela del consumatore, in: Il Diritto Industriale 1997, 245; *Redolfi*, La Direttiva 97/7/CE reguardante la protezione die consumatori nei contratii a distanza, in: Contratto e Impresa/Europa 1997, 832; *Reich/Nordhausen*, Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr, 2000; *Waldenberger*, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet, in: BB 1996, 2365; *Waldenberger*, Verbraucherschutz im Internet, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, München 2004, Teil 13.4.

Eine besondere Rolle bei der Nutzung des Internet spielen Verbraucherschutzfragen. Insbesondere fragt sich, inwieweit auf elektronische Bestellungen via E-Mail Bestimmungen des Verbraucherschutzrechts zur Anwendung kommen.

Derzeit plant Brüssel eine komplette Neugestaltung und „Totalharmonisierung" des Verbraucherschutzrechts"[1398] Im neuen Richtlinienvorschlag der Kommission werden vier bereits geltende Richtlinien im Bereich der Verbraucherschutzes überarbeitet und in einem Dossier zusammengeführt Die Richtlinien erfassen aber nur einen kleinen Teil des bestehenden europäischen Verbraucherrechts. Einen echten Nutzen hätten Verbraucher und Unternehmen jedoch erst, wenn das gesamte Verbraucherschutzrecht so weit wie möglich vereinheitlicht würde. Dafür sollten in allen bestehenden Verbraucherrichtlinien z. B. Widerrufsrechte für Verbraucher und Informationspflichten der Unternehmer soweit wie möglich gleich ausgestaltet werden.Nach dem Willen der Kommission soll ein einheitliches Verbraucherrecht

[1398] Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Rechte der Verbraucher http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_DE.pdf

insbesondere durch eine Vollharmonisierung erreicht werden. Das bedeutet nicht nur einen gleichen Mindeststandard in allen Mitgliedstaaten. Vollharmonisierte Regelungen nehmen den Mitgliedstaaten darüber hinaus die Möglichkeit, weitergehende Regelungen zum Schutz der Verbraucher aufrechtzuerhalten oder neu einzuführen. Für die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten aus einem Kaufvertrag – etwa bei mangelhafter Ware – soll zB nach dem Richtlinienvorschlag eine im deutschen Recht bisher nicht bestehende Rügepflicht für den Verbraucher eingeführt werden. Er soll die Mängelrechte nur noch wirksam geltend machen können, wenn er dem Verkäufer binnen zwei Monaten, nachdem er einen Mangel festgestellt hat, diesen mitteilt. Rügt er nicht rechtzeitig, soll er seine Gewährleistungsrechte verlieren.

1. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:
Borges, Weltweite Geschäfte per Internet und deutscher Verbraucherschutz ZIP 1999, 565; *Ernst*, Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des Internets, VuR 1997, 259; *Kronke*, Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, RIW 1996, 985; *Mankowski*, E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht, MMR-Beilage 7/2000 22; *Rüßmann*, Verbraucherschutz im Internet, K&R 1998, 129; *Spindler*, Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet, MMR 2000, 185; *Staudinger*, Internationales Verbraucherschutzrecht made in Germany, RIW 2000, 416; *Waldenberger*, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet, BB 1996, 2365.

Auch bei Verbraucherverträgen ist zunächst das anwendbare materielle Recht zu bestimmen. Die Ermittlung des Vertragsstatuts erfolgt nach den Art. 27-37 EGBGB, jedoch unter Beachtung der besonderen Verbraucherschutzregeln des deutschen IPR.
Das UN-Kaufrecht ist gemäß Art. 2 lit. a CISG nicht anwendbar, sofern das Konsumentengeschäft für den Verkäufer als solches erkennbar ist. An der Erkennbarkeit kann es fehlen, wenn ein Angestellter eine Bestellung über die E-Mail-Adresse seines Unternehmens vornimmt, die Leistung jedoch für seinen privaten Bedarf bestimmt ist.

Eine **Rechtswahl** ist auch bei Verbraucherverträgen zulässig und primär zur Bestimmung des anwendbaren Rechts zu berücksichtigen. Zum Schutz des Verbrauchers darf gemäß Art. 29 Abs. 1 EGBGB diese Rechtswahl jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, den ihm die zwingenden Bestimmungen des Staates gewähren, in dem er sei-

nen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auch bei Vereinbarung ausländischen Rechts steht einem deutschen Verbraucher daher bei elektronischen Bestellungen der Schutz nach dem BGB zu. Voraussetzung ist, dass es sich um einen Verbrauchervertrag i.S.d. Art. 29 Abs. 1 EGBGB handelt, der Vertragszweck also nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Kunden zugerechnet werden kann. Zudem wird zum Teil – wie bei Art. 2 lit. a CISG – gefordert, dass der Vertragspartner den Verwendungszweck nach den objektiven Gegebenheiten erkennen konnte.

Gerichtet sein muss der Vertrag auf die Erbringung einer Dienstleistung oder die Lieferung beweglicher Sachen. Zudem muss eine der in Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 EGBGB aufgeführten Alternativen gegeben sein. Während Nr. 3 offensichtlich nicht auf Vertragsschlüsse im Internet passt, könnte Nr. 2 nach seinem Wortlaut einschlägig sein. Normiert ist der Fall, dass der Vertragspartner des Verbrauchers oder sein Vertreter die Bestellung des Verbrauchers in dessen Aufenthaltsstaat entgegengenommen hat. Eine nichtkörperliche Präsenz, die nur in der Abrufbarkeit einer Website besteht, reicht jedoch grundsätzlich nicht aus. Zum Teil wird eine Entgegennahme im Inland im Sinne des Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB gleichwohl bejaht, wenn aus der Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers ein reines Inlandsgeschäft vorliegt bzw. wenn sich der Unternehmer eines im Inland gelegenen Servers bedient.

Auf jedem Fall kommt für Vertragsschlüsse im Internet Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB in Betracht, wonach dem Vertragsschluss ein ausdrückliches Angebot oder eine Werbung im Aufenthaltsstaat des Verbrauchers vorangegangen sein und der Verbraucher in diesem Staat die zum Vertragsschluss erforderlichen Rechtshandlungen entgegengenommen haben muss. Grundsätzlich wird verlangt, dass „Werbung“ im Sinne des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB auf den Aufenthaltsort des Verbrauchers (ziel-)gerichtet ist. Internet-Angebote sind jedoch nicht speziell auf ein bestimmtes Staatsgebiet gerichtet, sondern an die ganze Welt adressiert. Andererseits wird die Ansprache im Internet als individuell empfunden und es wäre zudem widersprüchlich, wenn sich der Anbieter die Internationalität des Mediums nicht zurechnen lassen müsste. Das Risiko, einer Vielzahl von Rechtsordnungen unterworfen zu sein (Overspill-Risiko) muss grundsätzlich derjenige tragen, der sich eines transnationalen Mediums bedient. Daher muss es für die Anwendbarkeit des Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB genügen, dass die Internet-Werbung zumindest auch auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers abzielt.

Fraglich ist jedoch, ob der **Schutzgedanke des Art. 29 EGBGB** auf Internet-Geschäfte übertragen werden kann. Geschützt werden soll durch Nr. 1 und Nr. 2 der passive Verbraucher, der in seinem Aufenthaltsstaat bleibt und dort aus dem Ausland angesprochen wird. Bei Vertragsschlüssen über das Internet begibt sich der Verbraucher jedoch virtuell ins Ausland und wird insofern zum aktiven Verbraucher. Andererseits bleibt der Verbraucher physisch im Aufenthaltsstaat und reagiert mit seinem Aktivwerden nur auf vorgegebene Angebote bzw. Werbung einer ausländischen Website. Insofern greift der Schutzgedanke auch bei Vertragsschlüssen im Internet.

Haben die Parteien **keine Rechtswahl** getroffen, gilt bei Verbraucherverträgen das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 29 Abs. 2 EGBGB). In diesem Zusammenhang ergeben sich bei Vertragsschlüssen im Internet weder Probleme noch Besonderheiten.

Art. 29a EGBGB ist nach Art. 29 EGBGB zu prüfen, und zwar unabhängig davon, ob der Anwendungsbereich des Art. 29 EGBGB eröffnet ist. Der Rückgriff auf Art. 29a EGBGB ist nur dann versperrt, wenn Art. 29 Abs. 1 EGBGB das vereinbarte Drittstaatenrecht als das im Vergleich zum Aufenthaltsstaat günstigere Recht zur Anwendung beruft.
Im Gegensatz zu Art. 29 EGBGB, der sich auf die Anwendbarkeit aller verbraucherschützenden Normen bezieht, regelt Art. 29a EGBG allein die Anwendbarkeit solcher Normen, die in Anwendung von Verbraucherschutzrichtlinien ergangen sind. Diese sind in Art. 29a Abs. 4 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“.

Wie Art. 29 EGBGB bezieht sich Art. 29a EGBGB nur auf solche Sachverhalte, in denen eine Rechtswahl zu Gunsten des Rechts eines Drittstaates vorliegt. Nicht erfasst werden Sachverhalte, auf die das Recht eines Drittstaates aufgrund objektiver Anknüpfung maßgeblich ist: Diese kann keine Partei zu ihren Gunsten beeinflussen, ein besonderer Schutz des Verbrauchers ist daher nicht erforderlich.

Art. 29a EGBGB greift demnach ein, wenn:

- der **Vertrag kraft subjektiver Anknüpfung** (also Rechtswahl) nicht dem Recht eines Mitgliedsstaates oder Vertragsstaates des EWR unterliegt und
- der Vertrag einen **engen Zusammenhang** „mit dem Gebiet eines dieser Staaten“ aufweist.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der Richter die „geltenden Bestimmungen zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien“ desjenigen EU- bzw. EWR-Staates anzuwenden, „zu dem der Vertrag einen engen Zusammenhang ausweist“. Im Wege der allseitigen Anknüpfungen wird somit dasjenige Statut zur Anwendung berufen, zu dem der Vertrag ein besonderes Näheverhältnis hat. Die dort geltenden richtlinienspezifischen Sachnormen gelten ergänzend zu den Normen des durch Rechtswahl bestimmten Vertragsstatuts.

Art. 29a Abs. 2 EGBGB nennt Regelbeispiele für das Vorliegen eines **„engen Zusammenhangs“**. Ein solcher liegt nach Art. 29a Abs. 2 Nr. 1 EGBGB mit dem EU- bzw. EWR-Staat vor, in dem ein öffentliches Angebot, eine öffentliche Werbung oder eine ähnliche geschäftliche Tätigkeit Wirkung entfaltet, aufgrund derer es zu dem konkreten Vertragsschluss gekommen ist. Wichtiger noch ist Art. 29a Abs. 2 Nr. 2 EGBGB, der einen engen Zusammenhang an den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verbrauchers knüpft, sofern sich dieser in einem EU- oder EWR-Staat befindet. Probleme ergeben sich, wenn auf ein mitgliedsstaatliches Recht verwiesen wird, in dem eine Richtlinientransformation bisher unterbleiben ist oder ein Sekundärrechtsakt zwar rechtzeitig, aber unzutreffend umgesetzt wurde. Führt Art. 29a Abs. 1 EGBG zur Anwendung eines zwar mitgliedsstaatlichen, aber richtlinienwidrigen Rechts, so muss der deutsche Richter zunächst versuchen, dieses Recht anhand des dortigen Methodenkanons richtlinienkonform zu interpretieren. Ist dieses ausgeschlossen, verbleibt dem Verbraucher der Weg einer Staatshaftungsklage gegen den säumigen Mitgliedsstaat.[1399] Dem Rechtsanwender ist es gemeinschaftsrechtlich verwehrt, die Rechtsfolgenanordnungen in Art. 29a Abs. 1 EGBGB zu beschränken und unter Rückgriff aus Art. 34 EGBGB die deutsche lex fori durchzusetzen.

2. Haustürwiderrufsrecht

[1399] *Staudinger*, RIW 2000, 416, 417.

Ein Teil der Literatur wendet das **Haustürwiderrufsrecht** (§§ 312 – 312a BGB)[1400] in Fällen des Internetshopping an.[1401] Zur Begründung wird etwa auf den Freizeitcharakter des „Netzsurfens" abgestellt und vertreten, dass bei entsprechender Gestaltung der Webpages eine Subsumtion unter den Begriff des Freizeitgeschäfts und damit eine direkte Anwendung des Haustürwiderrufsrechts gem. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB möglich sei.[1402] Jedenfalls sei jedoch eine analoge Anwendung über das Umgehungsverbot des § 312 f. Satz 2 BGB geboten. Voraussetzung dafür wäre, dass die Vertragsanbahnung unter Umständen erfolgte, die nach dem Schutzzweck des Haustürwiderrufsrechts in objektiver Hinsicht mit den gesetzlich geregelten Fällen vergleichbar sind.[1403] Zweck sei es auch hier, den Kunden vor den Risiken eines übereilten und unüberlegten Vertragsschlusses zu schützen.

Nach herrschender Auffassung liegen die Anwendungsvoraussetzungen des § 312 BGB nicht vor. Der Kunde wählt sich selbst in das Netz ein und ruft die von ihm gewünschte Homepage auf. Er entscheidet folglich auch frei darüber, ob er eine Bestellung aufgibt. Der in anderen Marktbereichen herrschende Überrumpelungseffekt fehlt daher.[1404] Teilweise wird zwar eine Anwendung der §§ 312 – 312a BGB auf Internet-Angebote für möglich gehalten, sofern der Kunde überraschenderweise beim Zugriff auf eine Homepage Werbung vorfinde.[1405] Diese Normen dienen jedoch nicht dem Schutz vor jedweder überraschenden oder gar irreführenden Werbung. Hier kommen vielmehr §§ 3, 5 UWG zur Anwendung. Eine dem Haustürgeschäft vergleichbare Verkaufssituation besteht objektiv nicht.

3. Das Fernabsatzrecht

Literatur:
Aigner/Hofman, Fernabsatzrecht im Internet, 2004; *Balscheit*, Konsumvertragsrecht und E-Commerce, 2004; *Braun*, Widerrufsrecht und Haftungsausschluss bei Internetauktionen, CR 2005, 113; *Brönnecke*, Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften, MMR 2004, 127; *Fischer*, Das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform, DB 2002, 253; *Heigl/Rettenmaier*, Widerruf und Herstellergarantie – Probleme beim Fernabsatz, K&R 2004, 559; *Hilbig*, Erstattungsfähigkeit von Hinsendekosten bei Widerruf eines Feransatzgeschäfts, MMR 2009, 300; *Hoeren/Müller*, Widerrufsrecht bei eBay-

[1400] Früher (bis zur Schuldrechtsreform) Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HWiG) vom 16. Januar 1986 (BGBl. I, 122).
[1401] *Klingsporn*, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1 HWiG Rdnr. 13b; *Eckert*, DB 1994, 717, 721 f.; *Gilles*, NJW 1988, 2424, 2427.
[1402] *Ruoff*, E-Commerce und Verbraucherschutz – Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsgesetzes im Internet, NJW-CoR 2000, 38.
[1403] *Ulmer*, in: MünchenerKommentar, 4. Aufl. 2004, § 5 HWiG, Rdnr. 4.
[1404] So in der Tendenz auch *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2367; deutlicher *Köhler*, NJW 1998, 185, 187.
[1405] *Waldenberger*, BB 1996, 2365, 2367.

Versteigerungen, NJW 2005, 948; *Kaestner/Tews*, Praktische Probleme des Fernabsatzrechts, WRP 2005, 1335; *Kaufmann*, Das Online-Widerrufsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, CR 2006, 764; *Koch*, Widerrufsrecht bei Online – Auktionen, ITRB 2005, 67; *Leible/Wildemann*, Von Powersellern, Spaßbietern und einem Widerrufsrecht bei Internetauktionen, K&R 2005, 26; Lejeune, Die Reform der Widerrufsbelehrungen für den Online Handel, in: CR 2008, 226; *Martis/Meishof*, Voraussetzungen des Widerrufs nach § 355 BGB, MDR 2004, 4; *Marx*, Nicht nur im Internet: harmonisierter Verbraucherschutz im Fernabsatz, WRP 2000, 1228; *Marx/Bäuml*, Die Information des Verbrauchers zum Widerrufsrecht bei Fernabsatz, WRP 2004, 162; *Schmittmann*, Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht; K&R 2003, 385 und K&R 2004, 361; *Wekwerth*, Anforderungen an preisbezogene Pflichtangaben im Fernabsatz, in: MMR 2008, 381.

Am 1.7.2001 trat das Fernabsatzgesetz in Kraft, durch welches die EU-Richtlinie über den Verbraucherschutz im Fernabsatz in nationales Recht umgesetzt wurde.[1406] In der Zwischenzeit findet sich in der Literatur eine breite Palette allgemeiner Aufsätze zum Fernabsatzgesetz,[1407] ein Regelwerk, das nicht internetspezifisch konzipiert ist, sondern auch auf Telefongeschäfte oder Teleshopping ausgerichtet ist. Durch das **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz** sind die Vorschriften des Fernabsatzgesetzes in das BGB überführt worden (§§ 312b – 312d BGB), ohne dass sich inhaltliche Änderungen ergaben.[1408]

Trotz der EU-Vorgaben haben die Mitgliedstaaten die fernabsatzrechtlichen Vorgaben äußerst unterschiedlich umgesetzt. So variieren etwa die Widerrufsfristen zwischen sieben Werktagen (z.B. in Österreich oder UK) bis hin zu 15 Tagen (in Malta und Slowenien). Dies hat die Europäische Kommission veranlasst, einen neuen Entwurf für eine Richtlinie über „general consumer rights“ zu erarbeiten, der im Oktober 2008 der Öffentlichkeit vorgestellt werden soll. Angedacht ist hier u.a. eine Vollharmonisierung der Fristen auf 14 Tage sowie eine neue, EU-einheitliche Musterwiderrufsbelehrung.

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Fernabsatzgesetzes ist gem. § 312b Abs. 1 BGB **ein Vertragsabschluss unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationstechniken**. Da-

[1406] ABl. EG Nr. C 156 vom 23. Juni 1992, 14; ABl. EG Nr. C 308 vom 15. November 1993, 18; ABl. EG Nr. C 288 vom 30. Oktober 1995, 1 = EWS 1995, 411; EuZW 1996, 131; Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144/19 vom 4. Juni 1997; Referentenentwurf vom 31. Mai 1999. Siehe hierzu auch *Waldenberger*, K&R 1999, 345; Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. Juni 2000, BGBl. I, 987.

[1407] Siehe dazu etwa *Fuchs*, ZIP 2000, 1273; *Härting*, CR 1999, 157 ff.; *Härting/Schirmbacher*, MDR 20000, 917; *Kamanbron*, WM 2000, 1418; *Micklitz/Reich*, BB 1999, 2093 ff.; *Roth*, JZ 2000, 1013 ff.; *Schmidt-Räntsch*, ZBB 2000, 344; *Schmidt-Räntsch.*, VuR 2000, 427 ff.; *Tonner*, BB 2000, 1413 ff. u.a.

[1408] Siehe dazu *Micklitz*, EuZW 2001, 133 ff.

bei muss der eine Vertragspartner Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sein. Die andere Vertragspartei muss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems handeln (§ 312b Abs. 1 BGB). Unter die in § 312b Abs. 2 BGB definierten Fernkommunikationstechniken fallen sowohl traditionelle Vertriebsmethoden wie Katalog- und Versandhandel als auch moderne Formen wie E-Mailverkauf, Internetvertrieb, Teleshopping und ähnliches. Ein Umgehungsgeschäft im Sinne von § 312f BGB liegt vor, wenn aufgrund einer telefonischer Bestellung der Kunde bei Anlieferung einen schriftlichen Vertrag unterschreiben soll.[1409]

Fernabsatzrecht ist gem. § 312b Ans. 3 Nr. 6 BGB nicht auf die Vermittlung von Beförderungsverträgen anwendbar.[1410] Ferner gilt das Fernabsatzrecht nach gleicher Vorschrift nicht für die Weiterleitung von Lottotipps[1411] oder den gewerblichen Weiterverkauf von Eintrittskarten[1412]

Im Übrigen umfasst das Fernabsatzrecht nur Geschäfte zwischen Unternehmer und Verbraucher (B2C). Die Einstufung des Verkäufers als Privatperson erfolgt nach Indizien, etwa der Lieferanschrift, der Angabe von Geschäftskonten oder der Verwendung der Checkboy „gewerblich“. Auch wird geprüft, wie viel und wie häufig verkauft wird, wie viel 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.[1413]

Die Notwendigkeit, den Informations- und Unterrichtungspflichten gemäß §§ 312c, 312d, 355, 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[1414] entschied, stellt eine solche Klausel ein nach § 475 Abs. 1 BGB verbotener Umgehungstatbestand dar, wenn durch die

[1409] *OLG Schleswig*, CR 2004, 300.
[1410] *LG Berlin*, Urteil vom 7. Juli 2004 – 33 O 130/03 – LSK 2006, 020245.
[1411] *OLG Karlsruhe*, Urteil vom 23. Juli 2002 – 6 U 200/01 – MMR 2002, 618.
[1412] *AG München*, Urteil vom 2. Dezember 2005 – 182 C 26144/05 – MMR 2007, 743; *AG Wernigerode*, Urteil vom 22. Februar 2007 – 10 C 659/06.
[1413] *OLG Zweibrücken*, Urteil vom 28. Juni 2007 – 4 U 210/06 – MMR 2008, 135.
[1414] *OLG Hamm*, Urteil vom 28. Februar 2008 – 4 U 196/07 – MMR 2008, 469.

Klausel nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen ist, dass ein Verkauf an Verbraucher stattfindet

b) Informationspflichten

Aufgrund des Fernabsatzrechts treffen den Unternehmer im E-Commerce eine Fülle **von Informationspflichten im Verhältnis zum Verbraucher**. Der Umfang dieser Pflichten ist in der BGB-InfoV zusammengefasst, die im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nach Maßgabe von Art. 240 EGBGB erlassen worden ist (siehe § 312c Abs. 1 Nr. 1 BGB).
Die damit neu eingeführte **Musterwiderrufsbelehrung** (siehe den Text im Anhang) wird jedoch vielfach in der Literatur als unzureichend kritisiert, da sie die disparaten Regelungen des Fernabsatz- und Verbraucherkreditrechts unzulässigerweise miteinander vermenge.[1415] Inzwischen gehen auch einige Gerichte davon aus, dass die Musterbelehrung rechtswidrig ist.[1416] In der Zwischenzeit wurde der alte Text durch ein neues Muster zur Widerrufsbelehrung ersetzt.[1417] Dieses Muster ist zum 1. April 2008 in Kraft getreten; das neue Muster findet sich im Anhang dieses Skripts. Derzeit plant die EU-Kommission die Verabschiedung eines eigenen EU-Musters im Rahmen der geplanten Richtlinie zu den „general consumer rights". Das neue Muster des BMJ hat im Übrigen keine Privilegierung erhalten, sondern ist nach wie vor als Verordnung verabschiedet worden. Änderungen an dem Muster erfolgen auf eigene Gefahr und können zum Verlust jeglicher Privilegierung führen.[1418] Geplant ist jedoch eine Änderung des BGB in § 360 Abs. 3, wonach das Muster unangreifbar und Gesetzesrang hat.[1419]

Im Einzelnen muss ein Provider u.a. informieren über

aa) Unternehmensspezifische Daten

- die Identität des Lieferers[1420]

[1415] So etwa *Masuch*, NJW 2002, 2932 und *Bodendiek*, MDR 2003, 1.
[1416] *LG Halle*, MMR 2006, 772 = BB 2006, 1817; *LG Siegen*, NJW 2007, 1826; anderer Ansicht *LG Münster*, MMR 2006, 762 = K&R 2006, 480.
[1417] Siehe dazu *Föhlisch*,MMR 2007, 749.
[1418] *OLG München*, Urteil vom 26. Juni 2008 – 29 U 2250/08 – MMR 2008, 677.
[1419] So der Referenentenentwurf zur Neuordnung des Widerufs- und Rückgaberechts http://www.computerundrecht.de/media/2008_BMJ_RefE_zur_Neuordnung_der_Widerrufs-_und_Rueckgaberechte_17.6.pdf
[1420] Notwendig ist bei einem Einzelunternehmer die Angabe des vollen namens, d.h. des Vor- und Zunamens, *KG*, MMR 2007, 440.

- die Adresse der Niederlassung
- die E-Mail-Adresse für direkte Kontakte
- die Handelsregisternummer, Name, Anschrift und sonstige Grunddaten eventuell bestehender Aufsichtsbehörden
- die eventuelle Zugehörigkeit zu einer Standesorganisation (einschließlich eines Hinweises auf geltende Standesrichtlinien)
- die Umsatzsteuernummer

bb) Produktspezifische Daten

- wesentliche Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung
- Preis der Ware oder Dienstleistung (Bruttopreise, da die Angabe von nettopreisen wettbewerbswidrig ist[1421]) einschließlich aller Steuern
- Mindestlaufzeit des Vertrages, wenn dieser eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat
- Zusätzliche Versand- und Lieferkosten[1422]
- Ausverkauf, Rabatte und Zugaben
- das Bestehen von Glücksspielen

cc) Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung[1423]

- Kosten für den Einsatz der Fernkommunikationstechnik
- Einzelheiten zur Zahlung (z.B. per Nachnahme oder auf Rechnung)
- Gültigkeitsdauer des Angebots oder des Preises
- Mindestlaufzeit des Vertrages

dd) Widerrufsbelehrung

Als **Muster für eine Belehrung zum Widerrufsrecht** könnte etwa folgende Formulierung dienen: [1424]

[1421] *BGH*, NJW-RR 1999, 1693; *BGH*, GRUR 2003, 889.
[1422] Die Angabe der Versand- und Lieferkosten auf einer erst durch weitere Klcisk erreichbaren Unterseite stellt einen Wettbewerbsverstoß dar, *OLG Hamburg*, MMR 2007, 438.
[1423] Dabei ist zu beachten, dass eine Widerrufsbelehrung, die lediglich über die Pflichten des Verbrauchers im Falle des Widerrufs, nicht jedoch über dessen wesentlichen Rechte informiert, nicht ausreichend ist, *BGH*, CR 2007, 529.

„Widerrufsrecht:

Sie können ihre Bestellung innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Erhalt der Lieferung widerrufen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung paketfähiger Ware per Postpaket bzw. bei nichtpaketfähiger Ware das rechtzeitige Zusenden des Rücknahmeverlangens an XXX. Der Widerruf muss in jedem Fall schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger erfolgen. Eine Begründung ist nicht erforderlich. Das Widerrufsrecht besteht nicht bei Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entspiegelt worden sind, sowie bei speziell für den Kunden angefertigten Artikeln.

Die Kosten der Rücksendung für Waren im Bestellwert unter 40 € tragen Sie, es sei denn, dass die gelieferte Waren nicht der bestellten entspricht. Die Kosten der Rücksendung einer Ware mit einem Betrag von über 40 € tragen wir. Wenn Sie die Ware bereits benutzt haben, sind wir berechtigt, hierfür eine Vergütung zu verlangen. Ferner sind Sie verpflichtet, die Wertminderung zu ersetzen, falls die Ware durch sie beschädigt wurde."

Als Formulierung für die **Widerrufsbelehrung** wäre auch folgender Text denkbar:

„Sie können Ihre Bestellung uns gegenüber schriftlich, auf einem anderen dauerhaften Datenträger (z.B. per E-Mail) oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen widerrufen. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten. Die Frist beginnt, sobald die bestellte Ware bei Ihnen eingegangen ist. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf ist zu richten an uns unter der Anschrift".

Beim Vertrieb von Software wäre noch ein Hinweis auf die Risiken der Entsiegelung angebracht:

„Beim Kauf von Software besteht das oben genannte Widerrufsrecht nur, solange die Ware nicht entsiegelt wurde."

[1424] Die Widerrufsbelehrung muss nicht der in dem gesetzlichen Muster nach Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoVO vorgefertigten Widerrufbelehrung wörtlich entsptrechen. Jedoch ist notwendig, den Verbraucher neben seinen Pflichten auch dessen Rechte in der Belehrung mitzuteilen, *BGH*, MMR 2007, 514.

Die Einzelheiten der Belehrung müssen **klar und verständlich** sein. Die Frage der Verständlichkeit ist gleichzeitig eine Frage der Vertragssprache, die nach Erwägungsgrund 8 der Fernabsatzrichtlinie von den Mitgliedstaaten festzulegen ist.[1425] Typischerweise würde man die am Ort des Verbrauchers verstandene Sprache verwenden, es sei denn, es wurde eine andere Vertragssprache vereinbart. Es reicht nicht aus, dass diese Informationen für den Verbraucher nur über einen Link „mich" oder „Kontakt" zu erreichen und dort unter der Überschrift „Impressum" angeführt sind.[1426] Eine Verlinkung ist aber zulässig, wenn die Bezeichnung der Links deutlich macht, dass sie zur Belehrung führen (etwa „Widerrufsbelehrung" oder „Verbraucherrechte).[1427] Die Belehrung kann auch in einer Scrollbox angezeigt werden; diese darf aber nicht so klein sein, dass durch ständiges Scrollen das Lesen übermäßig erschwert wird, d.h. die Zeilenlänge und -zahl darf nicht zu gering sein.[1428] Die Bestimmung „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Belehrung" ist ebenfalls nicht ausreichend klar und verständlich formuliert.[1429] Die Klausel muss auch alle an den Widerruf geknüpften Pflichten umfassen, etwa die Pflicht zum Wertersatz bei nicht bestimmungsgenmäßem Gebrauch (§ 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB).[1430] Sie muss aber auch die wesentlichen Rechte des Verbrauchers nennen.[1431]

Streitig ist, ob **Telefon- und Faxnummern** in der Widerrufsbelehrung auftauchen dürfen. Das KG[1432] sah darin kein Problem, da diese Angaben nur die Rücksendung erleichterten. Das OLG Frankfurt[1433] hielt die Angabe der Telefonnummer für unzulässig, da die Gefahr bestehe, dass der Verbraucher irrtümlerweise von einer Widerrufsmöglichkeit via Telefon ausgehe.

c) Der dauerhafte Datenträger und die Textform

Die geforderten Informationen müssen dem Verbraucher spätestens bei Erfüllung des Vertrages in „**Textform**" mitgeteilt werden (§ 312c Abs. 2 BGB). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Dienstleistung unmittelbar und in einem Mal durch Fernkommunikationstechnik

[1425] *Reich*, EuZW 1997, 581, 584.
[1426] *OLG* Hamm, GRUR-RR 2005, 285; *OLG Karlsruhe*, WRP 2002, 849. Ähnlich für die Pflichtangaben nach dem HWG *OLG München*, MMR 2002, 463.
[1427] *OLG Jena*, GRUR-RR 2006, 283, 284; *LG Lübeck*, MMR 2008, 554, 555.
[1428] *OLG Frankfurt a. M.*, MMR 2007, 603.
[1429] *OLG Hamm*, CR 2007, 387.
[1430] *OLG Zweibrücken*, MMR 2008, 257; ähnlich bereits *KG*, Urteil vom 9. November.2005 – 5 W 276/07 – GRUR-RR 2008, 129.
[1431] *BGH*, MMR 2007, 514 m. Anm. Föhlisch.
[1432] *KG*, Beschluss vom 7. September 2007 – 5 W 266/07 – MMR 2008, 45; NJW-RR 2008, 352; ähnlich *LG Lübeck*, Urteil vom 22. April 2008 – 11 O 9/08 – MMR 2008, 554. Ähnlich für die Faxnummer *OLG Hamburg*, Beschluss vom 5. Juli 2007 – 5 W 77/07; *LG Kempten*, Urteil vom 28. Februar 2008 – 3 O 146/08.
[1433] Urteil vom 17. Juni 2004 – 6 U 158/03.

erbracht wird und der Verbraucher zumindest die geographische Anschrift des Lieferers erfährt (§ 312c Abs. 3 BGB). Der Zeitpunkt der Vertragsbestätigung ist maßgeblich für den Beginn der Widerrufsfrist.
Der Begriff der Textform verweist wiederum auf § 126b BGB, wonach die Erklärung u.a. in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben werden muss. Insofern ersetzt der Begriff der „Textform" zwar den alten Begriff des dauerhaften Datenträgers, der sich noch im Fernabsatzgesetz fand. Er wiederholt aber den Terminus der Dauerhaftigkeit und führt daher zu der schwierigen und schon nach altem Recht problematischen Frage, wann ein Datenträger dauerhaft ist.

Entscheidend für die Möglichkeit der dauerhaften Wiedergabe nach § 126b BGB ist, dass die Datei dem (evtl. manipulativen) **Zugriff des anbietenden Unternehmens entzogen** ist.[1434]
Sicherlich wird dies durch eine Papierinformation erfüllt, die der Kunde – etwa bei Erhalt der Ware – erhält. Schwierig wird die Lage bei Übersendung der Information als Teil einer E-Mail. Hier wird man darauf abstellen müssen, ob der Kunde die E-Mail wirklich erhalten und auf seinem Rechner abgespeichert hat, da sie dann in seinen Machtbereich gelangt ist. Insofern reicht es aus, dass der Provider seinerseits eine E-Mail mit den entsprechenden Informationen an den Verbraucher verschickt, die dieser dann auch erhält und entweder selber vom Rechner seines Access-Providers herunterlädt oder zumindest von dort aus einsehen kann.[1435]
Dieser Meinung schließt sich auch das *LG Paderborn* (und damit der Auffassung des *LG Flensburg*[1436] folgend) an, wonach der Textform des § 126b BGB genüge getan sei, wenn die notwendigen Informationen für den Verbraucher im Rahmen des Angebots zur Verfügung gestellt werden und dieser sie ausdrucken oder speichern kann, zumindest wenn diese Informationen für 90 Tage gespeichert und abrufbar bleiben.[1437]

Unklar bleibt aber die Lage, wenn der Verbraucher behauptet, eine entsprechende E-Mail nie erhalten zu haben. Denkbar wäre es, für diesen Fall gleichzeitig mit der E-Mail auch eine elektronische Empfangsbestätigung zu generieren; die klassischen E-Mail-Programme sehen eine entsprechende Funktion auch vor. Aber auch die entsprechende Empfangsbestätigung kann absichtlich oder versehentlich vom Verbraucher gelöscht werden, so dass die Bestätigung ihrerseits nie den Server des Lieferanten erreicht. Insofern bestehen für den Verbraucher

[1434] Siehe *Lorenz*, NJW 2001, 2230, 2231.
[1435] Kritisch zur Dauerhaftigkeit und Manipulationssicherheit von E-Mails: *Dietrich/Hofmann*, CR 2007, 318.
[1436] *LG Flensburg*, MMR 2006, 686.
[1437] *LG Paderborn*, CR 2007, 465.

eine Reihe von Möglichkeiten, den Lieferanten hinsichtlich des Empfangs entsprechender Informationen im Unsicheren zu lassen.

Noch schwieriger wird die Situation bei der **Unterrichtung über die Homepage**. Eine Homepage seitens des Lieferanten ist kein dauerhafter Datenträger.[1438] Dies sieht das *LG Paderborn* (der Auffassung des *LG Flensburg*[1439] folgend) anders; danach sei der Textform des § 126b BGB genüge getan, wenn die notwendigen Informationen für den Verbraucher im Rahmen des Angebots zur Verfügung gestellt werden und dieser sie ausdrucken oder speichern kann, zumindest wenn diese Informationen für 90 Tage gespeichert und abrufbar bleiben und vom Verkäufer nicht mehr einseitig verändert werden können, wie dies etwa bei eBay der Fall ist.[1440] *Das OLG Hamburg* verneint diese Ansicht, die Manipulationen durch Dritte technisch nicht ausgeschlossen seien und die Speicherung beim Anbieter jederzeit aufhebbar sei.[1441] Das *OLG München* stellte zuletzt klar, dass der Verbraucher die Informationen zumindest tatsächlich Speichern oder Ausdrucken müsse.[1442]
Hinzu kommt, dass es bei der Homepage an einer Übertragung der Informationen an den Verbraucher fehlt, so dass dieser die Informationen nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie „erhalten" hat.[1443] Es fehle auch an der für eine *Mitteilung* (§ 312 c Abs. 1 S. 1 BGB) erforderlichen zielgerichteten Entäußerung in Richtung eines bestimmten Empfängers.[1444] Für Geschäfte bei eBay ergibt sich daraus, dass die Belehrung typischerweise erst nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilt wird. Insofern beträgt die Widerrufsfrist dann nach § 355 Abs. 2, S. 2 BGB einen Monat. Widerrufsbelehrungen, die auf einen Zeitraum von zwei Wochen abstellen, sind unwirksam.[1445] Angedacht ist allerdings im Bundesjustizministerium eine Änderung des BGB, wonach auch bei eBay die Widerrufsfrist 14 Tage betragen soll. Insofern würde § 355 Abs. 2 S. 2 BGB dahin gehend geändert, dass auch eine unverzüglich nach Vertragsschluss erteilte Belehrung ausreicht.
Hier werden für den elektronischen Handel erhebliche Hindernisse bei der Umsetzung europäischer Verbraucherschutzvorgaben aufgebaut. Erstaunlicherweise gehen auch die Mitglied-

[1438] *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3170.
[1439] *LG Flensburg*, MMR 2006, 686.
[1440] *LG Paderborn*, CR 2007, 465.
[1441] NJW-RR 2007, 839, 840.
[1442] *OLG München*, Urteil vom 26. Juni 2008 – 29 U 2250/08 – MMR 2008, 677.
[1443] *OLG Jena*, WRP 2007, 1008; *KG*, K&R 2006, 415 und CR 2007, 331; *OLG Hamburg*, CR 2006, 854; *LG Kleve*, MMR 2007, 332; anderer Ansicht *LG Flensburg*, MMR 2006, 686; *LG Paderborn*, CR 2007, 465.
[1444] *OLG Jena*, WRP 2007, 1008; Buchmann, MMR 2007, 347, 349.
[1445] *KG*, K&R 2006, 415; *OLG Köln*, NJW-RR 2007, 839, 840; *OLG Jena*, WRP 2007, 1008. Ähnlich auch *OLG Naumburg*, Urteil vom 13. Juli 2007 – 10 U 14/07 – MMR 2008, 548; *OLG Stuttgart*, Beschluss vom 4. Februar 2008 – 2 U 71/07 – MMR 2008, 616; *LG Dortmund*, Beschluss vom 19. Juli 2007 – 10 O 113/07; *LG Berlin*, Beschluss vom 27. April 2007 – 16 O 205/07.

staaten bei der Umsetzung der Richtlinie unkritisch vom Text aus und lassen konstruktive Vorschläge zur Lösung des Problems des dauerhaften Datenträgers vermissen.

Vorsicht ist auch bei der **Platzierung der Informationen** geboten. Teilweise wurde angenommen, dass die Informationspflichten nach dem Fernabsatzgesetz nur erfüllt seien, wenn der Interessent diese Informationen zwangsläufig aufrufen muss, bevor er den Vertrag abschließt. Ein Link auf diese Informationen reiche nicht aus.[1446] Inzwischen werden aber auch (Zwei-)Link-Systeme in der Rechtsprechung geduldet, solange die Linkbezeichnungen üblich und verständlich sind.[1447] Verzichtet wurde im Übrigen auch auf die Notwendigkeit, die Angaben auf der Startseite bereitzuhalten, sodass ein zwingender Abruf der Informationen nicht mehr erforderlich ist.

d) Widerrufsrecht

Der Verbraucher kann in jedem Fall den Vertrag binnen zwei Wochen **ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen** (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Fernabsatzgesetz verweist hinsichtlich der Modalitäten des Widerrufs auf die allgemeine, neu geschaffene Regelung zu Verbraucherwiderrufen (§§ 355 – 357 BGB). Dort ist vorgesehen, dass der Widerruf in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen erfolgen muss (§ 355 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Frist beginnt mit Eingang der Waren beim Verbraucher, bei Dienstleistungen mit Vertragsschluss (§ 312d Abs. 2 BGB in Abweichung von § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB). Hält der Lieferer die Textform nicht ein, verlängert sich die Frist ad ultimo (§ 355 Abs. 3 Satz 2 BGB).[1448]
Anstelle eines Widerrufsrechts kann auch ein **Rückgaberecht** vertraglich vereinbart werden (§ 312d Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine solche Vereinbarung ist im Internethandel durchweg sinnvoll. Beim Widerrufsrecht könnte der Verbraucher nämlich den Vertrag widerrufen und die bestellte Ware erst einmal behalten (und nutzen). Beim Rückgaberecht ist die Ware sofort zurückzugeben (§ 356 BGB). Allerdings setzt die Vereinbarung eines Rückgaberechts die Textform voraus, die zum Beispiel bei eBay-Verkäufen nicht eingehalten werden kann.[1449]

[1446] So noch *OLG Frankfurt a.M.*, ZUM 2001, 800.
[1447] *BGH*, MMR 2007, 40.
[1448] Siehe dazu auch *BGH*, Urteil vom 31. Dezember 2002 – I ZR 132/00 (unveröffentlicht): Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Widerrufsbelehrung deutlich gestaltet ist, ist allein auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Verbraucher von der Belehrung anlässlich ihrer Aushändigung und gegebenenfalls Unterzeichnung Kenntnis nehmen kann.
[1449] *LG Berlin*, Beschluss vom 7. Mai 2007 – 103 O 91/07.

Folglich reichen Hinweise auf der Homepage nicht aus, um wirksam ein Rückgaberecht zu vereinbaren.[1450]

Das Widerrufsrecht kann **ohne Angaben von Gründen** ausgeübt werden. Es reicht allerdings nicht aus, wenn der Verbraucher nur mitteilt, er habe „eine Rücksendung".[1451] Grundsätzlich dürfen dem Verbraucher auch keine Kosten für die Ausübung des Widerrufsrechts auferlegt werden. Wie Art. 6 der Fernabsatzrichtlinie ausdrücklich festschreibt, dürfen dem Verbraucher einzig die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren auferlegt werden. Bei hohen Transportkosten kann der Kunde die Rücksendung bis zur Zahlung eines Vorschusses verweigern (§ 669 BGB analog). Seit Inkrafttreten des Gesetzes zum Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen im Dezember 2004[1452] kann der Händler dem Kunden die Rücksendekosten nach ausgeübtem Widerrufsrecht dann auferlegen, wenn die einzelne zurückgesandte Ware einen Bestellwert von mehr als 40 Euro aufweist und der Kunde im Zeitpunkt des Widerrufs den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat. Weiterhin bleibt es bei der bisherigen Regelung, dass der Kunde vertraglich zur Zahlung der Rücksendekosten verpflichtet werden kann, wenn der **Bestellwert bis zu 40 € beträgt** (§ 357 Abs. 2 Satz 3 BGB). Wenn aber die Rücksendekosten vom Verkäufer zu tragen sind, darf dieser eine Annahme von unfrei verschickten Sendungen nicht ausschließen, da dies eine gesetzlich nicht vorgesehene Vorlieferungspflicht des Verbrauchers darstellen würde.[1453] Streitig ist, ob die anteiligen Versandkosten bei Rückgabe der Ware im Versandhandelskauf („Hinsendekosten") erstattungsfähig sind. Einige Gerichte[1454] sehen kein Problem darin, dass der Unternehmer dem Kunden bei der Rückzahlung des Kaufpreises die Erstattung der Hinsendekosten verweigert; darin sei kein Verstoß gegen §§ 312b-d BGB zu sehen. Dies sehen andere Gerichte zugunsten des Verbrauchers anders.[1455] Der Verweis in AGB auf die Erstellung einer Gutschrift ist unzulässig.[1456] Im Übrigen ist die Pflicht zur Erstattung auch der Hinsendekosten zwingend. Sie kann nicht durch Abschluss eines getrennten „Versendungsvertrages" ausgehebelt werden. Insofern liegt dann ein gem. § 312f. BGB unzulässiges Umgehungsgeschäft vor.[1457] Der BGH hat jetzt allerdings angedeutet, dass ein Anspruch des Käufers auf Erstattung der Kosten der Zusendung der bestellten Ware nach

[1450] Siehe *LG Leipzig*, Beschluss vom 27. Juni 2007 – 05 HKO 2050/07.
[1451] *AG Schopfheim*, MMR 2008, 427.
[1452] http://www.heise.de/newsticker/meldung/52649.
[1453] *OLG Hamburg*, MMR 2007, 530.
[1454] *OLG Frankfurt a.M.*, CR 2002, 638 = JurPC Web-Dok. 334/2002; ähnlich *OLG Nürnberg*, NJW-RR 2005, 1581.
[1455] *OLG Karlsruhe*, MMR 2008, 46.
[1456] *BGH*, CR 2006, 120.
[1457] *OLG Karlsruhe, MMR 2008, 46.*

den Bestimmungen des deutschen Rechts nicht gegeben ist.[1458] Der Senat hat das Revisionsverfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Bestimmungen der Fernabsatzrichtlinie dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat.

Hinzu kommen allerdings Regelungen zu einer **Nutzungsentschädigung** (§ 357 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Hiernach soll – in Anlehnung an § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB – für die Überlassung des Gebrauchs oder die Benutzung einer Sache sowie für sonstige Leistungen deren Wert zu vergüten sein. Eine Ausnahme galt bis zum 1.1.2002 für die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer Sache eingetretene Wertminderung. Diese Ausnahme ist aber durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgehoben worden. Nach § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB muss eine durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache entstandene Wertminderung vom Verbraucher ersetzt werden, wenn er vorher auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist. Streitig ist, ob diese Regelungen – insbesondere im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 Fernabsatzrichtlinie – richtlinienkonform sind. Ein Teil der Literatur lehnt dies ab.[1459] Denkbar wäre aber ein Verweis darauf, dass diese Nutzungsvergütung ja nicht „infolge der Ausübung des Widerrufsrechts“, sondern infolge der Nutzung der Ware zu zahlen sei.[1460] Verboten sind zu allgemein gehaltene Hinweise wie: „Wenn Sie beschädigte Waren zurücksenden, wird der gesetzlich zulässige Betrag in Abzug gebracht“. Die Klausel gibt die gesetzliche Formulierung aus § 14 BGB-InfoVO nicht adäquat wieder („müssen Sie uns insoweit ggf. Wertersatz leisten“) und ist insofern ein Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). AGB-rechtlich unzulässig ist auch eine Klausel, wonach es dem Kunden obliegt, im Falle der Ausübung des Rückgaberechts die Ware in der Originalverpackung samt Innenverpackung zurückzusenden.[1461]

Nach § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB ist der Verbraucher abweichend von § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 BGB auch zum Wertersatz für eine Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme verpflichtet, wenn er **spätestens bei Vertragsschluss in Textform** auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit, sie

[1458] Beschluss vom 1. Oktober 2008 – VIII ZR 268/07.
[1459] *Tonner*, BB 2000, 1413, 1416; Ähnlich das *AG Lahr*, das die Frage dem EuGH zur Entscheidungvorgelegt hat, MMR 2008, 270.
[1460] So *Gößmann*, MMR 1998, 88, 91.
[1461] *OLG Frankfurt*, MMR 2006, 325.

zu vermeiden, hingewiesen worden ist.[1462] Dies gilt nach § 357 Abs. 3 Satz 2 BGB nur dann nicht, wenn die Verschlechterung ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist. § 357 Abs. 3 Satz 3 BGB enthält darüber hinaus eine auf den Verbraucher beschränkte Ausnahme von § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB, da der Verbraucher, nachdem er ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist oder auf andere Weise von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangt hat, der Wertersatzpflicht nicht mehr dadurch entgehen kann, dass er sich auf die Beachtung der Sorgfalt beruft, die er in eigenen Angelegenheiten zu beachten pflegt.[1463] Für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eines Fernsehers für 30 Betriebsstundfen können 250 Euro Wertersatz verlangt werden.[1464]

Das *OLG Hamburg* vertritt die Auffassung, dass § 312c Abs. 2 BGB eine dem § 357 Abs. 3 BGB vorrangige Regelung enthalte und es daher für die Anwendung des § 357 Abs. 3 BGB nicht erforderlich sei, auf die Wertersatzpflicht bei Ingebrauchnahme vor Vertragsschluss in Textform hinzuweisen; vielmehr reiche es aus, wenn mit Lieferung in die Information in Textform erfolge.[1465] Diese Auffassung hat das *OLG Köln*[1466] zurückgewiesen, gleichzeitig aber gemeint, dass § 357 Abs. 3 BGB keine Wettbewerbsbezogenheit i.S. des § 4 Nr. 11 UWG aufweise. Schließlich hat dann das *KG*[1467] beide Auffassungen zurückgewiesen, seinerseits aber die Auffassung vertreten, dass es sich um eine Bagatelle handeln würde. Das *OLG Stuttgart* hat die Auffassung vertreten, dass eine Wertersatzpflicht nicht bestehe, weil § 357 Abs. 3 BGB nun mal eine Belehrung in Textform vor Vertragsschluss voraussetze, was bei eBay technisch nicht möglich sei. § 312c Abs. 2 BGB stelle keine vorrangige Regelung dar, sondern setze eine Belehrung gem. § 357 Abs. 3 BGB vielmehr voraus. Dass eine falsche Belehrung über die Rechtsfolgen des Widerrufs (und nicht nur über Bestehen oder Ausübung) einen erheblichen Wettbewerbsverstoß darstelle, sei ständige Rechtsprechung.[1468]

Wichtig sind die **Ausnahmebestimmungen** für das Widerrufs- und Rückgaberecht. Die Weite dieser Rechte kontrastiert mit einer Fülle von Ausnahmebestimmungen, die in § 312d Abs. 4 BGB vorgesehen sind. Diese Ausnahmen scheinen aber nur für das Widerrufsrecht, nicht für das Rückgaberecht zu gelten; ein Verweis auf § 312d Abs. 4 BGB fehlt in der Rückgabe-

[1462] Das *AG Lahr* hat die Vereinbarkerit dieser Bestimmung mit der Feransatzrichtlinie bezweifelt und die Frage dem EugH zur Entscheidung vorgelegt; Beschluss vom 26. Oktober 2007 – 5 C 138/07.
[1463] *KG*, MMR 2008, 339.
[1464] *AG Augsburg*, Urteil vom 30. Oktober 2006 – 23 C 4461; dazu auch *ÖOGH*, Urteil vom 27. September 2005 – 1 Ob 110/05s: 330 Euro für 343 Stunden.
[1465] MMR 2007, 660 m. Anm. Solmecke; so auch *LG Flensburg*, MMR 2006, 686.
[1466] MMR 2007, 713.
[1467] MMR 2008, 339.
[1468] *OLG Stuttgart*, Anerkenntnisurteil vom 7. Februar 2008 – 2 U 94/07.

regelung des § 312d Abs. 1 BGB. Zu beachten ist aber, dass bei Nichtbestehen eines gesetzlichen Widerrufsrechts auch kein Ersatz durch ein vertragliches Rückgaberecht in Betracht kommt. Das Rückgaberecht kann und braucht sich nur auf Artikel zu beziehen, für die ein gesetzliches Widerrufsrecht besteht.
Die Darlegungs- und Beweislast für einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 BGB liegt bei dem Unternehmer, der sich auf den Ausnahmetatbestand beruft.[1469]

Zunächst besteht kein Widerrufsrecht bei Verträgen über die Lieferung von Waren, die **nach Kundenspezifikation angefertigt** oder eindeutig auf die **persönlichen Bedürfnisse der Kunden zugeschnitten** worden sind (§ 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB). Darunter fällt 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 Ausnahmevorschrift nicht einschlägig. 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).[1470]

Ferner soll der Verbraucher sein Widerrufsrecht nicht ausüben können bei Verträgen zur Lieferung von **Audio- oder Videoaufzeichnungen** oder **Software**, die vom Verbraucher **entsiegelt** worden sind (§ 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB). Unter diese Regelung fallen nur physische Versiegelungen etwa einer CD-ROM; 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 Auffassung 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.[1471]
Ein Eigentor ist diese Regelung für die Softwareindustrie, was den Bereich der Software zum Downloaden angeht. Wenn Software über das Internet zum Abruf bereitgehalten wird, fehlt es

[1469] *BGH*, CR 2003, 480.
[1470] *BGH*, CR 2003, 480.
[1471] *LG Frankfurt a.M.*, CR 2003, 412.

an einer Versiegelung. Hier greift folglich die (als Ausnahme eng auszulegende) Regelung für versiegelte Produkte nicht ein. Die EDV-Industrie möchte hier eine andere Ausnahmebestimmung heranziehen, wonach ein Widerrufsrecht nicht bei Gütern besteht, die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind (§ 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB). Doch hier geht es um Pizzadienste im Internet, nicht um Software, deren Beschaffenheit eine Rückgabe ja nicht per se ausschließt.

Eigenwillig ist auch die weitere Ausnahme der Verträge zur Lieferung von **Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten** (§ 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB). Natürlich wäre es ein Unding, könnte jemand über das Internet Zeitschriften bestellen und nach wenigen Tagen gegen Erstattung des Kaufpreises zurücksenden. Unverständlich ist jedoch, dass sich die Ausnahme nicht auch auf Bücher erstreckt. Damit wird es künftig möglich sein, Bücher über das Internet zu bestellen und sie nach einiger Zeit gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzusenden. Amazon.com verliert damit seinen Charakter als virtuelle Buchhandlung und mutiert zur elektronischen Leihbücherei. Im neuen Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung ist allerdings vorgesehen, dass telefonische Bestellungen von Zeitschriften und Lotteriedienstleistungen nicht mehr vom Widerrufsrecht ausgenommen sein sollen.[1472]

In Karlsruhe hat der *BGH*[1473] geurteilt, dass Verbrauchern das in § 312d BGB verankerte zweiwöchige Widerrufsrecht **auch bei Internet-Versteigerungen** zusteht, soweit es sich beim Anbieter um einen Gewerbetreibenden handelt. Ein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB, wonach das Widerrufsrecht nicht für Versteigerungen im Sinne von § 156 BGB gilt, greife nach Meinung des BGH nicht durch.[1474] Daraus folgt für gewerbliche eBay-Verkäufer auch die Pflicht, klar und verständlich auf das Widerrufsrecht bei Verkaufsangeboten hinzuweisen (§ 312c Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 9 BGB Info Verordnung). Diese Hinweispflicht gilt auch für Angebote im Internet zum Verkauf gegen Höchstgebot und zum Sofortkauf.[1475] Es ist zu empfehlen, die Widerrufsbelehrung unmittelbar auf jeder Angebotsseite anzugeben. Eine Verlinkung ist zwar zulässig, die Links müssen aber eindeutige Bezeichnungen tragen und dürfen nicht nur allgemein auf das „Impres-

[1472] In Kraft seit dem 4. August 2009 Bundesgesetzblatt 2009 Teil I, Nr. 49, S. 2413.

[1473] *BGH*, MMR 2005, 37 mit Anm. *Spindler*. Dazu auch *Emmerich*, JuS 2005, 175 ff.; *Hoeren/Müller*, NJW 2005, 949.
[1474] *BGH*, MMR 2005, 37; *Hoeren/Müller*, NJW 2005, 949; dagegen: *Braun*, CR 2005, 113; *Leible/Wildemann*, K&R 2005, 26; *Obergfell*, MMR 2005, 495.
[1475] *OLG Hamm*, MMR 2005, 540.

sum“ o.ä. verweisen.[1476] Weist der Verkäufer in seinen AGB darauf hin, dass das Widerrufsrecht nicht für Versteigerungen gelte, ist dies irreführend und damit verboten, da der Begriff Versteigerung auch für Verkäufe gegen Höchstgebot verwendet werde.[1477]

Bereits im März 2009 hat der Bundestag einem Gesetz zugestimmt, mit dem das **Erlöschen des Widerrufsrechts bei Dienstleistungen** geändert werden soll, das im Mai den Bundesrat passierte. Das Gesetz trat am 4. August 2009 in Kraft.[1478] Seitdem müssen alle Dienstleister und Shopbetreiber, die auch Dienstleistungen anbieten, ihre Bestellabläufe und die Widerrufsbelehrung schnellstmöglich anpassen. Der Text der Belehrung muß nun lauten

"Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig erfüllt ist, bevor Sie Ihr Widerrufsrecht ausgeübt haben."

Bei fehlerhafter Widerrufsbelehrung gehen die Gerichte von höchst unterschiedlichen Streitwerten aus. Die Höhe variiert zwischen 2000 € und 15000 €.[1479] Die anwaltlichen Abmahnkosten sind auch dann zu bezahlen, wenn das vertretene Unternehmen über eine eigene Rechtsabteilung verfügt.[1480]

e) Finanzdienstleistungs-Richtlinie

Literatur:
Felke/Jordans, Der Referentenentwurf für die Umsetzung der FARL für Finanzdienstleistungen, WM 2004, 166; *Felke/Jordans*, Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen, NJW 2005, 710; *Fischer*, Neuregelungen zum Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen, ZAP 2005, Fach 2, 468; *Härting/Schirmbacher*, Finanzdienstleistungen im Internet, CR 2002, 809; *Härting/Schirmbacher*, Finanzdienstleistungen im Fernabsatz, CR 2005, 48; *Held/Schulz*, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen – Umsetzung in der Bankpraxis, BKR 2005, 270; *Schneider*, Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie 2002/65/EG im VVG, VersR 2004, 696; *Vander*, Eingriffe in das allgemeine Fernabsatzrecht – Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen, MMR 2005, 139.

[1476] S. Rdnr. 512.
[1477] *OLG München*, WRP 2008, 1396.
[1478] Bundesgesetzblatt 2009 Teil I, Nr. 49, S. 2413

[1479] *OLG Naumburg*, Beschluss vom 18. Juli 2007 – 10 W 37/07: 2000 € – GRUR-RR 2008, 144; *OLG Celle*, Beschluss vom 19. November 2007 – 13 W 112/07: 3000 € – MMR 2008, 172; *LG Münster*, Urteil vom 4. Juli 2007 – 2 O 594/06: 4000 € – MMR 2008, 130; *OLG Hamburg*, Beschluss vom 30. Oktober 2007 – 3 W 189/07: 5000 € – LSK 2008, 270117; *OLG Hamm*, Beschluss vom 28. März 2007 – 4 W 19/07: 10000 € – MMR 2007, 663; *OLG Stuttgart*, Beschluss vom 23. August 2007 – 2 W 46/07: 15000 €.
[1480] *BGH*, Urteil vom 8. Mai 2008 – I ZR 63/06.

Am 8.12.2004 ist das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen in Kraft treten.[1481] Das Artikelgesetz bringt Änderungen im BGB, in der BGB-InfoV, in VVG, VAG und UKlaG mit sich.
Das Gesetz sieht vor, dass der Verbraucher **umfassend in Textform** vor Vertragsschluss von den Vertragsmodalitäten zu unterrichten ist. Diese Informationen werden dem Verbraucher auch in Textform – mittels Papier oder E-Mail – mitgeteilt. Selbstverständlich gelten sonstige Anforderungen an das Geschäft, bei einer Kontoeröffnung etwa hinsichtlich der Identifizierung, weiter.

Gem. § 312d Abs. 1 BGB steht dem Verbraucher ein **Widerrufsrecht** zu, das **innerhalb von zwei Wochen** geltend zu machen ist. Hat der Verbraucher allerdings nicht alle Informationen ordnungsgemäß erhalten (vgl. § 1 BGB-InfoV), besteht sein Widerrufsrecht unbegrenzt, eine Beschränkung ergibt sich allenfalls durch Verwirkung. Hat der Verbraucher den Widerruf fristgemäß erklärt, wird der Vertrag rückabgewickelt. Wenn der Verbraucher z.B. bereits Beträge auf das Konto eingezahlt hat, erhält er diese zurück. Sollte ein Verbraucher ein Darlehen aufgenommen haben, muss er den Kreditbetrag zurückzahlen; die zwischenzeitlich angefallenen Kreditzinsen muss er allerdings nur dann bezahlen, wenn er zuvor darauf hingewiesen worden ist.

Kein Widerrufsrecht hat ein Verbraucher, der etwa **Aktien oder andere handelbare Wertpapiere** per Telefon oder im Internet gekauft hat. Denn deren Wert ist auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterworfen, die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können. Das Widerrufsrecht soll den Kunden nur vor übereilter Entscheidung schützen, ihm jedoch nicht Gelegenheit zu Spekulationen geben. Der Verbraucher kann den Vertrag auch dann nicht widerrufen, wenn er bereits beiderseitig erfüllt worden ist und der Verbraucher dem ausdrücklich zugestimmt hat. Bei Streitigkeiten aus dem Geschäft kann der Verbraucher eine Schlichtungsstelle anrufen. Diese wird bei der Deutschen Bundesbank eingerichtet; einbezogen werden auch die Verbände des Kreditgewerbes, die bisher bei der Schlichtung von Streitigkeiten aus Überweisungen beteiligt waren.

[1481] BGBl. 2004 I, 3102; KOM (1999) 385 endg. Für die erste Fassung siehe den Vorschlag für eine Richtlinie für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher vom 14. Oktober 1998, KOM (1998), 468 endg., ABl. C 385 vom 11. Dezember 1998, S. 10; Dok. 598PC0468; Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher vom 23. September 2002, ABl. EG Nr. L 271 vom 9. Oktober 2002, 16; ABl. L 271 vom 9. Oktober 2002, 16. Der Regierungsentwurf stammt vom 30. Januar 2004; BT-Drs. 15/2946. Weitere Materialien insbesondere des Bundesrats in *BR-Drs.* 644/1/04 und 815/04.

Neben der Finanzdienstleistungsrichtlinie sind die bereits bestehenden Informationspflichten insbesondere im **Online-Wertpapierhandel** zu beachten. § 31 Abs. 2 des WpHG sieht umfassende Aufklärungspflichten für den Wertpapierhandel vor. Problematisch ist, wie diese von Internet-Discount-Brokern zu erfüllen sind. Da diese sich von vornherein nur an gut informierte und erfahrene Anleger ohne Beratungswunsch wenden, können m.E. die Aufklärungspflichten durch standardisierte Informationen vor Geschäftsbeginn erfüllt werden. Eine individuelle Beratung würde dem Grundgedanken des Discount-Broking, auf das sich der Kunde aus freien Stücken eingelassen hat, widersprechen.[1482]

4. Bestellkorrektur und Empfangsbestätigung

Literatur:
Bodenstedt, „Alles für einen Euro"? Abgrenzung von Zugangsbestätigungen und Annahmeerklärungen im Internet, MMR 2004, 719; *Corlese*, Verbraucherschutz im digitalen Zeitalter: zum Europäischen IPR für Online-Verbraucherverträge, GRUR Int. 2005, 192; *Glatt*, Vertragsschluss im Internet. Die Artikel 9 bis 11 der E-Commerce-Richtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht, ZUM 2001, 390; *Klimke*, Korrekturhilfen beim Online-Vertragsschluss, CR 2005, 582; *Stockmar/Wittwer*, Die Pflicht zur Empfangsbestätigung von elektronischen Bestellungen im Spiegel der Rechtsprechung, CR 2005, 118.

Infolge der E-Commerce-Richtlinie sieht § 312e Abs. 1 Nr. 1 BGB vor, dass der Diensteanbieter angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung zu stellen hat, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann.

Art. 11 der E-Commerce-Richtlinie sieht ferner vor, dass der Diensteanbieter **den Eingang einer Bestellung des Nutzers** unverzüglich zu bestätigen hat. Diese Pflicht ist in § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB verankert. Die Empfangsbestätigung ist keine Willenserklärung. Sie dient dazu, dem Kunden Gewissheit darüber zu verschaffen, ob seine Bestellung angekommen ist. Insofern geht es um eine Zugangsbestätigung. Allerdings kann die Empfangsbestätigung mit der Annahmeerklärung des Unternehmers verknüpft werden. Die Abgrenzung zwischen Empfangs- und Annahmebestätigung ist allerdings unklar und wird je nach Gericht unterschiedlich beurteilt. Das *OLG Frankfurt*[1483] hat bereits in der Rückmeldung „Vielen Dank für Ihren Auftrag, den wir so schnell als möglich ausführen werden„ eine Annahmeerklärung gesehen. Das *AG Westerburg*[1484] hat ähnlich eine Annahme bejaht für eine E-Mail mit dem Inhalt: „Guten Tag, vielen Dank für Ihre Bestellung! Am Ende dieser Mail finden Sie eine Auflistung Ihrer

[1482] Ähnlich auch *Balzer*, DB 1997, 2311, 2315.
[1483] *OLG Frankfurt a.M.*, CR 2003, 450.
[1484] *AG Westerburg*, CR 2003, 699.

Bestellung, die wir so schnell wie möglich für Sie bearbeiten werden.„ Das *AG Butzbach*[1485] hingegen sah in der Formulierung „Vielen Dank für Ihre Mail. Wir werden Ihren Auftrag umgehend bearbeiten.„„ keine Annahme. Der fehlende Rechtsbindungswille kann durch den Zusatz „Keine Auftragsbestätigung" deutlich gemacht werden.[1486] Ein solcher klarstellender „Hinweis kann auch in den AGB verankert werden.[1487]

Die Pflichten zur Bereitstellung von Eingabekorrekturen und einer Empfangsbestätigung gelten nach § 312 e Abs. 2 BGB sowohl im Bereich B2C wie B2B. Im **B2B-Bereich** können die Pflichten allerdings abbedungen werden.

5. Verbraucherkreditrecht

Literatur:
Lorenz, Zeitschriftenabonnements im Internet – heute und morgen, NJW 2001, 2230; *Mankowski*, Websites und Versandhandelsprivileg, CR 2001, 30.

Für das e-Business könnten auch die Bestimmungen des BGB **zum Verbraucherdarlehensvertrag** (§§ 491 ff. BGB) relevant sein.[1488]

Das Verbraucherkreditrecht gilt für

- Darlehensverträge (§ 491 Abs. 1 BGB), einen entgeltlichen Zahlungsaufschub von mehr als drei Monaten (§ 499 Abs. 1 BGB) oder eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe (§ 499 Abs. 1 BGB) sowie Teilzahlungsgeschäfte (§ 499 Abs. 2 BGB)
- zwischen dem Unternehmer (§ 14 BGB) als Darlehensgeber und einem Verbraucher (§ 13) als Darlehensnehmer
- sofern das auszuzahlende Darlehen oder der Wert der Finanzierungshilfe 200 € übersteigt (§ 491 Abs. 2 Nr. 1 BGB; § 499 Abs. 3 BGB).

Für das Internet kommen solche Geschäfte nur in zwei Formen in Betracht. Zum einen wäre es denkbar, **Darlehensverträge** via Mail abzuschließen. Dies ist nach derzeitigem Stand aber selten der Fall. Interessanter ist der Abschluss von **Teilzahlungsverträgen**. In der Tat bieten

[1485] *AG Butzbach*, NJW-RR 2003, 55 = CR 2002, 765.
[1486] *LG Gießen*, CR 2003, 856.
[1487] *AG Wolfenbüttel*, CR 2003, 622.
[1488] Diese fanden sich bis zum 1. Januar 2002 im Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) vom 17. Dezember 1990 BGBl. I, 2840.

elektronische Versandhäuser auch Teilzahlungskredite an. Würden sie sich dabei lediglich auf den Austausch von E-Mails verlassen, wären solche Vereinbarungen gem. § 125 BGB nichtig. Diese Geschäfte bedürfen der Schriftform, d.h. nach § 126 Abs. 1 BGB der eigenhändigen Unterschrift beider Parteien. Die elektronische Unterschrift genügt – selbst nach Einhaltung der oben erwähnten Vorgaben für eine digitale Signatur – diesen Vorgaben nicht (§ 492 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. § 501 Satz 1 BGB). Von daher wäre der Versuch eines Abschlusses von Verbraucherdarlehensverträgen bei Anwendung des Verbraucherkreditrechts zum Scheitern verurteilt (§ 494 Abs. 1 BGB). Allerdings ist zu beachten, dass der Formmangel mit Übergabe der Ware bzw. Inanspruchnahme des Kredits geheilt wird (§ 494 Abs. 2 BGB). In diesen Fällen ermäßigt sich dann der vertraglich vereinbarte auf den gesetzlichen Zinssatz (§ 494 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Für Teilzahlungsgeschäfte im Fernabsatz ist § 502 Abs. 2 BGB zentral. Hiernach bedarf das Teilzahlungsgeschäft keiner Schriftform, wenn

- der Prospekt Bar- und Teilzahlungspreis, Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen sowie den effektiven Jahreszins enthält und
- die notwendigen Angaben dem Verbraucher so rechtzeitig in Textform mitgeteilt werden, dass er die Angaben vor dem Abschluss des Vertrages eingehend zur Kenntnis nehmen kann.

Wichtig ist das **Widerrufsrecht des Verbrauchers**. Nach § 495 Abs. 1 i.V.m. § 355 BGB kann der Verbraucher seine Willenserklärung binnen einer Frist von zwei Wochen schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger widerrufen. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Verbraucher eine gesondert zu unterschreibende Belehrung über sein Widerrufsrecht bekommen hat. Fehlt eine ordnungsgemäße Belehrung, bleibt dem Kunden die Möglichkeit des Widerrufs – und zwar auf Dauer und ohne Einhaltung einer Frist (§ 355 Abs. 3 Satz 2 BGB).

6. Ratenlieferungsverträge

Bestimmte Vorschriften des Verbraucherkreditrechts gelten neben den Kreditverträgen auch für **wiederkehrende Bezugsverpflichtungen**, etwa bei Zeitschriftenabonnements oder im Rahmen einer Clubmitgliedschaft. Auch für Ratenlieferungsverträge, die über das Internet

abgeschlossen werden, gilt das Widerrufsrecht (§ 505 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Verträge müssen schriftlich vereinbart werden (§ 505 Abs. 2 Satz 1 BGB); die Schriftform kann aber auch dadurch ersetzt werden, dass dem Verbraucher die Möglichkeit verschafft wird, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern (§ 505 Abs. 2 Satz 2 BGB). Dies entspricht den Vorgaben aus der Rechtsprechung zur alten Bestimmung des § 8 VerbrKrG, insbesondere dem Urteil des *OLG München* in Sachen „Bunte".[1489] Das Gericht hatte aus der Anwendbarkeit von § 8 VerbrKrG auf Abonnementverträge den Rückschluss gezogen, dass die Bereitstellung der notwendigen Verbraucherinformationen auf einem dauerhaften Datenträger ausreicht. „Dauerhafter Datenträger" sei aber verbraucherkreditspezifisch dahingehend auszulegen, dass die Informationen lediglich in lesbarer Form dem Verbraucher so dauerhaft zur Verfügung stehen müssen, dass er die Angaben vor Abgabe seines Angebots eingehend zur Kenntnis nehmen kann. Es sei nicht erforderlich, dass die Informationen über den Zeitpunkt der Abgabe des Angebots hinaus erforderlich seien. Der Verbraucher müsse daher nur die Informationen auf der Homepage des Unternehmens abrufen können, um sie so auf seinem Bildschirm für eine von seinen Bedürfnissen entsprechende Zeit sichtbar machen zu können.

Sechstes Kapitel: Datenschutzrecht

Literatur:
Andreewitch/Steiner, Besonderheiten des österreichischen Datenschutzgesetzes gegenüber der EG-Datenschutzrichtlinie, ITRB 2005, 260; *Artl,* Datenschutzrechtliche Betrachtung von Onlineangeboten zum Erwerb digitaler Inhalte, MMR 2007, 683; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht, Kommentar, Stand: 37. Lfg., Juli 2008, www.datenschutz-kommentar.de; *Brieskorn,* Datenschutz und die Gefährdung der Intimität: philosophische Bemerkungen, in: Zeit und kommunikative Rechtskultur in Europa 2000, 225; *Büllesbach/Garstka*, Meilensteine auf dem Weg zu einer datenschutzrechtlichen Gesellschaft, CR 2005, 720; *Dorn,* Lehrerbenotung im Internet, DuD 2008, 98; *Franzen*, Die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes und ihre Bedeutung für die Privatwirtschaft, DB 2001, 35; *Giesen*, Datenverarbeitung im Auftrag in Drittstaaten – eine misslungene Gesetzgebung, CR 2007, 543; *Gola/Klug,* Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2006 & 2007, NJW 2007, 2452; *Hobbert*, Datenschutz und Datensicherheit im Internet, 2000; *Hornung*, Zwei runde Geburtstage: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das WWW, MMR 2004, 3; *Hoeren*, Electronic Data Interchange: the perspectives of private international law and data protection, in: Carr/Williams (Hrsg.), Computers and Law, 1994, 128; *Jendro*, Datenschutz bei der Verwendung von E-Mail – Forschung und öffentliche Verwaltung, DuD 1995, 588; *Moos,* Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2007, K&R 2008, 137 ff.; *Roßnagel/Grimm*, Daten-

[1489] *OLG München*, NJW 2001, 2263 mit Anm. *Lorenz*, NJW 2001, 2230 = ZIP 2001, 520 = ZUM 2001, 436 = CR 2001, 401 mit Anm. *Mankowski* = ZIP 2001, 520.

schutz im Electronic Commerce, 2003; *Ruppmann*, Der konzerninterne Austausch personenbezogener Daten: Risiken und Chancen für den Datenschutz, 2000; *Schaar*, Datenschutzfreier Raum Internet?, CR 1996, 170; *Schaar*, Datenschutz in der liberalisierten Telekommunikation, DuD 1997, 17; *Schaar*, Datenschutz bei Web-Services, RDV 2003, 59; *Schadow*, Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV) – Zielsetzung, Inhalt, Anwendung, RDV 1997, 51; *Scherer*, Rechtsprobleme des Datenschutzes bei den "Neuen Medien", 1988; *Schmitz/Eckhardt*, Einsatz von RFID nach dem BDSG – Bedarf es einer speziellen Regulierung von RFID-Tags?, CR 2007, 171; *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Einführung in das Datenschutzrecht, 2005; *Walz*, Datenschutz und Telekommunikation, CR 1990, 56 und 138; *Welp*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2007, MMR-Beilage 7/2008, 9; Wiesner, Datenschutzrechtliche Einwilligung zur Werbung: Opt-out ausreichend?, DuD 2007, 604; *Wuermeling/Felixberger*, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz in der Telekommunikation, CR 1997, 230.

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:
Beck, Lehrermobbing durch Videos im Internet – ein Fall für die Staatsanwaltschaft?, in: MMR 2008, 77; *Gounalakis/Rhode*, Persönlichkeitsschutz im Internet – Grundlagen und Online-Spezifika, 2002; *Heidrich*, Zwischen Free Speech und Mitstörerhaftung. Forenhaftung in den USA und Deutschland, K&R 2007, 144; *Helle*, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, JZ 2002, 593; *Lütcke*, Persönlichkeitsverletzungen Internet, 1999; *von Hinden*, Persönlichkeitsverletzungen im Internet. Das anwendbare Recht, 1999.

Vorab zu beachten sind besondere Persönlichkeitsrechte, etwa das im Kunsturheberrechtsgesetz geregelte **Recht am eigenen Bild** (§§ 22 ff. KUG). Auch Mitarbeiter eines Unternehmens dürfen im Internet nur mit ihrer Einwilligung abgebildet werden. Dies gilt auch für leitende Angestellte, die das Unternehmen nach außen repräsentieren.[1490] Dabei erstreckt sich eine Einwilligung, die sich auf die Verwendung eines Fotos für Personalzwecke erstreckt, nicht automatisch auf das Internet. Auch hier gilt entsprechend der urheberrechtliche Zweckübertragungsgrundsatz (§ 31 Abs. 5 UrhG); eine Einwilligung zu Personalzwecken legitimiert

[1490] *Kaufmann*, DuD 2005, 262, 266.

keine Internetnutzung.[1491] Zu bedenken ist beim Recht am eigenen Bild auch die Möglichkeit eines Widerrufs zumindest, wenn der Abgebildete wegen gewandelter Überzeugung eine Verbreitung seines Fotos nicht mehr möchte. Erklärt der Abgebildete einen solchen Widerruf, kommt eine analoge Anwendung von § 42 Abs. 3 UrhG nicht in Betracht, so dass ein Anspruch auf angemessene Entschädigung nicht besteht. Vielmehr verbleibt es allenfalls bei einem Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens in analoger Anwendung von § 122 BGB.[1492]

Werden dem **privaten Bereich** zuzuordnende und im Internet im Zusammenhang mit einer Freizeitaktivität veröffentlichte Bilder in einem Bericht angelinkt, der sich kritisch mit der anwaltlichen Tätigkeit des Abgebildeten auseinandersetzt, steht dem abgebildeten Anwalt ein Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 BGB, 22, 23 KUG zu, sofern der Link auf die Bilder als Untermauerung der kritischen Äußerungen eingesetzt wird.[1493] Selbst wenn man die Bebilderung noch als Beitrag zu einer allgemeinen Diskussion versteht, überwiegt das berechtigte Interesse des Abgebildeten an seiner Privatsphäre dasjenige eines Presseorganes an der Veröffentlichung, da das zur Schau gestellte Bild als Beleg für die kritischen Meinungsäußerungen aus dem (privaten) Zusammenhang gerissen wird. Ähnlich pressekritisch argumentiert das Landgericht Berlin.[1494] Ein **Rechtsanwalt** sei typischerweise nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG **keine relative Person der Zeitgeschichte** und habe daher einen Anspruch auf Unterlassung von Fotoveröffentlichungen gegen die Zeitung „Die Welt“. Kein zeitgeschichtliches Ereignis stelle die Wahrnehmung seiner beratenden Tätigkeit für prominente Mandanten dar. Die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen im Internet mit voller Nennung der anwaltlichen Parteivertreter verletzt nach Auffassung des OLG Hamm[1495] die Rechtsanwälte weder in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht noch in deren Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Es bestehen nach Auffassung des OLG Frankfurt[1496] keine persönlichkeitsrechtlichen Löschungspflichten für Online-Archive – Grundsätzlich kann einem verurteilten Straftäter zur Wahrung seines Persönlichkeitsrechts ein Unterlassungsanspruch gegen eine ihn identifizierende Berichterstattung zustehen. Voraussetzung ist eine entsprechende Breiten- und Tiefen-

[1491] *KG*, AfP 2001, 406, wonach die bloße Bekanntheit einer Nutzungsmöglichkeit bei Vertragsschluss nicht reiche, eine Einwilligung nach KUG anzunehmen.
[1492] *AG Charlottenburg*, AfP 2002, 172.
[1493] *OLG München*, Urteil vom 26. Juni 2007 – 18 U 2067/07, MMR 2007, 659.
[1494] *LG Berlin*, AfP 2007, 164.
[1495] *OLG Hamm*, Urteil vom 11. Dezember 2007 – 4 U 132/07 – NJW-RR 2008, 640; NJW-Spezial 2008, 287; MMR 2008, 547.
[1496] *OLG Frankfurt a.M.*, Urteil vom 22. Mai 2007 – 11 U 72/06 – MMR 2008, 182.

wirkung, die bei einigen Zeilen in einem Online-Archiv nicht gegeben ist. Anders ist dies beispielsweise bei einer umfassenden Berichterstattung im Fernsehen zu den „größten Kriminalfällen".

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.[1497] Trägt der Befragte in einem späteren Schmerzensgeldprozess vor, er habe seine Aussage unter den Vorbehalt gestellt, dass er den Artikel vor der Veröffentlichung gegenlesen wollte, 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.[1498]

Die Benotung von Lehrern in Foren wie **spickmich.de** oder **meinprof.de** ist vom Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt.[1499] Die Bewertungskriterien solcher Schüler-/Studentenportale stellen Werturteile dar, so dass das Forum prinzipiell dem Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit gemäß Artikel 5 Abs. 1 des Grundgesetzes unterfällt. Auch die mehr personenbezogenen Bewertungsmöglichkeiten „cool und witzig", „menschlich", „beliebt" und „vorbildliches Auftreten" sind weder als Angriff auf die Menschenwürde noch als Schmähung einzustufen. Im Vordergrund steht nicht eine Diffamierung oder Herabsetzung der Person als Ziel der Äußerung, sondern die Bewertung von Eigenschaften, die sich jedenfalls auch im schulischen Wirkungskreis spiegeln.

Das Oberlandesgericht Köln hat nunmehr auch in der Hauptsache zu Spiekmich.de entschieden, dass die betroffene Lehrerin nicht wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen gegen die Betreiber des Internetforums vorgehen kann. Es liege kein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin vor. Es handele sich bei allen Bewertungskriterien des Schülerportals um Werturteile, die dem Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) unterfielen. Bei einer Abwägung von Meinungsfreiheit und Persön-

[1497] *LG München I*, Urteil vom 12. Dezember 2007 – 9 O 13832/07 – LSK 2008, 300317.
[1498] *LG Berlin*, Urteil vom 25. Oktober 2007 – 27 O 602/07 – MMR 2008, 353.
[1499] *OLG Köln*, Urteil vom 3. Juli 2008 – 15 U 43/08 – MMR 2008, 672; *OLG Köln*, Urteil vom 27. November 2007 – 15 U 142/07, MMR 2008, 101; *LG Köln*, Urteil vom 30. Januar 2008 – 28 O 319/07 – ZUM-RD 2008, 205; *LG Köln*, Urteil vom 11. Juli 2007 – 28 = 263/07, MMR 2007, 729 m. Anm. Kreutzer; *LG Köln*, Beschluss vom 22. August 2007 – 28 O 333/07, RDV 2007, 252; *LG Duisburg*, Urteil vom 18. April 2008 – 10 O 350/07 – MMR 2008, 691. Ähnlich *LG Berlin*, MMR 2007, 668 und *LG Regensburg*, MMR 2009, 363 (Ls.) zu meinprof.de. Anderer Ansicht etwa die Bayerische Datenschutzaufsichtsbehörde für den nicht-öffentlichen Bereich http://www.regierung.mittelfranken.bayern.de/aufg_abt/abt1/EuropDatenschutztag2008PressekonfVortrag.pdf.

lichkeitsrechten fehle es an einem unzulässigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die Lehrerin sei nicht in ihrem Erscheinungsbild oder allgemeine Persönlichkeit betroffen, sondern allein in der konkreten Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit. Geprüft wurde ferner die Möglichkeit, über Internetsuchmaschinen auf die Bewertung zuzugreifen (was nicht gegeben war) sowie die Gefahr von Manipulationen der Bewertung, die das Gericht als gering eingestuft hat[1500]. In der Zwischenzeit werden auch in anderen Bereichen entsprechende Bewertungssysteme als Meinungsäußerungen und damit frei angesehen[1501]. Insofern dürfe jemand im Internet veröffentlichen „max. 3-Sterne-Hotel". Alles andere im Hotel, was wir bewerten können, durch unsere Nutzung, entsprach überwiegend getünchter Nostalgie, gepaart mit unternehmerischer Arroganz.

Das Kammergericht[1502] hat die Frage des Zitierens aus anwaltlichen Schriftsätzen zum Thema gehabt. 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 (Amtsgericht Düsseldorf, Urteil vom 19. Dezember 2008 – 31 C 5067/08).

Schwierig ist auch die Verwendung von Zitaten eines prominenten Kabarettisten in einem Werbetext.[1503] Die bloße Verwendung des Namens eines Prominenten in einer Werbeanzeige ist noch keine Namenrechtsverletzung i.S.v. § 12 BGB (s. auch BGH, GRUR 1981, 846, 847 f.). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn in der Veröffentlichung der Eindruck erweckt werde, die namentlich genannte Person stehe selbst als Veröffentlichter hinter dem Produkt. Auch liegt in der Verwendung einzelner Sätze aus dem Kabarett-Programm des Prominenten keine Verletzung allgemeiner Persönlichkeitsrechte. Die Verwendung solcher Zitate greift aber auch nicht in das Urheberrecht ein, wenn die zitierten Stellen weder von ihrem gedanklichen Inhalt noch von ihrer sprachlichen Gestaltung her eine Gestaltungshöhe erreichen. Allerdings soll sich aus § 51 UrhG ergeben, dass auch Teile von Werken, die für sich genom-

[1500] *OLG Köln*, Urteil vom 5. Juli 2008 – 15 U 43/08 – MMR 2008, 672.
[1501] Siehe z.B. Amtsgericht Wolgast, Urteil vom 5. Dezember 2008 – 1 C 501/07 für Hotelbewertungssysteme.
[1502] Beschluss vom 31. Oktober 2008 – 9 W 152/06.
[1503] Urteil des *OLG Hamburg* vom 26. Februar 2008 – 7 U 160/07.

men keinen Werkcharakter haben, nicht ohne weiteres in Veröffentlichung Dritter übernommen werden dürfen. In solchen Fällen kann aber über das Zitatrecht dann eine Rechtfertigung erfolgen, wenn der Umfang der Zitierung durch den Zweck des Beitrags gerechtfertigt sei. Man könne aus der Fassung kein Recht ableiten, wonach der Urheber bestimmt, zu welchen Zwecken und in welchen Zusammenhängen Zitate aus seinem Werk eingesetzt werden. Zu beachten seien auch die Rechte Dritter auf freier Meinungsäußerung.

Bei Meinungen wird wegen des hohen verfassungsrechtlichen Schutzes der Meinungsfreiheit die Zulässigkeit der freien Rede vermutet. Dies gilt – wie das OLG Koblenz[1504] klarmacht – auch bei einer **heftigen Diskussion in Internetforen**. In der öffentlichen Auseinandersetzung müsse Kritik hingenommen werden, die durchaus auch überspitzt und polemisch sein dürfe. Andernfalls drohe die Gefahr der Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses. Unzulässig seien allenfalls so genannte Schmähkritiken, also Werturteile, die in jeder sachlichen Grundlage entbehrende, böswillige oder gehässige Schmähungen übergehen. 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 Meinungsäußerung aussprechende, Judikatur unterstützt das OLG Stuttgart[1505] 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 im Sinne des § 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 Meinungsäußerung des Veröffentlichers 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, so überwiegt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.[1506]

[1504] *OLG Koblenz*, Urteil vom 7. Dezember 2007, MMR 2008, 54.
[1505] MMR 2007, 434.
[1506] *OLG Hamburg*, Beschluss vom 9. Juli 2007 – W 56/07, ZUM 2008, 66 = AfP 2008, 303.

Schwierigkeiten persönlichkeitsrechtlicher Art ergeben sich, wenn ein schon seit mehreren Jahren wegen einer Straftat rechtskräftig Verurteilter gegen einen ihn identifizierenden Artikel in einem sog. Online-Archiv vorgehen will. Ein solcher Anspruch hängt wesentlich von der durch den Bericht erzielten Breitenwirkung ab.
Ist der Täter noch in Haft, hat die Berichterstattung keine so negative Auswirkungen, dass das das öffentliche Informationsinteresse hinter das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zurücktreten müsste.[1507]

Ein Sportverband darf die **Sperre eines Spielers** auf seiner Internet-Homepage veröffentlichen. Eine Veröffentlichung auf der Homepage sei – so das OLG Karlsruhe[1508] – die praktikabelste Möglichkeit, über die jeweils aktuellen Sperren zu informieren. Es sei nicht erkennbar, dass die Veröffentlichung geeignet gewesen sei, dem Kläger einen erheblichen Persönlichkeitsschaden zuzufügen, da eine solche – anders als eine Berichterstattung in der Presse oder gar im Fernsehen – keine besondere Breitenwirkung entfalte. Es erhielten nämlich nur solche Personen Informationen über den Kläger, die von sich aus aktiv wurden, die Website aufriefen und sich über mehrere Links zu den Spielsperren „durchklickten". Dass der Eintrag über den Kläger auch bei Eingabe seines Namens auf einer Internetsuchmaschine erscheine, mache die Veröffentlichung auf der Website nicht rechtswidrig. Hinzu komme, dass es grundsätzlich ebenso erlaubt sei, sich Informationen über einen Dritten zu beschaffen, wie Informationen über einen Dritten zu erteilen. Der Umstand, dass Suchmaschinen die Beschaffung solcher Informationen erleichtern, ändere hieran nichts. Mit der Möglichkeit einer solchen Suche sei keinerlei öffentliche Stigmatisierung oder Prangerwirkung verbunden.

Die **Veröffentlichung privater E-Mails** kann einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Absenders/Betroffenen.[1509] In den Bereich der Geheimsphäre fallen schriftliche sowie Tonbandaufzeichnungen, persönliche Briefe, aber auch solche Aufzeichnungen und Briefe, die berufliche oder geschäftliche Fragen betreffen, insbesondere persönliche Aufzeichnungen zu beruflichen oder geschäftlichen Erlebnissen oder Planungen. Mit dem Versenden einer E-Mail verlässt der Absender nicht den heimischen Bereich und begibt sich nicht in eine allgemeine Sphäre. Dies kann allenfalls in Betracht kommen, wenn der Absender die

[1507] *LG Hamburg*, Beschluss vom 11. Juni 2008 – 324 0 1069/07.
[1508] *Oberlandesgericht Karlsruhe*, Urteil vom 30. Januar 2009 – 14 U 131/08 -
[1509] *LG Köln*, Urteil vom 28. Mai 2008 – 28 O 157/08.

E-Mail an einen nicht abgegrenzten Personenkreis richtet und versendet; nicht aber im Fall einer an eine Person gerichteten und versandten E-Mail.

II. Geschichte des Datenschutzrechts

1. Vorgeschichte bis zum BDSG 1991

Die Geburtsstunde des Datenschutzrechts in Deutschland liegt im Jahre 1970. In diesem Jahr verabschiedete das Bundesland **Hessen** als erstes Land der Welt ein Datenschutzgesetz.[1510] Dieses Gesetz war geprägt durch die amerikanische Debatte um das „Recht auf Privatheit" (privacy)[1511] sowie durch den **Mikrozensus-Beschluss** des *Bundesverfassungsgerichts* vom 16.7.1969,[1512] in dem es heißt:

> „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 statistischen Erhebung, und ihn damit wie eine Sache zu behandeln, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist."[1513]

Im Jahre 1970 gab die Bundesregierung bekannt, dass mit den Vorarbeiten zu einem Entwurf eines Bundesdatenschutzgesetzes begonnen worden sei.[1514] Diese Vorarbeiten mündeten dann – nach verschiedenen Entwürfen und heftigen Diskussionen in Bundestag und Bundesrat – in dem „Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung vom 27.1.1977 – **Bundesdatenschutzgesetz**".[1515] Dieses Gesetz trat am 1.1.1978 in Kraft.

[1510] GVBl. I, 625.
[1511] Zur Entwicklung des Datenschutzes in den USA vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, I. Teil, 2.1, 36.
[1512] BVerfGE 27, 1.
[1513] Ähnlich später auch BVerfGE 27, 344 = NJW 1970, 555 sowie die Soraya-Entscheidungen des *BGH*, NJW 1865, 685 und des *BVerfG*, BVerfGE 34, 269.
[1514] *BT-Drs.* VI/1223 vom 5. Oktober 1970.
[1515] BGBl. I, 201.

Auf der Grundlage des BDSG wurden bis 1981 in allen Bundesländern Landesdatenschutzgesetze erlassen;[1516] ferner wurden Datenschutzbeauftragte in Bund, Ländern und Betrieben eingesetzt sowie die vorgesehenen Aufsichtsbehörden installiert.
Grundlegend hat sich das Datenschutzrecht durch das **Volkszählungsurteil** des *BVerfG* vom 15.12.1983[1517] 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.
- 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.
- Die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten unterliegen einer strengen **Zweckbindung**: Daten dürfen nur für einen konkreten gesetzlich bestimmten Zweck erhoben und gespeichert werden; jede Sammlung personenbezogener Daten „auf Vorrat zu unbestimmten Zwecken" ist unzulässig. Die Daten dürfen auch nur im Rahmen des Zweckes verarbeitet werden, für den sie erhoben worden sind, sog.

[1516] Zur föderalen Struktur des deutschen Datenschutzrechts vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, I. Teil, 4.3, 93.
[1517] BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419.

Zweckbindungsgrundsatz; jegliche zweckentfremdete Nutzung der Daten ist unzulässig.

Aufgrund der Vorgaben des *BVerfG* war der Bundesgesetzgeber gezwungen, das BDSG grundlegend zu novellieren. Am 31.5.1990 verabschiedete der Bundestag dann das „Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes“[1518] und leitete es dem Bundesrat zu. Der Bundesrat lehnte den Gesetzesentwurf ab und rief den Vermittlungsausschuss an.[1519] Erst in der vom Vermittlungsausschuss erarbeiteten Kompromiss-Fassung[1520] konnte das **novellierte BDSG** dann am 1.6.1991 in Kraft treten.

2. Die EU-Datenschutzrichtlinie und die jüngsten Novellierungen des BDSG

Neben den nationalen Gesetzgebern musste die EU auf dem Gebiet des Datenschutzes tätig werden, allein schon um die Fragen des grenzüberschreitenden Datenaustauschs innerhalb der EU zu klären. Bereits 1976 hat das Europäische Parlament mehrere Entschließungen angenommen,[1521] in denen die EU-Kommission zur Ausarbeitung einer **EU-Datenschutzrichtlinie** aufgefordert wurde. Die EU-Kommission ließ sich jedoch mit dieser Bitte Zeit. Erst am 18.7.1990 verabschiedete sie ein Maßnahmenbündel zu Fragen des Datenschutzes.[1522] Dieses Bündel umfasste den Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie einen Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz personenbezogener Daten im Telekommunikationsbereich. Im Oktober 1995 wurde dann die Datenschutzrichtlinie verabschiedet.[1523] Im Dezember 1997 folgte die TK-Datenschutzrichtlinie.[1524] Derzeit diskutiert man in Brüssel darüber, beide Richtlinien in einem einzigen Text zusammenzubringen.

[1518] BT-Drs. 11/4306.
[1519] BR-Drs. 379/90.
[1520] BGBl. I, 2954.
[1521] ABl. Nr. C 1000 vom 3. Mai 1976, 27; ebenso ABl. Nr. C 140 vom 5. Juni 1979, 34; ABl. Nr. C 87 vom 5. April 1982, 39.
[1522] KOM (90) 314 final = ABl. C 277/12 vom 5. November 1990; in deutscher Übersetzung abgedruckt als *BR-Drs*. 690/90.
[1523] Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG L vom 23. November 1995, 31. Siehe hierzu auch *Brühann/Zerdick*, CR 1996, 429; *Simitis*, NJW 1997, 281; *Weber*, CR 1995, 297.
[1524] Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation vom 15. Dezember 1997, Beil. zu CR 4/1998.

Die EU-Datenschutzrichtlinie hätte bereits am 24.10.1998 umgesetzt sein müssen. Die Geschichte der Novellierung des BDSG im Hinblick auf die EU-Datenschutzrichtlinie ist kompliziert. Schon im Juli 1997 war ein erster Referentenentwurf veröffentlicht worden.[1525] Die Diskussion um den Entwurf aus dem Jahr 1997 kam dann bedingt durch die politischen Änderungen in Berlin zum Erliegen. Die SPD/Grünen Koalition nahm sich eine längere Auszeit, bevor sie ihrerseits einen eigenen Entwurf veröffentlichte. Als Hauptkritikpunkt war immer die Frage nach dem ausreichenden Schutz der Presse zu hören, die befürchtete, durch einen zu scharfen Datenschutz in der Sammlung von Informationen über Informanten und Prominente behindert zu sein.

Der deutsche Gesetzgeber ließ sich dann mit der Umsetzung Zeit. Erst nach der Zustimmung des Bundesrates am 11.5.2001 und der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten am 18.5.2001 ist **das Bundesdatenschutzgesetz** im Bundesgesetzblatt vom 22.5.2001 verkündet worden.[1526] Es ist damit am 23.5.2001 in Kraft getreten.[1527]

Derzeit sind – bedingt durch sog. Datenschutzskandale – zwei größere Änderungsentwürfe zum BDSG in der parlamentarischen Diskussion. In der **BDSG-Novelle II** wird versucht, den Fällen des unberechtigten Datenhandels zu begegnen. Am 10. Dezember 2008 hat die Bundesregierung den vom Bundesminister des Innern vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Regelung datenschutzrechtlicher Vorschriften beschlossen. Der heftig diskutierte Entwurf wurde dann ist am 3. Juli 2009 vom Bundestag verabschiedet.[1528] Im Einzelnen ist geplant, dass künftig die Nutzung und Übermittlung personenbezogener Daten zu Zwecken des **Adressenhandels** grundsätzlich nur mit Einwilligung des Betroffenen möglich sein wird. Die Einwiligung soll nach Möglichkeit schriftlich erteilt werden (§ 28 III 1); wird sie mit anderen Vertragserklärungen verbunden, muß sie drucktechnisch hervorgehoben werden (§ 28 Abs. 3a). Ohne Einwilligung ist die Verarbeitung bestimmter "freier" Adreßdaten zulässig, wenn dies für Zwecke der Werbung für eigene Angebote geschieht (§ 28 III 2 Nr. 1). Ferner ist die Nutzung der Adreßdaten einwilligungsfrei möglich, wenn die Daten für berufsbezogene Werbung beim Betroffenen verwendet werden (§ 28 III 2 Nr. 2). Befreit sind schließlich auch Werbung für Spenden gemeinnütziger Einrichtungen vom Einwilligungserfordernis (§ 28 III 2 Nr. 3).

[1525] http://www.dud.de/dud/documents/bdsg97ct.htm.
[1526] Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Bundesgesetzblatt vom 22.Mai 2001, BGBl. 2001 Teil I Nr. 23, 904 ff.
[1527] Siehe dazu *Gola/Klug*, NJW 2001, 3747 ff.; *Schierbaum*, PersR 2001, 275; *Franzen*, DB 2001, 1867.
[1528] BT-Drs. 16/12011 und 16/13657.

Bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht ist eine Erhöhung der Bußgelder vorgesehen. Es soll auch die Möglichkeit geschaffen werden, unrechtmäßige Gewinne aus illegaler Datenverwendung abzuschöpfen. Des Weiteren werden Informationspflichten für Unternehmen für den Fall eingeführt, wenn diese feststellen, dass bestimmte personenbezogene Daten aus ihrem Verfügungsbereich unrechtmäßig übermittelt wurden („Datenschutzpanne“). In diesen Fällen wären sowohl Aufsichtsbehörden als auch Betroffene zu unterrichten.

Der Bundestag hat im Mai 2009 den umstrittenen Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Regulierung von Auskunfteien mit Änderungen verabschiedet, die der Innenausschuss empfohlen hatte. Das inzwischen verkündete Gesetz tritt zum 1. April 2010 in Kraft.[1529] Der Plan zur Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes (**BDSG I)** sieht mit § 28b BDSG-RegE eine ausdrückliche Regelung des **Scoring**-Verfahrens vorsieht.[1530] Hiernach sind Scoring-Verfahren nur dann zulässig, wenn die zur Berechnung des Score-Wertes benutzten Daten unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des zu bestimmenden Verhaltens erheblich sind. Zudem müssen die Voraussetzungen einer Datennutzung nach § 28 BDSG bzw. bei einer Berechnung durch eine Auskunftei die Voraussetzungen einer Datenübermittlung nach § 29 BDSG vorliegen. Die von der Regierung befürwortete, besonders umkämpfte Klausel, wonach Auskunfteien Wohnortdaten in die Ermittlung der Scorewerte zur Prüfung der Kreditwürdigkeit einbeziehen dürfen, hat das Parlament eingeschränkt. Verboten wird demnach die "ausschließliche" Nutzung von Anschriftendaten für die entsprechende Wahrscheinlichkeitsberechnung. Zusätzliche Informationen über Angaben zum Wohnorten dürfen auch nicht mit einer "verschwindend geringen Gewichtung" in einen Scorewert einfließen.

Unternehmen, die Informationen über die tatsächliche oder vermeintliche Zahlungsfähigkeit von Privatpersonen sammeln und verkaufen, müssen laut dem Entwurf 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 Daten-

[1529] BGBL. 2009 I, Nr 48, S 2254
[1530] Regierungsentwurf vom 30. Juli 2008 eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes.

arten "in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung für das im Einzelfall berechnete Ergebnis aufzuführen".

Eingefügt hat der Bundestag eine Klarstellung, dass die Dienstleister den Betroffenen auf Verlangen die wesentlichen Gründe einer für sie ungünstigen automatisierten Entscheidung mitzuteilen und zu erläutern haben. Der Kunde soll so in die Lage versetzt werden, mit einem Sachbearbeiter in Kontakt zu treten und seine Interessen womöglich doch noch durchzusetzen. Zudem folgten die Abgeordneten einem Vorschlag des Bundesrates, demzufolge etwa Kreditinstitute Tatsachen wie eine vorzeitige Schuldenrückzahlung bei Auskunfteien nachmelden müssen, durch die ein Scorewert positiv beeinflusst werden könnte. Verstöße gegen diese "Nachberichtspflicht" werden mit einem Bußgeld belegt. Nicht durchsetzen konnte sich die SPD mit ihrem Anliegen, Scoring auf tatsächlich kreditrelevante Belange zu beschränken. So dürfen nun etwa auch Vermieter oder Versicherungen weiter zu diesem Mittel greifen.

Insgesamt soll durch die Novelle die Transparenz derartiger Verfahren verbessert werden und gleichzeitig mehr Rechtssicherheit und damit bessere Planungssicherheit für die betroffenen Unternehmen geschaffen werden.

3. Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG

Literatur:
Gietl, Die Einführung der Vorratsdatenspeicherung, K&R 2007, 545; *Ohlenburg*, Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG. Auswirkungen und Neuerungen für elektronische Kommunikation, MMR 2003, 83; *Weiler*, Spamming – Wandel des europäischen Rechtsrahmens, MMR 2003, 223.

Seit dem 12.7.2002 ist die **Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation**[1531] in Kraft; die Richtlinie war bis zum 31.10.2003 umzusetzen. Nach Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik erfolgte die Umsetzung durch eine entsprechende Änderung des TKG[1532] Mitte 2004. Diese Richtlinie ersetzt die EG-Richtlinie über Datenschutz in der Telekommunikation 97/66/EG und führt die bisher zersplitterte Regulie-

[1531] ABl. EG Nr. L 201, 37 ff.
[1532] BGBl. I 2004, S. 1190 ff.

rungslandschaft des TDDSG, MDStV und TKG zusammen. Die Neuregelung hat vor allem Auswirkungen für Cookies, E-Mail-Werbung und Vorratsspeicherung:

- Für Cookies galt nach § 4 Abs. 1 Satz 2 TDDSG nur das Erfordernis, den Nutzer vorab über eine geplante Erhebung personenbezogener Daten zu informieren. Diese Vorgaben wurden dahingehend erweitert, dass der Nutzer europaweit klar und umfassend über die Zwecke der Verarbeitung zu informieren ist und das Recht haben muss, die Verarbeitung zu verweigern (§ 13 Abs. 1 Satz 2 TMG).
- Nach Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie darf im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung Direktwerbung erfolgen, sofern die dafür notwendigen Daten im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung erlangt wurden. Damit ist schon die Verwendung von Daten, die im Laufe der bloßen Vertragsanbahnung übermittelt wurden, für künftige Marketingaktionen gesichert. Der Kunde muss allerdings „gebührenfrei und problemlos“ eine solche Nutzung ablehnen können.
- Nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie dürfen Mitgliedsstaaten eine Vorratsspeicherung personenbezogener Daten zulassen, sofern dies z.B. zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder von unzulässigem Gebrauch elektronischer Kommunikationssysteme erforderlich ist.

Die Vorgaben aus Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber bei der Reform des UWG berücksichtigt und mit dem neuen § 7 Abs. 2 und 3 UWG auf die europarechtlichen Vorgaben mit einem Regel-Ausnahme-Mechanismus reagiert (BT-Drucks. 15/1487, S. 21). Demnach ist etwa für den Versand von E-Mail-Werbung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG die vorherige Einwilligung des Empfängers erforderlich. Davon macht § 7 Abs. 3 UWG eine Ausnahme mit der Folge, dass es keiner vorherigen Einwilligung bedarf, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,
- der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,

- der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
- der Kunde bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

4. Die Richtlinie 2006/24/EG

Literatur:
Bizer, Vorratsdatenspeicherung: Ein fundamentaler Verfassungsverstoß, DuD 2007, 586; *Breyer*, Rechtsprobleme der Richtlinie 2006/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung und ihrer Umsetzung in Deutschland StV 2007, 21; *Eckhardt*, Die Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen – Ein kritischer Überblick über die geplanten Änderungen im TKG zur Umsetzung der Cybercrime Convention und Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie, CR 2007, 405; *Gietl*, Die Einführung der Vorratsdatenspeicherung, K&R 2007, 545; *Gitter/Schnabel*, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht, MMR 2007, 411; *Gola/Klug/Reif*, Datenschutz- und presserechtliche Bewertung der „Vorratsdatenspeicherung", NJW 2007, 2599; *Hoeren*, Die Umsetzung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung – Konsequenzen für die Privatwirtschaft, JZ 2008, 668; *Leutheusser-Schnarrenberger*, Vorratsdatenspeicherung – Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt, ZRP 2007, 9; *Rusteberg*, Die EG-Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten im System des europäischen Grund- und Menschenrechtsschutzes, VBlBW 2007, 171; *Zöller*, Vorratsdatenspeicherung zwischen nationaler und europäischer Strafverfolgung, GA 2007, 393.

Zu beachten sind **jüngste EU-Entwicklungen**, insbesondere die Richtlinie 2006/24/EG vom 24.3.2006[1533] über die **Vorratsspeicherung** von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden.[1534] So müssen die Mitgliedsstaaten die Speicherung aller Arten von Telekommunikationsverkehrsdaten für einen Zeitraum von sechs bis 24 Monaten sicherstellen, um deren Verfügbarkeit für die Strafverfolgungsbehörden zu erleichtern. Unternehmen, die mit Auskunftsersuchen von Polizei- und Sicherheitsbehörden zu tun haben, sollten eine eigene interne Policy zum Umgang mit solchen Auskunftsersuchen erstellen und einen verantwortlichen Unternehmensinternen für die Bearbeitung solcher Ersuchen abstellen. Problematisch ist es, sofort zu reagieren, insbesondere auf Anrufe einer solchen Behörde. Man sollte nach Möglichkeit darauf bestehen, sich das Auskunftsersuchen schriftlich bestätigen zu lassen. Die durch die Richtlinie geforderte Mindestspeicherung von Daten für sechs Monate erfasst die näheren Umstände der Kommunikation, jedoch nicht den Inhalt der Kommunikation selbst. Im Bereich des Internets sind neben den Zugangsdaten wie IP-Adresse und

[1533] EG ABl. L 105 vom 13. April 2006, 54 ff.
[1534] *Alvaro*, RDV 2005, 47; *Schmittmann/Kempermann*, AfP 2005, 254.

Zeitdauer des Zugangs, Verkehrsdaten zu E-Mails und IP-Telefonie zu speichern, um die Identifikation der an Kommunikationsvorgängen Beteiligten zu ermöglichen. Die Mindestspeicherungspflicht ohne konkreten Anlass und ohne die Voraussetzung einer betrieblichen Erforderlichkeit der Daten stellt mit der Außerkraftsetzung des Grundsatzes der Datensparsamkeit in diesem Bereich einen grundlegenden **Paradigmenwechsel** im europäischen Datenschutzrecht dar. Daneben stellt sich aufgrund des exorbitanten Speicheraufwands zur Erfassung sämtlicher EU-Bürger die Frage, inwieweit Aufwand und Nutzen hierbei im Verhältnis stehen. Die Richtlinie war innerhalb von 18 Monaten in nationales Recht umzusetzen, wobei sich Deutschland das Recht vorbehalten hatte, die Speicherpflicht in Bezug auf Daten zum Internetzugang, Internet-Telefonie und Internet E-Mail, erst zum 15.3.2009 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 1.1.2008 in Kraft getreten ist.[1535] Eine Speicherungspflicht durch Internet-Service-Provider ist ab dem 1.1.2009 verpflichtend. Neben der Umsetzung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung,[1536] die die verdachtsunabhängige Speicherung von Telekommunikationsdaten vorsieht, werden durch die Novelle die strafprozessualen Regelungen zur Telekommunikationsüberwachung nach §§ 100a, 100b Strafprozessordnung (StPO), zur Abfrage von Verkehrsdaten nach § 100g StPO, zum so genannten IMSI-Catcher nach § 100i StPO sowie zur Beschlagnahme von elektronischen Speichermedien nach § 110 Abs. 3 StPO erheblich ausgeweitet, bzw. reformiert.
Das *Bundesverfassungsgericht* hat mit Beschluss vom 11.3.2008 Teile der Vorratsdatenspeicherung vorläufig außer Kraft gesetzt.[1537] Dies betrifft allerdings nicht die grundsätzliche Speicherungspflicht nach § 113a TKG, sondern die Verwendung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten. Nach der amtlichen Fassung des § 113b TKG dürfen die auf Vorrat gespeicherten Daten nur zur Verfolgung von Straftaten, zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden, des BND und des MAD an die zuständigen Stellen übermittelt werden. Eine entsprechende Erhebungsbefugnis der Strafverfolgungsbehörden (§ 113b TKG stellt lediglich die datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm dar, gibt aber kein Auskunftsrecht oder eine Erhe-

[1535] Gesetz vom 21. Dezember 2007 – BGBl. I Nr. 70, S. 3198.
[1536] Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG – ABl. L 105, S. 54 ff.
[1537] *BVerfG*, Beschluss vom 11. März 2008 – 1 BvR 256/08, MMR 2008, 303 ff.; vgl. dazu *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, Loseblattslg., Stand: Juli 2008; Ziff. 2.2.3 und 2.3.3.15 der Systematik in Teil I.

bungsbefugnis) sieht § 100g StPO für Straftaten von erheblicher Bedeutung und Straftaten, die mittels Telekommunikation begangen werden, vor. Die Zweckbindung der Daten nach § 113b TKG ging dem *Bundesverfassungsgericht* nicht weit genug. Aufgrund der einstweiligen Anordnung dürfen bis zur Entscheidung in der Hauptsache die aufgrund von § 113a TKG gespeicherten Verkehrsdaten nur zur Verfolgung von schweren Straftaten übermittelt werden. Der Begriff der schweren Straftat umfasst dabei Straftaten, für die eine gesetzliche Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren vorgesehen ist, im Einzelfall sollen aber auch die besondere Bedeutung des Rechtsguts oder das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung das Vorliegen einer schweren Straftat begründen können. Eine schwere Straftat ist notwendige Voraussetzung für die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO.

III. Kollisionsrechtliche Vorfragen

Literatur:
Däubler, Die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten ins Ausland, CR 1999, 49; *Ellger*, Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung, 1990; *Garstka*, Empfiehlt es sich, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener – auch grenzüberschreitender- Informationen neu zu bestimmen?, DVBl. 1998, 981; *Kjelland*, Der Schutz der persönlichen Integrität im Internet – kollisionsrechtliche Fragen, in: Blaurock, Grenzüberschreitende elektronische Geschäfte, in: Hohloch (Hg.), Recht und Internet, 2001, 143; *Koch*, Rechtsvereinheitlichung und Kollisionsrecht, RDV 1991, 110; *Knauth*, Datenschutz und grenzüberschreitender Datenverkehr in der Kreditwirtschaft, WM 1990, 209; *Palm*, Die Übermittlung personenbezogener Daten in das Ausland, CR 1998, 65.

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.[1538] Aus der Sicht des deutschen Kollisionsrechts kommt es vielmehr entscheidend auf den **Sitz der verarbeitenden Stelle** an. Deutsches Recht ist anwendbar, wenn die verarbeitende Stelle in Deutschland ihren Sitz hat.[1539]
Diese Sichtweise wird sich jedoch mit der Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie ändern müssen. Anknüpfungspunkt ist gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a), c) **der Ort der Niederlassung des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen**. Nach diesem sog. Territorialitäts-

[1538] Siehe Art. 27, 34 EGBGB.
[1539] *Ellger*, Datenschutz, 604; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 36 zu § 1; Anderer Ansicht *Moritz/Winkler*, NJW-CoR 1997, 43, 45, die "jede innerhalb der Bundesrepublik Deutschland stattfindende Datenverarbeitung" dem BDSG unterstellen wollen.

grundsatz gelten die jeweiligen nationalen Datenschutzbestimmungen dort, wo die datenverarbeitende Stelle ihre Niederlassung hat.

Dabei bezeichnet der Begriff des „Verantwortlichen" die Einrichtung, 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 lit. d). 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 der Richtlinie ist es überdies zweifelhaft, ob derjenige als „verantwortlich" anzusehen ist, der nur über Zweck und Ziel der Datenverarbeitung entscheidet und alles andere in der Kompetenz der verarbeitenden Stelle belässt.

Problematisch bleibt jedoch die ergänzende Anwendung des Prinzips der belegenden Verarbeitungsmittel. Nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) soll die Richtlinie auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Verantwortliche außerhalb der EU ansässig ist, sofern er für seine Datenverarbeitung – außer für Zwecke der „Durchfuhr" – automatisierte oder nichtautomatisierte **„Mittel" im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates** 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 EU-Gebiet ansässigen Vertreters (Art. 4 Abs. 2).

Im Ergebnis kommt das deutsche Datenschutzrecht künftig 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”).

IV. Die Grundstruktur des BDSG

Die Kernpunkte für das Verständnis des BDSG stellen die Bestimmung des Merkmals „personenbezogene Daten“ sowie die Regelungen zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der geschützten Daten dar.

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)**. Die hier relevanten datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG wurden inhaltsgleich aus dem Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) bzw. dem Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) übernommen.
Das im Vergleich zum BDSG speziellere TMG erfasst nur Daten, die für die 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).

Ob das BDSG oder das TMG anzuwenden ist, richtet sich nach den **verschiedenen Stufen der Internetnutzung**. Die Aufforderung zu einem Vertragsangebot selbst ist ein Telemediendienst, die Behandlung entsprechender Daten fällt in den Bereich des TMG. Damit unterliegen auch die Vermarkter von Banner Ads dem TMG. Dies gilt nunmehr auch für den ehemals vom MDStV erfassten Fall, dass die Werbung der Meinungsbildung der Allgemeinheit dient. Gibt der Nutzer aber tatsächlich ein Angebot ab, werden erneut Daten ausgetauscht. Diese betreffen jedoch nicht mehr Fragen etwa der Nutzungsdauer des Angebotes oder der Kontrolle der abgerufenen Angebote. Es handelt sich hingegen um reine Inhaltsdaten, deren Erhebung, Verarbeitung und Nutzung sich nach den Vorschriften des BDSG richtet.

Das BDSG findet in der Privatwirtschaft uneingeschränkt nur Anwendung bei

- personenbezogenen Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG)
- natürlichen 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

Nur „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person“ **(§ 3 Abs. 1 BDSG)** sind durch das BDSG geschützt. Diese Legaldefinition beinhaltet zweierlei: zum einen begrenzt sie den Datenschutz auf natürliche Personen, zum anderen werden alle Informationen erfasst, die über den Betroffenen etwas aussagen.

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 Genossenschaft 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 eingerichteten 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;[1540] 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.[1541]
Eine weitere Ausnahme findet sich im Sozialrecht: Nach § 35 Abs. 4 SGB I stehen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse personenbezogenen Daten gleich und genießen demnach den vollen Schutz des Sozialgeheimnisses.[1542]

[1540] Vgl. *BGH*, NJW 1986, 2505.
[1541] *BGH*, NJW 1994, 1281 = CR 1994, 396; a.A. für die Übermittlung geschäftsbezogener Daten einer GmbH *OLG Karlsruhe*, GmbHR 1998, 62.
[1542] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 31 zu § 35 SGBI.

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 grundsätzlich nicht darauf an, wie schutzbedürftig und sensibel das einzelne Datum ist. Das BDSG ist insofern im Lichte des Volkszählungsurteils zu lesen, wonach **es ein belangloses personenbezogenes Datum im Zeitalter der EDV nicht geben kann.**[1543] 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.[1544]

Streitig ist, ob **Werturteile** unter den Begriff der personenbezogenen Daten fallen. So wurde bereits zum alten BDSG die Ansicht vertreten, Werturteile seien als bloße ‚Annahmen' von den ‚Angaben' zu unterscheiden und deshalb vom Schutzbereich des Gesetzes auszunehmen.[1545] Gerade angesichts der großen Bedeutung, die Wertungen etwa in Personaldateien für den einzelnen Betroffenen haben, ist der h.M. beizupflichten, wonach auch Werturteile den Schutz der Datenschutzgesetze genießen.[1546]

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.[1547] So beruht insbesondere die Personalplanung eines Arbeitgebers über die berufliche Entwicklung eines Arbeitnehmers auf der Bewertung gegenwärtiger fachlicher Qualifikationen. Derartige Planungsdaten bauen damit regelmäßig auf einer Analyse vergangener bzw. gegenwärtiger Sach-

[1543] Zum besonderen Schutz sensitiver Daten vgl. die obigen Ausführungen zur Regelvermutung des § 28 Abs. 2 Nr. 1b BDSG und zur EU-Datenschutzrichtlinie.
[1544] Vgl. hierzu *LG Waldshut-Tiengen*, DuD 2000, 106, 109, das die Frage nach dem Personenbezug der Gebäudeabbildung offenläßt, jedoch „im Falle einer Anwendbarkeit des BDSG" von einer Zulässigkeit der Datenerhebung (in Bezug auf die Gebäudeabbildungen) gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ausgeht.
[1545] Vgl. *Hergenhahn*, DuD 1977, 25.
[1546] So für das alte BDSG *Hümmerich/Kniffka*, NJW 1979, 1184; *Eberle*, DÖV 1977, 317; zum aktuellen BDSG vgl. *Dammann*, in: Simitis, 6. Aufl. 2006, § 3 Rdnr. 12; *Auernhammer*, BDSG, 3. Aufl. 1993, § 2 Rdnr. 5; *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 3, Anm. 2.6.
[1547] *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 3 Anm. 2.9; *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, Loseblattslg., Stand: Juli 2008, § 3 Rdnr. 20.

verhalte 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.[1548]

Von Bedeutung ist auch die Frage, inwieweit **anonymisierte oder zusammenfassende (aggregierte) Daten und Datensammlungen** dem BDSG unterliegen. Entscheidend ist nach der Legaldefinition 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 bestimmbaren 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.[1549] 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.[1550] 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".[1551] 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.[1552]

3. Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten

[1548] So auch *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 3 Anm. 2.9; einschränkend *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, Loseblattslg., Stand: Juli 2008, § 3 Rdnr. 34, die "abstrakte" Planungsdaten vom Anwendungsbereich des BDSG ausnehmen, weil sie "regelmäßig keine Einzeldaten" enthalten.
[1549] *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 3 Anm. 15.2.
[1550] Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 3, Anm. 2.2; *Auernhammer*, BDSG, § 3, Rdnr. 4. *BFH* NJW 1994, 2246; *Tinnefeld/Ehmann*, II. Teil, 3.1.1 a.E., 186.
[1551] Vgl. *BAG*, RDV 1986, 138; *BAG*, RDV 1995, 29; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 30 zu § 3 zu Kunden- und Datenprofilen.
[1552] Siehe hierzu auch die Ausführungen unten zum bereichsspezifischen TMG.

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.

Das alte BDSG kannte demgegenüber vier **Phasen der Datenverarbeitung**: Das Speichern (§ 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 9 BDSG), Verändern (§ 2 Abs. 2, 3 i.V.m. § 9 BDSG), Übermitteln (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. §§ 10 f. BDSG) und Löschen (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 14 Abs. 3 BDSG). Diese starre Abgrenzung besonderer Datenverarbeitungsphasen erwies sich allerdings als fragwürdig und künstlich. Das aktuelle BDSG verfügt daher – im Anschluss an die Vorgaben des Volkszählungsurteils – über einen erweiterten Schutzbereich: Neben der eigentlichen Verarbeitung von Daten wird auch deren Erhebung und Nutzung erfasst.

Zu beachten ist § 27 BDSG. Hiernach gilt das BDSG für die Privatwirtschaft nur, soweit die Daten unter Einsatz von EDV-Anlagen oder in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden.

a) Erhebung von Daten, § 3 Abs. 3 BDSG[1553]

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 Kausalerfordernisses 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.[1554]

Vom Vorliegen einer erlaubnispflichtigen Erhebung ist z.B. auszugehen bei

- Befragungen (etwa mittels Personalfragebögen[1555] oder in Kunden- und Verbraucherbefragungen),[1556]
- medizinischen Untersuchungen (Blutproben) und
- der Observierung von Personen mittels Kameras.

[1553] Vgl. hierzu *Tinnefeld*, Persönlichkeitsrecht und Modalitäten der Datenerhebung im Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1993, 1117; speziell zur Erhebung von Arbeitnehmerdaten, *Däubler*, CR 1994, 101.
[1554] A. A. *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, Loseblattslg., Stand: Juli 2008, § 3 Rdnr. 60.
[1555] Vgl. *Däubler*, Erhebung von Arbeitnehmerdaten, CR 1994, 101.
[1556] Vgl. *Breinlinger*, Datenschutzrechtliche Probleme bei Kunden- und Verbraucherbefragungen, RDV 1997, 247.

b) Verarbeitung von Daten

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

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).[1557]
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 **Bekanntgabe von Daten durch die verantwortliche Stelle** (§ 3 Abs. 7 BDSG) an Dritte (§ 3 Abs. 8 BDSG) durch Weitergabe, Einsichtnahme oder Abruf.
Vom Übermittlungsbegriff 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" einstufte.

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.[1558] Danach sind „Dritte"

[1557] Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 3 Anm. 10.1; *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, Loseblattslg., Stand: Juli 2008, § 3 Rdnr. 83.
[1558] Vgl. *BVerfG*, NJW 1988, 959, 961; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnrn. 149 – 154 zu § 3.

- 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.[1559] 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)[1560], sofern der Auftragnehmer seinen Sitz in der EU oder dem EWR hat.

dd) Sperrung, § 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG

„**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).

[1559] Vgl. hierzu auch *Büser*, Rechtliche Probleme der Datenübermittlung beim Franchising, BB 1997, 213; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 159 zu § 3.
[1560] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 98 zu § 3.

ee) Löschung, § 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG

„**Löschung**“ bezeichnet im BDSG das Unkenntlichmachen von Daten, womit allein das unwiederbringliche Tilgen der Daten, ungeachtet der dabei verwendeten Verfahren, gemeint ist. Ein Löschen kann erfolgen durch Radieren, Überschreiben, Schwärzen und Vernichten der Datenträger (einschließlich aller Sicherheitskopien).[1561]

Nicht ausreichend sind

- der bloße Vermerk „Gelöscht“ und
- das bloße Archivieren und Auslagern von Daten.
- Vorgenannte Regelungen werden in dem Grundsatz „Verbot mit Erlaubnisnorm“ zusammengefasst. Demnach ist grds. von einem Verbot ohne Einwilligung des Betroffenen auszugehen, es sei denn, eine Norm im weitesten Sinne erlaubt die Datenverwendung (so genannte Erlaubnisnorm).

V. Ermächtigungsgrundlagen

Der Gesetzgeber hat sich beim BDSG in Bezug auf die Datenverwertung für die Regelungsstruktur eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt entschieden: Grundsätzlich ist jede Verarbeitung, Nutzung oder Erhebung personenbezogener Daten unzulässig. Ausnahmsweise ist eine Verarbeitung erlaubt, wenn

- der Betroffene eingewilligt hat,
- ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung die Verarbeitung erlaubt oder
- eine gesetzliche Vorschrift die Verarbeitung legitimiert.

1. Einwilligung

Nach § 4 Abs. 1 BDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten und deren Nutzung zulässig, sofern der Betroffene darin eingewilligt hat. Die **Einwilligung** ist nach § 4a Abs. 1 BDSG nur möglich, wenn der Betroffene vorab auf den Zweck der Speicherung und einer vorgesehenen Übermittlung sowie auf Verlangen auf die Folgen der Verweigerung hingewie-

[1561] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnrn. 113 und 117 zu § 3.

sen wurde (§ 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG). Die Einwilligung bedarf im Übrigen regelmäßig der **Schriftform** (§ 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG). Sie ist jederzeit frei widerruflich. Entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.

Schwierigkeiten bestehen bei der **Erteilung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, seitdem der *BGH* ein klauselmäßiges Einverständnis in Telefonwerbung für unwirksam erklärt hat.[1562] Telefonwerbung stelle einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre dar. Daher verstoße solche Werbung im privaten Bereich gegen die guten Sitten. Das Einverständnis des Kunden sei dementsprechend erst wirksam, wenn der Kunde sich ausdrücklich mit dieser Maßnahme einverstanden erkläre. Die Rechtsprechung des *BGH* hat konsequent Eingang in das reformierte UWG und den dortigen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gefunden,[1563] wonach eine unzulässige Belästigung vorliegt, „bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung". Nach einer Entscheidung des *LG Hannover* gelten diese Grundsätze auch für unverlangt zugesandte Werbung per SMS gegenüber Verbrauchern.[1564] Der Teilnehmer muss eindeutig über Art und Umfang der Speicherung und die vorgesehene Datenübermittlung informiert werden. Auch sind ihm Möglichkeiten zur Beschränkung einzelner DV-Formen einzuräumen. Weil dies zum Beispiel bei der Nutzung von Payback-Verfahren nicht der Fall war, hat das *LG München* inzwischen Klauseln dieses Anbieters für unwirksam erklärt.[1565]

Für zum Teil unwirksam hielt der *Bundesgerichtshof* eine formularmäßige Klausel, wonach der Nutzung von Daten für Werbung und Marktforschung ausdrücklich (durch Ankreuzen) widersprochen werden muss (sog. **Opt-Out-Lösung**).[1566] Eine solche Klausel sei zwar mit den wesentlichen Grundgedanken der §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. a BDSG im Hinblick auf die Zusendung von Werbung per Post zu vereinbaren.[1567] Aus § 4a BDSG ergebe sich insbesondere nicht, dass die Einwilligung nur dann wirksam sein soll, wenn sie aktiv erklärt wird (kein Erfordernis des Opt-In).[1568] Dies gelte aber nicht für eine Einwilligung, die sich auf Werbung per

[1562] *BGH*, Urteil vom 16. März 1999, NJW 1999, 1864 = RDV 1999, 163; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 70a zu § 4a.
[1563] *BT-Drucks*. 15/1487, 21.
[1564] *LG Hannover*, MMR 2005, 714 = K&R 2005, 526.
[1565] *LG München I*, MMR 2001, 466.
[1566] *BGH*, Urteil vom. 16. Juli 2008 – VIII ZR 348/06 – NJW 2008, 3055; MMR 2008, 731 m. Anm. *Grapentin* – Payback, n.v.; vgl. dazu *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 26c zu § 4a.
[1567] So schon die Vorinstanz: *OLG München*, MMR 2007, 48 = CR 2007, 179; auch *LG Köln*, Urteil vom 9. Mai 2007 – 26 O 358/05, n.v.
[1568] Vgl. auch *Wiesner*, DuD 2007, 604.

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).

Eine ohne sachlichen Zusammenhang in AGB eingebaute Einwilligungserklärung verstößt gegen das Transparenzgebot.[1569] 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.[1570] Auch ist eine Klausel wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam, wonach Daten an „Unternehmen des Konzerns" weitergegeben werden dürfen.[1571] 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.[1572]

Umstritten ist, ob eine ausdrückliche Einwilligung in die Datenverarbeitung auch dann erforderlich ist, wenn die Datenerhebung freiwillig erfolgt.[1573] Für die Erforderlichkeit spricht der insofern eindeutige Wortlaut des § 4a Abs. 1 BDSG.[1574]
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 entbehrlich machen, da bereits in der freiwilligen Teilnahme eine (konkludente) Einwilligung liegt.[1575] Die vom Gesetz in § 4a Abs. 1 BDSG vorgesehene schriftliche Einwilligung kann online allerdings nicht erfolgen.
Zweifelhaft ist, ob allein wegen der regelmäßigen Nutzung des Internets „besondere Umstände" anzunehmen sind, deretwegen eine andere Form angemessen wäre. Zwar wurde dies von der Rechtsprechung bei besonderer Eilbedürftigkeit oder in bestimmten Telefonsituationen anerkannt, doch würde eine Verallgemeinerung auf alle Internetsituationen dem Ausnahme-

[1569] *LG Bonn*, Urteil vom 30. November 2006 – 11 O 66/06 – MMR 2007, 124.
[1570] *LG Dortmund*, Urteil vom 23. Februar 2007 – 8 O 194/06.
[1571] *OLG Köln*, Urteil vom 23. November 2007 – 6 U 95/07 – MMR 2008, 780; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 39a zu § 4a.
[1572] *LG Halle*, CR 1998, 85.
[1573] Für eine Einwilligung *LG Stuttgart*, RDV 1998, 262; dagegen *LG Darmstadt*, RDV 1999, 28.
[1574] Vgl. *LG Stuttgart*, RDV 1998, 262.
[1575] *LG Darmstadt*, RDV 1999, 28.

charakter dieser Vorschrift zuwiderlaufen. Wenn Unternehmen das Internet nutzen, um ihre Produkte anzubieten oder auch online Verträge abzuschließen, sind sie jedoch zum Teil Telemediendiensteanbieter i.S.d. § 1 TMG (siehe oben). Auch § 12 Abs. 1 TMG sieht hinsichtlich der Verwendung personenbezogener Daten ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor.
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 so genannte bestätigende Einwilligung, bei der die Einwilligung nach dem Setzen eines Häkchens 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.

Ein **Beispiel** für eine datenschutzrechtlich unbedenkliche **Einwilligungserklärung** findet sich in Anlage 6 der „Kriterien für einen datenschutzgerechten Internet-Auftritt von Versicherungsunternehmen" des GDV. Man könnte z.B. folgende Formulierung benutzen:

> „Wir möchten Sie darüber informieren, dass Ihre im Rahmen Ihrer Bestellung erhobenen Daten für die Durchführung und Abwicklung der Bestellung genutzt werden. Darüber hinaus möchten wir Ihren Name, Anschrift und E-Mail-Adresse dafür verwenden, um Sie über ähnliche, für Sie interessante Produkte zu informieren. Hierzu brauchen wir Ihre Einwilligung, die Sie uns durch Anklicken des Ja-Buttons geben können. Für die Durchführung Ihrer Bestellung ist die Einwilligung nicht notwendig; Sie können frei darüber entscheiden, ob Sie uns Ihr Einverständnis für die Zusendung weiterer Informationen geben. Sofern Sie die Informationen künftig nicht mehr erhalten wollen, bitten wir um Zusendung einer kurzen E-Mail an XXX."[1576]

2. Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung – zugleich eine Einführung in arbeitsrechtliche Probleme mit Bezug zum Internet

Literatur:
Altenburg/von Reinsdorff/Leister, Telekommunikation am Arbeitsplatz, MMR 2005, 135; *Altenburg/von Reinsdorff/Leister*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Telekommuni-

[1576] Vgl. auch *Zscherpe*, K&R 2005, 26.

kation, MMR 2005, 222; *Balke/Müller*, Arbeitsrechtliche Aspekte beim Einsatz von E-Mails, DB 1997, 326; *Balsmeier/Weißnicht*, Überwachung am Arbeitsplatz und deren Einfluss auf die Datenschutzrechte Dritter, K&R 2005, 537; *Beckschulze/Henkel*, Der Einfluss des Internet auf das Arbeitsrecht, DSB 2001, 1491; *Biter*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, DuD 2004, 277; *Biter*, Private Internetnutzung am Arbeitsplatz?, DuD 2004, 432; *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 2004; *Däubler*, Nutzung des Internet durch Arbeitnehmer, K&R 2000, 323; *Ernst*, Privates Surfen am Arbeitsplatz als Kündigungsgrund, DuD 2006, 223; *Gola*, Datenschutz bei der Kontrolle „mobiler" Arbeitnehmer – Zulässigkeit und Transparenz, NZA 2007, 1139; *ders.*, Neuer Tele-Datenschutz für Arbeitnehmer? Die Anwendung von TKD und TDDSG im Arbeitsverhältnis?, MMR 1999, 322; *Hanau/Andres*, Rechtsgutachten über die arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Bedingungen der privaten Nutzung von Internet-Anschlüssen durch Arbeitnehmer, 2000; *Hanau/Hoeren*, Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer, 2003; *Härting*, E-Mail und TK-Geheimnis – Die drei Gesichter der E-Mail: Telekommunikation, Datensatz, elektronischer Brief; *Hoeren*, Rechtliche Grundlagen des SCHUFA-Scoring-Verfahrens, RDV 2007, 93; *Jaeger*, Vorsicht bei Überwachungssoftware, AuA 2001, 402; *Jofer/Wegerich*, Betriebliche Nutzung von E-Mail-Diensten: Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers, K&R 2002, 235; *Kiper/Schierbaum*, Arbeitnehmer-Datenschutz bei Internet und E-Mail-Nutzung, 2000; *Kaufmann*, Mitarbeiterdaten auf der Homepage, DuD 2005, 262; *ders.*, Mitarbeiterdaten auf der Homepage, DuD 2005, 262; *ders.*, Rote Karte für neugierige Admins, c't 2006, 234; *Kliemt*, E-Mail- und Internetnutzung von Mitarbeitern, AuA 2001, 532; *Kronisch*, Privates Internet-Surfen am Arbeitsplatz, AuA 1999, 550; *Lansnicker*, Surfen im Internet während der Arbeitszeit, BB 2007, 2184; *Möller*, Privatnutzung des Internet am Arbeitsplatz, ITRB 2005, 142; *Nägele/Meyer*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, K&R 2004, 312; *Oppliger/Holthaus*, Totale Überwachung ist technisch möglich, digma 2001, 14; *Panzer*, Mitarbeiterkontrolle und neue Medien, 2004; *Post-Ortmann*, Der Arbeitgeber als Anbieter von Telekommunikations- und Telediensten, RDV 1999, 102; *Pröpper/Römermann*, Nutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz (Mustervereinbarung), MMR 2008, 514; *Rath/Karner*, Private Internetnutzung am Arbeitsplatz – rechtliche Zulässigkeit und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers, K&R 2007, 446; *Rieble/Gutzeit*, Gewerkschaftliche Selbstdarstellung im Internet und Intranet, ZFA 2001, 341; *Sacherer*, Datenschutzrechtliche Aspekte der Internetnutzung von Arbeitnehmern, RdW 2005, 17; *Schmidl*, E-Mail-Filterung am Arbeitsplatz, MMR 2005, 343; *Schönfeld/Streese/Flemming*, Ausgewählte Probleme der Nutzung des Internet im Arbeitsleben, MMR-Beilage 2001, 8; *Tinnefeld*, Arbeitnehmerdatenschutz in Zeiten des Internet, MMR 2001, 797; *Tinnefeld/Viethen*, Arbeitnehmerdatenschutz und Internet-Ökonomie, NZA 2000, 977; *Weißnicht*, Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, MMR 2003, 448; *Wigger*, Surfen im Betrieb – ein Spannungsfeld, digma 2001, 20; *Wolber*, Internet-Zugang und Mitbestimmung, PersR 2000, 3; *Zilkens*, Datenschutz am Arbeitsplatz, DuD 2005, 253.

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 (sog. BDSG II), verabschiedet am 3. Juli 2009 im Bundestag[1577], wurden generelle Regeln zum Arbeitnehmnerdatenschutz in das BDSG eingeführt. Nach § 32 I 1 BDSG nF dürfen personenbezoigene Daten eines Beschäftigten verarbeitet werden, wenn dies für die Begründung, Durchführujng oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Diese Regel

[1577] BT-Drs. 16/12011 und 16/13657

ist nichtssagend. Konkreter ist der Hinweis in § 32 I 2, wonach Arbeitnehmerdaten zur Aufdeckung von Strafttaten 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.

Nach Auffassung des *BAG* ist eine Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten auch zulässig, sofern sie auf der Grundlage einer Ermächtigung in einem **Tarifvertrag** oder in einer **Betriebsvereinbarung** beruht.[1578] Das *BAG* geht hierbei davon aus, dass es sich bei Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen um „andere Rechtsvorschriften" i.S.d. § 4 Abs. 1 BDSG handelt. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten soll auf der Grundlage einer entsprechenden kollektivrechtlichen Regelung nach Auffassung des *BAG* selbst dann gerechtfertigt sein, wenn sich diese Vereinbarung zu Lasten des Betroffenen auswirkt.[1579] Diese Regelung gilt jedoch mangels ausdrücklicher Gesetzesregelung nicht für den Bereich des Internets. Insofern fehlt es dem Betriebsrat an einer Regelungskompetenz für spezifisch datenschutzrechtliche Fragen in Bezug auf das Internet.
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.[1580] Ähnliches gilt für die Mitbestimmung des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG.[1581] 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.

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 andern ist auch a priori eine Kontrolle, etwa über Firewalls, möglich.

[1578] *BAG*, NJW 1987, 674.
[1579] Krit. *Rademacher/Latendorf*, CR 1989, 1105; *Wohlgemuth*, Datenschutz für Arbeitnehmer, Rdnr. 613; *Walz*, in: Simitis u.a., § 4 Rdnr. 16; *Fitting u.a.*, BetrVG, § 83, Rdnr. 28.
[1580] So auch *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 293; *Balke/Müller*, DB 1997, 327; *Post-Ortmann*, RDV 1999, 107 u.a.
[1581] Siehe *Schneider*, PersR 1991, 129.

Bei der Überwachung des E-Mail-Verkehrs durch den Arbeitgeber ist neben den betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben[1582] auch das Fernmeldegeheimnis zu beachten.[1583] § 88 TKG, der das Fernmeldegeheimnis festschreibt, gilt nur, wenn jemand geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt (§ 88 Abs. 2 TKG). Geschäftsmäßig handelt, wer nachhaltig Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht anbietet (§ 3 Nr. 10 TKG). Bei der Nutzung von E-Mail zu dienstlichen Zwecken fehlt es an einem Angebot für „Dritte", so dass das Fernmeldegeheimnis nicht greift.[1584] Der Arbeitgeber kann hier den Eingang und Ausgang von E-Mails einschließlich der Zieladressen festhalten. Er kann ferner bei Abwesenheit des Mitarbeiters E-Mails lesen, sofern die Mails nicht ausdrücklich als „persönlich" oder „vertraulich" gekennzeichnet sind oder anderweitig deren private Natur zu erkennen ist. Ansonsten ist die Lektüre der Mails durch den Arbeitgeber nur bei Nachweis eines berechtigten Interesses erlaubt, wenn etwa

- ein begründeter Verdacht auf strafbare Handlungen besteht
- E-Mails den Betriebsfrieden gefährden (etwa bei Mobbing)
- die Weitergabe von Betriebsgeheimnissen vermieden werden soll.[1585]

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. 2 Satz 2 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 Internet fällt hingegen unter § 88 TKG und § 206 StGB, so dass jede Überwachung von E-Mails (strafrechtlich!) verboten ist. Auch das Ausfiltern von an den Arbeitnehmer gerichtete 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 eine, einem solchen Unternehmen anvertraute Sendung unterdrückt. Eine derartige Straf-

[1582] So auch in Österreich *OGH*, Beschluss vom 13. Juni 2002 – 8 Ob A288/01p (unveröffentlicht).
[1583] Vgl. *Schmidl*, MMR 2005, 343.
[1584] So auch *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 235; *Gola*, MMR 1999, 323; *Post-Ortmann*, RDV 1999, 103.
[1585] *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 249.

tat hat das *OLG Karlsruhe* in Betracht gezogen, nachdem einem gekündigten wissenschaftlichen Mitarbeiter die an ihn gesandten E-Mails aufgrund der von der Universität vorgenommenen E-Mail-Filterung nicht mehr zugestellt wurden.[1586]

Fraglich ist, ob für die Verwendung von **Mitarbeiterdaten** stets deren **Einwilligung verlangt werden kann**. Hier bietet sich das „**Zwei-Phasen-Modell**" an, das zwischen der Funktionsebene auf der einen und der Datenqualitätsebene auf der anderen Seite unterscheidet.[1587] Bei der Funktionsebene ist eine Differenzierung zwischen Funktionsträgern und Nichtfunktionsträgern vorzunehmen, wobei Funktionsträger derjenige ist, der Außenkontakt, ein hohes Maß an Entscheidungskompetenz und/oder eine Repräsentationsfunktion innehat.[1588] Die personenbezogenen Daten dieser Funktionsträger dürfen in einem gewissen Maße auch ohne vorherige Einwilligung im Internet veröffentlicht werden; für personenbezogene Daten von Nichtfunktionsträgern ist stets deren vorherige Einwilligung erforderlich.[1589] Hinsichtlich der Funktionsträger ist nunmehr auf die Datenqualitätsebene abzustellen, bei denen unterschieden wird zwischen den Basiskommunikationsdaten, funktionsrelevanten Zusatzdaten und Privatdaten.[1590] Ohne vorherige Einwilligung des Funktionsträgers dürfen die Basiskommunikationsdaten und die funktionsrelevanten Zusatzdaten publiziert werden; für die Privatdaten ist auch bei dieser Personengruppe eine vorherige Einwilligung erforderlich.[1591]
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 im Hinblick auf das Ziel der Personalisierung des Behördenauftritts das Interesse des Dienstherrn an der Veröffentlichung des Namens und der dienstlichen Kontaktdaten den 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.[1592]

Bei der Veröffentlichung von Fotos im Internet ist hingegen keine Unterscheidung zwischen Funktionsträgern und Nichtfunktionsträgern vorzunehmen; für beide Personengruppen ist

[1586] *OLG Karlsruhe*, DuD 2005, 167 = MMR 2005, 178 mit Anm. *Heidrich*.
[1587] *Kaufmann*, DuD 2005, 262.
[1588] *Kaufmann*, DuD 2005, 266.
[1589] *Kaufmann*, DuD 2005, 266.
[1590] *Kaufmann*, DuD 2005, 266.
[1591] *Kaufmann*, DuD 2005, 266.
[1592] *OVG Rheinland-Pfalz*, K&R 2007, 671.

aufgrund des Rechts am eigenen Bild gem. § 22 KUG immer eine vorherige Einwilligung erforderlich.[1593]

Schon kurze Zeit nach der Implementierung des Internet am Arbeitsplatz mussten sich die Gerichte vielfach mit der Frage beschäftigten, ob und unter welchen Umständen die Benutzung des neuen Mediums einen **Kündigungsgrund** darstellt. Mitte 2005 nahm dazu das *BAG* ausführlich Stellung.[1594] Im entschiedenen Fall konnten die Arbeitnehmer das firmeneigene Intranet und das Internet benutzen. Sobald die Startseite des Intranets aufgerufen wurde, erschien 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 *BAG* war § 626 Abs. 1 BGB, wonach ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden kann, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund 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.[1595] Den insoweit wichtigen Grund sah das *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".[1596] Soweit eine „ausschweifende" Privatnutzung des WWW vorliege, bedarf es laut *BAG* auch keiner vorherigen Abmahnung, die grundsätzlich 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".[1597] Die Entscheidung des ***BAG*** wird zu Recht als Grundsatzentscheidung bezeichnet, da sie weiterhin folgende **Vorgaben zur Kündigung** wegen privaten Surfens am Arbeitsplatz statuiert:[1598]

[1593] *Kaufmann*, DuD 2005, 266; so auch der *öOGH*, Urteil vom 5. Oktober 2000 – 8 Ob A 136/00h (unveröffentlicht).
[1594] *BAG*, DuD 2006, 243 = MMR 2006, 94 = NJW 2006, 540; s. auch die Anm. von *Ernst*, DuD 2006, 223; ähnlich *BAG*, NZA 2006, 980. Ähnlich inzwischen *BAG*, MMR 2007, 782.
[1595] *BAG*, DuD 2006, 243, 244.
[1596] *BAG*, DuD 2006, 243, 244.
[1597] *BAG*, DuD 2006, 243, 246.
[1598] Die Auflistung wurde entnommen von *Ernst*, DuD 2006, 223, 225.

- 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 Privatzwecken 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.[1599]

Zuletzt bestätigt wurden diese Grundsätze für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes durch ein Urteil des *BAG* vom 31.05.2007. 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.[1600]

Installiert der Arbeitnehmer unerlaubterweise eine **Anonymisierungssoftware**, verletzt er seine arbeitsvertragliche Rücksichtsnahmepflicht erheblich.[1601] Im Übrigen unterliegt das betriebliche Verbot der Privatnutzung des Internet nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, da ausschließlich das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer kontrolliert wird.[1602]

Nicht nur das private Surfen kann eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung rechtfertigen, sondern auch der **Zugriff auf E-Mail-Korrespondenz von Vorgesetzen**. So hat unter anderem das *ArbG Aachen* eine außerordentliche Kündigung für wirksam erklärt, weil ein Systemadministrator aufgrund seines unbegrenzten Systemzugriffs heimlich E-Mails seines Vorgesetzten gelesen hatte.[1603] Nach Meinung des *ArbG* lag darin ein wichtiger Grund, da der Systemadministrator in schwerwiegender Weise gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen habe, da er „unter Missbrauch der ihm übertragenen Befugnisse und technischen

[1599] *ArbG Berlin*, CR 2007, 752.
[1600] *BAG*, MMR 2007, 782, 783.
[1601] *BAG*, NZA 2006, 980.
[1602] *LAG Hamm*, MMR 2006, 700.
[1603] *AG Aachen*, MMR 2006, 702. S. *Kaufmann*, c´t 2006, 234.

Möglichkeiten auf interne Korrespondenz zwischen seinem Vorgesetzten und einer weiteren Führungskraft zugegriffen“ habe.[1604] Bei einem derartigen Fehlverhalten ist auch eine vorherige Abmahnung nicht erforderlich, wie sich aus einer älteren Entscheidung des *BAG* ergibt.[1605] Letztens kann auch das Überspielen betrieblicher Daten auf private Datenträger[1606] und die irreguläre Nutzung fremder Passwörter[1607] zu einer wirksamen Kündigung führen. Beschäftigten, die Material des Arbeitgebers entwenden und anschließend bei eBay verkaufen, darf fristlos gekündigt werden.[1608] 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 heran gezogen werden. Im Übrigen darf der Arbeitgeber, der ein Internet-Forum bereitstellt, bei Verbalattacken (hier: Angriffe auf Kollegen als „Verräter“, „Zwerg“ und „Rattenfänger“) dem Arbeitnehmer die Schreibberechtigung entziehen.[1609]

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 nichtöffentlichen Bereich, sowie auf die Bestimmungen zur Rasterfahndung und zum Auskunftsersuchen staatlicher Stellen.

a) § 28 BDSG

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten **im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses** zwischen dem Verarbeiter und dem Betroffenen zulässig. Diese Regelung spielt eine besondere Rolle bei der Verarbeitung von Kunden- oder Arbeitnehmerdaten. Soweit die Verarbeitung zur Durchführung oder Abwicklung des Vertrages erforderlich ist, bestehen keine datenschutzrechtlichen Einwände.[1610] Allerdings ist zu beachten, dass insoweit der **Grundsatz der Zweckbindung** greift. Daten dürfen nur im

[1604] *Kaufmann*, c´t 2006, 234.
[1605] *BAG*, Urteil vom 10. Januar 2002 – 7 AZR 463/79, unveröffentlicht, s. *Kaufmann*, c´t 6/2006, 234.
[1606] *Sächsisches LAG*, CF 2000, 30. Anders aber *BayOLG*, CF 1999, 32 zum Falle eines Polizeibeamten, der Informationen aus einer Polizeidatenbank zu privaten Zwecken genutzt hatte.
[1607] *LAG Schleswig-Holstein*, DB 1990, 635.
[1608] *LAG Köln*, MMR 2007, 784.
[1609] *LAG Hessen*, Urteil vom 5. November 2007 – 17 Sa GA 1331/07 – MMR 2008, 599.
[1610] Zu Scoring-Systemen in der Kreditwirtschaft, vgl. *Hoeren*, RDV 2007, 93; *Koch*, MMR 1998, 458.

Rahmen eines gesetzlich bestimmten Zweckes verarbeitet werden; entfällt der Zweck, wird die Verarbeitung unzulässig. So dürfen Kundendaten nicht auf Vorrat gesammelt werden. Gibt der Kunde seine Daten für ein Preisausschreiben ab, so dürfen die Daten nicht für eine Werbeaktion verwendet werden. Nach Beendigung des Kundenauftrags sind die Daten zu löschen.

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ist für die Zulässigkeit darauf abzustellen, ob die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen des Verarbeiters oder Dritter erforderlich ist.
Besonderheiten gelten für **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 ausgerichtete 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).

Besonderheiten ergeben sich bei der Erhebung personenbezogener Daten von Kindern. Das *OLG Frankfurt*[1611] hatte einen Fall zu entscheiden, in dem personenbezogene Daten von Kindern im Alter von 3 bis 12 Jahren mittels eines Web-Formulars erfasst wurden. Die Kinder waren dabei Mitglieder des Clubs, der die Daten erhob. Das *OLG Frankfurt* verneinte eine Rechtfertigung nach § 28 Abs. 1 BDSG. Die Minderjährigkeit der Kinder und ihre mangelnde datenschutzrechtliche Einsichtsfähigkeit erfordert in solchen Fällen eine Interessensabwägung, die zugunsten des Minderjährigenschutzes ausfällt.[1612] Es bedürfe der Einwilligung bzw. Zustimmung der Eltern. Das *OLG Frankfurt* stufte das Verhalten der Vertreter des Clubs als Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit und somit als wettbewerbswidrig ein.

b) Rasterfahndung und Auskunftsersuchen staatlicher Stellen

Literatur:
Bär, Auskunftsanspruch über Telekommunikationsdaten nach den neuen §§ 100g, h StPO, MMR 2002, 358; *Beck/Kreißig*, Tauschbörsen-Nutzer im Fadenkreuz der Strafverfolgungsbehörden, NStZ 2007, 340; *Bizer*, IP-Adressem sind Verkehrsdaten, DuD 2007, 602; *Eckhardt*, Die Neuregelung der TK-Überwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen – Ein kritischer Überblick über die geplanten Änderungen in der StPO zur Umsetzung der Cybercrime Convention, CR 2007, 336; *Gercke*, Zum Umfang der Auskunftspflicht von Providern gegenüber Ermittlungsbehörden, CR 2005, 599; *Gitter/Schnabel*, Die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung in nationales Recht, MMR 2007, 411; *Hoeren*, Auskunftspflichten der Internetprovider an Strafverfolgungsbehörden – eine Einführung, wistra 2005, 1; *Kirchberg*, Zur Zukunft der Rasterfahndung – Randbedingungen und Perspektiven der Entscheidung des BVerfG vom 4.4.2006, CR 2007, 10; *Petri*, Auskunftsverlangen nach § 161 StPO gegenüber Privaten – eine verdeckte Rasterfahndung, StV 2007, 266; *Puschke/Singelnstein*, Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1.1.2008, NJW 2008, 113; *Sankol*, Die Qual der Wahl: § 113 TKG oder §§ 100g, 100h StPO? – Die Kontroverse über das Auskunftsverlangen von Ermittlungsbehörden gegen Access-Provider bei dynamischen IP-Adressen; MMR 2006, 361; *Schramm*, Staatsanwaltliche Auskunft über dynamische IP-Adressen, DuD 2006, 785; *Warg*, Auskunftsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden und Anonymität des E-Mail-Anzeigenerstatters, MMR 2006, 77.

Sehr häufig verlangen staatliche Stellen, vor allem Polizei- und Sicherheitsbehörden, von Unternehmen der Privatwirtschaft die Herausgabe von Kundendaten. Insbesondere seit den Terroranschlägen des 11.9.2001 sind eine Reihe von Ermächtigungsgrundlagen geschaffen bzw. erweitert worden, um die Unternehmen zur Herausgabe von Daten zu verpflichten. Zu nennen ist dabei die **Rasterfahndung**, die auf Grund spezieller und sehr klar konturierter Ermächti-

[1611] *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2005, 696.
[1612] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 236 zu § 28.

gungsgrundlagen vorgenommen werden kann. Viel weiter und verfassungsrechtlich bedenklich sind die allgemeinen Ermächtigungsgrundlagen für **Auskunftsersuchen**.

Bei der **Rasterfahndung** sind zwischen der Aufklärung bereits begangener Straftaten und präventiv polizeilichen Maßnahmen zu unterscheiden. **Repressiv** können *Staatsanwaltschaften* und *Polizei* nach Maßgabe von **§§ 98 a, 98 b StPO** Daten anfordern. Es müssen allerdings zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für Straftaten von erheblicher Bedeutung vorliegen. Ferner ist formell eine richterliche Anordnung notwendig; bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung durch den *Staatsanwalt* selbst erfolgen. Dieser tritt allerdings außer Kraft, wenn sich nicht innerhalb von drei Werktagen durch einen Richter bestätigt wird. §§ 98a, b StPO gelten nicht für die „Rasterfahndung" bei Telekommunikationsvorgängen (z.B. Telefongesprächslisten oder Internet-Logdateien); hier sind speziellere Vorschriften (§§ 100a, 100b, 100g StPO) anwendbar. **Präventiv** können *Staatsanwaltschaft* und *Polizei* nach den **Gefahrabwehrgesetzen** der einzelnen Bundesländer vorgehen. Diese enthalten unterschiedlichste Voraussetzungen für Auskunftsersuchen. Regelmäßig wird darauf abgestellt, dass eine gegenwärtige Gefahr für Bestand oder 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). Hiernach 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 11.9.2001 pauschal auf die all-

gemeine terroristische Gefährdung hingewiesen wird.[1613] 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.[1614] Das *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.[1615]

Die Entscheidung des *Landgerichts Berlin* ist jedoch durch das *Kammergericht* mit Beschluss vom 16.4.2002 aufgehoben worden.[1616] Nach Auffassung des *Kammergerichts* reicht es für das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr aus, wenn eine Dauergefahr besteht. Eine solche Dauergefahr sei gegenwärtig, wenn sie jederzeit, also auch alsbald in einen Schaden umschlagen könne.[1617] Das *Bundesverfassungsgericht* hat jedoch mit Beschluss v. 4.4.2006 eine präventive polizeiliche Rasterfahndung auf Grundlage des § 31 PolG NW für unvereinbar mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung erklärt.[1618] Angesichts der inhaltlichen Weite der Befugnis käme dem Eingriff erhebliches Gewicht zu. Ein solcher Eingriff ließe sich nur bei einer konkreten Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie den Bestand des Staates, der Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder den Leib, das Leben oder die Freiheit einer Person rechtfertigen. Damit scheide die Maßnahme im Vorfeld der Gefahrenabwehr aus. Die allgemeine Bedrohungslage im Hinblick auf die terroristischen Anschläge vom 11. September 2001 begründe keine derartige konkrete Gefahr. Etwas anderes ergebe sich erst dann, wenn weitere Tatsachen vorlägen, aus denen sich eine konkrete Gefahr, etwa die Vorbereitung oder Durchführung terroristischer Anschläge, ergebe.

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 Vorschrift hinreichend bestimmt ist. Ein großer Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass es sich hierbei nicht um ausreichende Ermächtigungsgrund-

[1613] Etwa *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 8. Februar 2002, NVwZ 2002, 631; *OVG Rheinland-Pfalz*, Beschluss vom 22. März 2002, NVwZ 2002, 1529; *OVG Bremen*, Beschluss vom 8. Juli 2002, NVwZ 2002, 1530.
[1614] *OLG Frankfurt a.M.*, DuD 2002, 174.
[1615] *LG Berlin*, DuD 2002, 175; anders noch die Vorinstanz des *AG Berlin-Tiergarten*, DuD 2001, 691.
[1616] *KG*, MMR 2002, 616.
[1617] Ähnlich auch *VG Mainz*, DuD 2002, 303; *OVG Rheinland-Pfalz*, DuD 2002, 307.
[1618] *BVerfG*, NJW 2006, 1939.

lagen für eine Rasterfahndung handelt.[1619] Im Übrigen gibt diese Vorschrift nur die Möglichkeit, Daten zu erbitten; eine Verpflichtung für die ersuchte Stelle zur Herausgabe von Daten ist damit nicht verbunden.

Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde hat **das *Bundesverfassungsgericht*** im Jahr 2005 eine Ermächtigungsgrundlage für die Telekommunikationsüberwachung durch Landesgesetz für nichtig erklärt.[1620] Die Verfassungsbeschwerde betraf § 33a Abs. 1 Nr. 3 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Nds. SOG), der der Polizei die Überwachung und Aufzeichnung von Telekommunikationsvorgängen bei jenen Personen gestattet, „bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden, wenn die Vorsorge für die Verfolgung oder Verhütung dieser Straftaten auf andere Weise nicht möglich erscheint".[1621] Nach Auffassung des *BVerfG* verstieß die Norm unter anderem gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, da es an der erforderlichen Präzisierung des Tatbestandsmerkmals „Straftat von erheblicher Bedeutung" fehle.[1622]

Im Hinblick auf **Bestandsdaten** (Daten, die zur Durchführung des Vertragsverhältnisses erhoben werden wie z.B. Name, Adresse und Bankverbindung) bestehen besondere Vorgaben des TKG in Bezug auf die Auskunftserteilung an Sicherheitsbehörden. Nach § 111 TKG sind geschäftsmäßige Anbieter, die Rufnummern bereitstellen, verpflichtet, unabhängig von einer betrieblichen Erforderlichkeit bestimmte Bestandsdaten zu den Anschlüssen für eventuelle Auskunftsersuchen von Ermittlungsbehörden zu speichern. Diese Daten und die weiteren zu betrieblichen Erfordernissen nach § 95 TKG erhobenen Daten stehen für das manuelle Auskunftsverfahren nach § 113 TKG zur Verfügung. Hiernach haben die Anbieter im Einzelfall den zuständigen Stellen auf Anforderung Auskunft zu erteilen. Eines richterlichen Beschlusses bedarf es hierfür nicht. Bei dem im Detail komplizierten automatisierten Auskunftsverfahren nach § 112 TKG haben Anbieter die Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu erbringen, die nach § 111 TKG zu speichernden Daten so verfügbar haben, dass die Bundesnetzagentur für Auskunftsersuchen der berechtigten Stellen jederzeit Daten aus den Kundendateien automatisiert im Inland abrufen kann.

[1619] S. dazu die Hinweise bei *Gerling/Langer/Roßmann*, DuD 2001, 746, 747.
[1620] *BVerfG*, DuD 2005, 553.
[1621] *BVerfG*, DuD 2005, 553.
[1622] *BVerfG*, DuD 2005, 553.

Hinsichtlich der **Auskunftsverpflichtung für Telekommunikationsvorgänge** sind zunächst die besonderen Regelungen in **§§ 100a, b 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 Inhaltsdaten 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[1623] 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[1624] ist mit Wirkung zum 1.1.2002 entfallen.[1625] An dessen Stelle sind §§ 100g, h StPO a.F. getreten.[1626] 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 n.F. geregelt.

§ 100g StPO n.F. erlaubt den Zugriff auf Verkehrsdaten (z.B. die angerufene Telefonnummer, IP-Adresse, Log-Zeiten, auch Standortdaten), nicht aber auf den Inhalt der Telekommunikation. Für die Eingriffsbefugnis ist das Vorliegen einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung oder einer Straftat, die mittels Telekommunikationseinrichtung begangen wurde, erforderlich. Seit der Neufassung ist die Vorschrift zudem nicht mehr als reiner Auskunftsanspruch gestaltet, sondern beinhaltet eine eigenständige Erhebungsbefugnis der staatlichen Ermittlungsbehörden. Erfasst ist nunmehr auch die so genannte Echtzeitausleitung, bei der die Daten zeitgleich mit ihrem Anfallen an die Behörden ausgeleitet werden

Entgegen § 100b StPO genügt 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.

[1623] BGBl. I 2007, 3198; in Kraft getreten am 1. Januar 2008.
[1624] Dazu *Bär*, MMR 2000, 476 ff.
[1625] BGBl. I 2001, 3879.
[1626] Siehe dazu *Bär*, MMR 2002, 358 ff.

Ob die Auskunft über eine hinter einer dynamischen IP-Adresse stehenden Person unter § 100g StPO oder unter § 113 TKG fällt ist umstritten.[1627] Der Gesetzgeber scheint sich aber mit der Neufassung des § 113b TKG für die Auskunftserteilung nach § 113 TKG entschieden zu haben.

Für den **militärischen Abschirmdienst** gilt § 4a MADG; ähnliches gilt für den ***Bundesnachrichtendienst*** (§ 2a BNDG). Diese dürfen Verkehrsdaten zur bei einer schwerwiegend Gefährdung der jeweils von den Gesetzen geschützten Schutzgüter erfragen, sofern der Präsident der jeweiligen Behörde einen Antrag gestellt hat und das *Innenministerium* hierüber positiv entschieden hat.
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 für schwerwiegende 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 Postfächern 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 Nr. 3 JVEG).[1628] Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht bei der Herausgabe der Daten nicht, da die genannten Auskunftsregelungen eine anderweitige gesetzliche Regelung im Sinne von § 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

[1627] Für § 100g StPO: *LG Stuttgart* CR 2005, 598 m.Anm. *Gercke*, MMR 2005, 624 m. Anm. *Bär*; *LG Hamburg*, CR 2005, 832; *Beck/Kreißig*, NStZ 2007, 340; *Sankol*, MMR 2006, 331.
[1628] S. *LG Oldenburg*, DuD 1998, 170 f.; *OLG Zweibrücken*, DuD 1998, 168.

Literatur:
Born, Schadensersatz bei Datenschutzverstößen, 2001; *Geis*, Haftungsrisiken im Datenschutzrecht für Unternehmen, CR 1993, 269; *Härting*, Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, CR 2001, 37; *Schmidt*, Wann haftet der Staat? – Vorschriftswidrige Datenverabeitung und Schadensersatz, 1989; *Schmitz*, Vertragliche Haftung bei unentgeltlichem Informationserwerb via Internet, MMR 2000, 396; *Wind*, Haftung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, RDV 1991, 16.

1. Vertragliche Ansprüche

Die unrichtige oder unzulässige Verarbeitung personenbezogener Daten kann einen vertraglichen Anspruch auf Schadensersatz auslösen.[1629] Grundsätzlich sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Die Datenverarbeitung für eigene Zwecke und die Auftragsdatenverarbeitung.
Im Bereich des Arbeitsvertragsrechts liegt grundsätzlich eine **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 **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, Verstöße gegen das BDSG **deliktsrechtlich zu ahnden**, von größerer Bedeutung.
Dabei ist zu beachten, dass das BDSG selbst nur für den öffentlichen Bereich eine gesonderte Anspruchsnorm enthält: Nach § 8 BDSG haften öffentliche Stellen für eine unzulässige oder

[1629] Zu beachten sind auch die unternehmensinternen Möglichkeiten zur Audutierung des Datenschutzes gekoppelt mit einem Gütesiegel für Datenschutzprodukte; siehe dazu *Roßnagel*, Datenschutzaudsit. Konzeption, Durchführung, gesetzliche Regelung, Braunschweig 2000 sowie *Roßnagel.*, Marktwirtschaftlicher Datenschutz im Datenschutzrecht der Zukunft, in: *Bäumler/von Mutius (Hsg.)*, Datenschutz als Wettbewerbsvorteil, Braunschweig 2002, 114 ff.

unrichtige automatisierte Datenverarbeitung ohne Rücksicht auf ihr Verschulden bis zu einem Höchstbetrag von 250.000,- €.

Für den nicht-öffentlichen Bereich enthält das BDSG keine eigene Schadensersatznorm: Treten hier Schäden durch unzulässige oder unrichtige Datenverarbeitung auf, so gelten die **allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 823 ff. BGB)**. Dabei ist für diese Vorschriften 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 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.[1630]

a) Verletzung des Persönlichkeitsrechtes, § 823 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB schützt insbesondere das seit der Entscheidung des *BGH* vom 25.5.1954[1631] zum juristischen Allgemeingut gewordene „**allgemeine Persönlichkeitsrecht**“.[1632] Hierbei handelt es sich um 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 sich der Umfang der in Frage kommenden Verletzungshandlungen aus dem BDSG selbst. Gefahrenmomente und damit Verletzungsmöglichkeiten tauchen im Datenerhebungsverfahren, im Speicherungsstadium sowie bei unberechtigter Weitergabe (Übermittlung) von Daten an unbefugte Dritte auf. Die nach § 8 BDSG bestehende Gefährdungshaftung verdrängt andere Anspruchsgrundlagen nicht.
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 dartun muss, dass die Da-

[1630] Vgl. hierzu *Tinnefeld/Ehmann*, II. Teil, 7.2.2.3, 269; *Geis*, CR 1993, 269, 271; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 14 zu § 7.
[1631] BGHZ 13, 334.
[1632] Vgl. BGHZ 45, 296, 307; 50, 133, 143; *BGH*, NJW 1984, 1886.

tenverarbeitung entweder nicht ursächlich für den Schaden war[1633] oder ihre Mitarbeiter kein Verschulden trifft.[1634]

Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** ist etwa bei der anprangernden Veröffentlichung von Schuldnernamen im Internet verletzt.[1635] Auch bei der Benennung des vollständigen bürgerlichen Namens einer Person auf einer Homepage gilt es, das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beachten. Soweit kein berechtigtes Interesse, wie beispielsweise innerhalb der Berichterstattung oder in einer Internetenzyklopädie besteht, bedarf es grundsätzlich der Einwilligung der genannten Person.[1636] Außerdem stellt auch die Veröffentlichung vertraulicher geschäftlicher E-Mail-Korrespondenz auf einer Online-Plattform einen schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar.[1637] Problematisch ist ferner innerhalb der Berichterstattung die Verwendung von Bildern für eine Fotomontage. Soweit diese die betroffene Person verzerrt darstellt, liegt nach einer Entscheidung des *BVerfG* eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, da dieses auch vor der Verbreitung eines technisch manipulierten Bildes [schütze], das den Anschein erweckt, ein authentisches Abbild einer Person zu sein.[1638] Verboten ist auch der Einsatz versteckter Webcams. § 201a StGB verbietet unter Strafe unbefugte Bildaufnahmen in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum.[1639]

Die Verantwortung für die Beachtung dieser Persönlichkeitsrechte trifft auch den Anbieter von Internetforen, wie jetzt das *OLG Köln* in Sachen Steffi Graf und MSN festgestellt hat. Ein MSN-User hatte Mitte des vergangenen Jahres gefälschte Porno-Bilder der deutschen Tennis-Ikone produziert und sie unter seiner MSN.de-Community-Seite der Welt zur Verfügung gestellt. Im Dezember 2001 hatte das *Landgericht Köln* bereits 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 *Oberlandesgericht* nun ab.[1640]

[1633] Vgl. *LG Bonn*, RDV 1995, 253 für die Haftung bei Verstoß gegen das Bankgeheimnis (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG).
[1634] A. A. *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 8 Rdnr. 10; vgl. auch *BGHZ* 51, 91; *Mertens*, in: MünchenerKommentar, § 823 Rdnr. 134; a.A. *Wind*, RDV 1991, 16, 23.
[1635] So *OLG Rostock*, ZIP 2001, 796. Siehe dazu kritisch *Paulus*, EWiR 2001, 863.
[1636] S. dazu *AG Charlottenburg*, MMR 2006, 255 mit Anm. *Kaufmann/Köcher*. Die dortige einstweilige Verfügung wurde indes später wieder aufgehoben, www.heise.de/newsticker/meldung/69377.
[1637] *LG Köln*, CR 2007, 195.
[1638] *BVerfG*, NJW 2005, 1179.
[1639] Vorschrift eingefügt durch das Sechsunddreißigste Strafrechtsänderungsgesetz – § 201a StGB – (36. StrÄndG) vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 2012) m.W. vom 6. August 2004.
[1640] Aus: http://www.ix.de/newsticker/data/jk-28.5.02-002.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann auch durch veraltete News verletzt sein. Allerdings wird eine Korrekturpflicht bei veralteten News, etwa durch eine spätere Abänderung von Urteilen in der 2. Instanz, von der Rechtsprechung als problematisch angesehen. Das *Amtsgericht München*[1641] hat eine Gleichsetzung von veralteten News dieser Art mit ehrverletzenden Tatsachen abgelehnt. Eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch unkommentiertes Belassen des abgeänderten Urteils auf der Homepage sei zumindest vor der Zustellung des schriftlichen Urteils nicht zu bejahen. Eine Reaktionszeit von 14 Tagen wird auf jeden Fall als angemessen angesehen.[1642] Auch der Verbleib einer Berichterstattung über einen in der Vergangenheit verurteilten Straftäter mit voller Namensnennung und Abbildungen in einem Online-Archiv ist dann zulässig, wenn es einen neuen, aktuellen Anlass für die Namensnennung gibt.[1643]
Neben den materiellen Schäden kann der Betroffene auch immaterielle Schäden ersetzt verlangen.

b) Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 Abs. 2 BGB

Nach **§ 823 Abs. 2 BGB** ist derjenige zum Ersatz von Schäden verpflichtet, der schuldhaft „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt". Ein Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm (vgl. Art. 2 EGBGB), die dem Schutz der Interessen anderer dienen soll. Es ist inzwischen anerkannt, dass Vorschriften des BDSG Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen können. Allerdings ist bei jeder einzelnen Vorschrift zu prüfen, ob sie dem Schutz des Betroffenen gegen unrichtige oder unzulässige Datenverarbeitung dient. Über § 823 Abs. 2 BGB kann der Betroffene im Gegensatz zu § 823 Abs. 1 BGB auch einen Ersatz seines Vermögensschadens verlangen.

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,

[1641] *AG München*, Urteil vom 14. September 2005 – 161 17453/04 (unveröffentlicht).
[1642] *OLG Frankfurt a.M.*, GRUR-RR 2006, 302
[1643] *LG Frankfurt/M.*, CR 2007, 194.

- 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.[1644]
Daneben ist auch eine Haftung nach **§ 826 BGB** von Bedeutung, seit der *BGH*[1645] auch bei Weitergabe wahrer Informationen in besonderen Fällen eine Ersatzpflicht gem. § 826 BGB bejaht: 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 Korrekturansprüche (§ 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.[1646] Der Betroffene kann daher unter Berufung auf §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB analog vom Empfänger der Daten deren Vernichtung oder Herausgabe verlangen.[1647] 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.[1648] 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.[1649] Bei der Nutzung von Daten für E-Mail-Werbe-Kampagnen kommt allerdings anstelle der Lösung auch eine Sperrung in Betracht (§ 35 Abs. 3 Nr. 2 BDSG).[1650]

[1644] Vgl. *OLG Frankfurt a.M.*, RDV 1988, 148.
[1645] LM § 826 Nr. 3.
[1646] *BGH*, NJW 1984, 436 und 1887.
[1647] *BGH*, BGHZ 27, 284, 290 f.
[1648] *BGH*, NJW 1984, 1887.
[1649] Für die entsprechende Vorschrift im Teledienstedatenschutzgesetz: *OLG Bamberg*, CR 2006, 274.
[1650] *OLG Bamberg*, CR 2006, 274.

VII. Sonderbestimmungen im Online-Bereich

Literatur:
Arlt, Datenschutzrechtliche Betrachtung von Online-Angeboten zum Erwerb digitaler Inhalte, MMR 2007, 683; *Bizer*, Datenschutz in Telekommunikation und Neuen Medien, Gerling (Hrsg.), Datenschutz und neue Medien, 1998, S. 23; *Büllesbach* (Hsg.), Datenschutz im Telekommunikationsrecht, 1997; *Fetzer*, Internet und Datenschutz im Telemediengesetz, DRiZ 2007, 206; *Holznagel u.a.* (Hsg.), Datenschutz und Multimedia, 1998; *Lohse/Janetzko*, Regulationsmodelle des Datenschutzes am Beispiel von P3P, CR 2001, 55; *Müthlein*, Datenschutz bei Online-Diensten, RDV 1996, 224; *Roßnagel*, Modernisierung des Datenschutzrechts für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung, MMR 2005, 71; *Roßnagel/Bizer*, Multimediadienste und Datenschutz, 1995; *Schulz*, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, Expertise im Auftrag der Landesrundfunkanstalt NRW, 1998.

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:
Billig, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Werbung, Kundenberatung oder Marktforschung, NJW 1998, 1261; *Gola/Müthlein*, Neuer Tele-Datenschutz – bei fehlender Koordination über das Ziel hinausgeschossen?, RDV 1997, 193; *Gola*, Datenschutz bei Telearbeit – Zur Anwendung von BDSG, TKG, TDDSG, RDV 1998, 243; *Härting*, E-Mail und TK-Geheimnis – Die drei Gesichter der E-Mail: Telekommunikation, Datensatz, elektronischer Brief, CR 2007, 311; *Köcher/Kaufmann*, Speicherung von Verkehrsdaten bei Internet-Access-Providern, DuD 2006; *König/Röder*, Die EG-Datenschutzrichtlinie für Telekommunikation – Verpflichtungen auch für Internetdienstleister, CR 2000, 668; *Königshofen*, Datenschutz in der Telekommunikation, ArchivPT 1997, 19; *Königshofen*, Die Umsetzung von TKG und TDSV durch Netzbetreiber, Service-Provider und Telekommunikationsanbieter, RDV 1997, 97; *Königshofen*, Telekommunikations-Datenschutzverordnung. Kommentar, Heidelberg 2002; *Lanfermann*, Datenschutzgesetzgebung – gesetzliche Rahmenbedingungen einer liberalen Informationsgesellschaft, RDV 1998,

1; *Ohlenburg*, Der neue Telekommunikationsdatenschutz – Eine Darstellung von Teil 7 Abschnitt 2 TKG, MMR 2004, 431; *Reimann*, Datenschutz im neuen TKG, DuD 2004, 421; *Schadow*, Telekommunikationsdienstunternehmen-Datenschutzverordnung (TDSV), RDV 1997, 51; *Scherer*, Das neue Telekommunikationsgesetz, NJW 1996, 2953; *Ulmer/Schrief*, Datenschutz im neuen TK-Recht, RDV 2005, 3; *Wuermeling/Felixberger*, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz im Telekommunikationsgesetz, CR 1997, 230; *Wüstenberg*, Vorratsdatenspeicherung und § 100 TKG – Zum Urteil des LG Darmstadt vom 25.1.20056, DuD 2007, 595; *ders.*, Das Recht der Zugangsanbieter auf Speicherung der IP-Adressen bei Online-Flatrates, TKMR 2003, 105.

Das Telekommunikationsgesetz (TKG)[1651] ist der Nachfolger des früheren Fernmeldeanlagen-Gesetzes (FAG), von dem früher § 12 FAG als strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage für Auskünfte über Telekommunikationsvorgänge in strafgerichtlichen Untersuchungen herangezogen wurde. Mit dem im Juni 2004 verkündeten Gesetz (**TKG 2004**)[1652] sind auch im Bereich Fernmeldegeheimnis, Datenschutz und Öffentliche Sicherheit einige Neuerungen eingetreten. So werden die personenbezogenen Daten der Teilnehmer und Nutzer von Telekommunikationsdiensten ab sofort gesetzlich und nicht durch eine Rechtsverordnung geschützt. Dafür wurde § 89 TKG a.F. und die Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV)[1653] zu einer in sich geschlossenen gesetzlichen Regelung zusammengeführt. Die Speicherung von Verkehrsdaten, vormals Verbindungsdaten, beim Diensteanbieter wird nicht mehr um die letzten drei Ziffern gekürzt, sondern als ungekürzte und vollständige Rufnummer gespeichert. Der Kunde hat jedoch ein Wahlrecht, auf das ihn der Diensteanbieter hinweisen muss. Er kann dieser Form der Speicherung zustimmen oder lieber die verkürzte oder sogar die komplette Löschung der Daten beantragen. Auch Kunden mit bestehenden Verträgen müssen auf diese gesetzliche Regelung hingewiesen werden. Einzelverbindungsnachweise betrifft diese Gesetzesänderung nicht, da sie nur auf die interne Speicherung der Verkehrsdaten beim Diensteanbieter anzuwenden ist. Eine weitere Neuerung stellt die Option von so genannten „Inverssuchen“ bei der Telefonauskunft dar. Konnte bisher bei der Auskunft nur die Rufnummer oder unter Umständen auch die Adresse eines Teilnehmers erfragt werden, so ist dies auch umgekehrt möglich. Ein Teilnehmer ist nun auch anhand seiner Rufnummer zu erfragen. Voraussetzung dafür ist, dass der betroffene Kunde des Dienstanbieters mit seinen Daten in einem Telefonbuch oder einem anderen elektronischen Kundenverzeichnis eingetragen ist und gegen diese Art der Auskunft keinen Widerspruch eingelegt hat. Nach § 47 TKG ist der Teilnehmernetzbetreiber verpflichtet, diese Teilnehmerdaten anderen Unternehmen zum Zwecke

[1651] Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198).
[1652] BGBl. I, S. 1190.
[1653] Vom 18. Dezember 2000 (BGBl. I 2000 S. 1740); durch die Bundesregierung auf Grund des § 89 Abs. 1 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120) verordnet.

der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen zur Verfügung zu stellen. Nach einer Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* darf der Betreiber die Freischaltung der Daten für eine Inverssuche der Auskunftsdienste nicht von dem Vorliegen einer Einwilligung der Kunden abhängig machen, sondern hat auch hier auf Grundlage der Widerspruchslösung zu verfahren.[1654]
Eine weitere Vorschrift verpflichtet die Netzbetreiber im Notfall zur Übermittlung von Standortdaten so genannter 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 **datenschutzrechtlichen Vorschriften des TKG** finden sich in § 88 TKG sowie in §§ 91 ff. TKG: § 88 TKG konkretisiert das grundrechtlich garantierte Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)[1655] 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, Übermittelns 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.[1656]

Ebenso wie das allgemeine Datenschutzrecht im BDSG erstreckt sich der bereichsspezifische Datenschutz des Telekommunikationsrechts auf die **Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten**. Allerdings sind im TKG die Einzelangaben über juristische Personen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, den personenbezogenen Daten natürlicher Personen gleichgestellt (§ 91 Abs. 1 Satz 2 TKG). Auch IP-Adressen sind personenbezogen, da eine Person insoweit bestimmbar ist.

§§ 95 ff. TKG enthalten eine **abschließende Aufzählung möglicher Erlaubnistatbestände** für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten im Telekommunikati-

[1654] *BGH*, Urteil vom 5. Juli 2007 – III ZR 316/06, MMR 2007, 641.
[1655] Vgl. *Rieß*, Vom Fernmeldegeheimnis zum Telekommunikationsgeheimnis, in: *Büllesbach (Hrsg.)*, Datenschutz im Telekommunikationsrecht, Köln 1997, 126.
[1656] Vgl. zur Abgrenzung *Robert*, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 91 Rdnr. 7; *Gola*, RDV 1998, 243.

onsbereich. 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 Speicherung für das Herstellen und Aufrechterhalten der Telekommunikationsverbindung.[1657] 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 (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[1658]) und § 101 TKG (Mitteilen ankommender Verbindungen) vor.
Bemerkenswert ist allerdings, dass einige Erlaubnistatbestände – im Gegensatz zum allgemeinen Anwendungsbereich des TKG – auf Sprachtelefondienste zugeschnitten sind: So sieht etwa § 101 TKG nur die Identifikation des Anschlusses bei bedrohenden oder belästigenden Anrufen vor. Die Identifikation des Absenders von Spam-Mails durch dessen Provider wird hiervon nicht unmittelbar erfasst.

2. Das TMG

Literatur:
Behrendsen, Die bereichsspezifischen Datenschutzverordnungen für TK-Dienstleistungen, CR 1992, 422; *Bizer*, Rückschritt Telemediengesetz, DuD 2007, 4; *Brand/Mayer-Schönberger*, Datenschutz und Internet, Ecolex 1996, 132; *Büllesbach*, Datenschutz und Selbstregulierung, digma 2001, 88; *Engel-Flechsig*, Die datenschutzrechtlichen Vorschriften im neuen Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, RDV 1997, 59; *Engel-Flechsig*, Teledienstdatenschutz. Die Konzeption des Datenschutzes im Entwurf des Informations- und

[1657] Bei Pauschaltarifen (Flatrate) ist die Speicherung des Datenvolumens und der dynamischen IP-Adresse nicht erforderlich.und damit unzulässig: *LG Darmstadt*, Urteil vom 25. Januar 2006, CR 2006, 249; *LG Darmstadt*, Urteil vom 6. Juni 2007, CR 2007, 574; *AG Bonn*, Urteil vom 5. Juli 2007, MMR 2008, 203.
[1658] Hierzu: *LG Darmstadt*, Urteil vom 6. Juni 2007, CR 2007, 574; *AG Bonn*, Urteil vom 5. Juli 2007, MMR 2008, 203.

Kommunikationsdienstegesetzes, DuD 1997, 8; *Engel-Flechsig*, Die datenschutzrechtlichen Vorschriften im neuen Informations- und Kommunikationsdienstegesetz, RDV 1997, 51; *Fischer*, Datenschutz bei Mailboxen, CR 1995, 178; *Flisek*, Der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch nach TDDSG, CR 2004, 949; *Fröhle*, Web-Advertising, Nutzerprofile und Teledienstedatenschutz, 2003; *Geis*, Internet und Datenschutz, NJW 1997, 288; *Geis*, Schutz von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur, RDV 2000, 208; *Gerling*, Betrieb von WWW-Servern – Rechtliche und technische Aspekte, IT-Sicherheit 3/2001, 18; *Globig/Eiermann*, Datenschutz bei Internet-Angeboten, DuD 199, 514; *Gounalakis*, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, 2993; *Hillebrand-Beck/Gross*, Datengewinnung im Internet, Cookies und ihre Bewertung unter Berücksichtigung der Novellierung des TDDSG, DuD 2001, 389; *Hoeren*, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801; *Jandt*, Das neue TMG – Nachbesserungsbedarf für den Datenschutz im Mehrpersonenverhältnis, MMR 2006, 652; *Kröger/Moos*, Regelungsansätze für Multimedia-Dienste, ZUM 1997, 462; *Koch*, Datenschutz in Datennetzen, in: Lowenheim, Ulrich u.a. (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998, Teil 11, S. 549; *Köhntopp/Köhntopp*, Datenspuren im Internet, CR 2000, 238; *Kuch*, Der Staatsvertrag über Mediendienste, ZUM 1997, 225; *Löw*, Datenschutz im Internet: eine strukturelle Untersuchung auf der Basis der neuen deutschen Medienordnung, Diss. 2000; *Marberg*, Kalter Kaffee und faule Kekse – das WWW als Gefahrenquelle für die informationelle Selbstbestimmung, Jur-PC 1996, 457; *Meyerdiecks*, Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?, in: MMr 2009, 8*; Meyer*, Cookies & Co. – Datenschutz und Wettbewerbsrecht, WRP 2002, 1028; *Moritz/Winkler*, Datenschutz und Online-Dienste, NJW-CoR 1997, 43; *Rasmussen*, Datenschutz im Internet. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Verhinderung der Erstellung ungewollter Nutzerprofile im Web – Zur Neufassung des TDDSG, CR 2002, 36; *Roßnagel*, Datenschutz in globalen Netzen, Das TDDSG – ein wichtiger erster Schritt, DuD 1999, 253; *Roßnagel/Bizer*, Multimediadienste und Datenschutz, 1995; *Roßnagel/Pfitzmann*, Datenschutz im Internet, in: Staudt (Hg.), Deutschland Online, 2002, 89; *Schaar*, Datenschutz im Internet, 2002; *Schallbruch*, Electronic Mail im Internet – Wie steht es mit dem Datenschutz?, Datenschutz-Nachrichten 5/95, 11; *Schneider*, Europäischer Datenschutz und E-Commerce, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 561; *Schrader*, Datenschutz bei Multimediadiensten, CR 1997, 707; *Spindler*, Das neue Telemediengesetz – Konvergenz in sachten Schritten; *Tettenborn/Engel-Flechsig/Fritjof*, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NJW 1997, 2981; *Welp*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2007, MMR-Beilage 7/2008, 9; *Zscherpe*, Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, MMR 2004, 723.

Nach Art. 2 des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG) trat das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) am 1.8.1997 in Kraft. Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr erfolgte Anfang 2002 eine erste Novellierung (Art. 3 des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs). Mit Inkrafttreten des **Telemediengesetzes** am 1.3.2007 wurden die Vorschriften zusammen mit den datenschutzrechtlichen Vorschriften des Mediendienste-Staatsvertrages (MDStV) weitgehend inhaltsgleich in diesem Gesetz übernommen.

In den §§ 11 bis 15 regelt das Telemediengesetz den Schutz personenbezogener Daten bei der Nutzung von Telemediendiensten i.S.v. § 1 Abs. 1 TMG. Zu diesen Diensten zählen insbe-

sondere solche der Individualkommunikation (Telebanking, E-Mail und Datendienste). Die Frage der Abgrenzung von Telediensten zu den Mediendiensten ist damit hinfällig.

Die datenschutzrechtlichen Regelungen in BDSG und TMG gehen einheitlich von den **Grundsätzen der Zweckbindung, des Systemdatenschutzes und der Datensparsamkeit bzw. der Datenvermeidung** aus. Der Systemdatenschutz soll bewirken, dass bereits die Systemstrukturen für die Verarbeitung personenbezogener Daten einer datenschutzrechtlichen Kontrolle unterliegen. Durch eine dateneinsparende Organisation der Übermittlung, der Abrechnung und Bezahlung sowie durch die technisch-organisatorische Trennung der Verarbeitungsbereiche soll die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten möglichst vermieden werden (vgl. § 13 Abs. 6 TMG).

Wie auch im allgemeinen Datenschutzrecht ist die **Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten** im Online-Bereich nur zulässig, soweit sie gesetzlich gestattet ist oder der Betroffene einwilligt (§ 12 Abs. 1 TMG). Es gilt der Grundsatz der Zweckbindung. Die Voraussetzungen für eine wirksame elektronische Einwilligung sind in § 13 Abs. 2 TMG geregelt. Der Betroffene ist über Art, Umfang, Ort und Zweck der Erhebung und Nutzung seiner Daten vor deren Erhebung zu informieren. Auch hat der Nutzer das Recht, die zu seiner Person gespeicherten Daten unentgeltlich – auch auf elektronischem Wege und auch bei kurzfristiger Speicherung der Daten – einzusehen (§ 13 Abs. 7 TMG). Die Erstellung von Nutzungsprofilen ist nur bei der Verwendung von Pseudonymen zulässig (§ 15 Abs. 3 TMG).
Bestands- und Nutzungsdaten werden unterschieden und getrennt voneinander geregelt. Die hierzu einschlägigen Regelungen sind §§ 14 u. 15 TMG[1659]

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.[1660]
Für die Nutzung von nicht-personenbezogenen Daten, insbesondere Informationen zu den Clients, die ein Online-Angebot abgerufen haben, gilt das bereichsspezifische Datenschutzrecht des TMG nicht. Im Hinblick auf die Speicherung von IP-Adressen durch Online-

[1659] Vgl. hierzu ausführlich *Engel-Flechsig*, RDV 1997, 59.
[1660] Zu einem bizarren Fall einer Auskunftspflicht *LG Stuttgart*, NJW 2008, 2048: *Hat* eine Frau mehreren ihr über ein Internetportal vermittelten Männern sexuelle Dienstleistungen erbracht, kann sie im Falle einer Schwangerschaft Auskunft über die Identität der vermittelten Männer verlangen.

Diensteanbieter ist die Frage allerdings umstritten. So bejahte das *AG Berlin Mitte* den Personenbezug von dynamischen IP-Adressen, da der Diensteanbieter mit Hilfe des Access-Providers den korrelierenden Namen bestimmen könne.[1661] Dies gilt nach der amtsgerichtlichen Rechtsprechung auch dann, wenn dem Diensteanbieter kein Auskunftsanspruch gegen den Access-Provider zusteht.

Die Frage ist bei der Aufzeichnung von Nutzungsdaten in Log-Files, z.B. zur Erstellung von Nutzerprofilen und Abrufstatistiken von Bedeutung.[1662] 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. Nichtpersonenbezogene Daten, z.B. reine Maschinenangaben (IP-Adressen (strittig)), können hingegen für Auswertungszwecke protokolliert werden, sofern kein Rückschluss auf den jeweiligen Nutzer möglich ist.[1663] In Bezug auf IP-Adressen hat das *LG Darmstadt*[1664] 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 Missbrauchsbekämpfung erkennbar gewesen seien.[1665]

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.

VIII. Ausgewählte Sonderprobleme

1. Web-Cookies

[1661] *AG Berlin Mitte*, Urteil vom 27. März 2007, ZUM 2008, 83.
[1662] Siehe auch *Wolters*, Einkauf via Internet: Verbraucherschutz durch Datenschutz, DuD 1999, 277.
[1663] Vgl. *Schulz*, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, 40 f.
[1664] *LG Darmstadt*, MMR 2006, 330. Das Urteil ist inzwischen rechtskräftig. Der *BGH*, MMR 2007, 37, verwarf die eingelegte Beschwerde als unzulässig. Auch *LG Darmstadt*, DuD 2006, 178; *AG Bonn*, Urteil vom 5. Juli 2007, MMR 2008, 203.
[1665] *BGH*, MMR 2007, 37; *LG Darmstadt*, DuD 2006, 178; *Köcher*/*Kaufmann*, DuD 2006, 360.

Literatur:
Bizer, Web-Cookies – datenschutzrechtlich, DuD 1998, 277; *Eckhard*, Datenschutzerklärungen und Hinweise auf Cookies, ITRB 2005, 46; *Eichler*, Cookies – verbotene Früchte?, Eine datenschutzrechtliche und technik-orientierte Betrachtung, K&R 1999, 76; *Hillebrand-Beck/Gross*, Datengewinnung im Internet, Cookies und ihre Bewertung unter Berücksichtigung der Novellierung des TDDSG, DuD 2001, 389; *Hoeren*, Web-Cookies und das römische Recht, DuD 1998, 455; *Ihde*, Cookies – Datenschutz als Rahmenbedingungen der Internetökonomie, CR 2000, 413; *Köcher/Kaufmann*, Speicherung von Verkehrsdaten bei Internet-Access-Providern, DuD 2006, 360; *Mayer*, Cookies & Co. – Datenschutz und Wettbewerbsrecht, WRP 2002, 1028; *Schaar*, Cookies: Unterrichtung und Einwilligung des Nutzers über die Verwendung, DuD 2000, 275; *Wichert*, Web-Cookies – Mythos und Wirklichkeit, DuD 1998, 273; *Woitke*, Web-Bugs – Nur lästiges Ungeziefer oder datenschutzrechtliche Bedrohung?, MMR 2003, 310.

Die sog. **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 Cookie-Datei des lokalen Rechners abgelegt wird.[1666] Umgekehrt werden aber auch die lokalen Cookie-Einträge an den Web-Server übermittelt. Beides geschieht in der Regel, ohne dass der Benutzer etwas davon merkt. Cookies dienen normalerweise dazu, Informationen über den Benutzer des Web-Browsers zu sammeln und an einen Web-Server zu übermitteln. Davon profitieren z.B. Katalog- und Zeitungsanbieter, die Benutzerprofile anlegen und den Web-Benutzern dann ganz gezielt Angebote unterbreiten, die die Anbieter auf den bevorzugten Web-Seiten platzieren.
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. Was die Informationen angeht, die in den Cookies abgelegt werden, so lässt sich dazu sagen, dass sie nur vom Web-Benutzer selbst stammen und ausschließlich Daten enthalten, die er

[1666] Zur Technologie siehe *Eichler*, K&R 1999, 76; *Wichert*, DuD 1998, 273; *Whalen*, The Unofficial Cookie FAQ, http://www.cookiecentral.com/faq, Version 2.6.

während seiner Kommunikation mit dem betreffenden Server selbst erzeugt hat. Ein Ausspähen weiterer Daten auf dem lokalen Rechner ist mit Cookies nicht möglich.[1667]

Die persönlichen Daten eines Nutzers sind daher i.d.R. über den Einsatz von Cookies nicht oder nur mit sehr großem Aufwand zu ermitteln.[1668] 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.[1669] Ein direkter Personenbezug ist ansonsten nur herstellbar, wenn die Internet-Adresse des Kundenrechners Rückschlüsse auf die Identität des Benutzers zulässt.[1670] Dies kann bei **statischen IP-Adressen**, die mit einer „sprechenden" personenbezogenen Rechnerkennung oder -domain verbunden sind, der Fall sein.[1671] Bei **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.[1672]

Enthalten Cookies **personenbezogene Daten**, ist ihre Verwendung im Hinblick auf die restriktiven Datenschutzregelungen des bereichsspezifischen TMG problematisch. Denn nach § 12 Abs. 1 TMG dürfen personenbezogene Daten zur Nutzung von Telemediendiensten nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, soweit der Nutzer wirksam eingewilligt hat oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt.[1673]
Überdies stellt § 15 Abs. 3 Satz 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

[1667] Siehe hierzu *Wichert*, DuD 1998, 273, 274.
[1668] *Wichert*, DuD 1998, 273; siehe auch *Eichler*, K&R 1999, 76, 78, der allerdings ohne nähere Erläuterung unterstellt, das der Diensteanbieter unbemerkt die E-Mail-Adresse des Nutzers in einem Cookie speichern kann.
[1669] Siehe *Wichert*, DuD 1998, 273, 274.
[1670] Vgl. *Bensberg/Weiß*, Web Log Mining als Analyseinstrument des Electronic Commerce, in: Urh/Breuer (Hg.), Proceedings zur WI-Fachtagung Intregration externer Informationen in Management Support Systems, Dresden 1998, S. 197; *Bizer*, DuD 1998, 277, 278; Eichler, K&R 1999, 76, 77; *Mayer*, WRP 2002, 1028, 1030.
[1671] Z.B. "Hoeren.uni-muenster.de"; für die Qualifizierung statischer IP-Adresse als personenbezogenes Datum *Schulz*, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, 41; vgl. auch *Felixberger/Stricharz*, DuD 1998, 1.
[1672] *Bizer*, DuD 1998, 277, 278; *Schulz*, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, 40 f.; a.A.: *AG Berlin Mitte*, Urteil vom 27. März 2007, ZUM 2008, 83.
[1673] Hierzu ausführlich *Bizer*, DuD 1998, 277, 279.

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, Warenkorbfunktion 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.

Fehlt es am Personenbezug, ist das Datenschutzrecht für Cookies nicht einschlägig. Zur juristischen Abwehr unerwünschter Cookies ist daher auch an das Besitzrecht aus § 862 Abs. 1 BGB zu denken: Hiernach kann der Besitzer von einem Störer die Beseitigung der Besitzstörung verlangen, sofern verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB vorliegt. Sieht man in der unaufgeforderten (und damit eigenmächtigen) Speicherung der Cookie-Datei auf der Festplatte des Nutzers eine Besitzstörung, ergibt sich – unbeschadet der datenschutzrechtlichen Bewertung – ein verschuldensunabhängiger Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 862 Abs. 1 BGB.[1674] Das *AG Ulm* geht davon aus, dass die nicht genehmigte Verwendung von Cookies im Rahmen einer Shopping Mall dem Shopbetreiber Schadenersatzansprüche aus § 826 BGB gegen den Mallbetreiber gibt.[1675] Anders lautend sind US-Entscheidungen, die Cookies von einer konkludenten Einwilligung des Nutzers als gedeckt ansehen.[1676]

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 bis auf die Leistungserschleichung 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.[1677] Allerdings gilt dies nur im Anwendungsbereich des TMG, d.h. für die „inhaltsbezogenen" Daten, die bei der Nutzung eines Telemediendienstes

[1674] Vgl. *Hoeren*, Web-Cookies und das römische Recht, DuD 1998, 455.
[1675] *AG Ulm*, CR 2000, 469.
[1676] In re Double Click, Inc. Privacy Litigation, 60 CIVOM 0641, 2001 US Dist. Lexis 3498 (SDNY 2001).
[1677] So *AG Berlin Mitte*, Urteil vom 27. März 2007, ZUM 2008, 83. Siehe hierzu auch die entsprechenden Feststellungen im IuKDG-Evaluierungsbericht, *BT-Drs.* 14/1191; *Roßnagel*, Evaluierung des TDDSG, DuD 1999, 250.

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 erhobenen Verkehrsdaten und den Bestandsdaten einen pseudonymisierten Gesamtdatenbestand bilden, der Aufschluss über die von den einzelnen Teilnehmern erzielten Umsätze gibt und unter Zugrundelegung geeigneter Missbrauchskriterien das Auffinden von Verbindungen ermöglicht, bei denen der Verdacht einer Leistungserschleichung besteht. Die Daten anderer Verbindungen müssen herbei unverzüglich gelöscht werden.

3. Outsourcing

Literatur:
Bitterli, Outsourcing: Aus den Augen aus dem Sinn?, digma 2001, 156; *Grützmacher*, Datenschutz und Outsourcing, ITRB 2007, 183; *Geghmanns/Niehaus*, Datenschutz und strafrechtliche Risiken beim Poutsourcing durch private Versicherungen, in: Wistra 2008, 161; *Heymann/Scheja/Lensdorf*, Outsourcing-Vertrag, in: Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, 2007; *Hoenike/Hülsdunk*, Outsourcing im Versicherungs- und Gesundheitswesen ohne Einwilligung?, MMR 2004, 788; *Kramer/Herrmann*, Auftragsdatenverarbeitung, CR 2003, 938; *Poschet*, IT-Outsourcing: So müssen Sie vorgehen, digma 2001, 160; *Knyrim*, Datenschutz und Datenrettung beim Outsourcing, ecolex 2004, 413; *Schultze-Melling*, Effizientes Information Security Management im Rahmen von IT-Outsourcing-Verträgen, ITRB 2005, 42; *Söbbing/Weinbrenner*, Die Zulässigkeit der Auslagerung von IT-Dienstleistungen durch Institute

in so genannten Offshore-Regionen, WM 2006, 165; *Waller*, Außervertragliche Gewährleistungsrechte beim IT-Outsourcing, ITRB 2005, 162.

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 Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung** wichtig. Eine Auftragsdatenverarbeitung 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 Übermittlung 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 übernähme. Entscheidend ist dabei der Handlungsspielraum des Dritten. Sofern dieser eigenverantwortlich tätig sein kann, liegt keine Auftragsverarbeitung vor.[1678] 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 im Sinne von § 11 BDSG anzusehen ist.

[1678] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 11 zu § 11.

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.
Im Einzelnen ist es nach der Entscheidungspraxis der Datenschutzbehörden erforderlich, im Vertrag mit dem Auftragnehmer festzulegen, welche Sicherungsmaßnahmen hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers getroffen worden sind. Der Auftragnehmer hat sich zu verpflichten, die für den konkreten Auftrag tätigen Mitarbeiter sorgfältig, gerade im Hinblick auf den vertraulichen Umgang mit sensiblen Daten, auszuwählen. Die Zuverlässigkeit der Mitarbeiter muss regelmäßig vom Auftragnehmer überwacht werden; auch der Auftraggeber muss die Möglichkeit haben, die Zuverlässigkeit der Mitarbeiter zu testen. Ferner ist der Auftragnehmer zu verpflichten, nur sichere Programme zu verwenden, die besonders die Vertraulichkeit und Integrität der Daten gewährleisten und eine Verknüpfung mit anderen Datenbeständen verändern. Ferner wäre ein abgestuftes System der Anonymisierung zu entwickeln. Im Rahmen dessen wäre zu klären, welche Abteilungen der Tochtergesellschaft die zu verarbeitenden Daten in unverschlüsselter Form zur Kenntnis nehmen können und müssen. Soweit eine Verschlüsselung personenbezogener Daten nicht die Erfüllung der Funktion einer Abteilung behindert, ist diese vorzunehmen.

Es ist sicherzustellen, dass die gesamte Datenverarbeitung nach den **Weisungen des Auftraggebers** erfolgt. Die konkrete Durchführung der Datenverarbeitung ist genau zu spezifizieren. Das heißt nicht, dass das Personal der Muttergesellschaft das Personal der Tochtergesellschaft umfassend zu beaufsichtigen hatte. Eine solche umfassende Aufsicht würde die mit der Auftragsdatenverarbeitung verbundene Effizienz und Kostenersparnis konterkarieren. Vielmehr muss unter Beachtung der Besonderheiten der Auftragsdatenverarbeitung ein Weisungssystem installiert werden, das eine umgehende Realisierung von Weisungen des Auftraggebers gewährleistet.[1679] Denkbar wäre hier, dass die Tochtergesellschaft einen oder mehrere Ansprechpartner benennt, die auf Weisungen der auftraggebenden Muttergesellschaft sofort reagieren und die Weisungen an das Personal der Tochtergesellschaft weitergeben. Die ent-

[1679] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 50 zu § 11.

sprechenden Kontaktpersonen sind in dem Outsourcingvertrag konkret zu benennen. Die Modalitäten der Kontaktaufnahmen sind in dem Vertrag ebenso konkret zu regeln wie die Pflicht zur unverzüglichen Durchführung der Weisungen. Ferner werden Datensicherheitsmaßnahmen nach dem neuesten Stand der Technik verlangt. Die Beachtung der Datenschutz- und Datensicherheitsvorgaben muss jederzeit durch den Auftraggeber kontrolliert werden können. Für Pflichtverletzungen sind Sanktionen bis hin zur Auflösung des Vertrages vorzusehen.
Zu beachten ist ferner der **Grundsatz der Zweckbindung**. Die Bekanntgabe von Daten an das Dienstleistungsunternehmen hat sich auf das Unverzichtbare zu beschränken. Der Auftragnehmer darf die Daten nicht für eigene Zwecke verwenden. Die Auftraggeber dürfen im Übrigen ihre Handlungsfähigkeit nicht dadurch einschränken, dass sie zentrale Aufgaben auf Private übertragen und auf diese Weise die Freiheit verlieren, Datenverarbeitungsverfahren zu regeln. Es muss auch gewährleistet sein, dass bei Unzuverlässigkeit des Auftragnehmers oder in vergleichbaren Problemfällen das Outsourcing rückgängig gemacht werden kann. Eine nicht umkehrbare Aufgabenübertragung ist unzulässig.

Hinsichtlich der **Transparenz der Datenverarbeitung** ist zu beachten, dass der Betroffene über Art und Umfang der ausgelagerten Datenverarbeitung informiert wird. Verfehlt wäre es, eine Auftragsdatenverarbeitung auf eine Einwilligung des Betroffenen stützen zu wollen, da die komplizierten DV-Prozesse für den Betroffenen von vornherein nicht transparent zu machen sind.
Eine Subdelegation von Vertragspflichten dürfte nur in Fällen zulässig sein, die im Vertrag bereits hinreichend konkretisiert sind. Im Außenverhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber bleibt der Auftragnehmer für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben verantwortlich. Im Innenverhältnis hat der Auftragnehmer seine Subunternehmer zur Beachtung der gleichen datenschutzrechtlichen Standards zu verpflichten. Auch sind die Subunternehmer zur Beachtung der Kontrollrechte des Auftraggebers zu verpflichten.[1680]

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. Von dieser scharfen Vorschrift sind umfasst:

[1680] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnrn. 45 – 46a zu § 11.

- Rechtsanwälte und Ärzte (insbesondere im Hinblick auf die Fernwartung)[1681],
- Versicherungsunternehmen im medizinischen Bereich (Kranken-/ Lebensversicherung) und
- öffentlich-rechtliche Banken.[1682]

In diesen Bereichen ist Outsourcing folglich nur mit **Einwilligung des Kunden** zulässig.[1683] Eine Lösung wäre, das Personal des Tochterunternehmens als berufsmäßig tätige Gehilfen im Sinne von § 203 Abs. 3 StGB anzusehen.[1684] 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 im Sinne von § 203 Abs. 3 StGB anzusehen.[1685] Diese Perspektive hätte allerdings unter Umständen den Nachteil, dass das Fremdpersonal nach Gesichtspunkten des Arbeitnehmerüberlassungsrechts zu Arbeitnehmern der Muttergesellschaft werden würde.

4. Data Mining und Data Warehouse

Literatur:
Bull, Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese?, NJW 2006, 1617; *Büllesbach*, Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining, CR 2000, 11; *Dittrich/Vavouras*, Data Warehousing aus technischer Sicht, digma 2001, 116; *Flemming*, Unzulässiger Handel mit Persönlichkeitsprofilen? – Erstellung und Vermarktung kommerzieller Datenbanken mit Personenbezug, MMR 2006, 718; *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*, Datenschutz im Versandhandel – Übermittlung von Kundedaten mit positivem Bonitätswert, BB 2007, 785; *ders.*, Kundenprofile im Internet, K&R 2003, 220.

[1681] Siehe etwa den 11. Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten 1992, Zif. 3.3, 24 f.; Bayerischer Landesbeauftragte für den Datenschutz, 14. Tätigkeitsbericht 1992, Zif. 2.2, 10 f.; Hessischer Datenschutzbeauftragter, 20. Tätigkeitsbericht 1991, Zif. 15.1.1, 78 f.; *Ehmann*, CR 1991, 293 ff.; *Zimmer-Hartmann/Helfrich*, CR 1993, 104 ff. Zu den Folgen des hohen Datenschutzniveaus für ein Beweisverwertungsverbot siehe *BVerfG*, BB 2005, 1524.

[1682] Siehe hierzu ausführlicher *Otto*, wistra 1999, 201, 202. Anderer Ansicht für Sparkassen *OLG Schleswig*, Urteil vom 18. Oktober 2007 – 5 U 19/07. Hiernach soll die Einbindung von Sparkassen in § 203 dem Grundsatz des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes widersprochen.

[1683] Bei Kassenärzten gilt das Verbot externer Datenverarbeitung selbst dann, wenn die Patienten formal in die Datenweitergabe einwilligen; so *BSG*, Urteil vom 10. Oktober 2008, CR 2009, 460.

[1684] In diesem Sinne etwa *Heghmanns/Niehaus*, Wistra 2008, 161 ff.

[1685] So auch *Ehmann*, CR 1991, 293, 294 für den Fall der Fernwartung in einer Arztpraxis.

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**.[1686]

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 möglich 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 will, muss sich die Einwilligung des Betroffenen holen. Dabei kann er auch nicht auf die Alternativstrategie 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:

Backes u.a., Entscheidungshilfe für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer, RDV 2004, 156; *Bäumler*, Datenschutzgesetzentwurf aus der Feder des Datenschutzbeauftragten, RDV 1999, 47; *Bond/Knyrim*, Data Protection – Third Country Transfers, CLSR 18 (2002), 187; *Brühann*, EU-Datenschutzrichtlinie – Umsetzung in einem vernetzten Europa, RDV 1996, 12; *Brühann*, Datenschutz in Medien und Internet, AfP 2004, 221; *Büllesbach*, Überblick über Europäische Datenschutzregelungen bezüglich des Datenaustausches mit Ländern außerhalb der Europäischen Union, RDV 2002, 55; *Dammann*, Internationaler Datenschutz, RDV 2002, 70; *Ellger*, Konvergenz oder Konflikt bei der Harmonisierung des Datenschutzes in Europa? EU-Datenschutzrichtlinie – Datenschutzkonvention des Europarats, CR 1994, 558; *Jacob*, Ist die Novellierung des BDSG gescheitert? – Perspektiven im Hinblick auf den globalen Datenverkehr, RDV 1999, 1; *Klug*, Persönlichkeitsschutz beim Datentransfer

[1686] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 125 zu § 3 und Rdnr. 3 zu § 3a.

in die USA: die Safe-Harbor-Lösung, RDV 2000, 212; *Räther/Seitz*, Übermittlung personenbezogener Daten in Drittstaaten. Angemessenheitsklausel, Safe Harbor und die Einwilligung, MMR 2002, 425; *Räther/Seitz*, Ausnahmen bei Datentransfer in Drittstaaten, MMR 2002, 520; *Schwartz*, European Data Protecion Law and Restrictions on International Data Flows, iowa LR 80 (1995), 471; *Simitis*, Der Transfer von Daten in Drittländer – ein Streit ohne Ende?, CR 2000, 472; *Taraschka*, „Auslandsübermittlung" personenbezogener Daten im Internet, CR 2004, 280; *Wißirchen*, Grenzüberschreitender Transfer von Arbeitnehmerdaten, CR 2004, 710; *Wuermeling*, Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, DB 1996, 663; *Wuermeling*, Handelshemmnis Datenschutz: die Drittländerregelung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, 2000.

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.[1687] 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)[1688] 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; erstaunlicherweise enthält auch das heutige BDSG kaum Regelungen zum sog. „**Transborder Data Flow**" (TBDF) (vgl. § 3 Abs. 9 Nr. 2; § 17). Auch die bisher vorhandenen internationalen Regelungswerke werden der besonderen Problematik des TBDF nicht gerecht:

- Die Empfehlung der OECD vom 23.9.1980 hinsichtlich der Leitlinien über den Schutz der Privatsphäre und den grenzüberschreitenden Verkehr von personenbezogenen Daten ist völkerrechtlich unverbindlich und inhaltlich zu abstrakt.
- Das Übereinkommen des Europarats vom 28.1.1981 zum Schutz des Menschen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist in deutsches

[1687] Vgl. hierzu *Schapper*, CR 1987, 86, 94; *De Terwange/Louvenaux*, Data Protection and Online Networks, MMR 1998, 451.
[1688] Vgl. *Däubler*, CR 1999, 49.

Recht transformiert worden und damit bindend.[1689] Allerdings enthalten die Regelungen nur allgemeine Rahmengrundsätze, die in unterschiedlichster Weise umgesetzt werden können. Darüber hinaus wurden sie nur von sieben EU-Mitgliedsstaaten ratifiziert.

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-Mitgliedsstaaten 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.[1690]

Hierzu sehen die **EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG** und das neue BDSG nunmehr klare Regeln vor. Nach Art. 25 Abs. 1 können personenbezogene Daten in Drittstaaten (d.h. Staaten, die nicht EU-Mitglied sind) nur bei **Vorliegen eines „angemessenen Schutzniveaus**" übermittelt werden (so auch § 4b Abs. 2 Satz 2 BDSG). Wann ein solches Schutzniveau vorliegt, ist jedoch weiterhin nicht geklärt.[1691] Art. 25 Abs. 2 EU-Richtlinie und § 4b Abs. 2 Satz 3 BDSG besagen 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).[1692]

Zu beachten ist allerdings, dass nach einer **Entscheidung des *EuGH***[1693] die **Bereitstellung von Daten auf einer Homepage** nicht unter den Übermittlungsbegriff der EU-Datenschutzrichtlinie fällt[1694] und somit nicht als grenzüberschreitender Datenaustausch qualifiziert werden kann. Die schwedische Katechetin Lindquist hatte auf einer privaten Website

[1689] BGBl. 1985 II, 539.
[1690] Siehe hierzu auch *Hoeren*, MMR 1998, 297.
[1691] Vgl. hierzu *Riemann*, CR 1997, 762.
[1692] Vgl. hierzu den Streit zwischen der EU und den USA über die sog. "Safe Harbour"-Prinzipien, online abrufbar unter http://www.export.gov/safeharbor
[1693] *EuGH*, CR 2004, 286; siehe dazu auch *Taroschka*, CR 2004, 280.
[1694] Anderer Ansicht z.B. *OLG Innsbruck*, MMR 2000, 148.

„in leicht humoriger Weise“ 18 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 so genannte sensible Daten. Daraufhin wurde ein Strafverfahren gegen sie eingeleitet und infolge dessen der *EuGH* angerufen. Dieser sah in den zur Verfügung gestellten Daten zwar personenbezogene Daten i.S.d. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 95/46. Es liege bei deren Einspeisung in das Internet jedoch keine Übermittlung von Daten in ein Drittland im Sinne von Art. 25 der Richtlinie 95/46 vor.

Ausnahmsweise kann ein **Datentransfer auch in Drittstaaten** erfolgen, die kein angemessenes Schutzniveau aufweisen. So enthält § 4c Abs. 1 BDSG allgemeine Erlaubnistatbestände, die eine Datenübermittlung auch in ein unsicheres Drittland rechtfertigen (insbes. Einwilligung des Betroffenen, Vertragserfüllung, Interessenwahrung, Übermittlung aus einem öffentlichen Register, soweit keine berechtigten Interessen entgegenstehen). Abseits dieser (eng auszulegenden) Ausnahmetatbestände ist eine Übermittlung nur zulässig, wenn der Datenübermittler ausreichende Garantien für den Schutz der Privatsphäre und der Grundrechte des Betroffenen bietet. Art. 26 Abs. 2 nennt als Beispiel für entsprechende Schutzgarantien die sog. Vertragslösung:[1695] Hiernach soll der Datentransfer in das „unsichere Drittland“ vertraglich zwischen Datenübermittler und Betroffenem bzw. – mit Genehmigung der innerstaatlichen Aufsichtsbehörde zwischen Datenübermittler und -empfänger – vereinbart werden.[1696] In letzterem Fall genehmigt die zuständige Aufsichtsbehörde die Übermittlung (§ 4c Abs. 2 BDSG).

Auf dieser Rechtsgrundlage basieren die komplexen **Verhandlungen zwischen den USA und der Europäischen Kommission** über die Verabschiedung von Sonderlösungen. Die USA verfügt über kein dem EU-Standard entsprechendes Datenschutzniveau[1697] (ähnlich wie etwa Australien oder Japan). Deshalb ist der Datentransfer von Europa in die USA eigentlich verboten. In dieser Notlage arbeitete man hektisch an einer Entwicklung von Musterverträgen, die den vertraglichen Beziehungen zwischen übermittelnder Stelle und dem Empfänger in den USA zugrunde gelegt werden können. Mitte 2001 kam es zur Verabschiedung von zwei Standardvertragsklauseln, einmal für die Übermittlung personenbezogener Daten an Empfänger in sog. Drittländern[1698] und zur Übermittlung an Auftragsdatenverarbeiter in Drittländern[1699]. §

[1695] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 20 zu § 4c.
[1696] Vgl. *Tinnefeld/Ehmann*, I. Teil, 3.3.3, 68; *Ellger*, RabelsZ 1996, 756.
[1697] Siehe dazu *Schwartz*, Iowa LR 80 (1995), 471 ff.
[1698] Standardvertrag vom 15. Juni 2001, http://europa.eu/justice_home/fsj/privacy.
[1699] Standardvertrag vom 27. Dezember 2001, ABl. Nr. L 106 vom 10. Januar 2002, 52.

4c Abs. 2 BDSG erlaubt auch den Datentransfer auf der Basis hinreichender **Codes of Conduct**, etwa innerhalb eines weltweit tätigen Konzerns[1700]; fraglich ist allerdings, ob und wie einzelne Datenschutzbehörden solche Codes genehmigen.[1701] Eine Sonderlösung existiert für den Datentransfer in die USA nach den sog. Safe-Harbor Principles (Informationspflicht, Wahlmöglichkeit, Weitergabe, Sicherheit, Datenintegrität, Auskunftsrecht und Durchsetzung).[1702] Das US-Unternehmen muss sich den Regelungen unterwerfen[1703] und gewährleistet dadurch das geforderte angemessene Datenschutzniveau.

6. Datennutzung in der Insolvenz

Mit der allmählichen Ernüchterung über den Nutzen von E-Commerce machte auch das Insolvenzgespenst die Runde. In dem Maße, wie die Start-Up-Unternehmen wie Pilze aus dem Boden schossen, gingen die ersten auch wieder ein. Cash-Burn, das Verbrennen von Geld, ist eben langfristig keine Erfolgsstrategie in der Wirtschaft. Es stellte sich dann aber die Frage, wie solche Unternehmen insolvenzmäßig behandelt werden sollten. Geld ist dort meist nicht vorhanden. Es finden sich auch sonst kaum Sachwerte. Deren wertvolle Besitzstände bestehen aus urheberrechtlich schutzfähigen E-Commerce-Entwicklungen, Mitarbeiter-Know-how und Kundendaten. Gerade die Verwertung von Kundendaten in der Insolvenz macht aber datenschutzrechtliche Schwierigkeiten. In den USA sorgte zum Beispiel der Fall Toysmart.com für Aufsehen. Ein Walt-Disney-Unternehmen wollte seine Kundendaten wegen drohender Zahlungsunfähigkeit verkaufen. Daraufhin wurde im US-amerikanischen Senat und Repräsentantenhaus über die Einführung spezieller Gesetzesbestimmungen diskutiert. Im Senat wurde der Entwurf eines **Data Privacy Bankruptcy Act** am 22.3.2001 verabschiedet.[1704] In Deutschland bestehen Probleme, sofern solche Daten unter den besonderen Geheimnisschutz des **§ 203 StGB** fallen. Dies ist z.B. der Fall bei der Nutzung von Daten durch Anwälte,[1705] Ärzte,[1706] Steuerberater[1707] oder öffentlich-rechtlich organisierte Kreditinstitute.[1708] In diesen Fällen erfordert die Weitergabe der Daten eine ausdrückliche Einwilligung durch den Betroffenen; auch im Insolvenzfall käme der Insolvenzverwalter nicht umhin, vor dem Verkauf der

[1700] *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 22 zu § 4c.
[1701] Siehe dazu auch die Überlegungen WP 74 der Arbeitsgruppe nach Art. 29, http://europa.eu/justice_home/fsj/privacy.
[1702] Siehe dazu auch http://www.export.gov/safeHarbor/; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Rdnr. 36 zu § 4b.
[1703] Zur Liste der teilnehmenden Unternehmen siehe http://web.ita.doc.gov/safeharbor/SHList.nsf/WebPages/Safe+Harbor+List.
[1704] Siehe http://www.siliconvalley.com/docs/news/depth/priv031601.htm und die Notiz in MMR 2001, XVI.
[1705] *OLG München*, NJW 2000, 2592.
[1706] *BGH*, NJW 2001, 2462.
[1707] *OLG Naumburg*, RDV 2003, 29.
[1708] Nicht allerdings bei Zahnlabors, *OLG Koblenz*, OLGR Koblenz 2002, 66.

Daten die Einwilligung der Betroffenen einzuholen. Dies gilt auch, wenn z.B. die gesamte Anwalts- oder Arztpraxis verkauft werden soll. Ähnliches gilt für sensible Daten nach dem neuen BDSG, etwa bei medizinischen Informationen, Daten zur Gewerkschaftszugehörigkeit, zu Straftaten oder zum Sexualleben (§ 26 BDSG). Wegen des soweit bestehenden Einwilligungserfordernisses dürfte die insolvenzmäßige Verwertung der Daten schwierig werden. Schließlich ist zu klären, welcher bilanzmäßige Wert solchen 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.[1709]

[1709] *BGH*, DuD 2006, 45, 46.

Siebtes Kapitel: Haftung von Online-Diensten

Literatur:
Ahrens, 21 Thesen zur Störerhaftung im UWG und im Recht des Geistigen Eigentums, WRP 2007, 1281; *Beckmann*, Verantwortlichkeit von Online-Diensteanbietern in Europa und den Vereinigten Staaten von Amerika, 2001; *Beckmann/Müller*, Online übermittelte Informationen: Produkte i.S.d. Produkthaftungsgesetzes, MMR 1999, 14; *Bremer*, Strafbare Internet-Inhalte in internationaler Hinsicht, 2001; *Bettinger/Freytag*, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links, CR 1998, 545; *Burkhardt*, Medienfreiheit quo vadis – Das Somm-Urteil aus presserechtlicher Sicht, CR 1999, 38; *Decker*, Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet (Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers), MMR 1999, 7; *Döring*, Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay", WRP 2007, 1131; *Eck*, Providerhaftung von Konzernunternehmen, 2004; *Engel*, Die Internet-Service-Provider als Geiseln deutscher Ordnungsbehörden. Eine Kritik an den Verfügungen der Bezirksregierung Düsseldorf, MMR 2003, Beilage 4; *Engels*, Zivilrechtliche Haftung für Inhalte im Word Wide Web, AfP 2000, 524; *Ertl*, Zivilrechtliche Haftung im Internet, CR 1998, 179; *Freytag*, Providerhaftung im Binnenmarkt, CR 2000, 600; *Fülbier*, Web 2.0 – Haftungsprivilegierung bei MySpace und YouTube, CR 2007, 515; *Fülbier*, Web 2.0 – Haftungsprivilegien bei MySpace und YouTube, CR 2007, 515; *Gercke*, Zugangsbetreiber im Fadenkreuz der Urheberrechtsinhaber – Eine Untersuchung der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit von Downloadportalen und Zugangsprovidern für Musikdownloads, CR 2006, 210; *Gounalakis/Rhode*, Haftung des Host-Providers: ein neues Fehlurteil, NJW 2000, 2168; *Greiner*, Sperrungsverfügungen als Mittel der Gefahrenabwehr im Internet. Zu den Verfügungen der Bezirksregierung Düsseldorf, CR 2002, 620; *Haft/Eisele*, Zur Einführung: Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet, JuS 2001, 112; *Hasberger*, Zur wettbewerbsrechtlichen Haftung der Internetprovider, MR 2004, 128; *Hoeren*, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192; *Hoeren/Pichler*, Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 1997; *Hoffmann*, Zivilrechtliche Haftung im Internet, MMR 2002, 277; *Holznagel*, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider, K&R 1999, 103; *Holznagel, D.*, Zur Providerhaftung, in: GRUR Int. 2007, 971; *Holznagel, D.*, Zur Providerhaftung – Notice and Take-Down in § 512 U.S. Copyright Act, in: GRUR Int. 2007, 971 – 986; *Hütig*, Die Haftungsbeschränkung nach dem Teledienstgesetz (TDG) und dem Mediendienstestaatsvertrag (MDStV), in: Moritz/Dreier (Hrsg.), Rechtshandbuch E-Commerce, 2005, 505; *Jürgens*, Von der Provider- zur Provider- und Medienhaftung – Ein Plädoyer für eine „zweistufige" Auslegung der Verantwortlichkeitsprivilegierungen für Telemedien am Beispiel von Internetforen, CR 2006, 189; *Kitz*, § 101a UrhG: Für eine Rückkehr zur Dogmatik, ZUM 2005, 298; *Koch*, Zur Einordnung von Internet-Suchmaschinen nach dem EGG, K&R 2002, 120; *Koch*, Zur Strafbarkeit der „Auschwitzlüge" im Internet – BGHSt 46, 212, JuS 2002, 123; *Koch*, Von Blogs, Podcasts und Wikis – telemedienrechtliche Zuordnungs- und Haftungsfragen der neuen Dienste im Internet, ITRB, 2006, 260; *Köster/Jürgens*, Haftung professioneller Informationsvermittler im Internet. Eine Bestandsaufnahme nach der Novellierung der Haftungsregelungen, MMR 2002, 420; *Leible/Sosnitza*, Haftung von Internetauktionshäusern – reloaded, NJW 2007, 3324; *Libertus*, Umfang und Reichweite von Löschungspflichten bei Rechtsverstößen im Internet, ZUM 2005, 627; *Lohse*, Verantwortung im Internet, 2000; *Martenczuk*, Die Haftung für Mediendienste zwischen Bundes- und Landesrecht, ZUM 1999, 104; *Marwitz*, Haftung für Hyperlinks, K&R 1998, 369; *Pankoke*, Von der Presse- zur Providerhaftung. Eine rechtspolitische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Inhaltsverantwortlichkeit im Netz, 2001; *Pichler*, Haftung des Host Providers für Persönlich-

keitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, 79; *Popp*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, 2002; *Rücker*, Notice and take down-Verfahren für die deutsche Providerhaftung, CR 2005, 347; *Schack*, Neue Techniken und Geistiges Eigentum, JZ 1998, 753; *Scharfer/Rasch/Braun*, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, 451; *Schlachter*, Cyberspace, The Free Market and the Free Marketplace of Ideas: Recognizing Legal Differences in Computer Bulletin Board Functions, in: Hastings Communication and Entertainment Law Journal 16, 87; *Schmoll*, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, 2001; *Schnabel*, Urheberrechtliche Filterpflichten für Access Provider, ion: MMR 2008, 281; *Schneider*, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des § 5 TDG, GRUR 2000, 969; *Schneider*, Sperren und Filtern im Internet, DFN-Mitteilungen Juni 2003, 21; *Schneider*, Sperren und Filtern im Internet, MMR 2004, 18; *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, 2000; *Sobola/Kohl*, Haftung von Providern für fremde Inhalte, CR 2005, 443; *Spindler*, Deliktsrechtliche Haftung im Internet – nationale und internationale Rechtsprobleme, ZUM 1996, 533; *Spindler*, Verschuldensabhängige Produkthaftung im Internet, MMR 1998, 23; *Spindler*, Verschuldensunabhängige Produkthaftung im Internet, MMR 1998, 119; *Spindler*, Die Haftung von Online-Dienstanbietern im Konzern, CR 1998, 745; *Spindler*, Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, MMR 1999, 99; *Spindler*, E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR-Beilage 2000, 4; *Spindler*, Urheberrecht und Haftung der Provider – ein Drama ohne Ende?, CR 2001, 324; *Spindler*, Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, NJW 2002, 921; *Spindler*, Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstegesetz, RIW 2002, 183; *Spindler*, Die öffentlich-rechtliche Störerhaftung der Access-Provider, K&R 2002, 398; *Spindler*, Haftung und Verantwortlichkeit im IT-Recht, CR 2005, 741; *Spindler/Volkmann*, Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider, WRP 2003, 1; *Stadler*, Sperrungsverfügung gegen Accesss-Provider, MMR 2002, 343; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, 2005; *Stender-Vorwachs*, Anbieterhaftung und neues Multimediarecht, TKMR 2003, 11; *Volkmann*, Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahre 2006, K&R 2006, 245; *Zankl*, Verantwortlichkeit für fremde Internetsinhalte: Altes und Neues zur Gehilfenhaftung, Juristische Blätter 2001, 409.

I. Kollisionsrechtliche Vorfragen

Fraglich ist, welche kollisionsrechtlichen Vorgaben über die Anwendbarkeit deliktsrechtlicher Vorschriften entscheiden. Zu beachten ist hier **Art. 40 EGBGB**. Hiernach hat der Verletzte die **Wahl** zwischen dem Recht des **Handlungs-** und dem des **Erfolgsortes**. Dieses Wahlrecht muss er bis zum Beginn der ersten mündlichen Verhandlung ausüben. Handlungsort ist regelmäßig der Ort, an dem sich der Server des Providers befindet. Erfolgsort ist dort, wo die Homepage abgerufen werden kann; einige Gerichte stellen insofern auf den „bestimmungsgemäßen“ Abruf ab. Ähnliches gilt für das Strafrecht. Entscheidend ist hier nach § 9 StGB, ob der zum Tatbestand gehörende Erfolg im Sinne von § 9 StGB in Deutschland eingetreten ist, unabhängig vom Wohnsitz des Angeklagten. Da ausländische Server auch im Inland zugäng-

lich sind hat der *BGH* einen Australier wegen Volksverhetzung verurteilt, der von Adelaide aus NS-Theorien über das Internet verbreitete.[1710]

II. Das Telemediengesetz (TMG)

Die Haftung von Providern ist nunmehr einheitlich im **Telemediengesetz (TMG)** geregelt; der früher erforderlichen Differenzierung zwischen Tele- (TDG) und Mediendienst (MDStV) bedarf es nicht mehr. Das TDG stammt ursprünglich aus dem Jahre 1997;[1711] es war damals Bestandteil eines größeren Gesetzespakets, dem sog. Informations- und Kommunikationsdienstegesetz (IuKDG). Es musste später aufgrund der Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie novelliert werden.[1712] Die aktuellste Fassung, enthalten im sog. Elektronischen Geschäftsverkehrsgesetz (EGG), ist in ihren wesentlichen Teilen zum 21.12.2001 in Kraft getreten.[1713] Die für die Haftung relevanten §§ 8 – 11 TDG bzw. §§ 6 – 9 MDStV wurden inhaltsgleich in das TMG übernommen.

Das TMG enthält für das Straf- und Zivilrecht Regeln, die wie ein Filter vor der Anwendung spezieller Haftungsregeln zu prüfen sind.[1714] Streitig war die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf das Urheberrecht, da das *OLG München* in einer fragwürdigen Entscheidung eine Anwendung aufgrund des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte von § 5 TDG a.F. (§ 8 TDG n.F., jetzt § 7 TMG) ausgeschlossen hat.[1715] Diese Frage ist aber heute zugunsten der Anwendbarkeit geklärt.

Im TMG werden vier Angebote von Diensteanbietern genannt. § 7 TMG erfasst Diensteanbieter, die eigene Informationen zur Nutzung bereithalten, § 8 Diensteanbieter, die fremde Informationen übermitteln oder den Zugang zu ihrer Nutzung vermitteln. Einen Unterfall dieser Diensteanbeiter stellen diejenigen dar, die gem. § 9 TMG fremde Informationen automatisch, zeitlich begrenzt zwischenspeichern, um die Übermittlung der fremden Informationen effizienter zu gestalten. Schließlich behandelt § 10 TMG Diensteanbieter, die fremde Informationen für den Nutzer speichern. Das Gesetz unterscheidet damit zwischen **drei verschiedenen**

[1710] *BGH*, *BGH*St 46, 212 = NJW 2001, 624 = NStZ 2001, 305 mit Anm. *Hörnle* = CR 2001, 260 mit Anm. *Vassilaki* = MMR 2001, 228 mit Anm. *Clauß*; siehe dazu auch *Vec*, NJW 2002, 1535; *Koch*, JuS 2002, 123.
[1711] BGBl. I, 1870.
[1712] Siehe dazu *Bröhl*, MMR 2001, 67.
[1713] BGBl. Teil 1 Nr. 70 vom 20. Dezember 2001, 3721. Siehe dazu auch *Bröhl*, MMR 2001, 67; *Härting*, CR 2001, 271; *Spindler*, ZRP 2001, 203.
[1714] So jetzt auch *BGH*, MMR 2004, 166 mit Anm. *Hoeren*.
[1715] *OLG München*, WRP 2001, 578; die Entscheidung wurde vom *BGH* nicht zur Revision angenommen. Ähnlich auch *Schaefer/Rasch/Braun*, ZUM 1998, 451; *Waldenberger*, MMR 1998, 124, 127. Dagegen zu Recht kritisch *Spindler*, CR 2001, 324.

Providern: dem Content-Provider (§ 7 Abs. 1 TMG), dem Access-Provider (§§ 8, 9 TMG) und dem Host-Provider (§ 10 TMG).

Geplant ist derzeit eine **Novellierung des TMG**.[1716] Durch Einführung des neuen § 3a ("Sachliche Zuständigkeit") sollen soll die Landesregierungen dazu ermächtigen werden, Schwerpunktgerichte für Internet-Streitigkeiten zu ernennen. Damit soll das sog. "Forum-Shopping" eingeschränkt werden. Das Änderungsgesetz will die grundsätzliche Nichtverantwortlichkeit für fremde Inhalte klarstellen. Demnach soll die Entfernung oder Sperrung rechtswidriger Seiten durch Provider letztes Mittel sein und nur nach einer Zumutbarkeitsprüfung durchgeführt werden (§ 7 Abs. 2 TMG-E). Dazu sind Dienstanbieter erst bei Vorlage eines Titels verpflichtet (§ 7 Abs. 3 TMG-E). Allerdings können ihnen durch allgemeine Rechtsvorschriften besondere Sorgfaltspflichten auferlegt werden (§ 7 Abs. 4 TMG-E); denn es soll ein Anreiz für Diensteanbieter bestehen bleiben, an formalisierten und kooperativen Verfahren zur Abwehr von Rechtsverletzungen zu partizipieren. Zum ersten Mal regelt der Entwurf ausdrücklich die Verantwortlichkeiten von Suchmaschinenbetreibern (§ 8a TMG-E) und die für Hyperlinks (§ 10 a TMG-E). Für beide Fälle werden proaktive Überwachungspflichten expressis verbis ausgeschlossen; eine Haftung für Links kommt erst ab positiver Kenntnis in Betracht.

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. Das TMG verweist in § 7 Abs. 1 deklaratorisch auf die „allgemeinen Gesetze". Die EC-Richtlinie und das EGG änderten diese Rechtslage nicht. Es bleibt beim Grundsatz der Haftung des Content Providers nach den allgemeinen Gesetzen. In der Praxis wichtig ist eine klare Abgrenzung eigener und fremder Inhalte auf der Homepage:

> „Sie verlassen jetzt unser Internetangebot. Für den Inhalt der folgenden Seiten ist der jeweilige Anbieter verantwortlich. Wir übernehmen insoweit keine Haftung."

[1716] http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/111/1611173.pdf

Nach allerdings zweifelhafter Auffassung des LG Hamburg[1717] gehören zu den eigenen Informationen auch solche, für deren Verbreitung der Betreiber einer Internetseite seinen eigenen Internetauftritt zur Verfügung stellt. Unbeachtlich sei dabei, dass eine dritte Person die konkrete Information eingestellt hat. Dies sei die Folge des Umstandes, dass der Inhaber der jeweiligen Internetdomain diejenige Person ist, die für die Inhalte, die über den betreffenden Internetauftritt verbreitet werden, die rechtliche Verantwortung trägt. Von eigenen Informationen könne erst dann nicht mehr gesprochen werden, wenn sich der Website-Inhaber von der betreffenden Äußerung nicht pauschal, sondern konkret und ausdrücklich distanziert.

Im Folgenden sollen einige Überlegungen zur allgemeinen Haftung von Content-Providern vorgestellt werden.

a) Vertragliche Haftung

Für die vertragliche Haftung kann auf die **allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts** zurückgegriffen werden, die neben der Sachmängelhaftung auch eine Haftung wegen Pflichtverletzung vorsehen.
Neben dieser allgemeinen Haftung hat der ***BGH*** jedoch eine **besondere Verantwortlichkeit für Informationsdienste** kreiert. In der Entscheidung „**Börsendienst**“[1718] hat er angenommen, dass auch das formularmäßige Werbeschreiben eines Börsendienstes das Angebot zum Abschluss eines gesonderten Beratungsvertrages beinhalte, sofern die Anbieter die Zuverlässigkeit und Richtigkeit ihrer Informationen hervorhöben. Diese Rechtsprechung hat der *BGH* in den Folgejahren noch ausgeweitet. Nach dieser bedarf es für einen solchen Beratungsvertrag keiner besonderen Vereinbarung oder gar eines schriftlichen Vertrages. Vielmehr werde nach Ansicht des *BGH* ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft erkennbar von erheblicher Bedeutung und die Grundlage wichtiger Entscheidungen des Anwenders gewesen sei.[1719] Der Anwender kann dann vollen Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen Pflichtverletzung verlangen, wobei die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB gilt.

Allerdings sind diese Fälle durch das Vorliegen einer bereits bestehenden vertraglichen Bindung gekennzeichnet gewesen. Im Falle etwa des Börsendienstes bestand ein abonnementähn-

[1717] *LG Hamburg*, MMR 2007, 450.
[1718] *BGH*, NJW 1978, 997.
[1719] *BGH*, NJW 1989, 1029; NJW 1986, 181.

licher Dauervertrag zwischen Herausgeber und Kunden, der auch durch Beratungselemente geprägt war.[1720] Von daher kann die Entscheidungspraxis des *BGH* zu den Beratungsverträgen nur für das Verhältnis eines Users zu einem entgeltlichen Online-Informationsdienst herangezogen werden. Allerdings kann eine solche vertragliche Haftung auch bei Verletzung vorvertraglicher Pflichten über § 280 BGB in Betracht kommen. Gibt etwa eine Sparkasse Anlageinformationen und kommt es aufgrund dessen zum Abschluss eines Online-Banking-Vertrages, liegt eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB nahe.

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 lit. a BGB) sowie vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten (§ 309 Nr. 7 lit. 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 dürfe, sofern es um die Verletzung vertragswesentlicher Kardinalpflichten gehe.[1721]

Unwirksam sind daher folgende Vertragsbestimmungen:

- „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen."[1722]
- „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet."[1723]
- „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn".[1724]
- „Wir haften für Schäden (...) bis zur Höhe von ... €."[1725]
- „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus."[1726]
- „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus."[1727]

[1720] Siehe dazu auch *Hopt*, Festschrift für Fischer 1979, 237; *Köndgen*, JZ 1978, 389.
[1721] Siehe dazu *BGH*, DB 1996, 1276.
[1722] Ähnlich die US-Disclaimers: „Limitation of Liability: You expressly understand and agree that Yahoo shall notbe 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...".
[1723] *OLG Köln*, DAR 1982, 403.
[1724] *LG Bayreuth*, DB 1982, 1400; *Erman/Hefermehl*, § 11 Rdnr. 6.
[1725] Diese Klausel ist nach § 11 Nr. 11 für den Bereich der zugesicherten Eigenschaften gänzlich unwirksam. Sie wird für Ansprüche wegen c.i.c. oder pVV nur zugelassen, wenn alle vertragstypischen und vorhersehbaren Schäden abgedeckt sind (*BGH*, ZIP 1984, 971; *BGH*, BB 1980, 1011; *BGH*, NJW 1993, 335; *Erman/Hefermehl*, § 11 Nr. 7 AGBG, Rdnr. 15). Wann dies in concreto der Fall ist, lässt sich jedoch kaum feststellen; demnach ist die Klausel auf jeden Fall zu gefährlich.
[1726] Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe *BGH*, NJW 1987, 1815; *BGH* NJW 1985, 623, 627; *OLG Stuttgart*, NJW 1981, 1105.

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:

> „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien betroffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Un berührt 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."

Fraglich ist allerdings, ob es wirklich noch sinnvoll und mit dem AGB-rechtlichen Transparenzgebot (§ 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.

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 Missbrauchsfalls ein zusätzliches Kontrollverfahren bei einer erneuten Anmeldung unter denselben Kontaktdaten vorzunehmen.[1728]

b) Deliktische 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:

[1727] BGHZ 49, 363.
[1728] *OLG Brandenburg*, MMR 2006, 107 m. Anm. *Spindler*.

- § 97 UrhG für Urheberechtsverletzungen
- §§ 14, 15 MarkenG für Domainfragen
- § 7 BDSG für Datenschutzverstöße oder
- §§ 3, 5 UWG für rechtswidrige Marketingmaßnahmen im Internet.

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 „Börsendienst"-Rechtsprechung zur Haftung des Verlegers bei Printmedien herangezogen werden.[1729] Allerdings ist dieser Fall dadurch gekennzeichnet, dass ein abonnementähnlicher Dauervertrag zwischen Herausgeber und Kunden bestand, der auch durch Beratungselemente geprägt war.[1730] Von daher kann diese Entscheidung nur für das Verhältnis eines Users zu einem entgeltlichen Online-Informationsdienst herangezogen werden.

Abseits vertraglicher Bindungen kommt eine Haftung nur bei **Verletzung absoluter Rechtsgüter** in Betracht. Der *BGH* hat in der **„Kochsalz"-Entscheidung** betont, dass sowohl der Autor wie auch eingeschränkt der Verleger für fehlerhafte Angaben in medizinischen Verlagsprodukten einstehen muss. Bei medizinischen Informationen kommt es in der Tat schnell zur Verletzung von Körper und Gesundheit, beides geschütztes Rechtsgüter im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. Daher ist bei der Bereitstellung von Gesundheitstipps und medizinischer Werbung ein hohes Haftungsrisiko zu erwarten.
Ähnliches gilt für den Download von Software via Internet. Führt dieser zum Datenverlust, liegt eine Eigentumsverletzung im Hinblick auf die nicht mehr einwandfrei nutzbare Festplatte des Users vor. Dieser Haftung für Datenverlust kann sich der Provider aber durch den Hinweis auf ein überwiegendes Mitverschulden des Users (nach § 254 Abs. 1 BGB) entziehen, da dessen Schaden offensichtlich auf einer fehlenden Datensicherung beruht.

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 nach vollständiger Löschung/Korrektur seiner Seite sich darauf verlassen kann, dass die Suchmaschinen ihre Datenbanken regelmäßig

[1729] *BGH*, NJW 1978, 997.
[1730] Siehe dazu auch *Hopt*, Festschrift für Fischer 1979, 237; *Köndgen*, JZ 1978, 389.

aktualisieren. Er muss also nicht prüfen, ob die streitgegenständliche Seite noch über längere Zeit bei Suchmaschinenbetreibern vorhanden ist.[1731] Er muss aber Rechnung tragen, dass die Homepage tatsächlich geändert wird; die bloße Entfernung des Links reicht nicht.[1732]

2. Der Access-Provider

Access-Provider, die einen Internet-Zugang anbieten, galten für die insoweit erreichbaren Angebote nach § 5 Abs. 1 TDG a.F. als nicht verantwortlich.[1733] Gleichwohl wurde teilweise durch komplizierte Konstruktionen (Verantwortlichkeit nach § 5 Abs. 4 TDG a.F. und den allgemeinen Strafgesetzen bei Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten,[1734] Mittäterschaft mit dem eigentlichen Host-Provider)[1735] versucht, die Access-Provider für die auf anderen als den eigenen Servern gespeicherten Inhalte verantwortlich zu machen. Diese, der eindeutigen Intention des Gesetzgebers widersprechenden Ansichten konnten sich aber bislang nicht weiter durchsetzen. Die aufsehenerregende Verurteilung des ehemaligen CompuServe-Geschäftsführers durch das *AG München* wurde in der Berufung zu Recht aufgehoben.[1736] Die Freistellung von der Verantwortung gilt übrigens auch für die auf Proxy Servern gespeicherten Inhalte; denn das Gesetz nimmt eine automatische und zeitlich begrenzte Vorhaltung fremder Inhalte ausdrücklich von der Haftung aus (§ 5 Abs. 3 Satz 2 TDG a.F.).

Hier greifen seit Januar 2002 §§ 9 und 10 TDG n.F. bzw. nunmehr §§ 8 und 9 TMG ein, die Art. 12 der E-Commerce-Richtlinie umsetzen. Hiernach ist der **Diensteanbieter für die Durchleitung von Informationen von der Verantwortlichkeit freigestellt** (§ 8 TMG). 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 veranlasst worden sein; nur passive, automatische Verfahren sind privilegiert (Erwägungsgrund 42 der Richtlinie). Sonderbestimmungen regeln das Caching (§ 9 TMG). Besonders problematisch ist der Hinweis in § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG, wonach Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung nach den allgemeinen Gesetzen unberührt bleiben. Durch diesen im Widerspruch zur E-Commerce-Richtlinie integrierten Hinweis wird über die

[1731] *OLG Hamburg*, CR 2003, 66 mit Anm. *Dieselhorst*. Anders aber *LG Frankfurt a.M.*, CR 2000, 462; *LG Mannheim*, CR 1998, 306 – Arwis mit Anm. *Hackbarth*.
[1732] *LG Hamburg*, MMR 2004, 195.
[1733] So ausdrücklich der *BGH* für Netzbetreiber und deren Verantwortlichkeit bei Telefonsexentgelten, MDR 2002, 264 = MMR 2002, 91 mit Anm. *Müller*.
[1734] Einstellungsverfügung des Generalbundesanwalts, MMR 1998, 93 (DFN-Verein) mit abl. Anm. *Hoeren*.
[1735] *AG München*, NJW 1998, 2836 (CompuServe) = MMR 1998, 429 mit abl. Anm. *Sieber*.
[1736] *LG München*, MMR 2000, 171.

Hintertür wieder eine unkonturierte Verantwortlichkeit der Access-Provider heraufbeschworen. Dabei ist besonders fatal, dass die früher im TDG enthaltenen Hinweise auf die technische Möglichkeit und wirtschaftliche Zumutbarkeit der Sperrung nicht mehr im Gesetz enthalten sind. Man könnte das so interpretieren, dass Access-Provider uneingeschränkt zur Sperrung aufgrund von behördlichen oder gerichtlichen Unterlassungsanordnungen verpflichtet werden könnten. Hier gilt jedoch auch der Grundsatz des „impossibilium nemo obligatur". Wenn ein Access-Provider nicht sperren kann, kann man dies auch nicht von ihm verlangen. Versuche, etwa der Bezirksregierung Düsseldorf,[1737] die Access-Provider zur Sperrung zu verpflichten, gingen daher ins Leere. Denn zum Beispiel eine DNS-Sperre kann durch bloße Eintragung eines anderen Domain-Servers spielend umgangen werden; dazu kommen etwa folgende Name-Server in Betracht:

- 194.246.96.49 (dns.denic.de)
- 194.246.96.25 (dns3.denic.de)
- 194.25.2.131 (dns02.btx.dtag.de).

Der Freiraum für die Access Provider wird allerdings aufgrund des Drucks der Content-Industrie immer enger. Die Industrie will die Access Provider zwingen, den **Zugang** zu mießliebigen Downloadmöglichkeiten im Ausland zu **sperren** und **Auskunft über die Identität der Nutzer** insbesondere von P2P-Diensten zu geben. Art. 8 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten auch effektive Schutzmaßnahmen gegen Access Provider im Kampf gegen Piraterie vorsehen müssen. Daraus wird eine entsprechende Sperrungs- und Auskunftsverpflichtung der Access Provider abgeleitet. Das BMJ plante im Zuge des zweiten Korbs eine solche Verpflichtung ausdrücklich im UrhG zu verankern. Wie gezeigt, wird nunmehr mit der Umsetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. c der Enforcement-Richtlinie (2004/48/EG) ein Auskunftsanspruch gegen die Access Provider in § 101 Abs. 2 UrhG eingeführt.

Die Gerichte sehen allerdings de lege lata eine Sperrungspflicht des Access Providers als nicht gegeben an. [1738] Zum einen seien die Provider weder Täter noch Teilnehmer in Bezug auf die vorgenommenen Zuwiderhandlungen, da sie auf die Webseiten mit den inkriminieren-

[1737] Siehe dazu *Engel*, MMR-Beilage 4/2003; *Mankowski*, MMR 2002, 277 und *Stadler*, MMR 2002, 343 ff. Zum Stand der derzeitigen Massenverfahren siehe *OVG Münster*, MMR 2003, 348 mit Anm. *Spindler/Volkmann*; *VG Düsseldorf*, MMR 2003, 205 mit Anm. *Stadler* und *VG Köln*, MMR 2005, 399.
[1738] *OLG Frankfurt*, CR 2008, 242; *LG Frankfurt*, Urteil vom 5. Dezember 2007 – 2-03 O 526/07 – MMR 2008, 121; *LG Frankfurt*, MMR 2008, 344; *LG Düsseldorf*, MMR 2008, 349; *LG Kiel*, Urteil vom 23. November 2007 – 14 O 125/07 – MMR 2008, 123; Anderer Ansicht für Urheberrechtsverletzungen *LG Köln*, ZUM 2007, 872.

den Inhalten keinen Zugriff haben. Zum anderen käme auch eine Haftung als so genannter mittelbarer Störer nicht in Betracht. Nach dieser Rechtsfigur kann neben einer eigenverantwortlich handelnden Person auch derjenige auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, der willentlich und adäquat kausal an einer Rechtsverletzung mitwirkt. Eine solche Haftung sah das Landgericht Kiel aufgrund der fehlenden rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeit der Provider zur Verhinderung der Rechtsverletzungen als nicht gegeben an. In rechtlicher Hinsicht fehlte es an einer vertraglichen Beziehung zu den Anbietern. In tatsächlicher Hinsicht könne die Sperrung durch einzelne Provider aufgrund der leichten Umgehbarkeit den Zugriff auf die Inhalte weder verhindern noch erschweren. Insbesondere können sie wegen fehlender Zumutbarkeit der Sperrung (insbesondere einer technisch unzureichenden DNS-Sperre) nicht auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.[1739]

Vom Bundestag beschlossen wurde im Anschluß an Ideen der **Familienministerin von der Leyen** eine Ausblendung bzw. Sperrung von Webseiten. Im Februar 2009 wurde der Entwurf eines Vertrages zwischen dem Bundeskriminalamt und den Internet-Service-Providern[1740] bekannt, der die ISPs verpflichtet, ihren Kunden den Zugang zu einer geheimen und somit nicht rechtsmittelfähigen Liste von Domains zu verwehren. Am 18. Juni 2009 verabschiedete der Bundestag dann das Gesetz zur Erschwerung des Zugangs zu kinderpornographischen Inhalten in Kommunikationsnetzen (**Zugangserschwerungsgesetz**).[1741] Das Gesetz wird voraussichtlich erst im Oktober 2009 in Kraft treten; es tritt 2012 automatisch wieder außer Kraft. Das Bundeskriminalamt führt hiernach eine Sperrliste, auf der Domainnamen, IP-Adressen und URLs von kinderpornografischen Webseiten gemäß § 184b StGB sowie auf Kinderpornografie verlinkende Seiten indiziert werden, wenn deren Löschung nicht oder nicht in angemessener Zeit erwirkt werden kann. Zugangsprovider mit mehr als 10.000 Kunden werden gesetzlich dazu verpflichtet, den Zugriff auf die in der Sperrliste indizierten Schriften mindestens auf der DNS-Ebene zu sperren, auf ein vom BKA gestaltetes „Stopp-Schild" umzuleiten und dem BKA eine anonymisierte Zugriffsstatistik zu übermitteln. Das BKA hat die Begründung der Sperrung durch tatsächliche Kinderpornografie zu dokumentieren und wird von einem vom Bundesdatenschutzbeauftragten berufenen Expertengremium (bestehend aus fünf Personen, wobei die Mehrheit die Befähigung zum Richteramt haben muss) vierteljährlich stichprobenartig kontrolliert. Das Gesetz stößt auf heftigen Widerstand in der

[1739] *LG Hamburg*, Urteil vom 12. November 2008 – 308 O 548/08.
[1740] http://www.ccc.de/press/releases/2009/20090213/20090211-vertragsentwurf-bka-isp.pdf?language=de
[1741] Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Drucksache 16/12850 des Deutschen Bundestages; http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/128/1612850.pdf

Bevölkerung und bei Experten, die den Regulierungsansatz als ineffizient und unverhälntnismäßig kritisieren und auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinweisen. Desssen ungeachtet wird derzeit politisch darüber nachgedacht, Sperrungspflichten auch für NS-Material, die Diskriminierung von Roma und Sinti, Glücksspiele, P2P-Seiten, Gewaltvideos, Beleidigungen etc. einzuführen.

3. Der Host-Provider

Schwieriger ist die Rechtslage bei fremden Inhalten, die Provider zur Nutzung bereithalten, also speichern (sog. **Host-Providing**). Sie sollten für diese nach dem Wortlaut des alten TDG (§ 5 Abs. 2 a.F.) („nur ... wenn") grundsätzlich nicht verantwortlich sein. Eine Ausnahme galt nur, wenn dem Anbieter die Inhalte bekannt sind und es ihm technisch möglich und zumutbar ist, ihre Verbreitung zu verhindern. Ausweislich der amtlichen Begründung des Gesetzgebers zu § 5 Abs. 2 TDG a.F. sollte eine Haftung des Diensteanbieters also nur gegeben sein, wenn er die fremden rechtswidrigen Inhalte bewusst zum Abruf bereithält. Ähnlich ist nun der Wortlaut des TMG formuliert.

Nach § 10 TMG sind Diensteanbieter für fremde Informationen, die 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 oder sofern sie bei Kenntniserlangung unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Entscheidend ist das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale **„Kenntnis"** und **„offensichtliche" Rechtswidrigkeit**. Der Anspruchsteller trägt die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Kenntnis.[1742] Damit soll die Haftung der Host-Provider auf Vorsatzstraftaten und -delikte beschränkt werden. Das *OLG Düsseldorf* verneint deshalb die Überprüfungspflichten des Host Providers und sieht eine Haftung erst ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit als begründet an.[1743]

[1742] *BGH*, MMR 2004, 166 zu § 5 Abs. 2 TDG a.F. gegen *Spindler*, NJW 1997, 3193, 3198 = NJW 2002, 921, 925.
[1743] *OLG Düsseldorf*, CR 2006, 682.

Jedoch kann das Haftungsprivileg gem. § 10 S. 1 TMG unanwendbar sein, insbesondere wenn ein Unterlassungsanspruch gegen den Anbieter besteht. Dies gilt sowohl für den auf eine bereits geschehene Verletzung gestützten[1744] als auch den vorbeugenden Unterlassungsanspruch[1745].

Fraglich ist, wann von einer **offensichtlichen Rechtswidrigkeit** ausgegangen werden kann. Rechtsverletzungen rund um Werbung und Allgemeine Geschäftsbedingungen sollen nach Auffassung des *österreichischen OGH*[1746] bei weitem das übersteigen, was für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig als rechtswidrig erkennbar ist. Host-Provider können daher mit wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn Rechtsverletzungen durch ihre Kunden für juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind.

Mit der Regelung des § 10 TMG konterkariert der Gesetzgeber seine eigenen Bemühungen, die Provider zur innerbetrieblichen oder verbandsseitigen Selbstkontrolle zu verpflichten. Denn wenn die bloße Kenntnis vom Inhalt als subjektives Element ausreichen soll, wird niemand daran Interesse haben, Personal mit der Sichtung des Online-Angebots zu beauftragen. Er wird vielmehr auf jedwede Selbstkontrolle verzichten – getreu dem Motto: Nichts gesehen, nichts gehört. Auch das *LG München* hat dieses Problem gesehen. Seiner Auffassung nach würden bei der amtlichen Auslegung des TMG sowohl Art. 14 GG als auch die Regelungen in Art. 8, 10 und 14 WIPO-Vertrag unterlaufen. Selbst „bewusstes Wegschauen“ würde zu einem Haftungsausschluss führen. Dies könne nicht zugelassen werden.[1747] Das *Landgericht* fordert, Prüfungspflichten hinsichtlich der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände aufzunehmen. Es hätte sich auch angeboten, wenigstens für die Fälle eine Prüfungspflicht zu bejahen, in denen ein Verstoß gegen Strafgesetze nahe liegt (etwa bei der Bezeichnung einer Newsgroup als „alt.binaries.children-pornography”). Eine solche Prüfungspflicht bei eklatanter Missbrauchsgefahr hätte auch der geltenden Rechtslage im Zivil- und Strafrecht entsprochen. Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie sieht jedoch ausdrücklich von einer Prüfungspflicht ab.

[1744] BGHZ, 158, 236, 246 = CR 2004, 746 m. Anm. Volkmann – Internet Versteigerung I.
[1745] *BGH*, CR 2007, 523 m. Anm. Rössel – Internet Versteigerung II.
[1746] ö*OGH*, MMR 2004, 807 – megasex.at.
[1747] *LG München I*, MMR 2000, 434.

§ 10 TMG stellt für das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf **grobe Rechtsverstöße** ab. Die bloße Tatsache, dass ein Rechenzentrumsmitarbeiter eine Newsgroup gesichtet hat, heißt 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 für erforderlich erachtet, dass der Anbieter sich der Tatsachen und Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Information offensichtlich wird.[1748]

4. Haftung für Links

Literatur:
Engels/Köster, Haftung für „werbende Links" in Online Angeboten, MMR 1999, 522; *Ernst*, Suchmaschinenmarketing (Keyword-Advertising, Doorwaypages u.ä.) im Wettbewerbs- und Markenrecht, WRP 2004, 278 ff.; *Ernst*, Rechtliche Probleme des Suchmaschinen-Marketings, ITRB 2005, 91; *Ernst*, AdWord-Werbung in Internet-Suchmaschinen als kennzeichen- und wettbewerbsrechtliches Problem, MarkenR 2006, 57; *Ernst/Vassilaki/Wiebe*, Hyperlinks, 2002; *Feig/Westermeier*, Keyword Advertising: Why All the Fuss?, CRi 2005, 48; *Flechsig/Gabel*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, CR 1998, 351; *Gabel*, Die Haftung für Hyperlinks im Lichte des neuen UWG, WRP 2005, 1102; *Gercke*, Die strafrechtliche Verantwortung für Hyperlinks, CR 2006, 844; *Grünzweig*, Haftung für Links im Internet nach Wettbewerbsrecht, RdW 19-2001, (9), 521; *Handig*, Das Zurverfügungstellungsrecht und die Hyperlinks, ecolex 2004, 38; *Köster/Jürgens*, Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnislisten, K&R 2006, 108; *Joslove/Krylov*, Dangerous Liaisons, Liability in the European Union for hypertext linking and search engine services, CRi 2005, 33; *Koch*, Zur Einordnung von Internet-Suchmaschinen nach dem EGG, K&R 2002, 120; *Koch*, Perspektiven für die Link- und Suchmaschinenhaftung, CR 2004, 213; *Gercke*, „Virtuelles" Bereithalten i.S.d. § 5 TDG – Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei Einrichtung eines Hyperlinks, ZUM 2001, 34; *Müglich*, Auswirkungen des EGG auf die haftungsrechtliche Behandlung von Hyperlinks, CR 2002, 583; *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, Dissertation 2004, www.linksandlaw.com/Urheber-undwettbewerbsrechtlicheProblemevonLinking und Framing.pdf; *Ott*, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, GRuR Int. 2007, 14; *Ott*, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195; *Ott*, Haftung für Hyperlinks – eine Bestandsaufnahme nach 10 Jahren, WRP 2006, 691; *Ott*, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, GruRInt 2007, 14; *Plaß*, Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, WRP 2000, 599; *Rath*, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, Diss. 2005, Leseprobe abrufbar unter http://snipurl.com/m3ea; *Rath*, Suchmaschinen sind auch nicht mehr das, was sie einmal waren, WRP 2005, 826; *Rath*, Zur Haftung von Internet-Suchmaschinen, AfP 2005, 324; *Schrader/Rautenstrauch*, Urheberrechtliche Verwertung von Bildern durch Anzeige von Vorschaugrafiken (sog. Thumbnails) bei

[1748] Falsch ist m.E. die Auffassung von *Tettenborn u.a.*, Beilage 1 zu K&R 12/2001, 1, 32, wonach durch diese Formulierung eine Haftung für grob fahrlässige Unkenntnis eingeführt worden sei.

Internetsuchmaschinen, in: UFITA 2007, 761; *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation 2005; *Spindler*, Verantwortlichkeit und Haftung für Hyperlinks im neuen Recht, MMR 2002, 495; *Spindler*, Die Verantwortlichkeit der Provider für „Sich-zu-Eigen-gemachte" Inhalte und für beaufsichtigte Nutzer, MMR 2004, 440; *Spindler*, Haftung und Verantwortlichkeit im IT-Recht, CR 2005, 741; *Stenzel*, Ergänzung der Reform der Telemedien um eine Haftungsprivilegierung für Hyperlinks notwendig, MMR 2006, Heft 9, V; *Ulbricht/Meuss*, Juristische Aspekte von Extended Links und Smart Tags, CR 2002, 162; *Vassilaki*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Einrichten und Aufrechterhalten von elektronischen Verweisen (Hyperlinks), CR 1999, 85; *Volkmann*, Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2007, in: K & R 2008, 328; *Zankl*, Haftung für Hyperlinks im Internet, ecolex 2001, 354.

a) Überblick

Die haftungsrechtliche Einordnung von **Hyperlinks**[1749] fällt schon allein deshalb schwer, da sich diese elektronischen Verweise weder einer der drei zuvor beschriebenen Gruppen des TMG zuordnen lassen noch in der E-Commerce-Richtlinie hierzu Regelungen vorgesehen sind. Diese (bewusste) Regelungslücke liegt darin begründet, dass sich das TMG wie auch die E-Commerce-Richtlinie hinsichtlich der Haftung von Akteuren im Internet auf die Regelung von Haftungsprivilegierungen für das Access- und Hostproviding sowie das Caching beschränken und sich Hyperlinks oder Suchdienste nicht unter die vorstehend bereits erläuterten Kategorien subsumieren lassen. Zu beachten ist, dass ein Hyperlink als solcher nie eine Haftung auslösen kann, denn dieser ist dem Grunde nach nur eine elektronische Verknüpfung bzw. eine technische Referenz innerhalb eines HTML-Textes. Entscheidend ist daher – zumindest beim manuellen Hyperlinking – grundsätzlich die inhaltliche Aussage, die mit dem Link unter Berücksichtigung seines Kontextes verbunden ist.

So betonte auch schon das *Amtsgericht Berlin-Tiergarten*[1750] 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 der 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 Einspei-

[1749] Vgl. z.B. schon früh *LG Hamburg*, CR 1998, 565 = NJW-CoR 1998, 302; *AG Berlin-Tiergarten*, CR 1998, 111 mit Anm. *Vassilaki*.
[1750] *AG Berlin*, CR 1998, 111.

sung 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.[1751] Folglich greift in diesem Fall für das Setzen eines Hyperlinks keine Privilegierung, sondern es gilt der Grundgedanke des § 7 Abs. 1 TMG. Es besteht eine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen: der Link-Setzer haftet für die gelinkten Inhalte so, als wären es seine eigenen.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn sich jemand den fremden Inhalt nicht (inhaltlich) zu Eigen macht. Setzt mithin jemand – etwa aus wissenschaftlichem Interesse heraus – einen Link auf fremde Webseiten und Inhalte ohne jedweden Solidarisierungseffekt, ist er grundsätzlich ähnlich wie ein Access-Provider zu beurteilen, so dass die Wertungen von § 8 TMG zum Tragen kommen. Eine Haftung scheidet in einem solchen Fall regelmäßig aus.

Im **Strafrecht** kommt hinzu, dass der Grundgedanke des „in dubio pro reo" zu beachten ist. Im Zweifel besteht daher – im Ergebnis also genauso wie vom *Amtsgericht Berlin-Tiergarten* entschieden – grundsätzlich keine Verantwortlichkeit für das Setzen von Links auf strafrechtliche relevante Inhalte.

Anders ist die Grundkonzeption des **Zivilrechts**, das von dem Grundsatz „in dubio contra rerum" ausgeht. Ein Grundsatzurteil ist hier die Entscheidung des *Landgerichts Hamburg*[1752] bezüglich einer Link-Sammlung zu den sog. Steinhöfel-Hassseiten. Der betroffene Anwalt nahm den Link-Setzer wegen Ehrverletzung in Anspruch. Das *Landgericht Hamburg* verurteilte den Webseitenbetreiber, weil dieser sich nicht hinreichend von den ehrverletzenden Äußerungen Dritter distanziert und sich daher dieselben durch die Bereithaltung der Links zu Eigen gemacht habe.

Allerdings hat sich die Rechtsprechung inzwischen auch hier ausdifferenziert. So soll zum Beispiel ein Link von einem privaten Internetanbieter auf eine fremde Website keine Haftung

[1751] Siehe dazu etwa den Fall des *OLG München*, ZUM 2001, 809. In dem zu Grunde liegenden Fall wurden Links mit Namensnennungen kombiniert, wobei der gelinkte Inhalt eine üble Nachrede im Sinne des § 186 StGB enthielt.

[1752] CR 1998, 565.

auslösen.[1753] Für sog. **„Downloadlinks“** wird dagegen eine Haftung bejaht.[1754] Die Haftung kann auch soweit gehen, dass wegen Förderung fremden Wettbewerbs für einen Link auf die nach deutschem Recht wettbewerbswidrigen Seiten der amerikanischen Muttergesellschaft gehaftet wird.[1755] Auch wird teilweise eine Internetverkehrssicherungspflicht dahingehend bejaht, dass der Verwender eines Links auch für das Risiko hafte, dass die Verweisungsseite nachträglich geändert wird.[1756]
Zur Klarstellung der Rechtslage wird vereinzelt eine ausdrückliche Regelung im TMG in Form einer Haftungsprivilegierung für Hyperlinks gefordert.[1757]

b) Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung für manuell gesetzte Hyperlinks[1758]

Das *OLG Hamburg*[1759] hat zutreffend 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 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.

Nach dem **„Schöner Wetten“** – Urteil des *BGH*[1760] sollen dagegen zumindest Presseorgane nicht für Hyperlinks auf rechtswidrige Angebote haften, soweit diese als Ergänzung eines redaktionellen Artikels ohne Wettbewerbsabsicht gesetzt werden und der Inhalt der verlinkten Seite nicht eindeutig als strafbar zu erkennen ist. Wer einen Link auf ein nach § 284 StGB im Inland unerlaubtes Glücksspielangebot setze, handele nicht zwingend in Wettbewerbsabsicht. Als Mitstörer einer Wettbewerbsrechtsverletzung hafte der Linksetzende nur dann, wenn er bei der Einrichtung und Aufrechterhaltung des Links zumutbare Prüfungspflichten verletzt habe. Eine Ergänzung redaktioneller Inhalte durch einen Link, der auf nicht offensichtlich rechtswidrige Inhalte verweist, begründe wegen Art. 5 GG noch keine Störerhaftung.

[1753] *OLG Schleswig*, K&R 2001, 220.
[1754] *LG Braunschweig*, CR 2001, 47.
[1755] *OLG München*, MMR 2002, 625.
[1756] So das *OLG München*, MMR 2002, 625; ausführlich zu dieser Entscheidung *Dippelhofer*, JurPC Web-Dok. 304/2002, www.jurpc.de/aufsatz/20020304.htm.
[1757] *Stenzel*, MMR 2006, V.
[1758] Siehe dazu auch unter www.linksandlaw.de.
[1759] *OLG Hamburg*, CR 2003, 56.
[1760] *BGH*, MDR 2004, 1432 = CR 2004, 613 mit Anm. *Dietlein* = GRUR 2004, 693 – Schöner Wetten. Ähnlich *LG Deggendorf*, CR 2005, 130.

Das Urteil ist allerdings – wie das fälschlicherweise als Suchmaschinen-Entscheidung bekannt gewordene **„Paperboy"**–Urteil des *BGH*[1761] – spezifisch presserechtlich ausgerichtet. Der *BGH* hat in dem für das Urheberrecht richtungweisenden Urteil entschieden, dass durch das Setzen von Hyperlinks zu einer Datei auf einer fremden Webseite mit einem urheberrechtlich geschützten Werk grundsätzlich nicht in das Vervielfältigungsrecht an diesem Werk eingegriffen werde. Ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich mache, ermöglicht nach Ansicht des Gerichts vielmehr dadurch bereits selbst die Nutzungen, die ein Abrufender vornehmen könne. Es werde deshalb grundsätzlich schon kein urheberrechtlicher Störungszustand geschaffen, wenn der Zugang zu dem Werk durch das Setzen von Hyperlinks (auch in der Form von Deep Links) erleichtert würde.

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*[1762] als wettbewerbsrechtlicher Mitstörer für die Rechtswidrigkeit der gelinkten 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 *Landgericht Berlin*[1763] hat der Betreiberin eines Webportals untersagt, mittels eines Links im geschäftlichen Verkehr **urheberrechtlich geschützte Lieder** einer bestimmten Gruppe im MP3-Format öffentlich zugänglich zu machen. Die Richter meinten, dass die Antragsgegnerin für die Rechtsverletzungen als Störerin unabhängig vom Verschulden allein deshalb hafte, weil sie über die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit verfügte, den Eingriff in das fremde Recht durch Entfernung des Links zu unterbinden. Aus einem auf der Website erwähnten Haftungsausschluss folge nichts anderes. Diese Klausel sei ihrem Inhalt nach auf Schadensersatzansprüche zugeschnitten, die nicht Gegenstand des Verfahrens sind. Die Antragsgegnerin könne daraus für sich kein Recht auf Fortsetzung einer als unrechtmäßig erkannten Handlungsweise ableiten. Ähnlich argumentierte das *VG Berlin* für Links einer Studentenschaft, soweit diese auf Websites mit allgemeinpolitischem Inhalt verweisen.[1764] Nach Auffassung des *LG Karlsruhe*[1765] ist eine Hausdurchsuchung st gerechtfertigt, wenn jemand einen Link auf

[1761] *BGH*, NJW 2003, 3406; *Hoeren*, GRUR 2004, 1.
[1762] *OLG Hamburg*, Urteil vom 14. Juli 2004 – MMR 2004, 822; abrufbar unter ww.aufrecht.de/3448.html.
[1763] *LG Berlin*, Urteil vom 14. Juni 2005 – 16 0 229/05, abrufbar unter www.aufrecht.de/4306.html.
[1764] *VG Berlin*, MMR 2005, 63.
[1765] *LG Karlsruhe*, Beschluss vom 26. März 2009 – Qs 45/09.

kinderpornographische Seiten setzt. Strafbar macht sich der Betreiber einer Website bereits dadurch dass er einen gezielten Link auf eine Internetseite mit derartigen Inhalten setzt und sich diese zu einem eigenen Inhalt macht. Aufgrund der netzartigen Struktur des World Wide Web ist "jeder einzelne Link (…) kausal für die Verbreitung krimineller Inhalte, auch wenn diese erst über eine Kette von Links anderer Anbieter erreichbar sind".

Das *LG Stuttgart*[1766] hat entschieden, dass das Setzen von Links auf ausländische, in Deutschland strafbare Webseiten mit **rechtsradikalem Gedankengut** nicht strafbar ist. Voraussetzung sei jedoch, dass sich der Linksetzende von den dortigen Inhalten distanziere und die Verlinkung Teil einer Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens ist.

Das *OLG Köln*[1767] hielt es für zumutbar, einen Sharehoster dazu zu verpflichten, Linksammlungen, die auch auf seiner Seite befindliche Links auflisten, manuell zu überprüfen, wenn diese Links zu einem rechtswidrigen Inhalt führen und der Diensteanbieter zuvor darauf aufmerksam gemacht worden ist.

Nach Auffassung des *LG München*[1768] ist es zu weitgehend, die Störerhaftung auf Fälle auszudehnen, in denen ein nicht kausaler, aber irgendwie auch unterstützender Effekt für Urheberrechtsverstösse von Dritten von einer Handlung ausgeht, die der Betreffende nach Bekanntgabe nicht ausreichend unterbunden hat (hier: Link auf Raubkopie eines Films bei VodPod trotz Hinweises auf dessen Rechtswidrigkeit). Verboten ist jedoch die umfangreiche Verbreitung von Downloadlinlks bei Rapidshare.[1769]

Das *LG München*[1770] und das *OLG München*[1771] haben den Rechtsstreit von acht Unternehmen der Musikindustrie gegen den Heise Zeitschriften Verlag entschieden. Anlass des Verfahrens war eine Meldung von heise online über die neue Version einer **Software zum Kopieren von DVDs**. Dieser Beitrag enthielt in der Originalversion neben einer kritischen Würdigung der Angaben des Softwareherstellers Slysoft auch einen Link auf die Website des Unternehmens. Nach Ansicht der Münchener Richter hat heise online durch das Setzen des Links auf die Eingangsseite der Unternehmenspräsenz vorsätzlich Beihilfe zu einer unerlaubten Handlung geleistet und hafte daher als Gehilfe gemäß § 830 BGB wie der Hersteller selbst. Dem stehe

[1766] CR 2005, 675; siehe auch die Berufungsinstanz *OLG Stuttgart*, CR 2006, 542 m. Anm. Kaufmann.
[1767] *OLG Köln*, MMR 2007, 786.
[1768] *LG München* I, Beschluss vom 31. März 2009 – 21 O 5012/09.
[1769] *LG Hamburg*: Urteil vom 12. Juni 2009 – 310 O 93/08.
[1770] *LG München I*, CR 2005, 460 mit Anm. *Lejeune* = MMR 2005, 385 mit Anm. *Hoeren*. Ähnlich in der Hauptsache *LG München* I, Urteil vom 14. November 2007 – 21 O 6742/07 – MMR 2008, 192.
[1771] *OLG München*, MMR 2005, 768.

nicht entgegen, dass ein Download der Software erst mit zwei weiteren Klicks möglich sei. Maßgeblich sei allein, dass die Leser der Meldung über den gesetzten Link direkt auf den Internetauftritt geführt würden. Auch sei es nicht relevant, dass die Leser das Produkt auch über eine Suchmaschine finden könnten. Durch das Setzen des Links werde das Auffinden „um ein Vielfaches bequemer gemacht" und damit die Gefahr von Rechtsgutverletzungen erheblich erhöht. Der Verlag könne sich zur Rechtfertigung der Linksetzung nicht auf die Pressefreiheit durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG berufen. Diese finde in den entsprechenden Vorschriften des Urheberrechts eine wirksame Einschränkung und müsse im vorliegenden Fall gegenüber den Eigentumsinteressen der Musikindustrie zurückstehen.

Die Haftung für sog. **Sponsored links** geht über die allgemeine Linkverantwortlichkeit hinaus. Wer sich einen Link bezahlen lässt, trägt gesteigerte Pflichten zur Unterlassung des Verweises, soweit technische Möglichkeiten dazu bestehen und zumutbar sind.[1772]

c) Suchdienste

Wie eingangs schon angemerkt, gibt es im TMG auch für **Suchdienste** keine einschlägigen Vorschriften. Die Haftungsprivilegierungen der §§ 8-10 TMG sind vielmehr – mangels planwidriger Regelungslücke auch nicht analog[1773] – auf den Betrieb einer Suchmaschine nicht anwendbar: Der bei Suchdiensten automatisch generierte Link auf Trefferlisten selbst lässt sich nicht unter § 7 Abs. 1 TMG subsumieren, da es bei diesem technischen Verweis an einem eigenen Inhalt fehlt. Die neben dem bloßen Link vorgesehenen Kurzbeschreibungen auf den Trefferseiten von Navigationshilfen sind vielmehr in der Regel von der verlinkten Seite ausschnittsweise ohne jegliche Wertung übernommen, so dass es sich dabei grundsätzlich um fremde Inhalte handelt. Für fremde Inhalte ist jedoch § 7 Abs. 1 TMG nicht anwendbar, es sei denn, die von Navigationshilfen erstellten Snippets könnten dieser haftungsrechtlich zugerechnet werden.[1774]

Eine Anwendung von § 8 Abs. 1 TMG scheidet bei Suchdiensten ebenfalls aus, da Navigationshilfen im Internet nicht auf die Zugangsvermittlung von Informationen ausgerichtet sind, denn es fehlt an der nur geringfügigen Einwirkungsmöglichkeit und Neutralität, die für das Access-Providing charakteristisch sind. Die von den Suchmaschinen zur Verfügung gestellte

[1772] *LG Hamburg*, CR 2005, 534.
[1773] Vgl. hierzu ausführlich *Rath*, Recht der Internet-Suchmaschinen, 275 ff.
[1774] Vgl. hierzu etwa *Koch*, CR 2004, 213, 215; *Koch*, K&R 2002, 120, 122.

Leistung ist zudem nicht vergleichbar mit der in § 8 TMG privilegierten technischen Zugangsvermittlung zu einem Kommunikationsnetz durch einen Access Provider.
Denkbar wäre daher allenfalls ein Rückgriff auf die Wertungen des § 9 TMG. Abgesehen davon, dass wegen des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke eine Analogie ausscheidet, kann jedoch die Übermittlung von Trefferlisten durch Suchdienste nicht als Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen gesehen werden. Aufgrund der von Suchmaschinen vorgenommenen Webseitenanalyse und der dateninvertierten Speicherung dieser Inhalte in dem Datenbank-Index der Navigationshilfe erfolgt gerade keine von § 9 TMG vorausgesetzte identische Übernahme des gesamten aufgefundenen Webinhaltes.[1775]

Grundsätzlich ist der **Anbieter einer Suchmaschine** trotz der automatisierten Erfassung der fremden Webangebote und der auf eine Suchanfrage hin automatisch generierten Trefferlisten wie ein normaler Content Anbieter für das eigentliche Suchmaschinen-Angebot nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Er haftet somit grundsätzlich nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der Störerhaftung, da für ihn Garanten- und Verkehrssicherungspflichten aus der Eröffnung der „Gefahrenquelle Internet-Suchmaschine“ bestehen. Auch nach allgemeinen Grundsätzen kann den Betreibern von Suchdiensten jedoch – dies ist auch den Wertungen der §§ 7-10 TMG zu entnehmen – nicht zugemutet werden, ständig eine Überprüfung der von ihnen automatisch erfassten und indexierten Webangebote vorzunehmen.[1776]

Eine **vollständige Haftungsbefreiung** des Suchmaschinenbetreibers für die von ihm zur Verfügung gestellten Trefferlisten kommt umgekehrt nur dann in Betracht, sofern dieser nach Kenntniserlangung von dem Verweis auf rechtswidrige Informationen auf der fremden Webseite unverzüglich tätig geworden ist, um die rechtswidrigen Informationen zu entfernen 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

[1775] Vgl. zur Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnislisten etwa *Köster/Jürgens*, K&R 2006, 108 ff.; *Rath*, Recht der Internet-Suchmaschinen, 308.
[1776] So im Ergebnis auch *LG Frankenthal*, 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.

Rechtsverletzung auf andere Art und Weise derart eindeutig ist, dass sie sich aufdrängen muss.[1777]

Das *OLG Hamburg*[1778] lehnte die Haftung eines Suchmaschinenbetreibers für Snippets in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall ab. Der Betreiber hafte weder als Äußernde oder Verbreiterin 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.

Die haftungsrechtlichen Anforderungen an den Suchdienstbetreiber sind jedoch auch in Fällen der von der Suchmaschine ermöglichten Manipulationen der Trefferlisten erhöht, weil der Anbieter einer solchen Navigationshilfe hierbei ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt: Für solche kollusive Manipulationen wie das Paid Listing oder das Keyword Advertisement[1779] kann der Suchmaschinen-Anbieter daher ggf. grundsätzlich auch (entweder als Störer oder wegen des eigenen Verursachungsbeitrages zu der Rechtsverletzung sogar unmittelbar) marken- und wettbewerbsrechtlich verantwortlich sein. Dies ist im Einzelfall nach der jeweiligen Haftungsnorm zu bestimmen.

Die Haftung von Suchmaschinenbetreibern wird von der **Rechtsprechung derzeit uneinheitlich** beurteilt. So hat beispielsweise das *AG Bielefeld*[1780] bei der Verwendung von Bildern als Thumbnails in einer Suchmaschine eine urheberrechtliche Haftung abgelehnt, da §§ 7, 8 und 9 TMG als spezielle Vorschriften die ansonsten bestehende urheberrechtliche Verantwortlichkeit der Beklagten ausschließen würden. Nach Ansicht des Gerichts besteht durch § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG eine Haftungsprivilegierung, da hinsichtlich der Übermittlung von Bildern die Vorschrift des § 8 TMG und hinsichtlich der Speicherung die Vorschrift des § 9 TMG ein-

[1777] Vgl. hierzu auch *Rath*, Recht der Internet-Suchmaschinen, 367 ff.
[1778] *OLG Hamburg*, MMR 2007, 315.
[1779] S. hierzu etwa *Ernst*, WRP 2004, 278; *Ernst*, ITRB 2005, 91; *Ernst*, MarkenR 2006, 57.
[1780] *AG Bielefeld*, CR 2006, 72, http://www.jurpc.de/rechtspr/20050074.pdf. Ähnlich *AG Charlottenburg*, Urteil vom 25. Februar 2005 – 234 C 264/04, abrufbar unter www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Charlottenburg-20050225.html.

schlägig ist. Ähnlich nahmen die Gerichte in Hamburg[1781] Google lange Zeit weitgehend von der Haftung aus. Das hat sich jetzt geändert. Das Landgericht Hamburg hat die Bildersuche mit Thumb Mail als problematisch angesehen. Insbesondere wurde hier auf Klage eines Comiczeichners Google verurteilt, entsprechende Thumb Mails zu unterlassen. Die stark verkleinerten Vorschaubilder seien keine selbstständigen Werke; die Umgestaltung der rechtlich geschützten Comiczeichnungen würden daher ausschließliche Urheberrechte des Klägers verletzen. Neben Google wurde in einem zweiten Verfahren auch Internetprovider verurteilt, Schnittstellen zu der Google-Bildersuche zu unterlassen[1782].

Das *LG Berlin* hingegen hat eine Haftung der Betreiber einer Meta-Suchmaschine bejaht, soweit es um Prüfungspflichten in Bezug auf die Rechtswidrigkeit bereits abgemahnter Einträge aus einer Trefferliste geht.[1783] Das *Kammergericht*[1784] hat allerdings im Februar 2006 die vorgenannte einstweilige Verfügung des *LG Berlin* aufgehoben und entschieden, dass eine Meta-Suchmaschine einer primären Navigationshilfe gleichstehe und daher auch erst ab Kenntnis der Rechtsverletzung hafte.

Im **Markenrecht** wird von der Rechtsprechung (so etwa *OLG Braunschweig*,[1785] *LG Düsseldorf*,[1786] *LG Hamburg*[1787] und *LG Braunschweig*)[1788] teilweise eine markenrechtliche Verantwortung nach § 14 Abs. 2 MarkenG bejaht, so insbesondere bei sog. „Adword"-Werbeanzeigen für Dritte.[1789] Nur bei ausreichender Kennzeichnung als Werbeanzeige soll nach Ansicht des *LG Hamburg*[1790] keine Markenverletzung anzunehmen sein.

Auch im **Wettbewerbsrecht** gibt es zu der Frage der Zulässigkeit von Paid Listings noch keine einheitliche Rechtsprechung. So hat beispielsweise das *LG Hamburg*[1791] im einstweiligen Rechtsschutz bei der Schaltung von Paid Listings eine Haftung des Suchmaschinen-

[1781] *OLG Hamburg*, MMR 2007, 601 und MMR 2007, 315.
[1782] *LG Hamburg*, MMR 2009, 55 mit Anm. Hoeren.
[1783] *LG Berlin*, CR 2005, 530 = MMR 2005, 324.
[1784] *KG*, MMR 2006, 393.
[1785] *OLG Braunschweig*, CR 2007, 177.
[1786] *LG Düsseldorf*, CR 2006, 205, abrufbar unter www.aufrecht.de/3939.html.
[1787] *LG Hamburg*, MMR 2005, 631.
[1788] *LG Braunschweig*, K&R 2006, 143.
[1789] Vgl. zur Zulässigkeit einer Benutzung von Kennzeichen und Marken als Adword *LG München*, CR 2007, 467, 468.
[1790] *LG Hamburg*, MMR 2005, 629.
[1791] *LG Hamburg*, Beschluss vom 14. November 2003 – 312 O 887/03, www.jurawelt.de/aktuelles/nationales/8839.

Anbieters bejaht, während das *LG München*[1792] in einem fast identischen Fall die Haftung des Suchdienst-Anbieters mit Hinweis auf die Unzumutbarkeit einer Prüfungspflicht abgelehnt hat.

Für Preissuchmaschinen wird die Haftung anders beurteilt. Bedient sich ein Unternehmen eines Dritten einer Preissuchmaschine, dann haftet es für etwaige rechtswidrige Daten in der Preissuchmaschine.[1793] Es ist wettbewerbswidrig, wenn der angezeigte Verkaufspreis in einer Preissuchmaschine von dem späteren, tatsächlichen Preis im verlinkten Online-Shop abweicht. Dies gilt auch dann, wenn die Abweichung nur für wenige Stunden vorhanden ist.

5. Haftung für sonstige Intermediäre

Literatur:
Berger/Janal, Suchet und ihr werdet finden? Eine Untersuchung zur Störerhaftung von Onlineauktionshäusern, CR 2004, 917; *Döring*, Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay", WRP 2007, 1131; Ernst/Seichter, Die Störerhaftung des Inhabers eines Internetzugangs, in: ZUM 2007, 513; *Flechsig*, Subdomain: Sicher versteckt und unerreichbar?, MMR 2002, 347; *Fülbier*, Web 2.0 – Haftungsprivilegierungen bei Myspace und YouTube, CR 2007, 515; Gietl, Störerhaftung für ungesicherte Funknetze, in: MMR 2007, 630; *Heidrich*, Zwischen Free Speech und Mitstörerhaftung. Forenhaftung in den USA und Deutschland, in: K&R 2007, 144; *Hoeren/Eustergerling*, Die Haftung des Admin-C – ein kritischer Blick auf die Rechtsprechung, MMR 2006, 132; *Hoeren*, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801; *Hoeren/Semrau*, Haftung des Merchant für wettbewerbswidrige Affiliate-Werbung, in: MMr 2008, 571; *Hornung*, Die Haftung von W-Lan-Betreibern, in: CR 2007, 88; *Hütten*, Verantwortlichkeit im Usenet, in: K&R 2007, 554; *Jacobs*, Markenrechtsverletzungen durch Internetauktionen, in: Festschrift für Willi Erdmann, 2003, 327; *Jürgens/Köster*, Die Haftung von Webforen für rechtsverletzende Einträge, AfP 2006, 219; *Jürgens/Veigel*, Zur haftungsminimierenden Gestaltung von „User Generated Con, Die Störerhaftung von Suchmaschinenbetreibern bei Textausschnitten („Snippets"), CR 2007, 443; tent"-Angeboten, AfP 2007, 181; *Jürgens/Veigl*, Zur Verantwortlichkeit für die Inhalte von Webforen, AfP 2007, 279; *Koch*, Zur Einordnung von Internet-Suchmaschinen nach dem EGG, K&R 2002, 120; *Koch*, Perspektiven für die Link- und Suchmaschinenhaftung, CR 2004, 213; *Köster/Jürgens*, Haftung professioneller Informationsvermittler im Internet, MMR 2002, 420; *Köster/Jürgens*, Die Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnislisten, K&R 2006, 108; *Lehment*, Zur Störerhaftung von Online-Auktionshäusern, WRP 2003, 1058; *Leible/Sosnitza*, Neues zur Störerhaftung von Internet-Auktionshäusern, NJW 2004, 3225; *Leible/Sosnitza*, Haftung von Internetauktionshäusern – reloaded, NJW 2007, 3324; *Libertus/Schneider*, Die Anbieterhaftung bei internetspezifischen Kommunikationsplattformen, CR 2006, 626; *Libertus*, Determinanten der Störerhaftung für Inhalte in Onlinearchiven, in: MMR 2007, 143; *Lober/Karg*, Unterlassungsansprüche wegen User Generated Content gegen Betreiber virtueller Welten und Onlinespielen, in: CR 2007, 647*; Mantz*, Haftung für kompromittierte Computersysteme, K&R 2007, 566*; Maume*, Bestehen und Grenzen des virtuellen Hausrechtes, MMR 2007, 620; *Meyer*,

[1792] *LG München I*, MMR 2004, 261 f.
[1793] *OLG Stuttgart*, Urteil vom 1. Juli 2008 – 2 U 12/07 – MMR 2008, 754.

Haftung der Internet-Auktionshäuser für Bewertungsportale, NJW 2004, 3151; *Meyer*, Google AdWords: Wer haftet für vermeintliche Rechtsverletzungen?, K&R 2006, 557; *Meyer*, Google & Co, Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen, K&R 2007, 177; *Ott*, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, in. GRUR Int. 2007, 14; Ott, Mashups – Neue rechtliche Herausforderungen im Web2.0-Zeitalter, in: K&R 2007, 623; *Ott*, Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen?, ZUM 2007, 119; *Peter*, Störer im Internet – Haften Eltern für ihre Kinder?, K&R 2007, 371; Ruess, Just google it? – Neuigkeiten und Gedanken zur Haftung der Suchmaschinenbetreiber für Markenverletzungen in Deutschland und den USA, GRUR 2007, 198; *Schaefer*, Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords – Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse, MMR 2005, 807; *Schlömer/Dittrich*, eBay&Recht – Rechtsprechungsübersicht 2007/I, K&R 2007, 433; *Schmelz*, Zur Verantwortlichkeit eines Forenbetreibers für fremde Postings, in: ZUM 2007, 535; *Schnabel*, Juristische Online-Datenbanken im Lichte der Anwaltshaftung, NJW 2007, 3025; *Schöttle*, Sperrungsverfügungen im Internet: Machbar und verhältnismäßig?, K&R 2007, 366; *Schultz*, Die Haftung von Internetauktionshäusern für den Vertrieb von Arzneimitteln, WRP 2004, 1347; *Schuster/Spieker*, Verantwortlichkeit von Internetsuchdiensten für Persönlichkeitsrechtsverletzungen in ihren Suchergebnislisten, MMR 2006, 727; *Schuster*, Die Störerhaftung von Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz, in: CR 2007, 443; *Sieber/Liesching*, Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz, MMR-Beilage 8/2007, 1; *Solmecke*, Rechtliche Beurteilung der Nutzung von Musiktauschbörsen, K&R 2007, 138; *Stadler*, Haftung des Admin-c und des Tech-c, CR 2004, 521; *Stadler*, Proaktive Überwachungspflichten der Betreiber von Diskussionsforen im Internet, K&R 2006, 253; *Strömer*, Haftung des Zonenverwalters (zone-c), K&R 2004, 460; *Strömer/Grootz*, Internet-Foren: „Betreiber- und Kenntnisverschaffungspflichten" – Wege aus der Haftungsfalle, K&R 2006, 553 *Ullmann*, Wer suchet, der findet – Kennzeichenverletzung im Internet, GRUR 2007, 633; *Volkmann*, Haftung des Internetauktionsveranstalters für markenrechtsverletzende Inhalte Dritter, K&R 2004, 231; *Volkmann*, Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2006, K&R 2007, 289; *Wimmers/Schulz*, Stört der Admin-C?, CR 2006, 754; *Wüstenberg*, Die Haftung der Internetauktionatoren auf Unterlassung wegen Markenrechtsverletzungen im Internet, WRP 2002, 497, *Wüstenberg*, Die Haftung der Veranstalter von Teleshopping-Programmen wegen Patentrechtsverletzungen durch Verkauf, GRUR 2002, 649.

Die Rechtsprechung denkt auch über eine Haftung sonstiger Intermediäre nach. 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.[1794] Dasselbe gilt für **Online-Versandhändler**, die als Betriebsinhaber für alle in ihrem geschäftlichen Bereich begangenen Markenrechtsverletzungen haften, auch wenn diese durch Beauftragte begangen wurden.[1795] Streitig ist allerdings, ob sich der Betreiber des Online-Auktionshauses die Angaben in den Angeboten Dritter als eigene Inhalte zurechnen lassen muss.[1796] Derzeit laufen vor verschiedenen Gerichten Verfahren, in denen das Unternehmen Rolex Auktionshäuser wie eBay und Ricardo wegen des Vertriebs markenrechtsverletzender

[1794] *LG Berlin*, CR 2002, 371 mit Anm. *Leible*/*Sosnitza*.
[1795] *OLG Köln*, CR 2007, 184.
[1796] *LG Köln*, CR 2001, 417.

Replika von Rolex-Uhren in Anspruch nimmt. Die Auktionshäuser sahen sich als Host-Provider, die erst nach Information durch Rolex tätig werden müssen. Das *Landgericht 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 stattfinde, dass Diensteanbieter und Fremdinhalt als Einheit erscheinen. Insofern wurde Ricardo als Content-Provider wegen Markenrechtsverletzung zur Unterlassung verurteilt.[1797] Diese Entscheidung ist zwar vom *OLG Köln* aufgehoben worden.[1798] Der *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.[1799] Der *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.[1800] Damit komme eine Haftung der Beklagten als Störerin in Betracht. Dieser Anspruch setze Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus[1801] 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.[1802] 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 *BGH* allerdings verneint.[1803] 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

[1797] Ähnlich auch *LG Hamburg*, CR 2002, 919.
[1798] *OLG Köln*, MMR 2002, 110 mit Anm. *Hoeren* = CR 2002, 50 mit Anm. *Wiebe* = K&R 2002, 93 mit Anm. *Spindler* 83. Ähnlich auch *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 120 = TKMR 2003, 38 mit Anm. *Leupold*.
[1799] *BGH*, MMR 2004, 668. Ähnlich *BGH*, Urteil vom 10. April 2008 – I ZR 227/05 – NJW 2008, 3714; MMR 2008, 818; NJW-RR 2009, 120.
[1800] Hierzu zählt auch der vorbeugende Unterlassungsanspruch, *BGH*, MMR 2007, 507 – Internetversteiegerung II.
[1801] Vgl. zu der Frage, ob ein Angebot im Auktionsbereich im geschäftlichen Verkehr erfolgt, siehe *OLG Frankfurt a.M.*, MMR 2005, 458.
[1802] *BGH*, MMR 2007, 507 – Internetversteigerung II. Siehe auch *BGH*, MMR 2007, 634 – Jugendgefährdende Schriften bei eBay.
[1803] *BGH*, MMR 2004, 668.

zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen kommt.[1804] Neuerdings hat sich das OLG Hamburg[1805] ausführlichst mit der Verantwortlichkeit von eBay für Markenrechtsverletzungen beschäftigt und die Auffassung vertreten, eBay sei nicht nur Störer, sondern auch Mittäter einer Rechtsverletzung wegen Beihilfe durch Unterlassen. Diese Meinung hätte weitreichende Folgen, insbesondere auch im Hinblick auf die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen gegen eBay und deren Prüfungspflichten. Die Hamburger Linie entspricht jedoch nicht der herrschenden Meinung und ist dogmatisch unhaltbar.

Soweit der Inhaber eines eBay-Accounts einem Dritten die erforderlichen Zugangsdaten mitteilt und dieser Dritte anschließend dort Plagiate von geschützten Marken versteigert, haftet nach Ansicht des *OLG Frankfurt*[1806]*und des OLG Stuttgart*[1807] dafür auch der **Accountinhaber**. Auch wenn der Inhaber nicht selbst die Ware angeboten hat, sei er dennoch passivlegitimiert. Dies folge aus dem Umstand der Mitstörerhaftung, da der Accountinhaber mit der Ermöglichung des Zugangs 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.

Nach Auffassung des *OLG Koblenz*[1808] haftet der sog. **Admin-c**,[1809] der vom Domaininhaber zu benennende administrative Kontakt, nicht für Kennzeichenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit einer Domain. Auch das *OLG Hamburg*[1810] urteilte in dem Fall einer Persönlichkeitsrechtsverletzung in diesem Sinn. Der admin-c sei zwar Ansprechpartner der DENIC. Rechtlich verantwortlich für Kennzeichenrechtsverletzungen sei jedoch der Domaininhaber. Diese Argumentation steht im Widerspruch zur Auffassung des *OLG München*, wonach die unmittelbare Einflussmöglichkeit des Admin-C auf den Domainnamen dessen Störerhaftung

[1804] BGH, MMR 2007, 507; *LG Hamburg*, MMR 2005, 326 mit Anm. *Rachlock*; ähnlich auch das *OLG Brandenburg*, CR 2006, 124 bei Namensrechtsverletzungen.
[1805] *OLG Hamburg*, Urteil vom 24. Juli 2008 – 3 U 216/06 – MMR 2009, 129 m. Anm. *Witzmann*; GRUR-RR 2008, 427.
[1806] *OLG Frankfurt a.M.*, CR 2005, 655. Ähnlich *LG Bonn*, CR 2005, 602 für UWG-Verstöße. und *OLG Stuttgart*, GRUR-RR 2007, 336.
[1807] *OLG Stuttgart*, GRUR-RR 2007, 336.
[1808] *OLG Koblenz*, CR 2002, 280 = MMR 2002, 466 mit Anm. *Ernst/Vallendar*. Ebenso *OLG Koblenz*, Urteil vom 23. April 2009 – 6 U 730/08.
[1809] Vgl. *Hoeren/Eustergerling*, MMR 2006, 132; *Wimmers/Schulz*, CR 2006, 754.
[1810] *OLG Hamburg*, MMR 2007, 601.

begründe.[1811] Das KG Berlin hat eine Prüfungspflicht des Admin-c dann bejaht, wenn der Domaininhaber und Betreiber einer Meta-Suchmaschine zuvor erfolgos aufgefordert worden ist, den persönlichkeitsverletzenden Suchergebniseintrag zu löschen oder diese Aufforderung von vornherein keinen Erfolg versprechen würde.[1812] 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.[1813] Denn der Pflichtenkreis des Admin-C bezieht sich allein auf das Innenverhältnis 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

Der *BGH*[1814] hat im Übrigen die Haftung für **Domainprovider** in diesem Zusammenhang erweitert. Wer auf eine Anfrage, einen Internet-Auftritt unter einem bestimmten Domain-Namen zu erstellen, diesen für sich registrieren lasse, könne unter dem Gesichtspunkt einer gezielten Behinderung eines Mitbewerbers nach § 4 Nr. 10 UWG und eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zur Unterlassung der Verwendung der Domain-Namen und zur Einwilligung in die Löschung der Registrierungen verpflichtet sein. Nach Ansicht des *OLG Hamburg* ist der im Impressum bezeichnete Dienstanbieter auch für Inhalte in dem Nutzer verborgen bleibenden Subdomains verantwortlich.[1815] Für den Betreiber einer Domainbörse kommt es für die Haftung auf den Zeitpunkt positiver Kenntnis an, wie das *LG Düsseldorf* bekräftigt hat[1816]. Hiernach kann bei einer solchen Domainbörse, bei der ungenutzte Domains

[1811] *OLG München*, MMR 2000, 577. Ähnlich auch *OLG Stuttgart*, Beschluss vom 1. September 2003 – 2 W 27/03 – MMR 2004, 38; *LG Frankfurt*, Urteil vom 30. Oktober 2008 – 2-03 O 291/08; *LG Stuttgart*, Urteil vom 27. Januar 2009 – 41 O 149/08; *LG München I*, CR 2005, 532; *AG Bonn*, MMR 2004, 826 (für den Bereich des UWG); *LG Hamburg*, Urteil vom 15. März 2007 – 327 O 718/06.
[1812] *KG*, CR 2006, 778. Ähnlich *LG Berlin*, MMR 2009, 348 – bindan für markenrechtsverletzende Domains
[1813] *OLG Köln*, Urteil vom 15. August 2008 – 6 U 51/08; *OLG Düsseldorf*, Urteil vom 3. Februar 2009 – 20 U 1/08, MMR 2009, 336.
[1814] *BGH*, CR 2005, 510 = MMR 2005, 374 Literaturhaus.de.
[1815] *OLG Hamburg*, MMR 2005, 322.
[1816] *LG Düsseldorf*, MMR 2008, 254; *LG Hamburg*, MMR 2009, 218; *LG Berlin*, Urteil vom 3. Juni 2008 – 103 O 15/08 – MMR 2009, 218; *LG Frankfurt*, Urteil vom 26. Februar 2009 – 2-03 O 384/08, Leitsatz in MMR 2009, 364.

geparkt und zum Verkauf angeboten werden, eine Haftung erst ab dem Zeitpunkt positiver Erkenntnis des Börsenanbieters von einer Markenrechtsverletzung angenommen werden. Eine darüber hinaus gehende markenrechtliche Prüfung aller geparkten Domains sei den Börsenbetreibern nicht zumutbar.

Es haften die Parteien für die **Versendung politischer E-Cards** über ihre Server.[1817] Selbst wenn die Partei die E-Mails nicht selbst versandt habe, sei diese als (mittelbare) Mitstörerin anzusehen, falls auf ihrer Homepage der Versand von E-Mails durch eine so genannte E-Card-Funktion angeboten werde und eine Kontrolle der Berechtigung des Sendenden nicht stattfinde. Solange ein Rechtsmissbrauch durch die E-Cards nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden könne, sei es möglich, dass sich die Verwender zur Begehung des rechtswidrigen Eingriffs in Rechte Dritter hinter dem Anbieter der E-Card-Funktion versteckten. Es sei dem Verwender der Funktion daher zuzumuten, notfalls gänzlich auf diesen Mechanismus zu verzichten.
Wer Newsletter nicht als Blindkopie, sondern direkt an sämtliche im Adressenfeld aufgeführten E-Mail-Adressen versendet, wirkt an der Verbreitung der Adressenlisten mit und ist Mitstörer.[1818]

Eine besonders scharfe Haftung kann den **Betreiber eines Internet-Gästebuchs** treffen.[1819] Wer in seinem Gästebuch das Abmahnverhalten eines Anwalts thematisiert, muss mit Einträgen ehrverletzender Art rechnen. Er ist daher auch verpflichtet, die Einträge regelmäßig zu kontrollieren; andernfalls macht er sich die fremden Inhalte zu Eigen und wird einem Content Provider im Sinne von § 7 Abs. 1 TMG gleichgestellt. Eine Haftung für Spams übernimmt der Vermieter von Sub-Domains; wer Subdomains an Erotik-Anbieter vermietet, haftet für Spam-Mails, die die Erotik-Anbieter versenden.[1820] Das *LG Köln* bejahte eine Haftung eines **Portalbetreibers** für offensichtlich rechtswidrige Kleinanzeigen.[1821] Haften soll der Portalbetreiber auch, wenn er Anzeigen durchgesehen hat und übersieht, dass diese persönlichkeitsrechtsverletzend sind.[1822] Der Mitveranstalter von Amateurfußballspielen hat nach sehr zweifelhafter Ansicht des *OLG Stuttgart*[1823] gegen den Betreiber eines Internetportals, in dem eingestell-

[1817] *LG München I*, MMR 2003, 483; *AG Rostock*, MMR 2003, 345.
[1818] *OLG Düsseldorf*, MMR 2006, 681.
[1819] *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 61.
[1820] *AG Leipzig*, Urteil vom 27. Februar 2003 – 02 C 8566/02 – MMR 2003, 610.
[1821] *LG Köln*, CR 2004, 304.
[1822] *LG Köln*, MMR 2004 mit Anm. *Christiansen; Spieker*, MMR 2005, 727.
[1823] *OLG Stuttgart*, Urteil vom 19. März 2009 – 2 U 47/08; *LG Stuttgart*, Urteil vom 8. Mai 2008 – 41 O 3/08 KfH – Hartplatzhelden, MMR 2008, 551 mit Anm. Hoeren/Schröder = CR 2008, 528 mit Anm. Frey.

te Filmaufnahmen von Amateurfußballspielen gezeigt werden, einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der öffentlichen Zugänglichmachung von Filmaufzeichnungen von Fußballspielen. Haften soll auch der im Impressum angegebene „ViSdP“.[1824]

Wer im Übrigen zur Unterlassung ehrverletzender Äußerungen verurteilt worden ist, muss dafür Sorge tragen, dass die Äußerungen auch im **Online-Archiv** nicht mehr zu finden sind.[1825] 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 gesetzten Frist nicht nachkommt.[1826] Ohnehin treffen auch den Forenbetreiber gesteigerte Haftungspflichten. So ist er nach Auffassung des *LG Hamburg*[1827] auch dann als Störer für fremde, rechtswidrige Postings in Online-Foren verantwortlich, wenn er von den konkreten Beiträgen keine Kenntnis besitzt. Denn der Forenbetreiber müsse die fremden eingestellten „Texte vorher automatisch oder manuell“ auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen. In der Berufungsentscheidung hat das *OLG Hamburg*[1828] eine derartige Prüfungspflicht abgelehnt. Den Betreiber treffe lediglich eine spezielle Pflicht zur Überprüfung des konkreten Einzelforums Threads, wenn er entweder durch sein eigenes Verhalten vorhersehbar rechtswidrige Beitrage Dritter provoziert hat oder ihm bereits mindestens eine Rechtsverletzung von einigem Gewicht benannt worden ist und sich damit die Gefahr weiterer Rechtsverletzungshandlungen durch einzelne Nutzer bereits konkretisiert hat. Der Betreiber ist jedoch nach Kenntnis einer Rechtsverletzung zur unverzüglichen Löschung des Beitrages verpflichtet.[1829] Der Betreiber eines Meinungsforums ist nicht zur vorsorglichen Überprüfung sämtlicher Inhalte verpflichtet.[1830] 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, so dass nichts anderes für einen Forenbeitrag aus Text und Bild gelten kann.

[1824] *OLG Frankfurt*, Urteil vom 10. Februar 2008 – 11 U 28/07.
[1825] *OLG München*, K&R 2003, 145.
[1826] *AG Winsen/Luhe*, CR 2005, 722; http://www.netlaw.de/urteile/agwin_01.htm.
[1827] *LG Hamburg*, MMR 2006, 491; ähnlich für Äußerungen in Blogs *LG Hamburg*, MMR 2008, 265. Anderer Ansicht etwa *AG Frankfurt*, Urteil vom 16. Juli 2008 – 31 C 2575/07-17.
[1828] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 744; vgl. auch *OLG Düseldorf*, MMR 2006, 618; *Jürgens/Köster*, AfP 2006, 219; *Strömer/Grootz*, K&R 2006, 553.
[1829] *LG Düsseldorf*, CR 2006, 563.
[1830] *OLG Hamburg*, Urteil vom 4. Februar 2009 – 5 U 180/07, MMR 2009, 479 – Marions Kochbuch.

In die gleiche Richtung bejaht das LG Hamburg[1831] 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 Landgerichts 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 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 Landgericht Hamburg begründet hier halsstarrig und ohne Blick für die Entscheidungspraxis anderer Gerichte (auch des BGH) einen Sonderweg, der von cleveren Anwälten im Zusammenhang mit dem fliegenden Internet-Gerichtsstand zur Flucht nach Hamburg genutzt wird. Man kann nur hoffen, dass die Oberinstanzen das Landgericht allmählich wieder zur Vernunft bringen.

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 werden. Während das *LG Frankfurt/M*[1832] eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts ablehnt, weil der archivierte Artikel keine mit einem aktuellen Beitrag vergleichbare Breitenwirkung erzeuge, bejaht das *LG Hamburg*[1833] eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Die Möglichkeit einer blitzschnellen Auffindbarkeit durch den Einsatz hocheffizienter Suchmaschinen begründe ein erheblich intensiviertes und ganz eigenes Maß an perpetuierter Beeinträchtigung. In einer aktuellen Entscheidung schloss sich das OLG

[1831] *LG Hamburg*, Urteil vom 22. Februar 2008 – 324 O 998/07 – LSK 2008, 390065.
[1832] *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2007, 59.
[1833] *LG Hamburg*, MMR 2007, 666.

Hamburg allerdings im Ergebnis der Meinung an, nach der eine grundsätzliche Löschungspflicht nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit nicht bejaht werden kann.[1834]

Nach Auffassung des *OLG Hamburg* haftet Google nicht für **Ad-Words** (Werbebanner Dritter) wegen einer eventuellen Verletzung von Markenrechten.[1835] Ein Händler ist für die von seinem **Affiliate** begangenen Markenverletzungen als Mitstörer mitverantwortlich.[1836] Dies gilt selbst dann, wenn der Händler in den AGB seines Partnerprogramms ausdrücklich bestimmt, dass der Affiliate die Markenrechte Dritter einzuhalten hat. Eine Mitstörerhaftung wäre erst dann ausgeschlossen, wenn der Händler seiner Affiliats eine entsprechende Liste der relevanten Marken zur Verfügung stellen und die Verwendung dieser Begriffe ausdrücklich vertraglich verbieten würde.[1837]
Bei der Inanspruchnahme eines Unternehmens nach § 100 S. 1 UrhG wegen urheberrechtswidriger Handlungen von Arbeitnehmern oder Beauftragten des Unternehmens muss der Anspruchsteller die Unternehmensbezogenheit der Handlungen selbst bei dienstlich genutzten Computern beweisen.[1838] Allein aus der Tatsache, dass auf einem im Unternehmen Mitarbeitern (hier: Volontär eines Radiosenders) bereitgestellten Computer keine Firewall installiert ist, lässt sich kein fahrlässiges Organisationsverschulden (§ 831 BGB) der Organe des Unternehmens für Urheberrechtsverletzungen ableiten, wenn keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Mitarbeiter insoweit rechtswidrige Handlungen vornehmen (hier: Austausch von Musikdateien über Filesharing-Programme).[1839] Jedenfalls existiert keine allgemeine Lebenserfahrung, dass Mitarbeiter bereitgestellte Computer für Urheberrechtsverletzungen benutzen werden.

Im Übrigen haftet der **Inhaber des Internetanschlusses** für jede missbräuchliche Nutzung seines Anschlusses nach den Grundsätzen der Störerhaftung.[1840] Ihn soll die Pflicht treffen, sich über die Risiken zu unterrichten und das Tun der Nutzer zu überwachen.[1841] Er muss zumindest Sicherungsmaßnahmen, die eine Standardsoftware erlaubt, etwa die Einrichtung von

[1834] *OLG Hamburg*, Beschluss vom 11. März 2008 – 7 W 22/08.
[1835] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 754; *LG Lepzig*, MMR, 2005, 622; ähnlich *OLG Stuttgart*, Urteil vom 26. November 2008 – 4 U 109-08 für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vgl. *Meyer*, K&R 2006, 557; *Schaefer*, MMR 2005, 807.
[1836] *OLG Köln*, Urteil vom 8. Februar 2008 – 6 U 149/07.
[1837] *OLG München*, Urteil vom 11. September 2008 – 29 U 3629/08 – MMR 2009, 126; *LG Köln*, CR 2006, 64; ähnlich *LG Berlin*, MMR 2006, 118; anderer Ansicht *LG Hamburg*, CR 2006, 130.
[1838] *OLG München*, CR 2007, 389.
[1839] *LG München I*, CR 2008, 49.
[1840] *LG Hamburg*, CR 2006, 780.
[1841] *LG Hamburg*, MMR 2006, 700 und *LG Frankfurt*, MMR 2007, 675.

Benutzerkonten mit Passwort, treffen.[1842] Es ist einem Anschlussinhaber zuzumuten, zumindest Standardmaßnahmen zur Verschlüsselung des Netzwerkes zu ergreifen; ansonsten verschafft er nämlich objektiv Dritten die Möglichkeit, sich hinter seiner Person zu verstecken und im Schutze der von ihm geschaffenen Anonymität ohne Angst vor Entdeckung ungestraft Urheberrechtsverletzungen begehen zu können.[1843] Eltern haften nicht für Ihre Kinder, wenn sie diese über die unrechtmäßogen Downloads belehrt haben.[1844] Wer aktiv an einer Internet-Tauschbörse teilnimmt, hat noch nicht zwangsläufig das Wissen, dass bei Nutzung des Tauschbörsen-Programms ohne weiteres auch von dem eigenen PC Daten zur Verfügung gestellt werden.[1845]

Die Prüfungspflichten werden insbesondere vom OLG Hamburg sehr stark pointiert. Wie der Hamburger Senat in neueren Urteilen[1846] 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 weiterhin einschränkungslos eine anonyme Nutzung seines Dienstes zu, schneide er dem verletzten Urheber sehenden Auges den erforderlichen Nachweis wiederholter Begehungshandlungen ab, welchen dieser benötigt, um auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung seine Rechte erfolgreich und wirksam durchsetzen können. In diesem Fall könne sich der Betreiber zur Vermeidung seiner Verantwortlichkeit als Störer unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr auf eine ansonsten gegebenenfalls bestehende Unzumutbarkeit umfangreicher Prüfungspflichten berufen. Neuerdings wird dieser strengen Auffassung jedoch von anderen Obergerichten widersprochen.[1847]

[1842] *OLG Düsseldorf*, MMR 2008, 256.: *LG Leipzig*, Beschluss vom 8. Februar 2008 – 5 O 383/08. Anderer Ansicht *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 20. Dezember 2007 – 11 W 58/07: Haftung erst ab Kenntnis frührerer Verstösse

[1843] *LG Düsseldorf*, Urteil vom 16. Juli 2008 – 12 O 195/08 – MMR 2008, 684; GRUR-RR 2008, 290.

[1844] *OGH*, Beschluss vom 22. Januar 2008 – 40 B 194/07; anderer Ansicht *LG München I*, Urteil vom 19. Juni 2008 – 7 O 16402/07.

[1845] *OLG Oldenburg*, Beschluss vom 8. Mai 2009 – 1 Ss 46/09.

[1846] *Hanseatisches Oberlandesgericht*, Urteil vom 2. Juli 2008 – 5 U 73/07 – MMR 2008, 823.

[1847] *OLG Frankfurt*, Beschluss vom 20. Dezember 2007 – 11 W 58/07 – MMR 2008, 169; *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2007, 375; Ähnlich lehnt das *LG Mannheim* eine Haftung des Anschlussinhabers für Handlungen volljähriger Familienmitglieder ab, CR 2007, 394.

Verantwortlich als Mitstörer ist auch der Hersteller von P2P-Software, sofern sein Produkt zur Urheberrechtsverletzung genutzt werden kann.[1848] Disclaimer schließen diese Verantwortlichkeit regelmäßig nicht aus.

Usenet-Dienste sind ähnlich wie Access-Provider nicht in der Haftung.[1849] Da die insoweit zu verlangende Verletzung von Prüfungspflichten nicht ausufern dürfe, muss nach Auffassung des OLG Düsseldorf dem Provider eine Prüfung überhaupt möglich oder aber zumutbar sein. Zu beachten seien dabei auch faktisch-technische Gegebenheiten. Für Usenet Provider habe dies zur Folge, dass es ihnen kaum möglich sei, „rechtsverletzende fremde Inhalte aus dem Usenet zu löschen". Anders als bei Internetforen kann der Betreiber eines Newsservers, welcher die Daten des Usenets aufgrund des „Mirroring" redundant speichert, nicht endgültig aus dem Usenet entfernen. Er kann nur diejenigen Daten löschen, die auf seinem eigenem Server zwischengespeichert sind. Bei einer neuen Anforderung eines Nutzers hingegen werden die Daten wieder auf den Server übertragen. Dies ist solange möglich, wie die betreffende Nachricht noch im Usenet abrufbar ist. Eben deshalb bestehen bei Anbietern nach dem § 9 TMG wesentlich geringere Möglichkeiten, eine Störung abzustellen als beispielsweise bei Host-Providern.

Auch haftet nicht der Betreiber einer **Domainbörse** für Markenrechtsverletzungen durch die dort geparkten Domains. [1850]

Ein Arbeitgeber haftet grundsätzlich nicht für illegale Teilnahme eines Mitarbeiters an einem Filesharing-System.[1851]

Spannend ist im Bereich P2P auch die internationale Entwicklung. Nachdem das Europäische Parlament im April mit knapper Mehrheit gegen die Einführung von Internetsperren votierte, sieht ein französischer Gesetzesentwurf indes vor, Bürgern, die unlizenzierte Kopien digitaler Medienprodukte aus dem Internet herunterladen, künftig den Zugang zum Internet sperren. Der Gesetzesentwurf sieht die Schaffung einer Regierungsbehörde (HADOPI /Haute Autorite pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet) vor, die vermeintliche Urheberrechtsverletzer kontaktieren, verwarnen und gegebenenfalls die Sperre der Zugänge

[1848] *OLG Hamburg*, MMR 2006, 398 – Cybersky.
[1849] *OLG Düsseldorf*, MMR 2008, 254. Ähnlich *LG München I*, MMR 2007, 453.
[1850] *LG Düsseldorf*, MMR 2008, 349; ähnlich *Landgericht München*, Urteile vom 14. November 2007 – 33 O 22935/06 und 33 O 22830/06, *Landgericht Berlin*, Urteil vom 3. Juni 2008 – 103 O 15/08 – nicht rechtskräftig); *LG Frankfurt*, Urteil vom 26. Februar 2009 – 2-03 O384/08. Dazu *Luckhaus*, GRUR-RR 2008, 113.
[1851] *LG München I*, MMR 2008, 422.

anordnen. Stellen Internetprovider den Nutzern weiterhin einen Internetzugang zur Verfügung, kann der Provider gesetzlich zur Implementierung von Filtern verpflichtet werden. Ferner drohen Bußgelder von bis zu 5.000 Euro. [1852]

[1852] Details können auf nachfolgender Internetseite abgerufen werden:
http://www.squaringthenet.org/en/exclusive-the-latest-olivennes-law-draft

Achtes Kapitel: Die internationalen Aspekte des Internetrechts

Literatur:
Arter/Jörg/Gnos, Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, AJP 2000, 277; *Berger*, Die internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen in Internet-Websites aufgrund des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung, GRUR Int. 2005, 465; *Bodewig*, Erschöpfung der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts in den USA, GRUR Int. 2000, 597; *Boele-Woelki/Kessedijan* (Hsg.), Internet – Which Court decides, Which law applies? Quel tribunel décide? Quel droit s'applique, 1998; *Buchner*, E-Commerce und effektiver Rechtsschutz – oder: Wer folgt wem wohin?, RWS 2000, 147; *Determann*, Softwarekombinationen unter der GPL, GRUR Int. 2006, 645; *Determann/Ang-Olson*, Recognition and Enforcement of Foreign Injunctions in the US, CRi 2002, 129; *Dreyfuss/Ginsburg*, Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes, CRi 2003, 33; *Dogandhi/Hartley*, Preliminiary Draft Convention on Excklusive Choice of Court Agreements, Draft Report, Preliminiary document 26 of December 2004; *Endler/Daub*, Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht, CR 1993, 601; *Ferrari*, Zur autonomen Auslegung der EuGVVO, insbesondere des Begriffs des „Erfüllungsortes der Verpflichtung" nach Art. 5 Nr. 1 lit. b, IPRax 2007, 61; *Funk/Wenn*, Der Ausschluss der Haftung für mittelbare Schäden in internationalen Softwareverträgen, CR 2004, 481; *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, Urheberrecht im deutsch-französischen Dialog – Impulse für eine europäische Rechtsharmonisierung, GRUR Int. 2006, 475; *Gottschalk*, Grenzüberschreitende Werbung als eigenständiger urhebrrechtlicher Verletzungstatbestand, IPRax 2006, 135; Handig: Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht – Auswirkungen der Rom II-Verordnung GRURInt 2008 28; *Heinze/Roffael*, Internationale Zuständigkeit für Entscheidungen über die Gültigkeit ausländischer Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2006, 787; *Heß*, „Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung" JZ 2001, 573; *Hilty/Peukert*, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationales Kontext, GRUR Int. 2002, 643; *Hilty*, Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft, MMR 2003, 3; *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht, 2006; *Hoeren/Große Ruse*, Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Verbraucherschutz- Kollisionsrecht sowie gerichtliche Zuständigkeit bei Internet-Sachverhalten, in: Lehmann (Hg.), E-Business in Europa, Loseblatt 2002; *Hoeren*, IPR und EDV-Recht, CR 1993, 129; *Hoeren*, Revidierte Berner Übereinkunft und Softwareschutz, CR 1992, 243; *Hoeren*, Zoning und Geolocation – Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internet, MMR 2007, 3; *v. Hoffmann/Thron*, Internationales Privatrecht, 2005; *Huber/Bach*, Die Rom II-VO, IPRax 2005, 73; *Huber*, Schadensersatz und Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht, IPRax 2005, 436; *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?, IPRax 2006, 537; *Jayme/Weller*, Die internationale Dimension des Kunstrechts, IPRax 2005, 391; *Kondring*, „Der Vertrag ist das Recht der Parteien" – Zur Verwirklichung des Parteiwillens durch Teilrechtswahl, IPRax 2006 425; *Leible*, Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an der Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand, IPRax 2006, 365; *Luginbühl/Wollgast*, Das neue Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen: Aussichten für das geistige Eigentum, GRUR Int. 2006, 208; *Mankowski*, Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 2004; *Marly*, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, in: RabelsZ 1999, 203; *Meyer*, Die Anwendung des UN-Kaufrechts in der US-amerikanischen Gerichtspraxis, IPRax 2005, 462; *Moritz/Dreier*, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2005; *Obergfell*, Das Schutzlandprinzip und „Rom II", IPRax 2005, 9; *Pfeifer*, Salomonisches zur Störerhaftung für Hyperlinks durch Online-Mediendienste, IPRax

2006, 246; *Rau*, „Minimum contacts“ und „Personal jurisdiction“ über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace, RIW 2000, 761; *Rüßmann*, Internationalprozessrechtliche und internationalprivatrechtliche Probleme bei Vertragsabschlüssen im Internet unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes, in: Tauss/Kolbeck/Mönikes (Hg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, 1996, 709; *Rühl*, Das Haager Übereinkommen über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten: Rückschritt oder Fortschritt?, IPRax 2006 410; *Schack*, Urheberrecht, 2005; *Schack*, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet, MMR 2000, 59 (Teil 1), MMR 2000, 153 (Teil 2); *Svantesson*, Jurisdictional Issues in Cyberspace, CLSR 18 (2002), 191; *Terlau*, Internationales Prozessrecht, in: Moritz/Dreier (Hsg.), Rechts-Handbuch E-Commerce, 2005, 762; *Wagner*, Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel, IPRax 2002, 75; *Wernicke/ Hoppe*, Die neue EuGVVO – Auswirkungen auf die internationale Zuständigkeit bei Internetverträgen, MMR 2002, 643.

”Gebt mir einen festen Standpunkt und ich werde die Erde bewegen”- dieses Diktum des Archimedes gilt auch und erst recht für das Internet-Recht. Man mag die lauterkeitsrechtlichen Fragen rund um das Internet z.B. mithilfe des deutschen Wettbewerbsrechts lösen können, etwa in der oben fragmentarisch skizzierten Form. Doch für Online-Dienste gelten die territorialen Grenzen der nationalstaatlich geprägten Rechtsordnungen nicht.[1853] Eine Homepage lässt sich von irgendeinem Server von irgendeinem Fleck dieser Welt aus zum Abruf anbieten, ohne dass der Standort des Servers auf die Zugriffsmöglichkeiten Einfluss hätte. Es können daher virtuelle Rechtsoasen im Internet entstehen, karibische Inseln werden zum Ausgangspunkt von „junk mails“ oder zum Handelsplatz für verbotene Arzneimittel. Auch für deutsche Anbieter stellt sich die Frage, ob sie bei ihrer Online-Präsenz nur das deutsche Recht zu beachten haben oder die unterschiedlichen Regelungen in der Schweiz oder Österreich wegen der dort vorhandenen Abrufmöglichkeiten mit berücksichtigen müssen. Die Aporien werden am deutlichsten in einer Entscheidung des Tribunal de Grande Instance de Paris, wonach Yahoo in den USA verpflichtet ist, technische Vorkehrungen zu schaffen, die den Zugang zu Internetseiten mit rechtsradikalem Inhalt für französische Nutzer unmöglich machen.[1854] Ein *US District Court in Kalifornien* hat sich inzwischen geweigert, dieser französischen Entscheidung in den USA zur Durchsetzung zu verhelfen; dies verbiete das First Amendment der US-Verfassung und die darin geschützte Meinungsfreiheit.[1855]

Problematisch ist in allen Fällen die Dimension des **Internationalen Zivilverfahrensrechts** (IZVR). Das IZVR bestimmt, ob ein streitiger Sachverhalt einen Inlandsbezug hat, der es rechtfertigt, den Rechtsstreit vor inländischen Gerichten zu entscheiden – also in welchen

[1853] Vgl. hierzu *Hoeren*, WM 1996, 2006; *Osthaus*, AfP 2001, 13.
[1854] Tribunal de Grande Instance de Paris, K&R 2001, 63 m. Anm. *Hartmann*.
[1855] US District Court for the Northern District of California, Entscheidung vom 7.11.2001 – C-OO-21275 JF in Sachen Yahoo vom LICRA, MMR 2002, 26 mit Anm. *Mankowski*.

Fällen ein nationales Gericht zuständig ist (**Internationale Gerichtszuständigkeit**).[1856] Ferner regelt es die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile im Inland. Anders als das Internationale Privatrecht[1857] betrifft es somit unmittelbar nur verfahrensrechtliche Fragen. Das IZVR kann jedoch mittelbar auch das vom angerufenen Gericht anzuwendende Sachrecht und damit auch die Sachentscheidung 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 bestimmen („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 Offline-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 Vereinheitlichung in naher Zukunft nicht zu erwarten ist.[1858]

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

[1856] Grundsätzlich bestimmt jeder Staat autonom, wann seine Gerichte international zuständig sind. Sofern jedoch multi- oder bilaterale Abkommen über die internationale Gerichtszuständigkeit getroffen wurden, gehen diese dem nationalen Prozessrecht zur internationalen Zuständigkeit vor.

[1857] 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 Rechtsordnungen 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.

[1858] Zwar schafft die EuGVO auf europäischer Ebene einen harmonisierten Rechtsrahmen und auf internationaler Ebene wurde nach langwierigen Verhandlungen das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen am 30. Juni 2005 verabschiedet; dieser regelt aber nur den Fall des Vorliegens einer Parteivereinbarung über die internationale geistliche Zuständigkeit.

Für innerdeutsche Fälle gelten die **Regeln der ZPO**. Sofern für eine Klage kein ausschließlicher Gerichtsstand als vorrangig anzunehmen ist, sind Klagen am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten zu erheben (§ 12 ZPO). Dieser ist am Wohnsitz der Beklagten anzusiedeln (§ 13 ZPO). In deliktischen Fällen – etwa bei der Verletzung von Urheber-, Marken- oder Persönlichkeitsrechten – kann gem. § 32 ZPO wahlweise auch am Tatort geklagt werden (Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung). Dies ist sowohl der Handlungsort – Standort des Servers[1859] – als auch der Erfolgsort.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen hinsichtlich der Bestimmung des Erfolgsortes. Einige Gerichte stellen auf jeden Ort ab, an dem eine Homepage abgerufen werden kann, und kommen damit zu einer deutschlandweiten Zuständigkeit aller Gerichte nach Wahl des Klägers. Anwälte können dies gut ausnutzen, um je nach den Besonderheiten eines Gerichts und seiner Judikatur das „richtige" Gericht auszuwählen. Nach anderer Auffassung soll die Zuständigkeit des Erfolgsortes dadurch beschränkt werden, dass darauf abgestellt wird, ob eine Homepage am Gerichtsort bestimmungsgemäß abgerufen werden kann.[1860]

Prozessuale Besonderheiten gelten für das Urheberrecht sowie das Wettbewerbsrecht. Nach § 104 UrhG gilt für alle Urheberrechtsstreitigkeiten ausschließlich der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten. Viele Bundesländer haben von der Ermächtigung des § 105 UrhG Gebrauch gemacht und ein bestimmtes Amts- oder Landgericht zentral für die Entscheidung von Urheberrechtssachen zuständig erklärt. Ausschließliche Zuständigkeiten sind ferner im UWG geregelt (§ 14 UWG) und dort den Gerichten zugewiesen, in deren Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung hat (§ 14 Abs. 1 UWG) oder die Handlung begangen worden ist (§ 14 Abs. 2 UWG). Die Regeln ähneln insofern denen der ZPO. Allerdings geht die Rechtsprechung hinsichtlich des Tatorts im Wettbewerbsrecht davon aus, dass auf die tatsächlichen Auswirkungen der streitgegenständlichen Werbung im Gerichtsbezirk abzustellen ist.[1861] So soll zum Beispiel zwischen zwei kleineren Kanzleien in Heilbronn und Berlin kein den Gerichtsstand des Begehungsortes eröffnendes Wettbewerbsverhältnis bestehen.[1862]

2. Internationale Zuständigkeit

[1859] Streitig; andere stellen (auch) auf den Wohnsitz des Schädigers ab; siehe *Koch*, CR 1999, 124; *Mankowski*, RabelsZ 1999, 257, 262.
[1860] *LG Düsseldorf*, WM 1997, 1444*; Landgericht Hamburg*, Urteil vom 22. Mai 2008 – 315 O 992/07.
[1861] *LG Potsdam*, MMR 2001, 833. Siehe *BGH*, GRUR 1971, 153 – Tampax; WRP 1977, 487.
[1862] *OLG Brandenburg*, MMR 2002, 463.

Die Regeln der ZPO werden analog auch zur Klärung der internationalen Zuständigkeit herangezogen. Insbesondere das **Tatortprinzip des § 32 ZPO** kommt entsprechend zur Anwendung. Eine Anwendung der ZPO kommt jedoch nur hinsichtlich der Fälle in Betracht, in denen die internationale Zuständigkeit im Hinblick auf einen außerhalb der EU wohnhaften Beklagten zu bestimmen ist.[1863]

a) EuGVO

Hat der Beklagte seinen Wohnsitz innerhalb der EU, gilt für die Frage der Zuständigkeit die **EuGVO** in Zivil- und Handelssachen.[1864] Die EuGVO löste mit ihrem Inkrafttreten am 1.3.2002 das zuvor geltende Übereinkommen über die gerichtliche Entscheidung in Zivil- und Handelssachen ab (EuGVÜ).[1865] Die EuGVO geht davon aus, dass am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2 EuGVO) oder deliktische Ansprüche 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 occured 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 in einem Ort eine Homepage nicht nur zufällig abgerufen werden kann.[1866] Hinsichtlich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist zu beachten, dass nach der Shevill-Entscheidung des *EuGH*[1867] ausschließlich am Handlungsort der gesamte Schaden geltend gemacht werden kann. An den Erfolgsorten kann nur der im jeweiligen Staat eingetretene Teilschaden (wie auch immer dieser territorial berechnet werden soll) geltend gemacht werden.

Bei 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 ausschließlich zugeordneten **Nutzungs- oder Verwertungshandlung** begangen worden ist.[1868] Ob eine zuständigkeitsbegründende Tathandlung im Inland begangen worden ist, bestimmt das angerufene Gericht nach dem Recht, welches durch das Internationale Privatrecht

[1863] Für den Kontakt zu Beklagten aus den EFTA-Staaten ist noch das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 zu beachten, das sich aber vom EuGVO nicht sonderlich unterscheidet.
[1864] Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 12 vom 16. Januar 2001, S. 1 – 23.
[1865] Eine Ausnahme besteht nur im Verhältnis zu Dänemark, für das weiterhin das EuGVÜ anwendbar bleibt.
[1866] So auch *Schack*, MMR 2000, 135, 138.
[1867] EuGH, Rs. C-68/93, Slg. 1995, I 417. Siehe dazu auch *Mankowski*, RabelsZ 1999, 257, 274 f.
[1868] Da Immaterialgüterrechte (anders als Sachenrechte) real nirgends belegen sind, kann es keinen vom Handlungsort verschiedenen Erfolgsort geben. Maßgeblich ist allein, wo in die dem Rechtsinhaber ausschließlich zugeordneten Handlungsbefugnisse eingegriffen wird.

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.[1869] Wenn also z.B. ein deutsches Gericht wegen der Internet-Abrufbarkeit von urheberrechtlich geschütztem Material in der BRD angerufen wird, bestimmt es seine Zuständigkeit nach 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 Gerichtspflichtigkeit des Handelnden im Schutzland nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO zu begründen.

In der EU erfasst Art. 3 der Urheberrechtsrichtlinie[1870] 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 das Recht umfasst, geschützte Inhalte „im Wege der interaktiven Übertragung auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen".[1871]
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 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.

[1869] 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.ü. in Art. 5 Abs. 2 RBÜ kodifiziert.
[1870] Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.
[1871] 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.

Für die Verwendung eines in Deutschland markenrechtlich geschützten Begriffes als **Domain** unter dem Top-Level „.com“ durch ein US Unternehmen hat das *KG Berlin*[1872] 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 allerdings auch Stimmen, die zur Bejahung eines inländischen Tatortes einen weiteren Inlandsbezug als die rein technisch bedingte Abrufbarkeit im Inland verlangen[1873] – inwieweit sich solche Ansätze durchsetzen, bleibt abzuwarten. Immer mehr Amts- und Landgerichte[1874] lehnen jedenfalls einen fliegenden Gerichtsstand ab und verlangen, dass der Kläger einen besonderen Bezug zum angerufenen Gericht darlegt.

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[1875] und insbesondere auf Unterlassung verklagt werden zu können.[1876]

Der mit dieser Konzeption verbundene, **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.[1877] Das Problem gerade der deutschen Regeln zum Internationalen Zivilverfahrensrecht liegt damit nicht in der Aufdrängung, sondern in der fehlenden Möglichkeit einer Abdrängung einer internationalen Zuständigkeit. Allerdings entwickeln sich inzwischen auch Tendenzen dahin, die Zuständigkeitsregeln eng auszulegen. So war es lange Zeit möglich, sog. Torpedo Claims vor Brüsseler Instanzgerichten zu lancieren;

[1872] *KG*, CR 1997, 685 – hier wurde die Zuständigkeit auf den insoweit inhaltsgleichen § 32 ZPO gestützt. Zur Bejahung des inländischen Tatortes reichte dem Gericht eine bestimmungsgemäße Abrufbarkeit im Inland.
[1873] Siehe z.B. *Koch*, „Internationale Gerichtszuständigkeit und Internet“, CR 1999, 121. Oft wird ein Verhalten, das in irgendeiner Form auf den Forumstaat ausgerichtet ist, verlangt.
[1874] Für ein Wahlrecht: *LG München* I, Urteil vom 23. September 1998 – 1 HK O 11678/98; *LG Düsseldorf*, NJW-RR 1998, 980 = MMR 1998, 620*; LG Berlin*, MMR 1999, 43; *KG* in: MMR 2000, 685. Gegen ein Wahlrecht: *AG Charlottenburg*, MMR 2006, 254 mit Anm. Kaufmann/Köcher; *LG Hannover*, Beschluss vom 28. April 2006 – 9 O 44/06; *AG Krefeld*, Urteil vom 24. Januar 2007 – 4 C 305/06, MMR 2007, 471.
[1875] Wobei jedoch nur der in dem jeweiligen Abrufstaat entstandene Schaden eingeklagt werden kann.
[1876] So auch *Berger*, GRUR Int., 2005, 467.
[1877] Siehe das Urteil des High Court of Justice vom 29. Oktober 2004, Richardson vs. Schwarzenegger EWHC 2422 (QB), CRi 2005, 21.Vgl. auch den „special circumstances“-Test im japanischen Recht z.B. in D. Kono vom Taro Kono. Im Rahmen der EuGVO ist die Anwendung der forum non conveniens Idee jetzt unzulässig; siehe *EuGH*, EuZW 2005, 345.

eine solche Klage des vermeintlichen Rechtsverletzers gerichtet auf negative Feststellung der Rechtsverletzung hätte zur Zuständigkeit Brüsseler Gerichte geführt und andere Gerichtsstände in Europa nach dem Gedanken „lis pendens“ ausgeschlossen. Dem hat das *Brüsseler Appellationsgericht* in seiner Entscheidung vom 20.2.2001 ein Ende gesetzt, in der das Gericht betont, dass Art. 5 Nr. 3 EuGVO nicht für negative Feststellungsklagen gelte.

b) Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen

Auch auf internationaler Ebene wurde das Problem der national divergierenden Vorschriften zur internationalen gerichtlichen Zuständigkeit erkannt. Daher sollte im Rahmen des sog. Judgments Project der Mitgliedstaaten der „**Haager Konferenz für internationales Privatrecht**“ ein internationales Gerichtsstands-, Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen geschlossen werden.[1878] Dieses Übereinkommen sollte die internationale gerichtliche Zuständigkeit in zivil- und handelsrechtlichen Streitgegenständen umfassend regeln. Ein dieser umfassenden Zielsetzung entsprechender Entwurf wurde schließlich auch im Jahre 2001 im Rahmen einer Diplomatischen Konferenz vorgestellt. Eine Einigung konnte jedoch trotz langwieriger Verhandlungen letztlich nicht erzielt werden.[1879] Stattdessen wurde beschlossen, einen weniger umfassenden und weniger umstrittenen Ansatz für die weiteren Verhandlungen zu wählen. Neue Zielsetzung des Judgments Project war nunmehr nur noch der Abschluss eines Abkommens zur Regelung der internationalen gerichtlichen Zuständigkeit bei Vorliegen einer vertraglichen Gerichtstandsvereinbarung der beteiligten Parteien und die Anerkennung und Vollstreckung der Urteile der nach diesen Vereinbarungen zuständigen ausländischen Gerichte.[1880] Für diesen eingeschränkten Bereich ist am 30.6.2005 schließlich das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen (HGÜ) verabschiedet worden.[1881] Fehlt es an einer solchen Parteivereinbarung, kommt das HGÜ nicht zur Anwendung. Damit bleibt es für eine Vielzahl der Fälle im Hinblick auf Immaterialgüterrechtsverletzungen bei dem festgestellten Fehlen eines internationalen Rechtsrahmens.

II. Zuständigkeit bei Verträgen

[1878] S. zum Hintergrund der Verhandlungen Informations- und Arbeitspapiere auf der Website der Haager Konferenz, http://www.hcch.net/.
[1879] Vgl. zu den verschiedenen Streitpunkten, Preliminary document No. 16 of February 2002, S. 5 ff.: http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd16e.pdf.
[1880] Vgl. zur Entstehungsgeschichte: *Luginbühl/Wollgast*, GRUR Int. 2006, 209.
[1881] Text des Übereinkommens unter http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.

1. Die nationale Zuständigkeit

Anders als im Deliktsrecht ist im Vertragsrecht eine **Rechtswahl der Parteien** denkbar. § 38 Abs. 1 ZPO lässt eine Gerichtsstandvereinbarung 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

Auch die **EuGVO** lässt die Möglichkeit einer vertraglichen Rechtswahl zu. Ein Gericht bzw. die Gerichte eines Mitgliedstaates sind gem. Art. 23 Abs. 1 EuGVO in einer Rechtssache zuständig, wenn die beteiligten Parteien dessen bzw. deren Zuständigkeit in einer Gerichtsstandsvereinbarung festgelegt haben. Anderes als noch im EuGVÜ stellt die EuGVO zusätzlich die Auslegungsregel auf, dass eine getroffene Gerichtsstandsvereinbarung als ausschließlich anzusehen ist, wenn die Parteien keine anders lautende Vereinbarung getroffen haben (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 EuGVO). Daraus folgt, dass andere Gerichte, als die in einer solchen Vereinbarung bestimmten, eine Zuständigkeit ablehnen müssen. Die formellen Anforderungen an die Parteivereinbarung sind gering. Neben der Schriftform genügt auch schon eine mündliche Vereinbarung, die lediglich schriftlich bestätigt worden sein muss. Auch ist die Übermittlung in elektronischer Form, sofern sie eine dauerhafte Aufzeichnung ermöglicht, der Schriftform gleichgestellt (Art. 23 Abs. 2 EuGVO). Somit können Gerichtsstandsvereinbarungen auch per Fax oder E-Mail wirksam getroffen bzw. bestätigt werden. Darüber hinaus lässt die Vorschrift jede sonstige Form der Parteivereinbarung genügen, die den Gepflogenheiten der beteiligten Parteien oder den für die jeweiligen Parteien gem. Art. 23 Abs. 1 (c) EuGVO anwendbaren Handelsbräuchen des internationalen Handels entspricht. Verträge über Gerichtsstandsvereinbarungen können im Rahmen der EuGVO auch mit Verbrauchern getroffen werden. Allerdings ist dabei zu beachten, dass in Abschnitt 4 der EuGVO besondere Zuständigkeiten für Verbrauchersachen festgelegt werden,[1882] von denen nur unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden kann (Art. 23 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 EuGVO).

3. Das Haager Übereinkommen

[1882] Insbesondere wird für die in Art. 15 EuGVO bestimmten Verträge in Art. 16 Abs. 1 der Wohnsitz des Verbrauchers als besonderer Gerichtsstand festgelegt.

Wurde zwischen den Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, kommt auf internationaler Ebene die Anwendbarkeit des bereits erwähnten „**Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen**“ in Betracht.[1883] Auch hier ist zunächst zu beachten, dass das Abkommen nur im Rahmen von B2B-Vereinbarungen anwendbar ist. Aus dem Anwendungsbereich des HGÜ von vorneherein ausgenommen sind sowohl Vereinbarungen mit oder zwischen Verbrauchern als auch Arbeitsverträge (Art. 2 (1) HGÜ).
Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarung in Zivil- und Handelssachen. Diese Vereinbarung muss die ausschließliche Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtsstandes i.S.v. Art. 3 HGÜ vorsehen. Die formellen Anforderungen an eine solche Gerichtsstandsvereinbarung sind allerdings nur gering. Gem. Art. 3(i) u.(ii) HGÜ genügt hierfür schon jede in Schriftform oder jede durch jedes andere Kommunikationsmittel, welches eine spätere Bezugnahme ermöglicht, dokumentierte oder niedergelegte Vereinbarung. Ausreichend können damit auch Vereinbarungen sein, die per E-Mail oder Fax getroffen worden sind.[1884]

Im Bereich des **Immaterialgüterrechts** sind jedoch einige Bereichsausnahmen, die im Rahmen von Art. 2 HGÜ vorgenommen werden, zu beachten. Das Abkommen unterscheidet an dieser Stelle zwischen Urheberrechten und verwandten Schutzrechten auf der einen und den gewerblichen Schutzrechten auf der anderen Seite. Während das HGÜ bei Vorliegen einer entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung auf alle Klagen im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte anwendbar ist, gelten für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte zwei wesentliche Ausnahmen. So sind Bestandsklagen, d.h. Klagen, die die Frage der Wirksamkeit eines gewerblichen Schutzrechtes betreffen, von vorneherein aus dem Anwendungsbereich des HGÜ ausgenommen. Diese Bereichsausnahme soll Souveränitätskonflikte zwischen den Mitgliedsstaaten verhindern, welche durch eine Überprüfung rechtsbegründender Registrierungsakte durch ausländische Gerichte entstehen könnten.[1885] Die Wirksamkeit staatlicher Hoheitsakte soll nicht Gegenstand von Urteilen ausländischer Gerichte werden. So soll z.B. ein indisches Gericht nicht über die Wirksamkeit der Eintragung einer deutschen Marke entscheiden können. Diese Bereichsausnahme gilt allerdings auch für solche Bestandsklagen, die die Wirksamkeit nicht eintragungspflichtiger gewerblicher Schutzrechte zum Gegenstand hat.[1886] Eine weitere Ausnahme für den Bereich der gewerblichen Schutz-

[1883] Text des Übereinkommens unter http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.
[1884] Dogauchi/Hartley, Preliminary document No. 26 of December 2004, Anm. 78.
[1885] *Luginbühl/Wollgast*, GRUR Int. 2006, 211.
[1886] Hierzu eingehend: *Luginbühl/Wollgast*, GRUR Int. 2006, 211.

rechte ist im Rahmen des Art. 2 (2)(o) HGÜ für bestimmte Verletzungsverfahren festgelegt. Verletzungsverfahren sind im Gegensatz zu Bestandsklagen solche Klagen, die nicht die Wirksamkeit, sondern die Verletzung eines Rechts zum Gegenstand haben. In solchen Verletzungsverfahren ist das HGÜ nur anwendbar, wenn die Verletzung des gewerblichen Schutzrechtes auch als Vertragsverletzung geltend gemacht wird. Damit sind nicht-vertragliche Ansprüche in Bezug auf gewerbliche Schutzrechte nicht generell aus dem Anwendungsbereich des HGÜ ausgenommen. Eine solche Regelung würde dem Kläger auch unnötige Umstände bereiten, da vertragliche und nicht-vertragliche Ansprüche oftmals in demselben Verfahren geltend gemacht werden.[1887] Entscheidend ist, ob die nicht-vertraglichen Ansprüche eine gewisse Sachnähe zu den vertraglichen Ansprüchen aufweisen.[1888] In Bezug auf den Bereich der Urheberrechte und verwandten Leistungsschutzrechte gelten die beschriebenen Bereichsausnahmen nicht. Hier ist das HGÜ im Falle des Vorliegens einer entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung sowohl auf Bestands- als auch auf Verletzungsverfahren anwendbar.

Inhaltlich bestimmt das HGÜ, dass eine den Voraussetzungen des Abkommens entsprechende **Parteivereinbarung** von den Gerichten der jeweiligen Mitgliedstaaten befolgt werden muss. Das beinhaltet zunächst, dass das in der Vereinbarung bestimmte Gericht seine Zuständigkeit nicht – auch nicht mit Hinweis auf das angloamerikanische „forum non conveniens"-Prinzip – ablehnen darf (Art. 5 HGÜ). Ebenso wenig darf ein gemäß der Parteivereinbarung nicht zuständiges Gericht die Klage zur Entscheidung annehmen (Art. 6 HGÜ). Etwas anderes gilt nur in den im Abkommen bezeichneten Ausnahmen. So z.B. dann, wenn die Parteivereinbarung nach dem anzuwendenden Recht des betreffenden Staates ungültig ist (Art. 5 (1), Art. 6 (a) HGÜ). Außerdem bestimmt das HGÜ, dass andere Gerichte die Urteile des durch die Parteivereinbarung entscheidenden Gerichts von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen ohne erneute Überprüfung in der Sache anerkennen und durchsetzen müssen (Art. 8 HGÜ).

III. Vollstreckung

Die Probleme kulminieren schließlich im Bereich der Vollstreckung. Selbst wenn es gelingt, einen ausländischen Verletzer vor einem Gericht zu verklagen und eine Sachentscheidung zu erwirken, muss diese letztendlich auch vollstreckt werden können. Im Rahmen des **EuGVO** ist dies regelmäßig kein Problem, auch wenn sich die Vollstreckung in manchen europäischen

[1887] *Luginbühl/Wollgast*, GRUR Int. 2006, 212.
[1888] Vgl. zur gesamten Problematik wiederum *Luginbühl/Wollgast*, GRUR Int. 2006, 212, die zur Veranschaulichung den Begriff „vertragsnahe"- nicht-vertragliche Ansprüche" verwenden.

Staaten (z.B. Italien oder in Belgien) zeitlich schwierig gestalten kann**. Außerhalb Europas** ist eine Vollstreckung – abgesehen von dem durch das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen geregelten Bereich – jedoch nur nach Maßgabe bilateraler Vollstreckungsübereinkommen gewährleistet, die oft nicht bestehen. So kann sich ein „Pirat" guten Mutes eine ausländische „**Vollstreckungsoase**"[1889] als Standort seines Servers aussuchen, um von dort aus die ganze Welt z.B. mit marken- und urheberrechtsverletzenden Raubkopien zu beliefern. Hier rächt sich die nationalstaatliche Wurzel des Rechts; hier wird das Internet de facto zum rechtsfreien Raum, der alle Juristen Lügen straft.

IV. Online Dispute Settlement

Als Lösung wird derzeit auch die Einrichtung von Online Dispute Diensten empfohlen. Es geht hierbei um **Schlichtungsstellen**, die Auseinandersetzungen zwischen den Parteien via Internet entscheiden sollen. Bekannt ist die im Domain-Kapitel beschriebene Streitschlichtung nach der Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP) des ICANN, das sich allerdings von den sonstigen Schlichtungsstellen dadurch unterscheidet, dass mit der Entscheidung des Domain Name Panel die Übertragung der Domain verbunden werden kann. Andere Einrichtungen[1890] haben keine Möglichkeit, verbindliche Entscheidungen zu treffen. Ihnen stehen als Sanktion nur die Veröffentlichung der Entscheidung und der Entzug eines entsprechenden Gütesiegels zur Verfügung. Gerade wegen der fehlenden Sanktionen ist die Effizienz und Akzeptanz der Online-Schlichtung unklar.[1891] Umstritten ist auch noch deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Rechtsberatungsgesetzes.[1892]

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.

[1889] Zu diesen zählen u.a. San Marino, Brunei oder Hong Kong, vgl. *Hoeren*, MMR 1998, 297.

[1890] Siehe dazu http://www.namadr.com; http://www.drs-ads.com; http://www.onlineresolution.com; http://www.ecodir.org; http://www.squaretrade.com.

[1891] Eine Ausnahme mag für Trustedshops gelten, eine Einrichtung, hinter der die Gerling-Gruppe als Vesicherer steht und das bei Entscheidungen der Schlichtungsstelle deren finanzielle Absicherung durch Gerling sichert; http://www.trustedshop.de.

[1892] Siehe dazu *Grunewald*, BB 2001, 1111 ff., die aufgrund des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie eine Bindung auch inländischer Streitschlichter an das Rechtsberatungsgesetz ablehnen will.

1. CISG

Das **UN-Kaufrecht**, normiert in der **CISG**[1893], regelt den internationalen Warenkauf zwischen Unternehmern. Es findet Anwengung auf den grenzüberschreitenden Verkehr von Waren und damit auch auf die Überlassung von Standartsoftware.

2. EU-Kollisionsrecht

Das **EU-Kollisionsrecht** befindet sich in einem enormen Wandel. Interessant für den Internetverkehr sind die im Bereich der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse stattfindenden Entwicklungen.

Das **EVÜ**[1894] regelt bis heute das gemeinschaftsrechtliche Kollisionsrecht im Bereich der Schuldverträge. Es ist eine Universalordnung für grenzüberschreitende Vertragsbeziehungen.
Aufgrund des Erfolges des Übereinkommens soll es künftig durch den Erlass einer der EuGVVO entsprechenden Verordnung als unmittelbar geltendes EU-Recht evolutionär weiterentwickelt werden und so zu noch mehr Rechtssicherheit beitragen.
Der bedeutendste Unterschied zwischen dem EuGVÜ und der neuen Verordnung stellt die Zulässigkeit einer Rechtswahl auch im Rahmen von Verbraucherverträgen dar. Angeknüpft wird im Sinne des Günstigkeitsprinzips nach Art. 5 EVÜ an den Gerichtsstand des Wohnsitzes des schwächeren Vertragspartners.[1895]

Der **Rom I-E** ist ein Vorschlag zur Regelung der das EVÜ ablösenden **Rom I-VO**[1896].
Kritisiert wird er aufgrund der wiederum nicht erfolgten Definition des Vertragsbegriffs im europäischen Kollisionsrecht sowie der Nichtregelung der vorvertraglichen Schuldverhältnisse.[1897]

[1893] „United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" vom 11. April 1980, auch Wiener Kaufrecht genannt, das am 1.1.1991 in der vereinigten Bundesrepublik in Kraft trat, BGBl. 1990 II, S. 1477.
[1894] Das Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, auch Europäisches Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ) genannt, wurde in Deutschland durch Art. 27 EGBGB umgesetzt.
[1895] *Jayme/Kohler*, IPRax 2006, 537; *Leible*, IPRax 2006, 365, 367.
[1896] Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I), abrufbar unter:
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:DE:HTML.
[1897] *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 101.

Die freie **Rechtswahl** ist gem. Art. 3 Abs. 1 Rom I-E zulässig. Die Privatautonomie wird lediglich für den Bereich des internationalen Verbrauchervertragsrechts gem. Art. 5 Rom I-E abgeschafft.
Art. 3 Abs. 2 Rom I-E lässt darüber hinaus auf internationaler oder Gemeinschaftsebene die Möglichkeit zur Wahl anerkannter Gesetze und Regeln des materiellen Vertragsrechts zu. Dabei werden auf die *Lando*-Principles[1898], die *UNIDROIT* Principles[1899] sowie ein zukünftiges optionales Europäischen Vertragsrechts abgezielt. Die lex mercatoria werden hierbei als zu unbestimmte Regelungen von vornherein ausgegrenzt.[1900] Der Hoffnung, dass in naher Zukunft ein gemeinschaftlich harmonisiertes Europäisches Vertragsrecht existieren wird, können jedoch nur vage Chancen eingeräumt werden.

Im Bereich des Internetrechts enthält der Rom I-E insbesondere für die **Bestimmung des anzuwendenden Rechts** im Rahmen der Immaterialgüterrechte, Verbraucherrechte und Vertragsrechte die folgenden relevanten Regelungen.

Das **europäische Verbrauchervertragsrecht** wird in **Art. 5 Rom I-E** geregelt und bestimmt kategorisch das Recht des Wohnsitzes des Verbrauchers zum anzuwendenden Recht, ohne Ausnahmen zuzulassen. Die Ähnlichkeit dieses Regelungsfeldes mit Art. 15 EuGVVO ist offensichtlich. Diese manifestiert sich darin, dass Art. 5 Rom I-E keine Rechtswahlmöglichkeit enthält und dem hierin festgelegten Ausschluss der Privatautonomie im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Rom I-E. Die Intention des europäischen Gesetzgebers zur Harmonisierung der gemeinschaftsrechtlichen Schutzregime des IZVR und des IPR tritt hier besonders hervor.
Der **sachliche Anwendungsbereich** erfasst Verträge über die Lieferung beweglicher Sachen, die Erbringung von Dienstleistungen oder Finanzierungsverträge eines solchen Geschäfts. Einschränkungen erfährt er jedoch durch Art. 5 Abs. 3. Erfasst werden alle Arten von Verbraucherverträgen insbesondere auch für Verbraucherkreditverträge soweit keine ausdrücklichen Ausnahmen normiert sind.
Der **persönliche Anwendungsbereich** umfasst ausschließlich das Verhältnis B2C, somit die typische Konstellation des Vertrags zwischen Unternehmer und Verbraucher.
Der **räumliche Anwendungsbereich** setzt die Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers voraus. Daraus folgt, dass der Unternehmer im

[1898] Benannt nach: *Ole Lando/Hugh Beale*, The Principles of European Contract Law I (1995).
[1899] benannt nach: *UNIDROIT* (Hrsg.), Principles of International Commercial Contracts (1994) sowie Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract Law (2. Aufl., 1998).
[1900] *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 102.

Aufenthaltsstaat des Verbrauchers eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben muss. Relevanz erlangt dies vor allem im Rahmen der cross-border Situation vieler elektronischer Rechtsgeschäfte. Hier soll es ausreichen, dass der Unternehmer mit seinem Angebot im Internet am Wirtschaftsverkehr des Aufenthaltslandes des Verbrauchers teilnimmt.
Der **situative Anwendungsbereich** wird des Weiteren wesentlich von der in Art. 5 Abs. 2 Rom I-E enthaltenen Beschränkung auf Verbraucher, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in den Mitgliedstaaten haben, eingeschränkt.
Grenzüberschreitende Kaufverträge innerhalb der EU über eBay werden folglich nur erfasst, wenn der Verkäufer ein Unternehmer ist und der Käufer ein Verbraucher. Die typische eBay-Vertragskonstellation fällt somit nicht unter Art. 5 Rom I-E.
Ein typischer Anwendungsfall für Art. 5 Rom I-E stellt jedoch der Vertrag über den Internet-Versandhandel dar.

Die Hauptanknüpfungsregel ist im **internationalen Vertragsrecht** das Prinzip der Anknüpfung an die charakteristische Leistung. Sie kommt in **Art. 4 Rom I-E** zum Ausdruck. Anknüpfungspunkt ist dabei der gewöhnliche Aufenthalt des Marketers, also der absetzenden Person. Bei Unternehmen findet für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts Art. 18 Rom I-E Anwendung, der auf den Sitz der Hauptverwaltung oder der Niederlassung abstellt.

Bezüglich der Verpflichtungsverträge über Rechte an geistigem Eigentum oder gewerblichen Schutzrechten – **Immaterialgüterrechte** – setzt **Art. 4 Abs. 1 lit. f Rom I-E** die Geltung des **Schutzlandprinzips** außer Kraft. Die bestehenden Unsicherheiten bei grenzüberschreitenden Lizenz- und Urheberrechtsübertragungsverträgen sollen auf diese Weise umgangen werde.[1901]
Im Kern heißt es, dass bei online abgeschlossenen Lizenzverträgen an das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Marketers oder des Wohnsitzes des Verbrauchers angeknüpft werden muss.

Eine Rolle im Internetrecht könnten auch die Vorschrift **Art. 7 Rom I-E** über die Anknüpfung bei **internationalen Vertretergeschäften** spielen. Art. 7 Abs. 2 Satz 1 Rom I-E knüpft an den gewöhnlichen Aufenthalt des Vertreters zum Zeitpunkt seines Handelns an. Art. 7 Abs. 2 Satz 2 Rom I-E enthält jedoch auch Ausnahmen, die das Recht des Ortes, an dem der Vertreter gehandelt hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vertreter an der Börse tätig

[1901] *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 104.

geworden ist und an Versteigerungen teilgenommen hat. Im Rahmen von Internetauktionen bringt dieses Thema einige Brisanz.[1902]

Die **Rom II-VO** bestimmt das anzuwendende Recht für alle außervertraglichen zivil- und handelsrechtlichen Schuldverhältnisse. Sie geht in ihrem Anwendungsbereich dem deutschen IPR vor.

Die Rom II-VO wird bei zivil- und handelsrechtlichen Rechtsverhältnissen im Gegensatz zum EVÜ und zum Rom I-E immer dann angewendet, wenn **keine freiwillige Parteiverpflichtung** gegenüber einer anderen eingegangen worden ist.[1903]

Eine **Rechtswahl** ist gem. **Art. 10 Rom II-VO** für den Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach Eintritt der Verletzungshandlung möglich. Sie soll im Rahmen unerlaubter Handlungen zwischen gleichgestellten Personen auch schon vor der Schädigungshandlung möglich sein.[1904] Eine Rechtswahlmöglichkeit wird für diesen Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse ausdrücklich ausgeschlossen, weil die Erfordernisse im Bereich des geistigen Eigentums nicht mit dem Grundsatz der Privatautonomie vereinbar seien. Anwendung findet hier immer die lex loci protectionis.

Die **Kollisionsnormen** der **Rom II-VO** lassen sich grundlegend in solche für unerlaubte Handlungen (Art. 3 – 8 Rom II-VO) und solche für Bereicherungsrecht und GoA (Art. 9 Rom II-VO) einteilen.
Die zentrale Kollisionsnorm für unerlaubte Handlungen ist Art. 3 Rom II-VO. Angeknüpft wird an die „lex loci delicti commissi".

Die Art. 4 bis 8 Rom II-VO regeln die Anknüpfung in Spezialbereichen. Für das Internetrecht virulent sind:

- Art. 4 Rom II-VO für die Produkthaftung – generelle Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Geschädigten
- Art. 5 Rom II-VO für Handlungen des unlauteren Wettbewerbs – bei grenzüberschreitenden Wettbewerbshandlungen wird an das Recht des Marktortes angeknüpft

[1902] *Mankowski*, IPRax 2006, 101, 108.
[1903] *Huber/Bach*, IPRax 2005, 73, 74.
[1904] *Huber/Bach*, IPRax 2005, 73, 83.

- Art. 6 Rom II-VO für die Verletzung der Privatsphäre und des Persönlichkeitsrechts – Anknüpfung nach der lex fori an das Recht des Haupterfolgsortes, aber auch Sonderanknüpfung für den Anspruch auf Gegendarstellung an das Recht am Sitz des schädigenden Presseunternehmens
- Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO, der die Anknüpfung bei Verletzungen der Rechte geistigen Eigentums, der Immaterialgüterrechte (d.h. Urheberrechte, verwandte Schutzrechte, Datenbankschutzrecht, gewerbliche Schutzrechte) regelt – Anknüpfung an die lex loci protectionis
- Art. 9 Rom II-VO für den Bereich der ungerechtfertigten Bereicherung und GoA – Grundsatz: akzessorische Anknüpfung an ein bestehendes Rechtsverhältnis, falls nicht möglich: an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, spezielle aber nachrangige Anknüpfungspunkte: Ort des Bereicherungsrechts, gewöhnlichen Aufenthalt des Geschäftsherrn.[1905]

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, bezüglich streitiger Urheberrechte im Sinne des Schutzlandprinzips an die lex loci protectionis. Das Schutzlandprinzip trägt den Territorialitätsgedanken in sich.[1906]
Im Bereich grenzüberschreitender unerlaubter Handlungen im Internet ist die Anknüpfung aufgrund des auseinander fallenden Handlungs- oder Erfolgsorts zu diskutieren.[1907]

3. Deutsches IPR

Die Kollisionsnormen des deutschen IPR für Schuldrecht finden sich in den **Art. 27 – 38 EGBGB**. Solche für außervertragliche Schuldverhältnisse sind in **Art. 38 – 42 EGBGB** normiert.[1908]

4. Exemplarische Problemgestaltungen

[1905] *Huber/Bach*, IPRax 2005, 73, 75 f.
[1906] *Obergfell*, IPRax 2005, 9, 11.
[1907] *Huber/Bach*, IPRax 2006, 73, 76.
[1908] *v. Hoffmann/Thorn*, 426 ff., 474 ff.

Hohe Relevanz besitzen im Rahmen von internationalen Softwareverträgen in Deutschland die **Vertragssituation zwischen einem amerikanischen Softwareunternehmen und einem deutschen Abnehmer**. Die nationale Vertragspraxis differiert jedoch auf nationaler Ebene enorm. Ganz deutlich manifestiert sich dies am Beispiel der im amerikanischen Vertragsrecht verbreiteten Haftungsausschlussklauseln für mittelbare Schäden (incidential/consequential damages). Solche sind dem deutschen Schadensrecht, dass nicht zwischen unmittelbaren (general/direct damages) und mittelbaren Schäden unterscheidet, sondern sich an dem Verschuldensgrad orientiert, fremd.[1909] 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 bundesstaatlichen, mit jeweils autonomem Gesetzesrecht ausgestatteten Untergliederung außerordentliche Probleme. Ein wichtiges US-amerikanisches Gesetzesprojekt zur nationalen Rechtsharmonisierung des IT-Vertragsrechts – der UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act von 1999) – wurde im Jahr 2003 für gescheitert erklärt. Es ist zu konstatieren, dass in der internationalen Vertragspraxis mit ausdrücklichen Definitionen operiert werden sollte.

Auch die rechtliche **Ausgestaltung des Erschöpfungsgrundsatzes**, eines Kernelements des Urheberrechts, verdeutlicht, welche Bedeutung eine Rechtsharmonisierung mit den **USA** für einen multilateral funktionierenden Rechtsschutz hat.
Im internationalen Urheberrecht kollidieren kontinental-europäisches Urheberrechtsdenken (monistische Auffassung) und angelsächsisches Copyright-Denken (dualistische Auffassung). Rechtsbeziehungen zu den USA werden zudem durch die existierende Rechtszerspiltterung innerhalb der in Bundesstaaten mit jeweils autonomem Bundesrecht aufgegliederten USA außerordentlich erschwert.[1910] Der Hauptunterschied besteht darin, dass ein Urheber nach deutscher oder kontinental-europäischer Auffassung, lediglich Nutzungsrechte übertragen kann. Die Verwertungsrechte verbleiben im Kern immer bei ihm persönlich. In den USA besteht diese Ausschließlichkeit der Verwertungsrechte des Urhebers nicht. Dort verliert der Urheber durch den „first sale“ im Sinne des Sec. 109 (a) UrhG die Rechte an der wirtschaftlichen Weiterverwertung.[1911] In der internationalen Vertragspraxis muss diesem Unterschied Rechnung getragen werden.

[1909] *Funk/Wenn*, CR 2004, 481, 488.
[1910] *Bodewig*, GRUR Int. 2000, 597; *Determann*, GRUR Int. 2006, 645, 651; *Hilty*, MMR 2003, 3.
[1911] *Bodewig*, GRUR Int. 2000, 597, 598.

Im Fadenkreuz der **urheberrechtlichen Haftung** steht zudem die **grenzüberschreitende Online-Werbung**.[1912] Das Konfliktfeld besteht aus dem nationalen Urheberrecht und dem europarechtlichen Ziel des freien Warenverkehrs im Sinne von Art. 28 EGV. Aufgrund der immaterialgüterrechtlichen Anknüpfung an das Schutzland gestaltet sich die Beurteilung urheberrechtlicher Sachverhalte auf EU-Ebene häufig nicht harmonisch. Die Herstellung und der Vertrieb eines Plagiats werden im Ausland oft nicht sanktioniert, obwohl diese Handlung im mitgliedsstaatlichen Schutzland nicht unter Strafe steht.

Bei Online-Werbung kommt es darauf an, ob diese auch für das Schutzland Wirkung entfaltet. Dies geschieht, wenn die Werbung unter anderem auch in der Landessprache des Schutzlandes publiziert wird oder Zahlungsbestimmungen für das jeweilige Schutzland angegeben werden.

Werden in Italien Designerapplikationen von in Deutschland geschützten Objekten über Online-Werbung an Deutsche adressiert, gilt dies auch als Anbieten im Sinne von § 17 Abs. 1 UrhG, wenn die deutschen Nutzer im Rahmen des Geschäftsmodell die Waren über einen Lieferanten außerhalb deutscher Landesgrenzen in Empfang nehmen.[1913] Der BGH bejaht als Revisionsinstanz in diesem Fall eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts, obwohl am Veräußerungsland selbst kein Urheberrechtsschutz bestand, die urheberrechtlich geschützte Ware aber im Inland (lediglich) angeboten wurde.[1914]

Der **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.[1915] 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 Umgehungssoftware als Handlung im Sinne von § 95a Abs. 3 UrhG qualifiziert werden können. Dem muss in dem vorliegend skizzierten Fall stattgegeben werden.

[1912] *Gottschalk*, IPRax 2006, 135.
[1913] *OLG Hamburg*, ZUM 2005, 170; *Gottschalk*, IPRax 2006, 135, 136
[1914] *BGH*, Urteil vom 15. Februar 2007 – I ZR 114/04.
[1915] *Peifer*, IPRax 2006, 246, 247.

Neuntes Kapitel: Internetstrafrecht

Literatur:
Abdallah/Gercke/Reinert, Die Reform des Urheberrechts – hat der Gesetzgeber das Strafrecht übersehen?, ZUM 2004, 31; *Backu/Karger*, Online-Games, ITRB 2007, 13; *Baier*, Die Bekämpfung der Kinderpornographie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat, ZUM 2004, 39; *Bär*, Wardriver und andere Lauscher – Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit WLAN, MMR 2005, 434; *Bender/Kahlen*, Neues Telemediengesetz verbessert den Rechtsrahmen für Neue Dienste und Schutz vor Spam-Mails, MMR 2006, 590; *Briner*, Haftung der Internet-Provider für Unrecht Dritter, sic! 2006, 383; *Cornelius*, Computer Fraud, Spam und Copyright-Infringements – Ein Blick auf das US-amerikanische Computerstrafrecht, MMR 2007, 218; *Dannecker*, Neuere Entwicklungen im Bereich der Computerkriminalität: Aktuelle Erscheinungsformen und Anforderungen an eine effektive Bekämpfung, BB 1996, 1285; *Eckhardt*, Die Neuregelung der Telekommuinkationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen im TKG, CR 2007, 405; *Eichelberger*, Das Blockieren einer Internet-Seite als strafbare Nötigung, DuD 2006, 490; *Eichelberger*, OLG Düsseldorf: Keine Störerhaftung des Betreibers eines Internetforums, MMR 2006, 618; *Erdemir*, Jugendschutzprgramme und geschlossene Benutzergruppen, CR 2005, 275; *Frank*, MP3, P2P und StA – Die strafrechtliche Seite des Filesharing, K&R 2004, 576; *Gercke*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Hyperlinks, CR 2006, 844; *Gercke*, Die Strafbarkeit von Phishing und Identitätsdiebstahl, CR 2005, 606; *Gercke*, Die Entwicklung des Internetstrafrechts im Jahr 2005, ZUM 2006, 284; *Gercke*, OLG Frankfurt/M.: Strafbarkeit einer „Online-Demo", MMR 2006, 547; *Gercke*, Die Bekämpfung der Internetkriminalität als Herausforderung für die Strafverfolgungsbehörden, in: MMR 2008, 291; *Gercke*, „Cyberterrorismus" – Aktivitäten terroristischer Organisationen im Internet, CR 2007, 62; *Gercke*, Heimliche Online-Durchsuchung: Anspruch und Wirklichkeit – Der Einsatz softwarebasierter Ermittlungsinstrumente zum heimlichen Zugriff auf Computerdaten, CR 2007, 245; *Hassemer*, Strafrechtliche Verantwortung – zivilrechtliche Haftung, ITRB 2004, 253, 257; *Heckmann*, Rechtspflichten zur Gewährleistung von IT-Sicherheit, MMR 2006, 280; *Hilgendorf*, Internetstrafrecht – Grundlagen und aktuelle Fragestellungen, K&R 2006, 541; *Hilgendorf/Frank/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005; *Hoeren*, Virenscanning und Spamfilter – Rechtliche Möglichkeiten im Kampf gegen Viren, Spams & Co., NJW 2004, 3513; *Hoeren*, Von Hackern, Kazaa und Kreativen, www.annual-multimedia.de, 18; *Hofmann*, Die Online-Untersuchung – staatliches Hacken oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?, NStZ 2005, 121; *Knupfer*, Phishing for Money, MMR 2004, 641; *Marbreth-Kubicki*, Computer- und Internetstrafrecht, 2005; *Marberth-Kubicki*, Durchsuchung und Beschlagnahme von EDV-Anlagen und E-Mails, ITRB 2006, 59; *Nimmer*, Napster and the New Old Copyright, CRi 2001, 46; *Paul*, Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internetprovidern aus strafrechtlicher Sicht, 2005; *Popp*, Phishing, Pharming und das Strafrecht, MMR 2006, 84; *Ringel*, Rechtsextremistische Propaganda aus dem Ausland im Internet, CR 1997, 302; *Rinker*, Strafbarkeit und Strafverfolgung von „IP-Spoofing" und „Portscanning", MMR 2002, 663; *Rössel*, Haftung für Computerviren, ITRB 2002, 214; *Sanchez-Hermosilla*, Neues Strafrecht für den Kampf gegen Computerkriminalität, CR 2003, 774; *Satzger*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern, CR 2001, 109; *Schell*, Die Bekämpfung der Internet-Kriminalität im Land Brandenburg, NJ 2006, 437; *Spannbrucker*, Convention on Cybercrime (ETS 185) – Ein Vergleich mit dem deutschen Computerstrafrecht in materiell- und verfahrensrechtlicher Hinsicht, http://www.opus-bayern.de/uni-regensburg/volltexte/2005/451/; *Spindler*, IT-Sicherheit und Produkthaftung – Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der

Softwarenutzer, NJW 2004, 3145; *Stange*, Pornographie im Internet, CR 1996, 424; *Spindler*, Hyperlinks und ausländische Glücksspiele – Karlsruhe locuta causa finita?, GRUR 2004, 724; *Vassilaki*, Kriminalität im World Wide Web, MMR 2006, 212; *Vassilaki*, Multimediale Kriminalität, CR 1997, 297; *Vetter*, Gesetzeslücken bei der Internetkriminalität, 2003.

I. Einführung

Neben der zivilrechtlichen Haftung für Rechtsverstöße erlangt auch das **Internetstrafrecht** eine immer größere Bedeutung. Zum einen durch den Versuch der Strafverfolgungsbehörden, dem global abrufbaren und daher zu strafbaren Handlungen beinahe einladenden Internet „Gesetze einzuhauchen", zum anderen auch aufgrund der Tatsache, dass die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden auch zu zivilrechtlichen Zwecken gebraucht werden können. So bestand bisher zivilrechtlich kein rechtlicher Anknüpfungspunkt, um von Providern die Daten rechtsverletzender Websites zu erhalten. Jedoch konnten Rechtsverletzer im Internet über den Umweg des Strafrechts ermittelt werden: Die Provider sind verpflichtet, den Strafverfolgungsbehörden nach § 100g StPO bzw. § 113 TKG Auskünfte zu erteilen, auf die mit Hilfe des Akteneinsichtsrechts gem. § 406e StPO dann auch zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche zurückgegriffen werden kann. Das dabei geforderte berechtigte Interesse besteht in der möglichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche durch den Verletzten ohne die zivilrechtliche Möglichkeit, die in den Akten stehenden Daten zu erlangen, sodass die Erstattung einer Strafanzeige den Weg zur Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche erst öffnen kann. Ob das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums,[1916] das nunmehr ausdrücklich einen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch gegen Internet-Provider vorsieht (Vgl. § 101 UrhG n.F.), diesen Umweg über das Strafverfahren in Zukunft entbehrlich machen wird, scheint zweifelhaft. Hiergegen spricht, dass der zivilrechtliche Auskunftsanspruch nur bei Rechtsverletzungen im gewerblichen Ausmaß greift und zudem der Rechtinhaber die von ihm zunächst zu tragenden Rechtsverfolgungskosten erst im Regress gegen den Rechtsverletzer geltend machen kann.

II. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts sind die Regelungen der **§§ 3 – 9 StGB** ausschlaggebend. Im Internet ist insbesondere gem. § 9 StGB als Anknüpfungspunkt auf den Ort abzustellen, an dem die Handlung begangen oder der tatsächliche oder anvisierte Erfolg ein-

[1916] In Kraft getreten am 1. Septmber 2008, BGBl. I, S. 1191.

getreten ist.[1917] Nach dem Grundgedanken der Vorschrift soll deutsches Strafrecht – auch bei Vornahme der Tathandlung im Ausland – Anwendung finden, sofern es im Inland zu der Schädigung von Rechtsgütern oder zu Gefährdungen kommt, deren Vermeidung Zweck der jeweiligen Strafvorschrift ist.[1918] Es gilt somit der **Territorialitätsgrundsatz**.[1919]

Bei schlichten Tätigkeitsdelikten wird hierbei an den **Handlungsort** angeknüpft. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Anknüpfung bei typischen Internetdelikten, weil dort der Begehungsort und der Erfolgsort aufgrund der Universalität der virtuellen Inhalte meist über die Grenzen der Nationalstaaten hinweg auseinanderfallen. Der *BGH* stellt dabei auf den Ort der Abrufbarkeit der Inhalte ab, unabhängig von dem Serverstandort, auf dem die Inhalte abgelegt sind, wenn diese Inhalte zu einer Verwirklichung des jeweiligen Schutzbereiches des betroffenen Tatbestandes im Inland führen können.[1920] Da jedoch die meisten der in Frage kommenden Tatbestände durch das reine Abrufen der Daten und Inhalte, was aus technischer Sicht auch mit einer zumindest kurzzeitigen Speicherung der Inhalte auf dem abrufenden Computer einhergeht, verwirklicht werden können, führt dies zu einer Allzuständigkeit deutschen Strafrechts für im Internet begangene Straftaten.

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. Abkommen des Europarates, verabschiedet am 23.11.2001 in Budapest) und ihr erstes Zusatzprotokoll, das sich der Bekämpfung fremdenfeindlicher Inhalte widmet. Weiterhin sind

[1917] *Hilgendorf/Wolf*, K&R 2006, 541, 542.
[1918] BGHSt 42, 235, 242.
[1919] BGHSt 46, 212; die Entscheidung trotz der zahlreichen kritisierenden Stimmen in ihrem Ergebnis begrüßend: *Stegbauer*, NStZ 2005, 677, 680.
[1920] *BGH*, NStZ 2001, 305.

zu nennen der EU-Rahmenbeschluss des Europarates vom 24.02.2005 (2005/222/JI), die EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (2006/24/EG) und schließlich der im Bereich des Strafprozessrechtes ab dem 1.1.2004 eingeführte europäische Haftbefehl. Am weitesten ausgeprägt ist die Regelungsdichte sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht bei der CCC.

1. Cyber Crime Convention

Mit der **Cyber Crime Convention** wurde der erste globale Versuch gestartet, eine Harmonisierung der straf- und verfahrensrechtlichen Regelungen der unterzeichnenden Staaten im Kampf gegen die Internetkriminalität zu erreichen.[1921] Ergänzend zu den Vorschriften der Konvention entstand das erste Zusatzprotokoll vom 28.1.2003 in Straßburg, das weitere Strafvorschriften im Bereich rassistischer und fremdenfeindlicher Inhalte im Internet enthält. Da einige Länder, in denen die verfassungsrechtlich garantierte Meinungs- und Kommunikationsfreiheit einen hohen Stellenwert besitzt, die Konvention nicht unterzeichnet hätten, wäre dieser Teil auch Inhalt der Konvention gewesen, war es notwendig, den Teil über rassistische und fremdenfeindliche Inhalte auszugliedern und in einem Zusatzprotokoll zu verankern.[1922] Dieser Entwurf eines multilateralen, völkerrechtlichen Vertrages wird erst nach Ratifizierung durch die Vertragsstaaten wirksam.[1923] Deutschland hat dieses Abkommen zwar unterzeichnet, eine Ratifizierung erfolgt in Deutschland (zumindest teilweise) mit dem 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7.8.2007.[1924]

Die Konvention selbst besteht aus 4 Kapiteln: der Einführung, den Änderungen in den jeweiligen nationalen Gesetzen, den Zusammenarbeitsvorschriften und den Endbestimmungen. Die Vorschriften über die zu ändernden nationalen Vorschriften enthalten im strafrechtlichen Bereich Regelungen über den vorsätzlichen und unrechtmäßigen Zugriff auf Computersysteme (Art. 2), das rechtswidrige Abfangen nicht öffentlicher Computerübertragungen (Art. 3), den Eingriff in Daten (Art. 4), den Eingriff in die Funktionsweise eines Computersystems (Art. 5), den Missbrauch von Vorrichtungen (Art. 6), das Herstellen computergestützter Fälschungen

[1921] *Gercke*, MMR 2004, 728.
[1922] Vgl. auch *Holznagel*, ZUM 2000, 1007, im Hinblick auf das Verhältnis strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA.
[1923] Vgl. zur Notwendigkeit der Umsetzung der Regelungen der Konvention in das deutsche materielle Strafrecht *Gercke*, MMR 2004, 728; eine Aufstellung über den Status der jeweiligen Staaten im Hinblick auf Unterzeichnung und Ratifizierung der Konvention ist unter http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=7&DF=6/26/2007&CL=GER einsehbar.
[1924] BGBl. I, S. 1786.

(Art. 7), den computergestützten Betrug (Art. 8), Straftaten in Bezug zu Kinderpornographie (Art. 9), sowie Straftaten in Verbindung mit Verletzungen des Urheberrechts (Art. 10). Außerdem enthält die Konvention noch Regelungen zur Verantwortlichkeit bei dem Versuch und der Beteiligung an Straftaten (Art. 11) und zur Verantwortlichkeit juristischer Personen (Art. 12).

2. EU-Rahmenbeschluss des Europarates (2005/222/JI)

Der **EU-Rahmenbeschluss des Europarates** vom 24.2.2005 enthält ähnliche Regelungen wie die Cyber Crime Convention. Dieser Beschluss beinhaltet ebenfalls materielle Regelungen zu rechtswidrigen Zugriffen auf Informationssysteme (Art. 2), rechtswidrigen Systemeingriffen (Art. 3), sowie rechtswidrige Eingriffe in Daten (Art. 4). Außerdem werden Regelungen zur Beteiligung und dem Versuch an diesen Straftaten (Art. 5) getroffen. Der EU-Rahmenbeschluss enthält zusätzliche verfahrensrechtliche Regelungen, insbesondere im Hinblick auf gerichtliche Zuständigkeiten (Art. 10). Die Umsetzungsfrist des EU-Rahmenbeschlusses lief gem. Art. 12 Abs. 1 am 16.3.2007 ab, die Umsetzung erfolgte in Deutschland mit dem 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7.8.2007

3. EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (2006/24/EG)

Literatur:
Breyer, Rechtsprobleme der RL 2006/24/EG *zur* Vorratsdatenspeicherung und ihrer Umsetzung in Deutschland, StV 2007, 214; *Gietl*, Das Schicksal der Vorratsdatenspeicherung In: DuD 2008, S. 31; *Gitter/Schnabel*, Die RL zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht, MMR 2007, 411; *Rusteberg*, Die EG-RL zur Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten im System des europäischen Grund- und Menschenrechtsschutzs, VBlBW 2007, 171; *Zöller*, Vorratsdatenspeicherung zwischen nationaler und europäischer Strafverfolgung, GA 2007, 393.

Die EU-Richtlinie zur **Vorratsdatenspeicherung** (2006/24/EG)[1925] beinhaltet eine Speicherpflicht der Diensteanbieter für bestimmte Verkehrsdaten, wobei die zu speichernden Daten über Informationsdaten in Bezug auf das Internet hinaus auch das Telefonfestnetz, den Mobilfunk, die E-Mail-Kommunikation und die Internet-Telefonie betreffen. Der Grund dieser

[1925] Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG – Abl. L 105, 54.

Speicherpflicht liegt in der einfacheren Verfolgbarkeit von Straftaten sowohl im Internet als auch sonstiger Straftaten. Die Umsetzungsfrist der EU-Richtlinie endet gem. Art. 15 Abs. 1 am 15.9.2007, mit einer Ausnahmeregelung für die Dienste Internetzugang, E-Mail-Kommunikation und Internet-Telefonie, bei denen ein Aufschub auf ausdrückliche Erklärung der Mitgliedsstaaten bis längstens 15.3.2009 möglich ist. Eine solche Erklärung wurde von der *Bundesrepublik Deutschland* abgegeben. Die Umsetzung erfolgte in *Deutschland* zum 1.1.2008 durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG.[1926] Für den Bereich des Internets werden die Regelungen aber erst zum 1.1.2009 verbindlich. Nach einer einstweiligen Anordnung des *Bundesverfassungsgerichts* ist der Zugriff auf die Daten auf die Verfolgung von schweren Straftaten beschränkt.[1927] Die grundsätzliche Speicherungspflicht bleibt hiervon aber unberührt. Nach Auffassung des VG Wiesbaden[1928] ist die flächendeckende Aufzeichnung der Telefon-, Handy-, E-Mail- und Internetnutzung der gesamten Bevölkerung unverhältnismäßig. Das Gericht sah in der Datenspeicherung auf Vorrat einen Verstoß gegen das Grundrecht auf Datenschutz, die in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig ist. Der nach Art. 8 EMRK zu wahrende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei durch die Richtlinie [zur Vorratsdatenspeicherung] nicht gewahrt, weshalb sie ungültig sei. Im Übrigen haben verschiedene Gerichte die Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung zugunstehn einzelner TK-Anbieter ausgesetzt.[1929] Dabei wird vor allem darauf bemängelt, daß keine angemessene Entschädigung für die Investitionskosten der Provider vorgesehen sei.[1930]

4. EU-Haftbefehl (2002/584/JI)

Mit Wirkung vom 1.1.2004 wurde in einem EU-Rahmenbeschluss durch den Europäischen Rat der **Europäische Haftbefehl** beschlossen, der die nationalen Justizbehörden verpflichtet, das Ersuchen einer nationalen Justizbehörde eines Mitgliedsstaates auf Übergabe einer Person mit einem Minimum an Kontrollen anzuerkennen. Der europäische Haftbefehl setzt eine rechtskräftige Verurteilung zu einer Haftstrafe oder eine Anordnung einer Maßregel der Sicherung von mindestens vier Monaten oder das Vorliegen einer Straftat, die mit einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherheit im Höchstmaß von mindestens

[1926] Gesetz vom 21. Dezember 2007 – BGBl. I Nr. 70, S. 3198.
[1927] *BVerfG*, Beschluss vom 11. März 2008 – 1 BvR 256/08, MMR 2008, 303.
[1928] *VG Wiesbaden* Beschluss vom 27. Februar 2009 – 6 K 1045/08.WI.
[1929] So etwa *VG Köln*, Beschluss vom 20. Mai 2009 – 21 L 234/09; *VG Berlin*, MMR 2009, 355.
[1930] *VG Berlin*, MMR 2009, 355.

zwölf Monaten bedroht ist. Bei einer Strafandrohung von mindestens drei Jahren kann der Europäische Haftbefehl bezüglich diverser Tatbestände ohne Überprüfung des Vorliegens der beiderseitigen Strafbarkeit erfolgen. Zu diesen Tatbeständen zählen auch im Internet begehbare Tatbestände, wie Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit oder Betrugsdelikte.
Nachdem das erste deutsche Gesetz über den Europäischen Haftbefehl vom *BVerfG* für verfassungswidrig erklärt wurde,[1931] trat mit Wirkung vom 2.8.2006 das neu geschaffene, am 25.7.2006 veröffentlichte, Gesetz in Kraft.[1932]

Aufgrund der Tatsache, dass ein Handlungsmittel wie der europäische Haftbefehl auf globaler Ebene nicht existiert, die Festnahme und Auslieferung vielmehr von bilateralen Auslieferungsabkommen abhängig ist, bereiten „**Gesetzes-Oasen**" den Straftätern im Internet immer noch eine große „Spielwiese", um Gesetzesverletzungen zu entweichen.[1933]

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 Internetstehen sich die Prinzipien Meinungsfreiheit und strafrechtlich relevante Meinungsäußerung 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.[1934] Diese Tatsache wird von Extremisten gerne ausgenutzt, um ihre **Propaganda** in diesen Ländern in das weltweite Netz einzuspeisen.[1935] 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 Cyber

[1931] *BVerfG*, Urteil vom 18. Juli 2005 – 2 BvR 2236/04, NJW 2005, 2289.
[1932] BGBl. I Nr. 36, S. 1721
[1933] *Vassilaki*, MMR 2006, 212, 216.
[1934] *Holznagel/Kussel*, MMR 2001, 347, 350.
[1935] *Holznagel/Kussel*, MMR 2001, 347, 350, 351.

Crime Convention bekämpft werden, dem sich aber insbesondere die USA bislang noch nicht anschlossen.[1936]

Die **Verbreitung von Nazi-Propaganda**, wie auch 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[1937], 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 belangen sind.[1938] Die Strafvorschrift des § 130 StGB erlangte in letzter Zeit neben der Anwendung auf Nazi-Propaganda und der Verbreitung der „Auschwitz-Lüge" auch Bedeutung bei der Beurteilung anderer terroristischer Anfeindungen im Internet.

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, also insbesondere Völkermord, Mord oder Totschlag, zu entnehmen, 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 die Manipulation von Bahngleisen enthalten, nach § 130a StGB strafbar.[1939]

[1936] Eine Aufstellung über die Unterzeichnung und Ratifizierung des Zusatzprotokolls zur Cyber Crime Convention kann unter http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=189&CM=7&DF=6/26/2007&CL=GER eingesehen werden.

[1937] 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.

[1938] *BGH,* NStZ 2001, XXX.

[1939] *Holznagel/Kussel,* MMR 2001, 347, 348.

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, sondern auch unkörperliche Charakteristika, wie z.B. der „Hitler-Gruß" oder die Grußformeln „Heil Hitler" oder „mit deutschem Gruß".[1940] Der Tatbestand ist bereits vollendet, wenn die Kennzeichen auf der Homepage sichtbar sind.[1941] 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.[1942]

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 wenn der Inhalt der Darstellung in offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft zu der Organisation und die Bekämpfung ihrer Ideologie zum Ausdruck bringt. 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.[1943]

2. Gewaltdarstellungen im Internet (§ 131 StGB)

In den vergangenen Monaten wurde immer häufiger in den Medien über **Gewaltdarstellungen** berichtet, die vor allem Jugendliche auf ihren Mobiltelefonen besitzen und die mit Hilfe der MMS-Funktion dieser Mobiltelefone auch verschickt oder aus dem Internet heruntergeladen werden kann.

Das Verbreiten oder sonstige Zugänglichmachen von Darstellungen von grausamen oder sonst unmenschlichen Gewaltszenen gegenüber Menschen oder menschenähnlichen Wesen ist

[1940] *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Auflage, 2006, § 86a Rn. 3.
[1941] *Schreibauer*, in: Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internetrecht, 2. Auflage 2002, S. 613.
[1942] *BayObLG*, NJW 1990, 2006.
[1943] *BGH*, Urteil vom 15. März 2007 – 3 StR 486/06, NJW 2007, 1602; anders aber noch die Vorinstanz, *LG Stuttgart*, Urteil vom 29. September 2006 – 18 KLs 4 Js 63331/05, n.v.

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 aggressives, 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.[1944]

Die Formulierung, dass auch Gewalttätigkeiten gegenüber menschenähnlichen Darstellungen unter die Strafandrohung des § 131 StGB fallen, wurde mit Wirkung vom 1.4.2004 eingefügt. Zuvor waren aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbotes solche Gewalttätigkeiten nicht erfasst.[1945] 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.[1946] 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.[1947]

3. (Kinder-) Pornographieim Internet

Ein weiteres Problem ergibt sich bei (**kinder-) pornographischen Angeboten im Internet**. Das Internet als weltweite Plattform erweitert die Möglichkeiten, gegenseitig in Kontakt zu treten und (kinder-) pornographisches Material auszutauschen. Gleichzeitig erhöht sich aber auch das Risiko, dass pornographisches Material, das nicht für Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren geeignet ist, von diesen abgerufen wird. Diesem Risiko wird durch die Regelungen zum Jugendschutz im Internet begegnet, die im nächsten Kapitel besprochen werden. Das deutsche Strafrecht bestraft (Kinder-) Pornographie in den §§ 176, 184 ff. StGB. Durch § 184c StGB wird besonders festgelegt, dass auch durch die Verbreitung mit Hilfe Rundfunk-, Medien- oder Teledienste die Tatbestände der §§ 184 – 184b StGB erfüllt werden können.

[1944] *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 131, Rn. 6.
[1945] BVerfGE 87, 225; *BGH*, NStZ 2000, 307, 308.
[1946] *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 131 Rn. 6.
[1947] *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 131 Rn. 7.

Der Verletzungserfolg dieser Delikte liegt bereits dann vor, wenn Dateien, unabhängig vom Standort des Servers, aus Deutschland abgerufen werden können.[1948]

Die Vorschriften des Strafrechts, die 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**[1949] neu strukturiert. Die §§ 184 ff. StGB erhielten dadurch folgende Struktur: § 184 StGB regelt die Strafbarkeit (einfacher) pornographischer, § 184 a diejenige gewalt- und tierpornographischer, § 184b StGB diejenige kinderpornographischer Schriften[1950], 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 auf 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.[1951] § 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.[1952] Abschließend wird gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB auch die Herstellung, Beziehung, Lieferung, Vorratshaltung, sowie das Anbieten, Ankündigen, die 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

[1948] *BGH*, NStZ 2001, 569.
[1949] BGBl. I, S. 3007.
[1950] Nach § 11 Abs. 3 sind auch alle Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen wie Schriften zu behandeln.
[1951] *BGH*, NStZ 2001, 569.
[1952] *BGH*, NStZ 2001, 569.

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.[1953]

Die bestehende Regelungslücke sollte aber schnellstmöglich durch den Gesetzgeber geschlossen werden. 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.

4. Jugendschutz im Internet

Neben dem Schutz der Kinder und Jugendlichen vor sexuellem Missbrauch, der auch durch die Verbreitungsmöglichkeiten (kinder-) pornographischer Materialien, erhöht wird, besteht auch ein **Schutzbedürfnis für die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen**. Zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Gewaltdarstellungen und pornographischen Inhalten im Internet bestehen außerdem das Jugendschutzgesetz (JSchG) und spezieller der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV). Außerdem beinhaltet auch § 184 StGB jugendschützende Vorschriften. Die Strafbarkeit nach § 184 StGB wird dabei durch die Klausel in § 184c S. 2 eingeschränkt, wonach eine Strafbarkeit unter anderem im Internet wegen § 184 Abs. 1 entfallen kann, wenn der Anbieter durch geeignete Maßnahmen sicherstellen kann, dass sein Angebot ausschließlich für Erwachsene erreichbar ist, die geschützte Gruppe der unter 18-Jährigen diese Angebot also nicht abrufen kann.

Ein weiteres Schutzinstrument für Kinder und Jugendliche im Internet ist der **Jugendmedienschutz-Staatsvertrag**, der dem Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien dienen soll (§ 1 JMStV). Er beinhaltet in § 4 Abs. 1 eine Aufzählung unzulässiger Internetangebote,[1954] die durch weitere Angebote in § 4 Abs. 2 S. 1 JMStV erweitert wird. Die Angebote des § 4 Abs. 2 S. 1 JMStV sind jedoch nach § 4 Abs. 2 JMStV dann zulässig, wenn gewährleistet werden kann, dass diese Angebote nur Erwachsenen zugänglich

[1953] BVerfGE 87, 209 = *BverfG*, NJW 1993, 1457.
[1954] Das erste obergerichtliche Urteil zu den inhaltlichen Anforderungen des JMStV erging durch das *OLG Celle*, MMR 2007, 316.

gemacht werden, das Angebot also lediglich einer „geschlossenen Benutzergruppe“ zugänglich gemacht wird. Für die Einrichtung einer geschlossenen Benutzergruppe ist dabei ein Altersverifikationssystem einzusetzen, das der Zulassung durch die als Aufsichtsbehörde für sämtliche Anforderungen nach dem JMStV eingerichteten Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) bedarf. Der JMStV enthält in den §§ 23, 24 Regelungen, die festlegen, dass bestimmte nach dem JMStV als unzulässig eingestufte Verhaltensweisen als Straftat oder als Ordnungswidrigkeit einzustufen sind.

Der Jugendschutz im World Wide Web erfordert eine „effektive Barriere“, damit Minderjährige keinen Zugang zu pornografischen Inhalten erhalten. Dabei müssen „einfach und naheliegende Umgehungsmöglichkeiten“ ausgeschlossen werden. Dies hat der *BGH*[1955] entschieden und ein **Altersverifikationssystem** für wettbewerbswidrig erklärt, wonach vor der „Zugangsgewährung eine Personal- oder Reisepassnummer und die Postzeitzahl des Ausstellungsortes angegeben werden“ müssen. Für unzulässig erachtet der Erste Zivilsenat des BGH auch ein System, bei dem „außerdem die Eingabe eines Namens, einer Adresse und einer Kreditkartennummer oder Bankverbindung erforderlich ist“. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung eines wirksamen Altersverifikationssystems führten die Richter aus, dass „eine einmalige persönliche Identifizierung der Nutzer etwa durch einen Postzusteller und eine Authentifizierung bei jedem Abruf von Inhalten“ erforderlich ist.

5. Beleidigungen im Internet

Das Internet bietet mit seinen spezifischen Einrichtungen wie **Foren, Blogs und Meinungsportalen** vermehrte Möglichkeiten, die eigene Meinung kundzutun. Auch die Weiterentwicklung des Internet in das so genannte „Web 2.0“, bei der der Inhalt der Seiten nicht mehr nur von Anbieterseite vorgegeben wird, sondern den Benutzern hierbei selbst Möglichkeiten zur Bestimmung der Inhalte eröffnet werden, erhöht die „Mitbestimmung“ der Benutzer des Internet.

Daraus folgt aber auch eine erhöhte Gefahr der Begehung von Straftaten gegen die persönliche Ehre, wie sie in den §§ 185 ff. StGB geregelt sind. Zu beachten ist bei diesen Delikten auch immer die Abgrenzung zu dem **Grundrecht der Meinungsfreiheit** nach Art. 5 Abs. 1 GG. Selbst wenn in einem Onlineforum beleidigende Äußerungen an der Tagesordnung sind

[1955] *BGH*, Urteil vom 18. Oktober 2007 – I ZR 102/05, NJW 2008, 1882; MMR 2008, 400 m. Anm. *Waldenberger* – ueber18.de.

und das Opfer selbst zuvor sich beleidigend geäußert hat, sind diese Äußerungen als Beleidigung strafbar.[1956] Fraglich ist insbesondere, ob neben dem Äußernden selbst auch eine Strafbarkeit des Betreibers in Betracht kommt. Dabei ist eine eigene Täterschaft der Betreiber abzulehnen, da für die Annahme einer Täterschaft gefordert wird, dass eine eigene Missbilligung zum Ausdruck gebracht wird.[1957] So wurde auch die Täterschaft einer Rundfunkanstalt für während einer Fernsehsendung getätigte Beleidigungen abgelehnt.[1958] Eine Beteiligung als Gehilfe kommt dagegen dann in Betracht. Hier wird es aber wohl in den meisten Fällen am erforderlichen Vorsatz bezüglich der Haupttat (Beleidigung) fehlen, da Internetforen in erster Linie einer sich im Rahmen des Art. 5 GG haltenden Kritik dienen sollen.[1959]

6. Hyperlinks

Ein Spezifikum des Internets sind **Hyperlinks**, mit denen man von einer Seite direkt auf eine andere Seite oder deren Unterseite verlinkt wird. Diese Hyperlinks können auch strafrechtlich relevant 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.

Während das *AG Stuttgart*[1960] eine Verurteilung aufgrund des Setzens von Hyperlinks aussprach, wurde dieses Urteil in der Berufungsinstanz vom *LG Stuttgart* aufgehoben.[1961] 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.[1962] Dieses sieht in der Verlinkung mit einer strafrechtlich relevanten Seite grundsätzlich auch dann eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, wenn sich der Linksetzer vom In-

[1956] *AG Rheinbach*, 2 Ds 397/95 vom 12. Februar 1996 (n.v.).
[1957] *Lenckner,* in: Schönke/Schröder, § 185 Rn. 17; BVerfGE 82, 253; *OLG Köln,* NJW 1993, 1486.
[1958] *OLG Köln,* NJW 1993, 1486; auch der *BGH* hat in BGHZ 66, 182 im Rahmen einer zivilrechtlichen Fragestellung die Täterschaft einer Rundfunkanstalt nur dann angenommen, wenn diese durch den Ablauf und den Inhalt der Sendung erkennen lässt, dass die kritische Äußerung von ihr selbst stammen soll sie sich mithin mit der Äußerung identifiziert.
[1959] So auch *OLG Stuttgart*, ITRB 2007, 77.
[1960] CR 2005, 69 m. abl. Anm. *Kaufmann*; siehe auch die Anmerkung von *Kaufmann/Köcher,* MMR 2005, 335.
[1961] CR 2005, 675 m. Anm. *Kaufmann*.
[1962] CR 2006, 542 m. zust. Anm. *Kaufmann*; siehe auch die Anmerkung von *Liesching,* MMR 2006, 390.

halt der jeweiligen Seite distanziert.[1963] 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 einer 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.[1964] Verallgemeinerungsfähig aus diesem Urteil ist wohl die Aussage, dass für die täterschaftliche Begehung ein Linksetzen ausreichen kann. Für die Sozialadäquanzklausel des § 86 Abs. 3 StGB ist dagegen auf die Gesamtumstände abzustellen.[1965]

Das *BGH*-Urteil „Schöner Wetten" befasste sich mit der Strafbarkeit der Hyperlink-Werbung für ausländische Glücksspiele.[1966] Es handelte dabei aus strafrechtlicher Sicht die Straftatbestände der §§ 284 StGB ab, die inzident einen Verstoß gegen die wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit im Sinne des § 3 UWG darstellten. Das Strafanwendungsrecht führt zu einer Zuständigkeit deutscher Gerichte. Dies wird insbesondere durch § 284 Abs. 4 StGB bestärkt. Zu Rechtsunsicherheit führt jedoch die *EuGH*-Entscheidung „Gambelli", die sich unter anderem mit der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG und der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 46 EG beschäftigt.[1967] Demgegenüber hat der *BGH* die Anwendbarkeit des § 284 StGB aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses angenommen.[1968]

Insgesamt bleibt zu resümieren, 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,[1969] sowie eine nach deutschem Strafrecht eine zumindest tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat vorliegen muss. Eine solche Haupttat kann bei eindeutig nicht an den deutschen Internetnutzer adressierten Internetangeboten kaum angenommen werden.

[1963] Vgl. dazu *Stegbauer*, NStZ 2005, 677, der die Frage nach der Strafbarkeit eines Links als zumindest „diskussionsbedürftig" ansieht.
[1964] *OLG Stuttgart,* CR 2006, 542.
[1965] VGl. hierzu auch die zustimmende Anmerkung von *Liesching*, MMR 2006, 390.
[1966] *BGH*, GRUR 2004, 693.
[1967] *EuGH*, NJW 2004, 139; *Spindler*, GRUR 2004, 724, 726.
[1968] *BGH*, GRUR 2002, 636, 637.
[1969] *BGH*, MMR 2004, 668 – ROLEX; oftmals erscheint das voluntative Vorsatzelement höchst fraglich: *LG München I*, NJW 2000, 1051.

7. Viren, Würmer, Trojaner, Spyware

Unter einem **Virus** versteht man ein sich selbst vermehrendes Computerprogramm, welches sich in andere Computerprogramme einschleust und sich damit reproduziert. Die Benennung als „Virus" stammt dabei von der selbständigen Verbreitungs- und Identifizierungsfunktion. Wird ein Virus einmal aktiviert, kann dieser zu einer Störung der Umgebung führen, wie z.B. der Hardware, der Software, oder des Betriebssystems. 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 entstehen kann. Außerdem können durch 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, etc. Unter dem Begriff **Spyware** versteht man die im Hintergrund einer Software ablaufende Funktion, dem Hersteller der Software Daten und Informationen ohne Wissen des Benutzers an den Hersteller oder Dritte zu senden. Diese Funktion kann einerseits zur Marktforschung, andererseits aber auch zum Erstellen eigens für den Benutzer generierter Angebote benutzt werden.

Die Strafbarkeit dieser Computerschädlinge hängt von ihrer **Wirkungsweise** ab. Besitzen sie eine Schadensroutine, die zu einer Löschung oder Veränderung von Daten führt, ist der Tatbestand des § 303a StGB erfüllt.[1970] Demgegenüber ist die Lage bei Schädlingen ohne eine Schadensroutine im Hinblick auf § 303 StGB schwieriger einzuschätzen. Die Funktion eines Computerschädlings, sich selbst zu verbreiten und insoweit das Programm derart zu beeinflussen, dass eine selbständige Verbreitung des Schädlings durchgeführt wird, stellt ebenfalls eine nach § 303a StGB relevante Datenveränderung dar.[1971]

Zu denken wäre außerdem an eine Strafbarkeit nach **§ 303b StGB**.[1972] Hierbei ist die Tatbestandsvoraussetzung der „Störung des Datenverarbeitungsablaufs" problematisch. Diese Voraussetzung ist mit der reinen Infizierung eines Rechners noch nicht erfüllt. Nach der Ausfüh-

[1970] Vgl. *Eichelberger*, MMR 2004, 594, 595; *Schreibauer* in: Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internetrecht, S. 607.
[1971] So auch *Eichelberger*, MMR 2004, 594, 595; *Ernst*, NJW 2003, 3233, 3238.
[1972] *Ernst*, NJW 2003, 3233, 3238.

rung der Funktion des Computerschädlings hängt es von einer eventuell vorhandenen Schadensroutine ab, ob der Tatbestand des § 303b StGB vorliegt.[1973] Dagegen führt das bloße Verbreiten eines Schädlings, auch eines solchen mit Schadensroutine nicht zur Anwendbarkeit des § 202a StGB. Erst wenn der Schädling selbständig Daten an seinen Entwickler oder dritte Personen sendet, wobei ein dauerhafter Download der Daten nicht notwendig ist, liegt ein Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB vor.[1974]

Die Strafbarkeit dieser Tatbestände erfordert durchweg auch den **Vorsatz des Versenders**, für den jedoch dolus eventualis ausreicht. Von einem Vorsatz ist bei einem beabsichtigten Inverkehrbringen eines Computerschädlings auszugehen, während mangels Vorsatzes die Strafbarkeit bei einem unbewussten Weiterversenden des Schädlings, weil sich dieser aufgrund seiner Programmierung selbständig und ohne Wissen des Computerinhabers verbreitet, entfällt.[1975]

8. Phishing, Pharming

Als **Phishing** wird der Versuch bezeichnet, mit Hilfe von Spam-E-Mails an persönliche Daten der Internetnutzer zu gelangen. Der Internetnutzer wird dabei durch eine gefälschte E-Mail eines Kreditinstitutes gebeten, einen mit gesendeten Link anzuklicken. Die mit diesem Link aufgerufene Seite sieht derjenigen des wirklichen Kreditinstitutes täuschend ähnlich, sodass der Nutzer der Meinung ist, er befindet 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 dann selbst unbefugt benutzen kann.[1976] In einer Weiterentwicklung des Phishing, dem **Pharming** wird innerhalb des Computers die Zuordnung der IP-Adressen manipuliert, sodass 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.[1977] Bei beiden Varianten handelt es sich um einen Missbrauch der Umgebung des Internet.

[1973] *Eichelberger*, MMR 2004, 594, 595.
[1974] *Ernst*, NJW 2003, 3233, 3236; *Schneider/Günther*, CR 1997, 389, 395.
[1975] *Libertus*, MMR 2005, 507, 512.
[1976] *Popp*, MMR 2006, 84; *Borges*, NJW 2005, 3313.
[1977] *Borges*, NJW 2005, 3313.

Die Strafbarkeit des Phishing war bis zum Inkrafttreten des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Computerkriminalität noch nicht ausreichend geklärt. Das **reine Phishing** – ohne zusätzliche Handlungen – sollte zwar strafwürdig sein,[1978] inwieweit aber die bisherigen Strafnormen zur strafrechtlichen Beurteilung ausreichend waren, war Gegenstand der Diskussion.[1979] In Betracht für eine Strafbarkeit kommen auch nach der Reform des Computerstrafrechts die Tatbestände des Betrugs, § 263 StGB, des Vorbereiten eines Computerbetrugs, § 263a Abs. 3 StGB, des Ausspähens von Daten § 202a StGB, der Fälschung beweiserheblicher Daten, § 269 StGB, sowie der Datenveränderung und der Computersabotage (§§ 303a Abs. 1, 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB). In der erstinstanzlichen Rechtsprechung wurde das Phishing bislang als strafbar gem. § 263a StGB anerkannt.[1980] Ungeklärt ist nach wie vor, ob die Zusendung einer Spam-Mail allein zur täuschungsbedingten Erlangung geheimer Daten als Fälschung beweiserheblicher Daten im Sinne des § 269 StGB strafbar sein soll,[1981] während eine Strafbarkeit wegen Betrugs gem. § 263 StGB aufgrund der durch das reine Zusenden der Mail noch nicht konkretisierten Vermögensgefahr entfallen muss.[1982] Dagegen kann mit guten Gründen die Strafbarkeit im Hinblick auf die §§ 303a und 303b StGB abgelehnt werden.[1983]

Der durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität eingeführte Tatbestand des Vorbereitens des Ausspähens und Abfangens von Daten nach § 202c StGB erfasst nunmehr das Verschaffen von Passwörtern oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2 StGB) ermöglichen, sofern eine Straftat nach §§ 202a, b StGB vorbereitet wird. Damit ist das Phishing explizit von der Vorschrift erfasst.[1984] Eine Versuchsstrafbarkeit sieht der Tatbestand hingegen nicht vor (erfolglose Phishing-Attacke).

Die Benutzung der im Rahmen einer Phishing-Attacke gewonnen Daten stellt dann ein **Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB** dar, wenn sich mit Hilfe der gewonnenen Daten Zugang zu Daten verschafft wird, die (durch den Zugangscode) vor dem Zugriff besonders geschützt sind.[1985] Zu berücksichtigen ist dabei aber, dass dem Täter zumeist nicht an der Erlan-

[1978] *Graf*, NStZ 2007, 129, 130; vgl. zur Rückgewähr von durch Phishing erlangtem Geld *LG Hamburg*, CR 2006, 783.
[1979] So auch *Graf*, NStZ 2007, 129, 130.
[1980] *AG Hamm*, CR 2006, 70, 71; so auch das *AG Bensheim* – 6 C 68/07 vom 26. April 2007 (n.v.), das das Phishing im Rahmen einer zivilrechtlichen Schadensersatzklage als Computerbetrug gem. § 263a StGB einstuft; auch *Gercke*, ZUM 2006, 284, 289.
[1981] Dafür: *Gercke*, CR 2005, 606, 608; *Knupfer*, MMR 2004, 641, 642, a.A: *Graf*, NStZ 2007, 129, 132; *Popp*, MMR 2006, 84, 85.
[1982] *Graf*, NStZ 2007, 129, 130.
[1983] So auch *Popp*, MMR 2006, 84, 86.
[1984] *Ernst*, NStZ 2007, 675, 678.
[1985] *Gercke*, MMR 2004, Heft 5, S. XIV, XV.

gung und dem Ausspähen der personenbezogenen Daten gelegen ist, sondern er lediglich Zugang zu dem Account erlangen will, um diesen Account für seine eigenen Zwecke missbrauchen zu können. Diese Tatsachen sind bei der Prüfung des Vorsatzes zu berücksichtigen.

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.[1986] Das Bereitstellen des eigenen Kontos zur Annahme des durch Phishing- oder Pharming-Attacken transferierten Geldes stellt eine Beihilfe zu den oben genannten Delikten dar.[1987] Kommt diese Bereitstellung der eigenen Konten eines Privatiers 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.[1988]

9. DDos-Attacken (Distributed Denail of Service)

Die Bezeichnung **Denial of Service** steht für einen Angriff auf einen Server mit dem Ziel, dessen Arbeitsfähigkeit erheblich oder gar vollständig einzuschränken. Wird dieser Angriff koordiniert von einer großen Anzahl von Systemen durchgeführt, so spricht man von einem **Distributed Denial of Service** (DDoS).[1989] Üblicherweise erfolgen diese Angriffe in Zusammenhang mit Würmern, die sich einige Zeit vor der Durchführung des Angriffs verbreiten und so programmiert sind, dass gleichzeitig der DDoS-Angriff durchgeführt wird.
Bezüglich der Strafbarkeit von DoS-Attacken ist zwischen der Attacke selbst und der zumeist mit einer solchen Attacke verbundenen Androhung, einen DDoS-Angriff auszuführen (oft auch in Verbindung mit einer „Lösegeldforderung"), zu unterscheiden. Die DoS-Attacke selbst kann – abhängig von der jeweiligen Funktionsweise – eine Unterdrückung von Daten gem. § 303a StGB bedeuten, wenn dadurch ein aktueller Datenübertragungsvorgang unterbrochen wird[1990] oder der Betreiber der Website diese nicht mehr erreichen kann und die Daten daher seiner Verfügungsmöglichkeiten über diese Daten entzogen sind.[1991] Handelt es sich bei

[1986] *Popp*, MMR 2006, 84, 86.
[1987] *AG Hamm*, CR 2006, 70.
[1988] *AG Darmstadt*, JurPC Web-Dok. 125/2006.
[1989] Vgl. zur technischen Seite von DDos-Attacken: *Möller/Kelm*, DuD 2000, 292.
[1990] *Ernst*, NJW 2003, 3233, 3238.
[1991] *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366, 372.

dem angegriffenen Server um den Unternehmensserver selbst oder akquiriert das betroffene Unternehmen sein gesamtes oder einen Großteil seines Umsatzes über das Internet, liegt eine Strafbarkeit wegen Computersabotage nach § 303b StGB vor. Nach der Neufassung der Vorschrift durch das 41. Strafrechtsänderungsgesetz wird nunmehr auch die Eingabe oder Übermittlung von Daten in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen erfasst, womit ausweislich der Gesetzesbegründung DoS-Attacken unter Strafe gestellt werden sollten.[1992] 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.[1993]

Daneben werden insbesondere DDos-Attacken oft mit einer vorherigen Ankündigung verbunden, die wiederum die Vermeidung des Angriffes gegen ein **„Lösegeld“** enthalten kann. Es stellt sich hierbei die Frage nach einer Strafbarkeit dieses Vorgehens wegen Nötigung. Das *AG Frankfurt*[1994] sah im Aufruf zu einer solchen **„Online-Demonstration“** einen öffentlichen Aufruf zur Straftat der Nötigung gem. § 111 StGB, weil Dritte durch den Angriff von einem Besuch der Website abgehalten werden. Es handle sich daher um „Gewalteinwirkung“, da der Internetnutzer durch vis absoluta von einem Besuch der Website abgehalten würde.[1995] Daneben wäre aber auch das angegriffene Unternehmen selbst Opfer einer Nötigung, weil durch die Beeinflussung der Internetnutzer dem Unternehmen – im vorliegenden Fall der Lufthansa – ein bestimmtes Verhalten aufoktroyiert werden solle.[1996] Der Zusammenschluss mehrere Personen im Onlinebereich zur Durchführung einer „Onlinedemonstration“ (die einer DDos-Attacke entspricht) wäre auch nicht vom Grundrecht der Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 GG geschützt, weil es insoweit an einem gemeinsamen Ort der Aktivität und der erforderlichen inneren Verbundenheit der Teilnehmer fehle.[1997]

Die Einordnung des Verhaltens als Nötigung wurde jedoch vom Revisionsgericht, dem *OLG Frankfurt*, nicht geteilt.[1998] Es handle sich weder um „Gewalt“ noch um eine „Drohung mit einem empfindlichen Übel“, sodass eine Strafbarkeit aus § 240 StGB wegen Nötigung entfalle.[1999] Dies läge daran, dass sich die Wirkung der DDos-Attacke beim Internetnutzer darin

[1992] BT-Drs. 16/3656, S. 13.
[1993] *Ernst*, NJW 2003, 3233, 3239.
[1994] CR 2005, 897.
[1995] *AG Frankfurt*, CR 2005, 897, 899.
[1996] *AG Frankfurt*, CR 2005, 897, 900.
[1997] *AG Frankfurt*, CR 2005, 897.
[1998] CR 2006, 684.
[1999] *OLG Frankfurt*, CR 2006, 684, 685.

erschöpfe, dass er (für die Zeit der Attacke) die Internetseite nicht aufrufen könne, was aber **keine psychische Beeinträchtigung** bedeute, sondern lediglich eine Sachentziehung, die aber nicht als Nötigung zu werten sei.[2000] Seit der Umsetzung des Art. 3 des EU-Rahmenbeschlusses 2005/222/JI durch das Strafrechtsänderungsgesetz vom 20.09.2006 werden DDoS Attacken vom Straftatbestand der Computersabotage gem. § 303b StGB umfasst.[2001] Diese Umsetzung entspricht auch der diesbezüglichen Normierung in Art. 5 CCC.[2002]

10. Dialer

Der Begriff **Dialer** steht heutzutage für Einwahlprogramme ins Internet, die sich – teilweise ohne Wissen des Nutzers, teilweise absichtlich – auf dem Computer installieren und selbständig ins Internet einwählen. Diese Einwahl wird meist über Nummern durchgeführt, die besonders hohe Gebühren haben, wie z.B. 0190- oder 0900-Nummern.

Die strafrechtliche Beurteilung von Dialern[2003] bereitet ausschließlich bei ohne Wissen des Nutzers installierten Dialern, oder bei denjenigen Dialern, die über die vom Nutzer geplante Einwahl hinausgehen, Probleme. Absichtlich herunter geladene Dialer, die den Einwahlpreis für die Internetverbindung in bestimmten, dem Nutzer bekannten Fällen erhöhen, sind aus strafrechtlicher Sicht nicht relevant, da der Nutzer in diesen Fällen bewusst eine Vermögensminderung, wie auch eine Datenveränderung in Kauf nimmt. In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit nach **§§ 202a, 263, 263a und 303a** StGB bei Dialern, die sich ohne Wissen des Nutzers auf seinem Rechner installiert haben und die Internetverbindungsdaten derart verändert haben, dass eine Einwahl in das Internet ausschließlich über die Nummer des Dialers erfolgt. In gleicher Art und Weise zu bestrafen sind Dialer, die über die beabsichtigte Nutzung hinaus auch in anderen als den beabsichtigten und dem Nutzer 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,[2004] wobei diese die Funktionsweise des Trojaners und nicht des Dialers betrifft.

[2000] A.A. zu diesem Bereich *Kraft/Meister*, MMR 2003, 366, 370, die Online-Demonstrationen mit Sitzblockaden gleichsetzen und daher eine Strafbarkeit wegen Nötigung bejahen.
[2001] *Gercke*, Anm. zu *OLG Franfurt/M.* in: MMR 2006, 547, 553.
[2002] *Eichelberger*, DuD 2006, 490, 495.
[2003] Zu den vertraglichen Beziehungen: *Hoeren/Welp*, JuS 2006, 389 ff.
[2004] *Buggisch*, NStZ 2002, 178, 179.

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.[2005] Dies gilt auch für die Fälle, in denen der Dialer über die beabsichtigte Nutzung hinaus sich 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.[2006]

Auch ein **Computerbetrug nach § 263a** StGB liegt vor, da der Nutzer durch die Installation getäuscht würde, weil er der Meinung sei, entweder nur für die Anwahl bestimmter Seiten oder aber nie den überhöhten Preis bezahlen zu müssen.[2007] 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 Verfügungsbewusstsein ist insofern nicht erforderlich.[2008] Der Vermögensschaden, der laut Buggisch[2009] „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,[2010] bzw. steht einem Rückzahlungsanspruch positiv gegenüber, wenn die Zahlung unter Vorbehalt erfolgte.[2011] 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 verschiedenartige Nachweisproblematiken entstehen könnten.[2012] Ein Vermögensschaden ist insoweit also ebenfalls, zumindest in Form einer konkreten Vermögensgefährdung durch die Einwahl in das Internet über einen Dialer, anzunehmen. Auch die Qualifikationstatbestände des § 263 StGB können bei Dialern vorliegen, z.B. wenn die Installierung eines Dialers gewerbsmäßig erfolgt.[2013] Die letztgenannten Tatbestände des § 263a StGB und des § 263 StGB sollen in vorliegendem Fall – entgegen

[2005] *AG Hamburg-St.Georg*, MMR 2006, 345; *Buggisch*, NStZ 2002, 178, 180.
[2006] A.A. *Fülling/Rath*, JuS 2005, 598, 602.
[2007] *Buggisch*, NStZ 2002, 178, 180; *Fülling/Rath*, JuS 2005, 598, 600.
[2008] *Fülling/Rath*, JuS 2005, 598, 600; *Buggisch*, NStZ 2002, 178, 181 m.w.N.
[2009] NStZ 2002, 178, 181.
[2010] *BGH*, CR 2004, 355 = NJW 2005, 1590; *LG Frankfurt*, MMR 2005, 856; *AG München*, MMR 2006, 184; *AG Trier*, NJW-RR 2005, 921; *LG Gera*, CR 2004, 543.
[2011] *BGH*, CR 2006, 27=NJW 2006, 286.
[2012] *Fülling/Rath*, JuS 2005, 598, 600.
[2013] *AG Hamburg-St. Georg*, MMR 2006, 345.

der herrschenden Meinung, die eine Subsidiarität des § 263a StGB annimmt[2014] – in Idealkonkurrenz stehen, um die Doppelfunktion des Dialers, nämlich einerseits die Täuschung des Menschen, andererseits aber auch den Eingriff in den Datenverarbeitungsprozess darzulegen.[2015]

11. IP-Spoofing und Portscanning

Weitere Arten von Hackerangriffen stellen das **IP-Spoofing** und das **Portscanning** dar. Beim IP-Spoofing verwendet der Hacker eine falsche IP-Nummer, um so eine falsche Identität vorzuspielen. Dabei setzt der Hacker statt der eigenen ihm zugordneten IP-Adresse die IP-Adresse eines anderen Computers ein, sodass er nicht mehr als Versender des Datenpaketes identifiziert werden kann und dieses Datenpaket einem anderen Nutzer zugeordnet wird. Es wird unterschieden zwischen dem echten IP-Spoofing, bei dem der Hacker die Datenpakete von seinem eigenen Computer aus versendet und eine falsche IP-Adresse benutzt und dem unechten IP-Spoofing, bei dem der Hacker die Datenpakete vom fremden Computer aus versendet. Die dadurch vergebene IP-Adresse stimmt zwar mit dem Anschluss, von dem aus die Daten versendet wurden, jedoch stammen diese Daten nicht vom Anschlussinhaber, sondern von einem Dritten, nämlich dem Hacker. Portscanning dagegen bezeichnet die Hackertätigkeit, die offenen Ports eines Systems ausfindig machen, um dieses danach im Sinne eines klassischen DoS-Angriffs zum Erliegen zu bringen.

Für die Strafbarkeit des IP-Spoofings muss 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.[2016] 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 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 be-

[2014] *Tröndle/Fischer*, § 263a Rn. 38; *Lackner/Kühl*, § 263a Rn. 27; *Cramer* in: Schönke/Schröder, § 263 a, Rn. 41.
[2015] *Buggisch*, NStZ 2002, 178, 181; *Fülling/Rath*, JuS 2005, 598, 602.
[2016] *Rinker*, MMR 2002, 663, 664.

troffen 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.[2017] 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 im Sinne des § 202a StGB[2018], da sie lediglich der Beweissicherung dient. Es besteht daher keine Strafbarkeit nach § 202a StGB. Dagegen ist eine Strafbarkeit des Portscanning anzunehmen, wenn dieses als Mittel für einen DoS-Angriff benutzt wird, weil dadurch Daten im Sinne des § 303a StGB unterdrückt werden. Da für eine Datenunterdrückung das zeitweilige Entziehen der Verwendung der Daten für den berechtigten genügt, liegt eine Strafbarkeit nach § 303a StGB vor.[2019] 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.[2020]

12. Einstellung von mangelbehafteten Angeboten ins Internet einschl. der Nutzung fremder Accounts („Account-Takeover“)

Aus strafrechtlicher Sicht interessant kann auch die Benutzung von Onlineverkaufsplattformen oder anderen Angeboten im Hinblick auf den **Verkauf nicht existenter oder nicht der**

[2017] Diese Einschränkung des Tatbestandes befürwortet auch *Rinker*, MMR 2002, 663, 664 m.w.N.
[2018] So auch *Rinker*, MMR 2002, 663, 665 m.w.N.
[2019] *Rinker*, MMR 2002, 663, 665.
[2020] So auch *Rinker*, MMR 2002, 663, 665.

Beschreibung entsprechender Gegenstände werden. In Betracht kommt hier der angekündigte Verkauf von Viagra-Pillen, die sich aber als wirkungslose Pflanzenpräparate entpuppen oder das Versprechen, nach Zahlung eines bestimmten Betrages den Zugang zu einem Portal mit einer großen Anzahl von Erotikbildern zu erhalten, der sich dann aber als inhaltsleere Webseite darstellt.[2021] Wird durch diese Benutzung der Ersteigerer zu einer Überweisung des Kaufpreises gebracht, so liegt in dem Verhalten ein Betrug gem. § 263 StGB. Der „Verkäufer" wusste von Beginn der Auktion von der fehlenden Existenz des Kaufgegenstandes und wollte den Ersteigerer zu einer Überweisung des vermeintlichen Kaufpreises, die dieser in Erwartung des Erhalts des vermeintlich gekauften Gegenstandes tätigte, „verführen". Bei einer solchen Strafbarkeit spielt die Frage nach der Inhaberschaft an dem Account keine Rolle, größtenteils werden diese betrügerischen Vorgänge aber über fremde Accounts getätigt, zu deren Zugangsdaten der Täter mit Hilfe einer Phishing-Mail gekommen ist.[2022] Das Einstellen eines nicht existenten Gegenstandes selbst auf einer Onlineverkaufsplattform begründet jedoch keine Strafbarkeit zum Nachteil des realen Accountinhabers. Die Strafbarkeit wird ab dem betrügerischen Einstellen einer Auktion ausschließlich zum Nachteil etwaiger Käufer begründet.

13. Filesharing

Seit dem Aufbau von Filesharing-Netzwerken wie „Napster" und „Kazaa" im Internet, bei denen die Teilnehmer des Netzwerkes gegenseitig Dateien zum Download über das Internet bereitstellen, stellt sich die Frage nach der **Strafbarkeit des Filesharing**. In Frage kommt insoweit eine Strafbarkeit nach den §§ 106 ff. UrhG. Voraussetzung für diese Strafbarkeit ist eine Verletzung des Urheberrechts. Die Bereitstellung zum Download bedeutet eine öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG, während der Download selbst eine Vervielfältigung der Datei gem. § 16 UrhG bedeutet.[2023] Sie stellt jedoch nur dann eine Urheberrechtsverletzung dar, wenn die urheberrechtliche Schranke der Privatkopie (§ 53 UrhG) nicht einschlägig ist. Mit dem **1. Korb der Urheberrechtsreform** wurde versucht, der Entwicklung der Filesharing-Netzwerke Herr zu werden. Jedoch führte die Anpassung des Wortlautes in § 53 UrhG, wonach diejenigen Vervielfältigen, die aus einer „offensichtlich rechtswidrig herges-

[2021] Die Beispiele stammen aus: *Schreibauer* in: Kröger/Gimmy, Handbuch zum Internetrecht, 2. Auflage, 2002, S. 610.
[2022] *Gercke*, MMR 2004, Heft 5, XIV; vgl. *Klees*, MMR 2007, 275, 277, der die zivilrechtliche Verantwortlichkeit sog. „Spaßbieter" überprüft und dabei auf die Möglichkeit des Ausspähens von Passwörtern durch Trojaner hinweist; vgl. zu dieser Möglichkeit auch *OLG Naumburg*, OLG-NL 2005, 51.
[2023] *Frank*, K&R 2004, 577, 578.

tellten Vorlage stammen", als nicht von der urheberrechtlichen Schranke des § 53 UrhG gedeckt seien, nicht zum gewünschten Erfolg. Insbesondere konnte dadurch eine Strafbarkeit der Downloads nicht erreicht werden, da die Vervielfältigung durch den Anbieter zumeist als Privatkopie anzusehen war und daher dessen Vervielfältigung rechtmäßig war. Die Einschränkung des § 53 UrhG nach dem 1. Korb zielte jedoch nur auf offensichtlich rechtswidrig hergestellte (!) Vorlagen ab und nicht auf die Rechtmäßigkeit der öffentlichen Zugänglichmachung durch den Anbieter.[2024] Eine Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit würde somit gegen das **strafrechtliche Analogieverbot** verstoßen.[2025]

Aufgrund des **§ 15 StGB**, wonach nur bei ausdrücklicher Erwähnung einer Strafbarkeit der Fahrlässigkeit, die im UrhG fehlt, Fahrlässigkeit ebenfalls strafbar ist, sind auch diejenigen, die – ohne ihr Wissen und Wollen im Hinblick auf den „unerlaubten" Download – anderen ihren Anschluss zur Verfügung stellen nicht strafrechtlich verantwortlich. Insoweit entsteht eine strafrechtliche Verantwortlichkeit erst mit dem Vorwurf eines zumindest bedingten Vorsatzes bezogen auf die Urheberrechtsverletzung, also dem unerlaubten Bereitstellen von für Dritte urheberrechtlich geschützten Dateien in einem Filesharing-Netzwerk. Es ist dabei also zu unterscheiden zwischen einer zivilrechtlichen Haftung des Anschlussinhabers, der für bestimmte Verhaltensweisen als Störer zur Haftung zu ziehen ist[2026], und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die auch im Hinblick auf die Urheberrechtsverletzung zumindest bedingten Vorsatz erfordert.

Durch die Verabschiedung des **2. Korbes**[2027] der Urheberrechtsreform durch den Bundestag am 5.7.2007 wurde versucht, die Unzulänglichkeiten im Bereich der Privatkopie zu verbessern. Der 2. Korb muss noch durch den Bundesrat verabschiedet werden, was im Herbst 2007 geschehen soll, sodass die Gesetzesänderungen noch im Jahr 2007 in Kraft treten können. Die Änderungen des UrhG beinhalten u.a. dabei eine Änderung des § 53 Abs. 1 UrhG, wonach eine Ausnahme der Schranke der Privatkopie auch eintreten soll, wenn die Vorlage zur Privatkopie „offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wurde". Diese Formulierung bedeutet, dass auch neben dem Anbieten auch der Download von unerlaubt online gestellten urheberrechtlich geschützten Dateien nicht mehr von der Schranke des § 53 UrhG gedeckt ist. Auch die diskutierte Einführung einer Bagatellklausel wurde nicht verabschiedet,

[2024] Vgl. *Frank*, K&R 2004, 577, 579.
[2025] *Frank*, K&R 2004, 577, 580.
[2026] Wie z.B. der Bereitstellung eines nicht geschützten WLAN-Netzwerkes oder dem Bereitstellen eines Internetanschlusses, der auch von anderen als dem Anschlussinhaber selbst benutzt wird.
[2027] Regierungsentwurf abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/media/archive/1174.pdf.

sodass bereits der erstmalige Download eine Urheberrechtsverletzung darstellt und nach § 106 UrhG strafbar ist. Es wird davon auszugehen sein, dass Bagatelldelikte auch weiterhin vermehrt von den Staatsanwaltschaften eingestellt werden.

14. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 20.09.2006

Literatur:
Borges/Stuckenberg/Wegener, Bekämpfung der Computerkriminalität – Zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Computerkriminalität, DuD 2007, 275; *Cornelius*, Zur Strafbarkeit des Anbietens von Hackertools – Was nach dem 41. Strafrechtsänderungsgesetz noch für die IT-Sicherheit getan werden darf, CR 2007, 682; *Ernst*, Das neue Computerstrafrecht, NJW 2007, 2661; *Gröseling/Höfinger*, Hacking und Computerspionage – Auswirkungen ders 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, MMR 2007, 549; *dies*., Computersabotage und Vorfeldkriminalität – Auswirkungen ders 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität, MMR 2007, 626; *Schreibauer/Hessel*, Das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität, K&R 2007, 616; *Schumann*, Das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität, NStZ 2007, 675.

Durch das 41. **Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 20.09.2006**, das am 28.05.2007 in 2. und 3. Lesung im Bundestag verabschiedet wurde und am 11.8.2007 in Kraft trat,[2028] werden die Cyber Crime Convention und der EU-Rahmenbeschluss 2005/222/JI vom 24.2.2005 in deutsches Recht umgesetzt. Die Novelle sieht eine Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes beim Ausspähen von Daten nach § 202a StGB vor. Ein Verschaffen der Daten ist nunmehr nicht mehr erforderlich. Schon der Zugang zu besonders gesicherten Daten wird von der neugefassten Vorschrift erfasst. Daten während des Übermittlungsvorgangs werden durch § 202b StGB (Abfangen von Daten) unabhängig von einer besonderen Zugangssicherung geschützt. Die Vorschrift betrifft alternative Kommunikationsmittel wie E-Mail, Chat und VoIP. Außerdem wurde ein so genannter „Hacking-Tool"-Paragraph (§ 202c StGB) eingeführt, der als Vorbereitungsstraftat das Herstellen und Verbreiten von Computerprogrammen unter Strafe stellt, deren Zweck auch die Begehung einer Straftat sein kann. Die Verwirklichung des Tatbestandes erfordert hinsichtlich der Begehung einer Haupttat nach §§ 202a, b StGB dolus eventualis. Dies ist beim Bereithalten solcher Programme zum Download kritisch, da stets mit einer deliktischen Verwendung durch Dritte gerechnet werden muss. [2029] Ein Ermittlungsverfahren gegen das *Bundesamt für*

[2028] BGBl. I, 2007, S. 3198.
[2029] Hierzu kritisch: Stellungnahme der Forschungsstelle Recht im Deutschen Forschungsnetz zum „Regierungsentwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 20. September 2006", abrufbar unter: http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/INHALTE/publikationen/Forschungsstelle_Recht_im_DFN.pdf.

Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) wegen des Verbreitens von Hacking-Tools wurde allerdings durch die *Staatsanwaltschaft Bonn* mangels Anfangsverdachts nicht eröffnet. Der Tatbestand der Computersabotage nach § 303b StGB erstreckt sich nunmehr auch auf private Informationssysteme von wesentlicher Bedeutung.

V. Strafprozessrecht

1. Verdeckte Online-Durchsuchung

Neben dem materiellen Strafrecht bestehen auch besondere **prozessuale Eingriffe im Bereich des Internet**. Besonders in der Diskussion steht das Vorgehen, in Verdacht stehende Computer mit Hilfe vom Staat eingeschleuster Software (Trojaner) auf illegale Inhalte durchsuchen zu können. Die dabei gewonnen Informationen werden dann an die Ermittlungsbehörde zurückgesendet. All dies geschieht ohne Wissen des Beschuldigten.

Dieser Praxis hat der *BGH* mit Beschluss vom 31.1.2007 (Az. StB 18/06)[2030] jedoch eine Absage erteilt. Die **verdeckte Onlinedurchsuchung** 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 §§ 100 a, b StPO, die aufgrund des fehlenden Wissens des Beschuldigten mit der Lage bei der Onlinedurchsuchung 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 Onlinedurchsuchung gespeicherte Informationen abgerufen würden. Auch andere Befugnisnormen der Strafprozessordnung gestatteten die verdeckte Onlinedurchsuchung nicht. Die verdeckte Onlinedurchsuchung greift damit in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Beschuldigten ohne Rechtfertigung ein und stellt somit einen unzulässigen Eingriff in die allgemeinen Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten dar. Daher sind durch eine verdeckte Onlinedurchsuchung erlangte Beweismittel nicht verwertbar.

[2030] ZUM 2007, 301; damit wurden auch die sich widersprechenden Entscheidungen der Ermittlungsrichter am *BGH*, StV 2007, 60 (Zulässigkeit einer verdeckten Online-Durchsuchung) und CR 2007, 143 (Unzulässigkeit, vgl. zustimmend *Hornung*, CR 2007, 144) zu Gunsten einer Unzulässigkeit entschieden.

Zu beachten ist ferner die neue Rechtsprechung des *BVerfG*[2031] zur Integrität der elektronischen Kommunikation. Hiernach umfaßt das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Die Maßnahme kann schon dann gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für das überragend wichtige Rechtsgut hinweisen. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Das Gesetz, das zu einem solchen Eingriff ermächtigt, muss Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.

2. E-Mail-Überwachung (inkl. Beschlagnahme von E-Mail)

Die **Überwachung und der Zugriff auf E-Mails durch die Strafverfolgungsbehörden** können aufgrund der technischen Funktionsweise des Übermittlungsvorganges auf verschiedene Weise geschehen. Eine abgesendete E-Mail gelangt zunächst in das E-Mail-Postfach (den „Account“) des Adressaten, das sich auf dem Server des Providers befindet und dort besonders geschützt ist. Je nach Ausgestaltung des E-Mail-Programms wird diese E-Mail anschließend auf dem Server belassen und online angesehen (Webmail-Verfahren) oder vom Server des Providers auf den eigenen Computer des Adressaten heruntergeladen. Daher sind auch Zugriffe sowohl beim Provider, als auch direkt beim Adressaten möglich. Zu fragen ist insoweit, ob es sich dabei um Eingriffe in das verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) handelt. 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 Fernmelde-

[2031] *BVerfG*, NJW 2008, 822; MMR 2008, 315 m. Anm. *Bär*.

geheimnis ab.[2032] Der Zugriff auf die E-Mails auf dem Computer des Adressaten stellten 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 sollen die §§ 94 und 102 ff. jedoch eine geeignete Ermächtigungsgrundlage für den Zugriff bedeuten.[2033] 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?

Dieser Fallgestaltung gegenüber steht jedoch die Möglichkeit, auf die E-Mail **direkt auf dem Server des Providers** zuzugreifen. Inwieweit ein solcher Zugriff über eine analoge Anwendung der §§ 94, 98, 99 StPO erfolgen kann[2034] oder auf die Ermächtigungsgrundlage der §§ 100a ff. StPO zurückgegriffen werden muss[2035], 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 und will in Phase 1 und 3 § 100a StPO als geeignete Ermächtigungsgrundlage sehen, während für Phase 2 die §§ 94, 98 StPO anzuwenden seien.[2036] Diese verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Fallgestaltung steht momentan auf dem Prüfstand. Das *BVerfG* hat bereits in einer ersten einstweiligen Anordnung festgestellt, dass die Frage, ob für die auf dem Server des Providers gespeicherten E-Mails das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 GG einschlägig ist, noch nicht vollständig geklärt ist.[2037] Dies hängt davon ab, inwieweit der Telekommunikationsvorgang bereits beim Eintreffen der E-Mail auf dem Server des Providers als abgeschlossen angesehen werden kann oder nicht. Es wird vertreten, dass noch kein Abschluss des Kommunikationsvorganges vorliegt, sondern lediglich ein Stillstand dieses Vorganges eingetreten ist.[2038] Es wird also das Hauptsacheverfahren abzuwarten sein, das einerseits Aufschluss über die Reichweite des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG geben wird, andererseits aber auch über die Geeignetheit der Ermächtigungsgrundlagen (unabhängig vom oben genannten Streit, ob die §§ 94, 98 StPO analog oder

[2032] CR 2006, 383.
[2033] *BVerfG*, CR 2006, 383.
[2034] So das *LG Ravensburg*, MMR 2003, 679 m. zust. Anm. *Bär*.
[2035] *LG Hanau*, NJW 1999, 3647 = MMR 2000, 175 m. abl. Anm. *Bär*; *LG Mannheim*, StV 2002, 242. Siehe auch *LG Hamburg*, MMR 2008, 423 zur unzulässigen Überwachung von Internettelefonaten mit VoIP.
[2036] *Bär*, MMR 2003, 679; MMR 2000, 175.
[2037] *BVerfG*, MMR 2007, 169.
[2038] *Sankol*, Anm. zu BVerfG, MMR 2007, 169; *Sankol*, MMR Heft 12/2006, S. XXIX.

§ 100a StPO anzuwenden sind) zu entscheiden sein wird. *Sankol* zumindest will es nicht ausschließen, dass diese Geeignetheit durch das *BVerfG* abgelehnt wird und sich daraus weiterer legislativer Handlungsbedarf ergibt.[2039]

3. Hinzuziehung von Dritten im Ermittlungsverfahren

Die Staatsanwaltschaft kann sich während des Ermittlungsverfahrens der **Hilfe von Sachverständigen bedienen (§ 161a StPO)**. Sie kann dabei 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 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 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".[2040] 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.[2041] Insbesondere im Hinblick auf Personen, die selbst ein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, muss diese Erforderlichkeit besonders geprüft werden. Eine Prüfung der Erforderlichkeit der Hinzuziehung von Mitarbeitern der GVU war Gegenstand eines Beschlusses des *LG Kiel*.[2042] Die Erforderlichkeit kann in bestimmten Fällen vorliegen, wenn die Hinzuziehung für den Fortgang der Ermittlungen geboten ist.[2043] Daher ist zu prüfen, inwieweit die Hinzuziehung eines Mitarbeiters der GVU diesen Anforderungen genügt. Die GVU hat ein eigenes Interesse an der Aufklärung der Straftaten, da die Verfolgung der strafbaren Urheberrechtsverstöße ihre Aufgabe darstellt. Mitarbeiter der GVU stellen daher keine neutralen Sachverständigen dar, da diese am Ausgang des Verfahrens ein eigenes Interesse haben. Es ist daher fraglich, inwieweit ein Mitarbeiter der GVU bei Durchsuchungen, die aufgrund des Verdachts eines Urheberrechtsverstoßes ergehen, hinzugezogen werden kann. Insbesondere dann, wenn die Mitarbeiter der GVU während des Ermittlungsverfahrens selbständig tätig werden, wie z.B. die Übernahme eines

[2039] *Sankol*, MMR 2007, 169, 171.
[2040] Die Homepage der GVU ist unter www.gvu.de zu erreichen.
[2041] *LG Kiel*, NJW 2006, 3224 = CR 2007, 116.
[2042] NJW 2006, 3224.
[2043] *OLG Hamm*, NStZ 1986, 326 m.w.N.

Großteils der Auswertung der beschlagnahmten Computer, der Erstellung eines eigenen Auswertungsberichtes, bedeutet dies eine „Privatisierung des Ermittlungsverfahrens", das nicht den Anforderungen der Strafprozessordnung entspricht.[2044] 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.[2045] 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 Ermittlungsverfahren möglich ist, nicht jedoch ausschließlich an Sachverständige ohne vorherige Sichtung.[2046] Interessant ist auch, dass die Staatsanwaltschaft diese Unterlagen nicht einem bestimmten Sachverständigen, sondern der GVU als Organisation überlassen hat. Auch dieses verstoße gegen § 110 StPO, so das *LG Kiel*.[2047]

4. Vorratsdatenspeicherung

Die **Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung** ist in dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen umgesetzt worden, das zum 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist. [2048] Darin sieht **§ 113a TKG** eine Speicherungsverpflichtung von Verkehrsdaten für Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten für die Dauer von 6 Monaten vor. Zu den zu speichernden Daten gehören insbesondere Rufnummern des anrufenden 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 haben 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 sind dabei die Hochschulen, was sich aus der Begründung zum Kreis der Verpflichteten im Regierungsentwurf ergibt. Die nach § 113a TKG erhobenen Daten dürfen dabei gem. § 113b TKG nur zur Verfolgung von Straftaten, zur Abwehr von erheblichen

[2044] *LG Kiel*, NJW 2006, 3224, 3225.
[2045] *LG Kiel*, NJW 2006, 3224, 3225.
[2046] *LG Kiel*, NJW 2006, 3224, 3225.
[2047] NJW 2006, 3224, 3225.
[2048] Der Entwurf ist abrufbar unter: http://www.bmj.bund.de/files/-/2047/RegE%20TK%DC.pdf.

Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Verfassungsschutzes, des BND und des MAD verwendet werden.

Nach **bisherigem Recht** waren die §§ 100g, h StPO als reiner Auskunftsanspruch der staatlichen Ermittlungsbehörden gegenüber 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 anderwärtige 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 StA die Anordnungsbefugnis zu. Auskunftsersuchen konnten auch über in der Zukunft anfallende Gesprächsdaten angeordnet werden.
Problematisch war, wie zu verfahren war, wenn die Auskunft suchende Stelle die entsprechende IP-Adresse bereits erhoben hatte und vom Telekommunikationsunternehmen die dahinter stehende Person bzw. deren Anschrift ermitteln wollte. Name und Anschrift einer Person gehören zu den so genannten Bestandsdaten, d.h. sie stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit einem Telekommunikationsvorgang. Bestandsdaten unterliegen aus diesem Grund nicht dem Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG bzw. § 88 TKG. Vor diesem Hintergrund wurde in der Rechtsprechung vertreten[2049], dass ein Auskunftsersuchen über die Identität eines Rechtsverletzers im Internet nicht auf §§ 100g, h StPO gestützt werden müsse, sondern dass ein Zugriff lediglich eine Auskunft über Bestandsdaten darstelle, für die das manuelle Auskunftsverfahren nach § 113 TKG gelte. Dieses manuelle Auskunftsverfahren unterliegt keinem Richtervorbehalt, die Auskunft ist auch zur Gefahrenabwehr zulässig. In der Literatur stieß diese Rechtsprechung auf Kritik, da der Provider Name und Anschrift des Rechtsverletzers nur unter Verarbeitung der bei ihm gespeicherten Verkehrsdaten (Log-Zeiten und IP-Adresse) ermitteln konnte. Nach dieser Auffassung stellte das Auskunftsverlangen einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar, für das § 113 TKG keine ausreichende Er-

[2049] *LG Stuttgart*, MMR 2005, 624; MMR 2005, 628; *LG Hamburg*, MMR 2005, 711; *LG Würzburg*, NStZ-RR 2006, 46; aber a.A. *LG Bonn*, DuD 2004, 628*; LG Ulm*, MMR 2004, 187.

mächtigungsgrundlage darstellte. In der staatsanwaltlichen Praxis setzte sich aber das manuelle Auskunftsverfahren nach § 113 TKG durch.

Im Rahmen der **Einführung der Vorratsdatenspeicherung** zum 1.1.2008 ist der Auskunftsanspruch nach §§ 100 g, h StPO novelliert worden. Nach § 113a TKG n.F. müssen Internet-Zugangsprovider ab dem 1.1.2009 verschiedene Verkehrsdaten (auch die IP-Adresse) für die Dauer von 6 Monaten verdachtsunabhängig speichern (für die Anbieter von Sprachtelefondiensten gilt dies bereits ab dem 1.1. diesen Jahres). Der neu gefasste § 100g StPO stellt nunmehr die Ermächtigungsgrundlage der staatlichen Behörden zum Zugriff auf die auf Vorrat gespeicherten Daten dar. Die Vorschrift steht nach wie vor unter Richtervorbehalt, ist jedoch nicht mehr als reiner Auskunftsanspruch ausgestaltet. In Zukunft können also die Strafverfolgungsbehörden ohne Mitwirkung der Telekommunikationsanbieter die anfallenden Verkehrsdaten erheben. Natürlich kann über die Vorschrift aber auch nach wie vor die Mitwirkung der Unternehmen im Rahmen des Auskunftsverfahrens verlangt werden. Möglich ist aber jetzt die so genannte Echtzeiterhebung von Verkehrsdaten, bei der die Daten zeitgleich mit ihrem Anfallen vom Telekommunikationsdiensteanbieter an die Strafverfolgungsbehörden ausgeleitet werden. Dies war bisher nur unter den Voraussetzungen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach §§ 100a, b StPO möglich. Als Eingriffsvoraussetzung sieht die Vorschrift eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung vor oder, wie bisher, eine Straftat, die mittels Telekommunikation begangen wurde. In letzterem Fall ist die Maßnahme allerdings streng subsidiär zu anderen Ermittlungsmaßnahmen.
Für die bisher streitige Frage, ob eine Auskunft über die „hinter einer dynamischen IP-Adresse stehende Person“ einer richterlichen Anordnung bedarf, hat die Novellierung keine Klärung geschaffen. Diese Frage wird weiterhin Gegenstand der Rechsprechung sein.

Ob eine IP-Adresse ein Verkehrsdatum darstellt, lässt sich in dieser Allgemeinheit nicht sagen. Zunächst ist zwischen dynamischen und statischen IP-Adressen zu unterscheiden. Statische IP-Adressen sind fest einem Internet-Anschluss zugeordnet und sind daher mit den herkömmlichen Telefonnummern vergleichbar. Da sie in keinem Zusammenhang mit einem konkreten Telekommunikationsvorgang stehen, stellt ihre Erhebung kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar. Es handelt sich daher um Bestandsdaten, über die nach § 113 TKG Auskunft verlangt werden kann. Dies ist weitestgehend unstreitig, eine Mindermeinung vertritt aber die Auffassung, dass auch hier § 100g StPO einschlägig sei. Dynamische IP-Adressen werden hingegen bei jedem Einwahlvorgang in das Internet neu verteilt. Aus diesem

Grund lassen sie sich stets einem konkreten Telekommunikationsvorgang zuordnen. Es handelt sich daher um Verkehrsdaten. Diese Einordnung liegt auch dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung zugrunde und ist weitestgehend unstreitig.

IP-Adressen sind aber nur dann Verkehrsdaten, wenn sie beim Internet-Zugangsprovider erhoben werden. Werden sie etwa durch den Anbieter eines Internetdienstes (etwa ein Auktionshaus) gespeichert, unterliegen die Daten nicht dem Fernmeldegeheimnis oder dem Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes. Insofern ist dann das Telemediengesetz einschlägig. Man spricht dann von Nutzungsdaten. Es ist sogar umstritten, ob IP-Adressen, die auf einem Server eines solchen Dienstes gespeichert werden, überhaupt personenbezogene Daten darstellen. Dies ist davon abhängig, ob der Anschlussinhaber durch den Server-Betreiber bestimmbar ist, was bei der Registrierung von Zugriffen auf Webseiten zweifelhaft sein kann.[2050] Nach Ansicht des *AG Berlin Mitte* ist es hierfür ausreichend, dass der Serverbetreiber den Personenbezug über den Access-Provider herstellen kann.[2051] Ob dem Betreiber tatsächlich ein Auskunftsrecht zusteht, ist nach dieser Rechtsprechung unerheblich, In der Zwischenzeit mehren sich jedoch die Stimmen, die IP-Adressen als personenbezogene Verkehrsdaten zu qualifizieren. Nach Auffassung des *LG Frankenthal*[2052] sind dynamische IP-Adressen und die dazugehörigen Kundendaten beim Provider Verkehrsdaten. Aufgrund der "Vorratsdatenspeicherung"-Entscheidung des BVerfG[2053] dürfen erhobene Verkehrsdaten nur dann verwendet werden, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine schwere Straftat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO ist. Urheberrechtsverletzungen in P2P-Tauchbörsen sind keine solche schweren Straftaten. Dennoch erhobene Verkehrsdaten unterliegen aufgrund der Verletzung der Grundrechte einem Beweisverbot und dürfen im Rahmen einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung somit nicht verwendet werden.

[2050] Bejahend: *AG Berlin*, DuD 2007, 856 ff.
[2051] *AG Berlin Mitte*, Urteil vom 27. März 2007, DuD 2007, 856.
[2052] *LG Frankenthal*, Beschluss vom 21. Mai 2008 – 6 O 156/08 – MMR 2008, 687; ähnlich *AG Offenburg*, MMR 2007, 809 mit Anm. Bär. Anderer Ansicht *LG Offenburg*, Beschluss vom 17. April 2008 – 3Qs 83/07 – MMR 2008, 480: IP-Adressen als Bestandsdaten.
[2053] Beschluss vom 11. März 2008 – 1 BvR 256/08 – MMR 2008, 303; NJW-Spezial 2008, 248.

Einkaufsbedingungen

1. Liefergegenstand

1.1 Der Lieferant verpflichtet sich, der XXX das Eigentum an den vereinbarten Liefergegenständen frei von Rechten Dritter zu verschaffen.

1.2. Der Lieferant haftet dafür, dass durch den Bezug und die Benutzung der von ihm angebotenen und gelieferten Gegenstände nationale und ausländische Patente und sonstige Schutzrechte Dritter nicht verletzt werden. Der Lieferant stellt XXX von eventuellen Ansprüchen Dritter frei und verpflichtet sich, der XXX in einem Verletzungsverfahren beizutreten.

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 schlimme 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 Versendungsgefahr (Verlust, Beschädigung, Verzögerung u.ä.) trägt der Lieferant. Er hat unaufgefordert auf eigene Kosten eine Transport- oder Bruchversicherung abzuschließen.

5. Zahlung

5.1 Die in der Bestellung bzw. Auftragsbestätigung festgelegten Preise haben Gültigkeit bis zur restlosen Abwicklung des Kaufabschlusses und verstehen sich frei Versandanschrift. Eine nachträgliche Erhöhung findet unter keinen Umständen statt.

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. Wandlung 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.

6.4 Die Gewährleistungsfrist wird auf einen Zeitraum von zwei Jahren verlängert. Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem XXX die gelieferte Waren nach Maßgabe von Ziff. 5.2. geprüft hat.

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 Betriebe 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.

I. Erwerb von Musikrechten für die Online-Nutzung

Die folgenden Bedingungen regeln die Vertragsbeziehungen zwischen einer fiktiven X-GmbH („Lizenzgeber") und dem Multimediaproduzenten („Lizenznehmer"). Das Muster ist nur als Formulierungsvorschlag 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 Verf. nicht.

§ 1 Vertragsgegenstand

Der Lizenznehmer bietet Homepages im Internet/WWW an. Die Homepages soll ab 1999 zum öffentlichen Abruf bereitstehen. Zwecks Einbindung in die Homepages werden die Ausschnitte verschiedener Werke digitalisiert. Auch Teile der vom Lizenzgeber erstellten und/oder produzierten Musikwerke sollen hierbei audiovisuell durch gleichzeitige Abbildung von stehenden oder sich bewegenden Bildern oder Texten wahrnehmbar gemacht werden.

§ 2 Rechteumfang

(1) Der Lizenznehmer ist berechtigt, das Material für die Herstellung von Homepages im Online-Bereich zu verwenden. Der Lizenzgeber räumt dem Lizenzgeber 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 Tonträger 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 Lizenzvergütung

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.

(3) Der Lizenzgeber versichert, dass von ihm bezüglich des Materials gegenüber seinen Lizenznehmern keine noch fortwirkende Vereinbarung getroffen ist, derzufolge Verwer-

tungsrechte und Befugnisse der nach dem Vertrag zu gewährenden Art automatisch erlöschen oder vom Lizenzgeber an einen Dritten fallen, falls über das Vermögen des Lizenzgebers ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren beantragt oder eröffnet wird, der Lizenzgeber seine Zahlungen einstellt oder in Verzug gerät oder falls sonstige auflösende Bedingungen für den eigenen Rechtserwerb des Lizenzgebers erfüllt sind. Der Lizenzgeber versichert ferner, dass ihm auch nichts darüber bekannt geworden ist, dass ein Dritter, von dem er seine Rechte herleitet, für seinen Rechtserwerb entsprechende auflösende Bedingungen mit seinen etwaigen Vormännern vereinbart hat, denenzufolge der Lizenzgeber die von ihm zu übertragenden Rechte ohne sein Zutun verlieren könnte.

(4) Unbeschadet etwaiger darüber hinausgehender Ansprüche und Rechte wird der Lizenzgeber den Lizenznehmer und andere Personen oder Gesellschaften, die Rechte vom Lizenznehmer herleiten, von allen gegen diese erhobenen Ansprüche Dritter einschließlich der Kosten einer etwaigen angemessenen Rechtsverteidigung freistellen. Soweit Dritte gegen den Lizenznehmer Ansprüche geltend machen, ist dieser verpflichtet, den Lizenzgeber hiervon unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Es ist dem Lizenzgeber erlaubt, seine Rechte selbst zu vertreten und zu verteidigen. Einen ohne Zustimmung des Lizenzgebers abgeschlossenen Vergleich muss der Lizenzgeber nur insoweit gegen sich gelten lassen, als die durch den Vergleich geschlossenen Ansprüche nachweislich begründet waren.

§ 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 zuliefern.

(3) Der Lizenznehmer kann wegen Lieferung mangelhaften Materials vom Vertrag zurücktreten, wenn eine Nachfrist von mindestens drei Wochen zur Lieferung von einwandfreiem Ersatzmaterial gesetzt und in dieser Frist kein einwandfreies Material geliefert worden ist. Weitergehende Ansprüche und Rechte bleiben unberührt.

§ 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.

II. Nutzungsvereinbarungen mit angestellten Programmierern

In Ergänzung zum heute geschlossenen Arbeitsvertrag wird zwischen den Parteien folgende Vereinbarung getroffen:

§ 1 Rechte an Arbeitsergebnissen

(1) Zu den Arbeitsergebnissen im Sinne dieser Vereinbarung gehören insbesondere die aus der Tätigkeit des Herrn Y in Planung, Entwicklung, Forschung, Kundenberatung, Wartung oder Verwaltung geschaffenen Datensammlungen (Datenbanken) und DV-Programme in Quellen- und Objektprogrammform, bei ihrer Entwicklung entstandenen Erfindungen, Algorithmen, Verfahren, Spezifikationen, Berichte, sowie Dokumentations- und Schulungsmaterial über Systemanalyse, Roh- und Feinentwurf, Test, Installation, Einsatz, Wartung und Pflege der Datensammlungen und DV-Programme.

(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 ausschließliche, 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.

(8) Herr Y verzichtet auf den Zugang zum Werkoriginal, alle in Quellcode gefassten Programme sowie alle anderen Arbeitsergebnisse im Sinne der Abs. (1) und (2).

(9) Die Rechtseinräumung bleibt von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unberührt. Eine Verpflichtung der X, dem aus dem Unternehmen ausgeschiedenen Herrn Y die von ihm während der Dauer des Arbeitsverhältnisses geschaffenen Arbeitsergebnisse zugänglich zu machen wird ausdrücklich ausgeschlossen (kein Zugangsrecht).

§ 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.

(2) Herr Y sichert zu, über keine weiteren Datenverarbeitungsprogramme, Vorentwürfe, Pflichtenhefte, Problemanalysen, Grobkonzepte u. ä. mehr bei Unterzeichnung dieser Vereinbarung zu verfügen. Beide Parteien sind sich darüber einig, dass von allen ab heute durch den Herrn Y entwickelten Produkten vermutet wird, dass diese für die X entwickelt wurden, und dass sie – soweit nicht in der Anlage aufgeführt – nicht vorher bzw. im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für die X entwickelt worden sind.

(3) Sofern Herr Y beabsichtigt, die in der Titelliste gem. Abs. (1) genannten Erfindungen, Datenverarbeitungsprogramme und zugehörigen Dokumentationen in das Unternehmen der X einzubringen, bedarf dies der vorherigen schriftlichen Zustimmung der X. Sollte die X einer Nutzung dieses Materials zustimmen, wird über Nutzungsberechtigung und Vergütung eine gesonderte schriftliche Vereinbarung getroffen. Werden solche oder andere Programme stillschweigend eingebracht, so erhält die X ein unentgeltliches und zeitlich

unbefristetes Nutzungsrecht, ohne dass es einer dahingehenden ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, es sei denn Herr Y hat sich seine Rechte bei der Einbringung ausdrücklich schriftlich gegenüber der Geschäftsführung vorbehalten.

§ 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 geschaffene Arbeitsergebnisse im Sinne von § 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

(1) Herr Y ist verpflichtet, alle Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der X geheim zu halten. Hierzu gehören insbesondere alle als vertraulich oder unternehmensintern gekennzeichneten oder als solche erkennbaren Unterlagen, Datensammlungen und Datenverarbeitungsprogramme sowie zugehöriges Dokumentations- und Schulungsmaterial. Dies gilt insbesondere auch für alle Kenntnisse, die Herr X im Rahmen der Beratung von Kunden der X über deren Geschäftsbetrieb erlangt.

(2) Die Verpflichtung aus Abs. 1 bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen.

(3) Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der X bzw. der Kunden von X unterliegt unter anderem den strafrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb. Ein Auszug aus diesem Gesetz ist dieser Vereinbarung als Anlage beigefügt.

§ 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.

III. Mustertext: AGB-Vorschläge zur Gewährleistung/Haftung auf der Grundlage der Schuldrechtsreform

Gewährleistung (nicht für Verbrauchsgüterkauf)

1. Mängel der gelieferten Sache einschließlich der Handbücher und sonstiger Unterlagen werden vom Lieferanten innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren ab Lieferung nach entsprechender Mitteilung durch den Anwender behoben. Dies geschieht nach Wahl des Käufers durch kostenfreie Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Im Falle der Ersatzlieferung ist der Käufer verpflichtet, die mangelhafte Sache zurückzugewähren.
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 Wochen 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 (incl. Verbrauchsgüterkauf; siehe § 475 Abs. 3 BGB)

Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern nicht Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit oder Garantien 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.

IV. Belehrungen über das Widerrufsrecht und das Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen

(aus: BMJ, BGB-InfoV i.d.F. vom 4. März 2008, BGBl. 2008 I, S. 292; geändert zum 4. August 2009 durch Bundesgesetzblatt 2009 Teil I, Nr. 49, S. 2413)

Vorbemerkung:

Mit Erlass der BGB-Informationspflichten-Verordnung v. 1.8.2002 (BGBl. I, S. 2958) hat das Bundesministerium der Justiz von der Ermächtigung in Art. 245 EGBGB Gebrauch gemacht und Inhalt und Gestaltung des Verbraucherwiderrufsrechts nach § 355 Abs. 1 BGB festgelegt. Diese Festlegungen finden sich in Form amtlicher Muster, die § 14 InfoV als Anlagen 2 und 3 beigefügt sind. Die in Form von Fußnoten angefügten „Gestaltungshinweise" sind ebenfalls amtlich und enthalten u.a. diverse Musterformulierungen, die bei bestimmten Vertragsarten bzw. Vertriebsformen die Musterbelehrungen ergänzen oder abändern. Ergänzende „Hinweise der Redaktion" sind im Folgenden jeweils als solche gekennzeichnet. Die InfoVO wurde am 2.12.2004 sowie am 4.3.2008 geändert.[2054]

Muster für die Widerrufsbelehrung nach § 355 Abs. 2 BGB

Hinweis der Redaktion:

Die Belehrung über das Widerrufsrecht genügt den Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB und den diesen ergänzenden Vorschriften, wenn das nachstehende (amtliche) Muster in Textform verwandt wird. Der Unternehmer, der dieses Muster verwendet, darf davon in Format und Schriftgröße abweichen und Zusätze wie die Firma oder ein Kennzeichen des Unternehmens anbringen (so ausdrücklich § 14 Abs. 1, 3 InfoV).

Verwendet der Unternehmer nicht das amtliche Muster, sondern belehrt er in anderer Weise über das Widerrufsrecht, so muss er in dieser Belehrung seine ladungsfähige Anschrift angeben (§ 14 Abs. 4 InfoV). Das galt allerdings auch schon nach altem Recht (etwa im VerbrKrG) und ist auch Bestandteil der amtlichen Musterformulare.

Die Zahlen in eckigen Klammern – z.B. **[1] –** verweisen auf die amtlichen Gestaltungshinweise.

Widerrufsbelehrung

[2054] BGBl. 2004, I 3102 bzw. BGBl. 2008, I 292.

Widerrufsrecht

Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von [zwei Wochen] **[1]** ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) [oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache] **[2]** widerrufen. Die Frist beginnt nach Erhalt dieser Belehrung in Textform **[3]**. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs [oder der Sache] **[2]**. Der Widerruf ist zu richten an: **[4]**

Widerrufsfolgen

Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. **[6]** gezogenen Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben]. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie uns insoweit ggf. Wertesatz leisten. [Bei der Überlassung von Sachen gilt dies nicht, wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können Sie die die Pflicht zum Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie ihr Eigentum in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. **[7]** Paketversandfähige Sachen sind auf unsere [Kosten und] Gefahr **[8]** zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt.] **[2]** Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen müssen innerhalb von 30 Tagen erfüllt werden. Die Frist beginnt für Sie mit der Absendung Ihrer Widerrufserklärung [oder der Sache] **[2]**, für uns mit deren Empfang.

Besondere Hinweise [9]

Finanzierte Geschäfte [10]

(Ort), (Datum), (Unterschrift des Verbrauchers) **[11]**

Gestaltungshinweise

[1] Wird die Belehrung erst nach Vertragsschluss mitgeteilt, lautet der Klammerzusatz „einem Monat“. In diesem Fall ist auch Gestaltungshinweis 7 einschlägig, wenn der dort genannte Hinweis nicht spätestens bei Vertragsschluss in Textform erfolgt.

[2] Der Klammerzusatz entfällt bei Leistungen, die nicht in der Überlassung von Sachen bestehen.

[3] Liegt einer der nachstehenden Sonderfälle vor, ist Folgendes einzufügen:
a) bei schriftlich abzuschließenden Verträgen: „jedoch nicht, bevor Ihnen auch eine Vertragsurkunde, Ihr schriftlicher Antrag oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Antrags zur Verfügung gestellt worden ist“; b) bei Fernabsatzverträgen (§ 312b Abs. 1 Satz 1 BGB) über die

aa) Lieferung von Waren: „jedoch nicht vor Eingang der Ware beim Empfänger (bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor Eingang der ersten Teillieferung)“;
bb) Erbringung von Dienstleistungen: „ jedoch nicht vor Vertragsschluss“;
in beiden Fällen ist der Zusatz wie folgt zu vervollständigen: „und auch nicht vor Erfüllung unserer Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1, 2 und 4 BGB-InfoV“;
c) bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312e Abs. 1 Satz 1 BGB): „jedoch nicht vor Erfüllung unserer Pflichten gemäß § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 3 BGB-InfoV“;
d) bei einem Kauf auf Probe (§ 454 BGB): „jedoch nicht, bevor der Kaufvertrag durch Ihre Billigung des gekauften Gegenstandes für Sie bindend geworden ist“;
e) bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen (§ 481 Abs. 1 Satz 1 BGB): „jedoch nicht, bevor wir Ihnen sämtliche in § 2 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV bestimmten Angaben schriftlich mitgeteilt haben“.

Wird für einen Vertrag belehrt, der unter mehrere der vorstehenden Sonderfälle fällt (z. B. ein Fernabsatzvertrag über die Lieferung von Waren im elektronischen Geschäftsverkehr), sind die jeweils zutreffenden Ergänzungen zu kombinieren (in dem genannten Beispiel wie folgt: „jedoch nicht vor Eingang der Ware beim Empfänger (bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor Eingang der ersten Teillieferung) und auch nicht vor Erfüllung unserer Informationspflichten gemäß § 312c Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1, 2 und 4 BGB-InfoV sowie unserer Pflichten gemäß § 312e Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 3 BGB-InfoV“).

[4] Einsetzen: Namen/Firma und ladungsfähige Anschrift des Widerrufsadressaten. Zusätzlich können angegeben werden Telefaxnummer, E-Mail-Adresse und/oder, wenn der Verbraucher

eine Bestätigung seiner Widerrufserklärung an den Unternehmer erhält, auch eine Internet-Adresse.

[5] Bei Widerrufsrechten nach § 485 Abs. 1 BGB sind die Wörter „von uns“ einzufügen.

[6] Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen ist folgender Satz einzufügen: „Dies kann dazu führen, dass Sie die vertraglichen Zahlungsverpflichtungen für den Zeitraum bis zum Widerruf gleichwohl erfüllen müssen.“

[7] Wenn ein Hinweis auf die Wertersatzpflicht gemäß § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB und eine Möglichkeit zu ihrer Vermeidung nicht spätestens bei Vertragsschluss in Textform erfolgt, ist anstelle dieses Satzes folgender Satz einzufügen: „Für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung müssen Sie keinen Wertersatz leisten.“

[8] Ist entsprechend § 357 Abs. 2 Satz 3 BGB eine Übernahme der Versandkosten durch den Verbraucher vereinbart worden, kann der Klammerzusatz weggelassen werden. Stattdessen ist hinter „zurückzusenden.“ Folgendes einzufügen: „Sie haben die Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn die gelieferte Ware der bestellten entspricht und wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 Euro nicht übersteigt oder wenn Sie bei einem höheren Preis der Sache zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht die Gegenleistung oder eine vertraglich vereinbarte Teilzahlung erbracht haben. Anderenfalls ist die Rücksendung für Sie kostenfrei.“

[9] Bei einem Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 BGB ist hier folgender Hinweis aufzunehmen: „Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig erfüllt ist, bevor Sie Ihr Widerrufsrecht ausgeübt haben.“
Gilt das Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 BGB für einen Fernabsatzvertrag über Finanzdienstleistungen, lautet der Hinweis wie folgt: „Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Ihren ausdrücklichen Wunsch vollständig erfüllt ist, bevor Sie Ihr Widerrufsrecht ausgeübt haben.“
Bei einem Widerrufsrecht nach § 485 Abs. 1 BGB ist hier folgender Hinweis aufzunehmen: „Die Widerrufsfrist verlängert sich auf einen Monat, wenn Ihnen nicht bereits vor Vertragsschluss ein Prospekt über das Wohnungsobjekt ausgehändigt worden ist oder wenn der Pros-

pekt nicht in der Sprache des Staates, dem Sie angehören oder in dem Sie Ihren Wohnsitz haben, abgefasst ist. Ist der Prospekt in Deutsch abgefasst, gilt dies, wenn Sie Bürger oder Bürgerin eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, nur, wenn Sie um einen Prospekt in der oder einer der Amtssprachen Ihres Heimatlandes gebeten und ihn nicht erhalten haben. Bei Widerruf müssen Sie ggf. auch die Kosten einer notariellen Beurkundung erstatten, wenn dies im Vertrag ausdrücklich bestimmt ist."
Diese Rubrik entfällt, wenn keiner der vorgenannten Fälle einschlägig ist.

[10] Die nachfolgenden Hinweise für finanzierte Geschäfte können entfallen, wenn ein verbundenes Geschäft nicht vorliegt.
Wenn für das finanzierte Geschäft belehrt werden soll, lautet der Hinweis wie folgt: „Haben Sie diesen Vertrag durch ein Darlehen finanziert und widerrufen Sie den finanzierten Vertrag, sind Sie auch an den Darlehensvertrag nicht mehr gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir gleichzeitig Ihr Darlehensgeber sind oder wenn sich Ihr Darlehensgeber im Hinblick auf die Finanzierung unserer Mitwirkung bedient. Wenn uns das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist, tritt Ihr Darlehensgeber im Verhältnis zu Ihnen hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe in unsere Rechte und Pflichten aus dem finanzierten Vertrag ein. Letzteres gilt nicht, wenn der vorliegende Vertrag den Erwerb von Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Edelmetallen zum Gegenstand hat. Wollen Sie eine vertragliche Bindung so weitgehend wie möglich vermeiden, widerrufen Sie beide Vertragserklärungen gesondert."
Wenn für den Darlehensvertrag belehrt werden soll, lautet der Hinweis wie folgt: „Widerrufen Sie diesen Darlehensvertrag, mit dem Sie Ihre Verpflichtungen aus einem anderen Vertrag finanzieren, so sind Sie auch an den anderen Vertrag nicht gebunden, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn wir zugleich auch Ihr Vertragspartner im Rahmen des anderen Vertrags sind oder wenn wir uns bei Vorbereitung oder Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen. Steht Ihnen in Bezug auf den anderen Vertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu, ist der Widerruf gegenüber Ihrem diesbezüglichen Vertragspartner zu erklären. Widerrufen Sie dennoch diesen Darlehensvertrag, gilt dies als Widerruf des anderen Vertrags. Wenn Ihrem Vertragspartner das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist, treten wir im Verhältnis zu Ihnen hinsichtlich der Rechtsfolgen des Widerrufs

oder der Rückgabe in die Rechte und Pflichten Ihres Vertragspartners aus dem finanzierten Vertrag ein. Wollen Sie eine vertragliche Bindung so weitgehend wie möglich vermeiden, widerrufen Sie beide Vertragserklärungen gesondert. Wird mit diesem Darlehensvertrag die Überlassung einer Sache finanziert, gilt Folgendes: Wenn Sie diese Sache im Falle des Widerrufs ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgeben können, haben Sie dafür ggf. Wertersatz zu leisten. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können Sie die Pflicht zum Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie Ihr Eigentum in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. **[7]** Paketversandfähige Sachen sind auf [Kosten und] **[8]** Gefahr Ihres Vertragspartners zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt."

Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts sind die vorstehenden Hinweise wie folgt zu ändern:

Satz 2 wird durch den folgenden Satz ersetzt: „Dies ist nur anzunehmen, wenn die Vertragspartner in beiden Verträgen identisch sind oder wenn der Darlehensgeber über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinausgeht und Ihr Grundstücksgeschäft durch Zusammenwirken mit dem Veräußerer fördert, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer einseitig begünstigt."

Außerdem entfallen in dem Hinweis für den Darlehensvertrag die Sätze 11 und 12 sowie der Zusatz in Gedankenstrichen in Satz 9.

[11] Ort, Datum und Unterschriftsleiste können entfallen. In diesem Fall sind diese Angaben entweder durch die Wörter „Ende der Widerrufsbelehrung" oder durch die Wörter „Ihr(e) (einsetzen: Firma des Unternehmers)" zu ersetzen.