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

Internetrecht

Stand: Juni 2006

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.
Universitätskasse Münster, Schlossplatz 2, 48149 Münster
Kto.-Nr.: 66 027
bei der Westdeutschen Landesbank Münster
BLZ: 400.500.00
unter Angabe des Verwendungszwecks: 06 121/282 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 dem 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 sehr 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, Juni 2006 *Thomas Hoeren*

§ 1 Information und Recht – die Kernbegriffe 20
I. Einführung 20
II. Geschichte des Informationsrechts 22
§ 2 Einführende Literatur und Fachzeitschriften 23
§ 4 Rechtsprobleme beim Erwerb von Domains 27
I. Praxis der Adressvergabe 29
1. Internationale Strukturen 30
2. Die DENIC eG 34
II. Kennzeichenrechtliche Vorgaben 36
1. Kollisionsrechtliche Vorfragen 36
2. Schutz geschäftlicher Bezeichnungen nach dem MarkenG 38
a) Domains – technische Angaben oder Unternehmenskennzeichen? 39
b) Benutzung im geschäftlichen Verkehr 40
c) Kennzeichenmäßige Benutzung 41
d) Verwechselungsgefahr 42
e) Schutz gegen ähnliche Domains? 44
f) „com"-Adressen 46
g) Gleichnamigkeit 47
h) Gattungsbegriffe 49
3. Titelschutz nach § 5 Abs. 3 MarkenG 54
4. Reichweite von §§ 823, 826 BGB und § 3 UWG 56
5. Allgemeiner Namensschutz über § 12 BGB 58
6. Rechtsfolgen einer Markenrechtsverletzung 62
a) Unterlassungsanspruch 62
b) Schadensersatz durch Verzicht 63
c) Beseitigung gegenüber DENIC 64
7. Die Rolle der DENIC 65
8. Neuordnung der Domainvergabe: UDRP, STOP und RDRP 68
9. Domainrecherche im Internet 73
10. Domain als Kennzeichen? 75
a) Domain als Marke 75
b) Titelschutz 76
c) Domain als Unternehmenskennzeichen 77
d) Domain als Name 78

e) Pfändung und Bilanzierung von Domains 79
§ 5 Was ist mit den Inhalten: Das Immaterialgüterrecht 83
A. Einführende Bemerkungen 83
B. Das Urheberrecht 84
I. Kollisionsrechtliche Fragen 87
II. Schutzfähige Werke 90
1. Der Katalog geschützter Werkarten 91
2. Idee – Form 92
3. Gestaltungshöhe 94
4. Pixel, Sounds und Bits 96
III. Leistungsschutzrechte 97
1. Ausübende Künstler, §§ 73-84 UrhG 97
2. §§ 85, 86 UrhG 98
3. Datenbankhersteller 99
a) Vorüberlegungen: Der urheberrechtliche Schutz von Datenbanken 100
b) Die Sui-generis-Komponente 101
IV. Verwertungsrechte des Urhebers 105
1. Vervielfältigung 106
2. Bearbeitung 109
3. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung 110
4. Verbreitungsrecht 112
V. Urheberpersönlichkeitsrechte 112
1. Entstellungsverbot 113
2. Namensnennungsrecht 114
VI. Gesetzliche Schranken 114
1. Ablauf der Schutzfrist 116
2. Erschöpfungsgrundsatz 116
3. Öffentliche Reden (§ 48 UrhG) 117
4. Zeitungsartikel (§ 49 UrhG) 117
a) Artikel 118
b) Zeitungen 119
c) Elektronische Pressespiegel 119
d) Vergütungsanspruch 121
f) Die Rechtslage nach der InfoSoc-Richtlinie 122

5. Zitierfreiheit (§ 51 UrhG) ... 122
a) Zitierfreiheit für wissenschaftliche Werke ... 123
aa) Wissenschaft ... 123
bb) Umfang des Zitats ... 124
cc) Zitatzweck ... 124
dd) Quellenangabe ... 125
ee) Kleinzitat, § 51 Nr. 2 UrhG ... 125
ff) Musikzitate, § 51 Nr. 3 UrhG ... 125
6. Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung § 52a UrhG 126
7. Die Nutzung über Bibliotheksarbeitsplätze § 52b UrhG-E ... 128
8. Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch § 53 UrhG ... 128
a) Privater Gebrauch ... 130
b) Eigener wissenschaftlicher Gebrauch ... 132
c) Aufnahme in ein eigenes Archiv ... 134
d) Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge ... 134
e) Kopienversanddienste ... 135
f) Ausnahmeregelungen für den Unterricht ... 137
g) Rechtsfolge: Vergütungsanspruch ... 137
aa) Vergütung bei Bild- und Tonaufzeichnungen ... 137
bb) Reprographische Vervielfältigungen ... 138
9. Kartellrechtliche Zwangslizenzen ... 139
VII. Verwertungsgesellschaften ... 142
1. GEMA ... 144
2. VG Wort ... 146
3. VG Bild-Kunst ... 147
VIII. Möglichkeiten der Rechteübertragung via Lizenzvertrag ... 148
1. Vorüberlegungen ... 148
a) Die Homepage ... 149
b) Projektbeteiligte ... 149
c) Inhalt ... 149
d) Finanzierung ... 150
e) Projektbeendigung ... 150
2. Abgrenzung der Nutzungsrechte ... 150

a) Einfaches versus ausschließliches Nutzungsrecht 150
b) Zeitliche und räumliche Begrenzung 151
c) Zweckübertragung (§ 31 Abs. 5 UrhG): Auflistung der zu übertragenden Rechte 152
d) Weiterübertragung 153
e) Nichtausübung und Rückrufsrechte 153
f) Honorare 154
3. Reichweite von § 31 Abs. 4 UrhG: Internet als unbekannte Nutzungsart 158
a) Einführung 158
b) Anwendbarkeit auf Online-Dienste 159
c) "Videozweitauswertung III" und Multimedia 160
d) Unbekannte Nutzungsarten und der sog. Zweite Korb 161
4. Die Rechtsstellung des angestellten Multimediaentwicklers 161
5. Lizenzen in der Insolvenz 167
IX. Code as Code – Zum Schutz von und gegen Kopierschutzmechanismen 169
X. Folgen bei Rechtsverletzung 172
1. Strafrechtliche Sanktionen 172
2. Zivilrechtliche Ansprüche 174
a) § 97 Abs. 1 UrhG 174
aa) Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung 175
bb) Schadensersatz 175
b) Sonstige Geldansprüche 177
c) Auskunft und Rechnungslegung 177
d) Besichtigung (§ 809 BGB) 179
XI. Das Patentrecht 181
1. Grundstrukturen des Patentgesetzes 181
2. Patentierbarkeit von Software und Geschäftsideen 182
3. Patentrecht im Arbeitsverhältnis 185
a) Diensterfindungen 185
b) Freie Erfindungen 185
§ 6 Online-Marketing: Werberechtliche Fragen 187
I. Kollisionsrechtliche Fragen 188
II. Anwendbare Regelungen 194
1. Besondere Regelungen mit wettbewerbsrechtlichem Gehalt 194

a) Mediendienstestaatsvertrag und Teledienstegesetz 195
b) Standesrecht 198
c) Werbebeschränkungen für besondere Produkte 202
d) Online-Auktionen und die Gewerbeordnung 206
e) Das eBay-Bewertungsystem 209
f) Powershopping, Co-Shopping und Glücksspiele 217
g) Die Preisangabenverordnung und weitere Informationspflichten 219
h) B2B-Marktplätze und das Kartellrecht 223
2. Allgemeines Wettbewerbsrecht (§§ 3, 5 UWG n.F.) 224
a) Kommerzielle Versendung von Emails 224
b) Trennungsgebot 231
c) Hyperlinks 233
aa) Vorspannwerbung und Virtual Malls 234
bb) Frames, Inline-Linking 235
cc) Deep Linking 235
dd) Hyperlinks in elektronischen Presseerzeugnissen 236
d) Meta-Tags 237
e) Kartenfuchs und Sonstiges 240
3. Prozessuale Fragen 244
§ 7 E-Contracting: Der Vertrag mit Kunden im Cyberlaw 246
I. Kollisionsrechtliche Fragen 246
1. UN-Kaufrecht 246
2. Grundzüge des EGBGB 247
3. Sonderanknüpfungen 249
4. Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht 249
II. Vertragsschluss im Internet 250
1. Allgemeine Regeln 251
2. Vertragsschluss bei Online-Auktionen 253
III. Anfechtung, Vollmacht und Zugang elektronischer Willenserklärungen 256
1. Rechtslage nach dem BGB 256
2. Die Electronic Commerce Richtlinie 259
IV. Schriftform und digitale Signatur 260
1. E-Commerce-Richtlinie, Signaturrichtlinie und Schriftform 260
2. Form-Neuregelungen in Deutschland 262

3. Versicherungsspezifika (§ 10a VAG) ... 264
4. Form und Geldwäsche ... 265
5. Hauptversammlung und Internet ... 266
6. Vergaberecht und Form („E-Procurement“) ... 266
V. Beweiswert digitaler Dokumente ... 267
1. Freie richterliche Beweiswürdigung ... 268
2. Beweisvereinbarung ... 269
3. Gesetzesänderungen ... 269
4. Signaturrichtlinie und das neue Signaturgesetz ... 270
5. Digitale Signatur: Technische Umsetzung ... 274
a) Die symmetrische Verschlüsselung ... 274
b) Die asymmetrische Verschlüsselung ... 274
c) Alice und Bob ... 276
VI. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ... 280
VII. Zahlungsmittel im elektronischen Geschäftsverkehr ... 283
VIII. Verbraucherschutz im Internet ... 288
1. Kollisionsrechtliche Fragen ... 288
2. Haustürwiderrufsrecht ... 292
3. Verbraucherkreditrecht ... 292
4. Ratenlieferungsverträge ... 294
5. Bestellkorrektur und Empfangsbestätigung ... 295
6. Das Fernabsatzrecht ... 296
a) Anwendungsbereich ... 297
b) Umfang ... 298
aa) Unternehmensspezifische Daten ... 298
bb) Produktspezifische Daten ... 299
cc) Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung ... 299
a) Der dauerhafte Datenträger und die Textform ... 300
aa) Was heißt dauerhaft? ... 301
bb) Schlupflöcher? ... 302
b) Widerrufsrecht ... 303
7. Finanzdienstleistungsrichtlinie ... 307
8. Zusammenfassung: Pflichten des Unternehmers bei E-Contracting ... 308
§ 8 Was geschieht mit den Daten: Der Datenschutz ... 310

I. Vorab: Besondere Persönlichkeitsrechte 310
II. Vorgeschichte des Datenschutzrechts 312
1. Vorgeschichte bis zum BDSG 1991 312
2. Exkurs: Vorratsdatenspeicherung 314
3. EU-Datenschutzrichtlinie und die zweite Novellierung des BDSG 315
4. Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG 317
III. Kollisionsrechtliche Vorfragen 318
IV. Die Grundstruktur des Datenschutzrechts 320
1. Personenbezogene Daten, § 3 I BDSG 321
2. Geschützte Verarbeitungsphasen, § 3 Abs. 4 bis 7 BDSG 323
a) Erhebung von Daten, § 3 Abs. 3 BDSG 324
b) Verarbeitung von Daten 324
aa) Speicherung, § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG 325
bb) Veränderung, § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG 325
cc) Übermittlung, § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG 326
dd) Sperrung, § 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG 327
ee) Löschung, § 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG 327
V. Ermächtigungsgrundlagen 328
1. Einwilligung 328
2. Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung – Zugleich eine Einführung in Internet- und Arbeitsrecht 330
3. Gesetzliche Ermächtigung 335
a) § 28 BDSG 335
b) Rasterfahndung und Auskunftsersuchen staatlicher Stellen 337
VI. Haftung bei unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitung 342
1. Vertragliche Ansprüche 342
2. §§ 823 ff. BGB 343
a) Verletzung des Persönlichkeitsrechtes, § 823 Abs. 1 BGB 343
b) Verletzung eines Schutzgesetzes, § 823 Abs. 2 BGB 344
c) Schadensersatz nach §§ 824, 826 BGB 344
d) Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche 345
VII. Sonderbestimmungen im Online-Bereich 345
1. Datenschutz im TK-Sektor: TKG 346
2. Das TDDSG und der MDStV 349

VIII. Ausgewählte Sonderprobleme 352
1. Web-Cookies 352
2. Protokollierung von Nutzungsdaten zur Missbrauchsbekämpfung 355
3. Outsourcing 356
a) Auftragsverarbeitung und Funktionsübertragung 356
b) Besonderheiten bei Geheimnisträgern 359
4. Data Mining und Data Warehouse 360
5. Grenzüberschreitender Datenaustausch 360
6. Datennutzung in der Insolvenz 364
§ 9 Wer steht für all das gerade? Haftung von Online-Diensten 366
I. Kollisionsrechtliche Vorfragen 367
II. Das Teledienstegesetz in seiner Neufassung 368
1. Der Content-Provider 369
a) Vertragliche Haftung 369
b) Deliktische Haftung 372
2. Der Access-Provider 373
3. Der Host-Provider 375
4. Haftung für Links 377
a) Überblick 377
b) Rechtslage nach dem Teledienstegesetz von 1997 379
c) Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung für manuell gesetzte Hyperlinks 380
d) Suchmaschinen 382
5. Haftung für sonstige Intermediäre 385
III. Der Mediendienstestaatsvertrag 389
IV. Versicherbarkeit 391
§ 10 Der archimedische Punkt: Das Internationale Zivilverfahrensrecht 393
I. Zuständigkeit bei Immaterialgüterrechtsverletzungen 395
1. Innerdeutsche Fälle 395
2. Internationale Zuständigkeit 396
a) EuGVO 396
b) Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen 399
II. Zuständigkeit bei Verträgen 400
1. Die nationale Zuständigkeit 400
2. Die EuGVO 400

3. Das Haager Übereinkommen 401
III. Vollstreckung 403
IV. Online Dispute Settlement 403
GESETZESMATERIALIEN 405
I. BGB/Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 in der Fassung vom 1. Januar 2002 405
II. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch i.d.F. vom 21. September 1994 428
III. Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichtenverordnung) 429
IV. Markengesetz vom 25.10.1994 (BGBl. I 3082) 433
V. Patentgesetz i.d.F. vom 16.10.1980 435
VI. StGB/Strafgesetzbuch 436
VII. The Hague PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON JURISDICTION AND FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS adopted by the Special Commission on 30 October 1999 439
VIII. UrhG/Urheberrechtsgesetz vom 9.9.1965 idF vom 12.09.2003 444
IX. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. Juli 2004, BGBL. 2004 I, 1414 464
X. Elektronischer Geschäftsverkehrsgesetz (EGG) vom 21.12.2001, BGBl. I 3721 474
XI. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy 487
XII. Safe harbor principles vereinbart zwischen den USA und der EU im Rahmen von Art. 25 EZ-Datenschutzrichtlinie/21. Juli 2000 493
MUSTERVERTRÄGE 497

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
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 Telekommunikation
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)

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
DIGI	Deutsche Interessengemeinschaft Internet
Digma	Zeitschrift für Datenrecht und Datensicherheit
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
DNS	Domain Name System
DRiZ	Deutsche Richterzeitschrift
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
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum

F

FernAbsG	Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts
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)
gTDL	generic Topleveldomain
GVBl.	Gesetzes- und Verordnungsblatt
GVL	Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten

H

HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg.	herausgegeben
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
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
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
NSI	Network Solutions Inc.
NW	Nordrhein-Westfalen

NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
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
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
RegTP	Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation
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
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
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Rechtsprechungsdienst
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

§ 1 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 Wilhelm 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.

§ 2 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 2005
- Kilian/Heussen (Hg.), Computerrechtshandbuch, München (C. H. Beck), Loseblatt: Stand 2004
- Michael Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München (C.H. Beck) 2002.
- Roßnagel (Hg.), Recht der Multimediadienste. Kommentar, München (C. H. Beck), Loseblatt: Stand 2004

Einzelmonographien:

- Thomas Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, 2. Aufl. München 2002 (Vor-Vorversion des vorliegenden Skriptums)
- Niko Härting, Internetrecht, 2. Aufl. Köln 2005.
- Volker Haug, Grundwissen Internetrecht, Stuttgart 2005.
- Detlef Kröger/Marc A. Gimmy (Hg.), Handbuch zum Internetrecht, 2. Aufl. Heidelberg 2002.
- 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):

- Computer und Recht (CR)
- Computer und Recht international (Beilage zu CR)
- Computerrecht intern, Praxis des EDV-, Multimedia- und Telekommunikationsrechts
- 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)
- 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)
- Zeitschrift für Medien- und Telekommunikationsrecht (AfP)
- 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 Aus**land 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.

§ 4 Rechtsprobleme beim Erwerb von Domains

Literatur:
Matthias Allmendinger, Probleme bei der Umsetzung namens- und markenrechtlicher Unterlassungsverpflichtungen im Internet, in: GRUR 2000, 966; Jürgen Apel/Henning Große-Ruse, Markenrecht versus Domainrecht. Ein Plädoyer für die Paradigmen des Markenrechts im Rechtsvergleich, in: WRP 2000, 816; Ulrich Bäumer, Domain Namen und Markenrecht (Die Gerichtspraxis in den Vereinigten Staaten), in: CR 1998, 174; Torsten Bettinger, Kennzeichenrecht im Cyberspace: Der Kampf um die Domain-Namen, in: GRUR Int. 1997, 402; ders., Abschlussbericht der WIPO zum Internet Domain Name Process, in: CR 1999, 445; ders., Kennzeichenkollisionen im Internet, in: Mayer-Schönberger u.a. (Hg.), Das Recht der Domain-Namen, Wien 2001, 139; ders., Internationale Kennzeichenkonflikte im Internet, in: Michael Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 201; Claudia Biermann, Kennzeichenrechtliche Probleme des Internet, in: WRP 1999, 997; Brandl/Fallenböck, Der Schutz von Internet Domain Namen nach UWG, in: RdW 1999, 186; Julia Bröcher, Domainnamen und das Prioritätsprinzip im Kennzeichenrecht, in: MMR 2005, 203; Jens Bücking, Namens- und Kennzeichenrechte im Internet (Domainrecht), Stuttgart 2002; ders., Update Domainrecht: Aktuelle Entwicklung im deutschen Recht der Internetdomains, in: MMR 2000, 656; Jochen Dieselhorst, Marken und Domains, in: Moritz/Dreier (Hg.), Rechtshandbuch E-Commerce, Köln 2002, 260; Rolf Eckhard, Das Domain-Name-System. Eine kritische Bestandsaufnahme aus kartellrechtlicher Sicht, Frankfurt 2001; Rainer Erd, Probleme des Online-Rechts, Teile 1: Probleme der Domainvergabe und – nutzung, in: KJ 2000, 107; Willi Erdmann, Gesetzliche Teilhabe an Domain-Names. Eine zeichen- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung, in: GRUR 2004, 405; Stefan Ernst, Verträge rund um die Domain, in: MMR 2002, 709; Markus Fallenböck/Andreas Kaufmann und Stefan Lausegger, Ortsnamen und geografische Bezeichnungen als Internet-Domain-Namen, in: ÖBl. 2002, Heft 04, 164; Karlheinz Fezer, Die Kennzeichenfunktion von Domainnamen, in: WRP 2000, 669; David Flint, Internet Domain Names, in: Computer Law & Security Report 13, 1997, 163; Jens Florstedt, www. Kennzeichenidentitaet.de. Zur Kollision von Kennzeichen bei Internet-Domain-Namen, Frankfurt 2001; Gabel, Internet: Die Domain-Namen, in: NJW-CoR 1996, 322; Thomas Graefe, Marken und Internet, in: MA 1996, 100; Tobias Haar/Daniel Krone, Domainstreitigkeiten und Wege zu ihrer Beilegung, in: Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2005, 58; Marie-Emmanuelle 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; Höhne, Namensfunktion von Internet Domain Names?, in: ecolex 1998, 924; Florian Huber/Daniel Dingeldey, Ratgeber Domain-Namen, Starnberg 2001; Andrea Jaeger-Lenz, Marken- und Wettbewerbsrecht im Internet: Domains und Kennzeichen, in: Michael Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 161; Andrea Jaeger-Lenz, Die Einführung der .eu-Domains – Rechtliche Rahmenbedingungen für Registrierung und Streitigkeiten, in: WRP 2005, 1234; Gallus Joller, Zur Verletzung von Markenrechten durch Domainnames, in: Markenrecht 2000, 10; Kapferer/Pahl, Kennzeichenschutz für Internet-Adressen („Domains"), in: öBL 1998, 275; Kilcher, Internet-Streitigkeiten: Domain-Grabbing, in: RdW 1999, 638; Wolfgang Kleinwächter, ICANN als United Nations der Informationsgesellschaft?, in: MMR 1999, 452; Kort, Namens- und markenrechtliche Fragen bei der Verwendung von Domain-Namen, in: DB 2001, 249; Stefan Koos, Die Domain als Vermögensgegenstand zwischen Sache und Immaterialgut – Begründung und Konsequenzen einer Absolutheit des Rechts an einer Domain, in: MMR 2004, 359; Annette Kur, Internet

Domain Names – Brauchen wir strengere Zulassungsvoraussetzungen für die Datenautobahn?, in: CR 1996, 325 – 331; dies., 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; dies., Namens- und Kennzeichenschutz im Cyberspace, in: CR 1996, 590,- dies., Neue Perspektiven für die Lösung von Domainnamenkonflikten: Der WIPO-Interim Report, in: GRUR Int. 1999, 212; dies., Territorialität versus Globalität – Kennzeichenkonflikte im Internet, in:. WRP 2000, 935; Michael Lehmann, Domains – weltweiter Schutz für Name, Firma, Marke, geschäftliche Bezeichnung im Internet?, in: WRP 2000, 947; Petra Marwitz, Domainrecht schlägt Kennzeichenrecht?, in: WRP 2001, 9; dies., Das System der Domainnamen, in: ZUM 2001, 398; Viktor Meyer-Schönberger/Karin Hauer, Kennzeichenrecht & Internet Domain Namen, in: Ecolex 1997, 947; Viktor Mayer-Schönberger/Franz Galla/Markus Fallenböck (Hg.), Das Recht der Domain-Namen, Wien 2001; Meyer, Neue Begriffe in Neuen Medien – Eine Herausforderung für das Markenrecht, in: GRUR 2001, 204; Thomas Nägele, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Internet-Domains, in: WRP 2002, 138; Axel Nordemann, Internet-Domains und zeichenrechtliche Kollisionen, in: NJW 1997, 1891; Hermann-Josef Omsels, Die Kennzeichenrechte im Internet, in: GRUR 1997, 328; Tim Pfeiffer, Cyberwar gegen Cybersquatter, in: GRUR 2001, 92; Christian Racz, Second-Level-Domains aus kennzeichenrechtlicher Sicht, Frankfurt 2001; Andreas Reinhart, Kollisionen zwischen eingetragenen Marken und Domain-Namen, in: WRP 2001, 13; ders., 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; Yann Samson, Domain-Grabbing. Ein Vergleich der Rechtslagen in den USA und Deutschlands, München 1998; ders., Domain-Grabbing in den USA: Ist die Einführung des „Trademark Cyberpirarcy Prevention Act" notwendig?, in: GRUR 2000, 137; Haimo Schack, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet, in: MMR 2000, 59 und 135; Brian de Selby, Domain name disputes – a practical guide, in: American Journal of Entertainment Law 22 (2001), 33; Thomas Schafft, Die systematische Registrierung von Domain-Varianten. Nicht sittenwidrig, sondern sinnvoll, in: CR 2002, 434; ders., Streitigkeiten über „.eu"-Domains, in: GRUR 2004, 986; Markus Schließ, Übertragung von Domainnamensrechten, in: ZUM 1999, 407; Schmittmann, Domain Names von Gebietskörperschaften – Streitpunkte in der Praxis, in: K&R 1999, 513; Florian Schmidt-Bogatzky, Zeichenrechtliche Fragen im Internet, in: GRUR 2000, 959; Katja Schönberger, Der Schutz des Namens von Gerichten gegen die Verwendung als oder in Domain-Namen, in: GRUR 2002, 478; Sabine Sobola, Homepage, Domainname, Meta-Tags – Rechtsanwaltswerbung im Internet, in: NJW 2001, 1113; Holger Stratmann, Internet Domain Names oder der Schutz von Namen, Firmenbezeichnungen und Marken gegen die Benutzung durch Dritte als Internet-Adresse, in: BB 1997, 689; Clemens Thiele, Internet Provider auf Abwegen – Zur Rechtsnatur der Domainbeschaffung, ecolex 2004, 777; Thomas Ubber, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, in: WRP 1997, 497; ders., Markenrecht im Internet, Heidelberg 2002; Clemens Thiele, US-amerikanisches Gesetz gegen Domaingrabbing, in: Wirtschaftsrechtliche Blätter 2000, 549; ders., Internet-Domain-Namen und Wettbewerbsrecht, in: Gruber/Mader (Hg.), Internet und eCommerce. Neue Herausforderungen im Privatrecht, Wien 2000, 75; Martin Viefhues, Reputationsschutz bei Domain Names und Kennzeichenrecht, in: MMR 1999, 123; ders., Domain-Name-Sharing, MMR 2000, 334; ders., Folgt die Rechtsprechung zu den Domain-Names wirklich den Grundsätzen des Kennzeichenrechtes, in: NJW 2000, 3239; ders., Domain-Names. Ein kurzer Rechtsprechungsüberblick, in: MMR-Beilage 8/2001, 25; ders., Wenn die Treuhand zum Pferdefuß wird, in: MMR 2005, 76; Stefan Völker/Stefan Weidert, Domain-Namen im Internet, in: WRP 1997, 652; Ralf Wegner, Der rechtliche Schutz von Internetdomains, in: CR

1999, 157 Andreas Wiebe, Zur Kennzeichnungsfunktion von Domain Names, in: CR 1998, 157; Thomas Wilmer, Offene Fragen der rechtlichen Einordnung von Internetdomains, in: CR 1997, 562. Körner: Der Schutz der Marke als absolutes Recht – insbesondere die Domain als Gegensand markenrechtlicher Ansprüche, GRUR 2005, 33. Schfft: Streitigkeiten über "en"-Domains, GRUR 2004, 986. Kazemi: Schutz von Domainnamen in den Beitrittsstaaten, MMR 2005, 577. Schumacher, Tim/Ernstschneider, Thomas/Wiehager, Andrea: Domain-Namen im Internet, Berlin/Heidelberg 2002. Baum, Sebastian: Die effizierte Lösung von Domainnamenskonflikten, München 2005. Ernstschneider, Thomas: Zeichenähnlichkeit, Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit, Branchennähe im Domain-Rechtsstreit, Jur PC Web-Dok 219/2002

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:
Konrad 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; Peter Burgsteller, Die neue „doteu"-Domain, in: Medien & Recht 2004, 214; Nikolaus Forgó, Das Domain Name System, in: Viktor Mayer-Schönberger u.a. (Hg.), Das Recht der Domain Namen, Wien 2001, 1; Michael Froomkin, Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution, in: Duke University Law Journal, October 2000, 17; Rayle, Die Registrierungspraktiken für Internet-Domain-Namen in der EU, München 2003.

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:
Wolfgang 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; ders., ICANN als United Nations der Informationsgesellschaft?Der lange Weg zur Selbstregulierung des Internets, in: MMR 1999, 452; ders., ICANN between technical mandate and political challenges, in: Telecommunications Policy, No. 24, 2000, 553; ders., 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.

Die für die Kommunikation zwischen den einzelnen Rechnern erforderlichen IP-Adressen werden nicht vom Staat vergeben. Als Oberorganisation ist vielmehr das **ICANN** (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) zuständig.[3] Das 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.

Das ICANN hat weitreichende 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 steht und heute von VeriSign Global Registry Services verwaltet wird)
- die **Vergabe und Verwaltung von IP-Adressen**, mit Hilfe der Numbering Authorities ARIN (für Amerika), RIPE (für Europa und Afrika) und 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:**

- com („Commercial")
- net (für Angebote mit Internetbezug)
- org (für nichtkommerzielle Organisationen)

[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/articles-pr23nov98.html – ferner die By-laws vom November 1998.

- edu (Bildungsorganisationen)
- int (Internationale Organisationen)
- mil (US-Militär)
- gov (US-Regierung).[5]
- info (Informationsdienste)
- biz (Unternehmen)

Außerdem bestehen folgende sog. Sponsored gTLDs: [6]

- aero (Luftverkehr)
- coop (Genossenschaftlich organisierte Unternehmen)
- museum (für Museen)
- asia (Region Asien)
- arpa (Adress and Routing Parameter Area)
- jobs (Internationaler Bereich des Human Recource Management
- mobi (Mobilfunkanbieter)
- travel (Reiseanbieter)
- pro (Freiberufler: Ärzte, Rechtsanwälte, Buchhalter)
- name (individuelle Nutzer mit ihrem Namen).

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.[7] 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.

Für die „biz"- und die „info"-Kennung hat das 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

[5] Um die zuständigen Registerungsstellen für diese Kennungen festzustellen siehe http://www.icann.org/registrars/accredited-list.html.
[6] Siehe dazu http://www.icann.org/tlds/stld-apps-19mar04/sstld-public-comments.htm.
[7] http://www.icann.org/minutes/resolutions-15sep05.htm.

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 239 verschiedene Top-Level-Domains.[8] Wichtig sind die **ccTLDs**

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

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 Poroblems wurden im Juni 2003 durch die Einführung eigener ICANN-Standardisierungsrichtlinien gelöst.[9]

Nachdem das ICANN im Jahre 2000 die Einführung einer neuen ccTLG “.eu” beschlossen hat, ist diese ab dem 7. Dezember 2005 sehr erfolgreich gestartet. Ab diesem Zeitpunkt war es für die Inhaber registrierter Marken[10] 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 Windhundprinzip, wer also als erster seinen Registrierungsantrag bei der

[8] Siehe dazu die Liste unter http://www.iana.org/cctld/cctld-whois.htm.
[9] http://www.icann.org/general/idn-guidelines-20jun03.htm.
[10] Hierzu zählten neben reinen Wortmarken (nationale Marken, europoäische Gemeinschaftsmarken oder internationale Registrierungen mit Schutzwirkung in einem Mitgliedsland der EU) auch Wort-Bild-Marken, bei denen der Wortbestandteil vorrangige Bedeutung hat.

zuständigen Bepörde EuRID[11] 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.[12] 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 kein vollständiger 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 Hauptweg die Anrufung eines Streitschlichtungsavance, in diesem Fall des tschechischen Schiedsgerichtshofs, der zentral alle Aufgaben der Streitschlichtung für die EU-Domain wahrnimmt. Nach Art. 21 der Verordnung 2004 basiert die Streitschlichtung auf Marken oder Namen, die eine EU-Domain entgegenstehen sollen. 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 kommulativ zur Bösgläubigkeit prüft und bei der Bösgläubigkeit eine Bösgläubigkeit bei Registrierung und 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 nur auf ihre Waren hinweisen wollen. Eine Bösgläubigkeit der Registrierung oder Nutzung liegt vor, wenn die entsprechenden Vorgänge unlauter sind, insbesondere zur wettbewerbswidrigen Verunglimpfung oder unter Drucksetzung des Markenrechtsinhabers genutzt werden sollen. Neu ist auch gegenüber der UDRP, dass eine zweijährige Nichtbenutzung ebenfalls unter die bösgläubige Registrierung fällt und zum nachträglichen Widerruf der Domain führen. 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 Amtswegen in Betracht (Art. 20). Schließlich bleibt auch

[11] http://www.eurid.be.

die Möglichkeit, je nach Landesrecht bei unsittlichen Registrierungen einen Widerruf vorzunehmen (Art. 18).

2. Die DENIC eG

Über die Einrichtung einer deutschen Domain[13] unterhalb der Top-Level-Domain DE und ihre Anbindung an das Internet wacht seit dem 17. Dezember 1996 die **DENIC** eG.[14] Im Januar 2004 hatte sie 192 Mitglieder[15] (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.[16] Neben der Domainverwaltung unter .de obliegt der DeNIC die Durchführung des gegenwärtigen Feldversuchs zu Registrierung, Verwaltung und Betrieb von Internet-Domains unter .9.4.e164.arpa. Derartige Domains sollen künftig im Rahmen von ENUM, einer neuen Anwendung des Domain-Namen-Systems geschützt werden.[17]

Die Tätigkeit der DeNIC erfolgt auf **rein zivilrechtlicher Grundlage**; insbesondere ist die DeNIc weder als Beliehener noch als untergeordnete Behörde etwa im Verhältnis zur RegTP anzusehen. Denn bislang galt als hM, dass das TKG nicht Domains und deren Vergabe umfasst.[18] Diskutiert werden bei der derzeitigen Novellierung des TKG allerdings Pläne, diese Rechtslage zu ändern und die TK-Regulierung auch auf die Domainvergabe zu erstrecken. Diesen Plänen ist allerdings seitens der DENIC eG heftig widersprochen worden.[19] Auch der Bundesrat hat sich dieser Idee widersetzt und in ihrer Empfehlung Nr. 55 zum neuen Telekommunikationsgesetz betont, „dass die Verwaltung dieser Adressen im Sinne der bisherigen bewährten Selbstregulierung weiterhin durch die DENIC eG als Einrichtung der Internetwirtschaft erfolgen sollte."

---

[12] Siehe hierzu www.validation.pwc.be.

[13] In Österreich ist zuständig die NIC.AT GmbH, in der Schweiz SWITCH (Swiss Academic and Research Network). Adressen: nic.at, Jakob-Haringer-Str. 8, A-5020 Salzburg, Tel.: 0043/662/466913, Fax: 0043/662/466947, email: info@nic.at, http://www.nic.at; für das WITCH, Neumühlequai 6, CH – 8001 Zürich, Tel.: 0041/848/844080, Fax: 0041/848/844081, email: helpdeskqnic.ch.

[14] Die DeNIC darf von sich behaupten, sie sei ohne Gewinnabsicht tätig und eine Non-Profit.-Organisation; siehe LG Frankfurt, Urteil vom 24. Oktober 2001, MMR 2002, 126.

[15] Zu den einzelnen Mitgliedern siehe http://www.denic.de/de/denic/mitgliedschaft/mitgliederliste/index.jsp.

[16] Die DENIC ist erreichbar unter der Adresse Wiesenhüttenplatz 26, 60329 Frankfurt, Tel.: 01802/336420, Fax: 069/27235235, eMail: Info@DENIC.de, www.DENIC.de.

[17] Vgl. dazu http://www.denic.de/enum/index.html.

[18] So etwa Holznagel, MMR 2003, 219; Koenig/Neumann, K&R 1999, 145; diess., CR 2003, 182.

[19] http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/DENIC-Stellungnahme-RefE-TKG.pdf.

Die DENIC eG hat genau festgelegt, wie ein Domain-Name beschaffen sein muss. Ein gültiger Domain-Name besteht aus mindestens drei[20] 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.[21] 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. März 2004 erlaubt. Eine weitere, eigene Unterteilung (Subdomain) ist möglich, wird jedoch nicht von der DENIC eG, sondern vom Provider oder vom Nutzer eingerichtet.

Noch freie Domains lassen sich über Suchmaschinen finden, etwa

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

Die Registrierung der freien Domains erfolgt selten über DeNIC direkt. Meistens sind Zwischenhändler tätig, z.B. Discount Provider wie Strato oder Puretec/1&1.

Nach den Vergabebedingungen der DENIC[22] liegt die Verantwortung für marken- und namensrechtliche Folgen aus der Registrierung des Domain-Namens beim Kunden[23]. 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 Adress-Vergabe 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[24]. 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 gegenüber dem Domain-Inhaber geltend macht (§ 2 Abs. 3 S. 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

[20] Ausnahmen gelten traditionell für vier aus Bestandsschutzgründen nutzbaren zweisilbige Kennungen, etwa der Bundesbahn (http://www.db.de) sowie ix.de, hw.de und bb.de.

[21] Siehe dazu LG Frankfurt, Urteil vom 22. März 2000, MMR 2000, 627 m. Anm. Welzel, wonach kein Anspruch aus §§ 19 I, 20 II 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“).

[22] Die Bedingungen datieren aus dem Jahr 2004 (im Internet abrufbar unter http://www.denic.de/de/bedingungen.html).

[23] Absatz „Domain-Namen", I. (5).

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.

II. Kennzeichenrechtliche Vorgaben

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

1. Kollisionsrechtliche Vorfragen

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 jedwedes Recht eines beliebigen Abrufstaates.[25] 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.[26] Diese starre Haltung wird jedoch zunehmend von Obergerichten durchbrochen. So sah das OLG Karlsruhe[27] 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

[24] Er beantragt daneben noch ein IP-Netz beim NIC im Rahmen dessen 254 Nummern zur weiteren Vergabe zur Verfügung stehen (ClassC-Netz).
[25] KG, Urteil vom 25. März 1997, CR 1997, 685 = K&R 1998, 36 = NJW 1997, 3321 – Concert Concept.
[26] Österreichischer Oberster Gerichtshof, Urteil vom 24. April 2001, GRUR Int. 2002, 265.
[27] Urteil vom 10. Juli 2002, MMR 2002, 814 mit Anm. Mankowski.

Internetinformation einen über die bloße Abrufbarkeit im Inland hinausreichenden Inlandsbezug 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.[28] Demnach wäre hier nicht das Recht jeden Abrufstaats, sondern nur das Recht desjenigen Staates zu beachten, dessen Staatsangehörige zu den intendierten Nutzern des Angebots zählen.

Zu klären wäre dann, ob die Verbreitung nicht nur zufällig, sondern gewollt in Deutschland erfolgt ist. Die „Bestimmung" einer Homepage ist aber in vielen Fällen nur schwierig festzustellen. Als Ansatzpunkte werden herangezogen

- die Sprache der Website[29] (Problem: englische Sprache)
- die deutsche Staatsangehörigkeit von Kläger und Beklagtem[30],
- die Verwendung deutscher Währungen,[31]
- Werbung für die Website in Deutschland,[32]
- der Geschäftsgegenstand betrifft typischerweise auch Deutschland (OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 381).

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.[33] Der BGH hat nun einen solchen Disclaimer im Rahmen einer Streitigkeit über die Lieferung einer Online-Apotheke für zulässig erachtet (BGH IZP 24/03, Urteil vom 30.03.2006 (noch nicht veröffentlicht)).

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.[34] Für **die internationale Zuständigkeit** werden die Zuständigkeitsregeln der ZPO analog angewendet, sofern nicht bi- oder multilaterale Staatsverträge (insbesondere

[28] So etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Juni 1999, K & R 1999, 423 – Bad-Wildbad.com.
[29] LG Hamburg, MD 2001, 354 – nimm2.com; OLG Hamm MMR 2004, 177-nobia.se.
[30] LG Braunschweig, CR 1998, 364 – delta.com.
[31] LG Hamburg, MD 2001, 354 – nimm2.com; OLG Hamm, MMR 2004, 177 – nobia.se.
[32] LG Hamburg, Urteil vom 30. Juni 200, CR 2000, 617 m. Anm. Bettinger = MMR 2000, 763 = K&R 2000, 409 – last-minute.com.
[33] Siehe dazu KG, GRUR Int. 2002, 448, 449 f. Knoblauch; LG Frankfurt, Urteil vom 10. August 2001, CR 2002, 222, 223 mit Anm. Dieselhorst; Kur, WRP 2000, 935, 938; Mankowski, MMR 2002, 817, 819.
[34] LG München I, Urteil vom 8. Dezember 1999, MMR 2000, 443. Ähnlich LG Köln, Urteil vom 08.03.2005 – 33 O 343/04 – postbank.com.

die VO 44/2001) zur Anwendung kommen.[35] Die Verordnung Nr. 44 /2001 über die gerichtliche Zuständigkeit geht ähnlich von einem allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2) und vom deliktischen Gerichtsstand am Handlungs- oder Erfolgsort (Art. 5 Nr. 3)[36] aus. Gerade die Möglichkeit, am Erfolgsort zu klagen, läuft auf einen fliegenden Gerichtsstand ähnlich wie im Presserecht hinaus.[37] Anders argumentiert u.a. das OLG Karlsruhe, das darauf abstellt, wo der Domain-Name im Internet bestimmungsgemäß abrufbar ist.[38] Der BGH hat jetzt in der Entscheidung "maritime.dk"[39] 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. von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG kennzeichenrechtliche Ansprüche auslösen könne. Erforderlich sei, dass das Angebot einen wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug aufweist.[40]

2. Schutz geschäftlicher Bezeichnungen nach dem MarkenG

Nach § 5 Abs. 1 MarkenG werden Unternehmenskennzeichen als geschäftliche Bezeichnungen geschützt. Unternehmenskennzeichen sind nach der Legaldefinition des § 5 Abs. 2 MarkenG Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr als Name, als Firma oder als besondere Kennzeichnung eines Geschäftsbetriebs oder eines Unternehmens geschützt werden.[41]

---

[35] Siehe dazu auch die Überlegungen am Ende des Skriptums.
[36] Zur Anwendbarkeit im Kennzeichenrecht KG, RIW 2001, 611, 613; OLG Karlsruhe, MMR 1999, 604 – bad wildbad; öOGH, GRUR Int. 2000, 795 – Thousand Clowns.
[37] So auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. Juli 2002, MMR 2002, 814, 815; OLG München, MMR 2002, 166, 167 = CR 2002, 449, 450 m. Anm. Mankowski – literaturhaus.de; OLG Hamburg, Urteil vom 2. Mai 2002, MMR 2002, 822 = CR 2002, 837 – hotel-maritime.dk.; siehe auch öOGH, GRUR Int. 2002, 265, 266 – Red Bull
[38] OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Juni 1999, 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 Civom 721 (C.A.).
[39] BGH, Urteil vom 13. Oktober 2004, MMR 2005, 239.
[40] So auch OLG München MMR 2005, 608.
[41] Zur Rechtslage in Österreich siehe die Grundsatzentscheidung des OGH, Urteil vom 13. September 1999, MMR 2000, 352 m. Anm. Haller.

a) Domains – technische Angaben oder Unternehmenskennzeichen?

Auch im Internet genießen Unternehmenskennzeichen den Schutz des Markenrechts. Allerdings ist dies für die Domains nicht unumstritten. Obwohl teilweise 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[42].

Diese Auslegung verkennt jedoch, dass Domains, die einen Namen enthalten oder namensartig anmuten, in der heutigen Form kennzeichenmäßig genutzt werden[43]. Das OLG München hat aus diesem Grund entschieden, dass ein Internet-Domain-Name ein Unternehmenskennzeichen sein kann, wenn das verwendete Zeichen originäre Kennzeichnungskraft oder Verkehrsgeltung besitze. Dies sei gegeben, wenn der Domain-Name das Dienstleistungsunternehmen bezeichne und in dieser Form im geschäftlichen Verkehr genutzt werde[44].

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

---

[42] Kur, CR 1996, 325, 327; ähnlich auch Gabel, Internet: Die Domain-Namen, NJW-CoR 1996, 322; Graefe, Marken und Internet, MA 3/96.

[43] So auch KG, Urteil vom 25. März 1997, 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. 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; Starck, Markenmäßiger Gebrauch – Besondere Voraussetzung für die Annahmen einer Markenverletzung, GRUR 1996, 688.

[44] OLG München, Urteil vom 16. September 1999, ZUM 2000, 71.

noch mit Einräumung eines kennzeichnungsrechtlichen Schutzes in diesem Bereich schwer[45], ging der BGH in der "Fernschreiberkennung"[46]-Entscheidung davon aus, dass jedenfalls die Benutzung einer (verwechselungsfähigen) 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.[47] Auch bei der Verwendung eines Namens als Third-Level-Domain handele es sich bei Anwendung dieser Gedanken um eine kennzeichenmäßige Benutzung.[48]

Eine Änderung der Rechtslage könnte sich dann ergeben, wenn künftig eine Verwendung von **Suchmaschinen** Usus werden sollte. Solche Tools (wie etwa „Alta Vista" oder „Yahoo") geben dem Anwender eine umfassende Auskunft darüber, welches Unternehmen sich hinter welcher Homepage verbirgt. Auch die Einführung neuer Top-Level-Domains (siehe oben) könnte die markenrechtliche Situation entspannen. Die Gefahr, dass der Domain-Name auf ein falsches Unternehmen hinweist, also eine Verwechselungsgefahr besteht, ist dann oft nicht gegeben. Die Domains werden dann wieder auf ihre technische Identifizierungsfunktion reduziert.

Im Übrigen ist zu klären, ob dem streitgegenständlichen Kennzeichen namensmäßige Unterscheidungskraft zukommt. Daran fehlt es zum Beispiel bei dem Bestandteil „online" in der Firma eines Unternehmens[49] oder der Bezeichnung „toolshop".[50]

b) Benutzung im geschäftlichen Verkehr

Der Schutz durch § 5 Abs. 1 MarkenG setzt **eine „Benutzung des Unternehmenskennzeichens im geschäftlichen Verkehr**" voraus. Eine Verwendung von

[45] Siehe RGZ 102, 89 – EKA; BGHZ 8, 387 – Telefonnummern; BGH, GRUR 1955, 481, 484 – Telegrammadressen.
[46] BGH, GRUR 1986, 475; vgl. hierzu auch OLG Hamburg, GRUR 1983, 191.
[47] Ähnlich auch US-amerikanische Entscheidungen wie Morrim vom Midco Communication, 726 F Supp. 1195 (D Minn. 1989).
[48] LG Duisburg, Urteil vom 2. Dezember 1999, MMR 2000, 168 = NJW-CoR 2000, 237 (Leits.).
[49] OLG Köln, Urteil vom 27. Oktober 2000, GRUR 2001, 525 = MMR 2001, 392 – online.de.
[50] KG, Urteil vom 13. Juni 2000, K&R 2000, 514 Leits.

Kennzeichnungen durch private Anwender fällt damit grundsätzlich nicht darunter.[51] 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.[52] 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 bsondere Beachtung verschafft.[53]

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[54]. Hierzu reicht es aus, wenn sich auf der streitgegenständlichen Internetseite Werbung befindet.[55] 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 solchen Domain als Benutzung im Sinne von § 14 MarkenG ansieht[56], lassen sich hinsichtlich der Verwechselungsgefahr keine Aussagen zur Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit machen.

c) Kennzeichenmäßige Benutzung

[51] So auch OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2001, MMR 2002, 167 = CR 2002, 285 = K&R 2002, 319 – lotto-privat.de.
[52] LG Berlin, GRUR-RR 2004, 16.
[53] OLG Frankfurt a.M., GRUR 2004, 1042.
[54] Siehe auch Kur, Festgabe Beier 1996, 265, 273.
[55] LG Hamburg, Beschluss vom 1. März 2000, MMR 2000, 436 – luckystrike.
[56] Dafür Ubber, WRP 1997, 497, 507; ähnlich jetzt auch BGH, Urteil vom 26. Juni 2003, WRP 2003, 1215 – maxem.de; dagegen mit guten Gründen OLG Dresden, Urteil vom 28. November 2000, CR 2001, 408 – kurt-biedenkopf.de; OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2001, MMR 2002, 167 – lotto-privat.de; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. September 2001, MMR 2002, 118 – dino.de; LG München I, Urteil vom 18. März 2004 – 17HK O 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, Urteil vom 2. Dezember 2004 – I ZR 207/01 – welt. Dort will der BGH einen Schutz gegen die Registrierung nur zulassen, wenn damit eine erhebliche Beeinträchtigung des Namensrecht verbunden ist.

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[57]. §§ 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[58]. 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.

d) Verwechselungsgefahr

Benutzt jemand unbefugt eine Domain, die das Kennzeichen eines anderen Unternehmens oder ein ähnliches Zeichen gem. § 5 II 2 MarkenG enthält und schafft er dadurch eine **Verwechselungsgefahr**, so kann er auf **Unterlassung** in Anspruch genommen werden (§ 15 Abs. 2 und 4 MarkenG)[59]. Aber auch ohne Verwechselungsgefahr 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 Verwechslungsgefahr 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

[57] Anderer Ansicht allerdings Sack, GRUR 1995, 81.
[58] So LG Detmold, Urteil vom 26. Februar 1997 – 2 S 308/96 (unverö).
[59] Mittelbare Verwechselungsgefahr 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.).

Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt.[60] 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.[61]

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. 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.[62] Selbst wenn keine Links vorhanden sind, soll ein Verweis auf eine fremde Website zur Zurechnung ausreichen.[63] Bei Serienzeichen reicht im Übrigen bereits das gedankliche Inverbindungbringen der jüngeren mit der älteren Marke, so z.B. der Domain „immobilien24“ mit der Deutschen Bank 24.[64] Erforderlich ist bei grenzüberschreitenden Fällen, dass diese einen wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug aufweisen.[65]

Bei Branchenverschiedenheit der Unternehmen bzw. der durch die Marken angesprochenen Verkehrskreise scheidet eine Verwechselungsgefahr i.d.R. aus.[66] Dies gilt insbesondere für lediglich registrierte Domains, bei denen ja ein Bezug zu einer Branche fehlt.[67] 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.

Hinsichtlich der Rufausbeutung soll es ausreichen, dass der/ein Internet-Nutzer zum Aufrufen einer Homepage verleitet wird, für die er sich sonst – ohne die inkriminierte

[60] 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.
[61] OGH, Beschluss vom 21.12.2004, 4 Ob 238/04k, sexnews.at
[62] Siehe zur Verwechselungsgefahr durch Links auf Homepages der gleichen Branche LG Mannheim, Urteil vom 10. September 1999, MMR 2000, 47.
[63] LG Berlin, Urteil vom 30. Oktober 1997 – 16 O 236/97 (unverö).
[64] BGH, Urteil vom 24. Januar 2002, NJW-RR 2002, 829 Bank 24.
[65] BGH, Urteil vom 13. Oktober 2004 – I ZR 163/02 – maritime.dk.
[66] OLG Frankfurt, Urteil vom 4. Mai 2000, MMR 2000, 486 = WRP 2000, 772.
[67] 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, Urteil vom 27. November 1997 – 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.

Kennzeichenverwendung – nicht entschieden hätte. Dies gilt jedenfalls bei bekannten Kennzeichen.[68] 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 die jeweilige Homepage des Domaininhabers und die dort angekündigten Produkte betrachten.

Eine Behinderung der unternehmerischen Ausdehnung wird bejaht, wenn der Domain Name für den Inhaber des Kennzeichens blockiert ist.[69] Eine Registrierung ohne sachlichen Grund gilt als vorwerfbar.[70] Ähnliches gilt für unmittelbare Umleitung einer Website auf eine andere zentrale Homepage des Domaininhabers.[71] Auch die Massenregistrierung von Domains mit Bezug auf bekannte Kennzeichen (sog. Domain Name Trafficking) reicht aus.[72] Ähnliches gilt für die Inanspruchnahme exzessiver Vergütungen für die Übertragung der Domain auf den Markenrechtsinhaber.[73]

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.[74]

Das OLG Hamm[75] 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.

e) Schutz gegen ähnliche Domains?

[68] OLG München, Urteil vom 2. April 1998, K&R 1998, 363 = NJW-RR 1998, 394 = MMR 1998, 668 – Freundin; OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. Juni 1998, WRP 2000, 900 = ZUM 1998, 944 = MMR 1999, 171 – Zwilling; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. November 1998, WRP 1998, 343= NJW-WettbewerbsR 1999, 626 – UFA; OLG Hamburg, MD 2001, 315; ähnlich LG München I, Urteil vom 9. Januar 1997 – 4 HKO 14792/96 (unverö); LG Hamburg, Urteil vom 13. Januar 1999 –315 O 478/98; LG Mannheim, Urteil vom 26. Juni 1998, K&R 1998, 558 – Brockhaus; LG München I, Urteil vom 20. Februar 2003, MMR 2003, 677 – freundin.de.

[69] OLG Dresden, K&R 1999, 133, 136; LG Hamburg, MD 2001, 376; LG Köln, Urteil vom 10. Juni 1999 – 31 O 55/99.

[70] OLG München, MMR 1998, 668, 669; OLG Karlsruhe, MMR 1999, 171, 172.

[71] OLG München, MMR 2000, 100, 101.

[72] OLG München, MMR 2000, 100, 101; LG Hamburg, Urteil vom 13. Januar 1999 – 315 O 417/98.

[73] LG München I, Urteil vom 7. Mai 1997 – 7 HKO 2682/97; LG Bonn, Urteil vom 22. September 1997 – v1 O 374/97.

[74] LG Bremen, Urteil vom 13. Januar 2000 – 12 o 453/99 (rechtskräftig), MMR 2000, 375.

[75] OLG Hamm, Urteil vom 13. Januar 1998, MMR 1998, 214 mit Anm. Berlit.

Für das deutsche Recht ist bei einem solchen Kennzeichenschutz **das besondere Freihaltebedürfnis der Mitbewerber** zu bedenken. Adressen sind im Internet ein knappes Gut; dies gilt vor allem für die Angaben auf der Second-Level-Domain. Schon für den früheren Ausstattungsschutz nach § 25 WZG ging die Rechtsprechung davon aus, dass bei einfachen Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben ein überwiegendes Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit zu bejahen sei.[76] Geschützt sind daher Unternehmen auf jeden Fall, soweit Konkurrenten eine mit der ihrer Unternehmenskennzeichnung identische Adresse auf der Second- oder Third-Level-Domain-Ebene[77] 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 **ähnlichlautende Domains** vorgehen kann. Ein Teil der Rechtsprechung lehnt dies ab. So hat OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 13. Februar 1997[78] betont, dass eine registrierte Online-Adresse lediglich einer identischen Verwendung durch einen anderen entgegenstehe, so dass schon durch geringfügige Abwandlungen oder Zusätze die tatsächliche Sperrwirkung überwunden werden könne. Hier gilt jedoch m.E. **die allgemeine Rechtsprechung zur Verwechselungsgefahr**.[79]
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.[80] 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.[81] Verwechselungsfähig ist auch die Domain „siehan.de" im Vergleich zum Firmenschlagwort „Sieh an!".[82] Auch die Domain "kompit.de" wurde als verwechslungsfähig mit dem Unternehmenskennzeichen und der Marke "combit" angesehen (OLG Hamburg MMR 2006, 226). Verneint wurde die Verwechslung zwischen der Domain pizza-direkt.de und der (als fast beschreibend angesehenen) Marke pizza-direct.[83] Ebenso verneint wurde eine Markenrechtsverletzung bei

[76] BGH, GRUR 1960, 541 – „Grüne Vierkantflasche"; GRUR 1960, 83 – „Nährbier"; GRUR 1971, 305, 308 – „Konservendosen II; GRUR 1979, 470 – „RBB/RBT".
[77] Siehe LG Duisburg, Urteil von 2. Dezember 1999, MMR 2000, 168 = NJW-CoR 2000, 237 (Ls.) – kamp-lintfort.cty.de.
[78] Beschluss vom 13. Februar 1997, WRP 1997, 341 f.
[79] ÖOGH, Beschluss vopm 3. April 2001, GRUR Int. 2002, 450; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. September 2003, I-20 U 158/02 – 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.
[80] LG Koblenz, MMR 2000, 571.
[81] LG Düsseldorf, Urteil vom 21. Juli 1999 – 34 O 56/99 (unverö). Anders aber LG Frankfurt, Beschluss vom 15. Juli 1997 – 2-06 O 409/97 zum Fall t-online versus t-offline.
[82] OLG Hamburg, Urteil vom 2. Mai 2002, MMR 2002, 682 – siehan = CR 2002, 833 mit Anm. Florstedt
[83] OLG Hamm, Urteil vom 28. Mai 1998, NJW-RR 1999, 632.

der Internetdomain „mbp.de“ im Verhältnis zur Marke „MB&P“.[84] Anders sieht es das OLG Rostock in der Entscheidung „mueritz-online.de“.[85] 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.[86] Das OLG Hamburg stellt auf die klangliche Ähnlichkeit ab, weil Domains auch in mündlichen Gesprächen genannt werden, und bejahte mit dieser Begründung die Verwechselungsfähigkeit von „be-mobile.de“ zu T-Mobile.[87] Der Schutz geht im Übrigen auch in Richtung Umlautdomains. So hat das LG Köln[88] z.B. dem Domaininhaber von touristikbörse24.de die Nutzung als Domain-Grabbing untersagt.

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.[89] Ähnliches gilt für die Verwendung anderer gTLDs, wie etwa im Falle von „WDR.org“ für ein Portal zum Thema „Fachjournalismus“.[90] Den gTLDs fehlt es an der kennzeichnenden Wirkung; entscheidend ist daher die Second-Level-Domain.[91]

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 nicht technisch durchsetzbar. Die Anbieter der Seite baynet.com könnten schon von

[84] OLG München, Urteil vom 20. September 2001, MMR 2002, 170 – mbp.de.
[85] Urteil vom 16. Februar 2000, MMR 2001, 128 Ls. = K&R 2000, 303 = NJWE-WettbewR 2000, 161.
[86] OLG München, Urteil vom 20. Januar 2000, MMR 2000, 277 = NJW-CoR 2000, 308 Ls.
[87] OLG Hamburg, Beschluss vom 7. Juli 2003, MMR 2003, 669.
[88] LG Köln Entscheidung vom 12 März 2004, – 31 O 155/04.
[89] OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Juni 1999, MMR 1999, 604 = CR 1999, 783 = AfP 1999, 378.
[90] LG Köln, Urteil vom 23. Mai 2000, MMR 2000, 625.

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[92] 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 Verwechselungsgefahr 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.[93]

g) 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).[94] 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-Names gegen die guten Sitten verstößt.
Dagegen haben das LG Bochum und das OLG Hamm[95] 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.[96]

---

[91] So jüngst auch das Hanseatisches Oberlandesgericht – Beschluss vom 04. Februar 2002 – 3 W 8/02; http://www.jurpc.de/rechtspr/20020153.htm.
[92] KG, Urteil vom 25. März 1997, NJW 1997, 3321.
[93] So etwa Reinhart, WRP 2002, 628, 634 f.
[94] Kur, Festgabe Beier 1996, 265, 276.
[95] OLG Hamm, Urteil vom 13. Januar 1998 – 4 U 135/97, MMR 1998, 214 mit Anm. Berlit.
[96] So auch in der Schweiz siehe Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 21. Januar 2005 – 4C.376/2004, MMr 2005, 366 mit Anm. Mietzel – www.maggi.com.

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.[97] Diese Rechtsprechung ist von anderen Gerichten fortentwickelt worden, etwa im Hinblick auf den Firmennamen Wolfgang Joop.[98] Diese Grundsätze gelten jedoch nur im Hinblick auf bekannte Marken oder Unternehmenskennzeichen, nicht für kleine Unternehmen und deren Namen.[99] Das OLG Koblenz vertritt die Auffassung, dass auch bei „normalen“ Städtenamen bei Gleichnamigkeit das Prinzip „**first come, first served**“ gelten soll.[100]

Dies hat jetzt auch der BGH in der Entscheidung **Hufeland** bekräftigt.[101] Soweit zwei Unternehmen die mit ihrem Firmenschlagwort identische Internetadresse begehren, liege ein Fall der Gleichnamigkeit. 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.

Denkbar wäre auch eine Lösung über eine Abgrenzungsvereinbarung (sog**. Domain-Name-Sharing**), aufgrund derer für beide Kennzeichenrechtsinhaber ein einheitliches Portal geschaffen wird (siehe etwa „http://www.winterthur.ch“). Der BGH hat jetzt in der Vossius-Entscheidung[102] über solch alternative Lösungsmöglichkeiten nachgedacht. Die Gefahr der Verwechselung könne bei Gleichnamigkeit auch auf andere Weise ausgeschlossen werden. 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.

[97] LG Paderborn, Urteil vom 1. September 1999, MMR 2000, 49.
[98] LG Hamburg, Urteil vom 1. August 2000, MMR 2000, 6220 mit Anm. Bottenschein.
[99] Siehe LG Paderborn, Urteil vom 1. September 1999, MMR 2000, 49 = ZUM-RD 2000, 344.
[100] OLG Koblenz, Urteil vom 25. Januar 2002, WRP 2002, 340 = K & R 2002, 201 = MMR 2002, 466 – vallendar.de; LG Osnabrück MMR 2006, 248.
[101] BGH, Urteil vom 22. Juni 2005 – I ZR 288/02.
[102] Urteil vom 11. April 2002, MMR 2002, 456 mit Anm. Hoeller = CR 2002, 674 mit Anm. Koschorreck.

h) Gattungsbegriffe

Literatur:
Stefan 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; Axel Beater, Internet-Domains, Marktzugang und Monopolisierung geschäftlicher Kommunikationsmöglichkeiten, in: JZ 2002, 275; Stefan Ernst, Zur Zulässigkeit der Verwendung von Gattungsbegriffen und Branchenbezeichnungen als Domains, in: MMR 2001, 181; ders., Gattungsnamen als Domains, in: DuD 2001, 212; Essl, Freihaltebedürfnis bei generischen und beschreibenden Internet-Domains? In: öBl 2000, 100; Thomas Fraiss, Domain-Grabbing von Gattungsbegriffen nur bei Verkehrsgeltung! Rdw 2004, 203; Niko Härting, Zur Zulässigkeit der Verwendung beschreibender Angaben, in: BB 2001, 491; Jan Gerd Mietzel/Marco Hero, Sittenwidriger Domainhandel: Gibt es die „Hinterhaltsdomain"?, in: MMR 2002, 84; Hans-Friedrich Müller, Internet-Domains von Rechtsanwaltskanzleien, in: WRP 2002, 160; Renck, Scheiden allgemeine Begriffe und Gattungsbegriffe als Internet-Domain aus?, in: WRP 2000, 264; Mattzhias 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; Bettina Wendlandt, Gattungsbegriffe als Domainnamen, in: WRP 2001, 629.

Schwierig ist schließlich auch die Frage, ob Gattungsbegriffe und beschreibende Angaben als Domain-Names registriert werden können[103]. 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".

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 Kennzeichen „Anwalt" einem Anwalt vorbehalten. Ein Nicht-Anwalt würde gegen Standesrecht oder, wegen der damit verbundenen Kanalisierung von Kundenströmen, gegen § 3 UWG a.F. (§§ 3, 4 Nr. 10 UWG bzw. §§ 3, 5 UWG) verstoßen.

In diesem Sinne hat auch das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 13. Februar 1997[104] 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

[103] Vgl. hierzu Kur, CR 1996, 325, 328.
[104] WRP 1997, 341 f. Ähnlich auch OLG Braunschweig, Urteil vom 20. Juli 2000, CR 2000, 614 = MMR 2000, 610 – Stahlguss.de. Unzutreffend OLG München, Urteil vom 22. April 1999, K&R 1999, 327 = ZUM 1999, 582 = MMR 1999, 547 – Buecher.de, das die Frage des Gattungsbegriffs mit dem Problem der kennzeichenmäßigen Benutzung verwechselt.

”Kanalisierungsfunktion” der Domain-Names, 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 genauer 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[105]. 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“[106], „rechtsanwaelte.de“[107], „zwangsversteigerung.de“[108] oder „hauptbahnhof.de“[109]. Auch zahlreiche Literaturstimmen haben die Hamburger Leitlinien weiterverfolgt.[110]Andere Gerichte widersprachen der Hamburger Linie, zum Beispiel in Bezug auf die Termini „stahlguss.de“[111], „lastminute.com“[112], „zeitarbeit.de“[113], „autovermietung.com“[114], „fahrplan.de“[115],

[105] OLG Hamburg, Urteil vom 13. Juli 1999, 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.
[106] OLG Stuttgart, MMR 2000, 164 in Bezug auf eine Vanity-Nummer, aufgehoben durch BGH, Urteil vom 21. Februar 2002, CR 2002, 729.
[107] LG München I, Urteil vom 16. November 2000, MMR 2001, 179 m. 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.
[108] LG Köln, Urteil vom 10. Oktober 2000, MMR 2001, 55.
[109] LG Köln, Urteil vom 23. September 1999, MMR 2000, 45 = CR 1999, 649.
[110] Ähnlich auch Bettinger, CR 1997, 273; Sosnitza, K & R 2000, 209, 212; Ubber, WRP 1997, 497.
[111] OLG Braunschweig, MMR 2000, 610.
[112] LG Hamburg, Urteil vom 30. Juni 2000, CR 200, 617 mit Anm. Bettinger = MMR 2000, 763, 765.
[113] LG Köln, MMR 2001, 197.
[114] LG München, Urteil vom 28. September 2000, MMR 2001, 185.
[115] LG Köln, Urteil vom 1. Dezember 1999 – 31 O 513/99.

„sauna.de“[116], „rechtsanwalt.com“[117] oder „kueche.de“[118]. Hierbei wurde darauf abgestellt, dass für den Tätigkeitsbereich eine Vielzahl beschreibender Kennzeichnungen vorhanden waren.[119] Noch deutlicher ist das OLG Braunschweig in der oben genannten Entscheidung, dass die Kanalisierung durch Registrierung rein beschreibender Domainnamen für sich allein nicht als wettbewerbswidrig angesehen hat.[120] Das LG Hamburg stellt darauf ab, ob der Eindruck entstanden ist, es handele 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.[121] 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.

Der BGH hat in Sachen „**mitwohnzentrale**“ am 17. Mai 2001 entschieden.[122] Die Verwendung von Gattungsbegriffen sei grundsätzlich zulässig; insbesondere liege keine Unlauterkeit im Sinne von § 3 UWG und den dazu entwickelten Fallgruppen vor. Der Domaininhaber habe nur einen sich bietenden Vorteil genutzt, ohne auf Dritte unlauter einzuwirken. Ein Anlass für eine neue Fallgruppe speziell für 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.[123] Die Notwendigkeit dieser beiden Einschränkungen sind in der Literatur mit Recht bezweifelt worden.[124] Diese Leitlinien hat der BGH dann in der Entscheidung „weltonline.de“ bekräftigt.[125] Die Registrierung von Gattungsbegriffen sei dem Gerechtigkeitsprinzip unterworfen und erfolge

---

[116] OLG Hamm, Urteil vom 2. November 2000, MMR 2001, 237. Ähnlich bereits LG Münster, Urteil vom 14. April 2000 – 23 O 60/00.
[117] LG Mannheim, Urteil vom 24. August 2001, CR 2002, 689 = NJW-RR 2002, 1580 = MMR 2002, 635 (Ls.). Anderer Ansicht OLG Hamburg, MMR 2002, 824.
[118] LG Darmstadt, Urteil vom 17. April 2001, MMR 2001, 559 (Ls.) = ZUM-RD 2002, 90.
[119] LG München, Urteil vom 28. September 2000, MMR 2001, 185.
[120] OLG Braunschweig, MMR 2000, 610.
[121] LG Hamburg, MMR 2000, 763, 765.
[122] 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.
[123] Mankowski, MDR 2002, 47, 48 sieht in jeder Aneignung von Branchenbezeichnungen durch einen einzelnen Wettbewerber die irreführende Behauptung einer Spitzenstellung.
[124] Siehe Abel, WRP 2001, 1426, 1429 ff.; Beater, JZ 2002, 275, 278 f.
[125] Urteil vom 3. Dezember 2004 – I ZR 270/01, CR 2005, 592. = WRP 2005, 893.

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 genannte Domain nicht benötige, da er sich bereits unter www.welt-online.de präsentiere.

Dennoch macht diesen Zusätze derzeit die Runde: So hat das LG Düsseldorf[126] 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[127] – in dem Angebot, unter der Domain „drogerie.de“ Subdomains zu erwerben, eine Irreführung im Sinne von § 5 UWG.[128] Ähnlich entschied das OLG Nürnberg hinsichtlich der Verwendung der Domain www.steuererklaerung.de für einen Lohnsteuerhilfeverein.[129] Das OLG Hamburg verbot die Verwendung von „rechtsanwalt.com“ durch Nicht-Anwälte als irreführend im Sinne von § 3 UWG.[130] Für besondere Aufregung haben das LG Dortmund[131] und das OLG Hamm[132] gesorgt, als sie die Verwendung der Domain „**tauchschule-dortmund**.de“ wegen impliziter Spitzenstellungsbehauptung für unlauter im Sinne von §§ 3, 5 UWG erklärten.[133] 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.[134] 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.[135] Unklar ist die Haltung der Gerichte zu Anwaltsdomains, wie „anwalt-hannover.de“ oder „rechtsanwaelte-dachau“ de. Zum Teil wird eine solche Domain

[126] LG Düsseldorf, Urteil vom 6. Juli 2001, MMR 2002, 126.
[127] OLG Frankfurt, Urteil vom 12. September 2002, MMR 2002, 811.
[128] LG Frankfurt, Urteil vom 23. März 2001, MMR 2001, 542 m. Anm. Buecking.
[129] OLG Nürnberg, Urteil vom 6. November 2001, MMR 2002, 635 = K&R 2002, 155 = GRUR 2002, 460. = MDR 2002, 406.
[130] Urteil vom 2. Mai 2002, NJW-RR 2002, 1582 = BRAK-Mitt. 2002, 287 = MMR 2002, 824. Anderer Auffassung LG Mannheim, MMR 2002, 635. Anders auch LG Berlin, Urteil vom 18. Juni 2003, CR 2003, 771 für die Domain „Rechtsbeistand.info“.
[131] Urteil vom 24. Oktober 2002, MMR 2003, 200.
[132] OLG Hamm, Urteil vom 18. März 2003, CR 2003, 522 mit Anm. Beckmann.
[133] Die Revision ist inzwischen vom BGH wegen fehlender grundsätzlicher Bedeutung nicht angenommen worden; siehe CR 2004, 77.
[134] LG Berlin, Urteil vom 16. Dezember 2002, CR 2003, 937 (Leitsatz). Ähnlich für „deutsche-anwalthotline.de LG Erfirt, Urteil vom 21. Oktober 2004, MMR 2005, 121.
[135] LG Hamburg, Urteil vom 2. September 2003, MMR 2003, 796 – tipp.ag; bestätigt OLG Hamburg, Urteil vom 16. Juni 2004- 5 U 162/03.

wegen Irreführungsgefahr generell für verboten erachtet.[136] Teilweise wird bei Verwendung des Singulars „anwalt“ von der wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeit ausgegangen.[137]
Das OLG Stuttgart hat hingegen den Begriff „Netz“ als nicht schutzfähigen Gattungsbegriff angesehen, auch wenn jemand den Nachnamen „Netz“ führt.[138] Ähnlich sah die Kölner Justiz die Rechtslage bei den Gattungsbegriffen "bahnhoefe"[139] und "mahngericht".[140] Für die generische Umlautdomains gelten ähnliche Regeln. So hat das LG Leipzig[141] betont, dass ein Hersteller von Waren keinen Anspruch auf Unterlassung der Registrierung oder Nutzung einer IDN-Domain, die nur Waren beschreibt.
Keine rechtlichen Probleme sah das OLG Wien bei der Registrierung der Domain „kinder.at“ im Verhältnis zu einer generischen Wort/Bildmarke „kinder“.[142] 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.[143] Der BGH hat inzwischen auch keine Probleme mehr in der Verwendung der Adressen „presserecht.de“[144] und „rechtsanwaelte-notar.de“[145] gesehen; diese sei weder irreführend noch verstoße sie gegen anwaltliches Berufsrecht. In Sachen Mitwohnzentrale liegt inzwischen auch die zweite Entscheidung des OLG Hamburg vor.[146] Hiernach ist für die Beurteilung der Frage, ob sich die Verwendung eines generischen Domainnamens (hier: www.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 stehende Internet-Auftritt, 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

[136] OLG Celle, Urteil vom 29. März 2001, NJW 2001, 21000 – rechtanwalt-hannover.de.
[137] LG Duisburg, Urteil vom 10. Januar 2002, NJW 2002, 2114 – anwalt-muelheim.de. Ähnlich auch OLG München, Urteil vom 18. April 2002, CR 2002, 757 – rechtsanwaelte-dachau.de.
[138] Urteil vom 7. März 2002, MMR 2002, 388.
[139] LG Köln, Urteil vom 22. Dezember 2005 – 84 O 55/05 – bahnhoefe.de.
[140] OLG Köln, Urt. vom 30. September 2005 – 20 U 45/05.
[141] Urteil vom 24.11.2005 – 05 O 2142/05 – kettenzüge.de. Ähnlich LG Frankenthal, Urteil vom 29. September 2005 – 2 HK O 55/05 – günstig.de.
[142] Urteil vom 25. April 2002, WRP 2003, 109.
[143] LG Düsseldorf, Urteil vom 12. Juni 2002, CR 2003, 64; OLG Düsseldorf, Urteil vom 25. November 2002, MMR 2003, 177.
[144] BGH, Beschluss vom 25. November 2002, MMR 2003, 252 mit Anm. Schulte = ZUM 2003, 302 = CR 2003, 355 mit Anm. Hoß.
[145] BGH, Beschluss vom 25. November 2002, 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.
[146] Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 06 März 2003 5 U 186/01.

angesichts der generischen Domain-Bezeichnung bei Teilen des Verkehrs entstehen können. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf Konkurrenzunternehmen ist nicht erforderlich.

Zu den Gattungsbegriffen zählen im Übrigen lateinische Bezeichnungen nicht. Laut einer Entscheidung des LG München[147] 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, was aber nicht auf die Mehrheit der Bevölkerung zutrifft. 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. März 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,[148] 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 Regristrierungsmöglichkeit 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 einer solchem Vorgehen nicht um eine gezielte Behinderung, da der Wettbewerber weiterhin in der Lage sei, seine “bisherige” Domain zu benutzen und daher nicht behindert würde.[149]

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.[150] Der Titelschutz hat im digitalen Markt eine besondere Bedeutung dadurch erlangt, dass der BGH in den Entscheidungen FTOS und PowerPoint[151] einen Titelschutz auch für Software zugelassen hat. Damit wird ein allgemeiner

[147] Urteil vom 11. April 2005 mit 27 O 16317/04.
[148] OLG Köln, MMR 2005, 763.
[149] OLG Köln a.a.O.
[150] 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, Urteil vom 20. September 2001, MMR 2002, 115.
[151] Beschluss vom 24. April 1997, CR 1998, 5 – PowerPoint mit Bespr. Lehmann = NJW 1997, 3313 = MMR 1998, 52 (Leitsatz) m. Anm. Hoeren. Beschluss vom 24. April 1997, NJW 1997, 3315 = CR 1998, 6 = MMR 1998, 52 (Leits.) – FTOS.

Namensschutz für alle bezeichnungsfähigen geistigen Produkte[152] eingeführt, der auch Homepages und CD-ROMs einschließen kann.

Für die Reichweite des Titelschutzes gegen Provider ist die Entscheidung „Karriere" des Landgerichts Köln einschlägig.[153] Die Antragstellerin, 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.[154] 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"[155] und das OLG Düsseldorf in Bezug auf "Diamamtbericht".[156]Auch der Begriff „America" soll für ein gleichnamiges Computerspiel geschützt sein.[157]

Anders sieht das LG Hamburg die Reichweite des Titelschutzes. In seinem Urteil vom 13. August 1997[158] 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-Adresse für die angesprochenen Verkehrskreise einen Hinweis auf die Zeitschrift sei. Mit dieser Begründung lehnte es das Landgericht ab, die Verwendung der Adresse http://www.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.[159] Mit ähnlicher Begründung hat das OLG Hamburg der Fachzeitschrift „Schumarkt" einen Schutz gegen eine Internetagentur versagt, die sich mehre tausend Domains, darunter „schumarkt.de", hatte registrieren lassen. Wenn die Agentur unter der Domain eine E-

[152] 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.
[153] Beschluss vom 10. Mai 1996 – 31 O 315/96.
[154] AfP 1990, 330, 331.
[155] Urteil vom 18. Dezember 1998, CR 1999, 528 (Leits.). Ähnlich auch der OGH Wien, Urteil vom 22. März 2001, MR 2001 – „deKrone.at".
[156] Urteil vom 20. Januar 2005 – I-20 U 127/04.
[157] KG, Urteil vom 17. 12. 2002 – 5 U 79/02.
[158] Urteil vom 13. August 1997, MMR 1998, 46 – bike.de.
[159] OLG Hamburg, Urteil vom 5. November 1998, MMR 1998, 159 = CR 1999, 184 m. Anm. Hackbart = NJW-RR 1999, 625.

Commerce-Plattform betreibe, fehle es an der erforderlichen Verwechselungsgefahr mit einer Fachzeitschrift, die nur gering verbreitet und in einem beschränkten Fachkreis bekannt sei.[160]

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

Neue Wege beschreitet das OLG Frankfurt in der Entscheidung „**Weideglück**“.[161] 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 nicht-wettbewerbsmäßigen Nutzung einer Domain, die als Bestandteil eine fremde Marke enthält, greift § 14 MarkenG nicht ein. Auch § 12 BGB hilft nicht (siehe dazu unten), da hiernach nur der Namen eines Unternehmens, nicht aber eine Produktbezeichnung geschützt ist. Dennoch muss die Entscheidung des OLG vorsichtig und behutsam zu Rate gezogen werden; sie betraf einen besonderen Fall, in der 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.[162] 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. Dem widerspricht das OLG Hamburg in seiner

[160] OLG Hamburg, Urteil vom 24. Juli 2003, MMR 2003, 668.
[161] Beschluss vom 12. April 2000, MMR 2000, 424. = CR 2000, 615 = WRP 2000, 645 = MDR 2000, 1268; Ähnlich auch OLG Nürnberg, Urteil vom 1. Januar 2000, CR 2001, 54. Sowie OLG Frankfurt, Urteil vom 8. März 2001, MMR 2001, 532 – praline-tv.de.
[162] Urteil vom 10. Mai 2001, MMR 2001, 696 – Weltonline.de.

Entscheidung „Schuhmarkt“, in der der Senat betont, dass die bloße Registrierung zahlreicher Domains noch keinen Schluss auf die Sittenwidrigkeit zulasse.[163]

Auch der BGH wandte sich in seiner Revisionsentscheidung im Fall “weltonline.de” gegen das OLG Frankfurt und hob dessen Entscheidung auf.[164] Alleine in der Registrierung eines Gattungsbegriffes läge noch keine sittenwidrige Schädigung, auch wenn es nahe liegen würde, dass ein Unternehmen diesen für seinen Internetauftritt benutzen wolle. Ein Vorgehen gegen diese Registrierung sei, auch wenn die Registrierung durch einen Spekulanten erfolge, erst dann möglich, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass diese Domain im geschäftlichen Verkehr in einer das Kennzeichen verletzenden Weise erfolge.[165]

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 Domainfällen ausgeschlossen, wenn aufgrund des Produktes und des beschränkten Kundenkreises weder eine Verwechselungs- noch eine Verwässerungsgefahr besteht.[166]

§ 3 UWG kommt schon 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.[167] Dies lässt sich nur auf Grund einer Gesamtwürdigung der **Einzelumstände** unter Abwägung der widerstreitenden Interessen der Wettbewerber beurteilen[168], wobei sich die Bewertung an den von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen orientieren muss. Eine unlautere Behinderung kann im Falle der

[163] OLG Hamburg, Urteil vom 24. Juli 2003, MMR 2003, 668, 669.
[164] MMR 2005, 534.
[165] BGH, a.a.O.
[166] So etwa OLG Hamm, Urteil vom 18. Februar 2003, CR 2003, 937 (Leitsatz).
[167] Brandner/Bergmann, in: Großkomm. UWG, § 1 Rdnr. A 3.

Domainreservierung vorliegen, wenn der Zweck der Reservierung darin besteht, Dritte zu behindern bzw. zur Zahlung zu veranlassen, und ein eigenes schützenswertes Interesse des Reservierenden nicht greifbar ist.[169] 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.[170]

5. Allgemeiner Namensschutz über § 12 BGB

§ 12 BGB ist die Quelle des **namensrechtlichen Kennzeichnungsschutzes**. Als lex generalis umfasst er das MarkenG und § 37 HGB. Geschützt sind sowohl die Namen natürlicher Personen, Berufs- und Künstlernamen[171] 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.[172] Auch der Name eines rechtsfähigen Vereins genießt den Schutz des § 12 BGB, sofern deren Namen hinreichende Unterscheidungskraft zukommt.[173] Nicht geschützt sind Gattungsbezeichnungen, wie „Marine“[174], „Volksbank“[175],„Datenzentrale“[176] oder eine allgemein bekannte geographische Bezeichnung wie „Canalgrande“[177]. In Deutschland hat insoweit die Entscheidung des Landgerichts Mannheim in Sachen „Heidelberg” für Furore gesorgt.[178] Hiernach hat die Verwendung der Internet-Adresse „www.heidelberg.de” durch die Heidelberger Druckmaschinen GbR das Namensrecht der Stadt Heidelberg aus § 12 BGB

---

[168] Baumbach/Hefermehl, WettbewerbsR, 22. Aufl., § 1 UWG Rdnr. 208; Köhler, in: Köhler/Piper, UWG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 285.
[169] 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.
[170] BGH, GRUR 2001, 1061 = NJW 2001, 3262 = WRP 2001, 1286 – 1290 – Mitwohnzentrale.de.
[171] Zu Pseudonymen siehe LG Köln, Urteil vom 23. Februar 2000 – 14 O 322/99, CI 2000, 106.
[172] BGH, GRUR 1964, 38 – Dortmund grüßt.
[173] OLG München, Urteil vom 15. November 2001, MMR 2002, 166 – Literaturhaus.
[174] LG Hamburg, Urteil vom 13. Oktober 2000, MMR 2001, 196 = K&R 2000, 613.
[175] BGH, NJW-RR 1992, 1454.
[176] BGH, GRUR 1977, 503.
[177] LG Düsseldorf, Urteil vom 12. Juni 2002, CR 2002, 839.
[178] Urteil vom LG Mannheim vom 8. März 1996, ZUM 1996, 705 mit Anm. Flechsig = CR 1996, 353 mit Anm. Hoeren. Ähnlich LG Braunschweig, Urteil vom 28. Januar 1997 – 9 O 450/96, CR 1997, 414 =NJW 1997, 2687 – („Braunschweig“) und OLG Hamm, Urteil vom 13. Januar 1998 – 4 U 135/97, MMR 1998, 214 mit Anm. Berlit; LG Lüneburg, CR 1997, 288; LG Ansbach, Urteil vom 5. März 1997, MMR 2000, 36 = NJW 1997, 2688 – („Ansbach“); OLG Köln, Beschluss vom 18. Januar 1999, GRUR 2000, 799. So auch die Rechtslage in Österreich vgl. etwa öOGH, Urteil vom 29. Januar 2002, MMR 2002, 452 – Graz2003.at.

verletzt. Genau umgekehrt hat das Landgericht Köln in mehreren Entscheidungen[179] eine Anwendbarkeit von § 12 BGB mit der Begründung abgelehnt, Domain-Names seien, ähnlich wie Telefonnummern, Bank- oder Postleitzahlen, frei wählbar. Im Übrigen komme die Kennzeichnungsfunktion nicht durchgängig zur Anwendung. Diese – von einer allgemeinen Zivilkammer gefällten – Entscheidungen dürften unzutreffend sein.

In der Zwischenzeit ist allgemein anerkannt, dass die **Bezeichnungen von Kommunen** auch bei Verwendung als Bestandteil einer Domain namensrechtlich geschützt sind[180]. 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[181], die Gesamtbezeichnung „Deutschland“[182] oder die Namen staatlicher Organisationen[183]. Ausgenommen sind allerdings kleine Gemeinden, deren Namen nicht von überragender Bedeutung sind, zumindest wenn die Domain dem Familiennamen des Geschäftsführers der GmbH entspricht, die die Domain nutzt.[184] Geschützt ist die Kommune auch nicht gegen Domainbezeichnungen, die den Städtenamen unter Hinzufügung eines erklärenden Zusatzes verwenden (z.B. duisburg-info.de).[185] Allerdings gehört die Domain mit dem First-Level-Zusatz „info“ (z.B. duisburg.info) der jeweiligen Kommune.[186] Privatpersonen, deren Namen keine besonderen Bekanntheitsgrad aufweist (z.B. der Name Netz)[187], können sich nicht gegen zur Wehr setzen, dass ihr „Allerweltsname“ Teil einer Domain wird.

---

[179] LG Köln, Beschlüsse vom 17. Dezember 1996, CR 1997, 291 f. = BB 1997, 1121 = GRUR 1997, 377; NIW-RR 1998, 976.

[180] Siehe etwa OLG Karlsruhe, K & R 1999, 423 = OLGR 99, 376; – Bad.Wildbad.com: OLG Brandenburg, Urteil vom 12. April 2000, K&R 2000, 406 mit Anm. Gnielinski; OLG Köln, Urteil vom 18. Dezember 1998, MMR 1999, 556 (Ls.) = CR 1999, 385 m. Anm. Biere = K&R 1999, 234.

[181] Siehe dazu LG Flensburg, Urteil vom 8. Januar 2002, K & R 2002, 204 – sandwig.de (in der Entscheidung wird allerdings wegen Gleichnamigkeit einer natürlichen Person ein Anspruch der Stadt abgelehnt). LG München I, Urteil vom 7. Mai 2002, CR 2002, 840 mit Anm. Eckhardt.

[182] LG Berlin, Urteil vom 10. August 2000, MMR 2001, 57 = CR 2000, 700.

[183] LG Nürnberg, Urteil vom 24. Februar 2000, MMR 2000, 629 – Pinakothek.

[184] LG Augsburg, Urteil vom 15. November 2000 – 6 O 3536/00, MMR 2001, 243 – boos mit Anm. Florstedt 825. Bestätigt durch OLG München, Urteil vom 11. Juli 2001, MMR 2001, 692 = CR 2002, 56. Ähnlich auch LG Erfurt, Urteil vom 31. Januar 2002, MMR 2002, 396 – Suhl.de; LG Düsseldorf, Urteil vom 16. Januar 2002, MMR 2002, 398 – bocklet.de. Anders allerdings OLG Oldenburg, Urteil vom 30. September 2003, MMR 2004, 34, das der kleinen Gemeinde Schulenburg einen Unterlassungsanspruch gegen den gleichnamigen Domaininhaber zugestanden hat.

[185] Dazu OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Januar 2002, CR 2002, 447.

[186] OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.Juli 2003 – 20 U 43/03 – solingen.info. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des Cour d´Appel de Paris vom 29. Oktober 2004 – 2003/04012, wonach die Agence France-Presse (AFP) als Markeninhaberin auch einen Anspruch auf die info-Domain www.afp.info hat.

[187] So OLG Stuttgart, Urteil vom 7. März 2002, CR 2002, 529.

Neben der Namensleugnung[188] schützt § 12 BGB vor allem vor der **Namensanmaßung**. Zu Letzterem zählt insbesondere die sog. Zuordnungsverwirrung[189]. Eine Zuordnungsverwirrung ist gegeben, wenn der unrichtige Eindruck hervorgerufen wird, der Namensträger habe dem Gebrauch seines Namens zugestimmt[190]. Grundsätzlich ist jeder zur Verwendung seines Namens im Wirtschaftsleben berechtigt. 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.[191] 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.[192]

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 Verwechslungfähigkeit untersagt.[193] Diese Entscheidung ist jedoch durch das Kammergericht mit Hinweis auf die besonderen Interessen von Greenpeace aufgehoben worden.[194] Ähnlich hat das OLG Hamburg ein Meinungsforum über einen Finanzdienstleister mit der Kennung „awd-aussteiger.de“ zugelassen.[195]

Schon in der bloßen **Reservierung einer Domain** mit fremden Namensbestandteilen kann eine Namensanmaßung liegen.[196] Die Verwendung einer generischen Domain verletzt jedoch

[188] Diese kommt bei Domainstreitigkeiten nicht zum Tragen; so etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Januar 2002, WRP 2002, 1085 – Duisburg-info. Anders noch derselbe Senat in NJW-RR 1999, 626 – ufa.de.
[189] BGHZ 91, 117, 120; 98, 95.
[190] BGHZ 119, 237, 245; NJW 1983, 1186.
[191] OLG Köln, Urteil vom 18. Dezember 1998, MMR 1999, 556 = CR 1999, 385; ähnlich auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Juni 1999, MMR 1999, 604 = CR 1999, 783; OLG Rostock, Urteil vom 16. Februar 2000, K & R 2000, 303 mit Anm. Jaeger.
[192] LG Deggendorf, Urteil vom 14. Dezember 2000, CR 2001, 266.
[193] LG Berlin, Beschluss vom 18. Januar 2001 – 16 O 421/97.
[194] Urteil vom 23. Oktober 2001, MMR 2002, 686. Ähnlich inzwischen LG Hamburg, Urteil vom 10. Juni 2002, MMR 2003, 53 in Sachen „Stopesso“.
[195] Urteil vom 18. Dezember 2003 3 U 117/03.
[196] OLG Düsseldorf, MMR 1999, 369 – nazar. Anders LG München I, Urteil vom 18. März 2004 – 17HK 0 16815/03 – sexquisit; LG Düsseldorf, Urteil vom 25. Februar 2004 – 2a O 247/03 – Ratiosoft.

nicht die Namensrechte eines zufällig mit dem generischen Namen identischen Familiennamens (hier im Falle des Begriffs „Säugling“).[197] Auch die Verwendung der Domain „duisburg.info.de“ durch einen Stadtplanverlag führt nicht zu einer Zuordnungsverwirrung zu Lasten der Stadt Duisburg.[198] 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.[199] In der Entscheidung "Weltonline"[200] hat der BGH jetzt 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 hat in seinem Urteil vom 15. Januar 1997[201] einen Unterlassungsanspruch der Juris-GmbH gegen ein Datenverarbeitungsunternehmen bejaht, das sich die Bezeichnung „juris.de” hatte reservieren 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.
Eine weitere interessante Entscheidung[202] über die Streitigkeiten über die 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 dagewesen. Das Land habe als Gebietskörperschaft an dem Namen „Müritz“ nicht

[197] LG München I, Urteil vom 8. März 2001, CR 2001, 555 – Saeugling.de.
[198] OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Januar 2002, WRP 2002, 1085 und LG Düsseldorf, Urteil vom 9. Mai 2001 – 34 O 16/01.
[199] BGH, Urteil vom 09. September 2004, MMR 2005, 313- mho.
[200] Urteil vom 2. Dezember 2004 – I ZR 207/01.
[201] 1 HKO 3146/96, WM 1997, 1455; NJW-RR 1998, 973.
[202] OLG Rostock, Urteil vom 16. Februar 2000, K&R 2000, 303.

die gleichen Rechte, wie eine Stadt an ihrem Namen. Hier habe eine große Verwechselungsgefahr bestanden, so dass der Anspruch auf Unterlassung bejaht wurde.
Fraglich ist, ob ein Dritter im Einverständnis eines Berechtigten für diesen eine Domain registrieren dürfe. Das OLG Celle ist der Ansicht, das in einem solchen Falle eine Namensanmaßung vorliege. Registriere eine Webagentur einen Firmennamen als Domain für einen Kunden, könne nach erfolgtem Dispute-Eintrag die eigentragene Webagentur Rechte namensgleicher Dritter verletzen und verpflichtet sein, die Domain herauszugeben.[203]
Der Namensträger kann auch Dritten die Registrierung seines Namens gestatten.[204] Dieser Dritte kann dann prioritätsbegründend eine Domain anmelden[205] und verwendet eine abgeleitete Rechtsposition zur Führung des Namens und zur Registrierung der Domain.[206]

6. Rechtsfolgen einer Markenrechtsverletzung

Literatur:
Matthias Allmendinger, Probleme bei der Umsetzung namens- und markenrechtlicher Unterlassungsverpflichtungen im Internet, in: GRUR 2000, 966; Peter Burgstaller, Domainübertragung auch im Provisionalverfahren?, in: MR 2002, 49; Andreas Engler, Der Übertragungsanspruch im Domainrecht, Münster 2002; Kieser, Shell.de – Ende des Domainübertragungsanspruchs?, K&R 2002, 537; Kulajewski, Der Anspruch auf Domainübertragung, Münster 2003; Thomas Ubber, Rechtsschutz bei Missbrauch von Internet-Domains, in: WRP 1997, 497; Daniel Weisert, Rechtsanspruch auf Übertragung einer Internet-Adresse, in: ITRB 2001, 17.

a) Unterlassungsanspruch

Zunächst ist zu bedenken, dass das Kennzeichen 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.[207] Der Hinweis darauf, dass die Homepage „wegen Serverumstellung“ nicht erreichbar sei, reicht nicht.[208] Das OLG Köln relativiert die Pflichten

[203] OLG Celle; Urteil vom 8.4.2004, MMR 2004, 486 –grundke.de- Anderer Ansicht OLG Stuttgart, Urt. v. 4. Juli 2005 -5 U 33/05).
[204] LG Hannover, MMR 2005, 550.
[205] OLG Stuttgart, MMR 2006, 41.
[206] LG München I 2006, 56.
[207] LG Berlin, Urteil vom 4. Oktober 1999, MMR 2000, 495; ähnlich auch LG Berlin, Urteil vom 29. Juli 1999, K&R 2000, 91; LG München I, Urteil vom 20. Februar 2003, MMR 2003, 677 – freundin.de.
[208] LG Berlin, Urteil vom 29. Juli 1999, K&R 2000, 91.

des Domaininhabers in Bezug auf Suchmaschinen; diesem sei es nicht zuzurechnen, wenn später noch über Suchmaschinen auf die verbotene Domain verwiesen werde.[209]

b) Schadensersatz durch Verzicht

Hinzu kommt der Anspruch des Betroffenen auf Schadensersatz. Es ist der Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde (§ 249 S. 1 BGB).[210] Insofern kann der Betroffene auf jeden Fall verlangen, dass der Verletzer eine **Verzichtserklärung** gegenüber der DENIC abgibt.

Bei einer Löschung im DENIC-Register besteht jedoch das Risiko, dass Dritte sich die freigewordene Domain sichern und der Rechtsinhaber dagegen neue gerichtliche Schritte einleiten muss. Verlangte der Rechtsinhaber eine Übertragung der Domain auf sich selbst, so wäre der Schädiger verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Mitglied der DENIC, von dem er die Domain zugewiesen bekommen hat, die Zustimmung zu einer solchen **Namensübertragun**g zu erklären[211].

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[212] 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"[213]. Die Situation des Kennzeicheninhabers sei vergleichbar mit der eines Erfinders. Hat eine unberechtigte Patentanmeldung bereits zum Patent geführt, so kann der Berechtigte gem. § 8 I 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

[209] OLG Köln, Urteil vom 13. Juni 2001, MMR 2001, 695 = K&R 2002, 257.
[210] Abmahnkosten kann der Betroffene bei der Durchsetzung von Rechten aus einer durchschnittlichen Markenposition gegenüber einem Privaten nicht verlangen; so das LG Freiburg, Urteil vom 28. Oktober 2003, MMR 2004, 41.
[211] So etwa LG Hamburg, Urteil vom 25. März 1998 – 315 O 792/97 – eltern.de, K & R 1998, 365.
[212] Urteil vom 13.Januar 1998, MMR 1998, 214 mit Anm. Berlit. Ähnlich auch OLG Frankfurt, Urteil vom 5. Dezember 2000, MMR 2001, 158; OLG Hamburg, Urteil vom 2. Mai 2002, MMR 2002, 825, 826.
[213] Urteil vom 25. März 1999, 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, Urteil vom 12.7.2000, K&R 2000, 613. – audi-lamborghini" (mit Hinweis auf einen Folgenbeseitigungsanspruch aus §§ 823, 1004 BGB).

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[214] 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.[215] Der BGH hat sich inzwischen im Streit zwischen Hamm und München der Auffassung aus Hamm angeschlossen und in Sachen Shell einen Übertragungsanspruch abgelehnt.[216] 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.

c) Beseitigung gegenüber DENIC

Unklar ist, wie die Beseitigung der rechtswidrigen Lage gegenüber der DENIC (der zentralen Registrierungsstelle für Domains in Deutschland) vorzunehmen ist[217]. Teilweise gehen die Gerichte[218] 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.[219] 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

[214] OLG München, MMR 2000, 104 rolls-royce.de.
[215] LG Hamburg, Urteil vom 17. Juli 2000, K&R 2000, 613 – „audi lamborghini"; ähnlich das Urteil vom 13. Oktober 2000, K&R 2000, 613 – marine; anders in dem Urteil vom 1. August 2000, MMR 2000, 620 – „joop".
[216] BGH, Urteil vom 22. November 2001, MMR 2002, 382 mit Anm. Hoeren = K&R 2002, 309 mit Anm. Strömer 306 = CR 2002, 525 mit Bespr. Foerstl 518. Siehe dazu auch Ubber, BB 2002, 1167; Thiele, MR 2002, 198 ff.
[217] Zu den technischen Details der Vergabe von Domains siehe Bähler/Lubich/Schneider/Widmer, Internet-Domainnamen, Zürich 1996.
[218] So etwa LG Berlin, Urteil vom 6. Februar 2001, MMR 2001, 323 in Sachen Deutschland.de.; OLG Frankfurt, Teilurteil vom 17. Januar 2002, MMR 2002, 471.
[219] So etwa OLG München, Urteil vom 11. Januar 2001, CR 2001, 406 – kuecheonline.de; LG Wiesbaden, Urteil vom 9. August 2000, MMR 2001, 59.

Verpflichtung zur Abgabe einer Verzichtserklärung auch durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung ausgesprochen werden kann.[220] Fest steht, dass wegen der Gefahr einer Vorwegnahme der Hauptsache eine vorläufige Übertragung aufgrund einer einstweiligen Verfügung nur ausnahmsweise in Betracht kommt, z.B. wenn dies die einzige Möglichkeit ist, über E-Mail erreichbar zu sein.[221] Ansonsten kann die Einwilligung in die Änderung der Eintragung grundsätzlich nicht im Eilverfahren geltend gemacht werden.[222]

7. Die Rolle der DENIC

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

Das LG Mannheim hatte in der berühmten Heidelberg-Entscheidung[223] 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 offengelassen. Angesichts sich ändernder Vergaberichtlinien und Organisationsstruktur wird man wohl erst einmal die weitere Entwicklung abwarten müssen.[224] Das LG Magdeburg[225] hat eine Verantwortlichkeit der DENIC bejaht.[226] 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.

---

[220] Dafür LG Wiesbaden, Urteil vom 9. August 2000, MMR 2001, 59 f.; dagegen OLG Nürnberg, Urteil vom 11. Januar 2000, CR 2001, 54 (Ls.); OLG Frankfurt, Urteil vom 27. Juli 2000, MMR 2000, 752 = GRUR-RR 2001, 5 = CR 2001, 412 – mediafacts; LG München I, Beschluss vom 4. April 2000, MMR 2001, 61.
[221] Siehe zur Rechtslage in Österreich Burgstaller, MR 2002, 49.
[222] OLG Hamm, Urteil vom 31. Mai 2001, MMR 2001, 695; OLG Frankfurt, Urteil vom 27. Juli 2000, MMR 2000, 752, 753.
[223] NJW 1996, 2736.
[224] Ähnlich auch LG Köln, Urteil vom 18.7.1997 – 31 O 570/97 für „com”-Domains.
[225] Urteil vom 18. Juni 1999, K & R 1999, 426 = MMR 1999, 607 – foris.
[226] Die Entscheidung ist inzwischen vom OLG Naumburg wieder aufgehoben worden.

Das OLG Dresden hat in der Entscheidung „kurt-biedenkopf.de“[227] 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[228] 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 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[229] 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.

---

[227] Urteil vom 28. November 2000, CR 2000, 408 mit Anm. Röhrborn. Bekräftigt durch BGH, Urteil vom 19. Februar 2004, CR 2004, 531.
[228] Urteil vom 13. Juni 2001 – 10 O 116/01 – r-p-y.de.
[229] Urteil vom 14. September 1999, MMR 2000, 36 =CR 1999, 707 = K&R 2000, 144 = WRP 2000, 214 – Ambiente.

In Sachen „**Ambiente**“ liegt nun auch die Revisionsentscheidung des BGH vor[230]. 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.[231]
Streitig ist auch, ob die DENIC zur Führung von **Negativlisten** verpflichtet ist. Das LG Frankfurt hat in einer inzwischen rechtskräftigen Entscheidung die DENIC verurteilt, bestimmte Domains nicht an Dritte zu vergeben, wenn Kennzeichenrechte eines Berechtigten einer Vergabe erkennbar entgegenstehen.[232] Dies wurde jedoch vom OLG Dresden in der Entscheidung “kurt-biedenkopf.de“ modifiziert.[233] 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 in bei einem solchen Registrierungsauftrag um einen Auftrag im Sinne von § 662 BGB oder um ein vorvertragliches Schuldverhältnis zu den später zustande 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. Die Versendung entsprechender Warnhinweise für Marktprüfungspflichten des

[230] Urteil vom 17. Mai 2001, BGHZ 148, 13 = NJW 2001, 3265 = CR 2001, 850 mit Anm. Freytag = MMR 2001, 671 mit Anm. Welzel 744 = JR 2002, 285 mit Anm. Meissner/Baars 288.
[231] Ebenso OLG Frankfurt, Urteil vom 13. Februar 2003, MMR 2003, 333 = CR 2003, 607 = K&R 2003, 294 – viagratip.de. Ähnlich auch der österreichische OGH in seinem Urteil von 13. September 2000 – 4 Ob 166/00s, 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 Überlegungen gelten der Verantwortlichkeit der Service-Provider. Das OLG Hamburg hat mit seinem Urteil vom 27.2.2003 – 3 U 7/01 – klargestellt, dass die Regeln aus der Ambiente-Entscheidung auch für die Haftung der Service-Provider gelten.
[232] LG Frankfurt, Urteil vom 24. Mai 2000, MMR 2001 Heft 4 = WM 2000, 1750 = CR 2001, 51.
[233] Urteil vom 28. November 2000, CR 2001, 408, 410.

Betreibers eines Nameservers nicht einseitig zu begründen, allenfalls dann im Bereich der offenkundigen Rechtsverletzungen besteht eine Pflicht des Nameserverbetreibers zu reagieren.[234]

8. Neuordnung der Domainvergabe: UDRP, STOP und RDRP

Literatur:
Torsten Bettinger, ICANN´s Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, in: CR 2000, 234; ders., Abschlussbericht der WIPO zum Internet Domain Name Process, in: CR 1999, 445; Michael Geist, Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP; http://aix1.uottawa.ca/~geist/frameset.html; Christopher Gibson, Digital Dispute Resolution, in: CRi 2001, 33; Markus Hoffmann, Alternative dispute resolution dot.com, in: 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; David E. Sorkin Judicial Review of ICANN Domain Name Dispute Decisions, 18 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 637 (2001), Martin Stotter, Streitschlichtung bei UK-Domains, in: MMR 2002, 11; Tobias Strömer, Das ICANN-Schiedsverfahren – Königsweg bei Domainstreitigkeiten, in: K&R 2000, 587; ders., Das ICANN-Schiedsverfahren, Heidelberg 2002; Weston, Domain Names, in: CSLR 2000, 317.

Schließlich wäre auch die Frage nach einer (angesichts der Globalität des Internet möglichst internationalen) Neuregelung des Systems der Domain-Vergabe zu klären. Zuständig für die Koordinierung des Domainraums ist das oben bereits erwähnte ICANN. Dessen 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 Gentleman Agreements geregelt werden. Durch das immense Wachstum des Internet 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, die nicht-kommerzieller Natur ist, sollte das Management der IP-Adressen und die Funktionen der IANA 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.

Das ICANN hat sich neben der Regelung der Domainvergabe Gedanken zur **Streitschlichtung** gemacht. So wurde im August 1999 die „**Uniform Dispute Resolution**

[234] OLG Hamburg, Beschluss vom 25. April 2005 – 5 U 117/04.

Policy“ (UDRP) verabschiedet.[235] 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 3von 31 meist kleineren Staaten (wie z.B. Tuvalu).[236] Die DENIC hat sich noch nicht dazu durchringen können, eine solche Streitschlichtung zu akzeptieren.

Auch neue gTLDs fallen unter die UDRP.[237] Die Verbindlichkeit der UDRP basiert auf rein vertragsrechtlicher Grundlage; wer eine Domain registriert, unterwirft sich rechtsgeschäftlich den UDRP. Da dies aber regelmäßig durch einen Hinweise 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.[238] Auch Gerichte in anderen Staaten haben die UDRP hinterfragt.[239]

Die Streitschlichtung erfolgt über vier verschiedene, vom ICANN lizenzierte Organisationen, darunter die

- die Schiedsstelle der WIPO (http://arbiter.int/domains)[240]
- 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).[241]
-

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).[242] Eine UDRP-interne Berufungsinstanz besteht nicht.[243] Über die Frage der Kostenerstattung wird nicht

[235] Hinzu kommen die „Rules for Uniform Domain Name Dispute Policy“, die im Oktober 1999 verabschiedet worden sind.
[236] Siehe dazu die Liste unter http://www.arbiter.wipo.int/domains/ccTLD/index.html.
[237] Siehe http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/index-info.html; hierzu zählen: .info;.biz;.aero;.coop;.museum;.name;.travel
[238] 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.
[239] Siehe die Liste bei der WIPO http://arbiter.wipo.int/domains/challenged/index.html.
[240] Siehe dazu auch die WIPO-Borschüre http://arbiter.wipo.int/center/publications/guide-en-web.pdf
[241] Ausgeschieden ist das kanadische eResolution Consortium (http://www.resolution.ca).
[242] Zu den gerichtlichen Verfahren nach UDRP-Entscheidung siehe http://aribter.wipo.int/domains/challenged/index.html.
[243] Siehe allerdings den Vorschlag von M. Scott Donahey zur Einführung eines UDRP Appelatte Panel in: Journal of International Abitration 18 (1) 2001, 131 ff.

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[244].

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 bis zu 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.[245] 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.

[244] ÖOGH, MMR 2004, 747.
[245] 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.

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.[246] 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 Zweifelanmelden dürfen.[247] 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.[248] Geografische Angaben entfallen als solches nicht unter die UDRP.[249] Ein Schutz kommt allerdings in Betracht, wenn die geografische Angabe auch Teil einer Wort-Bild-Marke ist.[250] Streitig ist, ob die Rechte auch nicht ausschließlicher Lizenznehmer unter das Schutzsystem fallen.[251]

[246] Siehe Early Learning Centre.com – D 2005 – 0692.
[247] Aljazeera.com – D 2005 – 0309.
[248] Juliaroberts.com – D 2000 – 0210; Charlierapier.com – D 2004 – 0221.
[249] Sachsen–Anhalt.com – D 2002 – 0273; New Zealand.com – D 2002 – 0754.
[250] Potsdam.com, D 2002 – 0856; Meißen.com, D 2003 – 0660.
[251] Dafür Telcelbellsouth.com, D 2002 – 1027; dagegen Knicks.com, D 2000 – 1211.

Zu Prüfen ist dann noch die Verwechselungsfähigkeit im Verhältnis Marke zum Domainnamen ("**likelihood of confusion**"). Generische Zusätze werden hier nicht berücksichtigt.[252] Kritische Zusätze wie „Sucks“ oder „Fuck“ können unter Umständen die Verwechselungsgefahr ausschließen, was allerdings zwischen den einzelnen Panelists streitig ist.[253]

Auf „**legitimate interests**“ kann verweisen, wer eine Domain nachweislich für ein Fan-Forum[254] oder für kritische Meinungsäußerungen[255] 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.[256] Ein eigenes Markenrecht begründet ebenfalls ein legitimes Interesse zur Benutzung der Domain.[257] Dies gilt allerdings nur dann, wenn dieses Markenrecht gutgläubig erworben worden ist.[258] Besonders streitig ist die Frage des legitimen Interesses beim Vertrieb von Markenwaren durch Vertragshändler. Hier plädiert eine überwiegende Zahl von Panelist 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.[259] Diese Freiheit der Benutzung soll auch für unabhängige Händler gelten.[260]

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

---

[252] Faketrgheuer, D 2004 – 0871.
[253] Für Verwechselungsgefahr: Bayersucks.org, D 2002 – 1115; Berlitzsucks.com, D 2003 – 0465; keine Verwechselungsgefahr: fucknetzcape.com, D 2000 – 0918; Asdasucks.net. D 2002 – 0857.
[254] patbenatar.com, D2004-0001 gegen geert-hofstede.com, D2003-0646.
[255] legal-and-general.com, D2002 – 1019 gegen Fadesa.net, D2001-0570.
[256] Siehe die Entscheidung in Sachen Peter Frampton http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2002/d2002-0141.html.
[257] Geizhals.com, D 2005 – 0121.
[258] So etwa nicht im Falle als Grundlage für die Domain Madonna.com, D 2000 – 0847; ähnlich Cebit.com, D 2003 – 0679.
[259] Okidataparts.com, D 2001 – 0903. Anderer Ansicht allerdings Talkabout.com, D 2000 – 0079.
[260] Porschebuy.com, D 2004 – 0481.
[261] 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.

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"). Am Laufe der Zeit hat sich gerade im Bereich der WIPO eine eigene Judikatur entwickelt, die weitere Fälle von „bad faith" herausgearbeitet hat. An der Bösgläubigkeit soll es fehlen, wenn andere legitime Benutzungsmöglichkeiten denkbar sind. Dies gilt etwa bei generischen Begriffsinhalten.[262]

Kritiker werfen der WIPO allerdings vor, dass zu schnell ein „bad faith" zu Gunsten des Beschwerdeführers bejaht werde.[263]

9. Domainrecherche im Internet

Will ein Unternehmen feststellen, ob die gewünschte Domain-Bezeichnung noch frei ist, kann er über die Homepage der DENIC eine Suche nach vergebenen, reservierten oder aktivierten

[262] Zeit.com, D 2005 – 0725.

Domain-Names starten (http://www.denic.de/de/whois/free.jsp). In der Who-Is Datenbank Datenbanken kann **jedermann** recherchieren und eine Fülle persönlicher Informationen, insbesondere über den Domaininhaber, ziehen. Die in der whois-Abfrage ersichtlichen Domaindaten sind allerdings **datenschutzrechtlich geschützt**. Sie dürfen nur 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. [264]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 DENIC auch verpflichtet ist, sämtliche 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 bietet sich an:

- https://dpinfo.dpma.de/ (Deutsche Marken)
- http://www.patent.bmwa.gv.at/ (Österreich)

---

[263] Siehe http://www.icannot.org und http://www.icannwatch.org.

[264] Siehe dazu auch den 13. Bericht der Landesregierung über die Tätigkeit der für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich in Hessen zuständigen Aufsichtsbehörden vom 30.8.2000, DrS 15/1539 des Hessischen Landtages, Abschnitt 9.2.

- http://www.ige.ch (Schweiz)
- http://oami.eu.int/search/trademark/la/de_tm_search.cfm (Europäisches Markenamt)
- http://www.wipo.int/ipd/en/search/madrid/search-struct.jsp(WIPO)

Auch Titelschutzregister sind online abrufbar, so etwa:

- Titelschutzanzeiger (www.presse.de)
- Softwareregister (www.software-register.de).

10. Domain als Kennzeichen?

Literatur:
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 grundsätzlich für sich genommen kein schutzfähiges Recht.[265] Sie repräsentiert nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Vergabestelle auf Konnektierung sowie eine faktische Sperrposition. Beides steht allerdings unter dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums im Sinne von Art. 14 GG.[266] Gegenstand einer Pfändung in eine Domain ist die Gesamtheit der schuldrechtlichen Ansprüche, die den Inhaber der Domain gegenüber der Vergabestelle zustehen. Eine Verwertung der gepfändeten Ansprüche gegen die Vergabestelle erfolgt im Wege der Überweisung an Zahlungsstatt (§§ 857 Abs. 1, 844 Abs. 1 ZPO).

a) Domain als Marke

Eine Domain kann allerdings **Gegenstand eigener Kennzeichenrechte** werden. Zu beachten ist, 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.[267] Zu bedenken ist allerdings, dass die bloße Abrufbarkeit einer Homepage noch nicht zu einer (bundesweiten) Verkehrsgeltung führt. Unternehmen mit einem regionalen Wirkungskreis erreichen durch

[265] BGH, Beschluss vom 5. Juli 2005 – VII ZB 5/05; OLG Hamm, Urteil vom 18. Januar 2005, MMR 2005, 381.
[266] BVerfG, Beschluss vom 24. November 2004 – 1 BVR 1306/02 – adacta.de.

eine Website noch keine bundesweite Verkehrsgeltung.[268] 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). Hinzu kommen Überlegungen zum Zeitraum der Benutzung, zur Höhe der für die Werbung eingesetzten Mittel, zu den Umsätzen bei gekennzeichneten Produkten sowie Umfrageergebnisse.[269] Die Verkehrsgeltung ergibt sich nicht automatisch aus Medienberichten und der eigenen Präsentation im Internet.[270]
Fehlt es an der Verkehrsgeltung, geschieht es durchaus häufig, dass eine prioritätsältere Domain einer prioritätsjüngeren Marke weichen muss. Nicht kennzeichnungskräftig ist das Zeichen „@“[271] sowie der Zusatz „e“ für „electronic“.[272] Schutzfähig sind auch nicht „interconnect“[273] und „online“.[274]

b) Titelschutz

Auch ein Titelschutz kommt für Domains in Betracht, soweit diese titelschutzfähige Produkte kennzeichnen. Der Titelschutz entsteht bei originärer Kennzeichnungskraft durch die Ingebrauchnahme in namensmäßiger Form, bei nachträglicher Kennzeichnungskraft aufgrund nachgewiesener Verkehrsgeltung.[275] 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.[276] 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

---

[267] OLG München, Urteil vom 16. September 1999, CR 1999, 778 = ZUM 2000, 72; LG Rostock, Urteil vom 8. Dezember 1998, K&R 1999, 90 – mueritz-online.de.
[268] BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 – I ZR 135/01 – soco.de.
[269] LG Düsseldorf, Urteil vom 8. Mai 2002 – 20 O 360/01 – urlaubstip.de.
[270] LG Rostock, Urteil vom 8. Dezember 1998, K&R 1999, 90 – mueritz.online.
[271] BpatG, Beschluss vom 8. April 2000, CR 2000, 841.
[272] LG München I, Urteil vom 30. August 2000, CR 2001, 48.
[273] OLG Karlsruhe, Urteil vom 16. Juli 2000 – 6 U 222/99 (unverö.).
[274] OLG Köln, Urteil vom 17. Oktober 2000 – 6 U 209/99 (unverö.).
[275] OLG Hamburg, Urteil vom 15. Februar 2001, AfP 2001, 312 = ZUM 2001, 514 = K&R 2001, 368 – sumpfhuhn.de.
[276] OLG München, Urteil vom 11. Januar 2001, CR 2001, 406 – kuecheonline; ähnlich auch LG Stuttgart, Urteil vom 15. Juli 2003, MMR 2003, 675 – snowscoot; Fezer, WRP 2000, 969, 973.

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.[277] Im Übrigen soll ein Titelschutz bei Domains nicht in Betracht kommen, die ein Portal bezeichnen[278]; anders sieht das LG Stuttgart die Lage, wenn die Domain der Unterscheidung von anderen Internet-Portalen dient.[279] Ein Titelschutz kommt auch in Betracht, wenn der Titel nur einer von mehreren Untergliederungspunkten unterhalb einer anderslautenden Domain ist.[280]

c) Domain als Unternehmenskennzeichen

Als wichtigsten in der Diskussion erweist sich der mögliche Schutz der Domain als Unternehmenskennzeichen. Darunter fallen u.a. nach § 5 II 2 MarkenG alle zur Unterscheidung des Geschäftsbetriebs bestimmten Zeichen. 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.[281] 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.[282] 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.[283] Der Schutz greift

[277] OLG München, Urteil vom 11. Januar 2001, MMR 2001, 381 – kuecheonline.de.
[278] LG Düsseldorf, Urteil vom 8. Mai 2002 – 20 O 360/01 – urlaubstip.de.
[279] LG Stuttgart, Urteil vom 15. Juli 2003, MMR 2003, 675 – snowscoot.
[280] OLG Dresden, Urteil vom 29. September 1998, NJWE-WettbewerbsR 1999, 130 – dresden-online.
[281] LG München I, Urteil vom 4. März 1999, GRUR 2000, 800 = CR 1999, 451 = K&R 1999, 237 – fnet.
[282] LG Düsseldorf, Beschluss vom 20. April 1999 – 4 O 101/99 – infoshop.de.
[283] OLG München, Urteil vom 16. September 1999, ZUM 2000, 71 = CR 1999, 778 – tnet; KG, Urteil vom 4. April 2003, NJW-RR 2003, 1405 – arena-berlin; LG Frankfurt, Beschluss vom 26. August 1998, CR 1999, 190 –

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.[284]

d) Domain als Name

Weiterhin ist inzwischen in der Rechtsprechung wohl gefestigt, dass Domain-Names trotz ihrer freien Wählbarkeit dem **Schutz des § 12 BGB** unterstehen.[285] So sieht das LG Frankfurt am Main (in seinem Urteil vom 10.09.1997)[286] 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 in seiner Entscheidung vom 22.09.1997 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[287], der BGH dann aber in der Revision abgelehnt.[288] Als Faustregel kann gelten: Pseudonyme sind – auch wenn sie im Personalausweis eingetragen sind – nur dann namensrechtlich geschützt, wenn sie Verkehrsgeltung erlangt haben. Dazu reicht es nicht aus, unter dem Pseudonym nur vorübergehend Websites zu gestalten.[289]

Zu weit geht allerdings das OLG Hamburg in der Entscheidung „Emergency“[290], in der der Senat jedweder Domain ein allgemeines Namensrecht – auch ohne Bezug auf ein konkretes Unternehmen oder Produkt – zubilligen will.[291]

---

warez.de; LG Braunschweig, Urteil vom 5. August 1997, MMR 1998, 272 = CR 1998, 364 – deta.com; unzutreffend insofern LG München I, Urteil vom 4. März 1999, GRUR 2000, 800 = CR 1999, 451 = K&R 1999, 237 – fnet.

[284] LG Düsseldorf, Urteil vom 18. Juni 1998, NJW-RR 1999, 629 = CI 1998, 188 – jpnw.de.

[285] OLG Köln, Urteil vom 6. Juli 2000, MMR 2001, 170 = CR 2000, 696 = K & R 2000, 514 Leits.

[286] LG Frankfurt am Main, Urteil vom 10. September 1997, NJW-RR 1998, 974 = MMR 1998, 151.

[287] OLG Köln, Urteil vom 6. Juli 2000, MMR 2001, 170 – maxem.de; ähnlich LG München I, Urteil vom 7. Dezember 2000, K&R 2001, 224 = CR 2001, 124 – nominator.de.

[288] BGH, Urteil vom 26. Juni 2003, WRP 2003, 1215 = K&R 2003, 563 mit Anm. Schmittmann – maxem.de. Ähnlich OLG Hamm, Urteil vom 18. Januar 2005, MMr 2005, 381 – juraxx.

[289] AG Nürnberg, Urteil vom 29. Juni 2004 – 14 C 654/04 – kerner.de.

[290] OLG Hamburg, Urteil vom 5. November 1998, CR 1999, 184.

[291] 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.

e) Pfändung und Bilanzierung von Domains

Literatur:
Christian Berger, Pfändung von Domains, Rpfleger 2002, 181; Florian Schmitz/Steffen/Schröder, Streitwertbestimmung bei Domainstreitigkeiten, in: K&R 2002, 189; Stefan Hanloser, Unzulässigkeit der Domain-Pfändung, in: CR 2001, 344; ders., Die Domain-Pfändung in der aktuellen Diskussion, in: CR 2001, 456; Helga Hartig, Die Rechtsnatur der Domain-Anmerkung zur BGH-Entscheidung "Domain-Pfändung", in: GRUR 2006, 299; Juliane Hismann/Jens M. Schmittmann, Steuerliche Aspekte des Domainhandels, in: MMR 2003, 635; Oliver Karies/Burkard Niesert, Aus- und Absonderung von Internet-Domains in der Insolvenz, in: ZinsO 2002, 510; Mathias Kleespies, Die Domain als selbständiger Vermögensgegenstand in der Einzelzwangsvollstreckung, in: GRUR 2002, 764; Norbert Meier, Zur Zulässigkeit der Pfändung einer Internet-Domain, in: KKZ 2001, 231; Anja Oberkofler, (Ver-) Pfändung von Internet-Domains, Medien und Recht 2001, 185; Martin Viefhues, Zur Übertragbarkeit und Pfändung vom Domain-Names, in: MMR 2000, 286; Stephan Welzel, Zwangsvollstreckung in Internet-Domains, in: 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[292] I hat eine Pfändbarkeit nach § 857 ZPO ausgeschlossen. Das LG Essen hat hingegen eine Pfändung zugelassen.[293] Folgt man dem LG Essen, ist eine Domain nach §§ 844, 757 ZPO pfändbar und freihändig durch Versteigerung seitens des Gerichtsvollziehers im Internet verwertbar.[294] Der Streit zwischen dem LG München I und dem LG Essen wurde mittlerweile 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 I ZPO.[295] 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.[296] 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,

[292] LG München I, Beschluss vom 12. Februar 2001, CR 2001, 342 = MMR 2001, 319 = K&R 2001, 527; noch offengelassen in LG München I, Beschluss vom 28. Juni 2000, MMR 2000, 565 = K&R 2000, 563 = ZUM 2000, 875 = CR 2000, 620 mit Anm. Hanloser auf S. 703.
[293] LG Essen, Beschluss vom 22. September 1999, MMR 2000, 286 m. Anm. Viefhues = CR 2000, 247. Ähnlich auch AG Lindau, Beschluss vom 17. April 2000 – M 192/00 (unverö.ff.); AG Langenfeld, Urteil vom 21. Dezember 2000, CR 2001, 477; LG Düsseldorf, Urteil VOM 16. März 2001, ZUM 2002, 155.
[294] So auch AG Berleburg, Beschluss vom 16. Mai 2001, MMR 2002, 848 (Ls.).
[295] GRUR 2005, 969.
[296] Berger, Rpfleger 2002, 185; ähnlich LG Mönchengladbach, Beschl. vom 22. September 04- 5 T 445/04.

wenn sich die Domain im Rechtsverkehr bereits durchgesetzt hat und nicht (mehr) ohne Weiteres gegen eine andere ausgetauscht werden kann.[297]

Unabhängig von diesem Streit ist eine **Pfändbarkeit der Konnektierungsansprüche** des Domaininhabers gegen die DENIC eG im Wege der Forderungspfändung inzwischen anerkannt.[298] 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 DENIC gehostet und auf deren eigenen Nameservern und im Zone-c der Domains eingetragen. In einem Fall, in dem die Zone-c bereits bei DENIC liegt (erkennbar am HD4-RIPE im Zone-c beim Denic-Whois), 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
- 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.[299]

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

[297] Welzel, MMR, 2001, 131, 135.
[298] Hanloser, Rechtspfleger 2000, 525, 527; ders., CR 2001, 344, 345; Welzel, MMR 2001, 131, 132.
[299] http://www.bewertungsformel.de.

Berechtigten, wobei insbesondere die erwartete Zahl der Visits und sonstige Indizien für erzielbare Umsätze und Marketingeffekte zu berücksichtigen sind. Das OLG Frankfurt[300] 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 den Internetadressen als Zufallsfunde im Netz surfender Interessenten kaum in Betracht.

Andere Gerichte sind großzügiger. Das LG Köln lässt bei der Nutzung einer Domain als Teil einer Email-Adresse 75000 € ausreichen.[301] Das LG Hamburg geht von 50.000 € aus.[302] Das OLG Köln bejahte einen Streitwert in Höhe von 135.000 €,[303] konstatierte aber in einem anderen Fall, dass sich der Streitwert nach dem Interesse des Klägers richte (hier: 25.000€).[304] Dabei wurden gerade auch bei bedeutenderen Unternehmen Streitwerte bis zu 500.000 € festgesetzt.[305] Bei Gattungsbegriffen hat sich der Streitwert auf 50.000 € eingependelt.[306] Zum Teil wird in der Literatur für alle Domainstreitigkeiten ein Betrag in Höhe von 50.000 € als Regelstreitwert angenommen.[307]

Die Kostenerstattungsklage gegen den Kennzeichenverletzer wegen Abmahnkosten ist stets Kennzeichensache im Sinne des § 140 MarkenG.[308]

Das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz[309] 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

[300] OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. August 2002 – 25 W 33/02, http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteil/domain_streitwert_olg-frankfUrteilhtm.
[301] LG Köln, MMR 2000, 437 – maxem.de.
[302] LG Hamburg, Urteil vom 3. Februar 2004 – 312 O 448/03, http://www.aufrecht.de/2903.html; ähnlich LG Düsseldorf, Urteil vom 11. August 2004, 2a O 35/04.
[303] OLG Köln, Urteil vom 9. Juli 2004- 6 U 166/03.
[304] OLG Köln, GRUR-RR 2006, 67 – Mahngericht.de
[305] S. das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 17. September 1997 – 34 O 118/97 in Sachen crrtroinc.de; ähnlich LG Hamburg, Beschluss vom 14. Juli 1997 – 315 O 448/97 – d-info.de; LG Mannheim, Beschluss vom 17. Oktober 1997, WRP 1998, 920 – zwilling.de; s. dazu auch Schmidt/Schröder, K&R 2002, 189 ff.
[306] LG Düsseldorf, Urteil vom 4. Mai 2001 – 38 O 22/01 – versteckte-toscana.de; LG Düsseldorf, Urteil vom 6. Juli 2001, MMR 2002, 126 = CR 2002, 138 = K&R 2002, 98 – literaturen.de.
[307] So bei Schmittmann, MMR 2002, Heft 12, S. VIII.
[308] Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 11. August 2004, 2a O 35/04.
[309] Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16. November 2004, MMR 2005, 336 mit Anm. Terhaag.

ungeschmälerter Art und Weise genutzt werden könne und dem Domaininhaber zeitlich unbeschränkte wirtschaftliche Vorteile biete.

§ 5 Was ist mit den Inhalten: 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.[310] Informationen sind als immaterielle Güter nicht eigentumsfähig. Eine Zuordnung von Informationen wird zwar vom BGH über das Eigentum am Datenträger vorgenommen.[311] 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. 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 begründet.

Im Übrigen sind aber auch jüngste Tendenzen kritisch zu beachten, 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 (s.u.). 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"[312], 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 Herkunftsbezeichnung angesehen werden

[310] 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.
[311] Vgl. BGH, Urteil vom 4. November 1987, NJW 1988, 406.

können. Der EuGH entschied, dass der Slogan "DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT" hinreichend unterscheidungskräftig für Waren der Klasse 20 (Wohnmöbel) sei.[313]

B. Das Urheberrecht

Literatur:
Frank Bayreuther, Europa auf dem Weg zu einem einheitlichen Urheberrecht, in: EWS 2001, 422; Stefan Bechtold, Der Schutz des Anbieters von Information – Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz im Internet, in: ZUM 1997, 427; Jürgen Becker/Thomas Dreier (Hg.), Urheberrecht und digitale Technologie, Baden-Baden 1994; Berberich, Matthias Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, 145; Nils Bortloff, Erfahrungen mit der Bekämpfung der elektronischen Tonträgerpiraterie im Internet, in: GRUR Int. 2000, 665; D. Burk, Transborder Intellectual Property Issues on the Electrnic Frontier, Stanford Law & Policy Review 5 (1994); Kai Burmeister, Urheberrechtsschutz gegen Framing im Internet, Köln 2000; Thomas Dreier, Die Harmonisierung des Rechtsschutzes von Datenbanken in der EG, in: GRUR Int. 1992, 739; ders., Copyright and Digital Technology, in: IIC 24 (1993), 481; ders., Urheberrecht und digitale Werkverwertung, Gutachten im Auftrag der Friedrich Ebert Stiftung, Bonn 1997; Rainer Erd, Probleme des Online-Rechts: 3. Datenschutz und Urheberschutz, in: KJ 2000, 457; Norbert Flechsig, Urheberrecht auf der Standspur der Datenautobahn?, in: "M". Zeitschrift der IG Medien 44 (1995), Heft 6, 9 – 11; ders., Urheberrecht in der Wissensgesellschaft, in: ZRP 2004, 249; Horst Götting u.a. (Hg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1997; Matthias Haedicke, Urheberrecht und Internet im Überblick, in: JURA 2000, 449; Harald Heker, Neuer Rechtsrahmen erforderlich, in: Börsenblatt Nr. 31 vom 16. April 1996, 10 – 15; Thomas Hoeren, Multimedia – Eine Herausforderung für das Urheber- und Wettbewerbsrecht, in: Thomas Heymann (Hg.), Informationsmarkt und Informationsschutz in Europa, Köln 1994, 17; ders., Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: GRUR 1997, 866; Bernt Hugenholtz, Het auteursrecht, het internet en de informatiesnelweg, in: NJB vom 7. April 1995, 513; Alexander Klett, Urheberrecht im Internet aus deutscher und amerikanischer Sicht, Baden-Baden 2000; Detlef Kröger, Die Urheberrechtsrichtlinie für die Informationsgesellschaft – Bestandsaufnahme und kritische Bewertung, in: CR 2001, 316; Pascal Lippert, Filtersysteme zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen im Internet, in: CR 2001, 478; Hans- Peter Mayer, Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, in: EuZW 2002, 325; McGraw, Sound Sampling Protection and Infringement in Today's Music Industry, in: High Technology LJ 4 (1989), 147; Ernst-Joachim Mestmäcker, Unternehmenskonzentrationen und Urheberrechte in der alten und neuen Musikwirtschaft, in: ZUM 2001, 185; Axel Metzger/Till Kreutzer, Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: MMR 2002, 139; Gerhard Pfennig, Digitale Bilderverarbeitung und Urheberrecht. Eine Einführung für die Museumspraxis, Bonn 1996; Reinhard Schanda, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, in: Ecolex 1996, 104; Gerhard Schricker (Hg.), Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997; Gernot Schulze, Urheberrecht und neue Musiktechnologien, in: ZUM 1994, 15; Stig Strömholm, Alte Fragen in neuer Gestalt – das internationale Urheberrecht im IT-Zeitalter, in: Peter Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 533; Gilles Vercken, Practical Guide to

[312] BGH, Urteil vom 23. Januar 2003, WRP 2003, 644. = GRUR 2003, 342
[313] EuGH, Urteil vom 21.10.2004, C 64/02 P, GRUR 2004, 1027.

Copyright for Multimedia Producers, hrsg. von der Europäischen Kommission, Luxembourg 1996; Michael Zahrt, Cyberbusiness. Urheber- und Wettbewerbsrecht, in: K&R 2001, 65; Georg Zanger, Urheberrecht und Leistungsschutz im digitalen Zeitalter, Zürich 1996; Kerstin Zscherpe, Urheberschutz digitalisierter Werke im Internet, in: MMR 1998, 404.

Ein Anbieter im E-Commerce muss sich zunächst durch den **Dschungel des Immaterialgüterrechts** wühlen, bevor er mit einem Projekt beginnen kann.[314] 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 (siehe dazu unter XI.). 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. Neben dem Urheber- und Patentrecht bestehen noch weitere Schutzsysteme, die aber hier allenfalls am Rande erwähnt werden. Dazu zählen

- 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 S. 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 **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

[314] Zum Patentschutz von Geschäftsideen siehe Markus Hössle, Patentierung von Geschäftsmethoden – Aufregung umsonst?, in: Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2000, 331.

Vervielfältigungsrecht und ein neues „right of making available to the public“ vor (siehe dazu unten). Der WCT ist am 6. März 2002, der WPPT zum 30. Mai 2002 in Kraft getreten.[315]

Die Vorgaben dieser Verträge sind EU-einheitlich durch die **Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (sog. InfoSoc-Richtlinie)** umgesetzt worden.[316] Im Dezember 1997 hatte die Kommission einen ersten „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft" vorgelegt[317]. Dieser Entwurf wurde Anfang 1999 vom Parlament ausführlich diskutiert und mit einer Fülle von Änderungsvorschlägen versehen[318]. Am 21. Mai 1999 veröffentlichte die Kommission dann ihren geänderten Vorschlag, der einige der Parlamentsvorschläge integrierte, im Wesentlichen aber dem ursprünglichen Text entsprach[319]. Nach weiteren Zwischenentwürfen kam es dann im Rat am 28. September 2000 zur Festlegung eines Gemeinsamen Standpunktes[320], der dann – nach kleineren Änderungen[321] – am 14. Februar 2001 auch vom Parlament akzeptiert wurde. Die Regierungen der Mitgliedsstaaten haben den Text am 9. April 2001 angenommen. Am 22. Juni 2001 ist sie im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden und damit mit gleichem Datum in Kraft getreten.[322] Die Umsetzungsfrist lief damit am 22. Dezember 2002 ab.

In Deutschland erfolgte die Umsetzung mit Wirkung zum 13. September 2003. Nach zwei Regierungsentwürfen[323] kam es wegen einiger Bedenken des Bundesrates[324] zur Anrufung des Vermittlungsausschusses. Nachdem in letzter Minute einige wichtige Änderungen an dem Entwurf vorgenommen wurden, konnte das Gesetz dann im September 2003 in Kraft treten.[325]

Die noch offenen Fragen, insbesondere bei der Ausgestaltung der Privatkopierfreiheit, werden in Deutschland im Rahmen des sog. **Zweiten Korbs** diskutiert. Seit Herbst 2003 bis in den

---

[315] Zur Implementierung in einzelnen Staaten siehe http://www.ifpi.org/site-content/library/wipo-treaties-ratification-status.pdf.

[316] Siehe dazu auch Hoeren, MMR 2000, 515.

[317] Entwurf vom 10. Dezember 1997 – COM (97) 628 final, ABl. C 108 vom 7. April 1998, 6. Siehe dazu Dietz, MMR 1998, 438; Flechsig, CR 1998, 225; Haller, Medien und Recht 1998, 61; Lewinski, MMR 1998, 115; Reinbothe, ZUM 1998, 429.

[318] Der unveröffentlichte Endbericht des Parlaments datiert auf den 10. Februar 1999 (Aktz. A4-0026/99).

[319] Entwurf vom 21. Mai 1999 – KOM (99) 250 endg., ABl. C 150/171 vom 28. Mai 1999. Der Text kann über das Internet abgerufen werden unter http://europa.eu.int/comm/dg15/de/intprop/intprop/copy2.htm.

[320] Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 48/2000, ABl. C 3441/1 vom 1. Dezember 2000.

[321] Siehe die Legislative Entschließung des Parlaments vom Januar 2001, A%-0043/2001.

[322] ABl. L 167 vom 22. Juni 2001, Seite 10 ff.; http://europa.eu.int/eur-lex/de/oj/2001/l_16720010622de.html oder http://europa.eu.int/eur-lex/en/oj/2001/l_16720010622de.html (englische Version).

[323] 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.

[324] 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).

[325] BGBl. Nr. 46 vom 12. September 2003, 1774; der Text findet sich unter http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/ent/11650.pdf.

Juni 2004 haben elf Arbeitsgruppen unter Leitung des BMJ über die Neuerungen beraten, die Eingang in den „Zweiten Korb“ finden sollen.[326] Ein erster Referentenentwurf zum 2. Korb existiert seit September 2004.[327] Der Regierungsentwurf wurde am 22. März 2006 beschlossen.[328] Das Gesetz soll bis Ende 2006 das Parlament passieren.

I. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:
Dessemontet, Internet, le droit d´auteur et le droit international privé, in: SJZ 1996, 285; Paul Geller, Internationales Immaterialgüterrecht, Kollisionsrecht und gerichtliche Sanktionen im Internet, in: GRUR Int. 2000, 659; Ginsburg, Jane C., Copyright Without Borders? Choice of Forum and Choice of Law for Copyright Infringement in Cyberspace, 15 Cardozo Arts & Ent L.J. 105 (1997); diess.,, Extraterritoriality and Multiterritoriality in Copyright Infringement, 37 Va. J. Int'l L. 587 (1997); diess., Putting Cars on the 'Information Superhighway': Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace, 95 Colum. L. Rev. 1466 (1995); Axel 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; Markus Junker, Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, Kassel 2002; Rolf Sack, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, in: WRP 2000, 269; ders., Das internationale Wettbewerbsrecht nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) und dem EGG-/TDG-Entwurf, in: WRP 2001, 1408; Haimo Schack, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtverletzungen im Internet. Internationales Privatrecht, in MMR 2000, 59; ders., Copyright licensing in the internet age. Choice of law and forum, in: Corporations, capital market and business in the law, 2000, 489; Dorothee Thum, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet, in: GRUR Int. 2001, 9; Stephan Wilske, Conflict of Laws in Cyber Torts, in: CR International 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

[326] Eine Zusammenfassung der Ergebnnisse findet sich unter http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/707.pdf.
[327] Entwurf vom 27. September 2004, http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/760.pdf.

auf ihre Rechtsbeziehungen. Nach Art. 27, 28 EGBGB unterliegt ein Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht[329]. 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[330].

Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält jedoch **zwingende Regelungen** zu Gunsten des Urhebers, die nicht durch eine Rechtswahlklausel ausgehebelt werden können[331]. Hierzu zählen die Regelungen über Urheberpersönlichkeitsrechte, der Zweckübertragungsgrundsatz, die Unwirksamkeit der Einräumung von Nutzungsrechten nach § 31 IV UrhG, 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) 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[332]. 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 folglich auch dann Anwendung, wenn geschützte Inhalte, die auf einem Server im Ausland abgelegt sind, in Deutschland zugänglich gemacht werden[333].

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 I EGBGB zurückgegriffen werden kann oder ob die Ausweichklausel des Art. 41 EGBGB zur Anwendung gelangt[334], gilt hier, dem geistigen Eigentum Rechnung tragend, nach allgemeiner Meinung das **Schutzlandprinzip**[335].

---

[328] Verfügbar unter: www.kopienbrauchenoriginale.de/media/archive/139.pdf

[329] Vgl. zum vertraglichen Kollisionsrecht die Ausführungen unter § 9 I.

[330] So BGH, JZ 1961, 261; WM 1969, 1140, 1141; OLG Hamburg, VersR 1982, 236; OLG Frankfurt, RIW 1983, 785.

[331] Vgl. hierzu auch Hoeren/Thum, in: Dittrich (Hg.), Beiträge zum Urheberrecht V, Wien 1997, 78.

[332] Siehe auch BGH, Urteil vom 2. Oktober 1997, MMR 1998, 35 = NJW 1998, 1395 = GRUR Int. 1998, 427- Spielbankaffaire m. Anm. Schricker. Daraufhin auch ähnlich OLG München, Urteil vom 10. Januar 2002, MMR 2002, 312.

[333] LG Hamburg, Urteil vom 5. September 2003, 308 O 449/03 – Thumbnails.

[334] Vgl. hierzu Sack, WRP 2000, 269, 271.

[335] RGZ 129, 385, 388; BGH, Urteil vom 17. Juni 1989, BGHZ 118, 394, 397 f.; BGH, Urteil vom 2. Oktober 1987, BGHZ 126, 252, 255; BGHZ 136, 380, 385 f.; Staudinger/vom Hoffmann (1998), Art. 38 EGBGB, Rdnr. 574.

Anwendbar ist danach das Recht des Staates, für dessen Gebiet Schutz gesucht wird, die sog. **lex loci protectionis**[336]. Anders als bei der Verletzung von Sacheigentum richten sich bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten auch die kollisionsrechtlichen Vorfragen nach der lex loci protectionis[337]. Hierzu zählen die Entstehung des Urheberrechts[338], die erste Inhaberschaft am Urheberrecht und die Frage, ob und welche urheberrechtlichen Befugnisse übertragbar sind[339]. 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 derjeniger Staaten ausrichten, in denen ihr Angebot abrufbar ist**, da jeder dieser Staaten potentiell als Schutzland in Betracht kommt[340]. 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.

Eine Änderung der kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkte ist nicht in Sicht. Denkbar wäre zwar eine analoge Anwendung der Regelung in der Satellitenrichtlinie 93/83/EWG[341]. Diese Richtlinie wendet für die Zulässigkeit der Ausstrahlung von Satellitenfernsehsendungen in Europa einheitlich das Recht des Landes an, von dem die Satellitenausstrahlung aus herkunftsmäßig vorbereitet wird. Dies führt zu einer Anknüpfung an das Herkunftslandprinzip[342]. Die Richtlinie ist allerdings auf den Bereich der Satellitenausstrahlung beschränkt. In der Richtlinie zu rechtlichen Fragen des elektronischen Handels[343] hat man es jedenfalls abgelehnt, die satellitenrechtlichen Prinzipien auf das Internet zu übertragen. Daher ist das Immaterialgüterrecht weiträumig von der Geltung des in Art. 3 II des Entwurfs verankerten Ursprungslandprinzips ausgenommen worden[344].

---

[336] Sack, WRP 2000, 269, 270.
[337] Seit langem schon anderer Ansicht ist Schack, zuletzt in MMR 2000, 59, 63 f.
[338] So auch BGHZ 49, 331, 334 f.; BGH, IPRax 1983, 178; OLG Frankfurt, BB 1983, 1745; OLG München, GRUR Int. 1990, 75.
[339] BGH, Urteil vom 2. Oktober 1997 – I ZR 88/95, MMR 1998, 35 – Spielbankaffaire mit Anm. Schricker. Ähnlich auch LG Hamburg, Urteil vom 4. September 2001, NJW 2002, 623.
[340] Zu den damit verbundenen Haftungsproblemen siehe allgemein Decker, MMR 1999, 7 und Waldenberger, ZUM 1997, 176.
[341] Vom 27. September 1993, ABl. EG Nr. L 248, S. 5.
[342] 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.
[343] Siehe hierzu der geänderte Vorschlag vom 1. September 1999. Der Vorentwurf stammt vom 18. November 1998 – Dok. KOM (98) 586 end, ABl. C 30 vom 5. Februar 1999, S. 4. Siehe hierzu auch Hoeren, MMR 1999, 192; Maennel, MMR 1999, 187; Waldenberger, EuZW 1999, 296.
[344] Hoeren, MMR 1999, 192, 195 f.

Im Übrigen könnte sich die Lage grundlegend durch den im Dezember 1996 auf WIPO-Ebene verabschiedeten World Copyright Treaty (WCT) geändert haben[345]. Art. 8 des Vertrages hat innerhalb eines weitgefassten Rechts auf öffentliche Wiedergabe ein ausschließliches 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 unklar. Es wird nicht deutlich, inwieweit dieses neue Online-Recht im Verhältnis zum allgemeinen Recht der öffentlichen Wiedergabe als eigenständiges Aliud anzusehen ist. Bislang kaum diskutiert sind auch 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 individually 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.

II. Schutzfähige Werke

Literatur:
Du Bois, The legal aspects of sound sampling, in: Copyright Bulletin 26 (1992), Heft 2, 3; Till Jaeger/Olaf Koglin, Der rechtliche Schutz von Fonts, in: CR 2002, 169; Frank Koch, Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia-Anwendungen, in: GRUR 1995, 459; ders., Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in den Online-Diensten, in: GRUR 1997, 417; Pamuela Samuelson, Allocating ownership rights in computer-generated works, in: University of Pittsburgh Law Review, Vol 47: 1131, 1986; Jens Thormann, Links und Frames und ihr Rechtsschutz im Internet, in: Mitt. 2002, 311.

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

[345] Vgl. hierzu Vinje, EIPR 5 (1997), 230.

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.
§ 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[346]. 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.
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 hier 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.[347] In Deutschland wird immer noch stark die Auffassung vertreten, dass solche Werke nicht schutzfähig seien.

Als Problem haben sich in jüngster Vergangenheit immer wieder die Verwendung von Songtexten[348] und Kartenausschnitten[349] erwiesen.

[346] 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.
[347] Ähnlich auch Oberster Gerichtshof Wien, Entscheidung vom 6. Juli 2004, Medien und Recht 2004, 265.
[348] LG Berlin, Urteil vom 14. Juni 2005 – 16 O 229/05.
[349] AG Charlottenburg, Urteil vom 17.11.2005, GRUR-RR 2006, 70; BGH, Urteil vom 23.6.2005, 854.

2. Idee – Form

Literatur:
Heinkelein, Marc, Der Schutz der Urheber von Fernsehshows und Fernsehformaten – Der Schutz der Urheber von Fernsehshows und Fernsehformaten, Baden-Baden 2004, Hertin, Paul-W, 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 zu erfolgen hat, sondern auf einer gesellschaftlichen Entscheidung zu Gunsten des Freihaltebedürfnisses, also der freien Nutzung, beruht.

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[350]. 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.[351] Die Idee zu einer neuen Spielshow ist demnach ebenso wenig schutzfähig[352] wie der Hinweis auf neue Themen für die Berichterstattung. Ein Schutz kommt für den audiovisuellen Bereich nur bei ausgearbeiteten Treatments oder Drehbüchern in Betracht.

Auch für die **Werbebranche** bringt dies erhebliche Schutzbeschränkungen mit sich. So sind zwar Werbeanzeigen dem Schutz nach dem 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

[350] Siehe hierzu Litten, MMR 1998, 412.
[351] BGH, Urteil vom 26. Juni 2003, BGHZ 155, 257 = NJW 2003, 2828.

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.[353]

Im **Softwarebereich** bestimmt § 69a Abs. 2 S. 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[354].

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

---

[352] Vgl. OLG München, Urteil vom 21. Januar 1999, ZUM 1999, 244.
[353] OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Januar 1997, AfP 1997, 645 = ZUM 1998, 65. Insoweit bestätigt durch BGH, Urteil vom 3. November 1999, MMR 2000, 218 = GRUR 2000, 317.
[354] BGH, Urteil vom 29. April 1999, ZUM 1999, 644, 647; OLG München, ZUM 1999, 141, 151.

3. Gestaltungshöhe

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**[355] eingeführt, wonach bereits kleinere Eigenarten im Bereich der schönen Künste die Schutzfähigkeit begründen können.

Für **Werke der angewandten Kunst**, einschließlich von Gebrauchstexten, ist auf jeden Fall ein **erhöhtes Maß an Gestaltungshöhe** erforderlich. Wie Erdmann[356] 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.[357] Gerade deshalb hat der BGH auf dem Erfordernis bestanden, dass die Form letzterer Werke deutlich die Durchschnittsgestaltung übersteigt[358.] Die individuellen Eigenarten müssen auf ein überdurchschnittliches Können verweisen. Erst weit jenseits des Handwerklichen und Durchschnittlichen setzt hier die Schutzhöhe an.[359] Dies ist allein schon deshalb geboten, weil sonst die Abgrenzung zwischen dem Urheberrecht und dem bei Werken der angewandten Kunst ebenfalls einschlägigen Geschmacksmustergesetz hinfällig wird. Im Übrigen wäre eine Herabsenkung der Gestaltungshöhe in diesem Bereich gefährlich[360]. Denn eine solch großzügige Rechtsprechung würde das Risiko schaffen, dass der Schutz des Urheberrechts über den eigentlichen Kernbereich von Literatur, Musik und Kunst hinaus uferlos ausgeweitet wird und auch bei minimaler kreativer Gestaltung ein monopolartiger Schutz bis 70 Jahre nach Tod des Urhebers bejaht werden müsste.

---

[355] RGSt 39, 282, 283 – Theaterzettel; RGZ 81, 120, 122 – Kochrezepte; RGZ 116, 292, 294 – Adressbuch.
[356] Festschrift von Gamm 1990, 389, 401.
[357] Diese Zweiteilung ist verfassungsrechtlich unbedenklich; BVerfG, Beschluss vom 28. Januar 2005, NJW-RR 2005, 686.
[358] BGH, Urteil vom 17. April 1986, GRUR 1986, 739, 740 f. – Anwaltsschriftsatz; siehe auch BGH, Urteil vom 21. Mai 1969, GRUR 1972, 38, 39 – Vasenleuchter; BGHZ 94, 276, 286 – Inkasso-Programm; BGH, Urteil vom 22. Juni 1995, GRUR 1995, 581 f. – Silberdistel.
[359] Anders die österreichische Rechtsprechung, die nur darauf abstellt, dass individuelle, nicht-routinemäßige Züge vorliegen; siehe etwa öOGH, Beschluss vom 24. April 2001, MMR 2002, 42 – telering.at.

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 Kriterium gefordert[361]. 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[362]. Selbst in der US-amerikanischen Rechtsprechung machen sich Tendenzen bemerkbar, erhöhte qualitative Kriterien an die Gewährung des Copyright anzulegen[363].

Die Übernahme des Quelltextes einer Webseite mit Anzeigen ist nach Aufassung des OLG Frankfurt[364] 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 eine 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.

---

[360] Siehe etwa Schraube, UFITA 61 (1971), 127, 141; Dietz, a.a.O., Rdnrn. 68 und 82; Thoms, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, München 1980, 260 m.w.N.

[361] Schricker, GRUR 1996, 815, 818; ähnlich auch Schricker, Festschrift Kreile, 715 und ders., – GRUR 1991, Band II, 1095, 1102; Nordemann/Heise, ZUM 2001, 128.

[362] Vgl. hierzu Dietz, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978, Rdnrn. 78; Colombet, Major principles of copyright and neighbouring rights in the world, Paris 1987, 11; Cerina, IIC 1993, 579, 582.

[363] Siehe etwa die Entscheidung des Supreme Court of the United States No. 89-1909 vom 27. März 1991 in Sachen Feist Publications Inc. vom Rural Telephone Service Company, Sup. Ct. 111 (1991), 1282 = GRUR Int. 1991, 933.

[364] OLG Frankfurt Urteil vom 22 März 2005 – 11 U 64/2004, MMR 2005, 705.

4. Pixel, Sounds und Bits

Literatur:
Nils Bortloff, Tonträgersampling als Vervielfältigung, in: ZUM 1993, 476; Markus Häuser, Sound und Sampling, München 2002; Reiner Münker, Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, Frankfurt 1995; Silke von Lewinski, Verwandte Schutzrechte, in: Gerhard 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[365].

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.[366]

Schlagzeugfiguren, Bassläufe oder Keyboardeinstellungen sind folglich nach allgemeiner Auffassung[367] urheberrechtlich nicht geschützt, da sie nicht melodietragend, sondern lediglich abstrakte Ideen ohne konkrete Form seien. Ähnliches gilt für **Klangdateien** (sog. Presets).[368] 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[369]. Nicht geschützt ist nach Auffassung des OLG Hamm[370] die Gestaltung von Webbuttons.

---

[365] Vgl. hierzu 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 Münker, Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, Frankfurt 1995; Bortloff, ZUM 1993, 476; Lewinski, Verwandte Schutzrechte, in: Schricker (Hg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, 231.

[366] 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”.

[367] So etwa Wolpert, UFITA 50 (1967), 769, 770.

[368] LG Rottweil, Beschluss vom 18. März 2001, ZUM 2002, 490.

[369] 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.

[370] Urteil vom 24. August 2004, MMR 2005, 106.

III. Leistungsschutzrechte

Neben den Rechten des Urhebers bestehen noch die sog. **Leistungsschutzrechte** (§§ 70 – 87e 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.
Allerdings wirft das 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 Falle der **Übernahme von Sounds eines Studiomusikers**[371]. Nach § 75 II UrhG dürfen Bild- und

[371] Allgemein dazu: Müller, ZUM 1999 S. 555 – 560.

Tonträger, auf denen Darbietungen eines ausübenden Künstlers enthalten sind, nur mit seiner 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)[372]. 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[373].

2. §§ 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 I UrhG berufen. Streitig ist jedoch, ob sich das Herstellerunternehmen zum Beispiel gegen **Sound-Klau** zur Wehr setzen kann, auch wenn Sounds als solche nicht urheberrechtsfähig sind[374]. Zu dieser Streitfrage haben Hertin[375] und Schorn[376] 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[377] 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[378].

Schlecht sieht es auch für die Musikproduzenten aus, soweit es **um Digital Audio Broadcasting (DAB)** geht. Die Produzenten verfügen zwar über ein eigenes Leistungsschutzrecht, dieses erstreckt sich jedoch nur auf die Kontrolle der Vervielfältigung und Verbreitung der von ihnen produzierten Tonträger, § 85 I UrhG. Für die Ausstrahlung einer auf einem Tonträger fixierten Darbietung eines ausübenden Künstlers steht dem

---

[372] Schricker/Krüger, Urheberrecht, 2. Aufl. München 1999, § 73 Rdnr. 16; Gentz, GRUR 1974 S. 328, 330; Schack, Urheber-und Urhebervertragsrecht Tübingen 1997, Rdnr. 589. Teilweise wird § 73 analog angewendet; vgl. Dünnwald, UFITA 52 (1969) S. 49, 63 f.; ders., UFITA 65 (1972) S. 99, 106.

[373] Abweichend Möhring/Nicolini, § 73 Anm. 2: „Es ist dabei nicht notwendig, dass der Vortrag oder die Aufführung des Werkes oder die künstlerische Mitwirkung bei ihnen einen bestimmten Grad künstlerische Reife erlangt hat; (...)."

[374] Vgl. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht Tübingen 1997, Rdnr. 624 und Rdnr. 190.

[375] GRUR 1989, S. 578 f. und GRUR 1991, S. 722, 730 f.

[376] GRUR 1989, S. 579 f.

[377] ZUM 1991, 545 – Rolling Stones; vgl. hierzu auch Hertin, GRUR 1991, S. 722, 730 f.

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[379].

Eine gleichgelagerte Problematik ergibt sich für das Bereithalten von Musik-Dateien zum **Abruf im MP 3 Format** über das Internet,[380] welche wegen der großen Popularität des MP 3 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,[381] 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 im Internet zum Abruf bereithalten von Musikdateien, die durch eine Kopie seiner Tonträger erstellt worden sind, verhindern kann. Allerdings kann er insoweit – wie im Falle des digitalen Rundfunks – alle zu dem Verfügbarmachen notwendigen Vervielfältigungsakte (Digitalisierung und Server Upload) untersagen (§ 85 I S.1 UrhG) und damit auch nach geltendem Recht gegen Anbieter nicht-authorisierter MP 3 Dateien vorgehen.

3. Datenbankhersteller

Literatur:
Miguel Angel Bouza Lopez, El derecho sui generis del fabricante de bases de datos, Madid 2001; Martina Benecke, Was ist "wesentlich" beim Schutz von Datenbanken?, in: CR 2004, 608; Andrea Etienne Calame, Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, Bamberg 2002; Norbert Flechsig, Der rechtliche Rahmen der Europäischen Richtlinie zum Schutz von Datenbanken, in: ZUM 1997, 577; Jens Gaster, Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie, in: CR 1997, 660 (Teil I) und 717b (Teil II); ders., Der Rechtsschutz von Datenbanken im

---

[378] Siehe auch: Hoeren, GRUR 1989, S. 580 f.
[379] So ausdrücklich der österreichische Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 26. Januar 1999, MMR 1999 S. 352 – Radio Melody III mit Anm. Haller.
[380] Siehe dazu allgemein: Cichon, K & R 1999 S. 547 – 553.
[381] Mit entsprechender Software ist es überdies problemlos möglich, die komprimierten Dateien auf eine Leer-CD zu „brennen" oder auf den Speicher eines tragbaren MP 3 Player zu übertragen.

Lichte der Diskussion zu den urheberrechtlichen Aspekten der Informationsgesellschaft, in: ÖSGRUM Bd. 19, Wien 1996, 15; Christoph Hoebbel, EG-Richtlinienentwurf über den Rechtsschutz von Datenbanken, in: CR 1991, 12; ders., Der Schutz von Sammelwerken, Sachprosa und Datenbanken im deutschen und amerikanischen Urheberrecht, München 1994; ders., European Sui Generis Right for Databases, in: Computer und Recht International 2001, 74; Harald-Peter Knöbl, Der Schutz von Datenbanken nach der Feist-Entscheidung des amerikanischen Supreme Court, in: UFITA 2002/II, 355; Michael Lehmann, Die neue Datenbank-Richtlinie und Multimedia, in: NJW-CoR 1996, 249; Matthias Leistner, Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht, München 2000; ders., Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankherstellerschutzes, in: *Peter Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 493; ders., E-Commerce und der Rechtsschutz von Datenbanken, in: Michael Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 408; Josef Mehrings, Der Rechtsschutz computergestützter Fachinformationen, 1990; Wolfgang Nippe, Urheber und Datenbank, München 2000; Guido Westkamp, Der Schutz von Datenbanken und Informationssammlungen im britischen und deutschen Recht, München 2003; Andreas Wiebe, Rechtsschutz von Datenbanken und europäische Harmonisierung, in: CR 1996, 198; ders./Andreas Leupold (Hg.), Recht der elektronischen Datenbanken, Loseblatt Köln 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.[382] Eine digitale Datenbank kann in dieser Weise geschützt sein, sofern

- in ihr Beiträge (auch unterschiedlicher Werkarten) gesammelt sind und
- die Auslese bzw. Anordnung der Beiträge eine **persönlich-geistige Schöpfung** darstellen (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 Ordnungs-

[382] 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.

gesichtspunkten zusammengestellt wird.[383] Eine rein schematische oder routinemäßige Auswahl oder Anordnung ist nicht schutzfähig.[384] Es müssen individuelle Strukturmerkmale verwendet werden, die nicht durch Sachzwänge diktiert sind.[385]

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[386] – abgelehnt und stattdessen einen Schutz über § 3 UWG überwiegend bejaht.[387] Hier käme auch ein Schutz als Datenbank nach § 87a UrhG in Betracht (siehe unten).

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[388] in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen worden ist[389]. 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 S. 1 UrhG unter diesen Schutz jede Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind, sofern deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang **wesentliche Investition** erfordert.

Wie der EuGH in seiner Entscheidung zum Datenbankschutz für **Wett- und Fußballdaten** bestimmt hat[390], bedarf es hierfür eine nicht unerhebliche Investitition 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.

---

[383] BGH, Urteil vom 12. Juni 1982, GRUR 1982, 37, 39 – WK-Dokumentation; OLG Düsseldorf, Schulze OLGZ 246, 4; OLG Frankfurt, GRUR 1986, 242 – Gesetzessammlung.

[384] BGH, GRUR 1954, 129, 130 – Besitz der Erde.

[385] LG Düsseldorf Schulze LGZ 104, 5.

[386] OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. September 1996, CR 1997, 149; LG Hamburg, CR 1997, 21; LG Trier, Urteil vom 19. September 1996, CR 1997, 81. Siehe bereits OLG Frankfurt, Jur-PC 1994, 2631 – Tele-Info-CD; LG Frankfurt, CR 1997, 740.

[387] Anders jetzt die Rechtsprechung des Supreme Court in Australien; siehe http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCAFC/2002/112.html.

[388] Richtlinie 96/9/EG vom 11. März 1996, ABl. Nr. L 77 vom 27. März 1996, 20 = EWS 1996, 199. Siehe dazu Flechsig, ZUM 1997, S. 577; Jens L. Gaster, ZUM 1995, S. 740, 742; ders., CR 1997, S. 669 und 717; ders., in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, München 1999, Teil 7.8; ders. „Der Rechtsschutz von Datenbanken", Köln 1999; Wiebe, CR 1996, S. 198, 201 f.

[389] Siehe dazu Raue/Bensinger, MMR 1998, S. 507.

[390] Urteil vom 9. November 2004, MMR 2005, 29 mit Anm. Hoeren = CR 2005, 412.

Mit dieser Begründung hat sich der EuGH geweigert, eine Zusammenstellung von Ergebnissen einzelner Fußballspiele oder Hunderennen zu schützen. Entscheidend ist insofern also 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[391] 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.

Unter den Schutz können eine umfangreiche Sammlung von Hyperlinks[392], online abrufbare Sammlungen von Kleinanzeigen[393] und die meisten Zusammenstellungen von Informationen auf einer Website[394] fallen. Der Schutz von Datenbanken ist auch auf Printmedien, etwa „List of Presses“[395] oder ein staatliches Ausschreibungsblatt[396], anwendbar. Auch Zugpläne fallen unter § 87b UrhG.[397] Auszüge aus solchen Datenbanken mit Hilfe einer Meta-Suchmaschine verstoßen gegen das dem Urheber der Datenbank zustehende Vervielfältigungsrecht.
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[398] – 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[399]. Allerdings reicht es nicht aus, wenn jemand Daten für ein Internet-Branchenbuch lediglich aus öffentlich-zugänglichen Quellen

[391] BGH, Urteil vom 21. Juli 2005, Az.: I ZR 290/02 – Musikcharts; ähnlich bereits BGH, Urteil vom 21. April 2005 – I ZR 1/02 – Marktstudien.
[392] LG Köln, NJW CoR 1999 S. 248 (Leits.) = CR 1999, 400; AG Rostock, Urteil vom 20. Februar 2001 – 49 C 429/99 (erscheint demnächst in MMR); siehe dazu auch Schack, MMR 2001, 9 ff.
[393] LG Berlin, Urteil vom 08. Oktober 1998, AfP 1998 S. 649 = MMR 2000, 120 (welches 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 Email verfügbar zu machen); LG Köln, AfP 1999 S. 95 – 96; hierzu auch Schmidt/Stolz, AfP 1999 S. 146. Anderer Ansicht Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 4. Februar 2005 – 4C.336/2004/zga, MMr 2005, 442, wonach veröffentlichte Immobilieninserate immaterialgüterrechtlich nicht schutzfähig sind.
[394] Siehe hierzu die Entscheidung des Berufungsgerichts Helsinki, MMR 1999, 93; sowie Köhler, ZUM 1999 S. 548 – 555.
[395] OLG Köln, Urteil vom 1. September 2000, MMR 2001, 165.
[396] OLG Dresden, Urteil vom 18. Juli 2000, ZUM 2001, 595.
[397] LG Köln, Urteil vom 8. Mai 2002, MMR 2002, 689.
[398] OLG Karlsruhe, CR 1997, S. 149; LG Hamburg, CR 1997, S. 21; LG Stuttgart, CR 1997, S. 81; siehe bereits OLG Frankfurt, Jur-PC 1994, S. 2631 – Tele-Info-CD; LG Frankfurt, CR 1997, S. 740.
[399] BGH, Urteil vom 06. Mai 1999, MMR 1999 S. 470 – 474 mit Anm. Gaster, MMR 1999, S. 543 – 544 und Wiebe, MMR 1999, S. 474 – 476; Siehe auch HandelsG Paris, MMR 1999, S. 533 mit Anm. Gaster.

sammelt und per Computer erfassen lässt.[400] In dem Aufrufen der Suchmaske der Online-Auskunft der Bahn, dem Starten der Suchabfrage und dem anschließenden (fern-)mündliche 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.[401]

Unklar ist der Schutz für **Gesetzessammlungen**. Das OLG München hat in seiner Entscheidung vom 26. September 1996[402] 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 wettbewerblicher Schutz scheide im Hinblick auf die fehlende Eigenart aus. In Betracht kommt jedoch ein Schutz über § 87a UrhG, da die Erstellung umfangreicher Textsammlungen (wie im Falle des "Schönfelder") im allgemeinen mit einer wesentlichen Investition des Verlegers verbunden ist[403].

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[404]. Unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, durch eine investitionsintensive Zusammenstellung von amtlichen Werken, Dokumenten oder anderen Materials (z.B. Gesetzessammlungen, vgl. oben) sui generis Schutz für die daraus erstellte Datenbank zu beanspruchen.

Das Schutzregime umfasst ein **fünfzehn Jahre währendes Recht** des Datenbankherstellers, die Datenbank ganz oder in **wesentlichen Teilen** zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich wiederzugeben[405] (§ 87b Abs. 1 S. 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[406]. Damit stellt sich z.B. für Anbieter von Suchmaschinen Services die Frage, inwieweit die von ihnen angewandten Suchmethoden

[400] LG Düsseldorf, Urteil vom 7. Februar 2001, ZUM 2002, 65– Branchenbuch.
[401] LG Köln – Urteil vom 08. Mai 2002 (28 O 180/02) Das Urteil des LG Köln ist nun im Netz verfügbar; http://www.jurpc.de/rechtspr/20020166.htm.
[402] CR 1997, 20.
[403] Einen sui generis Schutz bejahend Bezirksgericht Den Haag (mit Anm. Gaster), MMR 1998 S. 299 – 302.
[404] BGH, MMR 1999 S. 470, 472; vgl. auch die Anm. von Gaster, MMR 1999 S. 543, 544; Zur niederländischen Situation siehe Bezirksgericht Den Haag, MMR 1998 S. 299, 300 – 301.
[405] 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.

nicht im Hinblick auf einen eventuellen sui generis Schutz für die von ihnen durchsuchten Webseiten problematisch sein könnten.

§ 87b Abs. 1 S. 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.[407] Das Datenbankherstellerrecht aus § 87b Abs. 1 S. 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. des § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG auf die Datenbank zugreift.[408] Die bei dem sui generis Recht auftretenden, schwierigen Interpretationsfragen und die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit werden sich nur mit Hilfe der Gerichte lösen lassen. 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 S. 2 UrhG auch das Einfallstor verfassungsrechtlicher Überlegungen, etwa im Hinblick auf die Presse- und Informationsfreiheit, sein soll.[409]

Gerade auch wegen einer angeblich exzessiven Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe hat die Datenbankrichtlinie **in den USA** besonders heftige Kritik erfahren[410]. Anlass für eine so ausführliche Beschäftigung mit der europäischen Regelung des Datenbankschutzes dürfte jedoch das in Art. 11 III 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,

---

[406] Vgl. dazu LG Berlin, AfP 1999 S. 649 – 651.
[407] LG Köln, Urteil vom 8. Mai 2002, MMR 2002, 689.
[408] BGH, Urteil vom 17. 7. 2003 = NJW 2003, 3406 = WRP 2003, 1341 = GRUR 2003, 958 = MMR 2003, 719 = K&R 2003, 554 – Paperboy.
[409] BGH, Urteil vom 21. April 2005 – I ZR 1/02 – Marktstudie, GRUR 2005, 940.
[410] Siehe: Reichman/Samuelson, Vanderbilt Law Review 1997 S. 51 – 166; Rosler, High Technology Law Journal 1995 S. 105 – 146; Die Richtlinie insgesamt befürwortend jedoch G.M. Hunsucker, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 1997 S. 697 – 788.

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,[411] 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[412].

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.[413]

IV. Verwertungsrechte des Urhebers

Literatur:
Andreas Freitag, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Internet, in: Detlef Kröger, Marc A. Gimmy (Hg.), Handbuch zum Internet-Recht, 2. Aufl. Heidelberg 2002, 289; Thomas Hoeren, Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs, in: CR 1996, 517; Michael Walter, Zur urheberrechtlichen Einordnung der digitalen Werkvermittlung, in: Medien und Recht 1995, 125.

Das Urheberrechtsgesetz billigt dem Urheber eine Reihe von Verwertungsrechten[414] 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

[411] Siehe insbesondere Reichman/Samuelson, Vanderbilt Law Review 1997 S. 84 – 137.
[412] Vgl. dazu Gaster, CR 1999 S. 669 – 678; aktuelle Gesetzesvorschläge: HR.354 und HR.1858.
[413] So OLG München, Urteil vom 25. Oktober 2001, NJW-RR 2002, 401.
[414] Auf die Urheberpersönlichkeitsrechte soll hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden; siehe dazu § 2 V in diesem Skript sowie Decker, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, München 1999, Teil 7.6; Rehbinder, ZUM 1995, 684; Reuter, GRUR 1997, 23; Wallner/Kreile, ZUM 1997, 625.

Abs. 2 UrhG). 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[415]. 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 (s. dazu Teil V.).

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[416]. 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.[417] 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 (s. u.).

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 selber veröffentlicht wurde[418]. Werden

[415] Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 2. Aufl. München 1999, § 16 Rdnr. 6.
[416] Vgl. OLG Frankfurt/M CR 1997, 275, 276; Freitag, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Internet, in: Handbuch zum Internet-Recht (2000), 289, 311.
[417] So ausdrücklich der österreichische Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 26. Januar 1999, MMR 1999, 352 – Radio Melody III mit Anm. Haller.
[418] Katzenberger, GRUR 1973, 631; Mehrings, GRUR 1983, 284, 286.

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[419].

Streitig war es 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. 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.[420] 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.[421] In der Tat läßt die HTML-Technologie explizit eine Vervielfältigung durch Links zu[422]. 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.

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 fest (z.B. auf seiner Festplatte oder einer Diskette) speichert. Dabei findet eine im Verhältnis zum Upload weitere Vervielfältigung statt, für die die Zustimmung der Rechteinhaber erforderlich ist. Ebenso stellt das Ausdrucken in Form einer Hardcopy eine weitere Vervielfältigung dar. Problematisch ist dagegen, ob auch das bloße Sichtbarmachen auf dem Bildschirm (sog. browsing) als Vervielfältigung anzusehen ist, da es hier an dem Merkmal der körperlichen Wiedergabe fehlen könnte. Zwar erfolgt hierbei eine zeitlich zwingend vorgelagerte vorübergehende Einlagerung der Informationen in den Arbeitsspeicher

[419] Raczinski/Rademacher, GRUR 1989, 325; Flechsig, ZUM 1996, 833, 835.
[420] OLG Hamburg, Urteil vom 22. Februar 2001 – 3 U 247/00 – Online-Lexikon; ähnlich bereits LG Hamburg, Urteil vom 12. Juli 2000, MMR 2000, 761= CR 2000, 776 mit Anm. Metzger.
[421] NJW-RR 2002, 1568 = GRUR 2003, 958 – Paperboy.
[422] Dank an Herrn Sven Gohlke (Berlin) für die folgenden Hinweise.

(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[423]. Für Computerprogramme allerdings ist mittlerweile in § 69 c Nr. 1 UrhG gesetzlich normiert, dass auch deren kurzfristige Übernahme in den Arbeitsspeicher eine rechtlich relevante Vervielfältigung ist[424]. 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[425]. Auch die nur für wenige Sekunden erfolgende Festlegung eines Werkes oder eines geschützten Werkteils im Arbeitsspeicher erfülle zudem nicht nur technisch die Voraussetzungen einer Vervielfältigung. Es sei gerade ihr Zweck, die menschliche Betrachtung des Werkes zu ermöglichen. Darüber hinaus habe moderne Browser-Software zumeist eine besondere „caching"-Funktion, mit deren Hilfe jede von einem fremden System heruntergeladene Webseite auf dem Rechner des Nutzers abgespeichert werde, so dass dem Nutzer bei erneutem Aufruf der Seite (z.B. beim Zurückblättern) Kosten und Übertragungszeit für das Herunterladen erspart blieben. 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[426]. Gerade für den Bereich der Proxyspeicherung[427] oder des RAM-Arbeitsspeichers wurde von vielen vertreten, dass auch technische Zwischenspeicherungen als urheberrechtlich relevante Vervielfältigungsvorgänge anzusehen seien[428]. Eine Ausnahme solle allenfalls dann zum Tragen kommen, wenn die Zwischenspeicherung keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert verkörpere[429].

Die Streitfrage ist seit dem 13. September 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. „Transient and incidental acts of reproduction" sind weitgehend vom Vervielfältigungsbegriff ausgenommen. Dies hat unmittelbare Auswirkungen für die Provider und deren User. Proxy-Server sind damit ebenso

[423] Flechsig, ZUM 1996, 833, 836; so auch Hoeren, LAN-Software, Urheber- und AGB-rechtliche Probleme des Einsatzes von Software in lokalen Netzen, UFITA Bd. 111 (1989), S. 5.
[424] Ebenso in den U.S.A; MAI Systems Corp. vom Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 518 f. (9th Cir.1993).
[425] Siehe die Nachweise bei Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 2. Aufl. München 1999, § 16 Rdnr. 19.
[426] Nordemann in Fromm/Nordemann § 16 Rdnr. 2.
[427] Siehe dazu auch die technischen Hinweise in Bechtold, ZUM 1997, 427, 436 f.; Ernst, K & R 1998, 536, 537; Sieber, CR 1997, 581, 588.
[428] Siehe etwa OLG Düsseldorf, CR 1996, 728, 729.

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[430] 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 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[431]. Zur Konkretisierung verwendet die Rechtsprechung seit den Asterix-Entscheidungen des BGH[432] zwei verschiedene „Verblassens-"Formeln[433]: Eine freie

---

[429] So auch Art. 5 Abs. 1 des Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten vom 10. Dezember 1997, KOM (97) 628 endg., ebenso der geänderte Vorschlag vom 21. Mai 1999, Kom (99) 250 endg.
[430] BGHZ 26, 52, 55; vgl. auch Fromm/Nordemann/Vinck, § 2 Rdnr. 77.
[431] OLG Hamburg, Schulze OLGZ 190, 8 – Häschenschule; Schricker/Loewenheim, § 24 Rdnr. 9.
[432] BGH, Urteile vom 11. März 1993 – I ZR 263/91 und 264/91, GRUR 1994, 191 und 206, ebenso BGHZ 122, 53, 60 Alcolix.
[433] Vgl. Vinck in Fromm/Nordemann, § 24 UrhG, Rdnr. 3.

Benutzung kann nach dieser Formel 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.

3. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Das Bereithalten von urheberrechtlich geschützten Werken zum Abruf via Intra- oder Internet könnte 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[434], hat sich mit Inkrafttreten des Änderungen des UrhG zum 13. September 2003 erledigt. In Umsetzung wurde in § 19a UrhG 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 von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dieses Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a) ist ein Unterfall des allgemeinen Rechts der öffentlichen Wiedergabe.

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

[434] Siehe die Nachweise bei von Ungern-Sternberg in Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl. München 1999, § 15 Rdnr. 59; a.A. zum Beispiel Zscherpe, MMR 1998, 404, 407 f. Der BGH hat jetzt in der Paperboy-Entscheidung klargestellt, dass dem Urheber bereits nach § 15 UrhG (i.d.F. vom 9. 9. 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, Urteil vom 17. 7. 2003 = NJW 2003, 3406 = GRUR 2003, 958 = MMR 2003, 719 = WRP 2003, 1341 = K&R 2003, 554 m. Anm. Klett – Paperboy. Ähnlich auch AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 17. November 2003, 236 C 105/03 – Internet-Leseforum.

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 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.

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 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.[435] 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 dort 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.

[435] Nordemann in Fromm/Nordemann, § 15, Rdnr. 4.

Im Übrigen ändert die Tatsache, dass ein Werk auf einer passwortgeschützten Subdomain verbreitet wird, nichts daran, dass hier eine öffentliche Wiedergabe vorliegt.[436] Nach Aufassung des OLG Köln[437] 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 vorgehalten hat, den Tatbestand des § *19* a UrhG und greift 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.

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[438]. Die herrschende Meinung[439] hält noch nicht einmal eine analoge Anwendung des § 17 Abs. 1 UrhG für möglich, wenn Software, Bücher u.ä. als „informational goods" über das Netz zum Download bereitgehalten werden.

V. Urheberpersönlichkeitsrechte

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

[436] OLG Jena, Beschluss vom 10. Dezember 2003, CR 2004, 781.
[437] OLG Köln, Urteil vom 09. September 2005 – 6 U 90/05 "Personal Video Recorder", MMR 2006, 35.
[438] Loewenheim in Schricker, Urheberrecht, § 17 UrhG, Rdnr. 5.
[439] Siehe dazu die Belege und weitere kritische Überlegungen in Hoeren, CR 1996, 517.

Das **Urheberpersönlichkeitsrecht (UPR)** ist das **ideelle Gegenstück** zu den wirtschaftlich ausgerichteten Verwertungsrechten. Es schützt den Urheber in seiner besonderen Beziehung zu seinem Werk[440]. 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.

1. Entstellungsverbot

Die Gestalt des Werkes im Internet ist aufgrund der oft geringen Auflösungsqualität häufig erheblich geändert. Hier ist 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 (s.o.), 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 insofern die ideellen Beziehungen des Fotografen zu seinem Werk verletzen. Wie weit das Entstellungsverbot in praxi 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

[440] Decker, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht 1999 Teil 7.6. Rn 1.

Urheber. Je konkreter der Verwerter vorab mit dem Urheber über konkrete Änderungsabsichten spricht, desto enger wird der Spielraum für das Entstellungsverbot.

2. Namensnennungsrecht

Literatur:
Martin 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 **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. 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.

VI. Gesetzliche Schranken

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

Art. 14 Abs. 1 GG schützt auch das Urheberrecht[441]. 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

[441] BVerfGE 31, 229,239; 77, 263,270; 79, 1,25.

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

Das deutsche Urheberrecht sieht hingegen einen **enumerativen**[442] **Katalog** 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 eine gerichtlich durchsetzbare 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 das BMJ Ende September 2004 einen ersten Referentenentwurf für die Reform der Schrankenregelungen veröffentlicht hat. Dem Entwurf gingen umfangreiche Anhörungen voraus. Das BMJ hatte im September 2003 die Arbeiten zur Novelle des Urheberrechts eröffnet. Von Herbst 2003 bis in den Juni 2004 tagten dann unter Leitung des BMJ elf Arbeitsgruppen über die geplanten Neuerungen. Im Rahmen der Diskussion rund um den sog. Zweiten Korb sollen zahlreiche Schranken, insbesondere auf dem Gebiet der Privatkopie, neu gefaßt werden. Nach dem Regierungswechsel hat das Bundesministerium der Justiz im Januar 2006 einen in wenigen Punkten überarbeiteten

[442] So ausdrücklich BGH, Urteil vom 20. März 2003, WRP 2003, 1235.

Referentenentwurf zum 2. Korb veröffentlicht.[443] Am 22.03.2006 folgte der Regierungsentwurf[444], der in einer wesentlichen Änderung gegenüber dem Referentenentwurf, der die ursprünglich in § 106 Abs. 3 UrhG-E vorgesehene Bagatellregelung bei Urheberrechtsverletzungen nicht mehr berücksichtigt.

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

2. Erschöpfungsgrundsatz

Literatur:
Christian A. Baus, Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten?, in: MMR 2002, 14; Christian Berger, Die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts als Ausprägung der Eigentumstheorie des BGB, in: AcP 201 (2001), 412; B. Knies, Erschöpfung Online? – Die aktuelle Problematik beim On-Demand-Vertrieb von Tonträgern im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, in: GRUR Int. 2002, 314; Philipp Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, München 2000.

Zu beachten ist ferner der **Erschöpfungsgrundsatz** (§ 17 Abs. 2 UrhG; für Software Spezialregelung in § 69c Nr. 3 S. 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.[445] Die Erschöpfung knüpft sich daran, dass Werkexemplare mit Zustimmung des zur

[443] http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/Zum direkten Zugriff siehe den Entwurf http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/2006-01-03-Gesetzentwurf.pdf und die Zusammenfassung der wesentlichen Änderungen durch das Bundesministerium der Justiz: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/2006-01-03-Anhoerung.pdf.
[444] http://www.kopienbrauchenoriginale.de/media/archive/139.pdf.
[445] 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

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).[446]Gleiches gilt für den Weiterverkauf gebrauchter Standardsoftware, nach h.M. nicht jedoch bei Software, die man über das Internet downloaden konnte.[447]

Von der Rechtsfolgenseite ist die Erschöpfung räumlich **auf den Bereich der EU und des EWR beschränk**t.[448] Wer Kopien geschützter Werke in den USA kauft, darf diese nicht in der EU weiterverkaufen; eine internationale Erschöpfung wird von der h.M. abgelehnt.[449]

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.[450]

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:
Torsten Beiner, Der urheberrechtliche Schutz digitalisierter Presseartikel in unternehmenseigenen Datenbanken, MMR 1999, 691; Christian Berger, Elektronische

---

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; siehe dort Erwöägungsgrund 33. So auch Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733, 737. Anders allerdings Knies, GRUR Int. 2002, 314 ff.; Köhler, Der Erschöpfungsgrundsatz desUrheberrechts im Online-Bereich, München 1999, 72.

[446] OLG München, Urteil vom 25. Oktober 2001, NJW-RR 2002, 401.

[447] Siehe: LG München I, Urteil vom 19. Januar 2006, MMR 2006, 175ff.

[448] Siehe dazu auch EuGHE 1971, 487 – Polydor.

[449] Schricher/Loewenheim, UrhG/17 Rn. 55 m.w.N.

[450] BGH, GRUR 1959, 200 – Heiligenhof.

Pressespiegel und Informationsrichtlinie, in: CR 2004, 360; Norbert Flechsig, Elektronische Pressespiegel – ein Beitrag zur Reform künftiger Pressespiegelausnahmen, in: Festschrift für Melichar, Tübingen 1999; Thomas Hoeren, Pressespiegel und das Urheberrecht. Eine Besprechung des Urteils des BGH „Elektronischer Pressespiegel", in: GRUR 2002, 1022; Paul Katzenberger, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechtes, in: GRUR Int. 2004, 739; Michael Lehmann/Paul Katzenberger, Elektronische Pressespiegel und Urheberrecht, Düsseldorf 1999; Fabian Niemann, Pressespiegel de lege lata, in: CR 2002, 817; ders., Pressespiegel de lege ferenda, in: CR 2003, 119; Julia Vogtmeier, Elektronischer Pressespiegel im zweiten Korb, in: MMR 2004, 658; Georg Wallraff, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, in: 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[451]. Interessant ist hier vor allem der Bereich der elektronischen Pressespiegel. Nach § 49 Abs. 1 UrhG ist die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Artikel aus Zeitungen in anderen „Zeitungen und Informationsblättern" sowie deren öffentliche Wiedergabe zulässig, sofern die Artikel 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[452]. Wenn ein Artikel neben dem Text auch Bildmaterial enthält, ist nur die Übernahme des Textes von § 49 Abs. 1 UrhG gedeckt. Es dürfte damit ausgeschlossen sein, (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[453]. Außerdem muss der übernommene Artikel noch zum Zeitpunkt der Übernahme aktuell sein[454].

[451] Gegen die Anwendung von § 49 Abs. 1 auf Pressespiegel Beiner, MMR 1999, 691, 695.
[452] Loewenheim, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, 73 mit weit. Nachw. in Fn. 327.
[453] 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.
[454] Zu weit geht m. E. Loewenheim, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, 74, wenn er für die Aktualität auf den Zeitpunkt der Übergabe an 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.

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.[455] 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 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 eng auszulegen. Dies schließe jedoch nicht aus, dass für den Begriff der „Zeitung“ eine sinnvolle und sachgerechte Interpretation gefunden werde. 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[456]. 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 S. 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

[455] So jetzt ausdrücklich der BGH, Urteil vom 27. Januar 2005 – I ZR 19/02. Anders das OLG München in seinem Urteil vom 23. Dezember 1999, das Artikel aus Publikumszeitschriften von der Pressespiegelfreiheit ausnimmt.

[456] Siehe Rehbinder, UFITA 48 (1966), 102, 103 f.; vgl. auch Melichar, Die Begriffe „Zeitung" und „Zeitschrift" im Urheberrecht, ZUM 1988, 14.

– verfügbar wäre. Das Erfordernis der „Tagesinteressen“ wäre damit nicht mehr gegeben. Die Abgrenzung ist allerdings fließend[457].

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[458]. Der Benutzer einer Datenbank stellt sich nicht sein eigenes „Informationsblatt“ zusammen; der Verteilung von Kopien an Dritte fehlt die vorherige Zusammenfassung in einem zentralen Primärmedium. Wie Loewenheim zu Recht feststellt[459], 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.[460] Zuletzt wurde gegen die Zulässigkeit der Lizenzierung eines elektronischen Pressespiegels durch eine Verwertungsgesellschaft entschieden[461], eine Privilegierung durch § 49 UrhG also abgelehnt und damit das Verbotsrecht der Urheber bejaht. Diese Entscheidung des LG Hamburg ist durch das OLG Hamburg bestätigt worden[462]. Ähnlich sehen die Rechtslage inzwischen das OLG Köln[463] und das LG Berlin[464]. Ähnlich restriktiv argumentiert das Appellationsgericht Bern für den Bereich der Pressebeobachtung.[465] Nach Auffassung des LG München ist es allerdings urheberrechtlich unproblematisch und von § 49 UrhG gedeckt, wenn jemand einen elektronischen Pressespiegel in der Form anbietet, dass eine Auflistung von zu Suchbegriffen gefundenen Artikeln dargeboten wird, die nur Fundstelle, Überschrift des Artikels, Namen der Zeitung als Quellenangabe, Ressort und den Satz des Artikels mit dem Suchbegriff enthalten.[466]

Der BGH hat inzwischen zugunsten der Pressenutzer die Hamburger Entscheidungen aufgehoben und eine Anwendung des § 49 Abs. 1 UrhG auf elektronisch übermittelte

---

[457] Vgl. Wallraf, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23, 27.
[458] So Eidenmüller, Elektronischer Pressespiegel, CR 1992, 321, 323.
[459] Loewenheim, Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994, 76.
[460] Schon gegen die Anwendbarkeit auf traditionelle Pressespiegel Wallraff, Elektronische Pressespiegel aus der Sicht der Verlage, AfP 2000, 23, 26; Beiner, MMR 1999, 691, 695.
[461] LG Hamburg, Urteil vom 07. September 1999, AfP 1999, 389.
[462] OLG Hamburg, Urteil vom 06. April 2000, AfP 2000, 299, 300. In diesem Verfahren ist Revision eingelegt worden; über das Verfahren wird der BGH Anfang 2002 entscheiden.
[463] OLG Köln, Urteil vom 30. Dezember 1999, MMR 2000, 365 m. Anm. Will. = AfP 2000, 94 = GRUR 2000, 417.
[464] LG Berlin, Urteil vom 15. Mai 2001, AfP 2001, 339.
[465] Appelationsgericht Bericht, Urteil vom 21. Mai 2001, MMR 2002, 30 mit Anm. Hilty.
[466] LG München I Urteil vom 1. März.2002, K & R 2002, 258 mit Anm. Lührig = CR 2002, 452.

Pressespiegel für möglich erachtet.[467] Entscheidend sei, dass der Pressespiegel nach Funktion und Nutzungspotential noch im Wesentlichen dem herkömmlichen Pressespiegel entspricht Dies setze voraus, dass der elektronisch übermittelte Pressespiegel nur betriebs- oder behördenintern und nur in einer Form zugänglich gemacht wird, die sich im Falle der Speicherung nicht zu einer Volltextrecherche eigne.

Einige Zeitungsverleger haben inzwischen 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 410 Quellen aus 128 Verlagen für die Erstellung elektronischer Pressespiegel an. Streitig war allerdings lange Zeit, ob nicht diese Organisation ihrerseits als Verwertungsgesellschaft anzusehen ist, so dass für deren Tätigkeit eine Erlaubnis des DPMA eingeholt werden müsste.[468] Das Problem hat sich faktisch dadurch entschärft, dass die Pressemonitor GmbH seit kurzem zusammen mit der VG Wort im Bereich der Pressespiegelvergütung tätig ist (s.u.). Die Auswirkungen der BGH-Entscheidung auf die Pressemonitor-Aktivitäten sind derzeit noch unklar. Ebenso zu klären ist, inwieweit die Rechtsprechung mit den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie[469] kompatibel ist, die ausdrücklich keine Schranke zugunsten elektronischer Pressespiegel enthält.

d) Vergütungsanspruch

Wichtig ist ferner der mit der Ausnahme, also der Zulässigkeit der Vervielfältigung und Verbreitung, verknüpfte **Vergütungsanspruch.** Nach § 49 Abs. 1 S. 2 UrhG ist für die Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe eine angemessene Vergütung zu zahlen. Diesen Anspruch kann der Rechteinhaber nur über eine Verwertungsgesellschaft geltend machen (§ 49 Abs. 1 S. 3 UrhG).[470] Die Vergütungspflicht entfällt, wenn lediglich kurze Auszüge aus mehreren Kommentaren oder Artikeln in Form einer Übersicht verwendet werden (§ 49 Abs. 1 S. 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

[467] Urteil vom 11. Juli 2002, MMR 2002, 739 mit Anm. Hoeren und Waldenberger = CR 2002, 827 mit Bespr. Niemann 817 = RDV 2002, 306.

[468] Siehe zu den Rechtsauseinandersetzungen BayVGH, Beschluss vom 14. März 2002, AfP 2002, 173 (nicht rkr.) zur deer Frage, ob und mit welchem Inhalt das DPMA über eine Untersagungsverfügung für Presse-Monitore Pressemitteilungen herausgeben darf.

[469] Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001, EG ABl. L 167 v. 22.6.2001, S. 10ff.

aus Zeitungen mit aktuellem politischen 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 wird künftig die PMG nicht nur die Artikel der mit ihr vertraglich verbundenen Verlage vermarkten, 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 künftig auch die Journalisten, die bei der VG WORT gemeldet sind, von dieser Umlage profitieren werden.

f) Die Rechtslage nach der InfoSoc-Richtlinie

Die InfoSoc-Richtlinie enthält sehr restriktive Bestimmungen, was die scheinbar unlösbare Konstellation der elektronischen Pressespiegel angeht. Art. 5 Abs. 3 lit. c) der Richtlinie erlaubt Pressespiegel durch die „Presse“ selbst, d.h. die Erstellung von Presseauszügen für die Erstellung einer Presseschau. Nun eröffnet gerade ein kleiner, versteckter Hinweis in dem “Walter” eine spannende Diskussion, die die Autoren allerdings nicht geführt haben. So existiert eine „Eventuelle Erklärung der Niederlande zu Artikel 5 Absatz lit. c)“; der Text ist bislang nur (ohne Quellenangabe) in dem zu rezensierenden Werk abgedruckt (S. 1056 Fußn. 71). Hierin heißt es: „Unbeschadet des Artikel 5 Abs. 3 lit. c bleibt es den Mitgliedstaaten vorbehalten, in ihrer Gesetzgebung die Begriffe „Presse“ und „gesendete Werke“ zu umschreiben.“ Nimmt man dies ernst, könnte man die Reichweite der Schrankenbestimmung extensiv auslegen. Geschützt wären dann nämlich Nutzungsvorgänge „by the press“, wobei national zu bestimmen ist, was „Presse“ ist. Dabei könnte es auch zulässig und geboten sein, sich vom herkömmlichen, papierbezogenen Pressebegriff zu lösen und kommerzielle Pressespiegelanbieter dank ihrer redaktionell-gestalterischen Tätigkeit auch als „Presse“ anzusehen.

5. Zitierfreiheit (§ 51 UrhG)

Literatur:
Thomas Seydel, Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke, Köln 2002; Günther Poll, TV-Total" – Alles Mattscheibe, oder was? Zum Verhältnis von freier Benutzung (§ 24 UrhG) und

[470] Vgl. dazu oben Fn. 15.

Zitatrecht (§ 51 UrhG) zu Art. 5 GG, ZUM 2004, 511; Fedor Seifert, Das Zitatrecht nach „Germania 3“, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2003, 195.

Denkbar wäre 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, der nicht einseitig zugunsten des Urheberrechts gelöst werden darf.[471]

Im Rahmen der Urheberrechtsnovellierung zum sog. Zweiten Korb war angedacht, das Zitatrecht insoweit weiter einzuschränken. Es soll nur dann gewährt werden, sofern die Nutzung anständigen Gepflogenheiten entspricht.[472] In der Zwischenzeit hat man die Beschränkung auf anständige Gepflogenheiten gestrichen. Statt dessen 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 erschienener Werke auch ohne Zustimmung des Urhebers, sofern diese in einem selbständigen wissenschaftlichen Werk zur Erläuterung des Inhalts und in einem durch diesen Zweck gerechtfertigten Umfang aufgenommen werden.

aa) Wissenschaft

Dabei ist der Begriff der **wissenschaftlichen Werke** weit zu ziehen; auch Filmwerke können hierunter fallen[473]. Allerdings muss das Werk durch die ernsthafte, methodische Suche nach Erkenntnis gekennzeichnet sein[474]. 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

[471] Siehe dazu den spannenden Gerichtsstreit in Frankreich rund um die Ausstrahlung von Utrillo-Werken etwa Cour d´Appel de Paris vom 30. Mai 2001, GRUR Int. 2002, 329 mit Anm. Geiger. Ähnlich öOGH, Urteil vom 12. Juni 2001, GRUr Int. 2002, 341 sowie Urteil vom 12. September 2001, MR 2002, 30 mit Anm. Walter; zum Verhältnis von Art. 10 EMRK und UrhG.

[472] Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; http://www.urheberrecht.org/.

[473] Ekrutt, Urheberrechtliche Probleme beim Zitat von Filmen und Fernsehsendungen, Diss. Hamburg 1973, 109; Ulmer, Zitate in Filmwerken, GRUR 1972, 323, 324.

[474] Siehe LG Berlin, Schulze LGZ 125, 5; LG Berlin, GRUR 1978, 108 – Terroristenbild; Schricker/Schricker,

auf dem Unterhaltungswert liegt[475], 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.[476] 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[477]. 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 Werk besteht[478]. Das Zitat darf nur als Beleg und Hilfsmittel fungieren und muss gegenüber dem Hauptwerk zurücktreten[479]. Geht es hingegen darum, dass der Zitierende auf eigene Ausführungen zu Gunsten des Zitats verzichten will, kann er sich nicht auf § 51 UrhG stützen[480]. 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 wäre die Verwendung von Musik- oder Filmsequenzen in einem multimedialen Lexikon über § 51 UrhG durchaus legitimierbar.

---

§ 51 Rdnr. 31.

[475] Siehe KG, GRUR 1970, 616, 617 f.

[476] BGHZ 50, 147, 156 – Kandinsky I; LG München II, Schulze LGZ 84, 9; siehe auch Schricker/Schricker, § 51 Rdnr. 34.

[477] BGH, GRUR 1973, 216, 217 f. – Handbuch moderner Zitate; Schricker/Schricker, § 51 Rdnr. 22 und 34.

[478] BGHZ 28, 234, 240 – Verkehrskinderlied; BGHZ 50, 147, 155, 156 – Kandinsky I; BGH, GRUR 1987, 362 – Filmzitat; Schricker/Schricker, § 51 Rdnr. 16 mit weit. Nachw.

[479] BGH, GRUR 1986, 59, 60 – Geistchristentum; BGH, GRUR 1987, 34, 35 – Liedtextwiedergabe I.

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[481]. 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[482]. Links im eigenen Text als solche stellen keine Zitate dar und müssen daher auch nicht den Anforderungen genügen[483].

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[484] und sonstige Werkgattungen[485] ausgedehnt. Erlaubt ist nur die Verwendung kleinerer Ausschnitte des Werkes. Allerdings müssen diese Ausschnitte für sich genommen schutzfähig sein. Kleine Pixel und Sounds[486] 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 Ausschnitt; in solchen Fällen ist – je nach Zitatzweck – auch die Verwendung ganzer Werke zulässig[487]. 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[488]. Die Regelung dürfte im Multimediabereich keine große Bedeutung haben.

---

[480] KG, GRUR 1970, 616, 618 – Eintänzer.
[481] Die Situation ist allerdings anders, wenn eines Tages der digitale „Fingerprint" Realität wird. Siehe dazu Gass, Digitale Wasserzeichen als urheberrechtlicher Schutz digitaler Werke?, ZUM 1999, 815.
[482] Vgl. dazu, Schulz, ZUM 1998, 221, 232.
[483] Frank A. Koch, GRUR 1997, 417, 420.
[484] BGH, GRUR 1987, 362 – Filmzitat; LG München I, FuR 1983, 668.
[485] Schricker/Schricker, § 51 Rdnr. 41. Vgl. zum Vorschlag für eine Novellierung des Zitatrechts Reupert, Der Film im Urheberrecht, Baden-Baden 1995, 180 f.
[486] Vgl. dazu Schricker/Loewenheim, § 2 Rdnr 122.
[487] BVerfG, NJW 2001, 598 = GRUR 2001, 149 – Germania 3; KG, UFITA 54 (1969), 296, 299; LG München I, Schulze LGZ 182, 5; Schricker/Schricker, § 51 Rdnr. 45.
[488] Siehe dazu allg. Schricker/Melichar, § 51 Rdnr. 49.

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:
Jürgen Ensthaler, Bundestag beschließt die Herausnahme wissenschaftlicher Sprachwerke aus dem Urheberrechtsgesetz, in: K&R 2003, 209; Georgios Gounalakis, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003; Ulrich Sieber, Urheberrechtlicher Reformbedarf im Bildungsbereich, in: MMR 2004, 715.

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 und gegen eine Pauschalvergütung zulässig sein.

Diese Vorschrift erlaubt das zustimmungsfreie öffentliche Zugänglichmachen

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

Dabei muss die Zugänglichmachung **zu dem jeweiligen Zweck geboten** und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein. Nach § 52a Abs. 2 S. 2 fallen **Filmwerke** erst zwei Jahre nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern unter die Schranke. Nach § 52a Abs. 3 sind auch die mit der öffentlichen Zugänglichmachung im 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 S. 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 meist an der in § 52a Abs. 2 vorausgesetzten „üblichen regulären Auswertung im Filmtheatern". Das Gesetz ist insofern einseitig auf den Spielfilm bezogen. Insofern 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 S. 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 Gesetzgeber die Besonderheiten des Dokumentarfilmmarktes nicht unbekannt waren, so dass es sich hierbei auch um eine bewusste Entscheidung zugunsten des Dokumentarfilms und gegen dessen Intranetverwendung handeln kann.

Für Probleme wird auch die traurige Botschaft sorgen, dass die Regelung bis Ende 2006 befristet gelten sollte. Eine solche Vorschrift mit Verfallsdatum ist ein gesetzgebungstechnisches Novum. Für Medienzentren an den Universitäten ist es nunmehr schwierig, die Schranke wirklich zu nutzen; denn der Aufbau einer entsprechenden Intranetstruktur zieht sich doch naturgemäß über einige Jahre hin. Insofern könnte das „Geschenk an die Forschung und Lehre" gerade dann obsolet werden, wenn es am dringendsten benötigt wird.

7. Die Nutzung über Bibliotheksarbeitsplätze § 52b UrhG-E

Im Rahmen der Novellierung des UrhG beim sog. Zweiten Korb[489] ist angedacht, einen neuen § 52b in das Gesetz aufzunehmen. Dieser soll die Wiedergabe von Werken an **elektronischen Leseplätzen in öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Museen oder Archiven** regeln. Zulässig soll es dann sein, veröffentlichte Werke aus den Beständen ausschließlich in den Räumen der genannten Einrichtungen an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. Für die Zugänglichmachung wäre eine angemessene Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft zu zahlen.
Dieser Regelungsvorschlag übernimmt Ideen aus der EU-InfoSocRichtlinie und transponiert diese in das deutsche Recht.

8. Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch § 53 UrhG

Literatur:
Claus Ahrens, Napster, Gnutella, FreeNet & Co – die immaterialgüterrechtliche Beurteilung von Internet-Musiktauschbörsen, in: ZUM 2000, 1029; Christian Berger, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, 257; ders., Die Erstellung elektronischer archive nach der Novellierung des deutschen Urheberrechts, in: in: info7, 153; Herta Däubler-Gmelin, Private Vervielfältigung unter dem Vorzeichen digitaler Technik, in: ZUM 1999, 769; Thomas Dreier in: Schricker, Urheberrecht auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, S. 139; Frey, Peer-to-Peer-File-Sharing, das Urheberrecht und die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern am Beispiel Napster Inc, in: ZUM 2001, 466; Stefan Haupt, Electronic Publishing – Rechtliche Rahmenbedingungen, München 2002; Michael Heghmans, Musiktauschbörsen im Internet aus strafrechtlicher Sicht, in: MMR 2004, 14; Thomas Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster 2003; Till Kreutzer, Napster, Gnutella & Co: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, in: GRUR 2001, 193; Jochen Hoffmann, Die Auslegung des Begriffs der "offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage" in § 53 Abs. 1 UrhG, in: WRP 2006, 55; Krüger, Die digitale Privatkopie im "zweiten Korb", in: GRUR 2004, 204; Leupold/Dernisch, Bereithalten von Musikwerken zum Abruf in digitalen Netzen, in: ZUM 2000, 379; Ulrich Loewenheim, Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch von urheberrechtsrechtswidrig hergestellten Werkstücken, in: Peter 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, in: NJW-CoR 2000, 233; Christoph Mayer, Die Privatkopie nach Umsetzung des Regierungsentwurfs zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. in: CR 2003, 274; Mönkemöller, Moderne Freibeuter unter uns? – Internet, MP3 und CD-R als GAU für die Musikbranche!,

[489] Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; http://www.urheberrecht.org/

in: GRUR 2000, 664; Ole Jani, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG, ZUM 2003, 842; Nordemann/Dustmann, To Peer or not to Peer. Urheberrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internetpiraterie, in: CR 2004, 380; Manfred Rehbinder/Matthias Lausen,/Daniela Donhauser, Die Einspeisung von Zeitungsartikeln in Online-Datenbanken der Zeitungsverlage, in: UFITA 2000/2, 395; Tobias Pichlmaier, Abschied von der Privatkopie?, in: CR 2003, 910; Gunda Plaß, Der Aufbau und die Nutzung eines Online-Volltextsystems durch öffentliche Bibliotheken aus urheberrechtlicher Sicht, in: WRP 2001, 195; Rath-Glawatz/Dietrich, Die Verwertung urheberrechtlich geschützter Print-Artikel im Internet, in: AfP 2000, 217; Blanca Rodriguez Ruiz, After Napster: Cyberspace and the Future of Copyright, in: CRi 2003, 1; Manfred Senftleben, Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests, in: CR 2003, 914; Gerald Spindler, Urheberrecht und Tauschplattformen im Internet, in: JZ 2002, 60; Rolf Weber/Judith Bischof, Napster, die Musikindustrie und der Musikvertrieb, in: sic 2001, 152; Stickelbrock, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, in: GRUR 2004, 736; Zahrt, Der urheberrechtliche Schutz elektronischer Printmedien, Frankfurt 1999 (Diss).

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[490].

Nach Umsetzung der Datenbankrichtlinie in deutsches Recht (Art. 7 IuKDG) gibt **es 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.

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

Im Übrigen haben sich die Grundstrukturen des § 53 UrhG aufgrund der letzten Novellierung des Gesetzes grundlegend verändert, wie im weiteren zu zeigen sein wird.

a) Privater Gebrauch

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes **zum privaten Gebrauch** herzustellen oder herstellen zu lassen. Bei der Übertragung von Werken auf Bild- und Tonträger sowie bei der Vervielfältigung von Werken der bildenden Künste ist die Herstellung durch andere aber nur zulässig, wenn sie unentgeltlich erfolgt (§ 53 Abs. 1 S. 2 UrhG). 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.[491] Im Übrigen findet eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht statt; die Privatkopierfreiheit umfasst auch digitale Kopien.

Nicht umfasst ist von § 53 Abs. 1 UrhG die Erstellung von Kopien zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken. Auch können nach herrschender Auffassung[492] nur natürliche Personen in den Genuss der Regelung kommen; damit scheidet eine Berufung auf diese Vorschrift für betriebsinterne Zwecke eines Unternehmens aus.

Streitig ist, inwieweit das Kopieren von Werken nur dann zulässig ist, wenn **eine erlaubterweise hergestellte Vervielfältigung** als Vorlage benutzt worden ist. Gerade im Zusammenhang mit „Napster“[493] wurde zum Beispiel die Auffassung vertreten, dass dieses Kriterium nach dem Wortlaut des § 53 UrhG nicht vorausgesetzt sei.[494] § 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

[491] OLG Hamburg, Urteil vom 22. Februar 2001, ZUM 2001, 512 = MMR 2001, 533 = CR 2001, 704 mit Anm. Dieselhorst.
[492] So am deutlichsten Norbert Flechsig, NJW 1985, 1991, 1994. Ähnlich auch Schricker/Loewenheim, § 53 Rdnr. 7 mit weit. Nachw.
[493] Siehe dazu A&M Records Inc vom Napster Inc, 114 F. Supp. 2d 896 = GRUR Int. 200, 1066 sowie die Entscheidung des US Court of Appeals for the Ninth Circuit vom 12. Februar 2001, GRUR Int. 2001, 355.

urheberrechtlich zulässig ist. Dies störte wiederum bei der letzten Novellierung des Gesetzes den Bundesrat, der in seiner Entschließung[495] die Reichweite der Privatkopierfreiheit auf Kopien von legal hergestellten Vorlagen beschränken will. Dieser Vorschlag wurde aber im Vermittlungsausschuss abgelehnt werden. 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 kommt, wenn zur Vervielfältigung „eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage" verwendet wird. 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 Phyrrhussieg 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. Durch den 2. Korb soll die einschränkende Ausnahme durch das Merkmal der offensichtlich recthswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlage ergänzt werden.

Weiter wird die Möglichkeit der **Herstellung von Vervielfältigungen durch Dritte** 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.

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 dem Fehlen von § 53 Abs. 1 in § 95b Abs. 1 lässt sich also schließen, dass der Rechteinhaber nur technische Sperrmechanismen einsetzen muss, um § 53 Abs. 1 UrhG zu umgehen. Dieser „Trick" ist unerträglich. Dass das BMJ einer solchen Strategie rechtlichen

[494] So etwa Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 496; Mönkemöller, GRUR 2000, 663, 667 f.; anderer Ansicht Leupold/Demisch, ZUM 2000, 379, 383 ff; Loewenheim, Festschrift Dietz 2001, 415 ff.
[495] BT-DrS 15/1066 vom 27. Mai 2003, S. 2.

Schutz gewähren will, ist ein Hofknicks vor der Musikindustrie, der ein gesetzgebungstechnisches Feigenblatt mit Halbherzigkeit kombiniert.

Es ist bedenklich, dass die Privatkopierfreiheit nicht in § 95b Abs. 1 genannt wird.[496] Damit ist die Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG ein zahnloser Tiger. Die Industrie kann den Privaten das, was § 53 Abs. 1 UrhG gibt, durch den Einsatz technischer Schutzmechanismen wieder nehmen. Das BMJ rechtfertigt auch nicht, warum sie die in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie bestehende Option zugunsten privater Nutzer nicht ausschöpft. 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. Es besteht bislang auch keine Begründung des BMJ dafür, warum die in der Richtlinie genannte Option zugunsten privater Nutzer nicht genutzt werden sollte. Art. 6 IV der zugrunde liegenden InfoSoc-Richtlinie ist ein mühevoll errungener Kompromiss zugunsten privater Nutzer, der unbedingt einer Umsetzung bedarf. Dem können nicht die Vorbehalte der Musikindustrie gegen die Gefahr des Hacking und unkontrollierten CD-Brennens entgegengehalten werden. Es bleiben hinreichende technische Möglichkeiten, die Zahl der Privatkopien technisch zu beschränken; im Übrigen erhält die Musikindustrie über die Geräte- und Leerkassettenabgabe eine nicht unbeträchtliche Kompensation für ihre Ausfälle. Man könnte allenfalls darüber nachdenken, diese Kompensation noch zu erhöhen.

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). 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. Man fragt sich, worin eigentlich der Unrechtsgehalt des Umgehens zu privaten Zwecken besteht. Denn das Einfügen technischer Sperren ist in diesem Bereich das eigentliche Unrecht.

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

[496] So auch Holznagel/Brüggemann, MMR 2003, 767 ff.; siehe auch Hoeren, Urheberrecht und Verbraucherschutz, Münster 2003; Köcher/Kaufmann, Anm. zu BVerfG, Beschl. V. 25.7.2005, MMR 2005, S. 751ff.

wissenschaftlichen Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen. Dabei ist der Begriff des „wissenschaftlichen Gebrauchs“ weit auszulegen. Darunter fällt das Kopieren via Online durch

- Wissenschaftler und Forschungsinstitute
- Privatleute mit wissenschaftlichem Informationsbedürfnis
- Studierende im Rahmen ihrer Ausbildung und
- Forschungseinrichtungen der Privatwirtschaft[497].

Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo nahezu **vollständige Kopien** ganzer Bücher oder Zeitschriften ohne Zustimmung der Rechteinhaber angefertigt werden (§ 53 Abs. 4 S. 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 S. 1 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).

Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb[498] ist angedacht, die Regelung noch weiter zu beschränken und die Wissenschaftsfreiheit auf Fälle zu beschränken, 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 Anspruchs mittels Herausgabe- und Unterlassungsanspruch auf dem Wege der Klage (§ 95b Abs. 2 und 3). 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

[497] 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, Urteil vom 20.2.1997, ZUM-RD 1997, 425 – Betreibervergütung für Privatunternehmen.

[498] Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 27. September 2004; http://www.urheberrecht.org/.

Bibliotheken das Risiko tragen, dass die notwendigen Informationen erst mit großer Verzögerung beschafft und CD-Rom- Datenbanken zeitweilig nicht genutzt werden könnten.

c) Aufnahme in ein eigenes Archiv

Nach § 53 Abs. 2 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. Diese Regelung dürfte für firmeninternes, elektronisches Dokumentenmanagement, nicht aber im Online-Sektor eine Rolle spielen. Zu einem anderen Ergebnis kommt man nur, wenn man auch öffentlich zugängliche Archive unter die Regelung subsumiert[499]; denn dann rechtfertigt § 53 UrhG die Einrichtung großer Onlinedatenbanken mit Zugriff etwa auf hauseigenes Pressematerial. Die herrschende Meinung wertet jedoch die Regelung anders. Tatsächlich ist nach Sinn und Zweck lediglich ein **Archiv nur zum haus- bzw. betriebsinternen Gebrauch** gemeint[500], wobei elektronische Archive solange als zulässig angesehen werden, als die solcherart erfolgte Archivierung keine zusätzliche Verwertung des Werks darstellt[501]. Hinsichtlich elektronischer Pressearchive (im Sinne eines Inhouse-Kommunikationssystems, das den Zugriff durch einen geschlossenen Nutzerkreis zulässt) hat der BGH[502] entschieden, dass auch, wenn die Nutzung auf Betriebsangehörige beschränkt werde, dies weit über das hinausgehe, was der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG privilegieren wollte. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Möglichkeiten zur Errichtung eines digitalen Archivs aufgrund der letzten UrhG-Novellierung stark eingeschränkt sind. Die Vorschrift erlaubt nunmehr nur noch die Vervielfältigung auf Papier, die ausschließlich analoge Nutzung des Archivmaterials oder die Nutzung digitalen Materials 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

[499] So Nordemann, Festschrift für Hubmann, 325, 326.
[500] So auch von Gamm, § 54 Rdnr. 10; Schricker/Loewenheim, § 53 Rdnr. 25; Katzenberger, GRUR 1973, 629, 636.
[501] Fromm/Nordemann, § 53 Rdnr. 7, Schricker/Loewenheim, § 53 Rdnr. 26.
[502] BGH 10. Dezember 1998 – elektronische Pressearchive, MMR 1999, 409, m. Anm. Hoeren.

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

Literatur:
Baronikians, Patrick, Kopienversand durch Bibliotheken – rechtliche Beurteilung und Vorschläge zur Regelung, ZUM 1999, 126; Heker, Harald Dokumentenversand durch Bibliotheken, FS F. Melichar 1999, 89; Katzenberger, Paul, Eine salomonische Entscheidung, aber kein Freibrief. Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.02.1999 – I ZR 118/96 – (Kopienversanddienst), in: AfP 1999, 335; Loewenheim, Ulrich, Kopienversand und kein Ende, FS Tilmann 2003, 63.

In jüngster Zeit wurde um die Zulässigkeit sog. **Kopierdienste** gerungen, die von größeren Bibliotheken und Unternehmen zu Gunsten der Kunden angeboten werden[503]. Der BGH hat in zwei Verfahren 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[504].

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

[503] Diese Problematik ist auch der Hintergrund für das Gutachten, das Loewenheim im Auftrag der Zeitungsverleger-Verbände erstellt hat; siehe ders., Urheberrechtliche Grenzen der Verwendung geschützter Werke in Datenbanken, Stuttgart 1994.
[504] BGH, WM 1997, 731 – CB-Infobank I und WM 1997, 738 – CB-Infobank II. Ähnlich auch LG Frankfurt, Urteil vom 25. Oktober 2001, AfP 2001, 526 = MMR 2002, 488 für elektronische Pressespiegel.

Fall – beim Besteller liegt. In einer spektakulären Grundsatzentscheidung[505] hat der BGH 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 der letzten Jahre 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 nimmt der BGH bei dieser Argumentation auf die neuen 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 bleibt allerdings, ob der BGH nur den Kopienversand per Post und Fax ausnehmen will oder ob die Entscheidungsgründe auch auf den Online-Versand (der nicht Gegenstand des Verfahrens war) übertragen werden können.

Nach Auffassung des OLG Köln unterfällt ein Internet-Suchdienst, durch den man Zeitungsartikel mittels Deep-Links auffinden kann, unter § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG.[506] Der Nutzer verwende den Suchdienst nur zum eigenen Gebrauch; daran ändere auch die Beteiligung des Betreibers des Suchdienstes nichts.

Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb [507] soll die Zulässigkeit von Kopienversanddiensten durch eine neue Vorschrift geregelt werden. Nach § 53a des Entwurfs soll die Versendung im Wege des Post- oder Faxversandes durch öffentliche Bibliotheken zulässig sein, sofern sich der Besteller auf einen durch § 53 privilegierten Zweck berufen kann. Die Vervielfältigung und Verbreitung in sonstiger elektronischer Form wird auf grafische Dateien beschränkt. Eine solche Versendung grafischer Dateien kommt aber nur in

[505] Urteil vom 25. Februar 1999 – I ZR 118/96, 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 und Loewenheim, ZUM 1999, 574.

[506] Urteil vom 27. Oktober 2000, K&R 2001, 327 = NJW-RR 2001, 904.

[507] Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.03.2006; http://www.kopienbrauchenoriginale/media/archive/139.pdf

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 für den Schulunterricht und die Aus- und Weiterbildung in nichtgewerblichen Einrichtungen. 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 eine Schulklasse erforderlichen Anzahl". Im Übrigen sind Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Material nicht durch die Vorschrift gedeckt (§ 53 Abs. 3 S. 1 UrhG).

g) Rechtsfolge: Vergütungsanspruch

In den Fällen des § 53 Abs. 1 – 3 UrhG hat der Urheber einen Anspruch auf Vergütung gegen den Hersteller von Geräten, die zur Vornahme von Vervielfältigungen bestimmt sind. 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 für Bild- und Tonaufzeichnungen (§ 54 UrhG) und jenem für reprographische Vervielfältigungen (§ 54a UrhG) zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist nicht nur theoretischer Natur; vielmehr wird die Vergütung jeweils unterschiedlich berechnet (vgl. die Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG).

aa) Vergütung bei Bild- und Tonaufzeichnungen

§ 54 Abs. 1 UrhG gewährt einen Vergütungsanspruch bei der Aufnahme von Funksendungen auf **Bild- und Tonträgern** und der Übertragung von einem Bild- und Tonträger auf einen anderen. Diese Regelung ist im Zeitalter von MP3[508] und dem mittlerweile weit verbreiteten

[508] Vgl. dazu Cichon, K & R 1999, 547.

Gebrauch von CD-Brennern von wachsender Bedeutung. Eine Vergütungsregelung für CD-Brenner, MP3-Geräte oder Festplatten existiert aber weiterhin nicht[509]. Jene für Leer-CDs lehnt sich an die Vergütung für Leerkassetten an, was angesichts der enormen Qualitätsvorteile der digitalen Kopie nicht gerechtfertigt erscheint.[510]Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb[511] soll der Kreis der Geräte auf Speichermedien erweitert werden, deren Typ allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme solcher Vervielfältigungen in nennenswertem Umfang benutzt wird.

bb) Reprographische Vervielfältigungen

Neben dem Vergütungsanspruch nach § 54 Abs. 1 UrhG kann für Multimedia auch **der Anspruch für reprographische Vervielfältigungen** nach § 54a Abs. 1 UrhG von Bedeutung sein. Dieser Anspruch kommt bei Werkarten zum Tragen, bei denen zu erwarten ist, dass sie durch Ablichtung oder in einem vergleichbaren Verfahren zum eigenen Gebrauch vervielfältigt werden.

Im digitalen Kontext stellt sich die Frage, ob die Digitalisierung analoger Informationen – etwa durch Scannen – als ein der Ablichtung vergleichbares Verfahren angesehen werden kann. Dabei soll jede Form der Vervielfältigung ausreichen, sofern am Ende des Verfahrens eine körperliche Festlegung erfolgt.[512] Es kommt folglich darauf an, inwieweit die Digitalisierung zu einer körperlichen Fixierung – vergleichbar der Ablichtung – führt. Man wird dies an dieser Stelle bezweifeln können, sofern man auf das Laden in den Arbeitsspeicher abstellt. Die Digitalisierung bleibt jedoch nicht beim Laden stehen. Sie führt im Ergebnis dazu, dass fremde Leistungen auf Dauer auf der Festplatte eines Rechners oder auf einer CD festgehalten werden. Insoweit handelt es um ein der Ablichtung vergleichbares Verfahren.

Ferner setzt § 54a Abs. 1 UrhG voraus, dass die Geräte zur Vornahme von Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch „bestimmt“ sind. Erforderlich ist hierzu, dass das Gerät zur Vornahme von Vervielfältigungen technisch geeignet und vorgesehen ist.[513] Zu den geeigneten Geräten zählen Scanner[514], Sampler und Telefaxgeräte[515]- Streitig ist die Lage (noch) bei PCs,

[509] Vgl. Däubler-Gmelin, ZUM 1999, 769, 771.
[510] Cichon, K & R 1999, 547, 552.
[511] Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.03.2006; http://www.kopienbrauchenoriginale/media/archive/139.pdf
[512] Schricker/Loewenheim, § 54a Rdnr. 6.
[513] Siehe BGHZ 121, 215, 218 f. – Readerprinter. Nach früherem Recht reichte die technische Eignung aus; siehe BGH, GRUR 1981, 355, 357 – Videorecorder; GRUR 1982, 104, 105 – Tonfilmgeräte zu § 53 Abs. 5 S. 1 UrhG.
[514] BGH, Urteil vom 5. Juli 2001, WRP 2002, 219 – Scanner: OLG Hamburg, Urteil vom 3. Dezember.1998, CR 1999, 415.

Modems und Festplatten. Inzwischen wurde die Abgabepflicht für PCs durch eine Entscheidung des OLG München bejaht.[516] Nicht vergütungspflichtig sind ferner optische Speichermedien, da § 54a Abs. 1 UrhG nur Geräte umfasst, die zur Vornahme von Vervielfältigungen bestimmt sind.[517]

Die Vergütungsansprüche können nach § 54h Abs. 1 UrhG nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Dabei ist für Ansprüche nach § 54 Abs. 1 UrhG die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) mit Sitz in München zuständig. Die Ansprüche nach § 54a Abs. 1 UrhG nimmt, soweit es um literarische Texte geht, die VG Wort wahr. Bei der Vervielfältigung von Werken der bildenden Kunst und Darstellungen wissenschaftlich-technischer Art ist hingegen die VG Bild-Kunst zur Geltendmachung von Vergütungsansprüchen berechtigt.

9. Kartellrechtliche Zwangslizenzen

Literatur:
Sebastian Bechtolsheim/Florian Bechtolsheim, Die Essential Facilities Doktrin und § 19 (4) Nr. 4 GWB, in: WRP 2002, 55; Deselaers, Die „Essential Facilities"-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH, in: EuZW 1995, 563; Jürgen Schwarze, Der Schutz des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht, in: EuZW 2002, 75; Dieter 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, EvZW 2005, 391.

Denkbar wäre auch eine **kartellrechtliche Erweiterung der Schranken** in besonderen Einzelfällen. Ausgangspunkt ist **Art. 82 EGV**[518] 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 urheberrechtliche Verwertungsrechte kartellrechtlich zu überprüfen. Im konkreten Fall hatten BBC und ITV dem kanadischen Verleger den Zugriff auf Listen verweigert, in denen das Fernsehprogramm der kommenden Wochen enthalten war. Magill brauchte die Listen, um eine Fernsehzeitschrift auf den Markt zu bringen. BBC und ITV beriefen sich auf ihr nach britischem Recht bestehendes Urheberrecht an den Programmlisten, obwohl sie selbst auf dem Markt für Programmzeitschriften nicht tätig

[515] BGH, Urteil vom 28. Januar 1999 – I ZR 208/96, ZUM 1999, 649. Ähnlich bereits OLG Zweibrücken, CR 1997, 348; LG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 11202 = CR 1994, 224.
[516] OLG München, Urteil vom 15.12.2005, GRUR-RR 2006, 121; Vorinstanz: LG München I, Urteil vom 23.12.2004, MMR 2005, S. 255
[517] Siehe dazu auch oben allgemein zum Vervielfältigungsrecht.

waren. Dies sah der EuGH als möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung an.[519] 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**“.[520] Die Lieferung solcher 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. Insofern 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. Die Weigerung ist nicht objektiv gerechtfertigt. Die verweigerte Leistung ist unentbehrlich, d.h. tatsächlich und potenziell unersetzbar; der Kontrahierungszwang ist hiernach ultima ratio gegenüber dem Aufbau eigener Informationsbeschaffungs- und Vertriebsstrukturen.

Neben dem Magill-Fall bietet auch das Verfahren in Sachen **IMS Health**[521] Anlass, über die Grenzen der Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse zum Ausbau der eigenen Stellung am Markt und vor allem zur Marktkontrolle nachzudenken. Am 3. Juli 2001 veröffentlichte die EU Kommission ihre Entscheidung, wonach IMS Health, der Weltmarktführer bei der Sammlung von Daten über den Absatz von Arzneimitteln, Lizenzen für seine Struktur „1860 Bausteine“ zu erteilen habe.[522] Diese Datenstruktur erlaubt es, das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in Absatzsegmente, so genannte Bausteine, zu unterteilen; dieser Standard hat sich zu einer landesweiten Norm für die deutsche Pharmaindustrie entwickelt. Die Kommission sah die Weigerung von IMS Health, Lizenzen zu erteilen für die Verwendung seiner urheberrechtlich geschützten Struktur als einen Prima-facie-Beweis für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.[523] Die Kommission verpflichtete IMS Health, die Verwendung dieser Struktur gegenüber seinen Wettbewerbern zu nicht diskriminierenden und geschäftlich angemessenen Bedingungen zu gestatten. Aus Sicht der Kommission hinderte diese Weigerung von IMS Health neue Wettbewerber an einem Eintritt auf dem Markt für

---

[518] Zur Zwangslizenzierung nach § 24 PatG siehe das jüngste Urteil des BGH vom 13. Juli 2004 – KZR 40/02.

[519] EuGH, GRUR Int. 1995, 316 = EuGHE 1995, 743 Rdnr. 54 – 56. Siehe dazu Deselaers, EuZW 1995, 563 ff.; Bechtold, EuZW 1995, 345 ff.; Götting, JZ 1996, 307 ff.; Pilny, GRUR Int. 1995, 956 ff.

[520] EuGH, EuZW 1999, 86 = NJW 1999, 2259.

[521] Siehe dazu auch: Frank Immenga „Das EU Wettbewerbsrecht bedroht das Urheberrecht“ in FAZ vom 09. Mai 2001 S.29

[522] Case COMP D3/38.044 – NDC Health/IMS Health: Interim Measures; die Entscheidung beruht auf Art. 3 der Verordnung No. 17.

pharmazeutische Absatzdaten und ist überdies geeignet, den Konkurrenten von IMS Health schweren, irreparablen Schaden zuzufügen.[524]

Nachdem IMS Health Rechtsmittel gegen diese Kommissionsentscheidung eingelegt hatte, entschied der Europäische Gerichtshof 1. Instanz am 26. Oktober 2001 im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu Gunsten von IMS Health und setzte den Vollzug der Kommissionsentscheidung bis zur Entscheidung in der Hauptsache aus.[525] 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 wurden, zum Anlass, einen Prima-facie-Nachweis für einstweiligen Rechtsschutz zu Gunsten von IMS Health zu bejahen.[526]

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 verhindert. Der EuGH hatte in Magill hingegen gefordert, dass ein Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch die Ausübung eines geistigen Eigentumsrecht nur dann anzunehmen sei, wenn (1) die Lizenzverweigerung das Entstehen neuer Produkte oder Dienstleistungen, für die es (2) eine potentielle Nachfrage auf Sekundärmärkten gibt, verhindert und (3) der Lizenzgegenstand die faktisch einzige Quelle für das Ausgangsmaterial ist, welches für die Entwicklung des neues Produkts zwingend benötigt wird.

Der Gerichtshof 1. Instanz betont in seiner Entscheidung, dass die Rechtmäßigkeit der neuen Interpretation seitens der Kommission abschließend erst im Hauptsacheverfahren geklärt werden kann.[527] Es bleibt daher abzuwarten, ob sich der Anwendungsbereich der Missbrauchsdoktrin des EuGH im Hinblick auf die Ausübung nationaler Immaterialgüter im Sinne der Kommissionsentscheidung erweitert oder ob die in Magill aufgestellten Voraussetzungen streng beibehalten werden. Inzwischen liegt auch das Urteil des EuGH vor.[528] Hiernach stellt die Weigerung eines Unternehmens, das eine beherrschende Stellung wegen der Inhaberschaft an Immaterialgüterrechten innehat, einem anderen Unternehmen

---

[523] Anders das OLG Frankfurt im Rahmen eines Verfahrens über urheberrechtliche Unterlassungsansprüche vom IMS Health siehe dessen Urteil vom 19. Juni 2001, MMR 2002, 687; ähnlich LG Frankfurt, Urteil vom 16. November 2000 – 2/3 O 359/00.

[524] Kommissionsentscheidung COMP D3/38.044 – NDC Heath/IMS Health: Interim measures. Siehe auch Pressemitteilung „Kommission ordnet einstweilige Maßnahmen gegen IMS Health in Deutschland an", 03. Juli 2001 – IP/01/941.

[525] Beschluss des Europäischen Gerichtshofs 1. Instanz vom 26. Oktober 2001, Case T-184/01 R.

[526] Beschluss des Europäischen Gerichtshofs 1. Instanz vom 26. Oktober 2001, Nr. 100-106.

[527] Beschluss des Europäischen Gerichtshofs 1. Instanz vom 26. Oktober 2001, Nr. 102.

[528] Urteil vom 29.4.2004 C-418/01 inder Sache IMS Health ./. NDC Health, EuZW 2004, S. 345

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.

VII. Verwertungsgesellschaften

Literatur:
Jürgen Becker, Urheberrecht und Internet – Praktische Erfahrungen aus dem Bereich der Musik, in: Jürgen Schwarze/Jürgen Becker (Hg.), Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, Baden-Baden 2002, 57; Gerold Bezzenberger/Karl Riesenhuber, Die Rechtsprechung zum „Binnenrecht" der Verwertungsgesellschaften – dargestellt am Beispiel der GEMA, in: GRUR 2003, 1055; Friedrike Bing, Die Verwertung von Urheberrechten. Eine ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften, Berlin 2002; Reinhold Kreile/Jürgen Becker, Verwertungsgesellschaften in der Informationsgesellschaft, in: U. Immenga (Hg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1999, 77; dies., Multimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten, in: GRUR Int. 1996, 677; Rechtedurchsetzung und -rechteverwaltung durch Verwertungsgesellschaften in der Informationsgesellschaft, in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber (Hg.), Handbuch-Multimediarecht, München 2001, Teil 7.7.; Martin Kretschmer, The Failure of Property Rules in Collective Administration: Rethinking Copyright Societies as Regulatory Instruments, in: EIPR 24 (2002), 126; Nikolaus Reber, Aktuelle Fragen zu Recht und Praxis der Verwertungsgesellschaften, in: GRUR 2000, 203; Jörg Reinbothe, Die kollektive Wahrnehmung von Rechte in der Europäischen Gemeinschaft, in: Peter Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 517; Martin Schippan, Die Klärung von „Multimediarechten" in Europa, in: ZUM 1999, 135; Sabine Siebert, Die Auslegung der Wahrnehmungsverträge unter Berücksichtigung der digitalen Technik, Köln 2002; Stefan Ventroni/Günter Poll, Musiklizenzerwerb durch Online-Dienste MMR 2002, 648; Martin Vogel, Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland, in: GRUR 1993, 513; ders., Verwertung ist Macht. Übles Spiel mit dem Urhebervertragsgesetz, in: FAZ vom 17. Januar 2004, S. 37; Alexander Wolf, Urheberrechtliche Lizenzeinräumung und Kontrollrechte einer Verwertungsgesellschaft am Beispiel des Music-on-demand-Projektes der Deutschen Telekom, in: ZUM 1998, 303; Bernhard Wittweiler, Die kollektive

Verwertung im Zeitalter des Information-Highway, in: Reto 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[529]. Gäbe es nicht zumindest die Verwertungsgesellschaften, die einige Rechte treuhänderisch[530] 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".

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, wer die Kunden in seinem Geschäft mit Hintergrundmusik erfreuen will, der 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 und § 54a UrhG zu entrichtende Geräteabgabe. Hierbei handelt es sich um eine Gebühr, die Hersteller von Leerträgern 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.

---

[529] Möschel/Bechthold, Copyright-Management im Netz, MMR 1998, 571 f.

[530] Der zwischen dem Urheber und der Verwertungsgesellschaft geschlossene Wahrnehmungsvertrag begründet ein fremdnütziges Treuhandverhältnis, durch welches der Treuhänder das ausschließliche Nutzungs- und Verwertungsrecht erhält; vgl. LG Köln, ZUM 1998, S. 168 f.

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 Nichtanwendbarkeit der Klausel[531]. 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 selber 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. Seit Juli 2001 verfügt die GEMA auch über eigene Online-Tarife, die auf Pauschalgebühren (Prozentual bei Gewinnerzielung; sonst Mindestgebühr) je eingespeisten Musiktitel abstellen.[532]

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

[531] Vgl. hierzu ausführlich Schulze, Teil-Werknutzung, Bearbeitung und Werkverbindung bei Musikwerken – Grenzen des Wahrnehmungsumfanges der GEMA, ZUM 1993, 255, 261.
[532] Siehe Bundesanzeiger Nr. 106 vom 9. Juni 2001, 11472 und 11473. Ausführlicher dazu 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.
- Ein eigener Tarif für die Nutzung von Werken in sog. Podcasts ist derzeit in Vorbereitung.

Für den Tarif VR-W 1 erfolgt die Berechnung nach den Page Impressions. Für bis zu 25.000 Page Impressions ist beigewerblichen Websites eine Vergütung von 25 € pro Monat und Werk fällig. Als Spieldauer geht die GEMA von maximal 5 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 dei 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 EV-Kommission dieses System für den Online-Bereich kritisiert und eine Empfehlung für die grenzüberschreitende kollektive Wahrnehmung von Online-Musikrechten abgegeben.[533] Eine EV-Studie hatte eine Reihe von Schwächen aufgezeigt, insbesondere im Hinblick auf den fehlenden Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften im Bereich der digitalen Nutzung.[534]

Rechtspolitisch ungeklärt ist schließlich die Frage, wie sich der zunehmende Einsatz von DRM auf die Kompetenzen der GEMA und anderer Verwertungsgesellschaften auswirkt. Die Geräteindustrie hat ein inhärentes Interesse an der These, dass mit dem Einsatz digitaler

[533] 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).

[534] 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.

Rechtemanagementsysteme eine individuelle Lizenzierung von Content möglich und die Zahlung einer Geräteabgabe für z.B. Privatkopien damit obsolet werde. Diese Haltung 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-Produkten**. 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[535].

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 erwähnten Vergütungsansprüche für private Kopien wahr. Streitig ist allerdings, welches bei digitalen Kopien das vergütungspflichtige Gerät ist. Zu trennen ist hier zwischen der Vergütung für Ton- und Videoaufnahmegeräte (§ 54 UrhG) und Kopiergeräte aller Art (§ 54a UrhG). Eine Gebühr kann den Herstellern von Laserkopiergeräten auferlegt werden. Auch **Scanner** sind nach Entscheidung des Deutschen Patentamtes[536] vergütungspflichtig. Mit Beschluss vom 4. Mai 2000 hat die Schiedsstelle entschieden, dass auch **CD-Brenner** grundsätzlich der Geräteabgabepflicht unterliegen. Diese Abgabepflicht wurde vom LG Stuttgart dem Grunde nach bestätigt.[537]

[535] Vgl. Melichar, Schöpfer vorbestehender Werke aus Sicht der VG Wort, in: ZUM 1999, 12, 15.
[536] Abgedruckt u. a. in ZUM 1996, 909.
[537] LG Stuttgaart, ZUM 2001, 614, 616.

Angedacht ist seitens der VG Wort auch eine **Vergütung für PCs und Drucker**. Im Dezember 2000 wurde hierzu ein Tarif veröffentlicht, der eine Abgabe für PCs in Höhe von 23 DM aus § 54 UrhG und 60 DM aus § 54a UrhG vorsah. Das OLG München hat hierzu Ende 2005 entschieden, dass für jeden verkauften PC eine pauschale Urhebervergütung in Höhe von 12 Euro zu zahlen sei.[538] Das LG Stuttgart hat ferner festgestellt, dass auch Drucker einer Abgabepflicht nach § 54a UrhG unterliegen, ohne sich allerdings zur Höhe der Abgabe geäußert zu haben.[539] Ebenfalls vergütungspflichtig nach § 54a UrhG sind CD-Kopierstationen[540] und sogenannte Multifunktionsgeräte[541] mit Druck-, Scan- und Faxfunktion.

Ungeklärt und höchst umstritten ist die Frage, inwieweit Verleger an dem Gebührenaufkommen bei der VG Wort zu beteiligen sind. Nach § 63a UrhG können gesetzliche Vergütungsansprüche von Urhebern und Künstlern im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden. Verleger können daher mangels eigener gesetzlicher Vergütungsansprüche keine an sie abgetretenen Ansprüche mehr in Verwertungsgesellschaften einbringen. Insofern müsste ihr Anteil an den Ausschüttungen generell (nicht nur bei der VG Wort, sondern auch bei den anderen Verwertungsgesellschaften) in den nächsten Jahren sinken. Die VG Wort will auf Druck des Börsenvereins diese neue Rechtslage nicht wahrhaben und stellt ihre Verteilungspraxis nicht um.[542] Diese Regelung soll allerdings im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb dahingehend modifiziert werden, dass den Verwertern von Nutzungsrechten nach § 63a S. 3 UrhG ein Anspruch auf angemessene Beteiligung zustehen soll.

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 bei bildenden Künstler (Malern, Architekten) künftig die digitalen Rechte bei der 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

[538] Urteil vom 15.12.2005, CR 2006, 309.
[539] Urteil vom 22. Dezember 2004, MMR 2005, 262.
[540] OLG München, MMR 2005, 847.
[541] OLG Stuttgart, CR 2005, 881.
[542] Weitere Hinweise finden sich in dem zu Recht depriminierenden Beitrag von Martin Vogel aus der FAZ vom 17. Januar 2003, 37.

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 sein, dass mit der Nutzung nicht zugleich Werbezwecke verfolgt werden, die Bilder bei jeder Nutzung mit der Bezeichnung des jeweiligen Fotografen versehen sind und 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 ist die Möglichkeit eingeräumt worden, 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.

VIII. Möglichkeiten der Rechteübertragung via Lizenzvertrag

Literatur:
Reto Hilty, Rechtsfragen kommerzieller Nutzung von Daten, in: Rolf Weber (Hg.), Daten und Datenbanken: Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, Zürich 1999, 81; Helge Sasse, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, in: ZUM 2000, 837; Andreas Schardt, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, in: ZUM 2000, 849; Peter Schooning, Licensing Author´s Rights on the Internet, in: International Review of Industrial Property and Copyright Law 2000, 967; Stefan Ventroni/Günter Poll, Musiklizenzerwerb durch Online-Dienste, in: 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 S. 2 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 (siehe unten).

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 S. 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 Klagerecht 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 (”Der Urheber räumt X ein ausschließliches, zeitlich und räumlichen unbeschränkten Nutzungsrecht zur Verwendung des Materials in jeder Form ein”). Die Literatur hat diese Pauschalklauseln immer kritisiert.[543]

b) Zeitliche und räumliche Begrenzung

Der Lizenzvertrag sollte auch etwas zum **zeitlichen und räumlichen Umfang** des Nutzungsrechts sagen. Nach § 32 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 § 32 UrhG ergibt sich, dass das Nutzungsrecht auch räumlich beschränkt eingeräumt werden kann. Wie bei der zeitlichen Beschränkung ist es natürlich auch hier für den

[543] Hoeren, CR 1996, 84.

Produzenten am günstigsten, das überlassene Material räumlich unbeschränkt nutzen zu können. Dies gilt insbesondere für die Online-Nutzung, da in diesem Bereich räumliche Beschränkungen keinen Sinn machen. Eher empfiehlt es sich, nach Sprachversionen zu staffeln (etwa bezogen auf eine deutsch- oder englischsprachige Homepage).

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.[544]

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 Recht, Bearbeitungen des Werkes zu verwerten (§ 23 UrhG). Ferner ist der Urheber gem. §15 Abs. 2 allein befugt, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe). 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;
- das Material über Online-Dienste (FTP, WWW, Gopher) 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);

[544] KG, Urteil vom 24. Juli 2001, K&R 2002, 148 mit Anm. Welker 154.

- 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 S. 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 S. 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[545] unter Berufung auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (früher: § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) abgelehnt.

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

[545] GRUR 1984, 45, 52 – Honorarbedingungen.

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 (s.o.), 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 S. 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 S. 1, 3 UrhG). Vertragsrechtlich ist das Rückrufsrecht deshalb ein Problem, weil nicht im Voraus darauf verzichtet werden kann (§ 41 Abs. 4 S. 1 UrhG). Der Lizenznehmer kann lediglich die Ausübung des Rechts für einen Zeitraum von fünf Jahren ausschließen (§ 41 Abs. 4 S. 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 allerdings 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 geboten.

f) Honorare

Literatur:

William Cornish, The Author as Risk-Sharer, in: The Columbia Journal of Law & the Arts 26 (2002), No. 1, 1; Willi Erdmann, Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, in: GRUR 2002, 923; Bernd Grzeszick, Der Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung: Zulässiger Schutz jenseits der Schutzpflicht, in: AfP 2002, 383; Paul Hertin, Urhebervertragsnovelle 2002: Up-Date von Urheberrechtsverträgen, in: MMR 2003, 16; Reto Hilty/Alexander Peukert, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, in: GRUR Int. 2002, 643; Rainer Jacobs, Das neue Urhebervertragsrecht, in: NJW 2002, 1905; Brigitte Joppich, § 34 UrhG im Unternehmenskauf, in: K&R 2003, 211; Andreas Lober, Nachschlag gefällig? Urhebervertragsrecht und Websites, in: K&R 2002, 526; Stefan Ory, Das neue Urhebervertragsrecht, in: AfP 2002, 93; Tim Reinhard/Julia Distelkötter, Die Haftung des Dritten bei Bestsellerwerken nach § 32a Abs. 2 UrhG, in: ZUM 2003, 269; Haimo Schack, Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, in: GRUR 2002, 853; Michael Schmitt, § 36 UrhG – Gemeinsame Vergütungsregeln europäisch gesehen, in: GRUR 2003, 294; Gerhard

Schricker, Zum neuen deutschen Urhebervertragsrecht, in: GRUR Int. 2002, 797; Martin Vogel, Die Reform des Urhebervertragsrechts, in: Jürgen Schwarze/Jürgen Becker (Hg.), Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, Baden-Baden 2002, 29; Christoph Willi, Neues deutsches Urhebervertragsrecht – Auswirkungen für Schweizer Urheber und Werknutzer, in: sic! 2002, 360; Markus Zirkel, Das neue Urhebervertragsrecht und der angestellte Urheber, in: WRP 2003, 59.

In der Praxis hat sich ein fester Tarif für die Nutzung digitaler Rechte noch nicht eingebürgert; Standardvergütungen sind nicht bekannt. Daher muss 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 durchgesetzt. Der Rechteinhaber erhält eine feste Summe, die alle Nutzungen abdeckt. Denkbar wäre 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.

Zu bedenken ist aber, dass zum 1. Juli 2002 das Gesetz zur Novellierung des Urhebervertragsrechts in Kraft getreten ist.[546]

Das Gesetz beabsichtigte, den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz, dass Urheber angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen ihrer Arbeiten zu beteiligen sind[547], 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

[546] Siehe dazu Däubler-Gmelin, GRUR 2000, 764; Reber, ZUM 2000, 729; Schricker, Editorial MMR 12/2000; von Olenhusen, ZUM 2000, 736; Dietz, AfP 2001, 261; ders., ZUM 2001, 276; Dreier, CR 2000, 45; Geulen/Klinger, ZUM 2000, 891; Katzenberger, AfP 2001, 265; J. Kreile, ZUM 2001, 300; Stickelbrock, GRUR 2001, 1087; Weber, ZUM 2001, 311. Kritisch Ory, ZUM 2001, 195; Flerchsig, ZUM 2000, 484; ders., ZRP 2000, 426; Flechsig/Hendricks, ZUM 2000, 271; Schack, ZUM 2001, 453.

[547] BGHZ 11, 135, 143.

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.[548]

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, so soll eine Schlichtungsstelle entscheiden (§ 36 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 gemeinsame Vergütungsregeln und meist auch keine tarifvertraglichen Vergütungssätze existieren und gerichtliche Entscheidungen zur Höhe 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.[549] Im Übrigen ist umstritten, ob eine solche Vergütungsregel nicht unter das Kartellverbot des Art. 81 EGV fällt.[550]

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)[551]. 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.[552]

Dies gilt allerdings nicht, wenn der Urheber nur einen untergeordneten Beitrag zu dem Werk geleistet hat.[553] Bei Vereinbarung einer prozentualen Beteiligung sollten Abrechnungsverpflichtungen sowie ein Prüfungsrecht mit Kostentragungsregelung

[548] Siehe dazu auch BGH, GRUR 2002, 602 – Musikfragmente.
[549] So zu Recht Schricker, GRUR 2002, 737 ff.
[550] So der Ansatz von Schmitt, GRUR 2003, 294 ff.
[551] Siehe hierzu auch BGHZ 115, 63, 66 = BGH, ZUM 1992, 14 – Horoskop-Kalender; BGHZ 137, 387, 396 – Comic-Übersetzungen; LG Oldenburg, CR 1995, 39.
[552] Begründung des Rechtsausschusses zu § 32a, S. 46.
[553] BGH, Urteil vom 21. Juni 2001, JZ 2002, 147 mit Anm. Schricker = NJW-RR 2002, 255.

vorgesehen werden. § 32a UrhG findet auf Sachverhalte Anwendung, die nach dem 28. März 2002 entstanden sind. Für frühere Tatbestände bleibt es bei der Anwendung des revidierten „Bestsellerparagraphen“ in § 36 UrhG a.F. Der allgemeine Anspruch auf eine angemessene vertragliche Vergütung (§ 32 UrhG) gilt für Verträge nach dem 28. März 2002 in vollem Umfang. Für Verträge, die zwischen dem 1. Juni 2001 und dem 28. März 2002 geschlossen wurden, greift die Vorschrift, wenn von den eingeräumten Nutzungsrechten nach dem 28. März 2002 Gebrauch gemacht wird. Auf Verträge, die vor dem 1. Juni datieren, kommt § 32 UrhG nicht zur Anwendung.

In der Zwischenzeit liegen erste Urteile zu §§ 32, 32a UrhG vor.[554] So soll z. B. im Bereich der Übersetzer ein Pauschalhonorar generell unzulässig sein. Dies 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 jüngst das LG Frankenthal und das OLG Zweibrücken im Streit zwischen Musikverlegern und ZDF gezeigt haben. Der Blick auf die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle macht eine Reform des Urhebervertragsrechts weitgehend obsolet. So hat das OLG Düsseldorf im seinem Urteil vom 23. Oktober 2001[555] 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 ist rechtskräftig und führt dazu, dass zahlreiche im Fernsehbereich gängige Vertragsklauseln nunmehr nichtig sind.

[554] So etwa LG München I, ZUM 2006, 73.
[555] ZUM 2002, 221.

3. Reichweite von § 31 Abs. 4 UrhG: Internet als unbekannte Nutzungsart

Literatur:
Daniela Donhauser, Der Begriff der unbekannten Nutzungsart gemäß § 31 Abs. 4 UrhG, Baden-Baden 2001; Michael Esser-Wellie/Frank-Erich Hufnagel, Multimedia & Telekommunikation, in: AfP 1997, 786; Sebastian Fitzek, Die unbekannte Nutzungsart, Berlin 2000; Andreas Freitag, Neue Kommunikationsformen im Internet, in: Markenartikel 1995, 514; Frohne, Filmverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, in: ZUM 2000, 810; Thomas Hoeren, Multimedia als noch nicht bekannte Nutzungsart, in: CR 1995, 710; Otto-Friedrich Freiherr von Gamm, Urheber- und urhebervertragsrechtliche Probleme des "digitalen Fernsehens, in: ZUM 1994, 591; Ewald Lichtenberger, Stefan Stockinger, Klingeltöne und die Begehrlichkeit der Musikverlage. Die EMI-Entscheidung und ihre Relevanz für den österreichischen Markt, Medien und Recht 2002, 95; Ulrich Loewenheim, Die Verwertung alter Spielfilme auf DVD – eine noch nicht bekannte Nutzungsart nach § 31 IV UrhG?, in: GRUR 2004, 36; Nikolaus Reber, Die Substituierbarkeit von Nutzungsformen im Hinblick auf §§ 31 Abs. 4, 5 UrhG, in: ZUM 1998, 481; Matthias Schwarz, Klassische Nutzungsrechte und Lizenzvergabe bzw. Rückbehalt von „Internet-Rechten", in: ZUM 2000, 816; Malte Stiper/Andreas Frank, DVD als neue Nutzungsart, in: MMR 2000, 643; Artur Wandtke/Schäfer, Music on Demand – Neue Nutzungsart im Internet, in: GRUR Int. 2000, 187.

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

a) Einführung

Möchte ein Provider bestehende Werke in seine Homepage integrieren, benötigt er je nach betroffenem Verwertungsrecht die Zustimmung des Urhebers. Problematisch sind allerdings die Fälle, in denen der Urheber dem Hersteller bereits ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat und der Hersteller erst nachträglich eine Nutzung über Multimedia vornimmt. Kann der Hersteller unter Berufung auf das ausschließliche Nutzungsrecht nachträglich Werke einer Zweitverwertung zuführen? Dies erscheint im Hinblick auf § 31 Abs. 4 UrhG problematisch, sofern es sich beim Internet um eine neue, noch nicht bekannte Nutzungsart handelt. Käme diese Vorschrift zur Anwendung, wäre dem Produzenten die Berufung auf Altverträge versagt. Er müsste stattdessen mit den Lizenzgebern nachverhandeln, um die für die Verwendung im Internet erforderlichen Rechte zu erwerben. Dies dürfte zu erheblichen logistischen Schwierigkeiten führen, sind doch die Rechteinhaber unter Umständen nicht mehr auffindbar oder gar verstorben. Darüber hinaus wittert der eine oder andere Lizenzgeber

gerade angesichts der Internet-Euphorie reiche Beute und er wird die Rechte nur gegen hohe Nachzahlungen einräumen. § 31 Abs. 4 UrhG könnte zur Crux der Content-Provider werden.[556]

b) Anwendbarkeit auf Online-Dienste

Fraglich ist, ob Online-Dienste eine neue Nutzungsart bilden.[557] 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, dem Online-Pendant zur multimedialen CD, werden darüber hinaus Bild, Text und Ton zu einer neuen Einheit verknüpft und neue Produkte geschaffen. Der Kunde erhält nicht nur alte Informationen auf neuem 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.[558]
Umstritten ist, wie das spezifische Neue der Internet-Nutzung umschrieben werden kann. Die Digitalisierung selbst wird man noch nicht als das Entscheidende ansehen können.[559] 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.[560] Auch die Möglichkeit, Filme on demand abzurufen, ist eine eigene Verwertungsform.[561] Selbst die Verwendung von Musik für Handy-Klingeltöne wird als eigenständige Nutzungsart angesehen.[562] Der BGH will auch die Verwendung von Printtiteln als eigenständige Auswertung ansehen.[563] Als Datum für die Neuheit wird in Rechtsprechung

[556] Hinsichtlich der vielfältigen anderen Rechtsprobleme bei der Multimediaentwicklung siehe Hoeren, An assessment of long-term solutions in the context of copyright and electronic delivery systems and multimedia products, hrsg. von der Europäischen Kommission/DG XIII, Luxemburg 1995.
[557] Bei CD-ROM-Produkten ist inzwischen die Frage der unbekannten Nutzungsart gerichtlich geklärt. Verschiedene europäische Gerichte haben das Vorliegen einer eigenen, 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.
[558] So auch Bezirksgericht Amsterdam, MMR 1998, 34, 35.
[559] So auch Fromm/Ordemann/Hertin, §§ 31/32 Rdnr. 18; Lehmann, Internet- und Multimediarecht, 1997, 61; Castedyk, MMR 2000, 295; Thurow, Festschrift Kreile 1994, 763, 770.
[560] LG Berlin, ZUM 2000, 73.
[561] OLG München, ZUM 1998, 413; LG München I, Urteil vom 10. März 1999, MMR 2000, 291.
[562] OLG Hamburg, Urteil vom 4. Februar 2002, MMR 2003, 49. Siehe dazu Lichtenberger/Stockinger, Medien und Recht 2002, 95.
[563] BGH, GRUR 1997, 464 – CD-Infobank II. Ähnlich auch OLG Hamburg, Urteil vom 11. Mai 2000, NJW-RR 2001, 123.

und Literatur auf das Jahr 1995 (+/- ein Jahr) abgestellt.[564] Im Jahr 1980 war die Verbreitung elektronischer Zeitungen im Internet auf jeden Fall unbekannt.[565] In der Zwischenzeit sind auch datenträgerbezogene Digitalnutzungen unter § 31 Abs. 4 UrhG subsumiert worden, so zum Beispiel die CD-ROM, für die 1990 als Stichjahr angenommen wird.[566] Für die CD wird dies im Verhältnis zur Vinyl-Schallplatte allerdings abgelehnt.[567] Der BGH hat im Übrigen neuerdings betont, dass bei Altverträgen die spätere Zweitverwertung eines Films auf DVD keine neue Nutzungsart i.S.v. § 31 Abs. 4 UrhG darstelle, da die heutige Nutzung auf digitalen Speichermedien an die Stelle der herkömmlichen Zweitvermarktung auf Video getreten ist[568].

c) "Videozweitauswertung III" und Multimedia

Der BGH hat den bisherigen Überlegungen durch seine Entscheidung "Videozweitauswertung III"[569] 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 Überlegungen des BGH, so wäre dies ein Risikogeschäft im Vorfeld einer sich abzeichnenden Entwicklung zu einer wirtschaftlich eigenständigen Verwertungsform. Bei dieser greift § 31 Abs. 4 UrhG nicht ein. Es reicht folglich aus, dass die Online-Nutzung in die Verträge begrifflich aufgenommen worden ist, um § 31 Abs. 4 UrhG 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"[570]. 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

[564] Siehe etwa LG München I, Urteil vom 10. März 1999, MMR 2000, 291 mit Anm. Castendyk; LG Berlin, Urteil vom 13. Oktober 1999, MMR 2000, 495 mit Anm. Klute = ZUM 2000, 73. Ähnlich inzwischen auch die Haltung in den USA, wie die Supreme Court Entscheidung in Sachen Tasini vom New York Times zeigt, 2001 US Lexis 4667 = 69 USLW 4567 (2001) = GRUR Int. 2002, 276 mit Anm. Wand. Ähnlich auch für E-Books bei einem klassischen Buchverlagsvertrag US District Court, S.D. New York, Urteil vom 11. Juli 2001, GRUR Int. 2002, 364 mit Anm. Windisch.
[565] OLG Hamburg, Urteil vom 11. Mai 2000, MMR 2001, 261 (Leitsatz).
[566] BGH, Urteil vom 5. Juli 2001, AfP 2002, 35 = ZUM 2002, 214 mit Anm. Feldmann 210 – Spiegel-CD-Rom; ähnlich bereits OLG Hamburg, ZUM 1999, 78 0 MMR 1999, 225.
[567] OLG Hamburg, Urteil vom 21. November 2001, ZUM 2002, 297.
[568] BGH, Urteil vom 19. Mai 2005, ZUM 2005, 816 – Der Zauberberg. Anders noch LG München I, Urteil vom 4. Oktober 2001, AfP 2002, 67= MMR 2001, 828 mit Anm. Reber. Der Haltung des LG folgen Reber, GRUR 1998, 792, 797; Stieper/Frank, MMR 2000, 643. Vgl. auch Katzenberger, GRUR 2005, 215, Loewenheim, GRUR 2004, 41.
[569] NJW 1995, 1496.

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. Allerdings ist dann noch § 32a UrhG (bis zum 1. Juli 2002 § 36 UrhG) zu beachten, wonach der Urheber bei auffälligem Missverhältnis zwischen vereinbarter Vergütung und den tatsächlichen Erträgnissen aus der Nutzung des Werkes eine Änderung des Vertrages verlangen kann.

d) Unbekannte Nutzungsarten und der sog. Zweite Korb

Im Rahmen der Novellierungsüberlegungen zum Zweiten Korb[571] soll § 31 IV UrhG abgeschafft werden. An dessen Stelle soll § 31a UrhG-E treten. Hiernach kann der Urheber durch schriftlichen Vertrag Rechte für unbekannte Nutzungsarten einräumen oder sich dazu verpflichten. Er kann ferner die Rechtseinräumung widerrufen, solange der andere noch nicht begonnen hat, das Werk in der neuen Nutzungsart zu nutzen. Der Urheber soll kompensatorisch Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung haben, wenn der Vertragspartner eine neue Art der Werknutzung aufnimmt, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart, aber noch unbekannt war (§ 32c Abs. 1 UrhG-E). Bei Einigung auf eine solche Vergütung entfällt das nicht-dispositive Widerufsrecht (§ 31a Abs. 2 UrhG-E). Das Widerrufsrecht soll mit dem Tode des Urhebers erlöschen. Der Regelungsvorschlag, der nach französischem Vorbild auf Druck der Rechteverwerter zustande kam, wird von vielen Urheberverbänden heftig diskutiert. Unklar ist, welcher Anwendungsbereich für § 31 Abs. 5 UrhG bei einer solchen Änderung bliebe.

4. Die Rechtsstellung des angestellten Multimediaentwicklers

Literatur:
Kathleen Balle, Der urheberrechtliche Schutz von Arbeitsergebnissen, in: NZA 1997, 868; Heribert Buchner, Der Schutz von Computerprogrammen und Know-how im Arbeitsverhältnis, in: Michael Lehmann (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. Köln 1993, XI, 421; Albrecht Götz von Olenhusen, Film und Fernsehen. Arbeitsrecht – Tarifrecht – Vertragsrecht, Baden-Baden 2001; Wolfgang Henkel, Beteiligung eines Arbeitnehmers an der wirtschaftlichen Verwertung der von ihm entwickelten Software, Betriebs-Berater 1987, 836 – 837; Günther Holländer, Arbeitnehmerrechte an Software, Bayreuth 1991; Heinrich Hubmann/Ulrich Preuss, Das Urheberrecht an Computerprogrammen und ihre Verwertung im universitären Bereich, in: Mitteilungen des Hochschulverbandes

[570] BGH, GRUR 1995, 212, 215.
[571] Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22. März 2006, http://www.kopienbrauchenoriginale.de/media/archive/139.pdf.

1986, 31; Frank A. Koch, Urheberrechte an Computer-Programmen sichern; ein aktueller Rechtsratgeber für die Gestaltung von Arbeits- und Nutzungsverträgen mit Programmentwicklern, Planegg 1986; ders., Urheberrechte an Computerprogrammen im Arbeitsverhältnis. Ratschläge für die Vertragspraxis, in: CR 1985, 86 (I), 1986, 145 (II); Gert Kolle, Der angestellte Programmierer, GRUR 1985, 1016; Adulwolf von Loeper, Urheberrechte/Nutzungsrechte der Hochschullehrer an Computerprogrammen, in: WissR 1986, 133; Rolf Sack, Computerprogramme und Arbeitnehmer-Urheberrecht unter Berücksichtigung der Computerprogramm-Richtlinie der EG vom 14.5.1991, in: BB 1991, 2165; Brent Schwab, Das Arbeitnehmer-Urheberrecht, in: AiB 1997, 699 – 710; ders., Warum kein Arbeitnehmerurheberrecht? Zur Unlänglichkeit von § 43 UrhG, in: AuR 1993, 129 Rolf Sundermann, Nutzungs- und Vergütungsansprüche bei Softwareentwicklung im Arbeitsverhältnis, in: GRUR 1988, 350.

Die kontinentaleuropäische Urheberrechtstradition hat zahlreiche Probleme mit der Entwicklung von Werken im Beschäftigungsverhältnis.[572] 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.[573] 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).[574] Die Anwendung dieses so **genannten Zweckübertragungsprinzips** macht allerdings Schwierigkeiten.

Inmitten der verschiedenen diskutierten Ansichten hat sich eine Art „Opinio Comunis" in folgender Hinsicht entwickelt[575]:

---

[572] Michel Vivant, Copyrightability of Computer Programs in Europe, in: A.P. Meijboom/C.Prins (eds.), The Law of Information Technology in Europe 1992, Deventer 1991, 103, 110.

[573] Vgl. zu diesem Themenkreis allgemein Holländer, Arbeitnehmerrechte an Software, Diss. Bayreuth 1991; Scholz, Die Rechtsstellung des Computerprogramme erstellenden Arbeitnehmers nach Urheberrecht, Patentrecht und Arbeitnehmererfindungsrecht, Köln 1989.

[574] BAG, GRUR 1984, 429; BGH, GRUR 1974, 480. Siehe auch Herbert Buchner, Der Schutz von Computerprogrammen im Arbeitsverhältnis, in: Michael Lehmann (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1988, XI, 266; Günther Holländer, Arbeitnehmerrechte an Software, Bayreuth 1991, 122 mit weiteren Nachweisen.

[575] Vgl. aus der reichen Literatur zu diesem Thema Zahrnt, DV-Verträge: Rechtsfragen und Rechtsprechung, Loseblattausgabe Stand Mai 1993, Hallbergmoos 1993, Kapitel 11; Koch, Urheberrechte an Computer-Programmen sichern; ein aktueller Rechtsratgeber für die Gestaltung von Arbeits- und Nutzungsverträgen mit Programmentwicklern, Planegg 1986; ders., CR 1985, 86 (I), 1986, 145 (II); Sundermann, GRUR 1988, 350; Kolle, GRUR 1985, 1016.

- 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 Anspruch auf Übertragung einer ausschließlichen Lizenz, um die Leistungen kommerziell ausnutzen zu können.[576]
- 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.[577] Zweifelhaft bleibt jedoch, ob dem Arbeitgeber in dieser Konstellation auch ein ausschließliches Nutzungsrecht zukommen soll[578].
- 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.[579] 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[580] analog).[581]
- Der Arbeitgeber hat keine Rechte an Werken, die **vor Beginn des Arbeitsverhältnisses** oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entwickelt worden sind.[582] 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.[583]
- 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 Programms bezahlt

[576] Vgl. OLG Karlsruhe, CR 1987, 763; LAG München, CR 1987, 509; LAG Schleswig-Holstein, BB 1983, 994; OLG Koblenz, BB 1983, 992.
[577] BGH, CR 1985, 22.
[578] Koch, CR 1985, 89.
[579] Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster 1987, 99; Henkel, BB 1987, 836 – 837.
[580] Gesetz über Arbeitnehmererfindungen vom 25. Juli 1957, Bundesgesetzblatt 1957 I, 756. Vgl. hierzu Junker, Computerrecht, Baden-Baden 1988, 238 – 241.
[581] Vgl. Buchmüller, Urheberrecht und Computersoftware, Diss. Münster 1985, 98; Däubler, AuR 1985, 169, 174 f.; Kolle, GRUR 1985, 1016, 1020.
[582] BGH, GRUR 1985, 129; LAG München, RDV 1987, 145.

worden ist.[584] 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**").[585]

- 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 Dienstverhältnisse gelten sollte. Nach Beratungen im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wurde dieser Absatz wieder aus dem Gesetzesentwurf entfernt.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird seit dem darum gestritten, ob damit die Anwendung des § 32 UrhG zugunsten von Urhebern in Arbeits- und Dienstverhältnissen generell ausscheidet.[586] 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.[587] Nach diesen Grundsätzen wurden zusätzliche Vergütungen urheberrechtlicher Leistungen stets abgelehnt. Zum anderen weist die Begründung daraufhin, dass die im ursprünglichen Vorschlag vorgesehene Regelung des Abs. 3 sich nun in § 32 Abs. 4 UrhG wieder finde.[588] 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 zulegen. Dieser Schluss ist allerdings nicht zwangläufig, da das Tarifvertragsrecht unter bestimmten Voraussetzungen (§ 12a TVG) auch

---

[583] BGH, NJW 1981, 345.
[584] So ausdrücklich BGH, Urteil vom 24. Oktober 2000, MMR 2001, 310 – Wetterführungspläne I mit krit. Anm. Hoeren. Wiederholt durch den BGH in dessen Urteil vom 23. Oktober 2001, MMR 2002, 99 mit Anm. Rinkler – Wetterführungspläne II. LAG, RDV 1987, 145 und Urteil vom 23. Oktober 2001, MMR 2002, 99 mit krit. Anm. Rinkler. Vgl. hierzu auch Ullmann, CR 1986, 504.
[585] BAG, GRUR 1966, 88. Teilweise wird auch auf § 36 UrhG rekurriert; vgl. Fromm/Nordemann/Vinck, Urheberrecht, 8. Aufl. Stuttgart 1994, § 36 Rdnr. 4; Buchner, GRUR 1985, 1.
[586] Für eine Anwendung des § 32 UrhG z.B. Meimke; dagegen Ory.
[587] Begründung zu § 43, S. 51.
[588] Begründung zu § 43, S. 51.

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 freischaffenden Urheber verbessern zu wollen. Die Klärung dieser Streitfrage bleibt den Gerichten überlassen.

Wird die Ansicht zugrunde gelegt, wonach § 32 UrhG auch innerhalb von Arbeits- und Dienstverhältnissen anzuwenden ist, hätte dies nach derzeitigem Kenntnisstand folgende Konsequenzen:

Da §§ 43 ff. UrhG klarstellt, dass die Vorschriften der §§ 31 ff. UrhG nur soweit zur Anwendung kommt, soweit sich aus dem Arbeits- und Dienstverhältnisses 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); hinzukommen 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.[589]
- Für den **Softwarebereich** gelten – infolge der Europäischen Softwareschutzrichtlinie – Sonderregelungen. In § 69 b Abs. 1 UrhG

beschäftigt sich das Gesetz mit dem Urheberrecht in Beschäftigungsverhältnissen. 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 (§ 69 b Abs. 2 UrhG).[590] 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 führt zu einem wichtigen Wechsel im deutschen Urheberrecht[591]: Der Arbeitgeber bekommt alle wirtschaftlichen Rechte, selbst wenn sein Arbeitnehmer nicht als Vollzeit-Softwareentwickler beschäftigt wird.[592] Zusätzlich braucht er seine Rechte nicht mehr rechtlich 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".[593] Auch ist eine Vergütung abseits des Arbeitslohns im Rahmen von § 69b UrhG grundsätzlich ausgeschlossen.[594] Denkbar bleibt jedoch eine Beteiligung an den Erlösen des Arbeitgebers nach Maßgabe des sog. Bestsellerparagraphen (§ 32a; bis zum 1. Juli 2002 § 36 UrhG).[595]
Der Begriff „wirtschaftliche Rechte" beinhaltet nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte. Diese ideellen Rechte wollen weder die EG-Richtlinie noch der Gesetzesentwurf regeln[596]; es bleibt insofern beim alten Recht.

Deshalb darf der Urheber eines Programms selbst in Beschäftigungsverhältnissen folgende Rechte wahrnehmen

---

[589] Seetzen, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, München 1969, 49; Schricker, Festschrift für Hubmann, Frankfurt 1985, 409.
[590] 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; Loeper, WissR 1986, 133.
[591] Vgl. hierzu ausführlich Sack, BB 1991, 2165.
[592] Dies gilt auch dann, wenn das Programm ohne konkreten Auftrag während der Arbeitszeit entwickelt worden ist; KG, CR 1997, 612.
[593] BT-DrS 12/4022, S. 10.
[594] BGH, Urteil vom 24. Oktober 2000, ZUM 2001, 161 = BB 2001, 66. Ähnlich BGH, Urteil vom 23. Oktober 201, NJW-RR 2002, 339 = MMR 2002, 99 mit Anm. Rinkler – Wetterführungspläne II.
[595] BGH, Urteil vom 23. Oktober 201, NJW-RR 2002, 339 – Wetterführungspläne II.
[596] BT-DrS 12/4022, S. 10.

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

Diese Rechte sind unveräußerlich und können auch nicht im Rahmen von Arbeitsverträgen übertragen werden. Ob ein Verzicht auf die Ausübung dieser Rechte möglich ist, dürfte einer Klärung durch die Gerichte bedürfen.[597]

5. Lizenzen in der Insolvenz

Literatur:
Stefan Breidenbach, Computersoftware in der Zwangsvollstreckung, in: CR 1989, 873, 971 und 1074; Heinrich Hubmann, Zwangsvollstreckung in Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte, in: Festschrift für Heinrich Lehmann 1956, 812; Christoph Paulus, Software in Vollstreckung und Insolvenz, in: ZIP 1996, 2; Roy/Palm, Zur Problematik der Zwangsvollstreckung in Computer, in: 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. Ausnahme gelten für den Filmbereich (siehe die Sonderregelung des § 90 S. 1 UrhG). Das Erfordernis einer Zustimmung 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).[598]
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 S. 2 UrhG). Eine Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte in Bezug auf unbekannte Nutzungsarten (§ 31 Abs. 4 UrhG) ist ebenso ausgeschlossen. § 113 UrhG zieht

[597] Vgl. hierzu Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, 8. Aufl. Stuttgart 1988, Rdnr. 3 mit weit. Nachw.
[598] Vgl. auch RGZ 68, 49, 54/55 – Süddeutsche Bauhütte, RGZ 95, 235-237 – Zeitungsverlag, OLG Köln GRUR 1950, 579, 580.

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 S. 2 UrhG). Die Zustimmung des Insolvenzverwalters reicht nicht aus (§ 91 Abs. 1 InsO).

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 S. 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.[599] 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[600] wird daher gefordert, § 248 Abs. 2 HGB aufzuheben und eine Aktivierung immaterieller Werte zuzulassen, sofern ein konkretes, abgrenz- und beschreibbares Projekt begonnen worden, 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.

[599] Siehe dazu von Keitz, Immaterielle Güter in der internationalen Rechnungslegung, 1997.
[600] Siehe den Bericht des Arbeitskreises „Immaterielle Werte im Rechnungswesen“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.VOM in DB 2001, 989.

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

Literatur:
Wolfgang Bär/Helmut Hoffmann, Das Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz, in: MMR 2002, 654; Stefan 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; Gillian Davies, Copyright in the Information Society – Technical Devices to Control Private Copying, in: Peter Ganea u.a. (Hg.), Urheberrecht. Gestern – Heute – Morgen. Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 307; Christian Dressel/Hauke Scheffler (Hg.), Rechtsschutz gegen Dienstepiraterie. Das ZKDSG in Recht und Praxis, München 2003; Stefan Ernst, Kopierschutz nach neuem UrhG, in: CR 2004, 39; Markus Fallenböck/Johann Weitzer, Digital Rights Management: A new Approach to Information and Content Management?, in: CRi 2003, 40; Gerald FRänkl, Digital Rights Management in der Praxis, 2005; Daniel Gutman, Rechtliche Flankierung technischer Schuzmöglichkeiten, in: K&R 2003, 491; Bettina Goldmann, Vertrieb von kopiergeschützten Audio-CDs in Deutschland. Urheberrechtliche, kaufrechtliche und wettbewerbsrechtliche Aspekte, in: ZUM 2002, 362; Eckart Gottschalk, Das Ende von „fair use" – Technische Schutzmaßnahmen im Urheberrecht der USA, in: MMR 2003, 148; Bernd Holznagel/Sandra Brüggemann, Das Digiral Rights Management nach dem ersten Korb der Urheberrechtsnovelle, in: MMR 2003, 767; Bernd Knies, CeCSS – oderr – Spiel mir das Lied vom Code, in: ZUM 2003, 286; Frank A. Koch, Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Software-Nutzung, in: CR 2002, 629; Jan Kuhlmann, Kein Rechtsschutz für den Kopierschutz? Standardsoftware in rechtlicher Hinsicht, in: CR 1989, 177; Stanley Lai, Digital Copyright and Watermarking, in: EIPR 21 (1999), 171; Lawrence Lessig, Code and other Laws of Cyberspace, New York 1999; Ferdinand Melichar, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, in: Jürgen Schwarze/Jürgen Becker (Hg.), Regulierung im Bereich von Medien und Kultur, Baden-Baden 2002, 43; Wernhard Möschel/Stefan Bechtold, Copyright-Management im Netz, in: MMR 1998, 571; A. Picot u.a. (Hg.), Distribution und Schutz digitaler Medien durch Digital Rights Management, Berlin 2004; Christian W. Pleister/Markus Ruttig, Neues Urheberrecht – neuer Kopierschutz, in: MMR 2003, 763; Karin Retzer, On the Technical Protection of Copyright, in: CRi 2002, 124; Pamuela Samuelson, Intellectual Property and the Digital Econonmy: Why the Anti-Circumvention Regulations need to be Revised, in: Berkeley Technology Law Journal 15 (1999), 519; Peter Wand, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, München 2001; ders., Dreifach genäht hält besser! – Technische Identifizierungs- und Schutzsysteme, in: GRUR Int. 1996, 897; Peter Wiechmann, Urheber- und gewährleistungsrechtliche Probleme der Kopiersperre bei digitalen Audio-Kassetten-Recordern, in: ZUM 1989, 111; Nicole Wiegand, Technische Kopierschutzmechanismen in Musik-CDs, in: 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).[601] Hinzu kommt die Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Daten und von Zugangskontrolldiensten.[602] 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 inzwischen durch das „Gesetz zum Schutz von zugangskontrollierten Diensten und Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutzgesetz – ZKDSG)“ ins deutsche Recht umgesetzt worden.[603] Das Gesetz ist am 23. März 2002 in Kraft getreten. Verboten sind hiernach die gewerbsmäßige Verbreitung von „Vorrichtungen“, die dazu bestimmt sind, den geschützten Zugang von Fernseh- und Radiosendungen sowie von Tele- und Mediendiensten zu überwinden.

[601] Siehe dazu vor allem Raubenheimer, CR 1994, 129 ff.; ders., Mitt. 1994, 309 ff.
[602] AB. Nr. L 320/54 vom 28. November 1998.
[603] Bundesgesetzblatt (BGBl 2002 I vom 22.3.2002, 1090 f.) http://217.160.60.235/BGBL/bgbl1f/bgbl102019s1090.pdf). Siehe dazu Bär/Hoffmann, MMR 2002, 654ff. und ausführlich Christian Dressel/Hauke Scheffler (Hg.), Rechtsschutz gegen Dienstepiraterie. Das ZKDSG in Recht und Praxis, München 2003.

Hinzu kommt die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, die sog. InfoSoc-Richtlinie.[604] Die InfoSoc-Richtlinie 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 Regional Encoding Mechanismen, die mit dem Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG) und dem Prinzip der Warenverkehrsfreiheit kollidieren. Nach Art. 6 Abs. 4 S. 1 der InfoSoc-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 S. 2 allerdings nur noch vor, dass ein Mitgliedstaat hier tätig werden „kann“ („may“). Es wird daher künftig möglich sein, dass technische Sperren das Erstellen privater Kopien verhindern und die EU-Staaten hier nicht zum Schutz des Endnutzers vorgehen. Im Übrigen können die Rechteinhaber solche Sperren auch setzen, wenn sie selbst die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch ermöglichen (Art. 6 Abs. 4 S. 2 a.E.).

Wesentliche Ausprägungen dieser EU-Vorgaben finden sich in §§ 95a ff. UrhG. Nach § 95a Abs. 1 UrhG dürfen wirksame 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 der gewerblichen Zwecken dienende Besitz von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser sehr verbotsfreudigen Regelung ist umstritten.[605] In bezug auf § 95a Abs. 3 UrhG hat das BVerfG jedoch keine Bedenken gesehen.[606] 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".[607] Die

[604] Richtlinie 2001/29/EG bom 22. Mai 2001, EG ABl. L 167 vom 22.6. 2001, S. 10ff.
[605] Ulbricht, CR 2004, 674, 679; differenzierend Holznagel/Brüggemann, MMR 2003, 767, 773; LG Köln, Urteil vom 23.11.2005 – 28 S 6/05.
[606] BVerfG, Beschl. vom 25.7.2005 – 1 BvR 2182/04. Ähnlich auch OLG München, Urteil vom 28.7.2005 – 29 U 2887/05.
[607] LG Köln, Urteil vom 23.11.2005 – 28 S 6/05.

Haftung wird durch die Münchener Justiz[608] 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.

X. Folgen bei Rechtsverletzung

Die Rechtsfolgen in Pirateriefällen bestimmen sich nach §§ 97 ff. und §§ 106 ff. UrhG; ergänzend sind die Bestimmungen des BGB zum Schadensersatz hinzuziehen. Zu beachten ist, dass das Sanktionssystem derzeit aufgrund der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums[609] novelliert werden muss.

1. Strafrechtliche Sanktionen

Hinsichtlich der Folgen von Rechtsverletzungen sind vorab 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 Abs. 1 Nr. 3 UrhG (veräußerte körperliche Vervielfältigungsstücke), § 69d Abs. 2 UrhG (Sicherungskopien) oder §§ 69d Abs. 3, 69e UrhG (Reverse Engineering und Dekompilierung)[610], 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[611]. Unter die unerlaubte öffentliche Wiedergabe fällt allerdings das Bereithalten von Material zum Abruf über das Internet. Die

[608] OLG München, Urteil vom 28. Juli 2005 – 29 U 2887/05. Ähnlich bereits LG München I, Urteil vom 07.03.2005 – 21 O 3220/05.
[609] Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 2. Juni 2004, ABl. L 195/16.
[610] S. § 2 VI. Gesetzliche Ausnahmen.
[611] Kroitsch in Möhring/Nicolini, UrhG, 2. Aufl. 2000/17 Rn 9.

Nutzung von Kazaa zum Download von Musik fällt ebenfalls unter § 106 UrhG. [612] 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 lediglich Besitz eines CD-ROM-Brenners noch nicht geeignet, von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tat zu sprechen. § 106 UrhG ist ein Antragsdelikt, wie sich aus § 109 UrhG ergibt. 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). 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

[612] AG Cottbus, Urteil vom 25. Mai 2004, CR 2004, 782.

gewerbliche Piraterie entsprechende Anzeigen bei den Behörden machen und das Verfahren laufend begleiten.
Im Übrigen sind die Möglichkeiten der Zollbeschlagnahme zu beachten.[613] Der Zoll kann aufgrund eines Antrags des Rechteinhabers verdächtige Sendungen anhalten, untersuchen, Proben entnehmen, Fälschungen vernichten und Informationen an den Rechteinhaber herausgeben. Der Zoll wird bei Nichtgemeinschaftswaren nach der VO 1383/2003 tätig werden; hinzu kommen eher seltene Beschlagnahmefälle nach rein nationalen Vorschriften etwa im Falle innergemeinschaftlicher Parallelimporte.

Im Juli 2005 hat die EU-Kommission hat Grundstrukturen strafrechtlicher Sanktionen bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten in einem Richtlinienentwurf zusammengefaßt. Der Strafenkatalog soll z.B. auch die Schließung des Unternehmens des Verletzers etc. umfassen.[614]

2. Zivilrechtliche Ansprüche

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 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.[615] Als Verletzungshandlung gilt jeder Eingriff in eines der dem Rechteinhaber zustehenden Verwertungs- oder Persönlichkeitsrechte. Widerrechtlich ist jeder Eingriff in die Position des

[613] Weitere Informationen hierzu unter www.grenzbeschlagnahme.de.
[614] Proposal for a EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL DIRECTIVE on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights COM (2005)276 final 12. Juli 2005, http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0276en01.pdf.
[615] Str. so auch Schricker/Wild, Urheberrecht, § 97 Rdnr. 2; anderer Ansicht Möhring/Nicolini/Lütje, UrhG, § 97 Rdnr. 46.

Rechteinhabers, der nicht von einer gesetzlichen Schranke oder der Einwilligung des Rechteinhabers gedeckt ist. Rechtsunkenntnis entlastet nicht.[616]

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.[617] Neben der Vernichtung kann auch Schadensersatz verlangt werden.[618]

bb) Schadensersatz

Handelt der Schädiger hingegen 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

[616] BGH, GRUR 1986, 734 – Bob Dylan; GRUR 1998, 568 – Beatles-Doppel-CD.
[617] BGH, GRUR 2003, 228 – P-Vermerk.
[618] KG, GRUR 1992, 168, 169 – Dia-Kopien.

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.[619] Der Verletzte kann zwischen diesen Berechnungsarten frei wählen und noch während des Prozesses und sogar nach Rechtskraft des Verletzungsprozesses wechseln.[620] 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 S. 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 Lizenz 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 S. 2 UrhG ausdrücklich vor, dass anstelle des Schadensersatzes die Herausgabe des erlangten Gewinns verlangt werden kann.[621] 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.[622] Als abzugsfähig galten nach älterer Rechtsprechung alle Selbstkosten des Verletzers, einschließlich der Materialkosten, Vertriebsgemeinkosten und Fertigungslöhne.[623] Neuerdings sind Gemeinkosten nur noch abzugsfähig, wenn sie den schutzrechtsverletztenden Gegenständen unmittelbar zugerechnet werden können.[624]

Besonderheiten bestehen im Übrigen 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. 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

[619] BGH, GRUR 1972, 189 – Wandsteckdose II; GRUR 2000, 226, 227 – Planungsmappe u.a.
[620] BGH, GRUr 1993, 757, 758 – Kollektion Holiday.
[621] BGH, GRUR 1973, 480 – Modeneuheit.
[622] OLG Frankfurt, Urteil vom 4. Mai 2004, ZUM 2004, 924.
[623] BGH, GRUR 1962, 509 – Diarähmchen II; GRUR 1974, 53 – Nebelscheinwerfer. Kritisch dazu Lehmann, BB 1988, 1680 ff.
[624] BGH, Urteil vom 2. November 2000, GRUR 2001, 329 – Gemeinkostenanteil für den Bereich des Geschmacksmusterrecht; ähnlich für das Patentrecht OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. Detember 2001 – 2 U 91/00.

Diskussion rund um die Enforcement-Richtlinie angedacht, wurde aber als systemfremd abgelehnt.

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 Webesites ohne Namensnennung zu kommerziellen Zwecken kopiert.[625]

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 meistens nur subsidiäre Bedeutung.

c) Auskunft und Rechnungslegung

Literatur:
Jan Bernd Nordemann/Andreas Dustmann, To Peer or not to peer. Urheber- und datenschutzrechtliche Fragen der Bekämpfung der Internetpiraterie, in: CR 2004, 380; Christian Czychowski, Auskunftsansprüche gegenüber Internetzugangsprovidern, in: MMR 2004, 514; Kurt Einzinger, Agnes Schubert, Wolfgang Schwabl, Karin Wessely, David Zykan, Wer ist 217.204.27.214? Access-Provider im Spannungsfeld zwischen Auskunftsbegehrlichkeiten der Rechteinhaber und Datenschutz, MR 2005, 118; Reinhard Schanda, Auskunftsanspruch gegen Access-Provider über die IP-Adressen von Urheberrechtsverletzern, MR 2005, 18; Ulrich Sieber/Frank Michael Höfinger, Drittauskunftsansprüche nach § 101a UrhG gegen Internetprovider zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, in: MMR 2004, 575; Gerald Spindler/Joachim Dorschel, Auskunftsansprüche gegen Internet-Service-Provider, in: CR 2005, 38; Bettina Stomper, Zur Auskunftspflicht von Internet-Providern, MR 200;, Albrecht Götz von Olenhusen/Andreas Crone, Der Anspruch auf Auskunft gegenüber Internet-Providern bei Rechtsverletzungen nach Urheber- bzw. Wettbewerbsrecht, in: WRP 2002, 164.

[625] OLG Frankfurt, Urteil vom 4. Mai 2004, ZUM 2004, 924.

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, welcher die Verfolgung des eigentlichen Anspruchs erleichtern soll. 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.[626] Insofern muss er in Geschäftsunterlagen Einsicht nehmen, bei Mitarbeitern, Kunden oder Lieferanten nachfragen.[627] Auch sind Geschäftsunterlagen und sonstige Belege herauszugeben.[628] Im Verfügungsverfahren ist ein Auskunftsanspruch nur zu bejahen, wenn die Rechtsverletzung offensichtlich ist.[629] Der Rechnungslegungsanspruch ergibt sich aus § 259 BGB[630]; er kann allerdings nur gegenüber Gewerblichen geltend gemacht werden.

Diskutiert wird derzeit eine analoge Anwendung von § 101a auf Auskunftsansprüche gegen Access Provider. Dies sind zwar selbst keine Verletzer im Sinne der Vorschrift; dennoch soll das schutzwürdige Interesse der Rechteverwerter eine Analogie rechtfertigen. Auch datenschutzrechtlich bestünden wegen § 28 Abs. 3 Nr. 1 BDSG keine Bedenken gegen eine solche Auskunftserteilung.[631] Das LG Köln[632] hat jüngst geurteilt, das Inhaber von Urheberrechten bei Raubkopienverdacht gegenüber dem Access-Provider einen Auskunftsanspruch über die Identität des Kunden haben, dem bei den jeweiligen Internetsitzungen bestimmte dynamische IP-Adressen zugeteilt waren. Der Auskunftsanspruch folge aus § 101 a UrhG analog, da § 101 a UrhG seinem Schutzzweck nach zur „effektiven Bekämpfung von Verletzungen immaterieller Schutzgüter beitragen“ soll und somit auch auf Accessprovider anwendbar sei. Ferner komme die Haftungsprivilegierung nach § 9 bis 10 TDG nicht zur Anwendung, da § 8 Abs. 2 TDG auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Gesetze verweise. Letztlich stehe auch der Datenschutz einem Auskunftsanspruch nicht entgegen. Dem widersprechen das OLG Frankfurt[633] und das OLG

[626] OLG Zweibrücken, Urteil vom 14. Februar 1997, GRUR 1997, 827, 829 – Pharaon-Schmucklinie.
[627] BGH, GRUR 2003, 433, 434 – Cartierring.
[628] BGH, GRUR 2003, 433, 434 – Cartierring.
[629] KG, Urteil vom 31. Mai 1996 – verhüllter Reichstag II.
[630] BGH, GRUR 1992, 612, 614 – Nicola.
[631] So Nordemann/Dustmann, CR 2004, 380, 386 ff.
[632] LG Köln, Urteil vom 28. Juli 2004 – 28 O 301/04; ähnlich (aber inzwischen durch das OLG aufgehoben) LG Hamburg, Urteil vom 07. Juli 2004, CR 2005, 136.
[633] Urteil vom 25. Januar 2005, MMR 2005, 241 mit Anm. Spindler; ähnlich in den USA Court of Appeals of the 8th Circuit, Urteil vom 4. Januar 2005, RIAA vom Charter Comm., CRi 2005, 19.

Hamburg.[634] Hiernach sind Access-Provider bei Nutzung des Internetzugangs zu Urheberrechtsverletzungen grundsätzlich nicht zur Auskunfterteilung an den Urheber entsprechend § 101a UrhG verpflichtet. Auch Pflicht zur Vorabspeicherung besteht nicht, wie das LG Flensburg[635] betont. Rechteinhaber könnten in diesem Zusammenhang von den Providern nicht verlangen, "irgendwelche Daten oder Informationen zu speichern". Auch aus dem Teledienstegesetz (TDG) folge keine Pflicht, da die Regelungen lediglich für einen Unterlassungsanspruch gelten, jedoch keine Regelung dazu treffen, an der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen mitwirken zu müssen. Gefährlich ist allerdings der derzeit von der Musik- und Spieleindustrie eingeschlagene Weg über das Strafrecht. Mittels technischer Tools des Unternehmen Logistep werden P2P durchforstet und automatisiert Strafanträge an die Staatsanwaltschaft in Karlsruhe geschickt.[636] Selbst wenn die StA den Antrag nicht weiter verfolgt, kann dann die in diesen Sachen tätige Karlsruher Anwaltskanzlei über den strafrechtlichen Weg an die Adressen der Nutzer kommen und hohe Abmahngebühren liquidieren. Hier empfiehlt sich vor allem eine gewisse Ruhe: Verfolgt werden ohnehin nur P2P-Nutzer mit mehr als 50 heruntergeladenen Files; im Übrigen kann man bei der Höhe der Abmahngebühren kritische Fragen stellen.

In Österreich sieht die Lage anders aus; hier argumentiert man deutlicher zugunsten der Musikindustrie. So hat der Oberste Gerichtshof[637] Ende Juli 2005 über die Auskunftspflicht von Internet-Providern entschieden: Diese müssen nunmehr Auskunft über Namen und Adressen der User erteilen. Bei der Auskunft über Namen und Adresse handle es sich um eine Stammdatenauskunft und nicht um eine Telekommunikationsüberwachung und der Auskunftsleistung stünden weder grundsätzliche, datenschutzrechtliche, noch telekommunikationsrechtliche Bestimmungen entgegen.[638]

d) Besichtigung (§ 809 BGB)

Der Verletzte hat unter Umständen auch einen sog. Besichtigungsanspruch. Nach § 809 BGB kommt ein solcher Anspruch in Betracht, wenn das Vorliegen einer Verletzungshandlung

[634] Hanseatisches Oberlandesgericht, Urteil vom 28. April 2005 – 5 U 156/04, MMR 2005, 453 mit Anm. Linke. = CR 2005, 512 mit Anm. Dorschel.
[635] LG Flensburg, Urteil vom 25. November 2005, MMR 2006, 181
[636] Siehe dazu N.N., Massenanzeige „Schienbeintritt für Softwarepiraten" F.A.Z., 12. September 2005, Nr. 212/S. 23.
[637] Das Urteil liegt noch nicht vor; siehe schon ähnlich OLG Wien, Beschluss vom 30.3.2005, 17 Bs 76/05h und vom 12.4.2005, 18 Bs 68/05i.
[638] Anderer Aufassung in Österreich OLG Linz, Beschluss vom 23.2.2005, 9 Bs 35/05v.

noch nicht hinreichend sicher feststeht, aber doch zu vermuten ist und der Rechtsinhaber sich das erforderliche Beweismaterial nicht selbst beschaffen kann. Der BGH gewährt einen solchen Anspruch im Patent[639] – und inzwischen auch im Urheberrecht.[640]

[639] BGH, GRUR 1985, 512 – Druckbalken.
[640] BGH, GRUR 2002, 1046 – Faxkarte.

XI. Das Patentrecht

Literatur:
Heinrich Hubmann/Horst Peter Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Aufl. München 1998.

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.

1. 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. Dezember 1980 und ist zum 1. Januar 1981 in Kraft getreten. Der Schutzbereich des PatG ist beschränkt auf Erfindungen technischer Natur. Dementsprechend ist nach dem Patentgesetz

- 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 binnen 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 I 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 I 2 PatG). Gleiches gilt für patentierte Verfahren und daraus resultierende Produkte (§ 9 I 2 PatG). Auch Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, dürfen nicht in den Verkehr gebracht werden (§ 10 I PatG). Erlaubt bleiben Handlungen im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken (§ 11 Nr. 1 PatG) und Handlungen zu Versuchszwecken (§ 11 Nr. 2 PatG).

2. Patentierbarkeit von Software und Geschäftsideen

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

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 internationale Patentüberkommen vom 21. Juni 1976 mit Wirkung zum 1. Januar 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.[641] Von daher wurde in den US Patent Act der Ausschluss der Patentierbarkeit übernommen; von

[641] Siehe auch Gottschalk vom Benson 409 US 65, 68 (1972).

dort gelangte er auch die europäischen Patentgesetze.[642] Derzeit findet sich ein solcher Ausschluss in 16 Staaten und 2 regionalen Übereinkommen[643]; 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.[644] 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[645]), 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. Juli 1998, in der das Gericht ein US-Patent für die computergestützte Verwaltung einer Investmentstruktur zuließ.[646] 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 DPA vom 24. Juni 1981[647] wieder, die zum 1. Januar 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).[648] Anders als der BGH[649] stellt das DPA für die Beurteilung des technischen Charakters nicht auf den als neu und erfinderisch beanspruchten Kern der Lehre ab. Vielmehr

[642] Siehe hierzu auch das Übereinkommen zur Vereinheitlichung gewisser Begriffe des materiellen Rechts der Erfindungspatente vom 27. November 1963, BGBl. 1976 II, 658.
[643] WIPO-Studie, Doc. HL/CE/IV/INF/1: Exclusions from Patent Protection.
[644] BGHZ 67, 22 – Dispositionsprogramm.
[645] Siehe dazu den Überblick von Hoffmann/Gabriel, K&R 1999, 453 ff.
[646] Abgedruckt in: GRUR Int. 1999, 633 ff. Hinzu kommt die Folgenentscheidung ATT vs. Excell, GRUR Int. 2000, 174. Siehe dazu auch Esslinger/Hössle, Mitt. 1999, 327; Meyer/Kort, Mitt. 2000, 478.
[647] BlPMZ 1981, 263.
[648] BGHZ 52, 74, 79 – Rote Taube.

sei vom angemeldeten Gegenstand in seiner Gesamtheit, über die neuen und erfinderischen Elemente hinaus, auf seinen technischen Charakter hin zu untersuchen (Nr. 3). 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[650] 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.[651] 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.[652] 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.[653] Nach mehrjähriger harten Diskussionen wurde dieser Vorschlag aber im Juni 2005 vom

[649] BGHZ 67, 22 – Dispositionsprogramm; ähnlich BPatGE 29, 24 85 = CR 1989, 902. Modifiziert in BGHZ 115, 11 = CR 1991, 658 – Seitenpuffer.
[650] BGH:, Beschluss vom 24. Mai 2004 – X ZB 20/03.
[651] Entschließung zum Grünbuch, A4-0384/98, Sitzungsprotokoll vom 19. November 1998, Abs. 16.
[652] Entscheidung vom 23. Juli 1998, veröffentlicht in GRUR Int. 1999, 633.

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

3. 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. Juli 1957.[654] Dieses Gesetz unterscheidet zwischen der Diensterfindung und der freien Erfindung.

a) 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. Juli 1959. Sie beträgt durchschnittlich etwa 15 % der Vergütung eines freien Erfinders.

b) 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).

---

[653] COM (2002), 92 final, zu finden unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/como2-92en.pdf.
[654] BGBl 1957 I 756.

Allerdings hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber auch die Erstellung einer freien Erfindung mitzuteilen (§ 18 ArbNErfG). Darüber hinaus besteht unter gewissen Voraussetzungen eine 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.

§ 6 Online-Marketing: Werberechtliche Fragen

Literatur:
Dirk M. Barton, Der Gegendarstellungsanspruch nach § 10 MDStV, in: MMR 1998, 294; Stefan Ernst, Wirtschaft im Internet, in: BB 1997, 1057; Andreas Freitag, Wettbewerbsrechtliche Probleme im Internet, in: Detlef Kröger/Marc A. Gimmy (Hrsg.), Handbuch zum Internet-Recht, Berlin 2000, S. 369; Wolfgang Fritz, Internet-Marketing und Electronic Commerce, Wiesbaden 2000; Christian Gummig, Rechtsfragen bei der Werbung im Internet, in: ZUM 1996, 573; Andreas Hey, Online-Werbung – effiziente Gestaltung und rechtliche Rahmenbbedingungen, in: BuW 2001, 119; Sybille Heyms/Christine Prieß, Werbung online – Eine Betrachtung aus rechtlicher Sicht, Berlin 2002; Truiken Heyn, Grenzenlose Markttransparenz im Internet? Zur rechtlichen Problematik von automatisierten Preisvergleichen im Internet, in: GRUR 2000, 657; Thomas Hoeren, Internationale Netze und das Wettbewerbsrecht, in: Jürgen Becker (Hrsg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, UFITA-Schriftenreihe 137, Baden-Baden (Nomos) 1996, 35 bis 56; ders., Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG, in: MMR 2004, 643; ders., Cybermanners und Wettbewerbsrecht – Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet, in: WRP 1997, 993; ders., Suchmaschinen, Navigationssysteme und das Wettbewerbsrecht, in: MMR 1999, 649; ders., Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, in: MMR 1999, 192; Andrea Jäger-Lenz, Werberecht – Recht der Werbung in Internet, Film, Funk und Printmedien, Weinheim 1999; Yvonne Jöhri, Werbung im Internet – Rechtsvergleichende, lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeformen im Internet, Zürich 2000; Michael Lehmann, E-Commerce und das Werberecht der Versicherungen in Europa, in: ZgesVW 2001, 379; Raimund Körner/Cornelius Lehment, Werberecht — Allgemeines Wettbewerbsrecht (Teil 11.1), in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber (Hrsg.), Handbuch Mulitmedia-Recht, München 1999; Matthias Leistner, Werbung, Commercial Communications und E-Commerce, in: Michael Lehmann (Hrg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 275; Roger Mann, Werbung auf CD-ROM-Produkten mit redaktionellem Inhalt, in: NJW 1996, 1241; ders., Zur äußerungsrechtlichen Verantwortlichkeit für Hyperlinks in Online-Angeboten, in: AfP 1998, 129; Petra Marwitz, Sind Unternehmens-Homepages Werbung?, in: MMR 1998, 188; dies., Werberecht — Besondere werberechtliche Bestimmungen (Teil 11.2), in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 1999; dies., Heilmittel im Internet, in: MMR 1999, 83; Hans-Werner Moritz, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, in: CR 2000, 61; Timo Naumann, Präsentationen im Internet als Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG, Frankfurt 2001; Peter Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, München 2003; Mary Russell, Advertising & the New Media: A Happy Marriage?, in: Telecom Brief, Spring 1996, 32; Jens Schmittmann, Werbung im Internet. Recht und Praxis, München 2003; ders., Geschäfte und Werbung im Internet, in: DUD 1997, 636; ders./Jan Rudolf Busemann, Kommerzielle Kommunikation im Zugriff des Europäischen Rechts, in: AfP 1999, 337; Gerhard Schneider, Die Wirksamkeit der Sperrung von Internet-Zugriffen, in: MMR 1999, 517; Peter Schotthöfer/Ulrich Scharrer, Werberecht im Internet. Was werbetreibende Unternehmen in Computernetzen wissen und beachten sollten, 2. Aufl. Ettlingen 1997; Alexander Tettenborn, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Rechtsrahmen für den elektronischen Rechtsverkehr — der 2. Versuch, in: K & R 1999, 442; ders., Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: K & R 1999, 252; ders., Die Umsetzung der EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, in: Michael Lehmann (Hrg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 69; ders., Die EG-

Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr: ihre Umsetzung in Deutschland, in: Moritz/Dreier (Hrg.), Rechtshandbuch E-Commerce, Köln 2002, 481.

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, in: CR 2000, 835; Jürgen Apel/Tanja Grapperhaus, Das Offline-Online-Chaos oder wie die Europäische Kommission den grenzüberschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht, in: WRP 1999, 1247; Baratti, Internet: aspects relatifs aux conflicts des lois, in: Rivista Internazionale di Diritto Internazionale privato e processuale 1997, 545; Friedrich Bernreuther, Die Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandrechts nach Art. 3 Abs. 2 EC-RiL und das Grundgesetz, in: WRP 2001, 384; Bröhl, EGG-Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs, in: MMR 2001, 67; Nina Dethloff, Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: NJW 1998, 1596; dies., Europäisches Kollissionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: JZ 2000, 179; Gierschmann, Die E-Commerce-Richtlinie, in: DB 2000, 1315; Jochen Glöckner, Wettbewerbsverstöße im Internet – Grenzen einer kollisionsrechtlichen Problemlösung, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 2000, 278; Niko Härting, Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: DB 2001, 80; ders., Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 2001, 271; Axel Halfmeier, Vom Cassislikör zur E-Commerce-Richtlinie: Auf dem Weg zu einem europäischen Mediendeliktsrecht, in: ZeuP 2001, 837; Henning-Bodewig, Herkunftslandprinzip im Wettbewerbsrecht: Erste Erfahrungen, in: GRUR 2004, 822; Jost Kotthoff, Die Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts auf Werbemaßnahmen im Internet, in: CR 1997, 676; Annette Kur, Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie: Chancen und Risiken, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2003, 629; Brigitta Lurger/Sonja Maria Vallant, Grenzüberschreitender Wettbewerb im Internet. Umsetzung des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie in Deutschland und Österreich, in: RIW 2002, 188; Peter Mankowski, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR 1999, 909; ders., Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR 1999, 995; ders., Wettbewerbsrechtliches Gerichtspflichtigkeits- und Rechtsanwendungsrisiko bei Werbung über Websites, in: CR 2000, 763; ders., Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie, in: ZvglRWiss 2001, 137; ders., Herkunftslandprinzip und Günstigkeitsvergleich in § 4 TDG-E, in: CR 2001, 630; ders., Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen im Binnenmarkt, in: IPRax 2004, 385; Rolf Sack, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, in: WRP 2000, 269; ders., Das internationale Wettbewerbsrecht nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) und dem EGG-

/TDG-Entwurf, in: WRP 2001, 1408; Haimo Schack, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet(Teil2), in: MMR 2000, 135; Gerald Spindler, Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, in: NJW 2002, 921; ders., Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstegesetz, in: RIW 2002, 183; Jens Schmittmann, Werbung im Internet. Recht und Praxis, München 2003; Thünken, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, in: IPRax 2001, 15; Dirk Wüstenberg, Das Fehlen von in § 6 TDG aufgeführten Informationen auf Homepages und seine Bewertung nach § 1 UWG, in: 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[655]. 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 nahelegen. Ein anschauliches Beispiel für solche Umstände sind sogenannte „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[656].

Für den Offline-Vertrieb begründet daher jeder Vertrieb des Produkts in Deutschland die Anwendung des deutschen Rechts,[657] es sei denn, es handelt sich um einen marginalen Spill-over-Effekt[658]. 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.

[655] Dazu ausführlich Sack, WRP 2000, 269, 272 f.
[656] Siehe dazu auch BGHZ 113, 11, 15 – Kauf im Ausland; OLG Karlsruhe, GRUR 1985, 556, 557; anderer Ansicht allerdings das OLG Frankfurt, IPRspr. 1990, Nr. 155, 307, 309, das auf das finale Element verzichtet.
[657] Siehe zu einer vergleichenden Darstellung werberechtlicher Fragen online/offline Apel/Grapperhaus, WRP 1999, 1247.
[658] Sack, WRP 2000, 269, 274.

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.[659] 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. [660] 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.[661]

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. 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. Doch dann beginnen die Fragen: Wie 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

[659] BGHZ 113, 11, 15 – Kauf im Ausland.
[660] BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 – I ZR 264/00.
[661] BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 – I ZR 264/00.

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[662] 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.[663] 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.[664]. Diese Zahlungsmodalitäten sind international verbreitet und lassen damit keine Rückschlüsse auf einen national beschränkten Adressatenkreis des Online-Marketing 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 Beschränkung 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.

[662] Siehe dazu OLG Frankfurt, CR 1999, 450 und (allerdings auf die internationale Zuständigkeit bezogen), Spindler, MMR 2000, 18, 20.
[663] Anders das OLG Hamburg, Urteil vom 2. Mai 2002, MMR 2002, 822 = CR 2002, 837 sowie das LG Köln in seinem Urteil vom 20. April 2001, 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.
[664] Siehe hierzu Escher, WM 1997, 1173.

Diese schwierige Lage wird nun durch **Art. 3 der „Electronic Commerce-Richtlinie"**[665] und durch dessen Umsetzung § 4 TDG n.F. 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"[666]. 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. Statt dessen 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 Provider werden sich, nachdem die Richtlinie am 08. Juni 2000 in Kraft getreten ist, mit Sicherheit das EU-Land mit den geringsten Restriktionen als Geschäftssitz aussuchen. Sie können von dort aus ganz Europa mit ihren Leistungen bedienen, ein „race to the bottom" setzt ein.[667]

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

[665] 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; ders., K & R 1999, 252.

[666] Vgl. nur Hoeren, MMR 1999, 192, 193; Spindler, ZUM 1999, 775, 776.

[667] Das Herkunftslandprinzip gilt jedoch nicht für die Frage der Gerichtszuständigkeit; anderer Ansicht nur Bernreuther, WRP 2001, 384.

und Verbraucherschutz im Rahmen der Verhältnismäßigkeit legitim. Allerdings unterliegen die Mitgliedstaaten bei solchen Maßnahmen einer starken Aufsicht durch die Europäische Kommission.

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.[668] 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.[669] Gegen diesen Günstigkeitsvergleich wandte sich der Bundesrat. Er wies in seiner Stellungnahme vom 30. März 2001 darauf hin, dass zu prüfen sei, ob diese komplizierte Regelung noch den Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie entspreche.[670] Die entsprechende Regelung in der Endfassung des § 4 TDG[671] 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 gelten nach Maßgabe des Kollisionsrechts deutsches

---

[668] Siehe dazu den Entwurf vom 14. Februar 2001, abrufbar unter: http://www.bmj.bund.de.

[669] Zur Umsetzung in Frankreich siehe den Entwurf für ein Gesetz zur Informationsgesellschaft, abrufbar unter: http://www.lesechos.fr/evenement/LSI/projet-LSI.pdf. Ähnlich war die Rechtslage in Österreich, wo ursprünglich auch ein Günstigkeitsvergleich vorgesehen war; http://www.bmj.gv.at/gesetzes/detail.php?id=8 und http://www.parlament.gv.at (dort Regierungsvorlage 817 BlgNr.21.GP1). Dieser Vergleich wurde in den endgültigen Text nicht integriert. Siehe das ECG, Österreichisches BGBl. I 2001/152 unter § 2.

[670] Siehe BR-DrS 136/01.

[671] 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 S. 1 am Tag nach der Verkündung – folglich am 21. Dezember 2001 – in Kraft getreten.

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 den anwendbaren Regelungen sind vor allem die Vorgaben spezieller Lauterkeitsgesetze, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie des Markengesetzes zu beachten.

Am 11.06.2005 wurde die Richtlinie über unfaire Geschäftspraktiken im Amtsblatt der EU veröffentlicht.[672] Sie ist bis zum 12.06.2007 in nationales Recht umzusetzen. Hierzu wird geprüft werden müssen, inwieweit das Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb (UWG) wiederum geändert werden muss. Es wird auf jeden Fall zu einigen größeren Änderungen kommen. Interesant in der Richtlinie ist insbesondere die Checkliste mit verbotenen Marketingmaßnahmen im Anhang.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Werbung im Internet irreführende Angaben enthält, ist auf das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt.[673] 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.

1. Besondere Regelungen mit wettbewerbsrechtlichem Gehalt

In Deutschland bestehen eine Reihe lauterkeitsrechtlicher Regelungen, die als Spezialgesetze für bestimmte Adressatenkreise dem Electronic Commerce Grenzen ziehen. Dabei ist zu beachten, dass Rabattgesetz und Zugabeverordnung inzwischen unter dem Druck der E-Commerce-Richtlinie aufgetreten worden sind.[674] Dies bedeutet allerdings keineswegs, dass

[672] Der Text findet sich etwa unter http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/oj/2005/l_149/l_14920050611de00220039.pdf oder http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index.de.htm.
[673] BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004, MMR 2005, 309 – Epson-Tinte.
[674] 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

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.[675]

a) Mediendienstestaatsvertrag und Teledienstegesetz

Hierzu zählen die Regelungen im **Mediendienstestaatsvertrag** der Länder, die über die Kategorie des Rechtsbruchs und das Einfallstor der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG wettbewerbsrechtlich relevant werden. Der zum 1. August 1997 in Kraft getretene Mediendienstestaatsvertrag[676] gilt für solche Dienste, die an die Allgemeinheit gerichtet sind (§ 1 Abs. 1 S. 1 MDStV). Zu den in § 1 Abs. 2 Nr. 4 des Vertrages genannten Regelbeispielen zählen auch Online-Dienste, sofern bei ihnen nicht der individuelle Leistungsaustausch oder die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund steht.

In § 9 MDStV sind die Werbeverbote zu finden. Verboten ist hiernach, dass Werbung, die sich auch an Kinder oder Jugendliche richtet, deren Interessen schadet oder ihre Unerfahrenheit ausnutzt (§ 9 Abs. 1 MDStV)[677].

Diese Regelung ist insofern bedenklich, als dass sie höchst unbestimmt ist: Was sind die Interessen von Kindern und Jugendlichen? Sollen diese empirisch erhoben werden oder geht es um die normative Sicht eines erwachsenen „Interessenhüters"? Wann wird die Unerfahrenheit von Jugendlichen ausgenutzt? Jugendliche sind meist unerfahren – wann kann man von einem „Ausnutzen" dieses Normalzustandes sprechen? Wann richtet sich Werbung „auch" an Kinder und Jugendliche? Ist hier auf die subjektive Absicht des Providers abzustellen? Es dürfte wohl schwierig sein, diese festzustellen. Oder ist auf den objektiven Empfängerhorizont der Minderjährigen abzustellen, um zu ermitteln, ob eine Website ein für sie interessantes Angebot darstellt?

Im Übrigen stellt sich die Frage, wann ein Unternehmen dem Mediendienstestaatsvertrag unterfällt. Wie bereits erwähnt, fallen nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 MDStV Abrufdienste, bei denen

---

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 zu grunde (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.

[675] So auch erste Urteile nach Aufhebung der Sondergesetze; z.B. LG Dortmund, Urteil vom 11. Oktober 2001, WRP 2002, 263.

[676] Im Weiteren zitiert in der vom Landtag Baden-Württemberg (als erstem Bundesland) verabschiedeten Fassung, GVBl. BW vom 10. Juni 1997, S. 181.

[677] Auf das in § 9 Abs. 2 des Mediendienste-Staatsvertrags geregelte Trennungsgebot wird nachfolgend eingegangen.

der individuelle Leistungsaustausch oder die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund stehen, aus dem Anwendungsbereich des Vertrages heraus. Internet-Banking zum Beispiel unterliegt als individuelle Dienstleistung zwischen Bank und einzelnem Kunden nicht den Regelungen der Länder, also auch nicht ihrem Staatsvertrag. Schwieriger ist die Einordnung einer Werbe-Website eines Unternehmens. Bei dieser steht zwar nicht die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund, so dass tendenziell ein solcher Service als Mediendienst klassifiziert werden könnte. Aber es ist auch der Anwendungsbereich des TDG zu betrachten, der ausdrücklich Angebote zur Verbreitung von Informationen über Waren oder Dienstleistungsangebote als einen der Bundesregelung unterliegenden Teledienst ansieht (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TDG). Da sich der Anwendungsbereich vom Mediendienstestaatsvertrag und Teledienstgesetz ausdrücklich voneinander abgrenzen[678], muss man zur Vermeidung unerträglicher Widersprüche davon ausgehen, dass die Unternehmen bei einer Werbe-Website nicht dem Mediendienstestaatsvertrag unterliegen.

Allerdings enthält auch das **TDG** wettbewerbsrelevante Regelungen zur Online-Werbung. Diese gelten auch für ausländische Unternehmen, sofern sie den deutschen Markt via Internet erreichen wollen.[679] Bei geschäftsmäßigen Angeboten haben Diensteanbieter Namen und Anschrift anzugeben (§ 6 TDG). Darüber hinaus ist bei Personenvereinigungen auch Name und Anschrift des Vertretungsberechtigten, ebenso wie die Rechtsform, zu nennen. Sobald eine Homepage als Geschäftsbrief zu qualifizieren ist, sind darüber hinaus wohl auch weitere Angaben entsprechend dem Aktiengesetz zu machen. Soweit Texte journalistisch aufbereitet sind, unterfallen sie, wie oben ausgeführt, u.U. dem MDStV; entsprechend § 6 sind dann Vor- und Nachname des Verantwortlichen, seine Adresse und sein Verantwortungsbereich zu benennen.[680] Wichtig ist ferner die Neuregelung des TDG durch das Elektronische Geschäftsverkehrgesetz vom Dezember 2001.[681] Hiernach reicht es nicht mehr aus, wenn Diensteanbieter Name und Anschrift (sowie gegebenenfalls den Vertretungsberechtigten) angeben (§ 6 S. 1 Nr. 1 TDG). Erforderlich sind nunmehr auch die 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“; (siehe § 6 S. 1 Nr. 2 TDG). Zu beachten sind die ferner Pflichten zur Angabe der Registernummer (§ 6 S. 1 Nr. 4 TDG) und zur

[678] Siehe § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG.
[679] Landgericht Frankfurt a.M.,Urteil vom 28.3.2002 – 3-12 O 151/02.
[680] Siehe dazu die Entscheidung des OLG Wien vom 7. Dezember 2000, MR 2000, 363, wonach eine regelmäßig an die Druckausgabe einer Zeitung angepasste Homepage „noch als periodisches Medium“ anzusehen ist.
[681] BGBl. 2001 I Nr. 70 vom 20. Dezember 2001, S. 3721 bis 3727.

Umsatzsteueridentifikationsnummer (§ 6 S. 1 Nr. 6 TDG). 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.[682] Verstöße gegen § 6 TDG begründen Unterlassungsansprüche von Verbraucherschutzverbänden.[683] Im Übrigen erscheint eine Anwendung von § 3 UWG fragwürdig.[684]

Die Einzelheiten der Anbieterkennzeichnung sind der „Konvention zur Anbieterkennzeichnung im elektronischen Geschäftsverkehr mit Endverbrauchern“ zu entnehmen. Diese Informationspflichten entsprechen einem Gebot der Netiquette, wonach bei jeder Website der jeweilige Anbieter kenntlich sein muss. Der Nutzer hat dadurch ein Mindestmaß an Transparenz und Information und es wird u.a. die Rechtsverfolgung im Streitfall erleichtert. Nicht betroffen von dieser Verbraucherschutzvorschrift[685] sind private Provider, selbst wenn diese gelegentlich An- und Verkäufe über das Internet tätigen.

Ein vieldiskutierter Aspekt innerhalb des MDStV ist auch der Gegendarstellungsanspruch nach § 10 MDStV. Wie bereits erwähnt, gilt der MDStV für jene elektronischen Mediendienste, 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 Arbeit handelt, besteht gegenüber den darin enthaltenen Tatsachenbehauptungen ein Gegendarstellungsrecht, da § 10 Abs. 1 MDStV auf § 6 Abs. 2 MDStV verweist. Eine periodische Erscheinungsweise ist gegeben, wenn die Arbeit „ständig” erscheint; eine Regelmäßigkeit des Erscheinens ist dafür nicht erforderlich. § 10 MDStV orientiert sich dabei an den presse- und rundfunkrechtlichen Vorschriften, erweitert allerdings den Anwendungsbereich des Gegendarstellungsrechts auch auf Darstellungen in Form von Anzeigen. Die Beschränkung auf periodisch verbreitete Texte ergibt sich aus dem Umstand, dass der Verfasser eines regelmäßig erstellten und verbreiteten Textes einen besonderen

[682] LG Frankfurt, Urteil vom 28.3.2002 – 3-12 O 151/02.
[683] OLG München, Urteil vom 26. Juli 2001, BB 2001, 2500 = MMR 2002, 173 = K&R 2002, 256 = NJW-RR 2002, 348.
[684] So auch Wüstenberg, WRP 2002, 782.
[685] Beachte zu weitergehenden Informationspflichten im Bereich des Verbraucherschutzes Art. 4, 5 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz vom 20. Mai 1997, ABl. Nr. L 144 S. 19 („Fernabsatzrichtlinie”) sowie § 312c BGB in Verbindung mit der aufgrund von Art. 240 EGBGB erlassenen Informationspflichtenverordnung.

Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung hat, der ein Gegendarstellungsrecht rechtfertigt.[686]

b) Standesrecht

Literatur:
Christian Berger, Rechtliche Rahmenbedingungen anwaltlicher Dienstleistungen über das Internet, in: NJW 2001, 1530; Ruth Maria Bousonville, Rat und Auskunft am Telefon – Anwalts-Hotline, in: K & R 2003, 177; Michael Bürger, Das Fernabsatzrecht und seine Anwendbarkeit auf Rechtsanwälte, in: NJW 2002, 465; Christian Dahns/Ulrich Krauter, Anwaltliche Werbung im Internet, in: BRAK-Mitt 2004, 2; Frank Ebbing, Virtuelle Rechtsberatung und das anwaltliche Werbeverbot, in: NJW-CoR 1996, 242; Marion Eickhoff, Berufsrecht contra Verfassungsrecht – ein Perpetuum mobile, in: NJW 1998, 798; Norbert P. Flechsig, Virtuelle Anwaltswerbung im Internet, in: ZUM 1997, 96; Franosch, Rechtliche Fallstricke der anwaltlichen Impressumspflicht im Internet, in: NJW 2004, 3155; Andreas Hagenkötter/Nico Härting, @nwälte im Netz, Bonn 2001; Niko Härting, Unverschlüsselte E-Mails im anwaltlichen Geschäftsverkehr – Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht?, in: MDR 2001, 61; ders., Guter Rat im Internet – Ein Fall für das RberG, in: MDR 2002, 1157; Horst, E-Commerce – Verbotenes Terrain für Rechtsanwälte?, in: MDR 2000, 1293; ders., Anwaltliche Werbung im Internet, in: AnwBl 2000, 343; Horst/Horst, Internetpräsenz und E-Commerce für Rechtsanwälte, Köln 2002; Stephan Kopp, Die Verwendung von Kreditkarten als Zahlungsmittel in Anwaltskanzleien, in: BRAK-Mitt 1998, 214; Ralf Laghzaoui/Volkmar Wirges, Anwaltshaftung bei Verwendung von Internet und Telefax, in: AnwBl 1999, 253; Hans-Friedrich Müller, Internet-Domains von Rechtsanwaltskanzleien, in: WRP 2002, 160; Axel Pestke, Internet und Standesrecht Freier Berufe. Möglichkeiten und korrespondierende Pflichten, dargestellt am Beispiel des Steuerberaters, DSWR 1998; Jens Schmittmann, Werbung im Internet. Recht und Praxis, München 2003, 289 ff.; Werbung von Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe im Internet, in: MDR 1997, 601; ders., Bannerwerbung. Rechtsprobleme insbesondere bei kammergebundenenen Berufen, in: MMR 2001, 792; Ingo Saenger/Arno Rißе, Die Gestaltung der Anwaltshomepage, in: WRP 2005, 1468; Katrin Knorpp, Der rechtskonforme Auftritt von Rechtsanwälten im Internet, Münster 2005; Thomas Schulte/Ulrich W. Schulte, Unzulässige Werbung von Anwälten im Internet?, in: MMR 2002, 585; Sabine Sobola, Homepage, Domainname, Meta-Tags – Rechtsanwaltswerbung im Internet, in: NJW 2001, 1113; Christoph Wagner/Janusz-Alexander Lerch, Mandatsgeheimnis im Internet? Zur Zulässigkeit anwaltlicher E-Mail-Korrespondenz im Hinblick auf straf- und standesrechtliche Vorgaben, in: NJW-CoR 1996.

Auch das Standes- und Berufsrecht kann über § 3 UWG unter dem Gesichtspunkt der Standesvergessenheit zum Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen gemacht werden.[687] Zunächst ist hier an die **Standesregeln der freien Berufe** zu denken.[688]

[686] Vgl. LG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 1998 – 12 O 132/98, MMR 1998, 376; RDV 1998, 176; AfP 1998, 420.
[687] 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 Hoeren/Sieber/Marwitz, 11.2 Rdnr. 201 bis 315.

Im Rahmen einer Website ist z.B. 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.[689] Erforderlich sind ein streng informativer Gehalt sowie eine seriöse Gestaltung.[690] Folglich darf eine Website Angaben zur Kanzlei, zu drei Tätigkeitsschwerpunkten und zwei weiteren Interessenschwerpunkten je Anwalt sowie Lebensläufe und Fotos der Anwälte enthalten. Auch können in eine Homepage Informationen zu ausgewählten Rechtsgebieten sowie Aufsätze und Vorträge der Anwälte aufgenommen werden.[691] Keine Probleme bestehen auch hinsichtlich des Hinweises "optimale Vertretung".[692] Gästebücher sind wegen der damit verbundenen Irreführungsgefahr verboten.[693]

Sponsoring ist auch für Anwälte grundsätzlich zulässig.[694] Insofern darf ein Anwalt auch virtuelle Kunstausstellungen im Netz plazieren.[695] Sachfremde Downloadmöglichkeiten sind unzulässig; dies gilt nicht für das Bereitstellen von Musterverträge, Aufsätzen oder Checklisten.[696] Pop-up-Fenster sind nicht erlaubt.[697] Keine Bedenken bestehen gegen die Verwendung von Fotos des Personals oder der Kanzleiräume.[698] Allerdings darf keine Irreführung über die wirkliche Größe und Kapazität der Kanzlei entstehen.[699] Dezente Hintergrundmusik ist ebenfalls zulässig.[700]

Eine Online-Beratung war allerdings früher nur im Rahmen eines bestehenden Mandatsverhältnisses zulässig. Abseits eines solchen Verhältnisses galt ein solches Beratungsangebot – etwa im Rahmen öffentlicher Diskussionsforen – als standeswidrig.[701] Diese Rechtsprechung hat sich jüngst gewandelt. Der BGH hat einen telefonischen Rechtsberatungsdienst für standesrechtskonform angesehen.[702] Entscheidend sei, dass der Beratungsvertrag nicht mit dem Organisator des Beratungsdienstes, sondern direkt mit dem

---

[688] 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.

[689] Siehe dazu auch das Urteil des BGH vom 10. April 2001 – I ZR 337/98, in dem Rundschreiben von Anwälten auch gegenüber Nicht-Mandanten nunmehr für zulässig erachtet wurden. Siehe auch OLG München, CR 2002, 530 zu Interessentenschreiben auf Homepages.

[690] OLG Koblenz, WRP 1997, 478, 480.

[691] So auch Scheuerle, NJW 1997, 1291, 1292; Schmittmann, MDR 1997, 601, 603.

[692] BGH, WM 2005, 1003.

[693] OLG Nürnberg, NJW 1999, 2126. Ähnlich LG Nürnberg-Fürth, DB 1998, 1404.

[694] BVerfG, NJW 2000, 3195; anders noch OLG Rostock, MDR 1999, 834.

[695] So Härting, MDR 2000, 730, 732; anderer Ansicht Schneider, MDR 2000, 133.

[696] LG Köln, Beschluss vom 20. Oktober 1998 – 31 O 817/98.

[697] So Schmittmann, MMR 2001, 792

[698] OLG München, BB 2000, 1003, 1004.

[699] OLG Stuttgart, BB 1952, 386; LG Köln, Urteil vom 28. September 1993 – 31 O 371/93.

[700] LG Köln, Urteil vom 20. Oktober 1998 – 31 O 723/98.

[701] Vgl. Hoeren/Sieber/Marwitz, 11.2 Rdnr. 50.

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 S. 2 BRAO), nicht verletzt.

Providern ist es untersagt, Mitglieder ihres Forums öffentlich zur Kontaktaufnahme mit einer bestimmten Kanzlei aufzufordern und für eine anwaltliche Beratung gegen Pauschalgebühr zu werben.[703] Im elektronischen Kontakt zum Mandanten sind die Verschwiegenheitspflichten (§ 43a Abs. 2 S. 1 BRAO) zu bedenken; insofern ist die Verschlüsselung der Nachrichten und ein hinreichendes Datensicherheitskonzept (einschließlich Firewalls) oberstes Gebot.[704] (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.[705]

Ein Anwalt darf ferner werbewirksame Ideen bei der Auswahl seiner Kanzlei-Domain benutzen und sich zum Beispiel unter der Adresse „recht-freundlich.de“ im Internet präsentieren.[706] Auch keine Bedenken bestehen gegen die Internet-Verwendung der Werbeaussage „Die Kanzlei zum Schutz des Privatvermögens“[707] oder die Verwendung des Begriffs „Anwalts-Suchservice“ als Link und Metatag.[708] 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.[709] Verboten wurden Kennungen wie „Rechtsanwalt“,[710]

---

[702] BGH, GRUR 2003, 349 = WRP 2003, 374 = K & R 2003, 183 mit Besprechung Bousonville. Ähnlich BGH, ZIP 2005, 1048.
[703] LG München I, Beschluss vom 25. März 1996, CR 1996, 736.
[704] Siehe dazu Koch, MDR 2000, 1293, 1297; näher zu den Anforderungen an die sog. IT-Sicherheit vgl. Schulze-Melling, CR 2005, 73.
[705] Siehe KG, MMR 2001, 128.
[706] OLG Celle, MMR 2001, 811. Siehe zu dem Themenkomplex auch Müller, WRP 2002, 160.
[707] LG Berlin, NJW-RR 2001, 1643.
[708] OLG Köln, K&R 2003, 193.
[709] 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.
[710] OLG Stuttgart, MMR 2000, 164 in Bezug auf eine Vanity-Nummer.

„rechtsanwaelte.de“[711] oder „rechtsanwaelte-dachau.de“[712] unter Berufung auf §§ 1, 3 UWG. Anders soll die Lage bei der singulären Bezeichnung „rechtsanwalt-kerpen.de“ sein.[713]

Unklar ist ferner, ob ein Anwalt aus der anwaltlichen Schweigepflicht (§ 43 Abs. 2 S. 1 BRAO) und im Hinblick auf § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB verpflichtet ist, seine Emails an Mandanten zu verschlüsseln.[714] Ein externer Jugendschutzbeauftragter übt nach Auffassung des OLG Düsseldorf keine Rechtsberatung im Sinne des RberG aus, so dass auch ein Nichtanwalt diese Tätigkeit ausüben kann.[715]

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.[716] 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 Widerrufsrecht verpflichtet sein.[717]

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.[718] 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).[719] Damit wird den Wirtschaftsprüfern die Vermittlung sachbezogener Informationen über das Internet ermöglicht, soweit diese nicht auf die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist.[720]

---

[711] 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.

[712] OLG München, MMR 2002, 614 =CR 2002, 757. Ähnlich OLG Celle, NJW 2001, 21000 = MMR 2001, 531 – anwalt-hannover.de; LG Köln, Urteil vom 7. September 1998 – 31 O 723/98 für die Domain „rechtsanwaelte-koeln.de“.

[713] OLG München, Urteil vom 10. Mai 2001 – 29 U 1594/01. Anderer Auffassung OLG Celle, NJW 2001, 21000 = MMR 2001, 531 – anwalt-hannover.de.

[714] Siehe dazu (ablehnend) Härting, MDR 2001, 61.

[715] OLG Düsseldorf, Urteil vom 11. Februar 2003, MMR 2003, 336.

[716] So Zu Recht Bürger, NJW 2002, 465 ff.; anderer Ansicht AG Wiesloch, Urteil vom 16. November 2001, JZ 2002, 671 mit Anm. Bürger.

[717] So Horst, MDR 2000, 1293, 1297.

[718] So auch LG Nürnberg-Fürth, NJW-CoR 1997, 229.

[719] Siehe etwa den Fall des LG München II (Urteil vom 31. August 2000, CR 2001, 345), in dem ein Steuerberater sich auf seiner Homepage als „außergewöhnlicher Steuerberater“ mit einem „exklusiven Leistungsprofil“ angepriesen hatte.

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. Apothekern ist die Werbung für Arzneimittel und bestimmte Körperpflegemittel untersagt.[721] 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.[722] Standesrechtlich neuerdings erlaubt sind auch Hinweise auf Spezialisierungen, Praxisschwerpunkte und Zeugnisse.[723] Auch hat das BVerfG jüngst die Werberestriktionen gelockert, in dem es z.B. Hinweise auf Hobbies, Berufserfahrungen, Auslandsaufenthalte oder Dialektkenntnisse zuließ.[724] Nach Auffassung des OLG Köln[725] 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.[726] 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.[727] Ähnlich restriktive Bestimmungen finden sich für Notare und Architekten.[728]

c) Werbebeschränkungen für besondere Produkte

Literatur:
Arhold/Wimmer, Arzneimittelhandel über das Internet, in: K & R 2004, 126; Joanna M. Carlini, Liability on the Internet: Prescription Drugs And the Virtual Pharmacy, in: Whittier Law Review 2000, 157; Peter von Czettritz, Pharma Online. Rechtliche Probleme der Pharmawerbung im Internet, in: Pharma Recht 1997, 88; Eichler, Arzneimittel im Internet, in: K & R 2001, 144; Koenig/Müller, Der werbliche Auftritt von Online-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt, in: WRP 2000, 1366; König/Engelmann, E-Commerce mit Arzneimitteln im europäischen Binnenmarkt und Freiheit des Warenverkehrs, in: ZUM 2001, 19; dies., Schutz von Reimporten durch die Freiheit des Warenverkehrs. Eine Untersuchung am Beispiel des grenzüberschreitenden Arzneimittelversandhandels, in: EWS 2001, 405; Elmar Mand, Arzneimittelversand durch Internet-Apotheken im Europäischen Binnenmarkt, in: WRP 2003, 37; ders., E-Commerce mit Arzneimitteln, in: MMR 2003, 77; Petra Marwitz,

---

[720] Siehe hierzu auch LG-Düsseldorf, BRAK-Mitt. 1997, 95 und BRAK-Mitt. 1996, 219.
[721] Siehe hierzu von Czettritz, Pharma Recht 1997, 86.
[722] Vgl. Hoeren/Sieber/Marwitz, 11.2 Rdnr. 287.
[723] BGH, NJW 2004, 440 = MMR 2004, 103 mit Anm. Schmittmann = CR 2004, 129.
[724] BVerfG, Beschluss vom 26. August 2003, WRP 2003, 1209.
[725] OLG Köln, MMR 2001, 702.
[726] Quelle: FAZ vom 13. Juni 2001, S. 31.
[727] 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.
[728] Siehe dazu Schmittmann, MDR 1997, 601, 602.

Internetapotheken zwischen Gerichten und Gesetzgebern, in: MMR 2004, 218; Gregor Rolfes, Internetapotheken, München 2003.

Das deutsche Wettbewerbsrecht kennt eine Fülle von produktspezifischen Werbebeschränkungen, die auch für das Online-Marketing zu beachten sind. Zu bedenken 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.[729]

So führt § 10 Abs. 1 HWG, der eine **Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel** nur gegenüber Ärzten, Zahnärzten und ähnlichen Approbierten zulässt,[730] bereits zu erheblichen Problemen im Internet. So ist schon die Nennung eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels auf der Homepage neben der Werbung für eine Arztpraxis nach § 10 HWG verboten.[731] 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.

Im Bereich der Heilmittelwerbung sind ferner die besonderen Restriktionen für die Werbung außerhalb der in § 2 HWG definierten Fachkreise zu beachten. So verbietet § 11 Nr. 1 HWG **Hinweise auf fachliche Veröffentlichungen.** Gefährlich sind in diesem Zusammenhang z.B.

[729] Siehe dazu OLG München, MMR 2002, 463.
[730] Siehe hierzu kritisch Albrecht/Wronka, GRUR 1977, 83, 95.

Links auf Fachaufsätze. Untersagt ist 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 Nr. 12 HWG unzulässig. § 12 HWG verbietet Publikumswerbung für bestimmte Krankheiten (etwa Herz- oder Nervenerkrankungen). In diesem Bereich sind auch Hinweise zur Erkennung, Verhütung oder Linderung der Krankheit nicht erlaubt, sofern sie mit der Werbung für ein Arzneimittel kombiniert sind. Bislang kaum diskutiert ist die Rechweite 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.[732]

Als Vorboten galt bis 2003 der Vertrieb einer **Online-Apotheke**, die grenzüberschreitend Arzneimittel an deutsche Kunden versendet.[733] 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.[734] 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[735] und das OLG Frankfurt[736] haben solche Apothekendienste wegen Verstoßes gegen § 43 Abs. 1 AMG und § 8 Abs. 2 HWG a.F.

---

[731] LG Berlin, WRP 2003, 125.
[732] OLG Frankfurt, MMR 2005, 383.
[733] LG Frankfurt, ZIP 2000, 2080; siehe dazu Koenig/Müller, WRP 2000, 1366.
[734] OGH (Oberster Gerichtshof Österreich), Urteil vom 10.2.2004, 4 Ob 22/04w. in Bezug auf § 59 Abs 9 öAMG.
[735] LG Frankfurt, K & R 2001, 153; LG Frankfurt, MMR 2001, 243 = K&R 2001, 160; siehe dazu Koenig/Müller, WRP 2000, 1366.
[736] Urteil vom 31. Mai 2001 – 6 U 240/00.

verboten. Das LG Berlin hat diesen Service zugelassen,[737] was allerdings nicht vom Kammergericht mitgetragen wurde.[738] 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.[739] Der EuGH[740] hat inzwischen geklärt, dass es für das Versandhandelsverbot keine europarechtliche Rechtfertigung gebe, soweit es um nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel geht. Erlaubt seien Beschränkungen bei verschreibungspflichtigen oder in Deutschland nicht zugelassenen Arzneimitteln. Einem Urteil des Berliner Kammergerichts[741] zufolge dürfen niederländische Internet-Apotheken per Versandhandel keine apothekenpflichtigen Arzneimittel an deutsche Endverbraucher schicken. Untersagt wurde auch, für den Versandhandel zu werben, sofern es sich um verschreibungspflichtige Arzneien oder solche handelt, für die es in Deutschland keine Zulassung gibt.

Schwierig ist die Lage auch im Hinblick auf die Tabakwerbung. § 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 Rundfunk und Fernsehen ausgestrahlt werden soll. Der Verweis auf Rundfunk und Fernsehen enthält einigen Sprengstoff, da in der derzeitigen Diskussion Internet-Dienste teilweise als zumindest rundfunkähnliche Mediendienste angesehen werden. Auf die Details dieser Diskussion soll hier nicht eingegangen werden. Klärungsbedürftig scheint aber, ob § 22 Abs. 1 LBMG überhaupt auf rundfunkähnliche Dienste analog anzuwenden ist. Die Vorschrift ist als Ausnahmebestimmung zur allgemeinen, verfassungsrechtlich in Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit eng auszulegen. Folglich kann sie m. E. auch nur auf Rundfunkdienste selbst angewendet werden, nicht aber auf die nach dem Medienstaatsvertrag gesondert geregelten Mediendienste. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein Mediendienst ausnahmsweise einmal als Rundfunk zu qualifizieren ist. Wenn z.B. Bayern5 oder SWR3 über das Internet zu empfangen sind, gilt insoweit auch das Werbeverbot für Tabakwerbung.[742]

[737] LG Berlin, MMR 2001, 249 = CR 2001, 268. Ähnlich auch LG Stuttgart, Urteil vom 4. Januar 2001 – 27 O 548/00 (unveröff.).
[738] Urteil vom 29. Mai 2001, CR 2001, 556 (Leitsätze).
[739] Beschluss vom 10. August 2001 – 3/11 O 64/01.
[740] EuGH, MMR 2004, 149 mit Anm. Mand.
[741] Urteil vom 27. Januar 2005/5 U 300/01.
[742] Die Rechtslage wird allerdings durch § 22 Abs. 2 Nr. 1 LBMG verkompliziert. Hiernach ist die Werbung für Zigaretten auch über andere Werbeträger bei Vorliegen besonderer Umstände untersagt. Der BGH hat hieraus in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 1993 (GRUR 1994, 304) den Schluss gezogen, dass Zigarettenwerbung in

Erwähnt werden soll auch die Barrierefreie Informationstechnik-Verordnung (BITV). Seit dem Inkrafttreten des Bundesbehindertengleichstellungsgesetzes (BGG)[743] ist Barrierefreiheit nicht mehr nur eine nette Geste, sondern für öffentliche Anbieter Pflicht. Ab dem 1. August 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 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.

d) Online-Auktionen und die Gewerbeordnung

Literatur:
Winfried Bullinger, Internet-Auktionen — Die Versteigerung von Neuwaren im Internet aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: WRP 2000, 253; Gangolg Hess, Versteigerungen im

---

Jugendzeitschriften verboten sei. Fraglich ist, ob damit auch entsprechende Werbung in elektronischen Zeitschriften verbunden ist, die sich nach Inhalt und/oder Aufmachung an Jugendliche richten.

[743] Abrufbar unter: http://www.behindertenbeauftragter.de/files/1027946170.39/gleichstellungsgesetz.pdf.

Internet, in: Festschrift für Hertin, München 2000, 391; Hollerbach, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, in: DB 2000, 2001; Toshiyuki 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; Stefan Ernst, Gewerberechtliche Einordnung, in: Gerald Spindler, Internet-Auktionen, München 2001, Kap. B, 9 ff.; Stefanie Huppertz, Rechtliche Probleme von Online-Auktionen, in: MMR 2000, 95; Peck, Die Internet-Versteigerung, Wien 2002; Rolf Weber/Martin Skripsky, Online-Auktionen – Neues Geschäftsmodell in schwierigem rechtlichem Umfeld, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 3/2001, 93; Thomas Wilmer, Landgericht Wiesbaden: Internet-Auktion „Extralot.com", in: NJW-CoR 3/2000, 171; ders., Rechtliche Probleme der Online-Auktio, in: NJW-CoR 2/2000, 94.

Zu den großen Gewinnern des elektronischen Handels zählen Online-Auktionen. Marktführer in Deutschland ist das Unternehmen eBay; hinzu kommen 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.[744] 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 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.[745] Das Landgericht Hamburg hat in einer neueren Entscheidung[746] diese Ansicht zu Recht abgelehnt. Eine Versteigerung setzt voraus, dass der Erwerb durch Erzielung eines Höchstgebotes nach einem Verfahren gegenseitigen Überbietens erfolgt.[747] Genau dies liegt bei den genannten Internet-Auktionen vor. Nicht erforderlich ist das Vorhandensein einer räumlichen Begrenzung der Veranstaltung;[748] es reicht vielmehr aus, dass die Versteigerungen in einem virtuellen Raum stattfinden.[749] Insofern handelt es sich bei

[744] 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).

[745] Siehe hierzu den Bericht von Fuchs/Demmer, GewArch 1997, 60, 63.

[746] 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.

[747] Siehe auch Landmann/Rohmer/Bleutge, GewO (I), 37. Erg.-Lfg., Januar 1999, § 34 b Rdnr. 6.

[748] So aber der Bund-Länder-Ausschuss in der oben erwähnten Stellungnahme.

[749] So auch Stögmüller, K & R 1999, 391, 393.

Internet-Auktionen um Versteigerungen im gewerberechtlichen Sinne. Die Auktionen sind damit auch genehmigungspflichtig.[750]

Dem steht § 4 TDG nicht entgegen, wonach Teledienste zulassungs- und anmeldefrei sind.[751] Diese Vorschrift bezieht sich nur auf allgemeine Zulassungserfordernisse, die jeden Teledienst 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[752] 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 § 4 Nr. 11 UWG darstelle.[753]

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.[754] 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.[755] 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.[756] Ferner hat das OLG Hamburg entschieden,[757] 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 Moment“ einer solchen Online-Auktion eingesetzt, um mit dem kaum noch zu unterbietenden Mindestangebot besondere Aufmerksamkeit zu erregen. Bei

[750] Anders Bullinger, WRP 2000, 253, 255.
[751] Anderer Ansicht Stögmüller, K & R 1999, 391, 393.
[752] LG Wiesbaden, MMR 2000, 376, 376 f.
[753] KG, K&R 2001, 519; siehe dazu auch Mankowski, EwiR 2001, § 34b GewO 1/01, 1053.
[754] OLG Frankfurt, NJW 2001, 1434.
[755] Urteil vom 11. Mai 2001 – 5 U 9586/00.
[756] LG Berlin, CR 2001, 412 (nicht rechtskr.). Anders inzwischen das KG, NJW 2002, 1583 = MMR 2002, 326 (Leitsatz).

Online-Auktionen braucht der Anbieter – anders bei einer Printanzeige[758] – nicht auf den gewerblichen Charakter seiner Tätigkeit hinweisen.[759]

Zu bedenken sind im Übrigen 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.[760]

Im Übrigen ist beim Verkauf neuer Bücher über eBay die Preisbindung zu beachten.[761] 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[762] 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) Das eBay-Bewertungsystem

Umstritten ist, inwieweit der eBay-Kunde zur Abgabe sachlicher Bewertungen bei abgewickelten Geschäften verpflichtet ist. Bei eBay können Mitglieder von eBay nach

---

[757] OLG Hamburg, NJW-RR 2002, 254. Siehe auch Wilmer, NJW-CoR 2000, 171.
[758] Siehe dazu LG Essen, MMR 2003, 343, wonach bei der Anzeigenwerbung mit einem Domainname ein Hinweis auf den gewerblichen Charakter des Angebots erforderlich ist.
[759] OLG Oldenburg, MMR 2003, 370 = K & R 2003, 243 mit. Anm. Seifert. Ebenso LG Osnabrück, Beschluss vom 6. November 2002 – 12 O 2957/02.
[760] FG Düsseldorf, ZfZ 2005, 25, 25f.
[761] OLG Frankfurt a.M., MMR 2004, 685.
[762] OLG Frankfurt a.M., MMR 2004, 685.

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. So haben sich Gerichte mit Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen gegen diese Bewertungen zu beschäftigen.

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. 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 I BGB, § 1004 I BGB bejaht werden.[763] Auch die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 823 I 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.[764]

Einige Gerichte verneinen den Rückgriff auf diese Anspruchsgrundlagen und leiten aus §§ 280, 241 BGB i.V.m. AGB von eBay **vertragliche Ansprüche** her. Die eBayAGB sehen vor, dass ausschließlich wahrheitsgemäße, sachliche Angaben gemacht werden dürfen und die gesetzlichen Bestimmungen zu beachten sind. Diese AGB gelten zwischen den Vertragspartnern zwar nicht unmittelbar,[765] sie obliegen jedoch jedem Vertragsteil als Nebenpflichten.[766]

Die Entscheidung des LG Düsseldorf vom 18.02.2004 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.[767] Das LG rechtfertigt die erhöhte Anforderung mit einer von § 824 II BGB geforderten Interessenabwägung. Gegenüber stehen sich das Interesse des Betroffenen an Zurückhaltung der Information und dem Interesse der Mitteilungsempfänger an Veröffentlichung der

[763] LG Konstanz, NJW-RR 2004, 1635, 1636.
[764] LG Düsseldorf, MMR 2004, 496.
[765] BGH, MMR 2002, 95.
[766] AG Erlangen, NJW 2004, 3720, 3721; AG Peine, NJW-RR 2004, 275.
[767] LG Düsseldorf, MMR 2004, 496.

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 15.09.2004.[768] Zwar sei nach dem Rechtsgedanken des § 186 StGB der Unterlassungsbeklagte beweispflichtig, d.h. er müsse die Wahrheit der von ihm getätigten Aussage beweisen. Diese Beweislast kehre sich jedoch um, wenn der Unerlassungsbeklagte ein berechtigtes Interesse an der Äußerung nachweisen können. 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 bereits 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,

[768] AG Peine, NJW-RR 2004, 275.

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 Lebensgefährten 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[769] 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, 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 28.07.2004 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

[769] LG Konstanz, NJW-RR 2004, 1635 – 1636.

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 Meinungen, 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 02.04.2004 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.[770]
Das AG Eggenfelden (Urteil vom 16.08.2004) bezieht in die erforderliche Interessenabwägung ein, dass der Kläger seinerseits Kraftausdrücke verwendete und vorher selbst eine negative Bewertung abgab. Darüber hinaus habe sich der Rechtsstreit an einem Fehler des Klägers entzündet.[771]
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.[772] 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.[773] So hat das AG Köln bei offensichtlich beleidigendem Inhalt einer Bewertung einen Löschungsanspruch gegen eBay selbst bejaht.[774]

[770] AG Koblenz, MMR 2004, 638 – 639.
[771] AG Eggenfelden, Urteil vom 16. August 04 – 1C 196/04.
[772] LG Konstanz, NJW-RR 2004, 1635 – 1636.
[773] AG Koblenz, MMR 2004, 638 – 639).
[774] Allerdings handelt es sich nur um eine Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz; Beschluss des AG Köln, Beschluss vom 15. März 2005 – 119 C 110/05.

Einige Gerichte stellen ein **besonderes Erfordernis der Sachlichkeit** einer Bewertung auf. Besonderes hervorzuheben ist das Urteil des AG Erlangen vom 26.05.2004, da dieses auch jenseits des Vorliegens einer unwahren Tatsachenbehauptung oder von Schmähkritik die Unzulässigkeit einer Aussage bejaht hat, wenn sie unsachlich ist.[775] 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.[776] 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 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.[777]

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.[778] 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

[775] AG Erlangen, NJW 2004, 3720 – 3721.
[776] AG Erlangen, NJW 2004, 3720 – 3721.
[777] AG Erlangen, NJW 2004, 3720 – 3721.
[778] Siehe oben.

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, überspitzen 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.[779]

Wie bereits erwähnt, tritt das AG Koblenz[780] 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.[781] 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 der Wortlaut der eBayAGB, 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.[782]

[779] AG Erlangen, NJW 2004, 3720 – 3721.
[780] a.a.O.
[781] AG Koblenz, MMR 2004, 638 – 639.
[782] Hermann, MMR 2004, 497.

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.[783] 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.[784]

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.[785] 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. 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 gestarteten Fall zu entscheiden: eBay hatte den Account einer Händlerin gesperrt, den sie eräffnet hatte, nachdem der Account ihres Ehemannes aufgrund negativer Bewertungen gesperrt worden war.[786] Das KG stellte klar, dass die Eröffnung eines neuen Acounts zur Umgehung einer bereits erfolgten Sperrung einen schwerwiegenden Verstoß gegen die vertragliche Vertrauensgrundlage darstelle und zur sofortigen Sperrung des neuen Accounts berechtigte.

[783] Ernst, MMR 2004, 640.
[784] Herrmann, MMR 2004, 497.
[785] So das Brandenburgische OLG, MMR 2005, 698, 698 f.
[786] KG, Urteil vom 5.8.2005, MMR 2005, 764.

f) Powershopping, Co-Shopping und Glücksspiele

Literatur:
Stefan Ernst, Rechtliche Zulässigkeit der Gewährung von Preisnachlässen an virtuelle Kaufgemeinschaften im Internet, in: CR 2000, 239; Fritzemeyer/Rinderle, "Rien ne va plus" für das Glücksspiel in Deutschland?, in: CR 2004, 367; Peter Huppertz, Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Verbraucher-Einkaufsgemeinschaften im Web, in: MMR 2000, 329; Kazemi/Leopold, Internetglücksspiel ohne Grenzen, in: MMR 2004, 649; Thomas Schafft, „Reverse Auctions" im Internet, in: CR 2001, 401; Schmelz, Quo vadis deutsches Verbraucherleitbild? – Analyse des Urteils des OLG Köln zum Powershopping, in: DStR 2002, 1498; Spindler, Hyperlinks und ausländische Glücksspiele – Karlsruhe locuta non finita?, in: GRUR 2004, 724; Anja Steinbeck, Aleatorische Reize beim Community-Shopping, in: WRP 2002, 604; diess., Umgekehrte Versteigerungen und Lauterkeitsrecht, in: K & R 2003, 344; Stögmüller, Glücksspiele, Lotterien und Sportwetten im Internet, in: K & R 2002, 27; Thomas Stoffmehl, Powershopping und Customer-Driven Pricing als Marketing- und Vertriebsformen im Internet, in: MMR 2001, 35.

Auch neuere Formen **virtueller Einkaufsgemeinschaften** unterlagen lange Zeit dem Verdikt der Wettbewerbshüter. So hatten das OLG Hamburg[787] und das OLG Köln[788] das sog. Powershopping wegen Verstoßes gegen das (inzwischen aufgehobene) Rabattgesetz und das UWG verboten. Beim Powershopping bzw. Co-Shopping[789] werden gleichgesinnte Kaufinteressierte innerhalb einer Frist zusammengebracht; daraufhin werden vom Händler Mengenrabatte 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. Die Entscheidungen sind aber noch nicht rechtskräftig; im Falle des OLG Hamburg ist Revision vor dem BGH eingelegt.[790]

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-

[787] 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.).
[788] OLG Köln, CR 2001, 545 mit Anm. Leible/Sosnitza. Ähnlich LG Köln, CR 2000, 318. Ebenso LG Nürnberg-Fürth, MMR 2000, 640. Anderer Aufassung etwa Menke, WRP 2000, 337; Schmelz, DStR 2002, 1498; Steinbeck, WRP 2002, 604.
[789] Siehe http://www.powershopping.de sowie http://www.kontorhouse.com/.
[790] Siehe allerdings BGH, GRUR 2000, 820 = WRP 2000, 724 – Space Fidelity; BGH, GRUR 1986, 622 = WRP 1986, 381 – Umgekehrte Versteigerung und BGH, WRP 2000, 424 – Rubbelaktion.

Schnäppchenbörsen wegen der damit verbotenen Anstachelung der Spiellust (§ 1 UWG aF) verboten.[791] Dieser Entscheidungspraxis hat der BGH nunmehr eine Absage erteilt.[792] Schon im März 2003 hatte der BGH für den Verkauf von Gebrauchtwagen die Werbung mit einer umgekehrten Versteigerung erlaubt.[793] 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 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.[794] Erlaubt sein soll auch der „Kartenfuchs“, ein Internetportal, auf dem sich Interessenten für den Kauf einer Gruppenfahrkarte finden und zusammenschließen können.[795]

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 gelten auch für das Bewerben von Sportwetten im Internet.[796] Auch wer vom Ausland aus Onlinecasinos betreibt, macht sich nach deutschem Recht strafbar; daran ändern Warnhinweise auf der Homepage für deutsche Interessenten nichts.[797] 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

[791] 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.
[792] BGH, MMR 2004, 160 = K & R 2004, 185 = WRP 2004, 345 = Cr 2004, 290 mit Anm. Leible/Sosnitza = NJW 2004, 852 = GRUR 2004, 249.
[793] BGH, WRP 2003, 742 = MMR 2003, 465 = GRUR 2003, 626 = K & R 2003, 350; bekräftigt für den Fall einer Internetversteigerung: BGH, MMR 2004, 160.
[794] OLG München, MMR 2001, 233 = GRUR-RR 2001, 112.
[795] LG Frankfurt, CR 2001, 125 mit Anm. Leible.
[796] OLG Hamm, SpuRT 1999, 114 mit Anm. Summerer. Ähnlich Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, MMR 2002, 471 mit Anm. Bahr.

nach § 284 StGB strafbar zu machen. [798] Zweifelhaft wurde allerdings nach der Gambelli-Entscheidung[799] des EuGH, ob das deutsche Glücksspielverbot europarechtlichen Vorgaben noch entspricht.[800]

Für den Bereich der Sportwetten hat das BVerfG nun entschieden, dass das in Bayern besteehende Wettmonopol des Staates in seiner derzeitigen Ausgestattung gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verstößt, weil es in Art und Weise ausgestattet ist, die eine effektive Suchtbekämpfung, die den Ausschluss privater Veranstalter rechtfertigen könnte, nicht sicherstellt.[801] Durch diese Apellentscheidung wird der Gesetzgeber aufgefordert, bis Ende 2007 verfassungskonforme Zustände herzustellen, wie etwa durch eine Zulassung privater Anbieter – dies könnte folglich auch Auswirkungen auf Sprtwetten im Internet haben.

Als Mitstörer kann der Betreiber des Domain-Name-Servers in Anspruch genommen werden.[802] Schon die Werbung über eine Website für ein ausländisches, nicht genehmigtes Glücksspiel reicht aus, um § 284 StGb zur Anwendung zu bringen.[803] Ein bloßer Link als solcher insbesondere im Rahmen einer Presseberichterstattung über ausländische Glücksspiele begründet hingegen keine Haftung.[804]

g) Die Preisangabenverordnung und weitere Informationspflichten

Literatur:
Philipp W. Brunst, Umsetzungsprobleme der Impressumspflicht bei Webangeboten, in: MMR 2004, 8; Gregor Rot/Marko Groß, Pflichtangaben auf Geschäftsbrief und Bestellschein im Internet, in: K & R 2002, 127; Jens Schmittmann, Pflichtangaben in E-Mails – Ist die elektronische Post ein Geschäftsbrief?, in: DB 2002, 1038; Schulte/Schulte, Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr – wettbewerbsrechtlich betrachtet, in: NJW 2003, 2140; Stickelbrock, „Impressumspflicht" im Internet ins GRUR 2004, 111; Thomas Woitke, Informations- und Hinweispflichten im E-Commerce, in: BB 2003, 2469

Ferner gelten die Vorgaben der Preisangabenverordnung, insbesondere § 1 PAngV, auch im Internet. Jeder Anbieter muss danach gegenüber den Endverbrauchern die Entgelte für die

---

[797] So der österr. OGH, Urteil vom 14.3.2005, 4 Ob 255/04k.
[798] Vgl. wiederum österr. OGH, Urteil vom 14.3.2005, 4 Ob 255/04k.
[799] EuGH, NJW 2004, 139 = MMR 2004, 92 mit Anm. Bahr.
[800] 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.
[801] BVerfG, Urteil vom 28. März 2006, NJW 2006, 1261.)
[802] OLG Hamburg, CR 2000, 385; MMR 2002, 471 mit Anm. Bahr; ähnlich OLG Hamm, MMR 2002, 551 mit Anm. Mankowski.
[803] OLG Hamburg, CR 2005, 459.
[804] BGH, NJW 2004, 2158 = MDR 2004, 1432 = CR 2004, 613 mit Anm. Dietlein = GRUR 2004, 693 – Schöner Wetten.

Nutzung der Dienste vor dem Zugriff angeben. § 4 Abs. 4 PAng stellt klar, dass jedes auf Bildschirm übertragene Angebot mit einer Preisangabe 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. Auch hinsichtlich der auf einer Homepage zu findenden Produktangebote hat ein Anbieter die Preise einschließlich der Versandkosten genau zu spezifizieren. Dagegen verstößt er, wenn er im Internet z.B. Buchungen für Flugreisen entgegennimmt und den Preis durch den Kunden selbst bestimmen lässt.[805] Allerdings gebietet das Internet aufgrund seiner technischen Besonderheiten eine flexible Interpretation des Preisangabenrechts. So muss bei einem Resiervierungssystem 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.[806] Es reicht aber nicht aus, wenn am oberen Bildschirmrand auf die Seiten "Allgemeine Geschäftsbedingungen" mit den dortigen Preisangaben verwiesen wird.[807] Auch bei der (zulässigen) Information über Links darf der Link selbst nicht banal mit der Beschriftung "Mehr Infos" versehen sein.[808] Angaben wie die der Versandkosten müssen leicht erkennbar, deutlich lesbar und gut wahrnehmbar sein.[809]

Die Preisangabenverordnung ist zum 1. Januar 2003 noch einmal geändert und um weitere Informationspflichten ergänzt werden. 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.[810] Auf der Homepage ist ein Verweis auf die Endpreise via einfachem Link zulässig.[811] Der Link muss aber deutlich gekennzeichnet sein. Zwischenlinks sind unzulässig. Auch die Verlinkung mittels des Buttons „Top Tagespreis“ ist unzulässig.[812]

[805] OLG Düsseldorf, WRP 2001, 291.
[806] BGH, WRP 2003, 1222.
[807] OLG Frankfurt, CR 2005, 128.
[808] Olg Hamburg, MMR 2005, 467.
[809] Siehe OLG Hamburg, MMR 2005, 318.
[810] OLG Hamburg, Urteil vom 11. September 2003 – 5 U 69/03.
[811] OLG Köln, Urteil vom 7. Mai 2004 – 6 U 4/04.
[812] OLG Hamburg, Urteil vom 6. November 2003-5 U 48/03.

Hinzu kommen die Informationspflichten aus § 6 Abs. 1 des Teledienstegesetzes vom Dezember 2001.[813] Hiernach muss ein Unternehmen auf der Homepage als Minimum angeben

- Firma und Anschrift
- Vorstand
- Telefonnummer;[814] E-Mail-Adresse[815]
- Angaben zu den zuständigen Aufsichtsbehörden
- Handelsregisternummer
- Ust-Identifikationsnummer.

Besondere Probleme zeigen sich beim Einsatz von Fax und E-Mail, sofern es um die Verankerung der notwendigen Pflichtangaben geht. Die Versendung eines Werbefaxes oder einer Werbemail ohne die Pflichtangaben nach § 1 der Informationsverordnung stellen Verstöße gegen § 3 UWG dar.[816] Zu beachten ist hier insbesondere § 37a Abs. 1 HGB, wonach ein Einzelkaufmann bei Geschäftsbriefen an einem 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 Part GG, § 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 festsetzen (§ 37a Abs. 4 Satz 1 HGB; ähnlich §§ 125a Abs. 2, 177a Satz 1 HGB; § 7 Abs. 4 Part GG). 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. Auch für Bestellmasken im Internet

[813] BGB I vom 20. Dezember 2001, S. 3721.
[814] 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. 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, und abgelehnt von OLG Hamm; MMR 2004, 549
[815] Nicht notwendig ist die Verwendung eines automatisierten Links zur Email-Anschrift; so Ernst, GRUR 2003, 759.
[816] OLG Frankfurt a.M., Urt., MMR 2002, 395.

wird eine Verpflichtung zur Veröffentlichung der Pflichtangaben angenommen.[817] Die Pflicht gilt ausländischen Gesellschaften.[818]

Die Pflichtangaben, insbesondere nach § 6 Abs. 1 TDG, 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.[819] Streitig ist, ob die Begriffe „Kontakt" oder „Impressum" ausreichen.[820] Bedenken bestehen auch dagegen, den Bildschirm insoweit mit einer hohen Pixeldichte (z.B. 800 x 600 Pixel) zu versehen[821] oder die Informationen mittels PODF oder Javascript zu integrieren.[822] Unzulässig ist zudem, dass die Hinweise erst nach vorherigem Scrollen vollständig lesbar[823] oder erst nach Anklicken mehrerer Unterpunkte wahrnehmbar sind.[824] Ausreichen soll es jedoch, wenn die Pflichtangaben nach zweimaligem Anklicken eines Links erreichbar sind.[825]

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.[826] Ein Teil der Rechtsprechung[827] sieht § 6 TDG 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 § 6 TDG erforderlichen Anbieterangaben wird nach Auffassung des LG Berlin kein Umsatzgeschäft gemacht, vielmehr sei das Fehlen der Angaben eher kontraproduktiv für Vertragsabschlüsse.[828] Anders bejaht das OLG Hamburg in der Backstage-Entscheidung das Vorliegen eines unlauter

[817] Rot/Groß, K&R 2002, 127 ff.
[818] LG Frankfurt, MMR 2003, 597.
[819] OLG Hamburg, MMR 2003, 105 – Backstage.
[820] 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.
[821] OLG Hamburg, MMR 2003, 105 – Backstage.
[822] Siehe Ernst, GRUR 2003, 759, 760; Schulte, CR 2004, 55, 56.
[823] So Hoenike/Hülsdunk, MMR 2002, 415, 416.
[824] OLG Hamburg, MMR 2003, 105 – Backstage.
[825] 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.
[826] OLG München, MMR 2004, 36 = CR 2004, 53; Urteil vom 26. Juli 2001, MMR 2002, 173 = CR 2002, 55.
[827] 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.
[828] LG Berlin, Urteil vom 01. Oktober 2002, MMR 2003, 200.

erlangten Wettbewerbsvorteils.[829] Für die Pflichtangaben auf Geschäftsbriefen (z.B. nach § 35a GmbHG) wird eine Unlauterkeit aufgrund Wettbewerbsvorsprungs verneint.[830]

Soweit Betreiber von Webshops auf der Homepage keine Angaben über Lieferfristen machen, muss der Versand, lauf einem neuem Urteil des BGH,[831] sofort erfolgen. Mangele es an einem entsprechenden Hinweis, liegt eine irreführende Werbung i.S.v. § 5 Abs. 5 S. 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.

h) B2B-Marktplätze und das Kartellrecht

Literatur:
Max Aaschenfeldt, B2B-Marktplätze: aktuelle wettbewerbsrechtliche Problemstellungen, in: MMR 2001, Beil. 9, 5; Frank Alpert, Virtuelle Marktplätze im Internet: typische Haftungsrisiken des Anbieters von B2B-Portalen, in: CR 2001, 604; Gassner, Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts, in: MMR 2001, 140; Immenga/Lange, Elektronische Marktplätze: Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Internet, in: RIW 2000, 733; Christoph Koenig/Gabriele Kulenkampff/Jürgen Kühling/Sascha Loetz/Hilke Smit, Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, Heidelberg 2002; Thomas Jestaedt, Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb: B2B-Marktplätze und das Kartellrecht, in: BB 2001, 581; Christian Kirchner, Internetmarktplätze, Markttransparenz und Marktinformationssysteme, in: WuW 2001, 1030; Christian Koenig u.a., Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, Heidelberg 2002; Thomas Lampert/Antje Michel, B2B-Marktplätze im Internet. Kartellrechtliche Standortbestimmung, in: K&R 2002, 533; Pauke/Schultze, Internet und Vertriebskartellrecht – Hausaufgaben für die Europäische Kommission, in: BB 2001, 317; Seeliger, EG-kartellrechtliche Probleme in Vertikalverhältnissen beim Vertrieb über das Internet, in: 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

[829] OLG Hamburg, Urteil vom 20. November 2002, MMR 2003, 105 – Backstage. Ähnlich OLG Frankfurt, MMR 2002, 529; Anders LG Düsseldorf, Urteil vom 29. Januar 2003, MMR 2003, 340.
[830] LG Berlin, Urteil vom 16. Dezember 1990, WM 1991, 615, 616.
[831] I ZR 314/02.

um virtuelle Einkaufsgemeinschaften. Beispiele sind etwa Covisint,[832] der Marktplatz für Automobilhersteller, oder CC-markets,[833] 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.[834] 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 n.F.). Entscheidend sind auf jeden Fall die Beachtung folgender Grundsätze[835]

- Nichtexklusivität der Nutzung
- diskriminierungsfreier Zugang
- Existent 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.[836]

2. Allgemeines Wettbewerbsrecht (§§ 3, 5 UWG n.F.)

Abseits spezieller Lauterkeitsregeln ist das allgemeine Wettbewerbsrecht, voran §§ 3, 5 UWG, zu beachten. Im Vordergrund der Diskussion stehen derzeit drei Problemfelder: die kommerzielle Versendung von E-Mails, das Trennungsgebot sowie die Verwendung von Hyperlinks und Frames.

a) Kommerzielle Versendung von Emails

Literatur:
Patrick Ayad, E-Mail-Werbung – Rechtsgrundlagen und Regelungsbedarf, in: CR 2001, 533; Harald Bartl, Unverlangte Werbung über Bildschirmtext, in: NJW 1985, 258; Steffen Böhm, Unerlaubte Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich, in: MMR 1999, 643; Stefan Ernst, Wirtschaft im Internet, in: BB 1997, 1057; Andreas Freitag/Jan Rudolf Busemann, Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von elektronischer Post als Mittel des Direktmarketings,

[832] Entscheidung des BKartA, K & R 2000, 604 = WuW/DE-V 321 – Covisint.
[833] Siehe dazu die Entscheidung des BKartA vom 23. November 2000 – B3 76/00.
[834] Jestaedt, BB 2001, 581, 585.
[835] BKartA, WuW 2001, 1107 – BuyforMetals/Stell 24-7.
[836] BGH, CR 2004, 195.

in: AfP 1998, 475; Jochen Dieselhorst/Lutz Schreiber, Die Rechtslage zum E-Mail-Spamming in Deutschland, in: CR 2004, 680; Axel Funk, Wettbewerbsrechtliche Grenzen von Werbung per E-Mail, in: CR 1998, 411; Goerke, Amerika – Strafen für unverlangte Email-Werbung, in: WRP 1999, 248 f.; Günther, Erwünschte Regelung unerwünschter Werbung? Zur Auslegung von Artikel 10 der Fernabsatz-Richtlinie, in: CR 1999, 172; Christian Gummig, Rechtsfragen bei der Werbung im Internet, in: ZUM 1996, 573; Niko Härting/Christian Eckhart, Provider gegen Spammer, in: CR 2004, 119; Joerg Heidrich/Scen Tschoepe, Rechtsprobleme der E-Mail-Filterung, in: MMR 2004, 75; Thomas Hoeren, Cybermanners und Wettbewerbsrecht — Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet, in: WRP 1997, 993; Janokowski, Kosten beim Empfänger unverlangter E-Mails – nur ein Scheinargument?, in: K&R 2000, 499; Jan Kabel, Spam: A Terminal Threat to ISPs?, in: CRi 2003, 6; Stefan Kelm, Technische Maßnahmen gegen Spam, in: DuD 1999, 23; Volker Kitz, Meine E-Mails les´ ich nicht!, in: CR 2005, 450; Gerhard Laga, Das österreichische Spam-Verbot: ein rechtlich bedenkliches Kuriosum, in: Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 2000, 243; Matthias Leistner/Julia Pohlmann, E-Mail-Direktmarketing im neuen europäischen Recht und in der UWG-Reform, in: WRP 2003, 815; Tobias Lettl, Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und E-Mail, in: GRUR 2000, 977; Leupold, Die massenweise Versendung von Werbe-E-Mails: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belästigung, in: WRP 1998, 270; ders./Peter Bräutigam/Markus Pfeiffer, Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation, in: WRP 2000, 575; Jörg Reichelsdorfer, "E-Mails" zu Werbezwecken – ein Wettbewerbsverstoß?, in: GRUR 1997, 191; Michael Schmidl, E-Mail-Filterung am Arbeitsplatz, in: MMr 2005, 343; Jens Schmittmann, Rechtlicher Schutz vor unerwünschter E-Mail-Werbung, in: Horster/Fox, Datenschutz und Datensicherheit, Wiesbaden 1999, 1; ders., Telefaxübermittlungen im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrecht, Münster 1999; Alexandra Schrick, Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung, in: MMR 2000, 399; Joachim Schrey/Kai Westerwelle, "Junk-E-Mails" im Internet, in: BB 1997, Beil. 18, S. 17; Gerald Spindler/Jens M. Schmittmann, Unerwünschte E-Mail-Werbung. Zivil- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit in Europa, in: MMR-Beilage 8/2001, 10; Brunhilde Steckler, Die wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeitsmomente bei Verwendung teletechnischer Kommunikationsmedien im Direktmarketing, in: GRUR 1993, 865; Michael Ultsch, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen. Dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, in: NJW 1997, 3007; Thorsten Vehslage, E-Mail-Werbung, in: DuD 1999, 22; ders.; Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung, in: GRUR 1999, 656; Frank Weiler, Spamming – Wandel des europäischen Rechtsrahmens, in: MMR 2003, 223; Bettina Wendlandt, Cybersquatting, Metatags und Spam, München 2002; Martin Wienke, Wettbewerbsrechtliche Probleme der Werbung über Bildschirmtext und Teletex, in: WRP 1986, 455; Tanja Wolber/Jens Eckhardt, Zulässigkeit unaufgeforderter E-Mail-Werbung, in: DB 2002, 2581; Claudia Ziem, Spamming. Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce-Richtlinienentwurf, in: 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.

Zunächst ist zu beachten, dass das deutsche Werberecht auch für ausländischer Spammer gilt (selbst wenn diese ihren Sitz außerhalb der EU – zum Beispiel in den USA – haben). 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.

Der BGH,[837] als Pionier das Landgericht Berlin[838] und viele andere[839] gehen hingegen davon aus, dass die unaufgeforderte Versendung von E-Mails mit kommerziellem Inhalt gegen § 3 UWG verstößt.[840] Nach der Rechtsprechung zum Telefax braucht der Kunde Werbesendungen nicht hinzunehmen, wenn zwischen Absender und Empfänger keine Geschäftsverbindung besteht und auch sonst der Absender nicht annehmen darf, die Zusendung über das Telefax-Gerät erfolge mit mutmaßlichem Einverständnis des Adressaten.[841] Die Telefax-Rechtsprechung hat ihre Fortsetzung in der Frage gefunden, ob über BTX unerbetene Werbesendungen versandt werden dürfen. Der BGH hat in einer grundlegenden Entscheidung betont, dass solche Werbesendungen wegen Belästigung des BTX-Teilnehmers wettbewerbswidrig seien.[842] Will man diese Rechtsprechung übertragen, stellt sich die Frage, ob die Versendung von E-Mails eine unzumutbare Belästigung für den Adressaten mit sich bringt. Anders als früher im Bildschirmtextbereich,[843] kann im Internet jede Mail als gewerblich gekennzeichnet werden (durch die Kennung „com“ oder eine entsprechende Angabe im Subject). Ferner kann der User mittels automatischer Filter (sog. Twit-Filter) alle empfangenen Nachrichten durchsuchen, eine E-Mail anhand frei definierbarer Schlüsselwörter als Werbung identifizieren und ggf. löschen. Diese Überlegungen haben in der Literatur vereinzelt zu der Auffassung geführt, E-Mailwerbung sei

[837] BGH, GewArch 2004, 347.
[838] Vgl. etwa 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.
[839] Siehe etwa LG Traunstein, NJW 1998, 109 = RDV 1998, 115 = CR 1998, 171; LG Hamburg; 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.
[840] Ähnlich in den USA CompuServe vm Cyber Promotions Inc., 962 F. Supp. 1015 (S. D. Ohio 1997).
[841] Vgl. BGH, NJW 1996, 660 = GRUR 1996, 208; OLG Hamm, NJW-RR 1990, 160; OLG Frankfurt, WRP 1992, 823; KG, NJW-RR 1992, 1193 = WRP 1992, 652; KG, CR 1998, 9 (mit Hinweisen zur Reichweite von Art. 30, 59 EGV); OLG Stuttgart, CR 1995, 89 und 470; OLG Koblenz, WRP 1995, 1069. Siehe dazu auch Unger/Sell, GRUR 1993, 24; Schmittmann, WiB 1995, 109; Mutter, DZWiR 1995, 171.
[842] BGHZ 103, 317, 319 f. = NJW 1988, 1670 = GRUR 1988, 614 mit Anm. Lachmann = JZ 1988, 612 mit Anm. Ahrens = EWiR 1988, 608 mit Anm. Alt. Vgl. hierzu auch Jäckle, WRP 1986, 648; Wienke, WRP 1986, 455.
[843] Siehe dazu BGH, WRP 1992, 757 – BTX-Werbung II.

mangels Belästigungseffekts in jedem Fall zulässig.[844] Nach anderer Auffassung ist die E-Mailwerbung weder mit Telefon-,[845] Telex-,[846] Telefax-[847] noch BTX-Werbung,[848] sondern mit der Briefkastenwerbung[849] vergleichbar, die grundsätzlich erlaubt sei.[850] Hierbei wird jedoch übersehen, dass ein Briefkasten mit einem entsprechendem Aufkleber versehen werden kann, der vor Werbung schützt. Dies ist bei einer E-Mail-Adresse nicht möglich.

Die Zusendung von unerwünschter Email-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[851] und des AG Brakel[852] 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[853] hatte speziell über die unaufgeforderte E-Mai-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 Betreffzeile als Werbung gekennzeichnet und auf Abbestellmöglichkeiten verwiesen wird.[854]

Handelt es sich bei Absender und Empfänger einer unaufgeforderten Werbe-E-Mail jeweils um einen Gewerbetreibenden, bejaht das LG Berlin[855] 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 Wettbewerbsverstoß nach § 3 UWG wird in diesem konkreten Fall trotz Einordnung der

---

[844] Reichelsdorfer, GRUR 1997, 191, 197; Leupould/Bräutigam/Pfeiffer, WRP 2000, 575, 592.

[845] Siehe hierzu BGHZ 54, 188 (Telefonwerbung I); BGH NJW 1989, 2820 (Telefonwerbung II); BGH GRUR 1990, 280 f. (Telefonwerbung III); BGHZ 113, 282 (Telefonwerbung IV); BGH GRUR 1995, 492 f. (Telefonwerbung V); OLG Stuttgart, Urteil vom 17. Januar 2002, NJW-RR 2002, 767.

[846] Siehe hierzu BGHZ 59, 317.

[847] Siehe hierzu BGH GRUR 1996, 208; OLG Hamm GRUR 1990, 689. Zur Haftung des TK-Unternehmens als Mitstörer bei Vermietung von 0190-Nummern siehe AG Nidda, Urteil vom 11. Januar 2002, NJW-RR 2002, 469. Zur Pflicht des Netzbetreibers, Verbindungen nach einer Stunde zu unterbrechen OLG Hamm, Urteil vom 5. November 2002, K&R 2003, 237.

[848] Siehe hierzu BGHZ 103, 203.

[849] Siehe hierzu BGH GRUR 1973, 552.

[850] So Vehslage in DuD 1999, 22.

[851] LG Berlin, Beschluss vom 14. Mai 1998 – 16 O 301/98, MMR 1998, 491. Siehe auch AG Dachau, Urteil vom 10. Juli 2001, MMR 2002, 179, wonach das unverlangte Übersenden einer sofort als Werbemail erkennbaren Email an ein Unternehmen der IT-Branche keinen Schadensersatzanspruch auslöst.

[852] AG Brakel, Urteil vom 11. Februar 1998 – 7 C 748/97, MMR 1998, 492.

[853] AG Augsburg, Beschluss vom 19. Oktober 1998 – 2 O 34416/98, NJW-CoR 1999, 52.

[854] LG Dortmund, Urteil vom 30. August 2005 – 19 O 20/05.

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 Email 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.[856] Vereinzelt wird allerdings angenommen, dass die bloß vereinzelte Zusendung einer Werbe-Email nicht den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt, der Betroffene folglich ein Hauptsacheverfahren einleiten muss.[857]

Diese Grundsätze gelten auch für die Werbung politischer Parteien.[858] So haften diese als mittelbarer Störer, wenn sie auf ihrer Homepage E-Cards mit werbendem Inhalt bereitstellen, die dann an jeden beliebigen Dritten weitergeleitet werden können. Ähnlich verboten sollen auch Produktempfehlungen mit Zusatzwerbung sein.[859] Dies gilt jedenfalls im Falle von Quelle, bei dem Reklame in die Produktempfehlungs-E-Mails integriert worden war, die jedoch vom Absender beim Abschicken 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.[860]

Voraussetzung für die Unzulässigkeit der Zusendung der unverlangten Werbung per E-Mail ist jedoch immer, dass der Empfänger mit der Zusendung nicht einverstanden ist. Dabei trägt der Absender die Beweislast für das Bestehen eines Einverständnisses.[861] Die Tatsache, dass ein Nutzer seine E-Mail-Adresse freiwillig in ein für jedermann zugängliches E-Mail-Verzeichnis hat eintragen lassen, führt aber 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

---

[855] LG Berlin, Urteil vom 13. Oktober 1998 – 16 O 320/98, MMR 1999, 43 = NJW-CoR 1999, 52. Ebenso Urteil vom 16. Mai 2002, CR 2002, 606 und Urteil vom 26. August 2003, MMR 2004, 44.
[856] Ebenso LG Braunschweig, MMR 2000, 50 im Bereich des § 1 UWG; AG Kiel, MMR 2000, 51.
[857] LG Karlsruhe, Urteil vom 25. Oktober 2001, MMR 2002, 402.
[858] AG Rostock, Urteil vom 28. Januar 2003, MMR 2003, 345.
[859] OLG Nürnberg, Urteil vom 25. Oktober 2005 – 3 U 1084/05.
[860] OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Oktober 2005- I-20 U 64/05.
[861] KG, Beschluss vom 8. Januar 2002, MMR 2002, 685. LG Berlin, Urteil vom 16. Mai 2002, CR 2002, 606; Urteil vom 26. August 2003, MMR 2004, 44.

am Ende der Mail mitverschickt.[862] Dies erfolgt meist, um einen kostenlosen E-Mail-Dienst zu nutzen oder Webmiles zu bekommen. In einem solchen Fall bestehen gegen den Versender wohl kaum eine Handhabe. Das Werbeunternehmen kann aber weiterhin aus § 3 UWG in Anspruch genommen werden.

Im Übrigen läßt § 7 Abs. 3 des neuen UWG n. F. nunmehr ein modifiziertes Opt-out zu, in Umsetzung von Art. 13 Abs. 2 der Datenschutzrichtlinie über elektronische Kommunikation.[863] Werbemails dürfen danach 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 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.[864]

Der betroffene Access Provider kann technisch und rechtlich reagieren.[865] Zu beachten ist aber, dass er zwar für Wettbewerbsverstöße via Internet nicht haftet, aber zur Sperrung der Nutzung im Rahmen technischer Möglichkeiten verpflichtet ist.[866]

Als technische Abwehrmaßnahmen des Mailers 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-

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

[863] 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.

[864] LG Karlsruhe, Urteil vom 25. Oktober 2001, MMR 2002, 402.

[865] Siehe dazu die Infos unter http://www.rewi.hu-berlin.de/~gerlach/falsche-email-adressen.html; http://www.dr-ackermann.de/spam/faq.htm.

[866] OLG Karlsruhe, Urteil vom 8. Mai 2002, MMR 2002, 613 = CR 2002, 751.

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. 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 telekommunationsrechtlich und datenschutzrechtlich problematisch sein kann. Der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe[867] 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 außen-stehenden Dritten,

[867] Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss vom 10, Januar 2005 – 1 Ws 152/04.

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.

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.

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.[868] In der Zwischenzeit ist diese Frage zumindest für den Bereich der Mediendienste im Mediendienstestaatsvertrag der Länder geregelt. Soweit ein Online-Dienst als Mediendienst im Sinne dieses Vertrages anzusehen ist (s. o.), muss bei seiner inhaltlichen Konzeption Werbung als solche klar erkennbar und vom übrigen Inhalt der Angebote eindeutig getrennt sein (§ 13 Abs. 1 S. 1 MStV). Unklar bleibt aber, ob das Trennungsgebot über den Bereich der Mediendienste hinaus auch auf andere Dienste übertragbar ist.[869] Wahrscheinlich wird man das Prinzip behutsam und mit Bedacht einsetzen müssen.

[868] Hoeren, Internationale Netze und das Wettbewerbsrecht, in: Jürgen Becker (Hg.), Rechtsprobleme internationaler Datennetze, UFITA-Schriftenreihe 137, Baden-Baden (Nomos) 1996, S. 35 – 56.
[869] Siehe auch Gummig, ZUM 1996, 573.

Angesichts seiner Herkunft aus dem Presse- und Rundfunkrecht scheint eine Anwendung bei Mediendiensten, die ja schon ihrer Natur presse- oder rundfunkähnlich gestaltet sind, essentiell: Wer bislang im Rahmen der geltenden Presse- und Rundfunkgesetze an das Trennungsgebot gebunden war, soll diese Bindung nicht dadurch unterlaufen können, dass er Internet-Radio betreibt oder seine Zeitung über das WWW anbietet. Abseits dieses Bereichs scheint mir eine Bindung kaum noch adäquat: 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.

Im Übrigen hat das Kammergericht[870] 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[871] 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 § 7 Nr. 1 TDG für Werbung eine klare Kennzeichnung zur Abgrenzung des redaktionellen Teils verlange (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

[870] KG; Urteil vom 4. September 2001, MMR 2002, 119 mit Anm. Becker.

quasi als Gegenleistung für kostenlose Informationen Werbung erwarten. Würde man das annehmen, wäre die Kennzeichnungspflicht und der Trennungsgrundsatz aus § 7 Nr. 1 TDG seines Sinnes entleert.

c) Hyperlinks

Literatur:
Torsten Bettinger/Stefan Freytag, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links, in: CR 1998, 545; Christoph Claus, Hyperlinks und die Nutzung und Verwertung von geschützten Inhalten im Internet, Berlin 2004; Stefan Ernst/Andreas Wiebe, Immaterialgüterrechtliche Haftung für das Setzen von Links und vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: MMR-Beilage 8/2001, 20; Stefan Ernst u.a., Hyperlinks. Rechtsschutz. Haftung. Gestaltung, Köln 2002; Norbert P. Flechsig/Detlev Gabel, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, in: CR 1998, 351; Thomas Hoeren, Keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr gegen Hyperlinks? – Anmerkung zum BGH-Urteil „Paperboy", in: GRUR 2004, 1; Roger Mann, Zur äußerungsrechtlichen Verantwortlichkeit für Hyperlinks in Online-Angeboten, in: AfP 1998, 129; Alexander Koch, Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Setzen von Hyperlinks auf missbilligte Inhalte, in: MMR 1999, 704; Irini E. Vassilaki, Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Einrichten und Aufrechterhalten von elektronischen Verweisen (Hyperlinks), in: CR 1999, 85; Jens von Lackum, Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen, in: MMR 1999, 697; Arthur Waldenberger, Der juristische Dauerbrenner. Haftung für Hyperlinks im Internet – ein Fall des LG Hamburg, in: 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 (s. u.). Auch kann in der Verwendung eines Links eine urheberrechtliche Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG gesehen werden, wenn bei Aktivierung des Links ein Fenster mit der fremden Website erscheint.[872]

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.[873] Hyperlinks stellen das Kennzeichen des World Wide Web dar. Wer sich und sein Unternehmen im Internet präsentiert, weiß, dass andere Internetteilnehmer durch

---

[871] LG Berlin, Urteil vom 26. Juli 2005 -16 O 132/05.
[872] LG Hamburg, Urteil vom 12. Juli 2000, MMR 2000, 761. Anders der österr. OGH, Beschluss vom 17. Dezember 2002, K&R 2003, 420 für den Fall eines deutlichen Copyright-Vermerks.
[873] So jetzt ausdrücklich BGH, Urteil vom 17. 7. 2003 = NJW 2003, 3406 = GRUR 2003, 958 = WRP 2003, 1341 = MMR 2003, 719 – Paperboy; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. Juni. 1999, MMR 1999, 729 – Baumarkt; siehe auch Viefhues in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, Kap. 6 Rdnr. 197. Anders allerdings

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) 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 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 Vorspann für eigene wirtschaftliche Zwecke auszunutzen.[874] 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.[875] 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.

LG Hamburg, Urteil vom 2. Januar 2001, CR 2001, 265, das alle Hyperlinks zwischen Wettbewerbern als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen hat.
[874] BGHZ 40, 391, 398 – Stahlexport; 86, 90, 95 – Rolls-Royce; GRUR 1969, 413, 415 – Angelique II.
[875] BGH, GRUR 1976, 375 – Raziol.

Daher liegt hier eher das Element des unlauteren Vorspanns vor, das nur durch eine Zustimmungserklärung des betroffenen Unternehmens aus der Welt geschafft werden kann.

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).[876] Ferner kommt auch eine Verletzung von bestehenden Kennzeichenrechten in Betracht.[877] 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.[878] Dies entspricht auch der Rechtslage in anderen Staaten, die solche Inline-Linking-Verfahren als irreführend verbieten.[879]

In diesen Fällen lohnt sich ein Link-Agreement. Der Inhalt könnte z.B. sein: „Sie können Links auf unsere Homepage legen. Wir bestehen jedoch darauf, dass unsere Webseiten alleiniger Bestandteil des Browser-Fensters sind. Die Informationen dürfen im Übrigen nicht verändert oder verfälscht werden. Die Vervielfältigung von Texten, Textteilen und Bildmaterial bedarf unserer vorherigen Zustimmung."

cc) Deep Linking

Streitig ist, ob das Setzen eines Links nicht generell gegen § 3 UWG verstößt. Das OLG Celle sah im Setzen zahlreicher Links auf im Internet verstreute Immobilienanzeigen ein unlauteres

[876] 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-newsco.uk/opinion.html. Dazu auch Chris Reed, Copyright in WWW Pages, in: Computer Law & Security Report 13 (1997), 167.

[877] 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.

[878] Siehe dazu auch OLG Celle, Urteil vom 12. Mai 1999, CR 1999, 523 mit Anm. de Selby; LG Berlin, Urteil vom 21. Mai 1996 – 16 O 171/96, CR 1997, 216 (Leitsatz), das die Übernahme von fremden Stellenanzeigen in ein eigenes Internetangebot als unlauter angesehen; LG Lübeck, Urteil vom 24. 11. 1998, NJW-CoR 1999, 429, 429.

[879] Vgl. Shetland Times Ltd. VOM Wills, Scot. Sess-Cas. (Oct. 24, 1996), EIPR 1 (1996), 723; Ticketmaster Corp. VOM Tickets.com, 2000 US Dist. LEXIS 12987, 2000 WL 1887522 (C.D. Cal 2000).

Schmarotzen.[880] Das OLG Düsseldorf hingegen sah in der mit dem Link verbundenen Auswahl einzelner Seiten eines fremden Internetangebots keine Lauterkeitsprobleme.[881] Für unzulässig hielt das LG Hamburg einen Link, der zahlreiche Funktionen einer eigenen Datenbank in ein separates Fenster aufnimmt, jedes Bookmarking auf das fremde Angebot ausschließt.[882] Das LG Hamburg will im Übrigen generell jedweden Link im Business-to-Business als unlauter im Sinne von § 3 UWG ansehen.[883]

Großzügig hat allerdings 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.[884] Diese Auffassung hat der BGH nunmehr 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 lediglich den Abruf vom Berechtigten öffentlich zugänglich gemachter Informationsangebote ermöglichen.[885]

dd) Hyperlinks in elektronischen Presseerzeugnissen

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch die Verwendung von Hyperlinks in elektronischen Presseerzeugnissen. 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

[880] OLG Celle, Urteil vom 12. Mai 1999, MMR 1999, 480 mit Anm. Hoffmann.
[881] OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. Juni 1999, MMR 1999, 729 – Baumarkt.
[882] LG Hamburg, Urteil vom 12. Juli 200, MMR 2000, 761 = CR 2000, 776 mit Anm. Metzger.
[883] LG Hamburg, Urteil vom 2. Januar 2001, CR 2001, 265, das alle Hyperlinks zwischen Wettbewerbern als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen hat.
[884] OLG Köln, Urteil vom 17. Oktober 2000 – 6 U 71/00 (noch unveröff.).

Vordergrund stehe und die unvermeidlich damit verbundene Werbewirkung nur als eine in Kauf zu nehmende Nebenfolge erscheine.[886]

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.[887] 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, verschwimmen 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.[888]

d) Meta-Tags

Literatur:
Stefan Day, Kennzeichenrechtsverletzungen durch Metatags, in: AJP 1998, 1463; Thomas Höhne, Von Hyperlinks und Metatags, MuR 2001, 109; Kochinke/Tröndle, Links, Frames und Meta-Tags – Urheber- und markenrechtliche Implikationen im Internet, in: CR 1999, 190; Andreas Heim, Zur Makenbenutzung durch Meta-Tags, in: CR 2005, 200; Noogie Kaufmann, Metatagging – Markenrecht oder reformiertes UWG?, in: MMR 2005, 348; Kotthoff, Fremde Kennzeichen in Metatags: Marken- und Wettbewerbsrecht, in: K&R 1999, 157; Annette Kur, Metatag – Pauschale Verurteilung oder differenzierende Betrachtung?, in: CR 2000, 448; Dan 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, in: WRP 1999, 982; Schmidt-Bogatzky, Zeichenrechtliche Fragen im Internet, in: GRUR 2000, 959; Clemens Thiele, Meta-Tags und das österreichische Wettbewerbsrecht, in: ÖJZ 2001, 168; Robert Tucker, The Tortious Misuse of Links, Frames, Metatags and Domain Names, in: Vanderbilt Journal of Law & Technology 4 (1999), 8; Varadinek, Trefferlisten von Suchmaschinen im Internet als

---

[885] BGH, Urteil vom 17. 7. 2003 = NJW 2003, 3406 = GRUR 2003, 958 = MMR 2003, 719 – Paperboy.
[886] BGHZ 50, 1 = GRUR 1968, 645 – Pelzversand; BGH, GRUR 1968, 382 – Favorit II; OLG Köln, AfP 1972, 289; OLG Düsseldorf, WRP 1986, 556, 558; OLG Frankfurt, WRP 1985, 37, 37f.
[887] So auch pro Link KG, Urteil vom 4. September 2001, MMR 2002, 119.
[888] Auf weitere Fallgruppen soll hier nicht eingegangen werden. So wäre zum Beispiel an den Einsatz von Hyperlinks für Zwecke vergleichender Werbung (§ 2 UWG) und als Teil einer Schmähkritik zu denken.

Werbeplatz für Wettbewerber, in: GRUR 2000, 279; Martin Viefhues, Internet und Kennzeichenrecht: Meta-Tags, in: MMR 1999, 336; Bettina Wendlandt, Cybersquatting, Metatags und Spam, München 2002.

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 „Metatags" angegebenen Begriffe ein. Dies führt dazu, dass bei der Eingabe dieser Bezeichnung in Suchmaschinen u.a. auch die Internetadresse des Tag-Setzers verwiesen wird. So könnte z.B. ein Ford-Techniker auf die 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.[889] Eine verbotene Markenbenutzung liege auch vor, wenn jemand im nicht sichtbaren Teil einer Homepage 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.[890] Anderer Auffassung ist das OLG Düsseldorf.[891] 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.

---

[889] OLG München, Urteil vom 6. April 2000, MMR 2000, 546 mit Anm. Strittmatter = CR 2000, 461 = WRP 2000, 775; ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. Oktober 2003- 6 U 112/03 – Deutscher Video Ring. OLG Hamburg, Urteil vom 06. Mai 2004 – 3 U 34/02; LG Frankfurt, Urteil vom 3. Dezember 1999, CR 2000, 462; LG Hamburg, Urteil vom 13. September 1999, CR 2000, 121; LG Mannheim, CR 1998, 306). Ähnlich auch in den USA Brookfield Communications Inc. VOM West Coast Entertainement Corp., 174 F 3d 1036, 9th Cir. 1999 sowie in den UK der High Court siehe den Bericht in http://www.out-law.com/php/page.php3?page_id=metatagandsearch1022067199.
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.

[890] LG Hamburg, Urteil vom 6. Juni 2001, CR 2002, 374 mit krit. Anm. Beckmann.

[891] OLG Düsseldorf, Urteil vom 01. Oktober 2002 – 20 U 93/02; Urteil vom 15. Juli.2003 – 20 U 21/03 – impuls; Beschluss vom 17. Februar 2004, MMR 2004, 319 = CR 2004, 462 – Kotte/Zeller.

Wiederum sehen andere Gerichte in der Verwendung von Metatags keine Kennzeichenverletzung, dafür aber eine Verletzung von § 3 UWG, sofern die Suchworte noch in einem weiten Zusammenhang mit dem Leistungsangebot des Anbieters stehen; die Grenze zur Unlauterkeit sei aber überschritten, wenn viele hundert lexikonartig aneinander gereihte Begriffe aufgeführt werden.[892] 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.

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 Markenprodukte (einschließlich der Logos) für den Verkauf ihrer Produkte zu verwenden.[893] Fraglich ist aber, ob dies zum Beispiel auch den tausendfachen Gebrauch des Wortes „Miele“ in den Metatags abdecken würde. Hier wäre wohl an § 3 UWG zu denken, wenn der Händler sich durch solche Massenverwendungen eines geschützten Begriffs eine ihm (gerade im Verhältnis zum Hersteller) nicht zukommende Position in der Suchmaschine sichert. 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[894] gegenüber dem LG Düsseldorf[895] klargestellt hat.

Das LG Essen[896] ist der Auffassung, dass Font-Matching wettbewerbsrechtlich unzulässig sei. Mit Font-Matching wird eine bereits etwas ältere Technik zur Manipulation von Suchmaschinen bezeichnet. 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. Die Beklagte hatte in der beschriebenen Weise etliche tausend Begriffe, die mit dem Inhalt der Webseite in keinem Zusammenhang standen, auf der Webseite platziert.

---

[892] LG Essen, Urteil vom 26. Mai 2004 – 44 O 166/03 – Metatag-Kompendium.
[893] Urteil vom 23. Februar 1999, JZ 1999, 835 = WRP 1999, 407,411.
[894] Urteil vom 1. Oktober 2002, WRP 2003, 104.
[895] LG Düsseldorf, Urteil vom 27. März 2002, MMR 2002, 557 = K&R 2002, 380 = ITRB 2002, 153 = CR 2002, 610.
[896] Urteil vom 26.5.2004 – 44 O 166/03.

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.

Verboten ist auch 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 UWG.[897] 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". [898]

e) Kartenfuchs und Sonstiges

Literatur:
Stefan/Leible/Olaf Sosnitza, Sniper-Software und Wettbewerbsrecht, in: CR 2003, 344; Markus Rössel, Der Wettlauf um Suchmaschinen, in: CR 2003, 349.

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.[899]

Bannerwerbung in Form des „**Keyword Advertising**“ verstößt unter dem Aspekt der Rufausbeutung und der Kundenumleitung[900] gegen § 3 UWG.[901] Unter diese Kategorie fallen allerdings nur Konstellationen, in denen jemand eine Verbindung des Suchworts mit einer für den Konkurrenten geschützten Marke kauft.

[897] KG, Beschluss vom 4. März 2005, MMR 2005, 315.
[898] OGH, Beschluss vom 12.07.2005 – Az.: 4 Ob 131/05a.
[899] LG Frankfurt, Urteil vom 17. November 2000, CR 2001, 125 mit Anm. Leible.
[900] BGH, GRUR 1960, 431.
[901] LG Berlin, Beschluss vom 12. Januar 2001 – 15 O 22/01, K&R 2001, 171 mit Anm. Michael. Ähnlich auch LG Hamburg, Urteil vom 16. Februar 2000, CR 2000, 392.

Wenn bei einer Suchmaschine bei der Abfrage nur ein Gattungsbegriff mit einem Banner verknüpft wird (Heizkesselunternehmen bei Eingabe von „Heizung“ und „Solar“), ist das kein Abwerben potentieller Kunden im Sinne von § 3 UWG.[902] Verurteilt worden ist in jüngster Vergangenheit allerdings Google wegen ihrer Praxis der Namensvergabe. So untersagte das Landgericht Hamburg Google per einstweiliger Verfügung[903] die Schaltung von Keyword-Advertisement für die Domain preisserver.de unter dem Keyword „Preispiraten“. [904] Ähnlich restriktiv sieht das LG München die Rechtslage bei der Nutzung von Marken als Keywords.[905] So soll die Benutzung eines Markennamens als bloßes Keyword im Rahmen von Google AdWords einen kennzeichenmäßigen Gebrauch und somit eine Markenverletzung darstellen.[906]

Das Angebot, eine **kostenlose Registrierung einer „.de“-Adresse** durchzuführen, verstößt auch unter dem Gesichtspunkt der Wertreklame nicht gegen § 3 UWG.[907] Das LG Hamburg hat einen Internetdienst untersagt, der es Kunden von eBay erlaubt, erst kurz vor dem Auktions-Ende selbsttätig Gebote auf Verkaufsangebote abzugeben (sog. Sniper).[908] 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[909] hat entschieden, dass **PopUp-Fenster**, die sich öffnen, wenn ein Internetnutzer eine Website verlassen möchte, 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 Surfern auf den entsprechenden Webseiten festzuhalten. Die Richter vergleichen dies mit der Werbung durch

---

[902] LG Frankfurt, Urteil vom 13. September 2000 – 2/06 O 248/00, K&R 2001, 173.
[903] Urteil vom 14. November 2003 – 312 O 887/03. Ähnlich auch Tribunale de grande instance Nanterre TGI Nanterre, Urteil vom 13 Oktober 2003, Sté Viaticum et Sté Luteciel c/Sté Google France, abrufbar unter http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=367.
[904] LG Hamburg, Beschluss vom 14.11.2003 – 3 12 O 887/03; LG München, Beschluss vom 03.12.2003 – 33 O 21461/03; LG Hamburg, Urteil vom 21. September 2004 – 312 O 324/04; LG Leipzig, Urteil vom 8.02.2005 – 05 O 146/05; LG Düsseldorf, Urteil vom 30.3.2005 – 2a O 10/05.
[905] LG München, Beschluss vom 27. Oktober 2005 – 9 HK O 20800/05.
[906] Anderer Auffassung (kein Verbot) OLG Dresden, Urteil vom 30. August 2005 – 14 U 0498/05; LG Leipzig, Urteil vom 08.02.2005 – 5 O 146/05; LG Hamburg, Urteil vom 21.12.2004 – 312 O 950/04; Urteil vom 21.12.2004 – A 312 O 950/04.
[907] KG, Urteil vom 24. November 2000, MMR 2001, 708 mit Anm. Hoffmann.
[908] LG Hamburg, Urteil vom 16. Juli 2002, CR 2002, 763; siehe dazu kritisch Leible/Sosnitza, CR 2003, 344 und K&R 2003, 300. Anderer Auffassung auch LG Berlin, Urteil vom 11. Februar 2003, K&R 2003, 294.

unerwünschte E-Mails, weil der Surfer auch hier gegen seinen Willen gezwungen werde, Informationen und Angebote wahrzunehmen.
Als irreführend angesehen wurde ferner die Werbeaussage „X eröffnet Ihnen den einfachen Weg ins Netz: **Schnell, sicher, kostengünstig**." wegen der ungesicherrten Behauptung der Sicherheit.[910] Wettbewerbswidrig ist es, im Internet Pressererklärungen über Beschlussverfügungen zu verbreiten, die ohne Anhörung des Antragsgegners ergangen sind.[911]

Nicht wettbewerbswidrig ist der Einsatz von **Werbeblockern**. Der BGH[912] 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 übertragen, 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[913] 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 oder 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.
Nach Auffassung des OLG war die Klausel nicht zu beanstanden. Beim Direkterwerb durch den Beklagten seien die AGB deshalb mit in den Vertrag miteinbezogen 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

[909] Urteil vom 26 März 2003, MMR 2003, 486 = K& R 2003, 525 (Ls.) mit Anm. Mankowski. Ähnlich auch Leupold u.a., WRP 2000, 575, 591.
[910] OLG Hamburg, Urteil vom 31. Oktober 2002, VersR 2003, 1554.
[911] LG Düsseldorf, Beschluss vom 30. März 2004 – 34 O 53/04.
[912] BGH, Urteil vom 24. Juni 2004, CR 2004, 760.
[913] OLG Hamburg, Urteil vom 3. Februar 2005 – 5 U 65/04

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 Ügrigen 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.[914]

In jüngerer Zeit häufen sich gerichtliche Auseinandersetzungen zur Frage der nach § 184 StGB notwendigen **Altersverifikation im Pornobereich**.[915] Das BVerwG[916] 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.[917] Zweifelhaft sind auch PostIdent-Verfahren bei der Bestellung von Versandware im Internet, hier soll nach Aufassung des OLG München[918] 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.

[914] AG Frankfurt, Urteil vom 20.04.2006 – 31C 3120/05–17; wenngleich das Gericht im konkreten Fall einen Anspruch auf Zustimmung zur Übertragung gegen den DFB annahm.
[915] Siehe dazu die gute Problemübersicht bei http://www.coolspot.de/avs/.
[916] Urteil vom 20. Februar 2002 – 6 C 13/01; abrufbar unter: http://www.jugendschutz.net/pdf/bverwg220202.pdf.
[917] OLG Nürnberg, Beschluss vom 7. März 2005 – 3 U 4142/04, MMR 2005, 464. Ähnlich auch KG, Urteil vom 13. September 2004, MMR 2005, 474; LG Hamburg, Urteil vom 14. September 2004 – 312 O 732/04.; LG Krefeld, Urteil vom 15. September 2004 – 11 O 85/04; LG Duisburg, Urteil vom 30. August 2004, CR 2005, 226. Anderer Ansicht LG Düsseldorf, Urteil vom 28. Juli 2004 – 12 O 19/04.
[918] Urteil vom 29. Juli 2004 – 29 U 2745/04. http://www.aufrecht.de/3489.html.

3. Prozessuale Fragen

Ein Wettbewerbsprozess, der sich mit der Zulässigkeit einer Werbeaussage im Internet beschäftigt, hat eine Reihe besonderer verfahrensrechtlicher Schwierigkeiten. Zum einen ist zu beachten, dass eine genaue Bezeichnung der inkriminierten Homepage notwendig ist. Im Hinblick auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist es wichtig, die URL der Seite genau zu kennzeichnen; der bloße Verweis auf die zentrale Einstiegsseite dürfte problematisch sein. Auch der Inhalt der zu ahndenden Seite ist im Antrag wiederzugeben. Dies ist besonders deshalb wichtig, weil Homepages jederzeit leicht und unauffällig veränderbar sind, so dass eine genaue Bestimmung im Nachhinein unmöglich wird.
Zum anderen ist zu beachten, dass bei Unterlassungsansprüchen **eine Untersagung von Werbung im Ausland** traditionell nicht möglich ist. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte hört insoweit an den Staatsgrenzen auf. 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[919] oder die Verletzung von Informationspflichten. Meist versuchen clevere Anwälte 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 (wenn auch in zweifelhafter Weise) aus dem Gedanken der Geschäftsführung ohne Auftrag. 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. § 13 Abs. 5 UWG vorliegt.[920] 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 liege dann vor,

[919] LG Hamburg, Urteil vom 27. Januar 2004 – 315 O 627/03 (Anerkenntnisurteile ohne Gründe).
[920] 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.

wenn der Anwalt in der Vergangenheit zahlreiche gleich gelagerte Abmahnungen verschickt hat und in einer weiteren Abmahnung neben den Interessen des Konzerns auch noch die rechtlichten Belange von fünf weiteren Tochterunternehmen wahrnimmt. 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[921] vertritt im Übrigen die Aufassung, 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 gleichfalls durch eine Sekretärin erfolgen. Das LG Freiburg hat bei einer einfachen Konstellation des Domain-Grabbings einen Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten abgelehnt.[922]

Zu beachten ist ferner, dass eine Abmahnbefugnis als unmittelbarer Verletzter bzw. Mitbewerber i.S.v. § 13 Abs. 2 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.[923]

[921] AG Charlottenburg, ZUM 2005, 578
[922] LG Freiburg, Urteil vom 28. Oktober 2003, MMR 2004, 41.
[923] OLG Jena, Beschluss vom 18. August 2004, CR 2005, 467 (Leitsatz).

§ 7 E-Contracting: Der Vertrag mit Kunden im Cyberlaw

I. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:
Bachmann, Internet und IPR, in: Michael Lehmann (Hg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 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, in: RIW 2002, 179; Uwe Blaurock, Grenzüberschreitende elektronische Geschäfte, in: Hohloch (Hg.), Recht und Internet, Baden-Baden 2001, 31; Hübner, Vertragsschluss und Probleme des Internationalen Privatrechts beim E-Commerce, in: ZgesVW 2001, 351; Jäger, Rechtsgeschäftliches Handeln und Auftreten im Internet, Neuwied 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; ders., Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ (63) 1999, 203; ders., 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, Köln 2005, 403; Hohloch (Hg.), Recht und Internet, Baden-Baden 2001, 9; Terlau, Internationale Zuständigkeit, in: Wildemann, Vertragsschluss im Netz, München 2000.

Im Internet werden eine Reihe von Verträgen mit grenzüberschreitendem Charakter geschlossen. Auf diese darf nicht einfach unser deutsches 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. Juni 1980[924] beruhen und damit ein EU-einheitliches Regime von Anknüpfungen für Schuldverhältnisse enthalten. Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 EGBGB gehen diesem autonomen Kollisionsrecht jedoch völkerrechtliche Vereinbarungen vor, sofern diese unmittelbar anwendbares innerstaatliches

[924] 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.

Recht geworden sind. Als eine solche Vereinbarung kommt insbesondere das sogenannte UN-Kaufrecht (Convention on the International Sale of Goods – CISG)[925] 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[926]. 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 ausgehen, 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.[927]

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 denen auf beiden Seiten freiberuflich oder gewerblich Tätige beteiligt sind. Nach Art. 27

[925] Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den Internationalen Warenkauf, BGBl. II 1989, 588.
[926] Siehe Diedrich, Autonome Auslegung von Internationalem Einheitsrecht, Baden-Baden 1994, 174; ders. 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.
[927] Zu beachten ist ferner, dass die UNCITRAL im September 2001angefangen hat, über Modelle für eine Vereinheitlichung des Rechtes über elektronische Vertragsabschlüsse nachzudenken; siehe dazu Bernstorff, RIW 2002, 179 ff.

EGBGB unterliegt ein solcher Vertrag vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht. Auch in AGB kann eine Rechtswahlklausel enthalten sein[928]. 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[929].

Wenn die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, gilt nach Art. 28 Abs. 1 S. 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 S. 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 S. 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[930]. 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[931]. Beim Downloading besteht diese im Zur-Verfügung-Stellen der Software, so dass das Recht am Sitz des Software-Anbieters für das Verpflichtungsgeschäft maßgeblich ist[932], auch wenn sich ein ausländischer Anbieter eines deutschen Servers bedient[933]. 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[934]. Der Lizenznehmer ist nach dieser Auffassung derjenige, der für den Vertrieb und Handel mit den Wertkopien verantwortlich ist; insofern soll er auch die den Vertrag prägende Leistung erbringen. Eine Ausnahme wird nur bejaht, wenn die Leistung

[928] Waldenberger, BB 1996, 2365, 2370 m.w.N.
[929] BGHZ, JZ 1969, 261; WM 1969, 1140, 1141; OLG Hamburg, VersR 1982, 236.
[930] Mankowski, RabelsZ (63) 1999, 203, 220l.
[931] Mankowski, RabelsZ (63) 1999, 203, 220 f.
[932] Busse, CR 1996, 389, 392.
[933] Pfeiffer, NJW 1997, 1207, 1214.
[934] BGH, GRUR 1960, 447, 448 – Comics; OLG Hamburg, UFITA 26 (1958), 344, 350.

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[935]. 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 S. 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[936].

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[937]. 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.

4. Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht

Literatur:
Götting, Anwendbares Aufsichtsrecht bei Finanzdienstleistungen im Internet, in: CR 2001, 528; Hoppmann/Moos, Rechtsfragen des Internet-Vertriebs von Versicherungdienstleistungen, in: Kröger/Gimmy d.h. (Hg.), Handbuch zum Internet-Recht 2000, 486; Micklitz/Ebers, Der Abschluss von privaten Versicherungsverträgen im Internet,

[935] Ernst, JuS 1997, 776, 777; Martiny, ZeuP 1999, 246, 259.
[936] Hoeren, Rechtsfragen des Internet, 1998 Rdnr. 279; Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203, 226-230; Junker, RIW 1q999, 809, 818.
[937] BGHZ 135, 124, 135 f.

in: VersR 2002, 641; Winter, Internationale Online-Versicherung als Korrespondenzversicherung, in: VersR 2001, 1461.

Besondere Anknüpfungen finden sich im internationalen Versicherungsvertragsrecht. Die grundsätzlich für das deutsche Kollisionsrecht einschlägige Regelungen der Art. 27 – 37 EGBGB finden gem. Art. 37 Nr. 4 EGBGB keine Anwendung (eine Ausnahme gilt nur für Rückversicherungen). 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).

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:
Birk, § 119 BGB als Regelung für Kommunikationsirrtümer, in: JZ 2002, 446; Brauner, Das Erklärungsrisiko beim Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen, Witterschick 1988; Brehm, Zur automatisierten Willenserklärung, in: Festschrift für Niederländer 1991, 233; Werner Brinkmann, Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über

Bildschirmtext, in: BB 1981, 1183; Burgard, Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle, in: WM 2001, 2102; Cichon, Internetverträge. Verträge über Internet-Leistungen und E-Commerce, Köln, 2. Auflage, 2005; Cornelius, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, in: MMR 2002, 353; Dörner, Rechtsgeschäfte im Internet, in: AcP 202 (2002), 363; Ruff, Vertriebsrecht im Internet, Berlin 2003; Graf Fringuelli/Wallhäuser, Formerfordernisse beim Vertragschluss im Internet, in: CR 1999, 93; Fritzemeyer/Heun, Rechtsfragen des EDI, in: CR 1992, 129 und 198; Fritzsche/Malzer, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierte Willenserklärungen, in: DNotZ 1995, 3; Hellner, Rechtsfragen des Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des Bildschirmtextverfahrens, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, hrsg. von Hadding u.a., Berlin 1984, 251; von Herget/Reimer, Rechtsformen und Inhalte von Verträgen im Online-Bereich, in: DStR 1996, 1288; Heun, Elektronisch erstellte und übermittelte Dokumente und Schriftform, in: CR 1995, 2; Holzbach//Süßenberger, Vertragsrecht, in: Moritz/Dreier (Hg.), Rechtshandbuch E-Commerce, 2. Auflage, Köln 2005, 346 und 416; Hübner, Vertragsschluss und Probleme des Internationalen Privatrechts beim E-Commerce, in: ZgesVW 2001, 351; Jäger, Rechtsgeschäftliches Handeln und Auftreten im Internet, Neuwied 1999; Koch, Einbeziehung und Abwehr von Verkaufs-AGB im b2b-commerce, in: K&R 2001, 87; Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, in: AcP 182 (1982), 126; Kuhn, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, München 1991; Moritz, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr, in: CR 2000, 61; Redeker, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, in: NJW 1984, 2390; ders., Der Abruf von Informationen im Bildschirmtextsystem als Rechtsgeschäft, in: DB 1986, 1057; Scherer/Butt, Rechtsprobleme bei Vertragsschluss via Internet, in: DB 2000, 1009; Schmidt, Rationalisierung und Privatrecht, in: AcP 166 (1966), 1; Jochen Taupitz/Thomas Kritter Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, in: JuS 1999, 839; 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[938]. 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.[939] Dies gilt vor allem für den Vertragsschluss über autonome elektronische Agenten; denn in der Einrichtung des Agenten selbst liegt eine willentliche Vorbereitungshandlung, aufgrund derer

[938] Siehe auch OLG Oldenburg, CR 1993, 558; LG Essen, Urteil vom 13. Februar 2003, 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.

[939] Köhler, AcP 182 (1982), 126, 132; Mehrings, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, 13.1.2004 Rn. 23 f. mit weit. Nachw. Anderer Ansicht früher Susat/Stolzenburg, MDR 1957, 146; Clemens, NJW 1985, 1998, 2001 f.

Erklärungen des Agenten dem Anwender zugerechnet werden können.[940] Nicht als Willenserklärung anzusehen sind Mails, wonach die eingegangene Bestellung bearbeitet werde (Bestätigungsmail isv § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB).[941] Anders soll der Fall liegen, wenn die Mail darauf verweist, dass der Auftrag „ausgeführt" werde.[942]

Soweit Betreiber von Webshops auf der Homepage keine Angaben über Lieferfristen machen, muss der Versand sofort erfolgen. [943] Mangele es an einem entsprechenden Hinweis, liegt eine irreführende Werbung i.S.v. § 5 Abs. 5 S. 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.

Besonderheiten sind im Bereich der **Versicherungswirtschaf**t zu bedenken. Dort bestehen zwei verschiedene Vertragsmodelle: **das Antrags- und das Policenmodell**. Beide Verfahren stehen in rechtlicher Hinsicht gleichwertig und gleichberechtigt nebeneinander. Es ist daher nicht zutreffend, dass Policenmodell nur als Notmodell einzustufen.[944]
Beim Antragsmodell vollzieht sich der Vertragsschluss, indem der Kunde einen bindenden Antrag auf Abschluss einer Versicherung stellt und der Versicherungsnehmer seine Annahme regelmäßig mit der Zusendung des Versicherungsscheins erklärt. Bei der Antragstellung sind dem Versicherungsnehmer die notwendigen, schriftlich zu erteilenden Verbraucherinformationen nach § 10 a VAG bereits überlassen worden. Soweit der Antrag schriftlich gestellt worden ist, hat der Versicherungsnehmer unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 VVG die Möglichkeit, seine Willenserklärung schriftlich zu widerrufen. Der Beginn der vierzehntägigen Widerrufsfrist beginnt erst, wenn der Versicherer den Versicherungsnehmer über sein Widerrufsrecht belehrt und der Versicherungsnehmer die Belehrung durch Unterschrift bestätigt hat. Bei einem mündlich gestellten Antrag des

[940] 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.
[941] LG Essen, Urteil vom 13. Februar 2003, NJW-RR 2003, 1207; LG Hamburg, Urteil vom 15. November 2004, MMR 2005, 121 mit Anm. Lindhorst; AG Butzbach, CR 2002, 765; anders AG Wolfenbüttel, MMR 2003, 492.
[942] LG Köln, MMR 2003, 481; LG Gießen, NJW-RR 2003, 1206.
[943] BGH, Urteil vom 7.4.2005, MMR 2005, 531

Versicherungsnehmers ist umstritten, ob sich für diesen das Widerrufsrecht des § 8 Abs. 4 VVG eröffnet.[945]

Innerhalb des Policenmodells vollzieht sich der Vertragsschluss folgendermaßen: Der Versicherungsnehmer und Versicherer einigen sich über einen Versicherungsvertrag. Zu diesem Zeitpunkt sind dem Versicherungsnehmer aber noch keine oder unvollständige Verbraucherinformationen (incl. Versicherungsbedingungen) nach § 10 a VAG überlassen worden. Daher wird dem Versicherungsnehmer nach § 5 a Abs. 2 VVG die Möglichkeit eingeräumt, bis vierzehn Tage nach Überlassung der Unterlagen schriftlich zu widersprechen. Der Lauf der Frist beginnt erst mit der vollständigen Überlassung der Unterlagen und des Versicherungsscheins unter der Voraussetzung, dass er bei Aushändigung des Versicherungsscheins schriftlich, in drucktechnisch deutlicher Form über das Widerspruchsrecht, den Fristbeginn und die Dauer belehrt worden ist. Das Recht zum Widerspruch erlischt ansonsten erst ein Jahr nach Zahlung der ersten Prämie. Der Versicherungsvertrag gilt dann auf Grundlage des Versicherungsscheins, der AVB und der für den Vertragsinhalt maßgeblichen Verbraucherinfo als abgeschlossen, wenn der VN nicht innerhalb von 14 Tagen nach Überlassung der Unterlagen widerspricht. Aus diesem Wortlaut folgt, dass der Versicherungsvertrag bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist schwebend unwirksam ist.[946]

2. Vertragsschluss bei Online-Auktionen

Literatur:
Toshiyuki 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; Robert Koch, Geltungsbereich von Internet-Auktionsbedingungen, in: CR 2005, 502; Tobias Lettl, Versteigerung im Internet – BGH, NJW 2002, 363, in: JuS 2002, 219; Josef Mehrings, Im Süd-Westen wenig Neues: BGH zum Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, in: BB 2002, 469; Rüfner, Verbindlicher Vertragsschluss bei Versteigerungen im Internet, in: JZ 2000, 715; Peter Sester, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, in: CR 2001, 98; Gerald Spindler/Andreas Wiebe (HG.), Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Köln 2. Aufl. 2005; Wenzel, Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen – ricardo.de, in: NJW 2002, 15550; Andreas Wiebe, Vertragsschluss und Verbraucherschutz, in: Gerald Spindler/Andreas Wiebe (Hg.), Internet-Auktionen, München 2001, Kap. D.

---

[944] Schirmer, VersR 1996, S. 1046.
[945] Dagegen: Prölss/Martin, 27. Auflage, 2004, § 8, Rdnr. 42; Römer/Langheid, 2. Auflage, 2003, § 8, Rdnr. 46; Stiefel/Hofmann, 17. Auflage, 2000, § 1 AKB, Rdnr. 30 e; dafür: Koch, VersR 1991, 725, 727).
[946] Honsell, Berliner Kommentar zum VVG-Schwintowski, 1999 § 5a, Rn. 78; Römer/Langheid-Römer, 2. Auflage, 2003 § 5a, Rn. 25, 35; Prölss/Martin- Prölss, 27. Auflage, 2004 § 5a, Rn. 10; Schirmer, VersR 1996, S. 1045, 1052.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Auslegung von Willenserklärungen im Rahmen von Online-Auktionen.[947] Das LG Münster hatte über die Klage eines Auktionsteilnehmers zu entscheiden, der – weit unter Listenpreis – den „Zuschlag" für einen neuen PKW erhalten hatte[948]. 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. 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[949]. Daran ändere auch die Möglichkeit, einen Mindestpreis einzugeben, nichts.

Diese Entscheidung ist vom OLG Hamm wieder aufgehoben worden.[950] Es geht davon aus, dass schon in der Freischaltung der Angebotsseite selbst ein verbindliches Angebot liege. 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 inzwischen bestätigt.[951] Bei einer Internetauktion komme ein Vertrag mit Abgabe des Höchstgebotes zustande, wenn der 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

[947] Siehe dazu Sester, CR 2001, 98.

[948] Landgericht Münster, Urteil vom 21. Januar 2000, JZ 2000, 730 = CR 2000, 313 = NJW-CoR 2000, 167 = MMR 2000, 280 m. Anm. Wiebe; ähnlich AG Neumarkt i.d.OPf., Urteil vom 26. September 2000, 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; ders., JZ 2000, 715; Ulrici, JuS 2000, 947; Wilkens, DB 2000, 666.

[949] Anders AG Sinsheim 4 C 257/99, Leitsatz in MMR 2000, 181.

[950] Urteil vom 14. Dezember 2000, NJW 2001, 1141 = JZ 2001, 764 = CR 2001, 117 m. Anm. Ernst = MMR 2001, 105; ähnlich AG Wiesbaden, Urteilvom 6. September 2000, CR 2001, 52. Siehe dazu Klewitz/Meyer, K&R 2000, 200; Lampert, JA 2000, 628; Mankowski, EwiR, § 156 BGB 1/2000, 415.

[951] Urteil vom 7. November 2001, 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. Siehe dazu u.a. Leible, JA 2002, 444; Lettl, JuS 2002, 219 ff.

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.

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.[952] Ähnlich soll eine Offerte bei einem Online-Auktionshaus unverbindlich sein, wenn dies mit der Einleitung beginnt „Achtung, dies ist vorerst eine Umfrage! Nicht bieten!“.[953] 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.“[954] 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.[955]
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.[956]
Bei der Option "**Sofort-Kauf**" liegt bereits im Einstellen des Angebots ein verbindliches Angebot, das der Kunde durch Anklicken der Option annimmt.[957]

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. Seine Willenserklärung kann der Anbieter nur im Wege der Anfechtung beseitigen.[958]

---

[952] Urteil vom 25. Mai 2001, MMR 2001, 711.
[953] LG Darmstadt, Urteil vom 24. Januar 2002, NJW-RR 2002, 1139 = MMR 2002, 768 (Leitsatz).
[954] KG, Urteil vom 15. August 2001, BB 2002, 168. = K&R 2002, 147 = NJW 2002, 1583 = CR 2002, 604 = MMR 2002, 326 (Leits.).
[955] AG Westerstede, Urteil vom 19. Dezember 2001, CR 2002, 377.
[956] Cornlius, MMR 2002, 353 ff. Ohne nähere Begründung auch AG Hannover, Urteil vom 7. September 2001, MMR 2002, 262 = NJW-RR 2002, 131 = CR 2002, 539 (Leits.).
[957] LG Saarbrücken, Urteil vom 7. Januar 2004, MMR 2004, 556; AG Moers, Urteil vom 11. Februar 2004, NJW 2004, 1330 = MMR 2004, 563 = CR 2004, 706.
[958] OLG Oldenburg, Urteil vom 28. Juli 2005 – 8 U 93/05. Ähnlich bereits LG Coburg, Urteil vom 6. Juli 2004, MMR 2005, 330.

Im Übrigen sind Gewährleistungsausschlüsse bei Onlineauktionen zwischen Privaten vereinbar.[959] Es empfiehlt sich beim Verkauf unter Privaten daher der Hinweis: "Es handelt sich um eine Privatauktion; ich übernehme keine Gewährleistung und keine Garantie nach EU-Recht". Für den Verkauf von Gewerbetreibende an Private ist dieser Gewährleistungsausschluß nicht möglich. Insofern taucht oft die Frage auf, wie man im Einzelfall verkäuferseitig Privatleute von Gewerbetreibenden abgrenzen kann.[960]

III. Anfechtung, Vollmacht und Zugang elektronischer Willenserklärungen

1. Rechtslage nach dem BGB

Literatur:
Baher, Eingang von E-Mail-Sendungen bei Gericht, in: MDR 2002, 669; Cornelius, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, in: MMR 2002, 353; Dietrich, Der Zugang einer per E-Mail übermittelten Willenserklärung, in: K&R 2002, 138; Herwik, Zugang und Zustimmung in elektronischen Medien, in: MMR 2001, 145; Petersen, Allgemeiner Teil des BGB und Internet, in: Jura 2002, 387; Vehslage, Elektronisch übermittelte Willenserklärungen, in: AnwBl 2002, 86.

Der Besteller kann sein Angebot nach §§ 119, 120 BGB anfechten, wenn seine Willenserklärung via Provider falsch übermittelt worden ist[961]. Macht der Besteller irrtümlich bei der Erstellung seiner Mail falsche Angaben, kann er nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB anfechten[962]. Streitig ist, ob eine Anfechtung bei computergenerierten Erklärungen in Betracht kommt, deren Fehler auf lange zuvor eingegebenem **falschem Datenmaterial** beruht[963]. Insgesamt scheidet bei Verwendung fehlerhaften Datenmaterials eine Anfechtung aus, da es sich nur um einen unbeachtlichen Motivirrtum handelt[964]. 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 und damit zur

[959] AG Kamen, Urteil vom 3. November 2004, MMR 2005, 392. Ähnlich LG Berlin, Urteil vom 16. März. 2004 – 18 0 533/03 mit dem zusätzlichen bedenklichen Hinweis, dass man beim Kauf einer Waren zum Preis von 1 Euro nur von wertlosen Gegenständen ausgehen dürfe.
[960] LG Mainz, MMR 2006, 51; OLG Koblenz, BB 06, 126; LG Hannover, WRP 05, 1194; AG Bad Kissingen, NJW 2005, 2463, AG Detmold, MMR 2004, 638.
[961] Siehe Heun, CR 1994, 595, 596; Waldenberger, BB 1996, 2365, 2366.
[962] OLG Hamm, CR 1993, 688; siehe auch BGH, DB 1984, 2399; OLG Oldenburg, Urteil vom 30. Oktober 2003, CR 2004, 298.
[963] Dafür OLG Frankfurt, Urteil vom 20. November 2003, MMR 2004, 405; dagegen AG Frankfurt, CR 1990, 469 = NJW-RR 1990, 116; im Ergebnis auch LG Frankfurt, NJW-RR 1988, 1331; LG Frankfurt, CR 1997, 738.
[964] LG Frankfurt, CR 1997, 738.

Anfechtung berechtige.[965] 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-Betreiber einen Kaufvertrag wegen irrtümlicher Preisauszeichnung i.S.v. § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB anfechten, hat dies gem. § 121 Abs. 1 BGB "**unverzüglich**" zu erfolgen. Nach einer Entscheidung des LG Bonn[966] 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 auch nicht konkludent eine Anfechtung.

Benutzt ein Fremder die Kennung des Users, kommt eine Bindung an elektronische Bestellungen nach den Grundsätzen des **Handelns unter fremdem Namen** in Betracht[967]. Dem Geschäftspartner geht es um ein Geschäft mit dem Träger des Namens; folglich bindet der Vertrag den Namensträger gem. § 177 Abs. 1 BGB nur

- bei Genehmigung,
- nach den Regeln der Duldungsvollmacht,
- nach den Regeln der Anscheinsvollmacht (str.)[968].
-

Die Regeln über Anscheinsvollmacht gelten auch, wenn ein **Minderjähriger** mit der Kennung seiner gesetzlichen Vertreter Rechtsgeschäfte via Internet tätigt; in diesem Fall wären letztere an den Vertrag gebunden.

Ferner fragt sich, 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

[965] BGH, NJW 2005, 976 = MMR 2005, 233; OLG Hamm, Urteil vom 12. Januar 2004, CR 2004, 949 = NJW 2004, 2601; OLG Frankfurt, OLG Frankfurt – Urteil vom 20. November 2002 – 9 U 94/02; anderer Auffassung LG Köln, Urteil vom 16.April 2003 -. 9 S 289/02; AG Herford, Urteil vom 21. August 2003, CR 2003, 934.
[966] 2 O 455/04.
[967] OLG München, Urteil vom 5. Februar 2004, NJW 2004, 1328 = MMR 2004, 625 = K&R 2004, 352 = CR 2004, 845. Siehe Borsum/Hoffmeister, NJW 1985, 1205.

ist, dass dieser von der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen auch mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist[969]. Bei online-kommunizierenden Computern (etwa im EDI-Bereich) wird teilweise von Willenserklärungen unter Anwesenden ausgegangen[970]. 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 Abwesenden erfolgt, zumal § 147 Abs. 1 S. 2 BGB eine Erklärung direkt von Person zu Person voraussetzt[971].

Für den Zugang von Willenserklärungen via Email 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[972]. 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 S. 2 BGB verankerte Widerrufsrecht praktisch bedeutungslos ist[973].

Gefährlich ist die Eröffnung von E-Mail-Zugängen wegen der damit verbundenen **Haftungsrisiken**. Gibt ein Rechtsanwalt z.B. 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

---

[968] OLG Oldenburg, CR 1993, 558 = NJW 1993, 1400; OLG Köln, NJW-RR 1994, 177 und NJW-RR 1998, 1277.

[969] Sog. Empfangs- oder Zugangstheorie; siehe hierzu etwa MünchKomm/Förschler, 3. Aufl. § 130 Rdnrn. 3

[970] 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.

[971] 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.

[972] Ernst, NJW-CoR 1997, 165, 166; Graf Fringuelli/Wallhäuser, CR 1999, 93, 98 f.; ausführlich Taupitz/Kritter JuS 1999, 839, 841 f.

unverzüglich reagieren. Will er das nicht, muss er den Kunden darauf hinweisen. Empfehlenswert sind deutliche Hinweise („Die E-Mail-Adresse dient nur zur Übermittlung von Informationswünschen, nicht für die Erteilung von E-Mail-Aufträgen".) Will der Provider über E-Mail Aufträge entgegennehmen und abwickeln, sollte er eine spezielle E-Mail-Adresse dafür vorsehen und den Account regelmäßig, d.h. in risikorelevanten Bereichen sogar mehrfach arbeitstäglich, abfragen.

Das Fälschungsrisiko trägt der Provider; eine Abwälzung auf den Kunden in AGB ist unwirksam. Es lohnt sich, mit dem Kunden Sicherheitsmaßnahmen für E-Mail-Übermittlungen zu vereinbaren (etwa mittels Passwörter). 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".

2. Die Electronic Commerce Richtlinie

Literatur:
Glatt, Vertragsschluss im Internet. Die Artikel 9 bis 11 der E-Commerce-Richtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht, in: ZUM 2001, 390. Corlese, Verbraucherschutz im digitalen Zeitalter: -zum Europäischen IPR für online-Verbracuherverträge, in: GRUR Int. 2005, 192.

Allerdings ergeben sich hier besondere Probleme durch die Electronic Commerce Richtlinie. Art. 11 Abs. 2 enthält eine **Sonderregelung zur Korrektur von Eingabefehlern**. Typischerweise fallen Eingabefehler in den Risikobereich des Users. Dieser kann seine Erklärung wegen eines solchen Fehlers anfechten, trägt dann aber den Vertrauensschaden des Providers. Hier schaltet die Richtlinie nun einen zusätzlichen Filter vor. Der Provider hat nach Art. 11 Abs. 2 Mittel zur Korrektur von Eingabefehlern zur Verfügung zu stellen; er muss nach Art. 10 den User hierüber auch informieren. Heute sind bereits Bestätigungsfelder

[973] So auch Heun, CR 1994, 595, 597.

gängig, die dem Kunden nach seiner elektronischen Bestellung noch einmal den Text seiner Erklärung zeigen und ihm die Chance zu einer Korrektur geben. Insofern ist die Maßnahme technisch einfach zu bewerkstelligen. Durch das 2001 in Kraft getretene Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts am modernen Geschäftsverkewhr wurde die E-Commerce-Richtlinie mittlerweile auchin das deutsche Recht umgesetzt.

IV. Schriftform und digitale Signatur

Literatur:
Boente/Riehm, Das BGB im Zeitalter digitaler Kommunikation – Neue Formvorschriften, in: Jura 2001, 793; Fringuelli/Wallhäuser, Formerfordernisse beim Vertragsschluss im Internet, in: CR 1999, 93; Moritz, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr?, in: CR 2000, 61; Müglich, Neue Formvorschriften für den E-Commerce, in: 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", in: MDR 2001, 841; Sidler, Beweislast liegt beim Schlüsselinhaber, in: digma 2001, 64; Spindler, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, in: 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, in: 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[974]. 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 S. 1 und 2 BGB), beim Grundstückskaufvertrag (§ 311b BGB), bei Quittungen (§ 368 BGB), bei der Bürgschaftserklärung (§ 766 BGB) und beim Testament (§§ 2231 Nr. 1, 2231 Nr. 2, 2247 I BGB).

1. E-Commerce-Richtlinie, Signaturrichtlinie und Schriftform

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

[974] So auch grundlegend BGHZ 121, 224.

ergebenden Probleme geboten haben. Insbesondere soll der wirksame Abschluss von Verträgen über das Internet nicht an Formvorschriften des nationalen Rechts scheitern.

Ende 1999 ist die **Richtlinie für elektronische Signaturen**[975] in Kraft getreten, deren Ziel es ist, 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 I. 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 II nicht schon deshalb die rechtliche Wirksamkeit einer elektronischen Signatur versagt werden, weil sie in elektronischer Form vorliegt oder nicht auf einem qualifizierten Zertifikat beruht bzw. nicht auf einem von einem akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieter ausgestellten qualifizierten Zertifikat beruht.

Neben der EU-Signaturrichtlinie ist auch die **E-Commerce-Richtlinie**[976] 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 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 dürfte sich der komplizierte Streit zwischen Deutschland und dem Rest der EU über die Formfrage digitaler Dokumente erledigt haben[977].

[975] Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen.

[976] 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.

[977] Siehe allgemein zur Signaturdiskussion, Bergmann/Streitz, jur-pc1996, 37; Kuner, NJW-CoR 1996, 108; Malzer, DnotZ 1998, 96; Mertes, CR 1996, 769; Roßnagel, MMR 1998, 75.

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 Notarsverträge, Verträge mit Registerpflicht sowie familien- und erbrechtlichen Vereinbarungen ausnimmt[978]. 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, dürften sie die nationalen Gesetzgeber mit Blick auf die Ausgestaltung und konkrete Formulierung von Formerfordernissen zu intensiven gesetzgeberischen Aktivitäten animieren, sofern dies nicht schon geschehen ist.

2. Form-Neuregelungen in Deutschland

In den frühen Entwürfen des IuKDG (Informations- und Kommunikationsdienstegesetz) versuchte man dem Problem der elektronischen Form durch Einführung einer „Testnorm" Herr zu werden. Man sah darin die Änderung einer einzelnen, praktisch kaum relevanten Formvorschrift, nämlich der Schriftform bei Fernunterrichtsverträgen im Rahmen des Fernunterrichtsschutzgesetzes, durch eine spezielle, elektronische Form vor. Dann verzichtete man jedoch auf dieses Experiment und ließ die Frage der Schriftform außen vor.

Im August 2001 ist das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts am modernen Geschäftsverkehr in Kraft getreten.[979]

Dieses sieht, neben der notariellen Beurkundung, als weiteren Ersatz der durch Gesetz vorgeschriebenen Schriftform die **„elektronische Form**" vor (§ 126 III BGB). In § 126a BGB werden die Voraussetzungen der elektronischen Form festgelegt. Hier wird die Natur

[978] 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.

[979] Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften im Privatrecht vom 13. Juli 2001, BGBl. 2001 I Nr. 35, S. 1542.

des SigG als Referenzgesetz deutlich, denn zur Wahrung der elektronischen Form ist eine qualifizierte elektronische Signatur nach dem SigG erforderlich.[980] Gestrichen wurden zwei im ersten Entwurf aus dem Jahre 1999 enthaltenen widerlegliche Vermutungsregeln, zum einen die Zurechnung einer Willenserklärung zum Signaturschlüsselinhaber (§ 126a III 1 BGB-E a.F.) und zum anderen eine Sonderausprägung einer vermuteten Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht (§ 126a III 2 BGB-E a.F.).[981] Die Schriftform bleibt allerdings bei bestimmten Konstellationen bestehen, z.B. bei

- § 623 BGB (Kündigung des Arbeitsvertrages)
- § 630 BGB, § 73 HGB (Zeugnis)
- § 766 S. 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 erkennbar ist und der Abschluss der Erklärung erkennbar gemacht wird. Dann protestierte allerdings der Bundesrat und wies darauf hin, dass diese Formulierung zu weit sei und § 126b ersatzlos gestrichen werden müsse.[982] Dieser Widerspruch war insofern problematisch, als das am gleichen Tag vom Bundesrat gebilligte Mietrechtsreformgesetz bereits Verweise auf die Textform enthielt. Die Regelung wurde eilig neu formuliert und passierte dann Ende Juni 2001 den Vermittlungsausschluss.[983] Nach dem jetzt geltenden § 126b wird die Textform eingehalten, wenn die Erklärung

- in einer Urkunde oder andere „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.

[980] 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.
[981] Abschluss-, Identitäts-, Echtheits-, Warn- und Beweisfunktion.
[982] BT-DrS 14/6044 vom 15. Mai 2001.
[983] BT-DrS 14/6353 vom 20. Juni 2001.

Auf die eigenhändige Unterschrift soll dann verzichtet werden können. Problematisch ist hier der Verweis auf die dauerhafte Wiedergabe 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 I, 356 I Nr. 3, 410 II, 416 II, 556b Abs. 2 Nr. 1 und 651g II 3 BGB.

Anders ist die Neuregelung der ZPO. Nach dem **Zustellungsreformgesetz**[984] kann die Zustellung in Zivilverfahren auch durch ein Fax oder ein elektronisches Dokument erfolgen (§ 174 Abs. 2 und 3 ZPO n.F.). 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.

3. Versicherungsspezifika (§ 10a VAG)

Besonderheiten bestehen für die Versicherungswirtschaft. Das **Antragsmodell**, bei dem der Versicherungsnehmer in Kenntnis der Verbraucherinformation i.S.d. **§ 10 a VAG** den Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages stellt, wird bei der bisherigen Rechtslage nach der überwiegenden Auffassung als wenig tauglich für den unmittelbaren und „reinen" Rechtsverkehr per Internet deklariert. Grund dafür ist die nach § 10 a Abs. 2 VAG geforderte schriftlich zu erteilende Information des Kunden. Bislang wurde darunter eine Information auf Papier verstanden. Zudem wird aus der Vorschrift des § 10 a VAG und des § 5 a VVG das Postulat einer „Aushändigung" der Vorabinformationen herausgezogen. Eine Webseite im Internet genüge diesen Anforderungen nicht.[985] Schriftlichkeit verlange körperliche Aushändigung an den Versicherungsnehmer; aus Gründen des Verbraucherschutzes sei auch kein Abweichen vom Wortlaut des § 10a VAG möglich.

[984] Gesetz zur Reform des Verfahrens bei gerichtlichen Zustellungen vom 25. Juni 2001, BGBl. I 1206, in Kraft ab dem 1. Juli 2002. Siehe dazu auch Viefhues/Scherf, MMR 2001, 596 und Viefhues, CR 2001, 556.
[985] So z.B. Hoppmann/Moos NZVersR 1999, 199/200.

Die Beschränkungen entfallen jedoch, wenn ausgehend von den technischen Entwicklungen und dem Zweck des § 10 a VAG angenommen werden kann, dass das Ziel des Verbraucherschutzes durch jede „schriftliche Version“ der notwendigen Informationen erreicht werden kann. Dementsprechend wäre „schriftlich“ nicht gleichzusetzen mit „auf Papier“, also nicht unbedingt die klassische Schriftform des § 126 BGB.
Für diese Überlegung lassen sich einige rechtliche Gesichtspunkte anführen. Zudem wird dies auch zum Teil so vertreten.[986] Im Ergebnis wird aber auch nach der hier vertretenen Auffassung die Notwendigkeit des „Papiers“ zur Erfüllung der Anforderungen des § 10 a Abs. 2 VAG verlangt. Daher ist einem Internet-Versicherer davon abzuraten, sich auf eine derartige Argumentation zu stützen.
Bei der Auslegung des Wortes „schriftlich“ könnte die internetfreundliche Auffassung vertreten werden, dass

- dadurch nur schriftliche von mündlichen Erklärungen abgegrenzt werden sollen,
- daher Schriftlichkeit auch nicht zwangsläufig „auf Papier gedruckt“ bedeutet, sondern auch eine Betrachtung in elektronischer Textform ausreicht
- und daher eine Zurverfügungstellung der Informationen auf einem dauerhaften Datenträger den Anforderungen genügt (entsprechend dem früheren § 361 a BGB).[987]

4. Form und Geldwäsche

Hinsichtlich der Eröffnung eines Bankkontos ist das Kreditinstitut verpflichtet, die Vorlage eines Personalausweises oder Reisepasses zu verlangen, um Namen, Geburtsdatum, Anschrift und Ausstellende Ausweisbehörde zu notieren (§ 1 Abs. 5 des Geldwäschegesetzes; ähnlich auch § 154 Abs. 1 AO). Diese Formvorschrift kann durch Anwendung **des PostIdent-Verfahrens** erfüllt werden, das von der Deutschen Post AG eingeführt worden ist. Hierzu kann sich das Kreditinstitut zur Legitimationsprüfung der Hilfe der Deutschen PostAG bedienen, die im Wege der Postzustellung die Identifizierung beim Kunden gegenüber einem Postboten durchführt.

[986] Schimikowski, r+s, 1999, 489.
[987] Derartige Überlegungen bei Schimikowski, r+s 1999, S. 485, 489.

5. Hauptversammlung und Internet

Literatur:
Habersack, Aktienrecht und Internet, in: ZHR 165 (2001), 172; Heller/Sadeghi/ Dretzki/Catharina L. Ruhe, Die Online-Hauptversammlung. Überlegungen zur unmittelbaren Ausübung des Aktionärsrechtes via Internet, in: CR 2002, 592; Hüter, Aktionsbeteiligung und Internet, Köln 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; Riegger, Hauptversammlung und Internet, in: ZHR 165 (2001), 204; Schwarz, Neue Medien im Gesellschaftsrecht, in: MMR 2003, 23.

Besondere Formprobleme stellen sich auf 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 werden. Mittlerweile hilft hier das Namensaktiengesetz[988]. Durch das NaStraG wurde § 125 Abs. 2 Nr. 3 AktG dahingehend geändert, dass der Vorstand Namensaktionäre mit deren Einverständnis per Email mit anschließendem Download informieren kann. Diese Regelung wirft jedoch schwere 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 S. 2 AktG). Die einem Kreditinstitut erteilte Vollmacht ist formlos möglich (§ 135 Abs. 1 S. 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 bereits in Form des § 15 der neuen Vergabeordnung stattgefunden, die seit Februar 2001 geltendes deutsches Recht ist.

V. Beweiswert digitaler Dokumente

Literatur:
Brandner/Pordesch/Roßnagel/Schachermayer, Langzeitsicherung qualifizierter elektronischer Signaturen, in: DuD 26 (2002), 2; Bieser, Das neue Signaturgesetz, in: DStR 2001, 27; ders., Signaturgesetz: die digitale Signatur im europäischen und internationalen Kontext, in: RDV 2000, 197 und 264; Blum, Entwurf eines neuen Signaturgesetzes, in: DuD 2001, 71; Büllesbach/Miedbrodt, Überblick über die internationale Signaturregelung, in: CR 2000, 751; Czeguhn, Beweiswert und Beweiskraft digitaler Dokumente im Zivilprozeß, in: JUS 2004, 124; Dreßel/Viehues, Gesetzgeberischer Handlöungsbedarf für den elektronischen Rechtsverkehr – werden die wahren Probleme gelöst?, in: K&R 2003, 434; Dumortier/Rinderle, Umsetzung der Signaturrichtlinie in den europäischen Mitgliedstaaten, in: CR International 1/2001, 5; Fischer-Dieskau: Der Referentenentwurf zum Justizkommunikations gesetz aus Sicht des Signaturrechts, MMR 2003, 701; Fischer-Dieskau/Gitter/Paul/Steidle, Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel im Zivilprozeß, in: MMR 2002, 709; Gassen, Digitale Signaturen in der Praxis, Köln 2003; Geis, Die elektronische Signatur: Eine internationale Architektur der Identifizierung im E-Commerce, in: MMR 2000, 667; ders., Schutz von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur, in: RDV 2000, 208; von Harnier, Organisationsmöglichkeiten für Zertifizierungsstellen nach dem Signaturgesetz, Baden-Baden 2000; Hoeren/Schüngel (Hg.), Rechtsfragen der digitalen Signatur, Berlin 1999; Leier, Die Haftung der Zertifizierungsstellen nach dem SigG. Betrachtung der geltenden und Überlegungen zur zukünftigen Rechtslage, in: MMR 2000, 13; Mankowski, Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, in: NJW 2002, 2822; Mason, Electronic Signatures – Evidence, in: CLSR 18 (2002), 175; Miedbrodt, Das Signaturgesetz in den USA; in: DuD 2000, 541; diess., Signaturregulierung im Rechtsvergleich, Baden-Baden 2000; Morel/Jones, De-mystifying electronic signatures and electronic signatures law from a European Union perspective, In. Communications Law 7 (2002), 174.; von Ondarza, Digitale Signaturen und die staatliche Kontrolle von „Fremdleistungen", Baden-Baden 2001; Rapp, Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, München 2002; Redeker, EU-Signaturrichtlinie und Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, in: CR 2000, 455; Rieß, Signaturgesetz – der Markt ist unsicher, in: DuD 2000, 530; Roßnagel, Auf dem Weg zu neuen Signaturregelungen, in: MMR 2000, 451; ders., Digitale Signaturen im europäischen elektronischen Rechtsverkehr, in: K&R 2000, 313; ders., Das neue Signaturgesetz, in: MMR 2001, 201; ders., Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht, in: DÖV 2001, 221; ders., Die neue Signaturverordnung, in: BB 2002, 261; ders., 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, München 2002, 131; ders., Rechtliche Unterschiede von Signaturverfahren, in: MMR 2002, 215; ders., Die fortgeschrittene digitale Signatur, in: MMR 2003, 164; ders., Qualifizierte

[988] Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung vom 18. Januar 2001, BGBl. I, 123; siehe dazu, 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.

elektronische Signatur mit Einschränkungen für das Besteuerungsverfahren, in: K&R 2003, 379; ders. Fischer-Dieskau/Pordesch/Brandner, Erneuerung elektronischer Signaturen, in: CR 2003, 301; ders., Das elektronische Verwaltungsverfahren – Das Dritte Verwaltungsverfahrensänderungsgesetz, NJW 2003, 469; Schlechter, Ein gemeinschaftlicher Rahmen für elektronische Signaturen, in: K&R Beilage 10/2000; Schmidl, Die elektronische Signatur. Funktionsweise, rechtliche Implikationen, Auswirkungen der Eg-Richtlinie, in: CR 2002, 508; Schröter, Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Zurechnungsregelung beim Einsatz elektronischer Signaturen, in: WM 2000, 2134; Schemmann, Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in § 371a ZPO, in: ZZP 118 (2005), 161; Tettenborn, Die Novelle des Signaturgesetzes, in: CR 2000, 683; Thomale, Die Haftungsregelöung nach § 11 SigG, in: MMR 2004, 80; Vehslage, Beweiswert elektronischer Dokumente, in: K&R 2002, 531; Welsch, Das Signaturänderungsgesetz, in: DuD 2000, 408; Yonemaru/Roßnagel, Japanische Signatutgesetzgebung – Auf dem Weg zu „e-Japan", in: 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[989]. Dabei mehren sich die Stimmen auch innerhalb der Jurisprudenz, die einer Email 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.[990] Wegen der zunehmenden Phishing-Risikos ist selbst bei passwortgeschützten Systemen eine Zuordnung zum ursprünglichen Berechtigten nicht mehr möglich; eine Beweislastumkehr zu dessen Lasten ist daher unmöglich.[991] Anders argumentieren Stimmen in der Literatur, die zumindest für die Identität des Erklärenden bei E-Mails einen Anscheinsbeweis für möglich ansehen.[992] Auch soll ein solcher bei Vorliegen einer Lesebestätigung gegeben sein.

---

[989] 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.

[990] AG Erfurt, Urteil vom 14. September 2001, MMR 2002, 127 m. Anm. Wiebe = CR 2002, 767 mit Anm Winter; ähnlich auch OLG Köln, Urteil vom 6. September 2002, MMR 2002, 813 = CR 2003, 55 mit Anm. Mankowski 44 = K&R 2003, 83 mit Anm. Roßnagel = TKMR 2003, 51; OLG Hamburg, Urteil vom 13. Juni 2002, MMR 2002, 677 mit Anm. Funk/Wenn 820; LG Bonn, Urteil vom 19. Dezember 2003, MMR 2004, 179 mit Anm. Mankowski; LG Bonn, Urteil vom 7. August 2001, MMR 2002, 255 mit Anm. Wiebe = CR 2002, 293 mit Anm. Hoeren; LG Konstanz, Urteil vom 19. April 2002, MMR 2002, 835 mit Anm. Winter = CR 2002, 609; AG Karlsruhe-Durlach, MMR 2002, 64; AG Bonn, Urteil vom 25. Oktober 2001, CR 2002, 301.

[991] LG Magdeburg, Urteil vom 21. Oktober 2003, CR 2005, 466.

Eine Qualifizierung 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[993]. Im Übrigen sieht die Rechtsprechung Internetauktionen als Versendungskauf an, so dass die Darlegungs- und Beweislast für den Inhalt eines Pakets beim Verkäufer liegt.[994]

2. Beweisvereinbarung

Dieses Problem 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[995].

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

---

[992] So Mankowski, NJW 2002, 2822 ff. und CR 2003, 44 ff.; Veshlage, K & R 2002, 531, 533; Krüger/Bütter, MDR 2003, 181, 186.
[993] BGH, NJW 1995, 665.
[994] LG Berlin, Urteil vom 1. Oktober 2003, MMR 2004, 189. Anders aber LG Essen, Urteil vom 16. Dezember 2004, CR 2005, 601.
[995] Hoeren, CR 1995, 513, 516.

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. März 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 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[996]. 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

[996] 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.un.or.at/uncitral/index.htm). Auch die OECD arbeitet an einer Übersicht über Formvorschriften im Bereich elektronischer Signaturen.

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[997], 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 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 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.

[997] Die an ein qualifiziertes Zertifikat zu stellenden Voraussetzungen finden sich in Anhang I der genannten Richtlinie.

Das Bundeskabinett hat am 15. Februar 2001 den Entwurf eines Gesetzes über die Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und die Umsetzung der Richtlinie verabschiedet.[998]

Nach dem neuen Signaturgesetz 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 neuen Signaturgesetz sind lediglich die Anforderungen an eine „**qualifizierte elektronische Signatur“** geregelt. Erst eine solche Signatur erfüllt die Anforderungen des Signaturgesetzes (vgl. § 2 Abs. 3 SigG). Als „qualifiziertes Zertifikat“ gilt jede elektronische Bescheinigung, mit denen Signaturprüfschlüssel einer natürlichen Person zugeordnet werden und die die Identität dieser Person bestätigen (§ 2 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 Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post; die RegTP 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 werden. 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

[998] Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften, Bundesgesetzblatt am 21. Mai 2001, BGBl. 2001 Teil I Nr. 22, S. 876 ff. 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.

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.[999]

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). Die Deutsche Post AG mit ihrem Dienst „Signtrust“ (http://www.signtrust.deutschepost.de) hat sich Mitte 2002 aus dem Geschäft zurückgezogen.

Seit Inkrafttreten des neuen Signaturgesetzes sind **29 Zertifizierungsstellen** akkreditiert[1000]. 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 Signaturverfahren auf einer Stufe; für Behörden erscheint allerdings eine Verpflichtung zur Nutzung akkreditierter Verfahren möglich.[1001]

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. 2. 2003 in Kraft getreten.[1002] 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 sind ferner die Pläne für ein Justizkommunikationsgesetz. Hiernach soll künftig bei elektronischen Dokumenten, soweit die ZPO und das ArbGG für gerichtliche Dokumente die Schriftform und die handschriftliche Unterschrift verlangen, diese Anforderung durch Hinzufügung des Namens und einer qualifizierten elektronischen vorheriger Signatur erfüllt werden.[1003]

---

[999] So Fischer-Dieskau u.a., MMR 2002, 709, 713. Siehe dazu auch Pordesch, DuD 2000, 89 ff.

[1000] Ein aktueller Stand zu Zertifizierungsanbietern, die sich bei der Regulierungsbehörde akkreditiert oder dort ihre Tätigkeit angezeigt haben, ist unter http://www.regtp.de zu finden.

[1001] Siehe Roßnagel, DÖV 2001, 225 f.; ders., MMR 2002, 215, 221.

[1002] 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; ders., NVwZ 2001, 413; Rosenbach, DVBl 2001, 332; Roßnagel, DÖV 2001, 221; ders., DVBl 2002, 1005; Storr, MMR 2002, 579; I.

5. Digitale Signatur: Technische Umsetzung

Literatur:
Baldwin/Chang, Locking the e-safe, in: IEEE-Spectrum, February 1997, 40; Bauer, Entzifferte Geheimnisse: Methoden und Maximen der Kryptologie, 3. Aufl. Berlin 2000; Beutelsbacher, Kryptologie, 7. Aufl. Wiesbaden 2005; Kühn, Technische Grundlagen digitaler Signaturverfahren, in: Hoeren/Schüngel (Hg.), Rechtsfragen der digitalen Signatur, Berlin 1999, 66.

Um das Signaturrecht zu verstehen, bedarf es einer kurzen Einführung in die technischen Grundlagen. Eine Verschlüsselung von elektronischen Nachrichten lässt sich auf zwei Wegen bewerkstelligen: symmetrisch und asymmetrisch.

a) Die symmetrische Verschlüsselung

Bei der symmetrischen Verschlüsselung erfolgt **die Chiffrierung und Dechiffrierung über einen einheitlichen Schlüssel.** Beispiele einer solchen Verschlüsselung findet sich in der Kindheit, wenn Kinder z.B. eine Geheimsprache erfinden: Wer A sagt, meint B. Wer B sagt meint C. Solche Abreden können und müssen natürlich nach einem komplizierteren Muster verfahren, wenn es um den Austausch von Geheiminformationen zwischen Erwachsenen über das Internet geht. IBM hat hierzu z.B. schon in den achtziger Jahren das Verfahren DES entwickelt (Data Encryption Standard). Erforderlich ist bei einer solchen Verschlüsselung, dass das Geheimverfahren vorab zwischen den Kindern angesprochen worden ist. Im Internet sind solche Absprachen aber nur selten möglich. Man müsste eine solche Absprache regelmäßig über das Netz selbst vornehmen, was den Sicherheitswert der „Geheimsprache" deutlich herabsetzt. Auch kommunizieren zu viele Personen miteinander, als das man in kleiner Runde noch Geheimverfahren sicher verabreden könnte. Man kann im Internet daher solche Verfahren sinnvollerweise nur bei einer geschlossenen Nutzergruppe einsetzen.

b) Die asymmetrische Verschlüsselung

Bei der asymmetrischen Verschlüsselung (public key crytography) **werden zwei unterschiedliche Schlüsselpaare** generiert und verwendet. Chiffrier- und Dechiffrierschlüssel sind nicht identisch; sie sind wie zwei Puzzleteile, die zwar unterschiedlich sind, aber von ihrem Verwender wieder zusammengefügt werden können. Die

[1003] Vgl. dazu Fischer-Dieskau, MMR 2003, 701 ff.

Schlüsselpaare können aufgrund dessen für unterschiedliche Zwecke verwendet werden. Zum einen kann man damit gewährleisten, dass eine Nachricht den Empfänger erreicht, ohne dass ein Dritter (etwa ein Hacker oder Strafverfolgungsbehörden) sie liest. Hierzu wird der Chiffrierschlüssel des Empfängers öffentlich bekannt gemacht; sein Dechiffrierschlüssel bleibt geheim. Der Absender verschlüsselt seine Botschaft mit dem öffentlichen Schlüssel des Empfängers und verschickt die Nachricht. Der Empfänger kann die Nachricht dann mit seinem privaten Schlüssel entschlüsseln und lesen. **Für Dritte ist die Nachricht nicht lesbar**. Zum anderen kann man mit dem Schlüsselpaar die **Authentizität einer Nachricht** sichern. Hierzu wird der Dechiffrierschlüssel des Absenders öffentlich bekannt gegeben, sein Chiffrierschlüssel aber geheim gehalten. Der Absender chiffriert seine Nachricht und schickt sie dem Empfänger. Dieser kann nun mit Hilfe des öffentlichen Dechiffrierschlüssels die Botschaft entschlüsseln und weiß, dass nur der Absender die Botschaft verschickt haben kann. Insofern wirkt das Schlüsselpaar wie eine digitale Unterschrift.

Wichtig ist hierbei eine Schlüsselgenerierung, die zwar eine schnelle Berechnung der Schlüssel in einer Richtung, nicht aber in umgekehrter Richtung ermöglicht. Dazu verwendet man den sog. **RSA-Algorithmus** (benannt nach deren Entwicklern Rivest, Shamir und Adleman). Es werden sehr große Zahlen gebildet, die in Primfaktoren zu zerlegen sind. Die große Zahl kann sehr leicht mittels der Primzahlen berechnet werden. Wer aber nur die große Zahl kennt, hat so viele Möglichkeiten, diese aus den Primzahlen zu errechnen, dass er auch mit EDV-Hilfe nicht auf die korrekte Berechnung kommt.

Einfach lässt sich die Anwendung solcher Verfahren am Beispiel von **eTrust** demonstrieren. Etrust ist das Signaturmodell der Deutschen Post Signtrust auf der Basis des qualifizierten Zertifikats (siehe oben).[1004] Der Kunde erhält in einer Filiale der Deutschen Post auf Vorlage seines Personalausweises Chipkarte, Chipkartenlesegerät und PIN-Nummer. Signtrust weist ihm dann ein Schlüsselpaar zu, mit Hilfe der Nutzer seine Mails signieren kann. ETrust wandelt die Nachricht beim Versenden in einen Zahlencode um. Dieser sog. „Hash-Wert“, der für jede Mail unterschiedlich ist wird noch einmal verschlüsselt und dem Empfänger zusammen mit der Originalnachricht und dem öffentlichen Schlüssel übersandt. Aus diesen Eckdaten kann der Empfänger feststellen, wer die Nachricht verschickt hat (über den öffentlichen Schlüssel) und ob diese unverändert übermittelt worden ist (über den Hash-Wert).

[1004] Siehe dazu http://www.signtrust.de.

c) Alice und Bob

Traditionell werden zur Erklärung kryptografischer Abläufe die **Charaktere Alice und Bob** verwendet. Die beiden wollen über einen Kanal wie z.B. das Internet Nachrichten austauschen, genau genommen will Alice eine elektronische Nachricht an Bob unterzeichnen. Ins Spiel kommen später ein Bösewicht namens Mallory und die Zertifizierungsstelle Trent.
Sinnvoll ist im Allgemeinen lediglich der **Einsatz asymmetrischer Verfahren**. Verwendet werden zwei Schlüssel: ein privater und ein öffentlicher Schlüssel. Beide sind einer bestimmten Person wie z.B. Alice ausschließlich zugeordnet. Sie sind voneinander abhängig, können aber einzeln benutzt werden. Der private Schlüssel ist ausschließlich dem Inhaber bekannt. Er dient der Verschlüsselung der Daten. Der öffentliche Schlüssel sollte möglichst breit bekannt gemacht werden. Mit ihm kann ein Empfänger von Daten, wie z.B. Bob, die Signatur prüfen.
Zunächst muss Alice einmalig ein Schlüsselpaar, also **einen privaten und einen öffentlichen Schlüssel**, erzeugen. Zum Erzeugen einer Signatur benutzt Alice ihren privaten Schlüssel. Der zu unterschreibende Text wird dazu zunächst mit einem nicht umkehrbaren so genannten Hash-Verfahren komprimiert. Das so entstandene Komprimat (Hash-Wert) stellt den „Fingerabdruck“ des Textes dar. Es wird dann mit dem privaten Schlüssel codiert. Die daraus entstehende Signatur wird dem zu übertragenden Dokument angehängt. Dieser Vorgang wird heute automatisch von entsprechender Software übernommen.

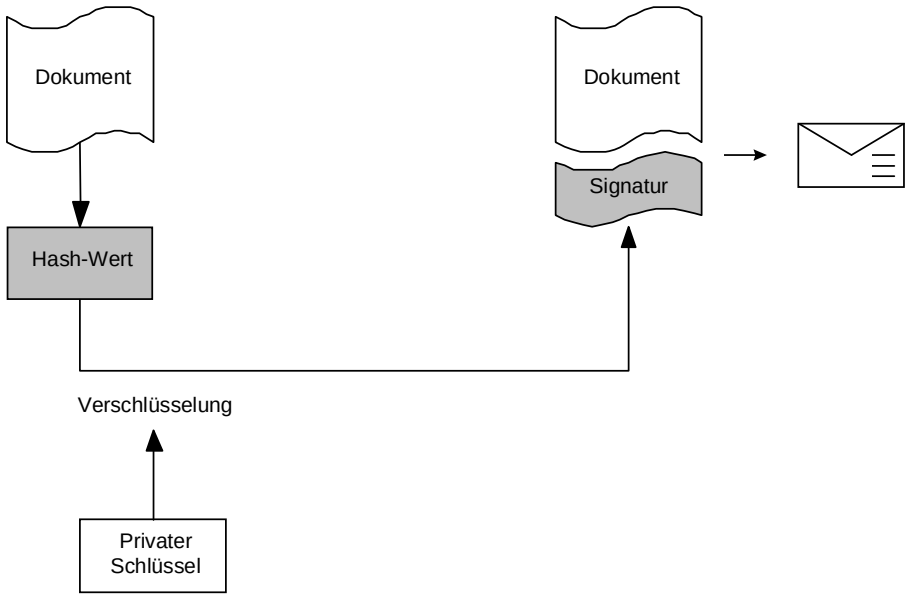

Abb.: Signieren

-----BEGIN PGP SIGNED MESSAGE-----

(aa) Informationsrecht, Prof. Dr. Thomas Hoeren
Donnerstags, 18.00 – 20.00 Uhr im S10
Beginn der Vorlesung: 15.10.1998
Klausur: 11.02.1998

-----BEGIN PGP SIGNATURE-----
Version: PGPfreeware 5.5.3i for non-commercial use <http://www.pgpi.com>
iQCVAwUBNrcWfXATg3nt91HBAQEyxAP/TgKI4n5FVpo5BKbg5QpbENkofXOSNAnE
qul8/ja8MqpvCafS6sPUztgGSer+BrXcBXzuUmCKt+J9OypTb3JEEJpFV40QrdEz
Ril6eOjBP9hMWlxwUcXT6cNNoZ9EMq0BsH97ZpF6pHLO4yoJZgNaOy8rTAbqWacq
AkDnfIcen2c=
=VMWr
-----END PGP SIGNATURE-----
Abb.: Beispiel einer PGP-signierten Nachricht

Grundsätzlich könnte anstelle des Hashwerts auch die eigentliche Nachricht kopiert und mit dem privaten Schlüssel codiert werden und so als Unterschrift dienen. Problematisch ist hierbei die deutlich höhere Textmenge und der erhebliche Rechenaufwand, der aufgrund der Komplexität der asymmetrischen Verfahren erforderlich ist. Gängige Verfahren zum Bilden des verkürzenden Hash-Werts sind z.B. die Algorithmen RIPEMED-160 oder SHA-1 mit einem Hashwert von 160 bit. Die Algorithmen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht umkehrbar sind. Das heißt, dass es nach bisherigem Kenntnisstand nicht möglich ist, außer durch Brute Force (systematisches Probieren aller Möglichkeiten) einen passenden Text zu einem gegebenen Hashwert zu erzeugen. Die Wahrscheinlichkeit, dass zwei Dokumente denselben 160 bit langen Hashwert besitzen, liegt bei 1 zu 2^{160}.
Zum Codieren kommen ebenfalls verschiedene Verfahren in Betracht. Gängig ist **RSA**, bei dem der Codierungs- bzw. Decodierungsvorgang im Ver- bzw. Entschlüsseln des Hash-Werts besteht. Dabei kommen sehr komplexe mathematische Funktionen zum Einsatz. Es ist nach derzeitigem theoretischem Stand nicht möglich, das Verschlüsselungsverfahren zu brechen mit Ausnahme einer „Brute Force"-Attacke. Bei dieser werden sämtliche möglichen Schlüssel systematisch probiert. Durch hinreichend große Schlüssellängen übersteigt der erforderliche Aufwand jedoch deutlich die derzeit weltweit verfügbare Rechenkapazität. Zudem kann die Schlüssellänge bei Bedarf variabel erhöht werden. Gängig ist derzeit eine Länge von 1024 Bit, zukünftig werden 2048 Bit zum Einsatz kommen.
Bob erhält nun die Nachricht. Seine Software komprimiert nun ebenfalls den Text und verwendet hierzu das gleiche Verfahren, das auch Alice's Software verwendet hat und das in der Signatur angegeben ist. Dies ergibt wiederum einen Hash-Wert. Dieser Hash-Wert, der öffentliche Schlüssel von Alice sowie die digitale Signatur des erhaltenen Dokuments werden

nun zur Prüfung der Signatur herangezogen. Beim RSA-Verfahren decodiert die Software dazu die Signatur mit dem öffentlichen Schlüssel von Alice und erhält den Hash-Wert zurück, den die Software von Alice erzeugt und in der Signatur beigefügt hatte. Diese beiden Hash-Werte müssen nun verglichen werden. Stimmen beide überein, so ist klar, dass gesendeter und empfangener Text identisch sind. Außerdem steht fest, dass nur Alice, die alleine im Besitz des geheimen Schlüssels ist, die Signatur erzeugt haben kann, weil sonst der öffentliche Schlüssel nicht passen würde.

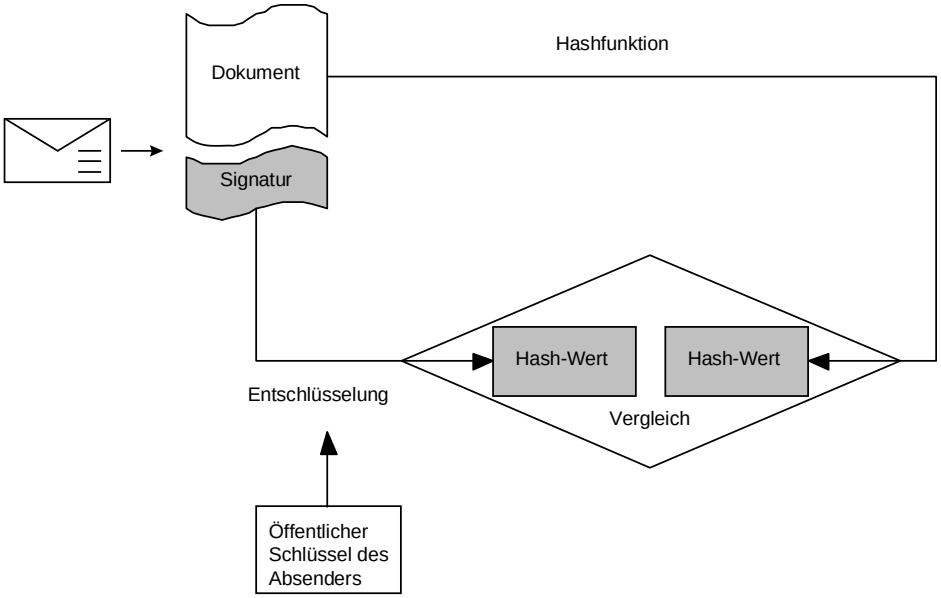

Abb.: Prüfung signierter Dokumente

Das Verfahren basiert allerdings auf der Annahme, dass der von Bob verwendete öffentliche Schlüssel von Alice „echt“ ist, d.h. tatsächlich von Alice stammt. Dessen könnte sich Bob sicher sein, wenn Alice ihm ihren öffentlichen Schlüssel persönlich übergeben hätte. Dies ist häufig jedoch nicht praktikabel. Alice könnte ihren Schlüssel aber auch auf ihrer Webseite zum Abruf bereitstellen. Dies ist jedoch nicht ausreichend sicher: so könnte etwa Mallory sich in die Kommunikation über das Internet einschleusen und den abgerufenen Schlüssel verändern oder durch seinen eigenen öffentlichen Schlüssel ersetzen (Man-In-The-Middle-Attack). Mallory könnte Bob dann eine angeblich von Alice signierte Nachricht schicken. Bob‘s Überprüfung würde dann ergeben, dass die Nachricht tatsächlich von Alice signiert worden sei.

Stattdessen werden ***Zertifikate*** verwendet. Qualifizierte elektronische Signaturen sind elektronische Signaturen, die auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen. Das Zertifikat ist eine elektronische Bescheinigung, mit der ein

öffentlicher Schlüssel einer Person zugeordnet und die Identität dieser Person bestätigt wird. Es enthält neben dem öffentlichen Schlüssel u.a. Angaben wie Name des Inhabers (oder ein Pseudonym), den Namen der Zertifizierungsstelle und das Ablaufdatum des Zertifikats.

Wenn Alice ein Zertifikat erhalten möchte, muss sie sich an eine Zertifizierungsstelle, etwa Trent, wenden. Sie muss ihren öffentlichen Schlüssel dort einreichen. Trent unterschreibt diesen öffentlichen Schlüssel nun mit dem eigenen privaten Schlüssel. Dieses Verfahren kann mehrstufig wiederholt werden, was zu einer Zertifizierungshierarchie führt. Sie wird auch als PKI (Public Key Infrastructure) bezeichnet. Daneben gibt es ähnliche, aber nicht hierarchische Verfahren wie z.B. das populäre bei PGP verwendete „Web of Trust".

Zertifikate werden von **Zertifizierungsdiensteanbietern** erteilt. So haben sich im Juni 1999 die vier deutschen Großbanken an dem Sicherheitsdienstleister „TC Trust Center" beteiligt. Hierdurch ist die Grundlage für einen gemeinsamen Zertifizierungsanbieter der privaten Banken geschaffen worden. Daneben bieten beispielsweise die Deutsche Post AG mit SignTrust und die Deutsche Telekom mit Telesec die Zertifizierung an. Gleiches gilt für verschiedene Kammern. Ein aktueller Stand zu Zertifizierungsdiensteanbietern, die sich bei der Regulierungsbehörde akkreditiert oder dort ihre Tätigkeit angezeigt haben, ist unter http://www.regtp.de zu finden.

Auf diese Weise kann ein Empfänger, der über den öffentlichen Schlüssel einer Zertifizierungsstelle verfügt, eine Signatur prüfen. Daneben kann er direkt in öffentlichen Verzeichnissen der Zertifizierungsstellen prüfen, ob ein Zertifikat gültig ist. So könnte es insbesondere widerrufen worden sein, etwa weil der private Schlüssel kompromittiert wurde. So muss Bob nun lediglich sicher sein können, dass der ihm bekannte öffentliche Schlüssel einer möglichst hohen Stelle in der Zertifizierungshierarchie, etwa der der Regulierungsbehörde als Wurzelinstanz, korrekt ist. Damit kann er ggf. über mehrere Stufen prüfen, ob das Zertifikat von Alice und damit ihr öffentlicher Schlüssel korrekt ist. Zusätzlich sollte er aber prüfen, ob das Zertifikat nicht zwischenzeitlich widerrufen wurde, indem er in entsprechenden öffentlichen Datenbanken des Zertifikatausstellers nachschaut.

Derzeit finden Signiervorgänge noch überwiegend auf dem PC mit Hilfe spezieller Software wie z.B. PGP statt. Private Schlüssel werden dabei typischerweise auf Datenträgern wie z.B. Disketten gespeichert. Dieses Verfahren ist jedoch nicht ausreichend sicher, da der PC z.B. durch Trojanische Pferde o.ä. befallen sein und damit der private Schlüssel ausgespäht werden könnte. Zukünftig werden daher Chipkarten (SmartCards) zunehmende Verbreitung erfahren, die den privaten Schlüssel beinhalten und Codierungsvorgänge direkt auf der Karte durchführen, d.h. der private Schlüssel verlässt niemals die Karte. Benötigt werden dazu

Lesegeräte. Neben den inzwischen gebräuchlichen einfachen Lesegeräten sind höherwertige Geräte mit einem Display vorzuziehen. In diesem Display wird der zu signierende Text angezeigt, um das Unterschieben unerwünschter Texte, die unterschrieben werden, zu unterbinden. Problembehaftet ist bei digitalen Signaturen u.a. die **Langzeitarchivierung**. Die Anfälligkeit von Signaturen unterliegt dem technischen Fortschritt, d.h. eine jetzt von Alice erstellte Signatur kann durchaus zu einem späteren Zeitpunkt praktisch gegenstandslos werden, wenn sich die verwendeten Verfahren als unsicher erweisen. Daher ist es erforderlich, bei der Auswahl der Verfahren hinreichend „Vorsprung" gegenüber fortschreitender Technik einzuplanen, z.B. hinsichtlich der verwendeten Bitlänge gegenüber der derzeit zu brechenden Bitlänge, und ggf. wichtige Signaturen regelmäßig mit neuen Verfahren zu erneuern („übersignieren").

VI. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Literatur:
Kamanabrou, Vorgaben der E-Commerce-RL für die Einbeziehung von AGB bei Online-Rechtsgeschäften, in: CR 2001, 421; Koehler, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, in: MMR 1998, 289; Löhnig, Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, in: NJW 1997, 1688; Mehrings, Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet, in: BB 1998, 2373; ders., Vertragsschluss im Internet. Eine neue Herausforderung für das alte BGB, in: MMR 1998, 30, ders., Vertragsschluss im Internet, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 2004, Teil 13.1; Moritz, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr, in: CR 2000, 64 f.; Graf von Bernstorff, Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce, in: RIW 2000, 15 f.; Rehbinder/Schmauss, Rechtsprobleme beim Vertragsschluss im Internet, in: UFITA 2000/II, 313; Taupitz/Kritter, E-Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, in: JuS 1999, 839.

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.[1005] Hier

[1005] So auch LG Essen, Urteil vom 13. Februar 2003, MMR 2004, 49.

wird häufig noch mit gerichtlichen Entscheidungen zum Btx-Verkehr argumentiert, die besagen, dass das Lesen längerer Bedingungen aufgrund der langen Übertragungsdauer unzumutbar sei[1006]. Bei **Texten, die länger als eine Bildschirmseite sind**, soll eine Ausdrucksmöglichkeit bestehen.[1007] 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.[1008] Ähnlich hält die Literatur wegen der nachträglichen Änderbarkeit eine wirksame Vereinbarung von AGB über elektronische Netze für unmöglich[1009].

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[1010].

Nicht ausreichend ist der **bloße Hinweis auf die AGB auf der Homepage**, etwa im Rahmen von Frames auf der Einstiegsseite.[1011] 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)

[1006] LG Freiburg, CR 1992, 93; ähnlich auch LG Aachen, NJW 1991, 2159, 2160; LG Wuppertal, NJW-RR 1991, 1148, 1149; AG Ansbach, 3 C 295/93 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.

[1007] Heinrichs, NJW 1999, 1596, 1598; ähnlich auch Borges, ZIP 1999, 130, 135.

[1008] Siehe dazu Mehrings, BB 1998, 2373, 2378; Kamanbrou, CR 2001, 421, 423 f.

[1009] Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl 1999, § 2 Rdnr. 24; Bultmann/Rahn, NJW 1988, 2432, 2434 f.

[1010] Zuletzt LG Münster 4 O 424/99 (Urteil jedoch nicht rechtskräftig): „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, 93f.; 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.

[1011] Siehe im Übrigen zu denkbaren Fehlern bei der AGB-Einbindung die Glosse unter http://www.kommdesign.de/galerie/empfang/rechtsabteilung.htm.

- 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).

Zu beachten ist ferner § 312e Abs. 1 BGB, der der Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie dient.[1012] 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.[1013] Die Wiedergabemöglichkeit ist am besten gesichert, wenn die AGB als HTML-Dokument zum Herunterladen bereitgestellt werden.
In den AGB zu regeln sind

- Bezahlverfahren
- Preise
- Versandkosten
- Eigentumsvorbehalt
- Widerrufsbelehrung, Kosten der Rücksendung (Fernabsatzgesetz)
- keine unzulässige Beschränkung von Gewährleistung und Haftung (§§ 307, 309 Nr. 7 und 8 BGB)
- keine Gerichtsstandswahl gegenüber Nichtkaufleuten
- ausländischer Verwender bei Kaufleuten.

Bei **Downloadprodukten** (wie Software oder Musik) sind im Übrigen zu beachten:

- einfaches Nutzungsrecht
- Eigentum an Werkkopie?
- zulässig = Einplatzlizenz mit Verbot der gleichzeitigen Nutzung auf mehreren CPUs; nicht jedoch Beschränkung auf bestimmte CPU
- Unzulässigkeit von Weiterveräußerungsverboten (§§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG i.V.m. § 307 Abs. 1 BGB) aber: Weitergabe der AGB bei nicht-gewerblichen Usern und Vernichtung von Altkopien

[1012] 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.
[1013] Siehe Kamanabrou, CR 2001, 421, 424 f.

- Vermietrechte verbleiben beim Provider (§§ 27, 69c Nr. 3 UrhG)
- keine Unterlizenzen durch User
- Sicherungskopie (§ 69d Abs. 2 UrhG) bei Software unerlässlich
- Beschränkung von Fehlerbeseitigung und Deassembling unzulässig (§§ 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 irgend eine Weise konkludent über die Einbeziehung der 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.[1014]

VII. Zahlungsmittel im elektronischen Geschäftsverkehr

Literatur:
Balzer, Haftung von Direktbanken bei Nichterreichbarkeit, in: ZBB 2000, 2; Behrendt, Das Mindestreservesystem des ESZB und elektronisches Geld, in: EuZW 2002, 364; Einsele, Wertpapiere im elektronischen Bankgeschäft, in: WM 2001, 7; Eisele/Fad, Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Missbrauch kartengestützter Zahlungssysteme, in: Jura 2002, 305; Escher, Bankrechtsfragen des elektronischen Geldes im Internet, in: WM 1997, 1173; ders., „Elektronisches Geld" im Recht, in: DuD 1997, 373; ders., Elektronische Zahlungen im Internet – Produkte und Rechtsfragen, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 585; Fiebig, Die Haftung beim Missbrauch von Kreditkartendaten im Internet, in: K&R 2002, 447; Fiege, Anonymer Zahlungsverkehr mit elektronischem Geld, in: CR 1998, 41; Florian, Rechtsfragen des Wertpapierhandels im Internet, München 2001; Furche/Wrightson, Computer Money. Zahlungsverkehr im Internet, Heidelberg 1997; Giannakoudi, Internet Banking: The Digital Voyage of Banking and Money in Cyberspace, in: Information & Communications Technology Law, Vol. 8, No. 3, 1999, 205; Gramlich, Elektronisches Geld, in: CR 1997, 11; ders., "Elektronisches Geld" im Recht, in: DuD 1997, 383; Hoeren, Kreditinstitute im Internet – Ausgewählte Rechtsfragen, in: Hadding (Hg.), Einführung des Euro in die Bank- und Unternehmenspraxis, Berlin 1998, 163; Hofmann, Die Geldkarte – Die elektronische Geldbörsde der deutschen Kreditwirtschaft, 2001; Holznagel/Hoeren, Rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Zahlungsverkehrs, Berlin 1999; Kißling, Zahlung mit elektronischen Werteinheiten, Diss. Münster 2001; Kaperschmidt, Rechtsfragen des Vertriebs

[1014] OLG Bremen, Urt. v. 11.02.2004 -1 U 68/03.

von Investmentsfonds im Internet, in: WM 2002, 1747; Koch/Maurer, Rechtsfragen des Online-Vertriebs von Bankprodukten, in: WM 2002, 2443 (Teil I) und 2481 (Teil II); Koch, Bankgeheimnis im Online- und Internet-Banking, in: MMR 2002, 504; Krüger/Bütter, Elektronische Willenserklärungen im Bankgeschäftsverkehr: Risiken des Online-Banking, in: WM 2001, 221; Kümpel, Rechtliche Aspekte des elektronischen Netzgeldes (Cybergeld), in: WM 1998, 365; ders., Elektronisches Geld (cyber coins) als Bankgarantie, in: WM 1999, 313; Steven Levy, E-Money (That´s what I want), in: Wired 12/1994, 174 und 213; Luckey, Ein europarechtlicher Rahmen für das elektronische Geld, in: WM 2002, 1529; Lynch/Lundquist, Zahlungsverkehr im Internet, München 1997; Gerald Mai, Wertpapierhandel im Internet unter besonderer Berücksichtigung der zivilrechtlichen Haftung von Börseninformationsdiensten, Hannover/Berlin 2000 (unverä. Magisterarbeit); Müglich/Simon, Datenaustausch im elektronischen Zahlungsverkehr per UN/EDIFACT, in: K&R 2000, 282; Neumann, Die Rechtsnatur des Netzgeldes – Internetzahlungsmittel ecash, München 2000; diess. Bock, Zahlungsverkehr im Internet, München 2004; Oberndörfer, Digitale Wertpapiere im Lichte der neuen Formvorschriften des BGB, in: CR 2002, 358; Pichler, Rechtsnatur, Rechtsbeziehungen und zivilrechtliche Haftung beim elektronischen Zahlungsverkehr im Internet, Münster 1998; Pfüller/Westerwelle, Wertpapierhandel im Internet, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimediarecht, München 2004, Kap. 13/7; Riehmer/Heuser, Börsen und Internet, in: ZGR 4 (2001), 385; Roßmann, Elektronische Unterschrift im Zahlungsverkehr, in: CR 1998, 36; Schmitt, Elektronisches Geld im Internet. Probleme des Bankenaufsichts-, Zentralbank- und Geldwäscherechts, Aachen 1999; Rossa, Missbrauch beim electronic cash – Eine zivilrechtliche Bewertung, in: CR 1997, 138; Schulz, Digitales Geld, Düsseldorf 2000; Stockhausen, Die Einführung des HBCI-Standards aus bankrechtlicher Sicht, in: WM 2001, 605; Spallino, Rechtsfragen des Netzgeldes, in: WM 2001, 231; Stolpmann, Elektronisches Geld im Internet, Köln 1997; Graf von Schönborn, Bankhaftung bei der Überweisung im Internet, Berlin 2001; Vaupel, IPOs Over The Internet, in: Butterworths Journal of Banking and Financial Law, Februar 2000, 46; Spindler, Elektronische Finanzmärkte und Internet-Börsen, in: WM 2002, 1341 und 1365; Weber, Zahlungsverfahren im Internet, Köln 2002; Werner, Rechtsfragen des elektronischen Geldes (Teil 13.5), in: Hoeren/Sieber (Hg.), Handbuch Multimedia-Recht, München 2004; ders., Rechtsprobleme im elektronischen Zahlungsverkehr, in: BB-Beilage 12/1999, 21; ders., Das Lastschriftverfahren im Internet BKR 2002, 11; ders., Geldverkehr im Internet. Ein Praxisleitfaden, Heidelberg 2002.

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.

Bankspezifische Sicherheitstechniken sind im Übrigen die **PIN/TAN-Nummer** (vor allem im Volksbankenbereich beliebt)[1015] sowie das im Sparkassensektor sowie von Kreditgenossenschaften eingesetzte **HBCI**.[1016]. PIN/TAN und HBCI sind allerdings Home/Telebanking-Anwendungen, die insofern nicht zu den Zahlungsmöglichkeiten, die ein Internet-Händler anbieten kann, gehören.

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)[1017] 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. Statt dessen 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[1018]. 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.

[1015] Diese Nummern gelten nach neuerer BGH-Rechtsprechung als sicher; siehe BGH, Urteil vom 16. April 2002 – XI ZR 375/00. Ähnlich Ire Cour Vivile, Arrèt du 5 juin 2003 – 4C.50/2003.

[1016] HBCI = Homebanking User Interface; siehe http://www.hbci-zka.de.

[1017] http://www.setco.org/.

[1018] Hoeren/Sieber/Werner, 13.5, Rdnr. 39.

Systeme, die die **Zahlung im Internet per Chipkarte** (z.B. GeldKarte[1019] oder Mondex[1020]) **oder Netzgeld** (z.B. eCash[1021]) ermöglichen, haben keine Praxisdurchsetzung erfahren.. Auch nicht durchsetzen konnten sich Verfahren bei Kleinbetragszahlungen (sog. micropayments) wie Millicent[1022] und CyberCoin[1023].

Die Funktionsweise dieser Formen elektronischen Geldes ist bereits ausführlich in der Literatur beschrieben worden[1024]. 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[1025] 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 Verbriefung fehlschlagen muss[1026]. Escher schlägt daher eine analoge Anwendung der Vorschriften zur Inhaberschuldverschreibung vor und spricht insofern von „Inhaberschulddaten", „digitalisierten Inhaberschuldverpflichtungen" bzw. „Wertdaten"[1027]. Dieser Analogieschluss ist zumindest bei offenen Systemen, die eine Nutzung von eCash auch außerhalb eines auf eine Bank bezogenes Testbetriebes zulassen, gerechtfertigt. Er entspricht der von der herrschenden Meinung[1028] 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[1029] ist das Verhältnis zwischen Kunden und Bank als

[1019] Siehe http://www.sparkasse.de/ecommerce/, dort auch Informationen zu SET.
[1020] http://www.mondex.com/; Mondex ist in Deutschland nicht erhältlich.
[1021] http://www.ecashtechnologies.com/; http://www.deutsche-bank-24.de/ecash/.
[1022] http://www.millicent.digital.com/.
[1023] http://www.cybercash.com/.
[1024] Siehe dazu insbesondere Furche/Wrightson, Cybermoney, 1997; Birkelbach, WM 1996, 2099; Jaskulla, ZBB 1996, 216; Escher, WM 1997, 1163 ff; Hoeren/Sieber/Werner, 2004, 13.5 passim; Gramlich, in: Handbuch zum Internet-Recht, S. 103, 105.
[1025] Siehe §§ 407, 409 BGB.
[1026] Zur fehlenden Urkundsqualität digitalisierter Informationen siehe auch die Ausführungen unten.
[1027] Escher, WM 1997, 1173, 1181.
[1028] Siehe hierzu BGH, NJW 1988, 406.
[1029] Siehe Escher, WM 1997, 1179.

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).[1030]

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 21.06.2002[1031] 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 alt) und „Netzgeldgeschäft" (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 12 KWG alt) 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.[1032] 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 S. 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.

[1030] Das e-Cash-System ist jedoch bis heute nicht weit verbreitet und es ist fraglich, ob das System in Zukunft bestehen kann.
[1031] BGBl. I, S. 2010.
[1032] BT DS 14/8017 S. 111 f.

VIII. Verbraucherschutz im Internet

Literatur:
Arnold, Verbraucherschutz im Internet, in: CR 1997, 526; Borges, Verbraucherschutz beim Internetshopping, in: ZIP 1999, 130; Damker/Müller, Verbraucherschutz im Internet, in: DuD 1997, 24; Dilger, Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet, München 2002; Drexl, Verbraucherschutz und Electronic Commerce in Europa, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 473; Köhler, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), in: NJW 1998, 185; Meents, Verbraucherschutz im Internet, Köln 1998; Marini, Profili giuridici del commercio ellettronico nel diritto communitario, in: Dir. Comm. Int 2000, 329; Redolfi, Reti telematiche e commercio elettronico: la tutela del consumatore, in: Il Diritto Industriale 1997, 245; ders., 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, Baden-Baden 2000; Waldenberger, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet, in: BB 1996, 2365; ders., 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 Email Bestimmungen des Verbraucherschutzrechts zur Anwendung kommen.

1. Kollisionsrechtliche Fragen

Literatur:
Borges, Weltweite Geschäfte per Internet und deutscher Verbraucherschutz, in: ZIP 1999, 565; Ernst, Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des Internets, in: VuR 1997, 259; Kronke, Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR, in: RIW 1996, 985; Mankowski, E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht, in: MMR-Beilage 7/2000 22; Rüßmann, Verbraucherschutz im Internet, in: K&R 1998, 129; Spindler, Internationales Verbraucherschutzrecht im Internet, in: MMR 2000, 185; Staudinger, Internationales Verbraucherschutzrecht made in Germany, in: RIW 2000, S. 416; Waldenberger, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet, in: 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 seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auch bei Vereinbarung ausländischen Rechts steht einem deutschen Verbraucher daher bei elektronischen Bestellungen der Schutz nach dem HWiG, dem VerbrKrG und dem AGB (künftig einheitlich im BGB geregelt) 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 Art. 29 Abs. 1 Nr. 1-3 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 Nr. 1 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.

Bisher gab es in Ergänzung zu Art. 29 EGBGB im Bereich des Verbraucherschutzrechts zwei Sonderanknüpfungen: in § 12 AGBG und in § 8 TzWrG. Eine erneute Sonderregelung sah Art. 12 II der Fernabsatzrichtlinie vor. Durch das Fernabsatzgesetz vom 30. Juni 2000 ist nun Art. 29a EGBGB in Kraft getreten, wodurch alle drei auf EG-Richtlinienbestimmungen beruhenden verbraucherschützenden Regelungen zusammengefasst wurden. Die bisherigen Regelungen des § 12 AGBG sowie des § 8 TzWrG sind dadurch ersetzt worden.
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[1033]. 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.

[1033] Staudinger, RIW 2000 S. 416, 417.

2. Haustürwiderrufsrecht

Ein Teil der Literatur wendet das **Haustürwiderrufsrecht** (§§ 312 – 312a BGB) [1034] in Fällen des Internetshopping an[1035]. Nach herrschender Auffassung liegen die Anwendungsvoraussetzungen des § 312 BGB nicht vor. Zum Teil wird allerdings vertreten, dass aufgrund des Freizeitcharakters des „Netzsurfens" und bei entsprechender Gestaltung der Webpages eine Subsumtion unter den Begriff des Freizeitgeschäfts und damit eine direkte Anwendung des Haustürwiderrufsrechts gem. § 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 möglich sei.[1036] Jedenfalls sei jedoch eine analoge Anwendung über das Umgehungsverbot des § 312f S. 2 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.[1037] Zweck ist es auch hier, den Kunden vor den Risiken eines übereilten und unüberlegten Vertragsschlusses zu schützen.
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.[1038] Teilweise wird zwar eine Anwendung des HWiG auf Internet-Angebote für möglich gehalten, sofern der Kunde überraschenderweise beim Zugriff auf eine Homepage Werbung vorfinde.[1039] Das HWiG ist jedoch kein Gesetz zum Schutz vor jedweder überraschenden oder gar irreführenden Werbung. Hier kommen vielmehr §§ 1, 3 UWG zur Anwendung. Eine dem Haustürgeschäft vergleichbare Verkaufssituation besteht damit objektiv nicht.

3. Verbraucherkreditrecht

Literatur:
Lorenz, Zeitschriftenabonnements im Internet – heute und morgen, in: NJW 2001, 2230; Mankowski, Websites und Versandhandelsprivileg, in: CR 2001, 30.

[1034] Früher (bis zur Schuldrechtsreforn) Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HWiG) vom 16. Januar 1986 (BGBl. I, 122).
[1035] Erman/Klingsporn, 11. Aufl. 2004, § 1 HwiG Rdnr. 13b; Eckert, DB 1994, 717, 721 f.; Gilles, NJW 1988, 2424, 2427.
[1036] Ruoff, E-Commerce und Verbraucherschutz – Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufsgesetzes im Internet, NJW-CoR 2000, 38.
[1037] MüKo-Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 5 HWiG, Rdnr. 4.
[1038] So in der Tendenz auch Waldenberger, BB 1996, 2365, 2367; deutlicher Köhler, NJW 1998, 185, 187.
[1039] Waldenberger, BB 1996, 2365, 2367.

Für das e-Business könnten auch die Bestimmungen des BGB **zum Verbraucherdarlehensvertrag** (§§ 491 ff. BGB) relevant sein.[1040].

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 mit natürlichen Personen
- 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 elektronische Versandhäuser auch Teilzahlungskredite an. Würden sie sich dabei lediglich auf den Austausch von Emails verlassen, wären solche Vereinbarungen 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 S. 2 BGB i.V.m. § 501 S. 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 S. 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

[1040] Diese fanden sich bis zum 1. Januar 2002 im Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) vom 17. Dezember 1990 BGBl. I, 2840.

- 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.

Das Gesetz spricht – anders als § 502 Abs. 2 BGB-RE – nicht mehr vom „dauerhaften Datenträger"; der Verweis auf die **Textform** bezieht sich § 126b BGB.

Wichtig ist auch 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 S.2 BGB).

4. 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 S. 1 BGB). Diese Verträge müssen schriftlich vereinbart werden (§ 505 Abs. 2 S. 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 S. 2 BGB). Dies entspricht den Vorgaben aus der Rechtsprechung zur alten Bestimmung des § 8 VerbrKrG, insbesondere dem Urteil des OLG München in Sachen „Bunte".[1041] 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.

5. Bestellkorrektur und Empfangsbestätigung

Literatur:
Bodenstedt, "Alles für einen Euro"? Abgrenzung von Zugangsbestätigungen und Annahmeerklärungen im Internet, in: MMR 2004, 719; Klimke, Korrekturhilfen beim Online-Vertragsschluss, in: CR 2005, 582; Stockmar/Wittwer, Doe Pflicht zur Empfangsbestätigung von elektronischenb Bestellungen im Spiegel der Rechtsprechung, in: 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, 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. Diese Pflicht ist § 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[1042] hat bereits in der Rückmeldung "Vielen Dank für Ihren Auftrag, den wir so schnell als möglich ausführen werden", eine Annahmeerklärung gesehen. Das AG Westerburg[1043] hat ähnlich eine Annahme bejaht für eine Email mit dem Inhalt: "Guten Tag, vielen Dank für Ihre Bestellung! Am Ende dieser Mail finden Sie eine Auflistung Ihrer Bestellung, die wir so schnell wie möglich für Sie bearbeiten werden." Das AG Butzbach[1044] 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

[1041] Urteil vom 25. Januar 2001, NJW 2001, 2263 mit Anm. Lorenz, NJW 2001, 2230 = ZIP 2001, 520 = ZUM 2001, 436 = CR 2001, 401 mit Anm. Mankowski = ZIP 2001, 520.
[1042] OLG Frankfurt, Urteil vom 20. November 2002 – 9 U 94/02.
[1043] AG Westerburg, Urteil vom 14 März 2003- 21 C 26/03.

gemacht werden.[1045] Ein solcher klarstellender Hinweis kann auch in den AGB verankert werden.[1046]

Die Pflichten zur Bereitstellung von Eingabekorrekturen und einer Empfangsbestätigung gelten nach § 312 e Abs. 2 sowohl im Bereich B2C wie B2B. Im B2B-Bereich können die Pflichten allerdings abbedungen werden.

6. Das Fernabsatzrecht

Literatur:
Aigner/Hofmann, Virtuelle Kaufhäuser. Auswirkungen des Fernabsatzgesetzes, in: MMR-Beilage 8/2001, 30; Aigner, Hofmann, Fernabsatzrecht im Internet, München 2004; Arnold, Verbraucherschutz im Internet. Anforderungen an die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: CR 1997, 526; Balscheit, Konsumvertragsrecht und E-Commerce, Zürich 2004; Bodewig, Die neue europäische Richtlinie zum Fernabsatz, in: DZWiR 1997, 447; Brönnecke, Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften, in: MMR 2004, 127; Bülow/Arntz, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, in: NJW 2000, 2049; Ende/Klein, Grundzüge des Vertriebsrechts im Internet, Fernabsatz und Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, München 2001; Fischer, Das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform, in: DB 2002, 253; Fuchs, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, in: ZIP 2000, 1273; Gaertner/Gierschmann, Das neue Fernabsatzgesetz, in: DB 2000, 1601; Gößmann, Electronic Commerce. Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien, in: MMR 1998, 88; Gorris/Schmittmann, Umsatzsteuerrechtliche Auswirkungen des Fernabsatzgesetzes, in: BB 2001, 2345; Günther, Fernabsatzrichtlinie und Fernabsatzgesetz, in: Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 526; Härting, Referentenentwurf für neues Fernabsatzgesetz, in: CR 1999, 507; ders., Fernabsatzgesetz, Köln 2000; ders., Erstkontakt mit dem Verbraucher nach dem Fernabsatzgesetz, in: DB 2000, 2312; ders., Verbraucherwerbung nach dem Fernabsatzgesetz, in: CR 2000, 691; ders., Fernabsatzgesetz – Ein Überblick über den Anwendungsbereich, die Systematik und die wichtigsten Regelungen, in: MDR 2000, 917; ders., Fernabsatz – Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: MDR 2002, 61; Heigl/Rettenmaier, Widerruf und Herstellergarantie – Probleme beim Fernabsatz, in: K&R 2004, 559; Hoenike/Hülsdunk, Die Gestaltung von Fernabsatzangeboten im elektronischen Geschäftsverkehr nach neuem Recht, in: MMR 2002, 415; diess., Rechtliche Vorgaben für Feransatzangebote im elektronischen Geschäftsverkehr bei und nach Vertragsschluss, in: MMR 2002, 516; Kaestner/Tews, Praktische Probleme des Fernabsatzrechts, in: WRP 2005, 1335; Kamanabrou, Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: WM 2000, 1417; Kilches, Electronic Commerce Richtlinie, in: Medien und Recht1999, 3; Kronke, Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR. Zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, in: RIW 1996, 985; Lütcke, Fernabsatzrecht. Kommentar zu den §§ 312b – 312 f BGB, München 2002; Martinek, Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, in:

[1044] AG Butzbach, Urteil vom 14. Juni 2002, NJW-RR 2003, 55 = CR 2002, 765.
[1045] LG Gießen, Urteil vom 04. Juni 2003 – 1 S 413/02.
[1046] AG Wolfsbüttel, Urteil vom 14 März 2003 – 17 C 477/02.

NJW 1998, 207; Martis/Meishof, Voraussetzungen des Widerrufs nach § 355 BGB, in: MDR 2004, 4; Marx, Nicht nur im Internet: harmonisierter Verbraucherschutz im Fernabsatz, in: WRP 2000, 1228; Marx/Bäuml, Die Information des Verbrauchers zujm Widerrufsrecht bei Fernabsatz, in: WRP 2004, 162; Meents, Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet, in: CR 2000, 610; ders., Fernabsatzgesetz im Vermittlungsausschuss, in: CR 2000, 410; Meub, Fernabsatz und Ecommerce nach neuem Recht, in: DB 2002, 359; Micklitz, Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz im Fernabsatz, in: VuR 1993, 129; ders., Fernabsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: EuZW 2001, 133; ders., Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, in: ZeuP 1999, 874; ders., Fernbsatz und E-Commerce im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: EuZW 2001, 133; ders./Reich, Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie, in: BB 1999, 2093; Piepenbrock/Schmitz, Fernabsatzgesetz: neuer Rechtsrahmen für E-Commerce, in: K&R 2000, 378; Reich, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, in: EuZW 1997, 581; Roth, Das Fernabsatzgesetz, in: JZ 2000, 1013; Schmittmann, Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht, in: K&R 2003, 385 und K&R 2004, 361; Tonner, Das neue Fernabsatzgesetz – oder System statt „Flickenteppich", in: BB 2000, 1413; Waldenberger, „Alles schwebend unwirksam" – Distanzgeschäfte nach dem Referentenentwurf eines Fernabsatzgesetzes, in: K&R 1999, 345; Wilmer, Das Fernabsatzgesetz — Ein Segen für den E-Commerce? In: RTkom 1/2001, 5; ders. Hahn, Fernabsatzrecht, Heidelberg 2002.

Am 1. Juli 2001 trat das Fernabsatzgesetz in Kraft, durch welches die EU-Richtlinie über den Verbraucherschutz im Fernabsatz in nationales Recht umgesetzt wurde.[1047] In der Zwischenzeit findet sich der in der Literatur eine breite Palette allgemeiner Aufsätze zum Fernabsatzgesetz[1048], ein Regelwerk, das ja nicht internetspezifisch konzipiert ist, sondern auch auf Telefongeschäfte oder Teleshopping ausgerichtet ist.

Eine weitere Änderung ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfolgt. Hierdurch sind Vorschriften des Fernabsatzgesetzes in das BGB überführt worden (§§ 312b – d BGB), ohne das sich inhaltliche Änderungen ergeben.[1049]

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Fernabsatzgesetzes ist gem. § 312b Abs. 1 BGB **ein Vertragsabschluss unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationstechniken**. Dabei muss der eine Vertragspartner Verbraucher i.S.d. §

[1047] 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 Verbraucher-schutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144/19 vom 4. Juni 1997; Referentenentwurf vom 31. Mai 1999, abrufbar im Internet unter www.bmj.bund.de7download/fernag.doc. 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.

[1048] Siehe dazu etwa Fuchs, ZIP 2000, 1273; Härting, CR 1999, 157 ff.; Härting/Schirmbacher, MDR 20000, 917; Kamanbro, WM 2000, 1418; Micklitz/Reich, BB 1999, 2093 ff.; Roth, JZ 2000, 1013 ff.; Schmidt-Räntsch, ZBB 2000, 344; ders., VuR 2000, 427 ff.; Tonner, BB 2000, 1413 ff. u.a.

13 BGB sein. Die andere Vertragspartei muss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems handeln (§ 312 b Abs. 1 BGB). Unter die in § 312 b Abs. 2 BGB definierten Fernkommunikationstechniken fallen sowohl traditionelle Vertriebsmethoden wie Katalog- und Versandhandel als auch moderne Formen wie Emailverkauf, Internetvertrieb, Teleshopping und ähnliches. Ein Umgehungsgeschäft im Sinne von § 312 f BGB liegt vor, wenn aufgrund einer telefonischer Bestellung der Kunde bei Anlieferung einen schriftlichen Vetrag unterschreiben soll.[1050]

b) Umfang

Aufgrund des Fernabsatzrechts treffen den Unternehmer im E-Commerce eine Fülle **von Informationspflichten im Verhältnis zum Verbraucher**. Der Umfang dieser Pflichten ist in einer Rechtsverordnung zusammengefasst, die im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung nach Maßgabe von Art. 240 EGBGB erlassen worden ist (siehe § 312c Abs. 1 Nr. 1 BGB). Die entsprechende **Informationsverordnung** ist zum 15. Januar 2002 in Kraft getreten.[1051] Zum 1. September 2002 ist die Zweite Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichtenverordnung in Kraft getreten[1052], das einen neuen Abschnitt zur Belehrung über das Widerrufs- und Rückgaberecht in die Informationsverordnung einfügt[1053]. 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.[1054]
Im Einzelnen muss ein Provider u.a. informieren über

aa) Unternehmensspezifische Daten

- die Identität des Lieferers
- die Adresse der Niederlassung
- die E-Mail-Adresse für direkte Kontakte
- die Handelsregisternummer, Name, Anschrift und sonstige Grunddaten eventuell bestehender Aufsichtsbehörden

---

[1049] Siehe dazu Micklitz, EuZW 2001, 133 ff.
[1050] OLG Schleswig, Urteil vom 28. August 2003, CR 2004, 300.
[1051] Die mit Art. 7 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eingeführte BGB-Informationspflichten-VO ist am 8. Januar 2002 als Verordnung vom 2. Januar 2002 im BGBl. I 2002, S. 342 verkündet worden.
[1052] BGBl I, 2958.
[1053] Die entsprechenden Muster sind im Anhang des Skripts abgedruckt.
[1054] So etwa Masuch, NJW 2002, 2932 und Bodendiek, MDR 2003, 1.

- 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!) einschließlich aller Steuern
- Mindestlaufzeit des Vertrages, wenn dieser eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat
- Zusätzliche Versand- und Lieferkosten
- Ausverkauf, Rabatte und Zugaben
- das Bestehen von Glücksspielen

cc) Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung

- 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

Bestehen eines Widerrufsrechts als Muster könnte etwa folgende Formulierung dienen: „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. Es wäre aber nett, wenn sie uns den Rücksendegrund nennen. 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 Waren nicht entsiegelt wurde."

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[1055]. 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 „Kontakt" zu erreichen und dort unter der Überschrift „Impressum" angeführt sind.[1056]

Unverständlich ist der Hinweis auf die Umsatzsteuernummer. Hintergrund für diese Informationspflicht dürfte das wohl das spanische Recht sein, innerhalb dessen der Umsatzsteuernummer eine zentrale Identifizierungsfunktion für alle Unternehmen zukommt. Es ist dann aber nicht einzusehen, warum das spanische Modell nunmehr gerade und ausschließlich für das Internet auf alle europäischen Unternehmen erstreckt wird.

a) Der dauerhafte Datenträger und die Textform

Die geforderten Informationen muss der Verbraucher 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 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.

[1055] Reich, EuZW 1997, 581, 584.
[1056] OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. März 2002, WRP 2002, 849. Ähnlich für die Pflichtangaben nach dem HWG OLG München, Urteil vom 7. März 2002, MMR 2002, 463.

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.

aa) Was heißt dauerhaft?

Hier macht folglich der Begriff der Dauerhaftigkeit große Schwierigkeiten. Nach § 126b BGB muss eine Willenserklärung in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise abgegeben werden. Entscheidend ist, dass die Datei dem (evtl. manipulativen) Zugriff des anbietenden Unternehmens entzogen ist.[1057]

Sicherlich wird dadurch 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. Insofern reicht es zwar 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.

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 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. 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. Hier werden doch für den elektronischen Handel erhebliche Hindernisse bei der Umsetzung europäischer Verbraucherschutzvorgaben aufgebaut. Erstaunlicherweise gehen

[1057] Siehe Lorenz, NJW 2001, 2230, 2231.

auch die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie unkritisch vom Text aus und lassen konstruktive Vorschläge zur Lösung des Problems des dauerhaften Datenträgers vermissen.
Schließlich ist sehr verwirrend, dass in Art. 5 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie darauf verwiesen wird, dass über die Bedingungen der Ausübung des Widerrufsrechts "schriftliche Informationen" zu erstellen sind. Durch den Hinweis auf die Schriftlichkeit wird eine internetspezifische Übermittlung der Widerrufsinformation ausgeschlossen. Allerdings steht diese Regelung in einem weiteren Kontext, der einen ebenfalls ratlos stimmt. So werden in der gleichen Regelung zusätzliche Informationspflichten, etwa zum Kundendienst, zu Garantie- und Kündigungsbedingungen, vorgesehen, die in Art. 4 gar nicht enthalten waren. Insofern wirkt Art. 5 Satz 2 wie ein Fremdkörper, der insgesamt nicht in die bisherige Systematik passt. Dies ändert aber nichts daran, dass die genannte Regelung ausdrücklich auf die Schriftform abstellt und insofern erhebliche Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung der Richtlinie bereiten wird.
Vorsicht ist auch bei der Platzierung der Informationen geboten. Die Informationspflichten nach dem Fernabsatzgesetz sind nur erfüllt, wenn der Interessent diese Informationen zwangsläufig aufrufen muss, bevor er den Vertrag abschließt. Ein Link auf diese Informationen reicht nicht aus.[1058]

bb) Schlupflöcher?

Das einzige Schlupfloch findet sich in Art. 3 Abs. 3 der Finanzdienstleistungsrichtlinie, wonach die Parteien den zu benutzenden Datenträger einvernehmlich festlegen müssen. Diese Regelung klingt zwar danach, als sei die Frage des Datenträgers dispositiv. Diese Auslegung würde aber verkennen, dass Art. 3 Abs. 3 weiterhin voraussetzt, dass überhaupt ein dauerhafter Datenträger eingesetzt wird und nur die Wahl des konkreten (dauerhaften) Datenträgers der Disposition der Parteien überlässt. Eine Lösung findet sich evtl. über den Vorschlag der Europäischen Kommission vom 26. Juli 1999 für eine Richtlinie über "Insurance intermediaries". Hiernach sollen die zu übermittelnden Verbraucherinformationen "in writing, including by electronic means, or other means, or any other manner appropriate to the means of communication" sein (Art. 8 Abs. 1). In einer kommissionsinternen Kommentierung hierzu heißt es, dass "information should be made in a written form, but e-mail would also suffice". Dies deutet darauf hin, dass europäisch ein eigener Begriff der "Schrift"-form etabliert werden könnte. In der Tat ist es nicht zwingend, den Begriff des "writing" unbedingt mit dem traditionellen Modell der Schriftform gleichzusetzen und

[1058] OLG Frankfurt, Urteil vom 17. April 2001 – 6 W 37/01.

dadurch in die Nähe des Papiers zu bringen. Vielmehr kann "writing" sich auch auf elektronisch geschriebene Buchstaben beziehen.

b) Widerrufsrecht

Der Verbraucher kann in jedem Fall den Vertrag binnen zwei Wochen **ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen** (§ 312d Abs. 1 S. 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 S. 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 S. 1 BGB). Hält der Lieferer die Textform nicht ein, verlängert sich die Frist ad ultimo (§ 355 Abs. 3 S. 2 BGB).[1059]

Anstelle eines Widerrufsrechts kann auch ein **Rückgaberecht** vertraglich vereinbart werden (§ 312d Abs. 1 S. 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 Waren sofort zurückzugeben (§ 356 BGB).

Das Widerrufsrecht kann **ohne Angaben von Gründen** ausgeübt werden. 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 Finanzdiuenstleistungen im Dezemberr 2004[1060] 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 unter 40 Euro** liegt (§ 357 Abs. 2 S. 3

[1059] Siehe dazu auch BGH, Urteil vom 31. Oktober 2002 – I ZR 132/00: 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.
[1060] http://www.heise.de/newsticker/meldung/52649.

BGB). Streitig ist, ob die anteiligen Versandkosten bei Rückgabe der Ware im Versandhandelskauf („Hinsendekosten“) erstattungsfähig sind. Einige Gerichte[1061] sehen kein Problem darin, dass der Unternehmer dem Kunden bei der Rückzahlung des Kaufpreises die Erstattung der Hinseendekosten verweigert; darin sei kein Verstoß gegen §§ 312b-d BGB zu sehen. Dies sehen andere Gerichte zugunsten des Verbrauchers anders.[1062]

Hinzu kommen allerdings Regelungen zu einer **Nutzungsentschädigung** (§ 357 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 346 II, III 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. Januar 2002 für die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer Sache eingetretene Wertminderung. Diese Ausnahme ist aber durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgehoben worden. Nach § 357 Abs. 3 S. 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 12 Abs. 1 Fernabsatzrichtlinie – richtlinienkonform sind. Ein Teil der Literatur lehnt dies ab.[1063] Denkbar wäre aber auch ein Verweis darauf, dass diese Nutzungsvergütung ja nicht „infolge der Ausübung des Widerrufsrechts“, sondern infolge der Nutzung der Ware zu zahlen sei.[1064] 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 S. 2 BGB).

Wichtig sind die **Ausnahmebestimmungen** für das Widerrufs- und Rückgaberecht. Die Weite dieser Rechte kontrastiert mit einer Fülle von Ausnahmebestimmungen, die in § 312 Abs. 4 BGB vorgesehen sind. Diese Ausnahmen scheinen aber nur für das Widerrufsrecht, nicht für das Rückgaberecht zu gelten; ein Verweis auf § 312 Abs. 4 BGB fehlt in der Rückgaberegelung des § 312d Abs. 1 BGB). Zu beachten ist aber, da bei Nichtbestehen eines gesetzlichen Widerrufsrechts auch keine 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.

[1061] OLG Frankfurt/M., Urteil vom 28.11.2001, CR 2002, 638 = JurPC Web-Dok. 334/2002; ähnlich OLG Nürnberg,, NJW-RR 2005, 1581.
[1062] Landgericht Karlsruh, 10 O 794/05.
[1063] So auch Tonner, BB 2000, 1413, 1416.
[1064] So Gößmann, MMR 1998, 88, 91.

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 zu 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).[1065]

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 eine 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.[1066]

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 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

[1065] BGH, Urteil vom 19 März 2003 – VIII ZR 295/01.

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.[1067]
Die Darlegungs- und Beweislast für einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 d Abs. 4 BGB liegt bei dem Unternehmer, der sich auf den Ausnahmetatbestand beruft.[1068]

In Karlsruhe hat der BGH[1069] geurteilt, dass Verbrauchern das in § 312 d BGB verankerte zweiwöchige Widerrufsrecht **auch bei Internet-Versteigerungen** zusteht, soweit es sich beim Anbieter um einen Gewerbetreibenden handelt. Ein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB, wonach das Widerrufsrecht nicht für Versteigerungen im Sinne von § 156 BGB gilt, greife nach Meinung des BGH nicht durch. Daraus folgt für gewerbliche eBay-Verkäufer auch die Pflicht, klar und verständlich auf das Widerrufsrecht bei Verkaufsangeboten hinzuweisen (§ 312 c Abs. 1 S. 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.[1070] Problematisch ist es, die Belehrung per Link anderseitig zu plazieren[1071]; es ist zu empfehlen, die Widerrufsbelehrung unmittelbar auf jeder Angebotsseite anzugeben.

Schweierig ist die Abgrenzung zwischen Privatverkäufen und gewerblichen Angeboten. Unter den Begriff des Unternehmers im Sinne von § 14 BGB fällt, wer über einen längeren Zeitraum regelmäßig eine größere Anzahl von Verkäufen tätigt. So ist nach Aufassung des OLG Frankfurt von einem Handeln im geschäftlichen Verkehr auszugehen, wenn die Anzahl der Versteigerungen in einem bestimmten Zeitraum einen Umfang der angebotenen Produkte belegen, die dem Schluss auf ein rein privates Verhalten entgegenstehen.[1072]

[1066] LG Frankfurt, Urteil vom 18. Dezember 2002 – 2/1 S 20 /02.
[1067] Am Rande erwähnt werden soll der weitere Ausnahmetatbestand zugunsten von Fernabsatzverträgen, die in der Form von Versteigerungen (§156 BGB) abgehalten werden. Einige Gerichte vertreten die Aufassung, dass bei eBay § 156 BGB nicht zum Tragen komme und daher das Fernabsatzrecht in vollen Zügen zur Anwendung kommen müsse; so etwa AG Kehl, Urteil vom 19. April 2003, CR 2004, 60.
[1068] BGH, Urteil vom 19 März 2003 – VIII ZR 295/01.
[1069] BGH, Urteil vom 3. November 2004, MMR 2005, 37 mit Anm. Spindler. Dazu auch Emmerich, JuS 2005, 175 ff.
[1070] OLG Hamm, Urteil vom 14. April 2005 – 4 U 2/05.
[1071] LG Traunstein Urteil vom 18. April 2005 – 1HK O 5016/04).
[1072] OLG Frankfurt Urteil vom 27.Juli 2004 – 6 W 80/04.

7. Finanzdienstleistungsrichtlinie

Literatur:
Felke/Jordans, Der Referentenentwurf für die Umsetzung der FARL für Finanzdienstleistungen, in: WM 2004, 166; Fischer, Neuregelungen zum Fernabsatz bei Finanzdienstleistungen, in: ZAP 2005, Fach 2, 468; Härting/Schirmbacher, Finanzdienstleistungen im Internet, in: CR 2002, 809; diess., Finanzdienstleistungen im Fernabsatz, in: CR 2005, 48; Schneider, Umsetzung der Feransatzrichtlinie 2002/65/EG im VVG, in: VersR 2004, 696.

Am 8. Dezember 2004 ist das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen in Kraft treten.[1073] 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.

Er hat ein **Widerrufsrecht innerhalb von zwei Wochen**. Hat der Verbraucher allerdings nicht alle Informationen ordnungsgemäß erhalten, besteht sein Widerrufsrecht unbegrenzt. 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

[1073] 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; www.bmj.bund.de/iamages/11617.pdf. 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.

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

Neben der Finanzdienstleistungsrichtlinie sind die bereits bestehenden Informationspflichten insbesondere im Online-Wertpapierhandel zu beachten. § 31 Abs. 2 des Wertpapierhandelsgesetzes 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.[1074] Zu beachten ist ferner die noch ungeklärte Frage, inwieweit alternative Handelssysteme als Wertpapierhandelsysteme der Börsenaufsicht unterliegen; hierzu liegen seit Mai 2001 erste Empfehlungen der Börsensachverständigenkommission vor.[1075]

8. Zusammenfassung: Pflichten des Unternehmers bei E-Contracting

Zusammenfassend lassen sich die Pflichten des Anbieters bei elektronischem Handel mit Endverbrauchern (B2C) wie folgt beschreiben:

Der Anbieter muss angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellen, mit denen der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann. Der Anbieter muss den Kunden vor Abgabe der Bestellung über die einzelnen technischen Schritte, die über einen Vertragsschluss führen, informieren.

Der Anbieter muss den Kunden darüber informieren, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss von dem Unternehmen gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist.

Der Anbieter muss dem Kunden mitteilen, welche Sprachen für den Vertragsschluss zur Verfügung stehen.

Der Anbieter muss dem Kunden unverzüglich eine eingehende Bestellung auf elektronischem Wege bestätigen.

[1074] Ähnlich auch Balzer, DB 1997, 2311, 2315.

[1075] Empfehlungen der Börsensachverständigenkommission zur Regulierung alternativer Handelssysteme, Frankfurt 2001, abrufbar unter http://www.finanzplatz.de. Siehe auch die Special Study der Securities and Exchange Commission über „Electronic Communication Network and After-Hours Trading“ vom Juni 2000; http://wwww.sec.gov/news/studies/ecnafter.htm.

Der Anbieter muss dem Kunden eine Möglichkeit geben, die Vertragsbestimmungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.
Der Anbieter muss den Kunden (hier ausnahmsweise auch, wenn der Kunde kein Verbraucher ist) über die wesentlichen Eckdaten des Unternehmens informieren (Anschrift, gesetzlicher Vertretungsberechtigter, Telefon, Telefax, Email-Adresse, bestehende Aufsichtsbehörden, Handelsregisternummer, Umsatzsteuernummer und anwendbare standesrechtliche Regelungen).
Der Anbieter muss dem Kunden über wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Zahlungsmodalitäten informieren.
Der Anbieter muss dem Kunden auf das Bestehen eines Widerrufsrechts hinweisen und ihm erläutern, wie er dieses Widerrufsrecht ausüben kann.

§ 8 Was geschieht mit den Daten: Der Datenschutz

Literatur:
Norbert Brieskorn, Datenschutz und die Gefährdung der Intimität: philosophische Bemerkungen, in: Zeit und kommunikative Rechtskultur in Europa 2000, 225; Martin Franzen, Die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes und ihre Bedeutung für die Privatwirtschaft, in: DB 2001, 35; Guido Hobbert, Datenschutz und Datensicherheit im Internet, 2. Aufl. Frankfurt 2000; Gerrit Hornung, Zwei runde Geburtstage: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das WWW, in: MMR 2004, 3; Thomas Hoeren, Electronic Data Interchange: the perspectives of private international law and data protection, in: Indira Carr/Katherine Williams (Hg.), Computers and Law, Oxford 1994, 128; Jendro, Datenschutz bei der Verwendung von E-Mail – Forschung und öffentliche Verwaltung, in: DuD 1995, 588; Noogie C. Kaufmann, Rechtsprechung zum Datenschutz 2005 – Teil 1, in: DuD 2006, 102; ders., Rechtsprechung zum Datenschutz 2005 – Teil 2, in: DuD 2006, 230; Alexander Roßnagel/Rüdiger Grimm, Datenschutz im Electronic Commerce, Heidelberg 2003; Evelyn Ruppmann, Der konzerninterne Austausch personenbezogener Daten: Risiken und Chancen für den Datenschutz, Baden-Baden 2000; Peter Schaar, Datenschutzfreier Raum Internet?, in: CR 1996, 170; ders., Datenschutz in der liberalisierten Telekommunikation, in: DuD 1997, 17; ders., Datenschutz bei Web-Services, in: RDV 2003, 59; Helmut Schadow, Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV) – Zielsetzung, Inhalt, Anwendung, in: RDV 1997, 51; Joachim Scherer, Rechtsprobleme des Datenschutzes bei den "Neuen Medien", Düsseldorf 1988; Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Einführung in das Datenschutzrecht, 2005; Stephan Walz, Datenschutz und Telekommunikation, in: CR 1990, 56 und 138; Ulrich Wuermeling/Stefan Felixberger, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz in der Telekommunikation, in: CR 1997, 230.

I. Vorab: Besondere Persönlichkeitsrechte

Literatur:
Georgios Gounalakis/Lars Rhode, Persönlichkeitsschutz im Internet – Grundlagen und Online-Spezifika, München 2002; Jürgen Helle, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, in: JZ 2002, 593; Jan K. Köcher/Noogie C. Kaufmann, Speicherung von Verkehrsdaten bei Internet-Access-Providern, DuD 6/2006; Jens Lütcke, Persönlichkeitsverletzngen internet, 1999; Michael 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[1076]. Dabei erstreckt sich eine Einwilligung, die sich auf die Verwendung eines Fotos für Personalzwecke erstreckt, nicht automatisch auf das Internet. Hier gelten zum einen zeitliche Grenzen. In Anlehnung an § 31 Abs. 4 UrhG (s.o.) kann sich eine Einwilligung, die

[1076] S. Kaufmann, DuD 2005, 262, 266.

vor 1995 erteilt worden ist, nicht auf das Internet erstrecken. Zum anderen gilt auch hier entsprechend der urheberrechtliche Zweckübertragungsgrundsatz (§ 31 Abs. 5 UrhG); eine Einwilligung zu Personalzwecken legitimiert keine Internetnutzung.[1077] 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.[1078]

Zu beachten ist ferner das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** aus § 823 Abs. 1 BGB, das etwa bei der anprangernden Veröffentlichung von Schuldnernamen im Internet verletzt ist.[1079] Auch bei der Benennung des vollständigen bürgerlichen Namens einer Person auf einer Homepage gilt es, dass allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beachten. Soweit kein berechtigtes Interesse, wie beispielsweise innerhalb der Berichterstattung oder in einer Internetenzyklopädie besteht, bedarf es grds. der Einwilligung der genannten Person[1080]. 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[1081]. Verboten ist auch der Einsatz versteckter Webcams. § 201a StGB verbietet unter Strafe unbefugte Bildaufnahmen in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum.[1082] 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

[1077] Siehe dazu auch das Urteil des KG vom 24. Juli 2001, AfP 2001, 406, wonach die bloße Bekanntheit einer Nutzungsmöglichkeit bei Vertragsschluss nicht reiche, eine Einwilligung nach KUG anzunehmen.
[1078] Amtsgericht Charlottenburg, Urteil vom 21. Februar 2002, AfP 2002, 172.
[1079] So OLG Rostock, Urteil vom 7. März 2001, ZIP 2001, 796. Siehe dazu kritisch Paulus, EwiR 18/2001, S. 863.
[1080] S. dazu AG Charlottenburg, Beschl. v. 19.12.2005, Az. 209 C 1015/05, MMR 2006, 255 mit Anm. Kaufmann/Köcher. Die dortige einstweilige Verfügung wurde indes später wieder aufgehoben, www.heise.de/newsticker/meldung/69377).
[1081] BVerfG, Beschl. v. 22.3.2005, Az. 1 BvR 2357/04 – 1 BvQ 2/05, NJW 2005, 1179.

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.[1083]

Hinzu kommt das allgemeine Persönlichkeitsrecht, begründet in § 823 Abs. 1 BGB sowie Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Dieses kann z.B. schon 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[1084] 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.[1085]

II. Vorgeschichte des Datenschutzrechts

Das Datenschutzrecht verweist auf ein Herrschaftsrecht an Daten, erschöpft sich daran 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.

1. Vorgeschichte bis zum BDSG 1991

Die Geburtsstunde des Datenschutzrechts in Deutschland liegt im Jahre 1970. In diesem Jahr verabschiedete **Hessen** als erstes Land der Welt ein Datenschutzgesetz[1086]. Dieses Gesetz war

---

[1082] Vorschrift eingefügt durch das Sechsunddreißigste Strafrechtsänderungsgesetz – § 201a StGB – (36. StrÄndG) vom 30.7.2004 (BGBl. I S. 2012) m.W.vom 6.8.2004.
[1083] Aus: http://www.ix.de/newsticker/data/jk-28. Mai 02-002.
[1084] Urteil vom 14. September 2005 – 161 17453/04.
[1085] OLG Frankfurt, Beschluss vom 12. Oktober 2005 – 16 w 16/05.
[1086] GVBl I, 625.

geprägt durch die amerikanische Debatte um das „Recht auf Privatheit“ (privacy)[1087] sowie durch den **Mikrozensus-Beschluss** des Bundesverfassungsgerichts vom 16.7.1969[1088], 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.“[1089]

Im Jahre 1970 gab die Bundesregierung bekannt, dass mit den Vorarbeiten zu einem Entwurf eines Bundesdatenschutzgesetzes begonnen worden sei[1090]. 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**“[1091]. Dieses Gesetz trat am 1. Januar 1978 in Kraft.

Auf der Grundlage des BDSG wurden bis 1981 in allen Bundesländern Landesdatenschutzgesetze erlassen[1092]; 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. Dezember 1983[1093] 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

[1087] Zur Entwicklung des Datenschutzes in den USA vgl. Tinnefeld/Ehmann, I. Teil, 2.1, S. 36.
[1088] 1. BvL 19/63 = BVerfGE 27, 1.
[1089] Ähnlich später auch der EhescheidungsaktenBeschluss des BVerfG vom 15. Januar 1970 – 1 BvR 13/68 = BVerfGE 27, 344 = NJW 1970, 555 sowie die Soraya-Entscheidungen des BGH, NJW 1865, 685 und des BVerfG, BVErfGE 34, 269.
[1090] Bundestags-Drucksache VI/1223 vom 5. Oktober 1970.
[1091] BGBl I, 201.
[1092] Zur föderalen Struktur des deutschen Datenschutzrechts vgl. Tinnefeld/Ehmann, I. Teil, 4.3, S. 93.
[1093] BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419.

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: 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 es 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 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 auch erhoben worden sind, sog. Zweckbindungsgrundsatz; jegliche zweckentfremdete Nutzung der Daten ist unzulässig.

Aufgrund der Vorgaben des BVerfG war der Bundesgesetzgeber gezwungen, das BDSG grundlegend zu novellieren. Am 31. Mai 1990 verabschiedete der Bundestag dann das „Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes“[1094] und leitete es dem Bundesrat zu. Der Bundesrat wiederum lehnte den Gesetzesentwurf ab und rief den Vermittlungsausschuss an.[1095] Erst in der vom Vermittlungsausschuss erarbeiteten Kompromiss-Fassung[1096] konnte das novellierte BDSG dann am 1. Juni 1991 in Kraft treten.

2. Exkurs: Vorratsdatenspeicherung

[1094] BT-DrS 11/4306.
[1095] BR-DrS 379/90.
[1096] BGBl I, 2954.

Der vorgenannte Grundsatz des Verbotes der Speicherung von personenbezogenen Daten wird dann durchbrochen sein, wenn die BRD die verabschiedete Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung in nationales Recht umsetzt.[1097] Aufgrund der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Telekommunikationsanbietern eine Speicherfrist von mindestens sechs Monaten für im Einzelnen aufgeführte Verkehrs- und Bestandsdaten aufzuerlegen, damit diese für die Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von schweren Straftaten mindestens für diesen Zeitraum zur Verfügung stehen.[1098] Im Bereich des Internets sind neben den Zugangsdaten wie IP-Adresse und Zeitdauer des Zugangs, Verkehrsdaten zu E-Mails und IP-Telefonie zu speichern, um die Identifikation der an Kommunikationsvorgängen Beteiligten zu ermöglichen. Hingegen erstreckt sich die Speicherpflicht nicht auf die unmittelbaren Inhalte von Kommunikationsvorgängen.[1099]

3. EU-Datenschutzrichtlinie und die zweite Novellierung des BDSG

Neben den nationalen Gesetzgebern musste die EU auf diesem Gebiet tätig werden, allein schon um die Fragen des grenzüberschreitenden Datenaustauschs innerhalb der EU zu klären. Bereits 1976 hat das Europäische Parlament mehrere Entschließungen angenommen[1100], 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. Juli 1990 verabschiedete sie ein Maßnahmenbündel zu Fragen des Datenschutzes[1101]. 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[1102]. Im Dezember 1997 folgte die TK-

[1097] Beschlussvorlage des Rates zu einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 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, Ratsdok. 3677/05 v. 3.2.2006.
[1098] Köcher/Kaufmann, DuD 6/2006, 360.
[1099] Köcher/Kaufmann, a.a.O.
[1100] ABl Nr. C 1000 vom 3.5.1976, S. 27; ebenso ABl. Nr. C 140 vom 5.6.1979, S. 34; ABl Nr. C 87 vom 5.4.1982, S. 39.
[1101] KOM (90) 314 final = ABl C 277/12 vom 5. November 1990; in deutscher Übersetzung abgedruckt als BR-DrS 690/90.
[1102] 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.

Datenschutzrichtlinie[1103]. Derzeit diskutiert man in Brüssel darüber, beide Richtlinien in einem einzigen Text zusammenzubringen.

Die EU-Datenschutzrichtlinie hätte bereits am 24. Oktober 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[1104]. Die Diskussion um den Entwurf aus dem Jahr 1997 kam dann bedingt durch die politischen Änderungen in Berlin zum Erliegen. Die neue 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. Mai 2001 und der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten am 18. Mai 2001 ist **das neue Bundesdatenschutzgesetz** im Bundesgesetzblatt vom 22. Mai 2001 verkündet worden.[1105] Es ist damit am 23. Mai 2001 in Kraft getreten.[1106]

Weitere Änderungen des Datenschutzrechts stehen bevor. Zu erwähnen ist hier zunächst das Gutachten von Rossnagel/Pfitzmann/Garstka zur Modernisierung des Datenschutzrechts, das im November 2001 dem Bundesinnenministerium übergeben worden ist und die Grundlage für eine grundsätzliche Novellierung der verschiedenen Datenschutzgesetze sein soll.[1107] Das Gutachten enthält eine Reihe allgemeiner Vorschläge zur Verbesserung des Datenschutzes. Insbesondere sollen allgemeine Grundsätze der Datenverarbeitung erstellt werden. Die gesetzlichen Erlaubnisse der Datenverarbeitung sollen erheblich vereinfacht werden. So soll zum Beispiel die Datenverarbeitung generell erlaubt sein, wenn offenkundig keine Beeinträchtigung der betroffenen Person zu erwarten ist. Liegt eine Interessenbeeinträchtigung vor, soll allein der freie Wille der betroffenen Person die Grundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten sein; insofern setzt die Datenverarbeitung eine vorherige Einwilligung oder einen Vertrag bzw. ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis voraus. Zu beachten sei ferner das Förmlichkeitsprinzip, wonach Daten nur dann erhoben werden dürfen, wenn sie für die angegebene Zweckbestimmung auch

[1103] 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.

[1104] http://www.dud.de/dud/documents/bdsg97ct.htm.

[1105] Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Bundesgesetzblatt vom 22. Mai 2001, BGBl. 2001 Teil I Nr. 23, S. 904 ff.

[1106] Siehe dazu Gola/Klug, NJW 2001, 3747 ff.; Schierbaum, PersR 2001, 275; Franzen, DB 2001, 1867.

zeitlich und umfangmäßig unabdingbar sind. Soweit möglich, seien Daten zu löschen oder zu anonymisieren. Mittels organisatorischer Datenschutzmaßnahmen soll der Datenschutz verstärkt werden; zu diesen Maßnahmen zählt das Datenschutzaudit und der Aufbau von Datenschutzmanagementstrukturen. Das Gutachten wird stark auf Selbstregulierung durch die Wirtschaft selbst ausgelegt, etwa durch Verhaltenskodizes, wobei gleichzeitig der Gesetzgeber die verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen für die Verabschiedung solcher Kodizes festlegen soll. Zur Stärkung der betroffenen Rechte soll der Bürger selbst Mittel ergreifen können, um seine informationelle Selbstbestimmung zu schützen. Verstärkt werden sollen auch Auskunfts- und Korrekturrechte. In Bezug auf den Schadensersatzanspruch soll der Kausalitätsnachweis erleichtert werden sowie auch immaterielle Schäden zuerkannt werden können.

4. Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG

Literatur:
Anna Ohlenburg, Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG. Auswirkungen und Neuerungen für elektronische Kommunikation, in: MMR 2003, 83; Frank Weiler, Spamming – Wandel des europäischen Rechtsrahmens, in: MMR 2003, 223.

Seit dem 12. Juli 2002 ist die **Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation**[1108] in Kraft; die Richtlinie war bis zum 31. Oktober 2003 umzusetzen. Diese Richtlinie ersetzt die EG-Richtlinie über Datenschutz in der Telekommunikation 97/66/EG und führt die bisher zersplitterte Regulierungslandschaft des TDDSG, MDStV und TKG zusammen. Die Neuregelung hat vor allem Auswirkungen für Cookies, E-Mail-Werbung und Vorratsspeicherung:

- Für Cookies galt bislang nach § 4 Abs. 1 S. 2 TDDSG nur das Erfordernis, den Nutzer vorab über eine geplante Erhebung personenbezogener Daten zu informieren. Diese Vorgaben werden nun 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.
- Nach Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie darf im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung Direktwerbung erfolgen, sofern die dafür notwendigen

[1107] Rossnagel/Pfitzmann/Garska, Modernisierung des Datenschutzrechts, Berlin 2001, abrufbar unter www.bmi.bund.de sowie unter www.datenschutz.de.
[1108] ABl. EG Nr. L 201, 37 ff.

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 des unzulässigen Gebrauchs 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 das hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

III. Kollisionsrechtliche Vorfragen

Literatur:
Wolfgang Däubler, Die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten ins Ausland, in: CR 1999, 49; Reinhard Ellger, Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden 1990; Garstka, Empfiehlt es sich, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener – auch grenzüberschreitender- Informationen neu zu bestimmen?, in: DVBl 1998, 981; Cecilie Kjelland, Der Schutz der persönlichen Integrität im Internet – kollisionsrechtliche Fragen, in: Uwe Blaurock, Grenzüberschreitende elektronische Geschäfte, in: Gerhard Hohloch (Hg.), Recht und Internet, Baden-Baden 2001, 143; Harald Koch, Rechtsvereinheitlichung und

Kollisionsrecht, in: Recht der Datenverarbeitung 1991, 110; Knauth, Datenschutz und grenzüberschreitender Datenverkehr in der Kreditwirtschaft, in: WM 1990, 209; Palm, Die Übermittlung personenbezogener Daten in das Ausland, in: 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[1109]. 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[1110].

Diese Sichtweise wird sich jedoch mit der Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie ändern müssen. Anknüpfungspunkt ist gemäß Art. 4 I lit. a), c) **der Ort der Niederlassung des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen**. Nach diesem sog. Territorialitätsgrundsatz 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, Auftragsdatenverarbeitung 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 I 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 nicht-

[1109] Siehe Art. 27, 34 EGBGB.
[1110] Ellger, Datenschutz, 604. Anderer Ansicht Moritz/Winkler, NJW-CoR 1997, 43, 45, die "jede innerhalb der Bundesrepublik Deutschland stattfindende Datenverarbeitung" dem BDSG unterstellen wollen.

automatisierte „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 II).

Im Ergebnis kommt das deutsche Datenschutzrecht künftig zur Anwendung, wenn

- ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland Daten in den USA verarbeiten lässt
- 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
- ein amerikanischer Vertriebsbeauftragter mit seinem Laptop im Transitbereich des Frankfurter Flughafens sitzt ("Durchfuhr").

IV. Die Grundstruktur des Datenschutzrechts

Zunächst ist eine **Abgrenzung zwischen dem BDSG und dem Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG)** hinsichtlich deren Anwendbarkeit auf den E-Commerce-Sektor vonnöten. Das TDDSG erfasst nur Daten, die für die Durchführung des Teledienstes verwendet werden. Das TDDSG gilt nunmehr nicht für die Verarbeitung von Daten juristischer Personen (§ 1 Abs. 1 TDDSG). Auch gilt es nicht für die Datenverarbeitung in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, soweit die Nutzung der Teledienste zu ausschließlichen beruflichen oder dienstlichen Zwecken erfolgt. Auch ist die Kommunikation von oder zwischen Unternehmen vom Gesetz ausgenommen, soweit die Nutzung der Teledienste ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- oder Geschäftsprozessen erfolgt.

Ob das BDSG oder das TDDSG anzuwenden ist, richtet sich nach den verschiedenen Stufen der Internetnutzung. Die Aufforderung zu einem Vertragsangebot selbst ist ein Teledienst, die Behandlung entsprechender Daten fällt in den Bereich des TDDSG. Damit unterliegen auch die Vermarkter von Banner Ads dem TDDSG, es sei denn, die Werbung dient im Ausnahmefall der Meinungsbildung der Allgemeinheit (dann MDStV). 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. Stattdessen geht es um Informationen, die für den Vertrag selbst nötig sind. Die

Nutzung und Erhebung dieser personenbezogenen Daten durch Unternehmen als Telediensteanbieter bestimmt sich nach dem BDSG.

Das BDSG findet in der Privatwirtschaft im Übrigen uneingeschränkt nur Anwendung bei

- personenbezogenen Daten (§ 3 I BDSG)
- natürlicher Personen (§ 3 I BDSG)
- die unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeitet oder genutzt werden (§ 1 II Nr. 3 BDSG).

1. Personenbezogene Daten, § 3 I 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: Sie begrenzt den Datenschutz auf natürliche Personen. Geschützt sind daher 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 (über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb). Eine 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.
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[1111]; 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[1112].
Als zweites schützt das BDSG alle Informationen, die über den Betroffenen etwas aussagen, einschließlich

[1111] Vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1985, NJW 1986, 2505.
[1112] BGH, Urteil vom 08. Februar 1994, NJW 1994, 1281 = CR 1994, 396; a.A. für die Übermittlung geschäftsbezogener Daten einer GmbH OLG Karlsruhe, Urteil vom 02. Oktober 1986, GmbHR 1998, 62.

- des Familien- und Vornamens,
- der Anschrift,
- der Staatsangehörigkeit und
- des Berufes.

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**[1113]. 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[1114].

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[1115]. 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[1116].

Umstrittener 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[1117]. 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 Sachverhalte auf und können erhebliche Rückwirkungen für die jetzige Stellung des Betroffenen implizieren. Man wird deshalb davon ausgehen müssen, dass zumindest re-

[1113] Zum besonderen Schutz sensitiver Daten vgl. die obigen Ausführungen zur Regelvermutung des § 28 II Nr.1b BDSG und zur EU-Datenschutzrichtlinie.
[1114] Vgl. hierzu LG Waldshut-Tiengen, Urteil vom 28. Oktober 1999, 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 Gebäude-Abbildungen) gemäß § 29 I 1Nr. 2 BDSG ausgeht.
[1115] Vgl. Hergenhahn, DuD 1977, 25.
[1116] So für das alte BDSG Hümmerich/Kniffka, NJW 1979, 1184; Eberle, DÖV 1977, 317; zum aktuellen BDSG vgl. Simitis/Dammann § 3 Rdnr. 12; Auernhammer § 2 Rdnr. 5; Gola/Schomerus, § 3, Anm. 2.4.
[1117] Gola/Schomerus, § 3 Anm. 2.7; Bergmann/Möhrle/Herb, BDSG, § 3 Rdnr. 20.

individualisierbare Planungsdaten dem BDSG unterliegen, wenn sie konkrete Auswirkungen für den Betroffenen mit sich bringen[1118].

Von Bedeutung ist auch die Frage, inwieweit **anonymisierte oder zusammenfassende (aggregierte) Daten und Datensammlungen** dem BDSG unterliegen. Nach h.M. sind 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[1119]. 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"[1120]. 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[1121].

Entscheidend ist nach der Legaldefinition des Anonymisierens in § 3 Abs. 7 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." Man wird deshalb über eine Risikoanalyse im Einzelfall prüfen müssen, unter welchem wirtschaftlichen und technischen Aufwand ein Personenbezug wiederhergestellt werden kann[1122]. 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.

2. Geschützte Verarbeitungsphasen, § 3 Abs. 4 bis 7 BDSG

Das alte BDSG kannte vier **Phasen der Datenverarbeitung**: Das Speichern (§ 2 Abs. 2 S. 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 demgegenüber – im Anschluss an die

[1118] So auch Gola/Schomerus, § 3 Anm. 2.7; einschränkend Bergmann/Möhrle/Herb, § 3 Rdnr. 20, die "abstrakte" Planungsdaten vom Anwendungsbereich des BDSG ausnehmen, weil sie "regelmäßig keine Einzeldaten" enthalten.
[1119] Vgl. Gola/Schomerus, § 3, Anm. 2.2, Auernhammer, BDSG, § 3, Rdnr. 4. BFH NJW 1994, 2246; Tinnefeld/Ehmann, II. Teil, 3.1.1 a.E, S. 186.
[1120] Vgl. BAG, RDV 1986, 138; BAG RDV 1995, 29.
[1121] Siehe hierzu auch die Ausführungen unten zum bereichsspezifischen Teledienste-Datenschutz (TDDSG).
[1122] Gola/Schomerus, § 3 Anm. 14.2.

Vorgaben des Volkszählungsurteils – über einen erweiterten Schutzbereich: Von dem Gesetz umfasst ist nicht nur die eigentliche Verarbeitung von Daten, sondern auch deren Erhebung und Nutzung.

a) Erhebung von Daten, § 3 Abs. 3 BDSG[1123]

Nach § 1 Abs. 2 BDSG gilt das BDSG auch für die **Erhebung personenbezogener Daten.** Dabei ist der Begriff der „Erhebung" in § 3 Abs. 3 BDSG definiert als „das Beschaffen von Daten über den Betroffenen". Zu beachten ist ferner § 27 BDSG. Hiernach gilt das BDSG für die Privatwirtschaft nur, soweit die Daten unter Einsatz von EDV-Anlagen oder in bzw. aus Dateien erhoben werden. Das Erheben ist folglich vom BDSG erfasst, sofern die Daten elektronisch oder in Dateien gespeichert werden. Die bloße Erhebung als solche (d.h. ohne anschließende Weiterverarbeitung) fällt nicht unter das BDSG[1124].
Vom Vorliegen einer Erhebung ist z.B. auszugehen bei

- Befragungen (etwa mittels Personalfragebögen[1125] oder in Kunden- und Verbraucherbefragungen[1126]),
- medizinischen Untersuchungen (Blutproben) und
- der Observierung von Personen mittels Kameras.

Das BDSG enthält für den öffentlichen Bereich detaillierte Regelungen für die Zulässigkeit einer Datenerhebung (§ 11 BDSG); für den privaten Bereich beschränkt sich das Gesetz in § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG auf den lapidaren Verweis, dass die Daten „nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise erhoben" sein müssen.

b) Verarbeitung von Daten

Das BDSG umfasst neben dem Bereich der Datenerhebung auch die „**Verarbeitung**" personenbezogener Daten. Darunter fallen gem. § 3 Abs. 4 BDSG die

- Speicherung (Nr. 1)
- Veränderung (Nr. 2)

[1123] Vgl. hierzu Tinnefeld, Persönlichkeitsrecht und Modalitäten der Datenerhebung im Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1993, 1117; speziell zur Erhebung von Arbeitnehmerdaten, Däubler, CR 1994, 101.
[1124] Widersprüchlich insoweit Bergmann/Möhrle/Herb, § 1 Rdnr. 41 und § 3 Rdnr. 57.
[1125] Vgl. Däubler, Erhebung von Arbeitnehmerdaten, CR 1994, 101.

- Übermittlung (Nr. 3)
- Sperrung (Nr. 4)
- und die Löschung (Nr. 5) personenbezogener Daten.
-

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.

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)[1127].

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.

[1126] Vgl. Breinlinger, Datenschutzrechtliche Probleme bei Kunden- und Verbraucherbefragungen, RDV 1997, 247.

[1127] Vgl. Gola/Schomerus, § 3 Anm. 9; Bergmann/Möhrle/Herb, § 3 Rdnr. 78.

cc) Übermittlung, § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG

„**Übermittlung**“ bezeichnet im BDSG 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 S. 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 S. 3 BDSG).

Das Verhältnis von verantwortlicher Stelle und Drittem bestimmt sich nach dem sog. funktionalen Stellenbegriff[1128]. Danach sind „Dritte“

- alle Behörden, Stellen und Personen außerhalb der jeweiligen Behörde bzw. des einzelnen Unternehmens und
- alle organisatorischen Teile innerhalb einer Behörde oder eines Unternehmens, deren Funktion in keinem direkten Zusammenhang mit der konkreten Datenverarbeitung steht[1129].
- Damit ist auch eine Datenübermittlung bei scheinbar hausinternen Mitteilungen gegeben, wenn diese Mitteilungen die vorgegebene Funktions- und Geschäftsverteilung übersteigen.

Konkret liegt eine Datenübermittlung mangels Bekanntgabe an einen „Dritten“ nicht vor bei

- einem Datentransfer innerhalb der speichernden Stelle,

[1128] Vgl.BVerfGE, NJW 1988, 959, 961.
[1129] Vgl. hierzu auch Büser, Rechtliche Probleme der Datenübermittlung beim Franchising, BB 1997, 213.

- 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 Auftragnehmer (etwa einem Rechenzentrum), sofern der Auftragnehmer seinen Sitz in der EU oder dem EWR hat.

Umgekehrt ist von einer Datenübermittlung auszugehen

- bei einem Datenaustausch zwischen zwei verschiedenen Stellen und
- bei jedem Datentransfer in Staaten außerhalb von EU/EWR.

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).

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).

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, Norm im weitesten Sinne erlaubt die Datenverwendung (so genannte Erlaubnisnorm).

V. Ermächtigungsgrundlagen

Grundsätzlich ist jede Verarbeitung personenbezogener Daten verboten. 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 hingewiesen wurde (§ 4a Abs. 1 S. 2 BDSG). Die Einwilligung bedarf im Übrigen regelmäßig der **Schriftform** (§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG). Schwierigkeiten bestehen bei der Erteilung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, seitdem der BGH ein klauselmäßiges Einverständnis in Telefonwerbung für unwirksam erklärt hat[1130]. 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[1131], 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[1132]. 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.[1133]

[1130] Urteil vom 16. März 1999, NJW 1999, 1864 = RDV 1999, 163.
[1131] BT-Drucks. 15/1487, 21.
[1132] LG Hannover, Urt. v. 21.6.2005, Az. 14 O 158/04, MMR 2005, 714 = K&R 2005, 526.
[1133] LG München I, Urteil vom 1. Februar 2001 – 12 O 13009/00; siehe dazu MMR 4/2001, Aktuell XVII.

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[1134]. Umstritten ist, ob eine ausdrückliche Einwilligung in die Datenverarbeitung auch dann erforderlich ist, wenn die Datenerhebung freiwillig erfolgt[1135]. Für die Erforderlichkeit spricht der insofern eindeutige Wortlaut des § 4a Abs. 1 BDSG[1136].

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die Einwilligung beim Vorliegen besonderer Umstände nur dann der Schriftform bedarf, soweit nicht **wegen besonderer Umstände eine andere Form** angemessen ist (§ 4a Abs. 1 S. 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[1137].

Die vom Gesetz in § 4a Abs. 1 BDSG vorgesehene schriftliche Einwilligung kann online 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 Ausnahmecharakter dieser Vorschrift zuwiderlaufen. Wenn Unternehmen das Internet nutzen, um ihre Produkte anzubieten oder auch online Verträge abzuschließen, sind sie jedoch zum Teil auch Teledienstеanbieter i.S.d. § 2 TDG (siehe oben). Auch § 3 Abs. 1 TDDSG sieht hinsichtlich personenbezogener Daten ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor. Hier hat sich der Gesetzgeber entschieden, die elektronische Einwilligung ausreichen zu lassen. Dabei darf allerdings nicht ein einfacher Mausklick genügen, sondern durch den Eingabemodus muss sichergestellt sein, dass eine bewusste Handlung des Kunden vorliegt. Darüber hinaus muss die Protokollierung und Abrufbarkeit sichergestellt sein. Auch muss der Nutzer auf die Möglichkeit des Widerrufs seiner Einwilligung hingewiesen werden, 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 Ihre Bestellung erhobenen

[1134] LG Halle, CR 1998, 85.
[1135] Für eine Einwilligung LG LG Stuttgart vom 13. August 1998, RDV 1998, 262; dagegen LG Darmstadt vom 24. September 1998, RDV 1999, 28.
[1136] Vgl. LG Stuttgart, Urteil vom 13. August 1998, RDV 1998, 262.
[1137] LG Darmstadt, Urteil vom 24. September 1998, RDV 1999, 28.

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 Email an XXX."

2. Tarifvertrag/Betriebsvereinbarung – Zugleich eine Einführung in Internet- und Arbeitsrecht

Literatur:
Barbara Balke/Andreas Müller, Arbeitsrechtliche Aspekte beim Einsatz von E-Mails, in: DB 1997, 326; Beckschulze/Henkel, Der Einfluss des Internet auf das Arbeitsrecht, in: DSB 2001, 1491; Johann Biter, Internet und Email am Arbeitsplatz, in: DuD 2004, 277; ders., Private Internetnutzung am Arbeitsplatz?, in: DuD 2004, 432; Wolfgäng Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 2. Aufl. Frankfurt 2002; ders., Nutzung des Internet durch Arbeitnehmer, in: K&R 2000, 323; Stefan Ernst, Privates Surfen am Arbeitsplatz als Kündigungsgrund, DuD 2006, 223; Peter Gola, Neuer Tele-Datenschutz für Arbeitnehmer? Die Anwendung von TKD und TDDSG im Arbeitsverhältnis?, in: MMR 1999, 322; Peter Hanau/Dirk Andres, Rechtsgutachten über die arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Bedingungen der privaten Nutzung von Internet-Anschlüssen durch Arbeitnehmer, Köln 2000; Peter Hanau/Thomas Hoeren, Private Internetnutzung durch Arbeitnehmer, München 2003; Jaeger, Vorsicht bei Überwachungssoftware, in: AuA 2001, 402; Manuel Kiper/Bruno Schierbaum, Arbeitnehmer-Datenschutz bei Internet und E-Mail-Nutzung, Oldenburg 2000; Robert Jofer/Christine Wegerich, Betriebliche Nutzung von E-Mail-Diensten: Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers, in: K&R 2002, 235; Noogie C. Kaufmann, Mitarbeiterdaten auf der Homepage, DuD 2005, 262; ders., Rote Karte für neugierige Admins, c't 6/2006, 234; Kliemt, E-Mail- und Internetnutzung von Mitarbeitern, in: AuA 2001, 532; Gerhard Kronisch, Privates Internet-Surfen am Arbeitsplatz, in: AuA 1999, 550; Nägele/Meyer, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, in: K&R 2004, 312; Rolf Oppliger/Marcus Holthaus, Totale Überwachung ist technisch möglich, in: digma 2001, 14; Andrea Panzer, Mitarbeiterkontrolle und neue Medien, Frankfurt 2004; Karin Post-Ortmann, Der Arbeitgeber als Anbieter von Telekommunikations- und Telediensten, in: RDV 1999, 102; Rieble/Gutzeit, Gewerkschaftliche Selbstdarstellung im Internet und Intranet, in: ZFA 2001, 341; Remo Sacherer, Datenschutzrechtliche Aspekte der Internetnutzung von Arbeitnehmern, RdW 2005, 17; Schönfeld/Streese/Flemming, Ausgewählte Probleme der Nutzung des Internet im Arbeitsleben, in: MMR-Beilage 9/2001, 8; Marie-Theres Tinnefeld, Arbeitnehmerdatenschutz in Zeiten des Internet, in: MMR 2001, 797; Marie-Theres Tinnefeld/Hans Peter Viethen, Arbeitnehmerdatenschutz und Internet-Ökonomie, in: NZA 2000, 977; Elmar Weißnicht, Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, in: MMR 2003, 448; Louis Wigger, Surfen im Betrieb – ein Spannungsfeld, in: digma 2001, 20; K. Wolber, Internet-Zugang und Mitbestimmung, in: PersR 2000, 3.

In Deutschland existiert noch immer kein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz, durch das der Umgang mit personenbezogenen Daten im Arbeitsverhältnis geregelt wird. Es gelten statt dessen die allgemeinen Vorgaben.

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[1138]. 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[1139]. 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.[1140] Ähnliches gilt für die Mitbestimmung des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG.[1141] 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.[1142]

Schon kurze Zeit nach der Implementierung des Internet am Arbeitsplatz mussten sich die Gerichte 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[1143]. 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"

[1138] BAG vom 27. Mai 1986, NJW 1987, 674.
[1139] Krit. Rademacher/Latendorf, CR 1989, 1105; Wohlgemuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, Rn 613; Walz in Simitis u.a., § 4 Rdnr. 16; Fitting u.a., BetrVG, § 83, Rdnr. 28.
[1140] So auch Däubler, Internet und Abeitsrecht, Frankfurt 2001, Rdnrn. 293; Balke/Müller, DB 1997, 327; Post-Ortmann, RDV 1999, 107 u.a.
[1141] Siehe Schneider, PersR 1991, 129.
[1142] Beschluss vom 20. Januar 2000 – 1 A 2759/98 PVL.

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[1144]. 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"[1145]. Soweit eine „ausschweifende" Privatnutzung des WWW vorliege, bedarf es laut BAG auch keiner vorherigen Abmahnung, die grds. 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"[1146]. Die Entscheidung des BAG wird zu Recht als Grundsatzentscheidung bezeichnet, da sie weiterhin folgende Vorgaben zur Kündigung wegen privaten Surfens am Arbeitsplatz statuiert: [1147]

- Eine fristlose Kündigung ist bei einem nicht genehmigten 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.

[1143] BAG, Urt. v. 7.7.2005, Az. 2 AZR 581/04, DuD 2006, 243 = MMR 2006, 94 = NJW 2006, 540; s. auch die Anm. von *Ernst*,, DuD 2006, 223.
[1144] BAG, DuD 2006, 243, 244.
[1145] BAG, a a.O.
[1146] BAG, DuD 2006, 243, 246.
[1147] Die Auflistung wurde entnommen von *Ernst*, DuD 2006, 223, 225.

Nicht nur das private Surfen kann eine außerordentlich 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 Vorgesetzen gelesen hatte[1148]. 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 Möglichkeiten auf interne Korrespondenz zwischen seinem Vorgesetzten und einer weiteren Führungskraft zugegriffen“ habe[1149]. Bei einem derartigen Fehlverhalten ist auch eine vorherige Abmahnung nicht erforderlich, wie sich aus einer älteren Entscheidung des BAG ergibt[1150].
Letztens kann auch das Überspielen betrieblicher Daten auf private Datenträger[1151] und die irreguläre Nutzung fremder Passwörter[1152] zu einer wirksamen Kündigung führen.

Es gilt zu beachten, dass das Internet enorme **Überwachungspotentiale** für den Arbeitgeber birgt. Sämtliche Aktivitäten des Arbeitnehmers können im Nachhinein protokolliert werden. Auch a priori ist eine Kontrolle, etwa über Firewalls, möglich. Bei der Überwachung des E-Mail-Verkehrs durch den Arbeitgeber ist neben den betriebsverfassungsrechtlichen Vorgaben[1153] (s.o.) auch das Fernmeldegeheimnis zu beachten. § 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 (§ 1 Nr. 5 TDG). Bei der Nutzung von E-Mail zu dienstlichen Zwecken fehlt es an einem Angebot für „Dritte“, so dass das Fernmeldegeheimnis nicht greift.[1154] 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

[1148] ArbG Aachen, Urt. v. 16.8.2005, Az. 7 Ca 5514/04, unveröffentlicht. S. *Kaufmann*, c´t 6/2006, 234.
[1149] *Kaufmann*, a.a.O.
[1150] BAG, Urt. v. 10.1.2002, Az. 7 AZR 463/79, unveröffentlicht, s. *Kaufmann* a.a.O.
[1151] Sächsisches LAG, CF 2000, 30. Anders aberBayOLG, Urt. v. 12.8.1998, CF 1999, 32 zum Falle eines Polizeibeamten, der Informationen aus einer Polizeidatenbank zu privaten Zwecken genutzt hatte.
[1152] LAG Schleswig-Holstein, DB 1990, 635.
[1153] So auch in Österreich OGH, Beschluss vom 13.6.2002, 8 Ob A288/01p.

- ein begründeter Verdacht auf strafbare Handlungen besteht
- E-Mails den Betriebsfrieden gefährden (etwa bei Mobbing)
- die Weitergabe von Betriebsgeheimnissen vermieden werden soll.[1155]

Die erlaubte private Nutzung des Internet fällt hingegen unter § 88 TKG und § 206 StGB, so dass jede Überwachung von E-Mails (strafrechtlich!) verboten ist. 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 S. 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 S. 3 TKG). 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 Straftat 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[1156].

Für die Verwendung von Mitarbeiterdaten ist fraglich, ob stets deren Einwilligung verlangt ist. Hier bietet sich das „Zwei-Phasen-Modell“ an, das zwischen der Funktionsebene auf der einen und der Datenqualitätsebene auf der anderen Seite unterscheidet[1157]. Bei der Funktionsebene ist eine Differenzierung zwischen Funktionsträgern und Nichtfunktionsträgern vorzunehmen, wobei Funktionsträger derjenige ist, der Außenkontakt, ein hohes Maß an Entscheidungskompetenz besitzt und/oder eine Repräsentationsfunktion inne hat[1158]. Die personenbezogenen Daten dieser Funktionsträger dürfen in einem gewissen Maße auch ohne vorherige Einwilligung im Internet veröffentlicht werden; für

[1154] So auch Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Frankfurt 2001, Rdnr. 235; Gola, MMR 1999, 323; Post-Ortmann, RDV 1999, 103.
[1155] Däubler, Internet und Arbeitsrecht, Frankfurt 2001, Rdnr. 249.
[1156] OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.1.2005, Az. 1 Ws 152/04, DuD 2005, 167 = MMR 2005, 178 mit Anm. Heidrich.
[1157] Kaufmann, DuD 2005, 262.

personenbezogene Daten von Nichtfunktionsträgern ist stets deren vorherige Einwilligung erforderlich[1159]. Hinsichtlich der Funktionsträger ist nunmehr auf die Datenqualitätsebene abzustellen, bei denen unterschieden wird zwischen den Basiskommunikationsdaten, funktionsrelevanten Zusatzdaten und Privatdaten[1160]. Ohne vorherige Einwilligung des Funktionsträger dürfen die Basiskommunikationsdaten und die funktionsrelevanten Zusatzdaten publiziert werden; für die Privatdaten ist auch bei dieser Personengruppe eine vorherige Einwilligung erforderlich[1161]. Bei der Veröffentlichung von Fotos im Internet ist hingegen keine Unterscheidung zwischen Funktionsträgern und Nichtfunktionsträgern vorzunehmen; für beide Personengruppen ist aufgrund des Rechts am eigenen Bild gem. § 22 KUG immer eine vorherige Einwilligung erforderlich[1162].

3. Gesetzliche Ermächtigung

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[1163]. Allerdings ist zu beachten, dass insoweit der Grundsatz der Zweckbindung greift. Daten dürfen nur im Rahmen eines einmal vorhandenen 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.

[1158] Kaufmann, a.a.O, 266.
[1159] Kaufmann, a.a.O.
[1160] Kaufmann, a.a.O.
[1161] Kaufmann, a.a.O.
[1162] Kaufmann a.a.O.; so auch der österr. OGH, Urt. v. 5.10.2000, Az. 8 Ob A 136/00h.
[1163] Zu Scoring-Systemen in der Kreditwirtschaft, vgl. Koch, MMR 1998, 458.

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 I 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).

Nach Auffassung des OLG Frankfurt[1164] ist es eine Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit und somit wettbewerbswidrig, **personenbezogene Daten von Kindern** im Alter von 3 bis 12 Jahren mittels Web-Formular zu erfassen. Eine solche Erfassung ist nur dann gerechtfertigt, wenn auch die Einwilligung bzw. Zustimmung der Eltern vorliegt. Die Erfassung der Daten ist nicht aufgrund einer Clubmitgliedschaft der Kinder gemäß § 28 Abs. 1 BDSG gerechtfertigt. Die Minderjährigkeit der Kinder und ihre mangelnde datenschutzrechtliche Einsichtsfähigkeit erfordert in solchen Fällen vielmehr eine Interessensabwägung, die zugunsten des Minderjährigenschutzes ausfällt.

b) Rasterfahndung und Auskunftsersuchen staatlicher Stellen

Literatur:
Wolfgang Bär, Auskunftsanspruch über Telekommunikationsdaten nach den neuen §§ 100g, h StPO, in: MMR 2002, 358.

Sehr häufig melden sich auch staatliche Stellen, vorallem Polizei- und Sicherheitsbehörden, und bitten Unternehmen der Privatwirtschaft um Herausgabe von Daten. Insbesondere seit der Terroranschläge des 11. September 2001 sind eine Reihe von Ermächtigungsgrundlagen geschaffen bzw. erweitert worden, um die Unternehmen zur Herausgabe von Daten zu verpflichten. Zu unterscheiden ist dabei die **Rasterfahndung**, die auf Grund spezieller und sehr klar konturierter Ermächtigungsgrundlagen 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. Diese Vorschrift gilt nicht für die „Rasterfahndung" bei Telekommunikationsvorgängen (z.B. Telefongesprächslisten oder Internet-Logdateien); hier gilt eine speziellere Vorschrift (§ 101 a StPO). **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. Es ist hier nicht der Platz, jede einzelne Landesvorschrift vorzustellen. Um nur Wichtigere herauszunehmen: 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-

[1164] Urteil vom 30. Juni.2005 – 6 U 168/04; http://glucksspiel-und-recht.de/urteile/Oberlandesgericht-

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 sehr restriktive Bestimmungen, da nach § 31 PolG in jedem Fall eine richterliche Anordnung notwendig ist. Schwierig zu konkretisieren ist in all diesen Gesetzen der Begriff der gegenwärtigen Gefahr. Einzelne Gerichte ließen es nicht ausreichen, dass nach dem 11. September 2001 pauschal auf die allgemeine terroristische Gefährdung hingewiesen wird. 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.[1165] 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.[1166] Diese Entscheidung des Landgerichts ist jedoch durch das Kammergericht mit Beschluss vom 16. April 2002 aufgehoben worden.[1167] Nach Auffassung des Kammergerichts reicht für das Bestehen einer gegenwärtigen Gefahr auch aus, wenn eine Dauergefahr bestehe. Eine solche Dauergefahr sei gegenwärtig, weil sie jederzeit, also auch alsbald in einen Schaden umschlagen könne.[1168] 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 Ermächtigungsgrundlagen für eine

---

Frankfurt_am_Main-20050630.html.

[1165] Beschl. vom 8. Januar 2002, DuD 2002, 174.

[1166] Landgericht Berlin, Beschl. vom 15. Januar 2002, DuD 2002, 175; anders noch die Vorinstanz des Amtsgerichts Berlin-Tiergarten, Beschl. vom 20. September 2001, DuD 2001, 691.

[1167] 1 W 89-98/02 (unveröffentlicht).

[1168] Ähnlich auch Verwaltungsgericht Mainz, Beschl. vom 1. Februar 2002, DuD 2002, 303; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 22. März 2002, DuD 2002, 307.

Rasterfahndung handelt.[1169] 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 in 2005 das BVerfG bezüglich einer Ermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung durch Landesgesetz diese für verfassungswidrig erklärt[1170]. Die Verfassungswidrigkeit betraf den § 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“[1171]. 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[1172].

Daneben bestehen ih auf Bestandsdaten (Daten, die zur Durchführung des Vertragsverhältnisses erhoben werden wie z.B. Name, Adressse und Bankverbindung) 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 Auskunftserwsuchen 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 Automatischen Auskunftsverfahren nach § 112 TKG haben Anbieter die Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringen, die nach § 111 TKG zu speichernden Daten so verfügbar zu haten, dass die Bundesnetzagentur für Auskunftsersuchen der berechtigten Stellen jederzeit Daten aus den Kundendateien automatisiert im Inland abrufen kann.

[1169] S. dazu die Hinweise bei Gerling/Langer/Roßmann, DuD 2001, 746, 747.
[1170] BVerfG, Urt. v. 27.7.2005, Az. 1 BvR 668/04, DuD 2005, 553.
[1171] BVerfG, a.a.O.
[1172] BVerfG, a.a.O.

Hinsichtlich der **Auskunftsverpflichtung für Telekommunikationsvorgänge** sind zunächst die besonderen Regelungen in **§§ 101 a und b StPO** zu beachten. Hiernach haben die Staatsanwaltschaft und die Polizei die Möglichkeit, Telefonanschlüsse zu überwachen und den Inhalt von Telekommunikation festzustellen. Dazu zählt auch der Inhalt etwa einer Email. Allerdings gilt diese Ermächtigungsgrundlage nur bei Vorliegen einer Katalogstraftat nach § 101 a StPO, z.B. Friedensverrat, Hochverrat, Geldfälschung, Menschenhandel, Bankendiebstahl, Mord, Totschlag und Völkermord. Eine richterliche Anordnung ist erforderlich. 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[1173] ist mit Wirkung zum 1. Januar 2002 entfallen.[1174] An die Stelle treten sind §§ 100 g und h StPO getreten.[1175] Diese Vorschriften erlauben den Zugriff auf Verbindungsdaten (z.B. die angerufene Telefonnummer), nicht aber auf den Inhalt der Telekommunikation. Es bedarf eines räumlich und zeitlich hinreichend bestimmten Auskunftsersuchens, das sich auf in der Zukunft liegende Kommunikationsvorgänge erstrecken kann. Die formellen Voraussetzungen sind ähnlich wie bei §§ 101 a und b StPO, wobei es hier schon ausreichend ist, dass eine Straftat mittels einer Telekommunikationsendeinrichtung begangen wurde.

Für den militärischen Abschirmdienst gilt § 10 Abs. 3 MADG; Ähnliches gilt für den Bundesnachrichtendienst (§ 8 Abs. 3 a BND-Gesetz). Diese dürfen Verbindungsdaten zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erfragen, sofern der Präsident der jeweiligen Behörde einen Antrag gestellt hat und ein vom Bundeskanzler beauftragtes Ministerium hierüber positiv entschieden hat. Besonders weit formuliert sind die Auskunftsverpflichtungen gegenüber dem Bundesamt für Verfassungsschutz. Diesem gegenüber besteht nicht nur eine Pflicht zur Herausgabe von Verbindungsdaten zur Wahrnehmung seiner Aufgaben (§ 8 Abs. 8 BVerfSchG). Vielmehr kommt noch über den Telekommunikationsbereich eine Reihe weiterer Auskunftsverpflichtungen gegenüber dem Verfassungsschutz zum Tragen (§ 8 Abs. 5 – 12 BVerfSchG). Diese Regelungen sehen eine Auskunftsverpflichtung im Einzelfall vor und legitimieren keine Rasterfahndung. Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten vorliegen. Legitimiert sind die Auskunftsverpflichtungen auch zum Schutz vor Bestrebungen, durch Gewaltanwendung auswärtige Belange der Bundesrepublik zu gefährden sowie bei Bestrebungen, die den Gedanken der Völkerverständigung verletzen. Es bedarf eines

[1173] Dazu Bär, MMR 2000, 476 ff.
[1174] BGBL. I 2001, 3879.
[1175] Siehe dazu Bär, MMR 2002, 358 ff.

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).[1176] 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).

Zu beachten sind **jüngste EU-Entwicklungen**. So sollen die EU-Mitgliedsländer die Speicherung aller Arten von Telekommunikationsverbindungsdaten für sechs bis 24 Monate sichern, um deren Verfügbarkeit für die Behörden in der Gemeinschaft 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. Dies erfolgte durch die Richtlinie 2006/24/EG vom 24. März 2006[1177] über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden. Die durch die Richtlinie geforderte Mindestspeicherung von Daten für 6 Monate erfasst die näheren Umstände der Kommunikation, jedoch nicht den Inhalt der Kommunikation selbst. 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 auf alle EU-Bürger exorbitanten Speicheraufwands die Frage, inwieweit Aufwand und Nutzen hierbei im Verhältnis stehen. Die Richtlinie muss innerhalb von 18 Monaten in nationales Recht umgesetzt werden, wobei sich Deutschland das Recht

[1176] S. Landgericht Oldenburg, DuD 1998, 170 f.; OLG Zweibrücken, DuD 1998, 168.

vorbehalten hat, die Speicherpflicht in Bezug auf Daten zum Internetzugang, Internet-Telefonie und Internet E-Mail, erst zum 15. März 2006 umzusetzen.

VI. Haftung bei unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitung[1178]

Literatur:
Christian Born, Schadensersatz bei Datenschutzverstößen, Münster 2001; Ivo Geis, Haftungsrisiken im Datenschutzrecht für Unternehmen, in: CR 1993, 269; Niko Härting, Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, in: CR 2001, 37; Günter Schmidt, Wann haftet der Staat? – Vorschriftswidrige Datenverabeitung und Schadensersatz, Neuwied 1989; Dirk Schmitz, Vertragliche Haftung bei unentgeltlichem Informationserwerb via Internet, in: MMR 2000, 396; Irene Wind, Haftung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, in: RDV 1991, 16.

1. Vertragliche Ansprüche

Die unrichtige oder unzulässige Verarbeitung personenbezogener Daten kann einen Anspruch auf Schadensersatz aus vertraglichen Gesichtspunkten auslösen.[1179]

Grundsätzlich sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Im Bereich z.B. 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 der materiellen Schäden beschränkt ist.

Im Bereich der Auftragsdatenverarbeitung (vgl. § 11 BDSG) liegen regelmäßig Geschäftsbesorgungsverträge (§ 675 BGB) vor, bei denen die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung von Daten meist 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.

[1177] EG ABl. L 105 vom 13.4.2006, 54 ff.
[1178] Vgl. hierzu Geis, Haftungsrisiken im Datenschutzrecht für Unternehmen, CR 1993, S. 269; Wind, Haftung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, RDV 1991, S. 16; Tinnefeld/Ehmann, 7.2.2, S. 266.
[1179] 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 ders., Marktwirtschaftlicher Datenschutz im Datenschutzrecht der Zukunft, in: Helmut Bäumler/Albert von Mutius (HG.), Datenschutz als Wettbewerbsvorteil, Braunschweig 2002, 114 ff.

2. §§ 823 ff. BGB

Für den Betroffenen meist wichtiger ist die Möglichkeit, Verstöße gegen das BDSG deliktsrechtlich zu ahnden.
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 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 Beweiserleichterung 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.[1180]

a) Verletzung des Persönlichkeitsrechtes, § 823 Abs. 1 BGB

§ 823 Abs. 1 BGB schützt insbesondere das seit der Entscheidung des BGH vom 25. Mai 1954[1181] zum juristischen Allgemeingut gewordene „allgemeine Persönlichkeitsrecht“[1182]. Hierbei handelt es sich um sog. Rahmenrecht, dessen Reichweite und Grenzen im Einzelfall 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.
Zur Beurteilung der Schuldfrage sind die vom BGH entwickelten Prinzipien der Produzentenhaftung analog anzuwenden, da auch hier der Betroffene einer z.T. höchst

[1180] Vgl. hierzu Tinnefeld/Ehmann, II. Teil, 7.2.2.3, S. 269; Geis, CR 1993, 269 (271).
[1181] BGHZ 13, 334.
[1182] Vgl. BGHZ 45, 296, 307; 50, 133, 143; BGH, NJW 1984, 1886.

komplexen Organisation gegenübersteht, deren Strukturen er nicht durchschauen und überprüfen kann[1183]. 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 Datenverarbeitung entweder nicht ursächlich für den Schaden war[1184] oder ihre Mitarbeiter kein Verschulden trifft[1185].
Neben den materiellen Schäden kann der Betroffene auch immaterielle Schäden ersetzt bekommen.

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,
- 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.

[1183] Gola/Schomerus, § 8 Anm. 4.
[1184] vgl. LG Bonn, RDV 1995, 253 für die Haftung bei Verstoß gegen das Bankgeheimnis (§ 28 I S.1 Nr. 1 BDSG).
[1185] Gola/Schomerus, § 8 Anm. 4; Bergmann/Möhrle/Herb, § 8 Rdnr. 27; vgl. auch BGH, BGHZ 51, 91; Mertens, in: MüKo § 823 Rdnr. 134; a.A. Wind, RDV 1991, 16 (23).

§ 824 BGB statuiert also eine Haftung wegen unrichtiger Datenverarbeitung, die zu einer Herabsetzung der wirtschaftlichen Wertschätzung von Personen führt[1186].
Daneben ist auch eine Haftung nach § 826 BGB von Bedeutung, seit der BGH[1187] 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 Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch unzulässige Übermittlung personenbezogener Daten[1188]. Der Betroffene kann daher unter Berufung auf § 1004, § 823 Abs. 1 BGB analog vom Empfänger der Daten deren Vernichtung oder Herausgabe verlangen[1189]. 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[1190].

VII. Sonderbestimmungen im Online-Bereich

Literatur:
Johann Bizer, Datenschutz in Telekommunikation und Neuen Medien, in: Gerling (Hg.), Datenschutz und neue Medien, Göttingen 1998, S. 23; Alfred Büllesbach (Hg.), Datenschutz im Telekommunikationsrecht, Köln 1997; Bernd Holznagel u.a. (Hg.), Datenschutz und Multimedia, Münster 1998; Christian Lohse/Dietmar Janetzko, Regulationsmodelle des Datenschutzes am Beispiel von P3P, in: CR 2001, 55; Thomas Müthlein, Datenschutz bei Online-Diensten, RDV 1996, S. 224; Alexander Roßnagel/Johann Bizer, Multimediadienste und Datenschutz, Filderstadt 1995; Wolfgang Schulz, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, Expertise im Auftrag der Landesrundfunkanstalt NRW, Düsseldorf 1998.

[1186] Vgl. OLG Frankfurt vom 06. Januar 1988, RDV 1988, S. 148.
[1187] LM § 826 Nr. 3.
[1188] BGH, NJW 1984, 436 und 1887.
[1189] BGH, BGHZ 27, 284, 290 f.
[1190] BGH, NJW 1984, 1887.

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 übt, 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) sowie im Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) und im Mediendienstestaatsvertrag (MdStV) von Bedeutung.

1. Datenschutz im TK-Sektor: TKG

Literatur:
Billig, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Werbung, Kundenberatung oder Marktforschung, in: NJW 1998, S. 1261; Peter Gola/Thomas Müthlein, Neuer Tele-Datenschutz – bei fehlender Koordination über das Ziel hinausgeschossen?, in: RDV 1997, 193; Peter Gola, Datenschutz bei Telearbeit – Zur Anwendung von BDSG, TKG, TDDSG, in: RDV 1998, 243; Jan K. Köcher/Noogie C. Kaufmann, Speicherung von Verkehrsdaten bei Internet-Access-Providern, DuD 6/2006; Christian König/Ernst Röder, Die EG-Datenschutzrichtlinie für Telekommunikation – Verpflichtungen auch für Internetdienstleister, in: CR 2000, 668; Thomas Königshofen, Datenschutz in der Telekommunikation, in: ArchivPT 1997, 19; ders., Die Umsetzung von TKG und TDSV durch Netzbetreiber, Service-Provider und Telekommunikationsanbieter, in: RDV 1997, 97; ders., Telekommunikations-Datenschutzverordnung. Kommentar, Heidelberg 2002; Lanfermann, Datenschutzgesetzgebung – gesetzliche Rahmenbedingungen einer liberalen Informationsgesellschaft, in: RDV 1998, 1; Anna Ohlenburg, Der neue Telekommunikationsdatenschutz, in: MMR 2004, 431; Scherer, Das neue Telekommunikationsgesetz, in: NJW 1996, 2953; Reimann, Datenschutz im neuen TKG, in: DuD 2004, 421; Helmut Schadow, Telekommunikationsdienstunternehmen-Datenschutzverordnung (TDSV), in: RDV 1997, 51; Ulmer/Schrief, Datenschutz im neuen TK-Recht, in: RDV 2005, 3; Ulrich Wuermeling/Stefan Felixberger, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz im Telekommunikationsgesetz, in: CR 1997, 230; Dirk Wüstenberg, Das Recht der Zugangsanbieter auf Speicherung der IP-Adressen bei Online-Flatrates, in: TKMR 2003, 105.

Das Telekommunikationsgesetz (TKG)[1191] ist der Nachfolger des früheren Fernmeldeanlagen-Gesetzes (FAG), von dem früher § 12 FAG als strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage für

[1191] Telekommunikationsgesetz, BGBl. 1996 I, 1120. Zuletzt geändert durch BGBl. 2005 I, 1970.

Auskünfte über Telekommunikationsvorgänge in strafgerichtlichen Untersuchungen herangezogen wurde[1192]. Mit dem neuen im Juni 2004 verkündeten Gesetz (TKG 2004)[1193] 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 der Paragraph 89 des alten TKG und die Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV) 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 neue 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 Diensteanbieters mit seinen Daten in einem Telefonbuch oder einem anderen elektronischen Kundenverzeichnis eingetragen ist und gegen diese Art der Auskunft keinen Widerspruch eingelegt hat. Eine weitere neue 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)[1194] 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

[1192] Vgl. hierzu Büchner, in: Beck´scher TKG-Kommentar, § 85, Rdnr. 13.
[1193] BGBl. 2004 I, Nr. 29, S. 1190. Zuletzt geändert durch BGBl. 2005 I, 1970.

[1194] Vgl. Rieß, Joachim, Vom Fernmeldegeheimnis zum Telekommunikationsgeheimnis, in: Büllesbach (Hrsg.) Datenschutz im Telekommunikationsrecht, Köln 1997, S. 126.

§ 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 Emails und jeden sonstigen Online-Datenaustausch (insbes. per Telnet oder FTP), soweit es um den technischen Kommunikationsvorgang geht[1195].

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 (§ 89 Abs. 1 Satz 4 TKG/§ 91 Abs. 1 S. 4 TKG n.F.). Auch statische 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 Telekommunikationsbereich. So ist gemäß § 95 Abs. 1 TKG die Datenverarbeitung zulässig, soweit dies zur betrieblichen Abwicklung der Telekommunikationsdienstleistung erforderlich ist, nämlich für die Abwicklung des Vertragsverhältnisses: Es ist also die Speicherung der Bestandsdaten, z.B. Name, Anschrift, Nummer des Telefonanschlusses bzw. die Email-Adresse oder die statische IP-Adresse im Bereich der Online-Kommunikation zulässig, soweit dies zur Vertragsabwicklung erforderlich ist. § 96 TKG bezieht sich auf die Telekommunikations-Verbindungsdaten und erlaubt etwa die Speicherung dieser Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) für das Herstellen und Aufrechterhalten einer Telekommunikationsdaten zu erheben und zu verwenden. Da das TKG auch die Email-Kommunikation erfasst, ist auch die Zwischenspeicherung von Emails in POP-Mailpostfächern bzw. in der SMTP-Spooldatei zulässig. Zwar besagt § 88 Abs. 1 S. 1 TKG, dass grundsätzlich nur die näheren Umstände der Telekommunikation erhoben, verarbeitet und genutzt werden dürfen, jedoch enthält § 88 Abs. 1 S. 2 TKG eine Ausnahme für die Nachrichteninhalte, deren Verarbeitung aus verarbeitungstechnischen Gründen Bestandteil des Dienstes ist. Damit ist auch die Speicherung und Verarbeitung eingehender Nachrichten bei Mailbox-

[1195] Vgl. zur Abgrenzung Büchner, Beck´scher TKG-Kommentar, § 89, Rdnr. 11; Gola, RDV 1998, 243.

Diensten, z.B. die Anrufbeantworter-/Weiterleitungs-Funktion bei Mobiltelefonen, legitimiert.

Weitere Erlaubnistatbestände für Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) sehen § 96 Abs. 2 S. 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) 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 eines Versenders von Spam-Mails durch den Provider des Absenders wird hiervon nicht unmittelbar erfasst.

Streitig ist die Verwendbarkeit von dynamischen IP-Adressen, insbesondere im Rahmen einer Vorratsdatenspeicherung. Rechnet ein Telekommunikationsanbieter die Internetverbindungen seines Kunden nach einem Pauschaltarif ab (so genannte Flatrate), so ist eine Speicherung der dynamischen IP-Adressen rechtswidrig. Dies hat das Amtsgericht Darmstadt[1196] jüngst entschieden und der Klage eines T-Online-Kunden stattgegeben, der sich gegen die Speicherung seiner IP-Adressen über einen Zeitraum von 80 Tagen nach Rechnungsversand gewehrt hatte. Dynamische IP-Adressen würden bei einer Flatrate nicht für Abrechnungszwecke benötigt; folglich verstoße eine Speicherung gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen.

2. Das TDDSG und der MDStV

Literatur:
Hans Peter Behrendsen, Die bereichsspezifischen Datenschutzverordnungen für TK-Dienstleistungen, in: CR 1992, 422; Ernst Ob. Brandl/Viktor Mayer-Schönberger, Datenschutz und Internet, in: Ecolex 1996, 132; Alfred Büllesbach, Datenschutz und Selbstregulierung, in: digma 2001, 88; Stefan Engel-Flechsig, Die datenschutzrechtlichen Vorschriften im neuen Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, in: RDV 1997, 59; ders., Teledienstdatenschutz. Die Konzeption des Datenschutzes im Entwurf des Informations- und Kommunikationsdienstegesetzes, in: DuD 1997, 8; ders., Die datenschutzrechtlichen Vorschriften im neuen Informations- und Kommunikationsdienstegesetz, in: RDV 1997, 51; Roger A. Fischer, Datenschutz bei Mailboxen, in: CR 1995, 178; Christian Flisek, Der

[1196] Urteil vom 30.6.2005 – 300 C 397/04, MMR 2005, 634; ebenso Berufungsurteil LG Darmstadt vom 7.12.2005 – 25 S 118/2005, DuD 2006, 178.

datenschutzrechtliche Auskunftsanspruchg nach TDDSG, in: CR 2004, 949; Jens Fröhle, Web-Advertising, Nutzerprofile und Teledienstedatenschutz, München 2003; Ivo Geis, Internet und Datenschutz, NJW 1997, 288; ders., Schutz von Kundendaten im E-Commerce und elektronische Signatur, in: RDV 2000, 208; Rainer Gerling, Betrieb von WWW-Servern – Rechtliche und technische Aspekte, in: IT-Sicherheit 3/2001, 18; Globig, Klaus/Eiermann, Helmut, Datenschutz bei Internet-Angeboten, in: DuD 199, 514; Georgios Gounalakis, Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, in: NJW 1997, 2993; Renate Hillebrand-Beck/Sebastian Gross, Datengewinnung im Internet, Cookies und ihre Bewertung unter Berücksichtigung der Novellierung des TDDSG, in: DuD 2001, 389; Kröger/Moos, Regelungsansätze für Multimedia-Dienste, in: ZUM 1997, 462; Frank A. Koch, Datenschutz in Datennetzen, in: Lowenheim, Ulrich u.a. (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, Weinheim 1998, Teil 11, S. 549; Marit Köhntopp/Kristian Köhntopp, Datenspuren im Internet, in: CR 2000, 238; Kuch, Der Staatsvertrag über Mediendienste, in: ZUM 1997, 225; Petra Löw, Datenschutz im Internet: eine strukturelle Untersuchung auf der Basis der neuen deutschen Medienordnung, Diss. Tübingen 2000; Boris-Sven Marberg, Kalter Kaffee und faule Kekse – das WWW als Gefahrenquelle für die informationelle Selbstbestimmung, in: iur-PC 1996, 457; Sebastian Meyer, Cookies & Co. – Datenschutz und Wettbewerbsrecht, in: WRP 2002, 1028; Hans-Werner Moritz/Michael Winkler, Datenschutz und Online-Dienste, in: NJW-CoR 1997, 43; Heike Rasmussen, Datenschutz im Internet. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Verhinderung der Erstellung ungewollter Nutzerprofile im Web – Zur Neufassung des TDDSG, in: CR 2002, 36; Roßnagel, Alexander, Datenschutz in globalen Netzen, Das TDDSG – ein wichtiger erster Schritt, in: DuD 1999, 253; Alexander Roßnagel/Johann Bizer, Multimediadienste und Datenschutz, Darmstadt 1995; Alxander Roßnagel/Andreas Pfitzmann, Datenschutz im Internet, in: Erwin Staudt (Hg.), Deutschland Online, Berlin 2002, 89; Peter Schaar, Datenschutz im Internet, München 2002; Martin Schallbruch, Electronic Mail im Internet – Wie steht es mit dem Datenschutz?, in: Datenschutz-Nachrichten 5/95, 11; Jochen Schneider, Europäischer Datenschutz und E-Commerce, in: Michael Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa. Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002, 561; Hans-Hermann Schrader, Datenschutz bei Multimediadiensten, in: CR 1997, 707, Alexander Tettenborn/Stefan Engel-Flechsig/Fritjof Maennel, Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, in: NJW 1997, 2981; Kerstin Zscherpe, Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, in: MMR 2004, 723.

Das zum 1. August 1997 in Kraft getretene IuKDG (Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz) enthielt in Art. 2 das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG). Dieses Gesetz ist inzwischen im Zuge der Umsetzung der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr geändert worden. So gilt seit Anfang 2002 als Art. 3 des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs eine Neufassung des TDDSG.

Dieses Gesetz regelt den Schutz personenbezogener Daten bei der Nutzung von Telediensten i.S.v. § 2 TDG. Zu diesen Diensten zählen insbesondere solche der Individualkommunikation (Telebanking, Email und Datendienste). Die Frage der Abgrenzung zu den Mediendiensten, deren Datenschutzvorgaben im neu verabschiedeten Mediendienstestaatsvertrag geregelt sind, bleibt unklar, ist aber angesichts der Übereinstimmungen von MDStV und TDDSG eher theoretischer Natur.

Die datenschutzrechtlichen Regelungen in BDSG, TDDSG und MDStV gehen einheitlich von den Grundsätzen der Zweckbindung, des Systemdatenschutzes und 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. § 4 Abs. 6 TDDSG).

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 (§ 3 Abs. 1 TDDSG). Es gilt der Grundsatz der Zweckbindung. 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 (§ 4 Abs. 7 TDDSG). Die Voraussetzungen für eine wirksame elektronische Einwilligung sind in § 4 Abs. 2 TDDSG ausführlich geregelt. Die Erstellung von Nutzungsprofilen ist nur bei der Verwendung von Pseudonymen zulässig (§ 6 Abs. 3 TDDSG).

Bestands- und Nutzungsdaten werden unterschieden und getrennt voneinander geregelt. Die hierzu einschlägigen Regelungen in §§ 5 f. TDDSG sind im Wesentlichen selbstevident und sollen hier deshalb nicht im Detail vorgestellt werden[1197].

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 (§ 6 Abs. 8 TDDSG). Gestrichen wurden einige Bestimmungen aus dem alten TDDSG, da diese in das BDSG aufgenommen worden sind. Dazu zählen insbesondere die allgemeinen Regelungen zur Datenvermeidung und Datensparsamkeit.

Für die Nutzung von nicht-personenbezogenen Daten, insbesondere Informationen zu den Clients, die ein Online-Angebot abgerufen haben, gilt das bereichsspezifische Datenschutzrecht des TDDSG/MDStV nicht. Dies ist vor allem bei der Aufzeichnung von Nutzungsdaten in Log-Files, z.B. zur Erstellung von Nutzerprofilen und Abrufstatistiken von Bedeutung[1198]. Personenbezogene Nutzungsdaten sind frühestmöglich, spätestens unmittelbar nach Ende der jeweiligen Nutzung zu löschen, sofern es sich nicht um Abrechnungsdaten

[1197] Vgl. hierzu ausführlich Engel-Flechsig, RDV 1997, 59.

i.S.v. § 6 Abs. 4 TDDSG handelt. Nicht-personenbezogene Daten, z.B. reine Maschinenangaben (IP-Adressen), können hingegen für Auswertungszwecke protokolliert werden, sofern kein Rückschluss auf den jeweiligen Nutzer möglich ist[1199]. In Bezug auf IP-Adressen hat das LG Darmstadt geurteilt, dass die Speicherung dynamischer IP-Adressen (jene IP-Kennungen, die nur für eine Internet-Session vergeben werden) dann nicht erforderlich und somit unzulässig ist, wenn der betroffene eine unbegrenzte Flatrate besitzt, für die er monatlich eine Pauschale bezahlt[1200]. An der Erforderlichkeit fehle es, weil die IP-Kennungen wegen des Pauschalbetrages nicht zu Abrechnungszwecken notwendigen und auch keine Anhaltspunkte für den Zweck der Datensicherheit erkennbar gewesen seien[1201]. Damit sind auch Cookies regelmäßig datenschutzrechtlich unproblematisch.[1202]

Im Übrigen gelten die Regelungen des TDDSG bzw. des Mediendienstestaatsvertrages nur für die Verarbeitung von Nutzerdaten, d.h. der Daten derjenigen, die Teledienste oder Telekommunikationsdienstleistungen nachfragen. Die Verwendung von Daten nicht nutzender Dritter im Online-Bereich ist von den Regelwerken nicht umfasst. Insoweit gelten für Kommunen das Landesdatenschutzgesetz (z.B. Landesdatenschutzgesetz NW), für die Privatwirtschaft §§ 27 ff. BDSG.

VIII. Ausgewählte Sonderprobleme

1. Web-Cookies

Literatur:
Johann Bizer, Johann, Web-Cookies – datenschutzrechtlich, in: DuD 1998, 277; Alexander Eichler, Cookies – verbotene Früchte?, Eine datenschutzrechtliche und technik-orientierte Betrachtung, in: K & R 1999, 76; Renate Hillebrand-Beck/Sebastian Gross, Datengewinnung im Internet, Cookies und ihre Bewertung unter Berücksichtigung der Novellierung des TDDSG, in: DuD 2001, 389; Thomas Hoeren, Web-Cookies und das römische Recht, in: DuD 1998, 455; Rainer Ihde, Cookies – Datenschutz als Rahmenbedingungen der Internetökonomie, in: CR 2000, 413; Jan K. Köcher/Noogie C. Kaufmann, Speicherung von Verkehrsdaten bei Internet-Access-Providern, DuD 6/2006; Sebastian Mayer, Cookies & Co. – Datenschutz und Wettbewerbsrecht, in: WRP 2002, 1028; Peter Schaar, Cookies: Unterrichtung und Einwilligung des Nutzers über die Verwendung, in: DuD 2000, 275; Michael Wichert, Web-Cookies – Mythos und Wirklichkeit, in: DuD 1998, 273; Wotke, Web-Bgus – Nur lästiges Ungeziefer oder datenschutzrechtliche Bedrohung?, in: MMR 2003, 310.

[1198] Siehe auch Wolters, Einkauf via Internet: Verbraucherschutz durch Datenschutz, DuD 1999, 277.
[1199] Vgl. Schulz, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, S. 40 f.
[1200] LG Darmstadt, Urt. v. 7.12.2005, Az. 25 S 118/2005, DuD 2006, 178; Köcher/Kaufmann, DuD 6/2006.
[1201] LG Darmstadt, a.a.O.
[1202] So auch Ihde, CR 2000, 413, 416; Meyer, WRP 2002, 1028, 1030; Wichert, DuD 1998, 273, 275.

Zurzeit sind die sog. Web-Cookies und ihre möglichen negativen Auswirkungen auf die Privatsphäre von Internet-Nutzern 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[1203]. 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 Email-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 während seiner Kommunikation mit dem betreffenden Server selbst erzeugt hat. Ein Ausspähen weiterer Daten auf dem lokalen Rechner ist mit Cookies nicht möglich[1204].

Die persönlichen Daten eines Nutzers sind daher i.d.R. über den Einsatz von Cookies nicht oder nur mit sehr großem Aufwand zu ermitteln[1205]. 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 Email-Adresse angemeldet

[1203] Zur Technologie siehe Eichler, K & R 1999, 76; Wichert, DuD 1998, 273; David Whalen, The Unofficial Cookie FAQ, http://www.cookiecentral.com/faq., Version 2.53.
[1204] Siehe hierzu Wichert, DuD 1998, 273, 274.
[1205] Wichert, DuD 11998, 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.

hat[1206]. Ein direkter Personenbezug ist ansonsten nur herstellbar, wenn die Internet-Adresse des Kundenrechners Rückschlüsse auf die Identität des Benutzers zulässt[1207]. Dies kann bei statischen IP-Adressen, die mit einer „sprechenden" personenbezogenen Rechnerkennung oder -domain verbunden sind, der Fall sein[1208]. 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[1209].

Enthalten Cookies personenbezogene Daten, ist ihre Verwendung im Hinblick auf die restriktiven Datenschutzregelungen des bereichsspezifischen TDDSG/MDStV problematisch. Denn nach § 3 Abs. 1 TDDSG dürfen personenbezogene Daten zur Nutzung von Tele-/Mediendiensten nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, soweit der Nutzer wirksam eingewilligt hat oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt[1210].

Überdies stellt § 6 Abs. 3 S. 1 TDDSG 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 (§ 6 Abs. 3 S. 2 TDDSG). Ein Datenabgleich zwischen dem Internet-Provider des Nutzers und dem Diensteanbieter, der lediglich die dynamische (*für ihn* pseudonyme) IP-Adresse in cookie-basierten Nutzungsprofilen festhält, ist damit ausgeschlossen. Werden Cookies lediglich gesetzt, um die jeweilige Nutzung des Online-Dienstes zu ermöglichen oder zu vereinfachen (individualisiertes Angebot, Warenkorbfunktion etc.), ist § 6 Abs. 2 TDDSG 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

[1206] Siehe Wichert, DuD 1998, 273, 274.
[1207] 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.
[1208] Z.B. "hoeren.uni-muenster.de"; für die Qualifizierung statischer IP-Adresse als personenbezogenes Datum Schulz, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, S. 41; vgl. auch Felixberger/Stricharz, DuD 1998, 1.
[1209] Bizer, DuD 1998, 277, 278; Schulz, Rechtsfragen des Datenschutzes bei Online-Kommunikation, S. 40 f.

datenschutzrechtlichen Bewertung – ein verschuldensunabhängiger Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 862 Abs. 1 BGB[1211]. 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.[1212] Anders lautend sind jüngste US-Entscheidungen, die Cookies von einer konkludenten Einwilligung des Nutzers gedeckt ansehen.[1213]

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 TDDSG und der MDStV treffen bis auf die Leistungserschleichung in § 6 Abs. 8 TDDSG hierzu keine Aussagen. Dies bedeutet, dass es bezüglich der Nutzungsdaten bei Tele- und Mediendiensten derzeit keinen Erlaubnistatbestand gibt, der die Protokollierung personenbezogener Nutzungsdaten zur Missbrauchsaufklärung rechtfertigt[1214]. Allerdings gilt dies nur im Anwendungsbereich des TDDSG/MDStV, d.h. für die „inhaltsbezogenen" Daten, die bei der Nutzung eines Teledienstes 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 Dienste-Anbieters dienen. Ein derartiger Rückgriff auf das allgemeine Datenschutzrecht scheint durch das TDDSG nicht generell ausgeschlossen zu sein, da § 3 Abs. 1 und 2 TDDSG die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Online-Nutzungsdaten nach anderen Rechtsvorschriften ausdrücklich zulässt. Gegen einen Rückgriff auf das BDSG spricht hingegen, dass das TDDSG einen in sich abgeschlossenen bereichsspezifischen Regelungskomplex zum Online-Datenschutz enthält und somit als lex specialis dem BDSG grundsätzlich vorgeht.

[1210] Hierzu ausführlich, Bizer, DuD 1998, 277, 279).
[1211] Vgl. Hoeren, Web-Cookies und das römische Recht, DuD 1998, 455.
[1212] AG Ulm, Urteil vom 29. Oktober 1999, CR 2000, 469.
[1213] In re Double Click, Inc. Privacy Litigation, 60 CIVOM 0641, 2001 US Dist. Lexis 3498 (SDNY 2001).
[1214] Siehe hierzu auch die entsprechenden Feststellungen im IuKDG-Evaluierungsbericht, BT-Drs. 14/1191; Roßnagel, Evaluierung des TDDSG, DuD 1999, 250.

Überdies sieht § 100 Abs. 3 S. 2 TKG vor, dass der Telekommunikationsanbieter zu diesem Zweck auch rückwirkend die erhobenen Verkehrsdaten in der Weise verwenden darf, dass aus dem Gesamtbesatnd 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. Hiebei 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:
Peter R. Bitterli, Outsourcing: Aus den Augen aus dem Sinn?, in: digma 2001, 156; Mark Hoenike/Lutz Hülsdunk, Outsourcing Im Versicherungs- und Gesundheitswesen ohne Einwilligung?, in: MMR 2004, 788; Hans-Jürgen Poschet, IT-Outsourcing: So müssen Sie vorgehen, in: digma 2001, 160; Rainer Knyrim, Datenschutz und Datenrettung beim Outsourcing, in ecolex 2004, 413.

In der E-Commerce-Industrie wird sehr häufig der Vorteil von Outsourcing gepriesen. Die Datenverarbeitung wird auf Töchterunternehmen ausgegliedert, die als eigene Servicecenter auch für andere Unternehmen tätig sind.

a) Auftragsverarbeitung und Funktionsübertragung

Literatur:
Philipp Kramer/Michael Herrmann, Auftragsdatenverarbeitung, in: CR 2003, 938.

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. Für eine Eigenverantwortlichkeit spräche vor allem, wenn nicht die Datenverarbeitung oder -nutzung als solches Vertragsgegenstand ist, sondern eine konkrete Aufgabenerfüllung, 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 auf den Verarbeiter die Haftung für die Zulässigkeit und Richtigkeit der Daten 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.

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 sorgfältigst, 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 genauestens zu spezifizieren. Das heißt nicht, dass das Personal der Muttergesellschaft das Personal der Tochtergesellschaft umfassend zu beaufsichtigen hätte. 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. 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 entsprechenden 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 müssen Datensicherheitsmaßnahmen nach neuestem Stand der Technik verlangt werden. 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.

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

- Rechtsanwälte und Ärzte (insbesondere im Hinblick auf die Fernwartung)[1215]
- Versicherungsunternehmen im medizinischen Bereich (Kranken-/Lebensversicherung)
- Öffentlich-rechtliche Banken.[1216]

In diesen Bereichen ist Outsourcing folglich nur mit Einwilligung des Kunden zulässig. Eine Lösung wäre, das Personal des Tochterunterehmens als berufsmäßige tätige Gehilfen im Sinne von § 203 Abs. 3 StGB anzusehen. 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[1217]. Diese Perspektive hätte allerdings unter Umständen den Nachteil, dass das Fremdpersonal nach Gesichtspunkten des Arbeitnehmerüberlassungsrechts zu Arbeitnehmern der Muttergesellschaft würde.

[1215] Siehe etwa den 11. Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten 1992, Zif. 3.3, S. 24 f.; Bayerischer Landesbeauftragte für den Datenschutz, 14. Tätigkeitsbericht 1992, Zif. 2.2, S. 10 f.; Hessischer Datenschutzbeauftragter, 20. Tätigkeitsbericht 1991, Zif. 15.1.1, S. 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, Beschluss vom 12. April 2005, BB 2005, 1524.
[1216] Siehe hierzu ausführlicher Otto, wistra 1999, 201, 202.
[1217] So auch Ehmann, CR 1991, 293, 294 für den Fall der Fernwartung in einer Arztpraxis.

4. Data Mining und Data Warehouse

Literatur:
Alfred Büllesbach, Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining, in: CR 2000, 11; Klaus R. Dittrich/Athanasios Vavouras, Data Warehousing aus technischer Sicht, in: digma 2001, 116; Ralf Imhof, One-to-One-Marketing im Internet – Das TDDSG als Marketinghindernis, in: CR 2000, 110; Ulrich Möncke, Data Warehouses – eine Herausforderung für den Datenschutz?, in: DuD 1998, 561; Alex Schweizer, Data Mining – ein rechtliches Minenfeld, in: dogma 2001, 108; Jürgen Taeger, Kundenprofile im Internet, in: K&R 2003, 220.

Gerade in Bezug auf das Internet wird von vielen die besondere Transparenz des Kunden und seiner persönlichen Verhältnisse gelobt. Log-In-Dateien und die Abfragemöglichkeiten 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. 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 (s. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG). Hierzu kommt der nunmehr vom TDDSG ins 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 in der Einwilligung der vorgesehene Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung dem Betroffenen 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:

Volker Backes u.a., Entscheidungshilfe für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer, in: RDV 2004, 156; Helmut Bäumler, Datenschutzgesetzentwurf aus der Feder des Datenschutzbeauftragten, in: RDV 1999, 47; Robert Bond/Rainer Knyrim, Data Protection – Third Country Transfers, in: CLSR 18 (2002), 187; Ulf Brühann, EU-Datenschutzrichtlinie – Umsetzung in einem vernetzten Europa, in: RDV 1996, 12; ders., Datenschutz in Medien und Internet, iN: AfP 2004, 221; Alfred Büllesbach, Überblick über Europäische Datenschutzregelungen bezüglich des Datenaustausches mit Ländern außerhalb der Europäischen Union, in: RDV 2002, 55; Ulrich Dammann, Internationaler Datenschutz, in: RDV 2002, 70; Reinhard Ellger, Konvergenz oder Konflikt bei der Harmonisierung des Datenschutzes in Europa? EU-Datenschutzrichtlinie – Datenschutzkonvention des Europarats, in: CR 1994, 558; Jacob, Ist die Novellierung des BDSG gescheitert? – Perspektiven im Hinblick auf den globalen Datenverkehr, in: RDV 1999,1; Christoph Klug, Persönlichkeitsschutz beim Datentransfer in die USA: die Safe-Harbor-Lösung, in: RDV 2000, 212; Philipp Räther/Nicolai Seitz, Übermittlung personenbezogener Daten in Drittstaaten. Angemessenheitsklausel, Safe Harbor und die Einwilligung, in: MMR 2002, 425; diess., Ausnahmen bei Datentransfer in Drittstaaten, in: MMR 2002, 520; Paul M. Schwartz, European Data Protecion Law and Restrictions on International Data Flows, in: iowa LR 80 (1995), 471; Spiros Simitis, Der Transfer von Daten in Drittländer – ein Streit ohne Ende?, in: CR 20000, 472; Klaus Taraschka, „Auslandsübermittlung" personenbezogener Daten im Internet, in: CR 2004, 280; Wisskirchen, Grenzüberschreitender Transfer von Arbeitnehmerdaten, in: CR 2004, 710; Ulrich Wuermeling, Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, in: DB 1996, 663; ders., Handelshemmnis Datenschutz: die Drittländerregelung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, Köln 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[1218]. 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[1219]) 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 IX 2; § 17). Auch die bisher vorhandenen internationalen Regelungswerke werden der besonderen Problematik des TBDF nicht gerecht:

- Die Empfehlung der OECD vom 23. September 1980 hinsichtlich der Leitlinien über den Schutz der Privatsphäre und den grenzüberschreitenden

[1218] Vgl. hierzu Schapper, CR 1987, 86-94; De Terwange/Louvenaux, Data Protection and Online Networks, MMR 1998, 451.

Verkehr von personenbezogenen Daten ist völkerrechtlich unverbindlich und inhaltlich zu abstrakt.

- Das Übereinkommen des Europarats vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist in deutsches Recht transformiert worden und damit bindend[1220]. Allerdings enthalten die Regelungen nur allgemeine Rahmengrundsätze, die in unterschiedlichster Weise umgesetzt werden können. Darüber hinaus wurden sie nur von sieben EU-Mitgliedstaaten 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[1221].

Hierzu sehen die **EU-Datenschutzrichtlinie** 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 S. 2 BDSG). Wann ein solches Schutzniveau vorliegt, ist unklar[1222]. Art. 25 Abs. 2 EU-Richtlinie und § 4b Abs. 2 S. 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)[1223].

[1219] Vgl. Däubler, Die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten ins Ausland, CR 1999, 49.
[1220] BGBl 1985 II, 539.
[1221] Siehe hierzu auch Hoeren, Rechtsoasen im Internet, MMR 1998, 297.
[1222] Vgl. hierzu Riemann, CR 1997, 762.
[1223] Vgl. hierzu den Streit zwischen der EU und den USA über die sog. "Safe Harbour"-Prinzipien, online abrufbar unter http://www.ita.doc.gov/td/ecom/menu1.html.

Zu beachten ist allerdings, dass nach einer neueren **Entscheidung des EuGH**[1224] die **Bereitstellung von Daten auf einer Homepage** nicht unter den Übermittlungsbegriff der EU-Datenschutzrichtlinie fällt[1225] und somit nicht als grenzüberschreitender Datenaustausch qualifiziert werden kann. Die schwedische Katechetin Lindquist hatte auf einer privaten Website hatte sie „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: 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[1226]. 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[1227] (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

[1224] Urteil vom 6. November 2003, CR 2004, 286; siehe dazu auch Taroschka, CR 2004, 280.
[1225] Anderer Ansicht z.B. OLG Innsbruck, Beschlüsse vom 27.9.1999, 1 R 143/99 und 28.3.2000, 1 R 30/00x, MR 2000, 148.
[1226] Vgl. Ehmann/Tinnefeld, I. Teil, 3.3.3, S. 68; Ellger, RabelsZ 1996, 756.
[1227] Siehe dazu Schwartz, Iowa LR 80 (1995), 471 ff.

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[1228] und zur Übermittlung an Auftragsdatenverarbeiter in Drittländern[1229] (siehe Anhang). § 4c Abs. 2 BDSG erlaubt auch den Datentransfer auf der Basis hinreichender **Codes of Conduct**, etwa innerhalb eines weltweit tätigen Konzerns; fraglich ist allerdings, ob und wie einzelne Datenschutzbehörden solche Codes genehmigen.[1230] Eine Sonderlösung existiert für den Datentransfer in die USA nach den sog. Safe-Harbor Principles (Informationspflicht, Wahlmöglichkeit, Weitergabe, Sicherheit, Datenintegrität, Auskunftsrecht und Durchsetzung).[1231] Das US-Unternehmen muss sich den Regelungen unterwerfen[1232] und gewährleistet dadurch das geforderte angemessene Datenschutzniveau.

6. Datennutzung in der Insolvenz

Mit der allmählichen Ernüchterung über den Nutzen von E-Commerce macht auch das Insolvenzgespenst die Runde. In dem Maße, wie die Start-Up-Unternehmen wie Pilze aus dem Boden schossen, gehen die ersten auch wieder ein. Cash-Burn, das Verbrennen von Geld, ist eben langfristig keine Erfolgsstrategie in der Wirtschaft. Es stellt sich dann aber die Frage, wie solche Unternehmen insolvenzmäßig behandelt werden sollen. 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, das seine Kundendaten wegen drohender Zahlungsunfähigkeit verkaufen wollte. Daraufhin wird jetzt im US-amerikanischen Senat und Repräsentantenhaus über die Einführung spezieller Gesetzesbestimmungen diskutiert. Im Senat wurde der Entwurf eines **Data Privacy Bankruptcy Act** am 22. März 2001 verabschiedet.[1233] In Deutschland bestehen Probleme, sofern solche Daten unter den

[1228] Standardvertrag vom 15. Juni 2001, http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/modelcontracts_de.htm.
[1229] Standardvertrag vom 27. Dezember 2001, ABl. Nr. L 106 vom 10. Januar 2002, 52.
[1230] Siehe dazu auch die Überlegungen WP 74 der Arbeitsgruppe nach Art. 29.http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2003/wp74_de.pdf.
[1231] Siehe dazu auch http://www.export.gov/safeHarbor/.
[1232] Zur Liste der teilnehmenden Unternehmen siehe http://web.ita.doc.gov/safeharbor/SHList.nsf/WebPages/Safe+Harbor+List.
[1233] Siehe http://www.siliconvalley.com/docs/news/depth/priv031601.htm und die Notiz in MMR 5/2001, S. XVI.

besonderen Geheimnisschutz des **§ 203 StGB** fallen. Dies ist z.B. der Fall bei der Nutzung von Daten durch Anwälte[1234], Ärzte[1235], Steuerberater[1236] oder öffentlich-rechtlich organisierte Kreditinstitute.[1237] 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 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 anders 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 entgegen stehe[1238].

[1234] OLG München, Urteil vom 5. Mai 2000, NJW 2000, 2592.
[1235] BGH, NJW 2001, 2462.
[1236] OLG Naumburg, Urteil vom 25. März 2002, RDV 2003, 29.
[1237] Nicht allerdings bei Zahnlabors, OLG Koblenz, Urteil vom 7. November 2001, OLGR Koblenz 2002, 66.
[1238] BGH, Beschl. v. 17.2.2005, Az. IX ZB 62/04, DuD 2006, 45, 46.

§ 9 Wer steht für all das gerade? Haftung von Online-Diensten

Literatur:
Karsten Altenhain, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Verbreitung missbilligter Inhalte in Computernetzen, in: CR 1997, 485; Kirsten Beckmann, Verantwortlichkeit von Online-Diensteanbietern in Europa und den Vereinigten Staaten von Amerika, Münster 2001; Kirsten Beckmann/Ulf Müller, Online übermittelte Informationen: Produkte i. S. d. Produkthaftungsgesetzes, in: MMR 1999, 14; Bremer, Strafbare Internet-Inhalte in internationaler Hinsicht, Frankfurt 2001; Torsten Bettinger/Stefan Freytag, Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links, in: CR 1998, 545; Nils Bortloff, Neue Urteile in Europa betreffend die Frage der Verantwortlichkeit von Online-Diensten, in: ZUM 1997, 167; ders., Die Verantwortlichkeit von Online-Diensten, in: GRUR Int. 1997, 387; Emanuel Burkhardt, Medienfreiheit quo vadis – Das Somm-Urteil aus presserechtlicher Sicht, in: CR 1999, 38; Ute Decker, Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet (Anforderungen an die Kenntnis des Host Providers), in: MMR 1999, 7; Stefan Eck, Providerhaftung von Konzernunternehmen, Frankfurt 2004; Christoph Engel, Die Internet-Service-Provider als Geiseln deutscher Ordnungsbehörden. Eine Kritik an den Verfügungen der Bezirksregierung Düsseldorf, in: MMR 2003, Beilage 4; Engels, Zivilrechtliche Haftung für Inhalte im Word Wide Web, in: AfP 2000, 524; Gunter Ertl, Zivilrechtliche Haftung im Internet, in: CR 1998, 179; Stefan Freytag, Providerhaftung im Binnenmarkt, in: CR 2000, 600; Gounalakis/Rhode, Haftung des Host-Providers: ein neues Fehlurteil, in: NJW 2000, 2168; Arved Greiner, Sperrungsverfügungen als Mittel der Gefahrenabwehr im Internet. Zu den Verfügungen der Bezirksregierung Düsseldorf, in: CR 2002, 620; Haft/Eisele, Zur Einführung: Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet, in: JuS 2001, 112; Michael Hasberger, Zur wettbewerbsrechtlichen Haftung der Internetprovider, MR 2004, 128; Heghmanns, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für illegale Inhalte im Internet, in: JA 2001, 71; Thomas Hoeren, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse, in: MMR 1999, 192; ders./Rufus Pichler, Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, Weinheim (VCH) Verlag 1997; Helmut Hoffmann, Zivilrechtliche Haftung im Internet, in: MMR 2002, 277; Bernd Holznagel, Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider, in: K & R 1999, 103; ders., Verantwortlichkeiten im Internet und Free Speech am Beispiel der Haftung für illegale und jugendgefährdende Inhalte, in: ZUM 2000, 1007; Stefan Hütig, Die Haftungsbeschränkung nach dem Teledienstgesetz (TDG) und dem Mediendienstestaatsvertrag (MDStV), in: Moritz/Dreier (Hg.), Rechtshandbuch E-Commerce, Köln 2002, 505; Kitz, § 101a UrhG: Für eine Rückkehr zur Dogmatik, ZUM 2005, 298; Alexander Koch, Zur Einordnung von Internet-Suchmaschinen nach dem EGG, K&R 2002, 120; Arnd Koch, Zur Strafbarkeit der „Auschwitzlüge" im Internet – BGHSt 46, 212, in: JuS 2002, 123; Frank A. Koch, Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, in: CR 1997, 193; Oliver Köster/Uwe Jürgens, Haftung professioneller Informationsvermittler im Internet. Eine Bestandsaufnahme nach der Novellierung der Haftungsregelungen, in: MMR 2002, 420; Kudlich, Die Neuregelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Providern, in: JA 2002, 798; Michael Lehmann, Unvereinbarkeit des § 5 Teledienstgesetzes mit Völkerrecht und Europarecht, in: CR 1998, 232; Wolfram Lohse, Verantwortung im Internet, Münster 2000; Bernd Martenczuk, Die Haftung für Mediendienste zwischen Bundes- und Landesrecht, in: ZUM 1999, 104; Petra Marwitz, Haftung für Hyperlinks, in: K & R 1998, 369; Stefan L. Pankoke, Von der Presse- zur Providerhaftung. Eine rechtspolitische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Inhaltsverantwortlichkeit im Netz, München 2001; Christian Pelz, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, in: ZUM 1998, 530; Rufus Pichler, Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG,

in: MMR 1998, 79; Popp, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, München 2002; Rücker, Notice and take down-Verfahren für die deutsche Providerhaftung, CR 2005, 347; Satzger, Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern, in: CR 2001, 109; Haimo Schack, Neue Techniken und Geistiges Eigentum, in: JZ 1998, 753; Martin Scharfer/Clemens Rasch/Thorsten Braun, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, in: ZUM 1998, 451; Eric 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, Frankfurt 2001; Jürgen Schneider, Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des § 5 TDG, in: GRUR 2000, 969; Gerhard Schneider, Sperren und Filtern im Internet, in: DFN-Mitteilungen Juni 2003, 21; ders., Sperren und Filtern im Internet, in: MMR 2004, 18; Ulrich Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, München 2000; ders., Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Datennetzen, in: JZ 1996, 429 und 494; ders., Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen, in: CR 1997, 581 und 653; Sabine Sobola/Kathrin Kohl, Haftung von Providern für fremde Inhalte, in: CR 2005, 443; Gerald Spindler, Deliktsrechtliche Haftung im Internet – nationale und internationale Rechtsprobleme, in: ZUM 1996, 533; ders., Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, in: NJW 1997; ders., Verschuldensabhängige Produkthaftung im Internet, in: MMR 1998, 23; ders., Verschuldensunabhängige Produkthaftung im Internet, in: MMR 1998, 119; ders., Störerhaftung im Internet, K & R in: 1998, 177; ders., Die Haftung von Online-Dienstanbietern im Konzern, in: CR 1998, 745; ders., Dogmatische Strukturen der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach TDG und MDStV, in: MMR 1998, 639; ders. Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, in: MMR 1999, 99; ders. Haftungsklauseln in Provider-Verträgen, in: CR 1999, 626; ders., E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, in: MMR-Beilage 7/2000, 4; ders., Urheberrecht und Haftung der Provider – ein Drama ohne Ende?, in: CR 2001, 324; ders., Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, in: NJW 2002, 921; ders., Das Herkunftslandprinzip im neuen Teledienstegesetz, in: RIW 2002, 183; ders./Christian Volkmann, Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider, in: WRP 2003, 1; ders., Haftung und Verantwortlichkeit im IT-Recht, CR 2005, 741; diess., Die öffentlich-rechtliche Störerhaftung der Access-Provider, in: K&R 2002, 398; Thomas Stadler, Sperrungsverfügung gegen Accesss-Provider, in: MMR 2002, 343; ders., Haftung für Informationen im Internet, Berlin 2002; Jutta Stender-Vorwachs, Anbieterhaftung und neues Multimediarecht, in: TKMR 2003, 11; Irini Vassilaki, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG, in: MMR 1998, 630; diess., Strafrechtliche Haftung nach §§ 8 ff. TDG, in: MMR 2002, 659; Arthur Waldenberger, Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet, in: ZUM 1997, 188; ders., Teledienste, Mediendienste und die „Verantwortlichkeit" ihrer Anbieter, in: MMR 1998, 129; Wimmer, Die Verantwortlichkeit des Online-Providers nach dem neuen Multimediarecht, in: ZUM 1999, 436; Wolfgang Zankl, Verantwortlichkeit für fremde Internetsinhalte: Altes und Neues zur Gehilfenhaftung, in: 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 zugänglich sind hat der BGH einen Australier wegen Volksverhetzung verurteilt, der von Adelaide aus NS-Theorien über das Internet verbreitete.[1239]

II. Das Teledienstegesetz in seiner Neufassung

Die Haftung von Providern ist zentral im Teledienstgesetz (TDG) geregelt; je nach Einzelfall können aber die Haftungsbestimmungen im Mediendienstestaatsvertrag zur Anwendung kommen. Das TDG stammt ursprünglich aus dem Jahre 1997[1240]; es war damals Bestandteil eines größeren Gesetzespakets, dem sog. Informations- und Kommunikationsdienstegesetz (TUKDG). Es musste später aufgrund der Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie (s.u.) novelliert werden. [1241] Die aktuelle Fassung, enthalten im sog. Elektronischen Geschäftsverkehrsgesetz (EGG), ist in ihren wesentlichen Teilen zum 21. Dezember 2001 in Kraft getreten.[1242]

Das TDG enthält für das Straf- und Zivilrecht Regeln, die wie ein Filter vor der Anwendung spezieller Haftungsregeln zu prüfen sind.[1243] Allerdings finden sich für Mediendienste, zu denen auch einige Bereiche der Online-Dienste gehören, besondere Regelungen im Mediendienstestaatsvertrag. Streitig war überdies 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 ausgeschlossen hat.[1244] Diese Frage ist aber heute zugunsten der Anwendbarkeit geklärt.

Es wird im Folgenden jeweils vergleichend zur alten Rechtslage mitberücksichtigt.

[1239] Urteil des BGH vom 12.Dezember 2000, BGHSt 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.

[1240] BGBl. I, 1870.

[1241] Siehe dazu Bröhl, MMR 2001, 67.

[1242] Bundesgesetzblatt Teil 1 Nr. 70 vom 20. Dezember 2001, S. 3721. Siehe dazu auch Bröhl, MMR 2001, 67; Härting, CR 2001, 271; Spindler, ZRP 2001, 203.

[1243] So jetzt auch BGH, Urteil vom 23. September 2002, MMR 2004, 166 mit Anm. Hoeren.

Das Gesetz unterscheidet drei verschiedene Provider (genannt: „Diensteanbieter“). Nach § 5 Abs. 1 TDG (jetzt: § 8 Abs. 1 TDG) sind Diensteanbieter für eigene Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Für das Bereithalten fremder Inhalte sind sie hingegen nur verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern (§ 5 Abs. 2 TDG); das neue TDG hat diesen Komplex ähnlich, wenn auch komplizierter, in § 11 TDG n.F. geregelt. Für fremde Inhalte, zu denen die Diensteanbieter nur den Zugang zur Nutzung vermitteln, sind sie nicht verantwortlich (§ 5 Abs. 3 S. 1 TDG); das Rechtsregime ist jetzt durch §§ 9 – 11 TDG n.F. ausdifferenziert.

1. Der Content-Provider

Der Content-Provider ist ein Informationslieferant. Bietet er eine Homepage im Internet an, muss er für deren Inhalt einstehen. Das TDG verweist in § 5 Abs. 1 deklaratorisch auf die “allgemeinen Gesetze”. Die EC-Richtlinie und das EGG änderten diese Rechtslage nicht (siehe § 8 Abs. 1 TDG n.F.). Es bleibt beim Grundsatz der Haftung des Content Providers nach den allgemeinen Gesetzen. 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“[1245] hat er angenommen, dass auch das formularmäßige Werbeschreiben eines Börsendienstes das Angebot zum Anschluss 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

[1244] Urteil vom 8. März 2001 – 29 U 3282/00; 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.
[1245] BGH, NJW 1978, 997.

Ansicht des BGH ein solcher Auskunftsvertrag stillschweigend abgeschlossen, wenn eine Auskunft erkennbar von erheblicher Bedeutung und die Grundlage wichtiger Entscheidungen des Anwenders gewesen sei[1246]. Der Anwender kann dann vollen Schadensersatz aus wegen Pflichtverletzung verlangen, wobei die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB gilt.

Wichtig ist diese vertragliche Haftung insbesondere 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 Anmeldungen unter denselben Kontaktdaten vorzunehmen[1247].

Allerdings sind diese Fälle durch das Vorliegen einer bereits bestehenden vertraglichen Bindung gekennzeichnet gewesen. Im Falle etwa des Börsendienstes bestand ein abonnementähnlicher Dauervertrag zwischen Herausgeber und Kunden, der auch durch Beratungselemente geprägt war[1248]. 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, 311 Abs. 2BGB 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 § 1307 Abs. 2 Nr. 2 BGB (früher: § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG) abgeleitet, dass auch für mittlere und leichte Fahrlässigkeit des Lieferanten die Haftung nicht ausgeschlossen werden dürfe, sofern es um die Verletzung vertragswesentlicher Kardinalpflichten gehe[1249]. Unwirksam sind daher folgende Vertragsbestimmungen[1250]:

[1246] BGH, NJW 1989, 1029; NJW 1986, 181.
[1247] OLG Brandenburg, Urteil vom 16.11.2005, MMR 2006, 107 m. Anm. Spindler.
[1248] Siehe dazu auch Hopt, Festschrift für Fischer 1979, 237; Köndgen, JZ 1978, 389.
[1249] Siehe dazu BGH, DB 1996, 1276.

- „Jede Haftung für Mängel wird ausgeschlossen."[1251]
- „Für fahrlässiges Verhalten des Verkäufers wird nicht gehaftet."[1252]
- „Wir haften nicht für Mangelfolgeschäden, Datenverlust und entgangenen Gewinn".[1253]
- „Wir haften für Schäden (...) bis zur Höhe von ... €."[1254]
- „Wir schließen jegliche Haftung, soweit gesetzlich zulässig, aus."[1255]
- „Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus."[1256]

Zulässig bleibt nur eine Klausel wie folgt:

„Wir schließen unsere Haftung für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus, sofern diese keine vertragswesentlichen Pflichten betreffen, Leben, Gesundheit oder Körper betroffen oder Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz berührt sind. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen."

Fraglich ist allerdings, ob es wirklich noch sinnvoll und mit dem AGB-rechtlichen Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 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.

[1250] Vgl. hierzu auch Schneider, a.a.O., Rdnr. O 167, der zu Recht konstatiert, dass die "Haftungsklauseln der Provider eher noch ´Entwicklungsland´ als die der Software-Anbieter" seien.

[1251] 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...".

[1252] OLG Köln, DAR 1982, 403.

[1253] LG Bayreuth, DB 1982, 1400; Erman/Hefermehl, § 11 Rdnr. 6.

[1254] 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.

[1255] Ein solcher Rettungsanker ist nicht erlaubt; er gilt als unzulässige salvatorische Klausel. Siehe BGH, NJW 1987, 1815; NJW 1985, 623, 627; OLG Stuttgart, NJW 1981, 1105.

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

- § 97 UrhG für Urheberechtsverletzungen
- §§ 14, 15 MarkenG für Domainfragen
- § 7 BDSG für Datenschutzverstöße oder
- § 3 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 Rechtsprechung zur Haftung des Verlegers bei Printmedien herangezogen werden. So hat der BGH eine Haftung des Herausgebers von Informationsdiensten bejaht, soweit dieser infolge grober Außerachtlassung der Sorgfaltspflicht falsche Anlageempfehlungen verbreitet und dem Kunden dadurch Schaden entsteht[1257]. Allerdings ist dieser Fall dadurch gekennzeichnet, dass ein abonnementähnlicher Dauervertrag zwischen Herausgeber und Kunden bestand, der auch durch Beratungselemente geprägt war[1258]. Von daher kann auch 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

[1256] BGHZ 49, 363.
[1257] BGH, NJW 1978, 997.
[1258] Siehe dazu auch Hopt, Festschrift für Fischer 1979, 237; Köndgen, JZ 1978, 389.

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 aktualisieren. Er muss also nicht prüfen, ob die streitgegenständliche Seite noch über längere Zeit bei Suchmaschinenbetreibern vorhanden ist.[1259] Er muss aber Rechnung tragen, dass die Homepage tatsächlich geändert wird; die bloße Entfernung des Links reicht nicht.[1260]

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.[1261] Gleichwohl wurde teilweise durch komplizierte Konstruktionen (Verantwortlichkeit nach § 5 Abs. 4 TDG a.F. und den allgemeinen Strafgesetzen bei Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten[1262], Mittäterschaft mit dem eigentlichen Host-Provider[1263]) 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[1264].
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 S. 2 TDG a.F.).
Hier greifen nun seit Januar 2002 Art. 12 der E-Commerce-Richtlinie sowie §§ 9 und 10 TDG n.F. ein. Hiernach ist der Diensteanbieter für die Durchleitung von Informationen von der Verantwortlichkeit freigestellt (§ 9 TDG n.F.). Eine Durchleitung liegt aber nur vor, wenn es

[1259] OLG Hamburg, Beschluss vom 9. September 2002, CR 2003, 66 mit Anm. Dieselhorst. Anders aber LG Frankfurt, Urteil vom 3. Dezember 1999, CR 2000, 462; LG Mannheim, Urteil vom 1. August 1997, CR 1998, 306 – Arwis mit Anm. Hackbarth.
[1260] LG Hamburg, Beschluss vom 28. März 2003, MMR 2004, 195.
[1261] So ausdrücklich der BGH für Netzbetreiber und deren Verantwortlichkeit bei Telefonsexentgelten Urteil vom 22. November 2001, MDR 2002, 264 = MMR 2002, 91 mit Anm. Müller.
[1262] Einstellungsverfügung des Generalbundesanwalts, MMR 1998, 93 (DFN-Verein) mit abl. Anm. Hoeren.
[1263] AG München, NJW 1998, 2836 (CompuServe) = MMR 1998, 429 mit abl. Anm. Sieber.
[1264] LG München, MMR 2000, 171.

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 (§ 10 TDG n.F.). Besonders problematisch ist der Hinweis in § 8 Abs. 2 S. 2 TDG n.F., wonach Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung nach den allgemeinen Gesetzen unberührt bleiben. Durch diesen im Widerspruch zur Richtlinie integrierten Hinweis wird über die 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 „immpossibilium nemo obligatur“. Wenn ein Access-Provider nicht sperren kann, kann man dies auch nicht von ihm verlangen. Versuche, etwa der Bezirksregierung Düsseldorf[1265], 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. So sieht der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung von Rechten des geistigen Eigentums

[1265] 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, Beschluss vom 19. März 2003, MMR 2003, 348 mit Anm. Spindler/Volkmann; VG Köln, MMR 2003, 205 mit Anm. Stadler und Urteil vom 31. März 2005 – 6 K 7151/02.

vom 3. Januar 2006 in § 101 Abs. 2 UrhG-E einen solchen Auskunftsanspruch gegen den Provider vor. Versuche, eine Auskunftspflicht aus § 101a UrhG herzuleiten, waren zuvor gescheitert.[1266]

3. Der Host-Provider

Schwieriger ist die Rechtslage bei fremden Inhalten, die Provider zur Nutzung bereithalten (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 neuen TDG formuliert.

Nach § 11 TDG n.F. 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 sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben. Entscheidend ist das Vorliegen von „Kenntnis", das als anspruchsbegründend zu verstehen ist. Der Anspruchsteller trägt damit die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Kenntnis.[1267] Damit soll die Haftung der Service-Provider auf Vorsatzstraftaten und -delikte beschränkt werden.

In Bezug auf Schadensersatzansprüche setzt die Verantwortlichkeit voraus, dass der in Anspruch Genommene die Rechtswidrigkeit kennt oder dass diese offenkundig ist. Rechtsverletzungen rund um Werbung und Allgemeine Geschäftsbedingungen sollen nach Auffassung des österreichischen OGH[1268] bei weitem das übersteigen, was für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig als rechtswidrig erkennnbar ist. Host-Provider können daher mit wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen nur dann

[1266] 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.
[1267] BGH, Urteil vom 23. September 2003, MMR 2004, 166 zu § 5 Abs. 2 TDG a.F. gegen Spindler, NJW 1997, 3193, 3198 = NJW 2002, 921, 925.
[1268] OGH, Urteil vom 6.7.2004, 4 Ob 66/04s – megasex.at.

in Anspruch genommen werden, wenn Rechtsverletzungen durch ihre Kunden für juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind.

Hiermit 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 TDG 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[1269]. 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.

§ 11 TDG 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 davon 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.[1270]

Wichtig ist eine klare Abgrenzung eigener und fremder Inhalte auf der Homepage: „Sie verlassen jetzt unser Internetangebot. Für den Inhalt der folgenden Seiter ist der jeweilige Anbieter verantwortlich. Wir übernehmen insoweit keine Haftung."

[1269] LG München I, Urteil vom 30. März 2000, MMR 2000, 434.

[1270] Falsch ist m.E. die Aufassung 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.

4. Haftung für Links

Literatur:
Stefan Engels/Oliver Köster, Haftung für „werbende Links" in Online Angeboten, in: MMR 1999, 522; Stefan Ernst, Suchmaschinenmarketing (Keyword-Advertising, Doorwaypages u.ä.) im Wettbewerbs- und Markenrecht, in: WRP 2004, 278 ff.; ders., Rechtliche Probleme des Suchmaschinen-Marketings, ITRB 2005, 91; ders., AdWord-Werbung in Internet-Suchmaschinen als kennzeichen- und wettbewerbsrechtliches Problem, MarkenR 2006, 57; Erik M. Feig/J.T. Westermeier, Keyword Advertising: Why All the Fuss?, in: CRi 2005, 48; Norbert Flechsig/Detlef Gabel, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, in: CR 1998, 351; Detlev Gabel, Die Haftung für Hyperlinks im Lichte des neuen UWG, in: WRP 2005, 1102; Clemens Grünzweig, Haftung für Links im Internet nach Wettbewerbsrecht, in: RdW 19-2001, (9), 521; Christian Handig, Das Zurverfügungstellungsrecht und die Hyperlinks, in: ecolex 2004, 38; Oliver Köster/Uwe Jürgens, Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnislisten, K&R 2006, 108.; Bradley L. Joslove/Andréi V. Krylov, Dangerous Liaisons, Liability in the European Union for hypertext linking and search engine services, CRi 2005, 33; Alexander Koch, Zur Einordnung von Internet-Suchmaschinen nach dem EGG, in: K&R 2002, 120; ders., Perspektiven für die Link- und Suchmaschinenhaftung, in: CR 2004, 213; Gercke, „Virtuelles" Bereithalten i.S.d. § 5 TDG – Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit bei Einrichtung eines Hyperlinks, in: ZUM 2001, 34; Andreas Müglich, Auswirkungen des EGG auf die haftungsrechtliche Behandlung von Hyperlinks, CR 2002, 583; Stephan Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, Dissertation (2004),www.linksandlaw.com/Urheber-undwettbewerbsrechtlicheProblemevonLinking undFraming.pdf; ders., Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195; Gunda Plaß, Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, in: WRP 2000, 599; Michael Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, Diss. (2005), Leseprobe abrufbar unter http://snipurl.com/m3ea; ders., Suchmaschinen sind auch nicht mehr das, was sie einmal waren, in: WRP 2005, 826; ders., Zur Haftung von Internet-Suchmaschinen, in: AfP 2005, 324; Wolfgang Schulz/Thorsten Held/Arne Laudien, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation (2005); Gerald Spindler, Verantwortlichkeit und Haftung für Hyperlinks im neuen Recht, in: MMR 2002, 495; ders., Die Verantwortlichkeit der Provider für „Sich-zu-Eigen-gemachte" Inhalte und für beaufsichtigte Nutzer, in: MMR 2004, 440; Johannes Ulbricht/Holger Meuss, Juristische Aspekte von Extended Links und Smart Tags, CR 2002, 162; Irini E. Vassilaki, Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Einrichten und Aufrechterhalten von elektronischen Verweisen (Hyperlinks), CR 1999, 85; Wolfgang Zankl, Haftung für Hyperlinks im Internet, in: ecolex 2001, 354.

a) Überblick

Die haftungsrechtliche Einordnung von **Hyperlinks**[1271] fällt schon allein deshalb schwer, da sich diese elektronischen Verweise weder einer der drei zuvor beschriebenen Gruppen des TDG zuordnen lassen noch in der E-Commerce-Richtlinie hierzu Regelungen vorgesehen sind. Diese (bewusste) Regelungslücke liegt darin begründet, dass sich das TDG wie auch die

[1271] Vgl. z.B. schon früh LG Hamburg, Urteil vom 12. Mai 1998, CR 1998, 565 = NJW-CoR 1998, 302; AG Berlin-Tiergarten, Urteil vom 30. Juni 1997, CR 1998, 111 mit Anm. Vassilaki.

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. Zudem ist zu beachten, 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**[1272] 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 Einspeisung der rechtswidrigen Ausgabe Kenntnis erlangt habe. Die bloße Weiterexistenz des Links könne eine Strafbarkeit jedenfalls dann nicht begründen, wenn nicht positiv festgestellt werden könne, dass die Angeklagte den Link bewusst und gewollt in Kenntnis des Inhalts und der Existenz der Ausgabe weiter aufrechterhielt. Unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz könne an das Unterlassen einer regelmäßigen Überprüfung des eigenen Links allenfalls der Fahrlässigkeitsvorwurf erhoben werden, der hier allerdings nicht relevant sei. Das (kurze) Urteil des Amtsgerichts verweist auf die entscheidende Frage, welchen Aussagegehalt der Link haben kann. Solidarisiert sich jemand mit dem rechtswidrigen Inhalt eines anderen durch das Setzen eines Links, ist er so zu behandeln, als sei er ein Content-Provider.[1273]

Folglich greift in diesem Fall für das Setzen eines Hyperlinks keine Privilegierung, sondern es gilt der Grundgedanke des § 8 Abs. 1 TDG, mithin besteht eine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen: der Link-Setzer haftet für die gelinkten Inhalte so, als wären es seine eigenen.

[1272] AG Berlin, Urteil vom 30. Juni 1997, CR 1998, 111.

[1273] Siehe dazu etwa den Fall des OLG München, Urteil vom 6. Juli 2001, 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.

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 § 9 TDG 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 das Amtsgericht Berlin-Tiergarten – 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[1274] 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 auslösen.[1275] Für sog. „Downloadlinks" wird dagegen eine Haftung bejaht.[1276] 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.[1277] Auch wird teilweise eine Internetverkehrssicherungspflicht dahingehend bejaht, dass der Verwender eines Links auch für das Risiko hafte, dass die Verweisungsseite nachträglich geändert wird.[1278]

b) Rechtslage nach dem Teledienstegesetz von 1997

Zur Einordnung von Hyperlinks in die Haftungskategorien des alten Teledienstegesetzes von 1997 (§ 5 TDG a.F.) wurden in Literatur und Rechtsprechung alle denkbaren Auffassungen vertreten.[1279] Die Diskussion um die Haftung für via Hyperlink vermittelte Informationen

[1274] Urteil vom 12. Mai 1998, CR 1998, 565.
[1275] OLG Schleswig, Urteil vom 19. Dezember 2000, K&R 2001, 220.
[1276] LG Braunschweig, Urteil vom 6. September 2000, CR 2001, 47.
[1277] OLG München, Urteil vom 15. März 2002, MMR 2002, 625.
[1278] So das OLG München, Urteil vom 15. März 2002, MMR 2002, 625; ausführlich zu dieser Entscheidung *Dippelhofer*, JurPC Web-Dok. 304/2002, www.jurpc.de/aufsatz/20020304.htm.
[1279] Einen nach Verfassern geordneten Überblick über die Literaturansichten gibt *Rötlich*, Die zivilrechtliche Haftung des Internet-Providers, S. 247 ff.

ging dabei vor allem um die Frage, welche Haftungsalternative des § 5 TDG a.F. für den durch einen Link ermöglichten Informationsabruf anwendbar sein könnte. Teilweise wurden Inhalte, auf die via Hyperlink verwiesen wird, sowohl als eigene Inhalte i.S.v. § 5 Abs. 1 TDG a.F., als lediglich zum Abruf bereitgehaltene fremde Inhalte nach § 5 Abs. 2 TDG a.F., oder aber auch als fremde und damit nur zugangsvermittelte Inhalte gemäß § 5 Abs. 3 TDG a.F. qualifiziert. Sofern man überhaupt in dem Gestrüpp der unterschiedlichen Meinungen eine überwiegende Ansicht ausmachen kann, tendierte die überwiegende Ansicht während der Geltung des TDG a.F. wohl dazu, auf das manuelle Setzen von Hyperlinks grundsätzlich § 5 Abs. 2 TDG a.F. und auf den Betrieb von Suchmaschinen die Regelung des § 5 Abs. 3 TDG a.F. zur Anwendung kommen zu lassen.[1280] Diese differenzierte Betrachtung entsprach der herrschenden Meinung zum alten TDG[1281].

c) Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung für manuell gesetzte Hyperlinks[1282]

Das OLG Hamburg[1283] hat zutreffend die Auffassung vertreten, dass die Schaltung eines Werbebanners nicht unter das TDG 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[1284] 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.

[1280] Siehe hierzu etwa Rath, Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 267 ff.
[1281] S. etwa Engel/Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, 2981, 2985; Pichler, MMR 1998, 79, 87; Spindler, MMR 1998, 3193, 3198.
[1282] Siehe dazu auch unter www.linksandlaw.de.
[1283] OLG Hamburg, Urteil vom 5. Juni 2002, CR 2003, 56.
[1284] BGH, Urteil vom 01. April 2004, MDR 2004, 1432 = CR 2004, 613 mit Anm. Dietlein = GRUR 2004, 693 – Schöner Wetten. Ähnlich LG Deggendorf, Urteil vom 12. Oktober 2004, CR 2005, 130.

Das Urteil ist allerdings – wie das fälschlicherweise als Suchmaschinen-Entscheidung bekannt gewordene „Paperboy"–Urteil des BGH[1285] – 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[1286] 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[1287] 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.[1288]

Das LG Stuttgart[1289] hat entschieden, dass das Setzen von Links auf ausländische, in Deutschland strafbare Webseiten mit rechtsradikalem Gedankengut nicht strafbar ist.

[1285] BGH, Urteil vom 17. Juli 2003, NJW 2003, 3406.
[1286] OLG Hamburg, Urteil vom 14. Juli 2004, abrufbar unter ww.aufrecht.de/3448.html.
[1287] Urteil vom 14. Juni 2005 – 16 0 229/05, abrufbar unter www.aufrecht.de/4306.html.
[1288] VG Berlin, Beschluss vom 1. November 2004, MMR 2005, 63.
[1289] Urteil vom 15. Juni 2005 – 38 Ns 2 Js – 21471/02; Infos dazu sind zu finden unter http://www.afs-rechtsanwaelte.de.

Voraussetzung sei jedoch, dass sich der Linkssetzende von den dortigen Inhalten distanziere und die Verlinkung Teil einer Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens ist.
Das LG München[1290] und das OLG München[1291] haben inzwischen 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 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 werde. 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 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.[1292]

d) Suchmaschinen

Wie eingangs schon angemerkt, gibt es im TDG auch für Suchmaschinen keine einschlägigen Vorschriften. Die Haftungsprivilegierungen der §§ 9-11 TDG sind vielmehr – mangels planwidriger Regelungslücke auch nicht analog[1293] – auf den Betrieb einer Suchmaschine nicht anwendbar: Der bei Suchdiensten automatisch generierte Link auf Trefferlisten selbst lässt sich nicht unter § 8 Abs. 1 TDG subsumieren, da es bei diesem technischen Verweis an

[1290] LG München I, Urteil vom 7. März 2005 – 21 0 3220/05, CR 2005, 460 mit Anm. Lejeune = MMR 2005, 385 mit Anm. Hoeren.
[1291] OLG München, Urteil vom 28. Juli 2005, abrufbar unter www.affiliateundrecht.de/olg-muenchen-29-U-2887-05-haftung-fuer-links.html.
[1292] LG Hamburg, Urteil vom 16. September 2004, CR 2005, 534.
[1293] Vgl. hierzu ausführlich Rath, Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 275 ff.

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 § 8 Abs. 1 TDG nicht anwendbar, es sei denn, die von Navigationshilfen erstellten Snippets könnten dieser haftungsrechtlich zugerechnet werden.[1294] Eine Anwendung von § 9 Abs. 1 TDG 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 Leistung ist zudem nicht vergleichbar mit der in § 9 TDG privilegierten technischen Zugangsvermittlung zu einem Kommunikationsnetz durch einen Access Provider. Denkbar wäre daher allenfalls ein Rückgriff auf die Wertungen des § 10 TDG. 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, denn aufgrund der von Suchmaschinen vorgenommenen Webseitenanalyse und der dateninvertierten Speicherung dieser Inhalte in dem Datenbank-Index der Navigationshilfe erfolgt gerade keine von § 10 TDG unterstellte identische Übernahme des gesamten aufgefundenen Webinhaltes.[1295]

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 §§ 8-11 TDG zu entnehmen – nicht zugemutet werden, ständig eine Überprüfung der von ihnen automatisch erfassten und indexierten Webangebote vorzunehmen.

Eine vollständige Haftungsbefreiung des Suchmaschinenbetreibers für die von ihm zur Verfügung gestellten Trefferlisten kommt umgekehrt auch nur dann in Betracht, sofern dieser nach Kenntniserlangung von dem Verweis auf rechtswidrige Informationen auf der fremden

[1294] Vgl. hierzu etwa Koch, CR 2004, 213, 215; ders. K&R 2002, 120, 122.
[1295] Vgl. zur Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnislisten etwa Köster/Jürgens, K&R 2006, 108 ff.; Rath, Recht der Internet-Suchmaschinen, 308.

Webseite unverzüglich tätig geworden ist, um die rechtswidrige Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren. Wegen der enormen Datenmassen, die von Suchdiensten verwaltet werden, ist jedoch nur nur dann eine ausreichende Kenntnis und damit eine Haftung zu bejahen, wenn der betreffende Verstoß für den Anbieter der Navigationshilfe ohne weitere Nachforschungen zweifelsfrei und unschwer zu erkennen ist. Von einer solchen Erkennbarkeit ist etwa auszugehen, wenn entweder ein rechtskräftiger Titel vorliegt oder aber die Rechtsverletzung auf andere Art und Weise derart eindeutig ist, dass sie sich aufdrängen muss.[1296]

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[1297] kann der Suchmaschinen-Anbieter daher ggfls. 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[1298] bei der Verwendung von Bildern als Thumbnails in einer Suchmaschine eine urheberrechtliche Haftung abgelehnt, da §§ 8, 9 und 10 TDG als spezielle Vorschriften die ansonsten bestehende urheberrechtliche Verantwortlichkeit der Beklagten ausschließen würden. Nach Ansicht der Richter besteht durch § 8 Abs. 2 S. 1 TDG eine Haftungsprivilegierung, da hinsichtlich der Übermittlung von Bildern die Vorschrift des § 9 TDG und hinsichtlich der Speicherung die Vorschrift des § 10 TDG einschlägig ist.

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.[1299] Das Kammergericht[1300] 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.

[1296] Vgl. hierzu auch Rath, Recht der Internet-Suchmaschinen, 367 ff.

[1297] S. hierzu etwa Ernst, WRP 2004, 278; ders., ITRB 2005, 91; ders., MarkenR 2006, 57.

[1298] Urteil vom 18. Februar 2005 (42 C 767/04), http://www.jurpc.de/rechtspr/20050074.pdf. Ähnlich AG Charlottenburg, Urteil vom 25.02.2005 (234 C 264/04), abrufbar unter www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Charlottenburg-20050225.html.

[1299] LG Berlin, Urteil vom 22. Februar 2005, CR 2005, 530 = MMR 2005, 324.

Im Markenrecht wird von der Rechtsprechung (so etwa LG Düsseldorf[1301], LG Hamburg[1302] und LG Braunschweig[1303]) teilweise eine markenrechtliche Verantwortung nach § 14 Abs. 2 MarkenG bejaht, so insbesondere bei sog. „Adword"-Werbeanzeigen für Dritte. Nur bei ausreichender Kennzeichnung als Werbeanzeige soll nach Ansicht des LG Hamburg[1304] 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[1305] im einstweiligen Rechtsschutz bei der Schaltung von Paid Listings eine Haftung des Suchmaschinen-Anbieters bejaht, während das LG München[1306] in einem fast identischen Fall die Haftung des Suchdienst-Anbieters mit Hinweis auf die Unzumutbarkeit einer Prüfungspflicht abgelehnt hat.

Zur rechtlichen Einordnung von sog. Metatags ist derzeit eine Revision beim BGH mit dem Az. I ZR 183/03 anhängig, auch wenn die Manipulationsform Meta-Tagging in der Praxis der Navigationshilfen keine besondere Rolle mehr spielt, da Suchdienste inzwischen zunehmend auf objektive Rankingfaktoren wie etwa die Verlinkung zurückgreifen und den einfach zu manipulierenden Metatags bei der Indexierung der Webseiten durch Robots kaum mehr Beachtung schenken.

5. Haftung für sonstige Intermediäre

Literatur:
Berger/Janal, Suchet und ihr werdet finden? Eine Untersuchung zur Störerhaftung von Onlineauktionshäusern, in: CR 2004, 917; Flechsig, Subdomain: Sicher versteckt und unerreichbar?, in: MMR 2002, 347; Rainer Jacobs, Markenrechtsverletzungen durch Internetauktionen, in: Festschrift für Willi Erdmann, Köln 2003, 327; Koch, Zur Einordnung von Internet-Suchmaschinen nach dem EGG, in: K&R 2002, 120; ders., Persoektiven für die Link- und Suchmaschinenhaftung, in: CR 2004, 213; Köster/Jürgens, Haftung professioneller Informationsvermittler im Internet, in: MMR 2002, 420; Cornelis Lehment, Zur Störerhaftung von Online-Auktionshäusern, in: WRP 2003, 1058; Leible/Sosnitza, Neues zur Störerhaftung von Internet-Auktionshäusern, in: NJW 2004, 3225; Meyer, Haftung der Internet-Auktionshäuser für Bewertungsportale, in: NJW 2004, 3151; Schultz, Die Haftung von Internetauktionshäusern für den Vertrieb von Arzneimitteln, in: WRP 2004, 1347; Thomas Stadler, Haftung des Admin-c und des Tech-c, in: CR 2004, 521; Tobias Strömer, Haftung des Zonenverwalters (zone-c), in: K&R 2004, 460; Volkmann, Haftung des

[1300] KG Berlin, Urteil vom 10. Februar 2006 (9 U 55/05).
[1301] LG Düsseldorf, Urteil vom 30. März 2005 (2a O 10/05), abrufbar unter www.aufrecht.de/3939.html.
[1302] LG Hamburg, Urteil vom 21. September 2004 (312 O 324/04), MMR 2005, 631.
[1303] LG Braunschweig, Beschluss vom 28. Dezember 2005 (9 O 2852/05), K&R 2006, 143.
[1304] LG Hamburg, Urteil vom 21. Dezember 2004 (312 O 950/04), MMR 2005, 629.
[1305] LG Hamburg, Beschluss vom 14. November 2003 (312 O 887/03), www.jurawelt.de/aktuelles/nationales/8839.
[1306] LG München I, Beschluss vom 2. Dezember 2003 (33 O 21461/03), MMR 2004, 261 f.

Internetauktionsveranstalters für markenrechtsverletzende Inhalte Dritter, in: K&R 2004, 231; Wüstenberg, Die Haftung der Internetauktionatoren auf Unterlassung wegen Markenrechtsverletzungen im Internet, in: WRP 2002, 497, ders., Die Haftung der Veranstalter von Teleshopping-Programmen wegen Patentrechtsverletzungen durch Verkauf, in: GRUR 2002, 649.

Die Rechtsprechung denkt auch über eine Haftung sonstiger Intermediäre nach. Nicht in Betracht kommen soll eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers, etwa für markenrechtliche Unterlassungsansprüche.[1307] Denn dieser stelle nur Einträge in ein Verzeichnis ein und unterliege daher keiner Prüfungspflicht, es sei denn, eine Rechtsverletzung ist offenkundig. Haften soll der Portalbetreiber, wenn er Anzeigen durchgesehen hat und übersieht, dass diese persönlichkeitsrechtsverletzend sind.[1308]

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.[1309] Streitig ist allerdings, ob sich der Betreiber des Online-Auktionshauses die Angaben in den Angeboten Dritter als eigene Inhalte zurechnen lassen muss.[1310] Derzeit laufen vor verschiedenen Gerichten Verfahren, in denen das Unternehmen Rolex Auktionshäuser wie eBay und Ricardo wegen des Vertriebs markenrechtsverletzender 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.[1311] Diese Entscheidung ist zwar vom OLG Köln aufgehoben worden.[1312] 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.[1313]Der BGH hat betont, dass die Regelungen des TDG, die für Dienste ein Haftungsprivileg vorsehen, bei denen der Betreiber Dritten die

[1307] LG München, Urteil vom 20. September 2000, MMR 2001, 56.
[1308] LG Köln, Urteil vom 26. November 2003, MMR 2004 mit Anm. Christiansen.
[1309] LG Berlin, Urteil vom 9. November 2001, CR 2002, 371 mit Anm. Leible/Sosnitza.
[1310] LG Köln, Urteil vom 31. Oktober 2000, CR 2001, 417.
[1311] Ähnlich auch LG Hamburg, Urteil vom 14. Juni 2002, CR 2002, 919.
[1312] OLG Köln, Urteil vom 2. November 2001, MMR 2002, 110 mit Anm. Hoeren = CR 2002, 50 mit Anm. Wiebe = K&R 2002, 93 mit Anm. Spindler 83. Ähnlich auch LG Düsseldorf, Urteil vom 29. Oktober 2002, MMR 2003, 120 = TKMR 2003, 38 mit Anm. Leupold.
[1313] Urteil vom 11.3.2004 – I ZR 304/01.

Speicherung fremder Inhalte erlaubt („Hosting“), für den Schadensersatzanspruch, nicht aber für den Unterlassungsanspruch gelten. Damit komme eine Haftung der Beklagten als Störerin in Betracht. Dieser Anspruch setze Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus[1314] und eine zumutbare Kontrollmöglichkeit für den Betreiber, die Markenverletzung zu unterbinden. Ihr 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. 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.[1315] Das Auktionshaus müsse, wenn ihm ein Fall einer Markenverletzung bekannt wird, nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen ergreifen, um Vorsorge dafür zu treffen, dass es nicht zu weiteren entsprechenden Markenverletzungen kommt.[1316]

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[1317]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 haftet der sog. **Admin-c**, der vom Domaininhaber zu benennende administrative Kontakt, nicht für Kennzeichenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit einer Domain.[1318] Der admin-c sei zwar Ansprechpartner der DeNIC. Rechtlich verantwortlich für Kennzeichenrechtsverletzungen sei jedoch der Domaininhaber.

[1314] Vgl. zu der Frage, ob ein Angebot imAuktionsbereich im geschäftlichen Verkehr erfolgt, siehe OLG Frankfurt, Urteil vom 7. April 2005, MMr 2005, 458.
[1315] Urteil vom 11.3.2004 – I ZR 304/01.
[1316] So jetzt auch LG Hamburg, Urteil vom 4. Januar 2005, MMR 2005, 326 mit Anm. Rachlock.
[1317] Urteil vom 13. Juli 2005 – 6 W 20/05. Ähnlich LG Bonn, Urteil vom 7. Dezember 2004, CR 2005, 602 für UWG-Verstösse.

Diese Argumentation steht im Widerspruch zur Auffassung des OLG München, wonach die unmittelbare Einflussmöglichkeit des Admin-C auf den Domainnamen dessen Störerhaftung begründe.[1319] 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. Der BGH[1320] 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.[1321]

Es haften die Parteien für die **Versendung politischer E-Cards** über ihre Server.[1322] Selbst wenn die Partei die E-Mails selbst versandt habe, sei diese als 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.

Eine besonders scharfe Haftung kann den **Betreiber eines Internet-Gästebuchs** treffen.[1323] 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 § 8 Abs. 1 TDG gleichgestellt. Eine Haftung für Spams

---

[1318] OLG Koblenz, Urteil vom 25. Januar 2002, CR 2002, 280 = MMR 2002, 466 mit Anm. Ernst – Vallendar.
[1319] OLG München, Urteil vom 20. Januar 2000, MMR 2000, 577. Ähnlich jetzt auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 1.9.2003 – 2 W 27/03; LG München I, Urteil vom 10. Februar 2005, CR 2005, 532.; AB Bonn, Urteil vom 24. August 2004, MMR 2004, 826 (für den Bereich des UWG).
[1320] BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004- I ZR 69/02, CR 2005, 510 = MMr 2005, 374 Literaturhaus – http://www.jurpc.de/rechtspr/20050047.htm.
[1321] OLG Hamburg, Urteil vom 9. September 2004, MMR 2005, 322.
[1322] LG München I, Urteil vom 15. April 2003 (33 O 5791/03).

übernimmt der Vermieter von Sub-Domains; wer Subdomains an Erotik-Anbieter vermietet, haftet für Spam-Mails, die die Erotik-Anbieter versenden.[1324] Das LG Köln bejahte eine Haftung eines Portalbetreibers für offensichtlich rechtswidrige Kleinanzeigen.[1325]

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.[1326] 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.[1327] Ohnehin treffen auch den Forenbetreiber gesteigerte Haftungspflichten. So ist er nach Auffassung des LG Hamburg[1328] 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.

Nach Auffassung des LG Hamburg haftet Google nicht für **Ad-Words** (Werbebanner Dritter) wegen einer eventuellen Verletzung von Markenrechten.[1329] Ein Händler ist für die von seinem **Affiliate** begangenen Markenverletzungen als Mitstörer mitverantwortlich. 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.[1330]

III. Der Mediendienstestaatsvertrag

Unterschiede bei den Haftungstatbeständen finden sich im Mediendienstestaatsvertrag. Zwar haben die Bundesländer versucht, das TDG weitestgehend zu kopieren. Jedoch konnten sie

---

[1323] LG Düsseldorf, Urteil vom 14. August 2002, MMR 2003, 61.
[1324] Amtsgericht Leipzig, Urteil vom 27. Februar 2003 – 02 C 8566/02.
[1325] Urteil vom 26. November 2003 – 28 O 706/02.
[1326] OLG München, Beschluss vom 11. November 2002, K&R 2003, 145.
[1327] AG Winsen/Luhe, Urteil vom 6. Juni 2005 – 23 C 155/05; http://www.netlaw.de/urteile/agwin_01.htm.
[1328] 324 O 721/05.
[1329] LG Hamburg, Urteil vom 21. September 2004, CR 2004, 938.

auf eine zusätzliche Sperrbefugnis zu Gunsten der Landesbehörden nicht verzichten (§ 5 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 18 Abs. 3 MDStV). Weitaus größere Schwierigkeiten macht die Bestimmung der Reichweite von § 5 Mediendienstestaatsvertrag – gerade vor dem Hintergrund der von den Ländern so viel beschworenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Gesetzgebungszuständigkeit von Bund und Ländern. Die Abgrenzung von Bund- und Länderkompetenzen auf dem Gebiet der Online-Dienste ist ein schwieriges Thema, das während der Vorbereitungen für das IuKDG zu einer Reihe kontroverser Diskussionen geführt hat. Aufgrund eines im Juni 1996 verabschiedeten Kompromisspapiers beanspruchen die Länder die Regelungsbefugnis für Mediendienste für sich. Hierzu zählen nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 MDStV auch die Abrufdienste, bei denen Text-, Ton- oder Bilddarbietungen auf Anforderung aus elektronischen Speichern zur Nutzung übermittelt werden, mit Ausnahme von solchen Diensten, bei denen der individuelle Leistungsaustausch oder die reine Übermittlung von Daten im Vordergrund steht. Diese Definition fügt sich nicht harmonisch in die Definition der Teledienste im TDG (siehe § 2 Abs. 1 TDG) ein. Auf diese Problematik soll hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Wichtiger ist die Tatsache, dass nach der Definition des Mediendienstestaatsvertrages eine Reihe von Online-Diensten als Mediendienste zu qualifizieren ist und unter den Staatsvertrag fallen. Dies gilt zum Beispiel für elektronische Forschungsjournale, zahlreiche Newsgroups und inhaltlich orientierte Homepages.

Die Länder haben nun zwar im Staatsvertrag die Haftungsregelungen des Bundes übernommen. Sie besitzen jedoch keine Regelungskompetenz für Fragen des Straf- und Zivilrechts (siehe Art. 74 Nr. 1 GG). Die Haftungsbestimmungen im Mediendienstestaatsvertrag können sich daher von vornherein nicht auf das Gebiet des Straf- und Zivilrechts beziehen[1331]. Statt dessen sanktionieren sie nur Verstöße gegen den Staatsvertrag selbst. Theoretisch wäre zwar eine analoge Anwendung von § 5 TDG denkbar. Allerdings verbietet das TDG eine solche Analogie ausdrücklich in § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG. Hiernach soll das Gesetz nicht auf Mediendienste zur Anwendung kommen.

Folglich kommt im Bereich des Mediendienstestaatsvertrages eine Anwendung der klassischen Regelungen des Zivil- und Strafrechts in Betracht. Da diese – wie bereits ausgeführt – eine Prüfungspflicht bei offenkundigen Verdachtsmomenten vorsehen, weichen die Haftungsbestimmungen von Mediendienstestaatsvertrag und TDG entscheidend

---

[1330] LG Köln, Urteil vom 6. Oktober 2005 – 31 O 8/05; ähnlich LG Berlin, Urt. v. 16. August 2005 – 15 O 321/05; anderer Ansicht LG Hamburg, Urt. v. 03. August 2005 – 315 O 296/05.

[1331] Streitig, wie hier: Pichler, MMR 1998, 79, 80 f.; Gounalakis, NJW 1997, 2993, 2995; a.A. Bettinger/Freytag CR 1998, 545, 547.

voneinander ab. Hier ist eine Klärung in der Praxis – insbesondere durch die Rechtsprechung – notwendig, um ein einheitliches Haftungssystem für alle Online-Dienste zu etablieren. Auch die Verabschiedung der E-Commerce-Richtlinie hat die Bundesländer nicht zum Einlenken bringen können; derzeit ist eine Novellierung des Staatsvertrages aufgrund der Richtlinie in Bearbeitung.

IV. Versicherbarkeit

Literatur:
Renate Kerpen/Mathias Schubert, IT-Gefahren – Schadensszenarien in der allgemeinen Haftpflichtversicherung, in: Gen Re 2004,Themen Nr. 12, 72; http://www.genre.com/sharedfile/pdf/10_D_Schubert_Kerpen_FG.pdf.

Das Haftungsrisiko führt zwangsläufig zu der Frage, inwieweit dieses Risiko versicherbar ist. Informationen darüber, ob und inwieweit einzelne Versicherungsunternehmen entsprechende Policen vereinbaren, waren nicht erhältlich. Es ist auch nicht bekannt, ob einzelne Unternehmen bereits Konzepte zur Absicherung solcher Risiken in Vorbereitung haben. Deshalb kann hier nur auf die Allgemeine Haftpflichtbedingungen (AHB)[1332] zurückgegriffen werden, um die Anwendbarkeit der allgemeinen Betriebshaftpflichtversicherung auf diesen Versicherungsfall hin zu analysieren.[1333] Grundsätzlich deckt die Haftpflichtversicherung deliktische Ansprüche, etwa aus § 823 Abs. 1 BGB, ab. Für vertragliche Schadensersatzansprüche, die ebenfalls mitversichert sind, wird jedoch eine Absicherung der Erfüllung von Verträgen ausgeschlossen (Ziff. 1.2. (1) AHB): Der Content-Provider trägt also regelmäßig das Risiko dafür, dass seine entgeltlich zum Abruf angebotenen Informationen richtig und rechtmäßig erlangt sind. Von der Versicherung ausgeschlossen sind ferner Haftpflichtansprüche, wenn sie aufgrund Vertrages oder besonderer Zusage über den Umfang gesetzlicher Haftungstatbestände hinausgehen (etwa bei zugesicherten Eigenschaften oder im Falle des oben erwähnten, zusätzlichen Beratungsvertrages).
Für das Internet ist vor allem auch der Haftungsausschluss in Ziff. 7.15 zentral.
Hiernach umfaßt die Haftpflichtversicherung regelmäßig nicht Haftpflichtansprüche
wegen Schäden aus dem Austausch, der Übermittlung und der Bereitstellung elektronischer Daten, soweit es sich handelt um

(1) Löschung, Unterdrückung, Unbrauchbarmachung oder Veränderung von Daten,

[1332] Zu beachten ist die neue Fassung der AHB vom Juni 2004; http://www.gdv.de/download/01-AHB-2004.doc.

(2) Nichterfassen oder fehlerhaftes Speichern von Daten,

(3) Störung des Zugangs zum elektronischen Datenaustausch,

(4) Übermittlung vertraulicher Daten oder Informationen.

Die Versicherung tritt schließlich auch nicht ein bei Schäden, die weder Personen- noch Sachschaden sind (Ziff. 1.1 AHB), also aus der (umstrittenen) Sicht der Versicherungswirtschaft etwa bei Datenausfall oder Betriebsstillstand. Diese Vermögensschäden dürften aber diejenigen sein, die typischerweise im Online-Bereich auftreten. Die Unrichtigkeit einer Information führt nur selten zu unmittelbaren Personen- oder Sachschäden. Eine Erweiterung des Versicherungsschutzes für Provider ist deshalb notwendig.[1334]. Diese Erweiterung sollte dann – ähnlich wie bei Softwarehaftpflichtversicherungen – die Haftung für internetbedingte Schäden und allgemein für Vermögensschäden einschließen.

[1333] Vgl. hierzu auch allgemein Schmidt-Salzer/Otto, Versicherungsrecht, in: Kilian/Heussen (Hg.), Computerrechtshandbuch, München Stand 1997, Kap. 112; Schulze Schwienhorst, CR 1995, 193.

[1334] In diesem Zusammenhang sei auf die heute übliche Mitversicherung der Verletzung des BDSG hingewiesen; siehe dazu Schmidt-Salzer/Otto, a.a.O., Kap. 112 Rdnr. 37 f.

§ 10 Der archimedische Punkt: Das Internationale Zivilverfahrensrecht

Literatur:
Oliver Arter/Florian Jörg/Urs Gnos, Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, in: AJP 2000, 277; Christian Berger, Die internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen in Internet-Websites aufgrund des Gerichsstandes der unerlaubten Handlung, GRUR Int. 2005, 465; Boele-Woelki/Kessedijan (Hg.), Internet – Which Court decides, Which law applies? Quel tribunel décide? Quel droit s'applique, DenHaag, Bosten 1998; Benedikt Buchner, E-Commerce und effektiver Rechtsschutz – oder: Wer folgt wem wohin?, in: RWS 2000, 147; Lothar Determann/Saralyn Ang-Olson, Recognition and Enforcement of Foreign Injunctions in the US, in: CRi 2002, 129; Rochelle C. Dreyfuss/Jane C. Ginsburg, Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes, in: CRi 2003, 33; Masato Dogandhi/Treoor C. Hartley, Preliminiary Draft Convention on Excklusive Choice of Court Agreements, Draft Report, Preliminiary document 26 of December 2004; Burkhard Heß „Aktuelle Perspektiven der europäischen Prozessrechtsangleichung" JZ 2001, 573; Thomas Hoeren/Henning Große Ruse, Immaterialgüter-, Wettbewerbs- und Verbraucherschutz- Kollisionsrecht sowie gerichtliche Zuständigkeit bei Internet-Sachverhalten, in: Michael Lehmann (Hg.), E-Business in Europa, Beck 2002; Peter Mankowski, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, in: RabelsZ 1999, 203; Marcus Rau, „Minimum contacts" und „Personal jurisdiction" über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace, in: RIW 2000, 761; Helmut Rüßmann, Internationalprozessrechtliche und internationalprivatrechtliche Probleme bei Vertragsabschlüssen im Internet unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzes, in: Tauss/Kolbeck/Mönikes (Hg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1996, 709; David Svantesson, Jurisdictional Issues in Cyberspace, in: CLSR 18 (2002), 191; Haimo Schack, Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet, MMR 2000, 59 (Teil 1), MMR 2000, 153; Matthias Terlau, Internationales Prozessrecht, in: Moritz/Dreier (Hg.), Rechtshandbuch E-Commerce, 2. Auflage Köln 2005, 762; Rolf Wagner, Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungstitel, in: IPRax 2002, 75; Nina Wernicke/Vera Hoppe, Die neue EuGVVO – Auswirkungen auf die internationale Zuständigkeit bei Internetverträgen, in: 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.[1335] Eine Homepage lässt sich von irgendeinem Server von irgendeinem Fleck dieser Welt aus zum Abruf anbieten, ohne dass mit 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

[1335] Vgl. hierzu Hoeren, WM 1996, 2006; Osthaus, AfP 2001, 13.

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.[1336] 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.[1337]

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 Fällen ein nationales Gericht zuständig ist (Internationale Gerichtszuständigkeit)[1338]. Ferner regelt es die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile im Inland. Anders als das Internationale Privatrecht[1339] 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

[1336] Tribunal de Grande Instance de Paris, Urteil vom 20. November 2000, K & R 2001, 63 m. Anm. Hartmann.
[1337] US District Court for the Northern District of California, Entscheidung vom 7. November 2001 – C-OO-21275 JF in Sachen Yahoo vom LICRA, MMR 2002, 26 mit Anm. Mankowski.
[1338] 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.
[1339] 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.

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.[1340]

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

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 Hanldung). Dies ist sowohl der Handlungsort – Standort des Servers[1341] – 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 weden, dass darauf abgestellt wird, ob eine Homepage am Gerichtsort bestimmungsgemäß abgerufen werden kann.[1342] 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

---

Es geht also immer um die Vorfrage, welches nationale Recht (unter Einschluss des IPR der fraglichen Rechtsordnung) im Einzelfall am besten angewandt werden kann.

[1340] Zwar schafft die EuGVO auf europäischer Ebene einen harmonisierten Rechtsrahmen und auf internationaler Ebene wurde nach langwierigen Verhandlungen das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen am 30.6.2005 verabschiedet; dieser regelt aber nur den Fall des Vorliegens einer Parteivereinbarung über die internationale geistliche Zuständigkeit.

[1341] Streitig; andere stellen (auch) auf den Wohnsitz des Schädigers ab; siehe Koch, CR 1999, 124; Mankowski, RabelsZ 1999, 257, 262.

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 dessen 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.[1343] So soll zum Beispiel zwischen zwei kleineren Kanzleien in Heilbronn und Berlin kein den Gerichtsstand des Begehungsortes eröffnendes Wettbewerbsverhältnis bestehen.[1344]

2. Internationale Zuständigkeit

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.[1345]

a) EuGVO

Hat der Beklagte seinen Wohnsitz innerhalb der EU, gilt für die Frage der Zuständigkeit die EuGVO in Zivil- und Handelssachen[1346]. Die EuGVBO löste mit ihrem Inkrafttreten am 1.3.2002 das zuvor geltende Übereinkommen über die gerichtliche Entscheidung in Zivil- und Handelssachen ab (EuGVÜ).[1347] 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

---

[1342] Urteil vom 4. April 1997 – 34 O 191/96, WM 1997, 1444.
[1343] LG Potsdam, Urteil vom 4. Juli 2001, MMR 2001, 833. Siehe BGH, GRUR 1971, 153 – Tampax; WRP 1977, 487.
[1344] OLG Brandenburg, Urteil vom 27. März 2002, MMR 2002, 463.
[1345] 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.
[1346] Vero (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 16.01.2001, S. 1 – 23.
[1347] Eine Ausnahme besteht nur im Verhältnis zu Dänemark, für das weiterhin das EuGVÜ anwedbar bleibt.

der Gerichte – ebenso wie bei § 32 ZPO – danach bestimmt, ob in einem Ort eine Homepage nicht nur zufällig abgerufen werden kann.[1348] Hinsichtlich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist zu beachten, dass nach der Shevill-Entscheidung des EuGH[1349] ausschließlich am Handlungsort der gesamte Schaden geltend gemacht werden kann. An den Erfolgsorten lässt sich 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.[1350] Ob eine zuständigkeitsbegründende Tathandlung im Inland begangen worden ist, bestimmt das angerufene Gericht nach dem Recht, welcher durch das Internationale Privatrecht des Forumstaates zur Anwendung berufen ist. Dies ist regelmäßig das Recht des Schutzlandes (lex loci protectionis), also die Immaterialgüterrechtsordnung des Staates, für dessen Gebiet Schutz begehrt wird.[1351] Wenn also z.B. ein deutsches Gericht wegen der Internet-Abrufbarkeit von urheberrechtlich geschütztem Material in der BRD angerufen wird, bestimmt es seine Zuständigkeit am 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[1352] 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

[1348] So auch Schack, MMR 2000, 135, 138.

[1349] EuGH, Rs. C-68/93, Slg. 1995, I 417. Siehe dazu auch Mankowski, RabelsZ 1999, 257, 274 f.

[1350] 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.

[1351] 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 II RBÜ kodifiziert.

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".[1353]

Im Bereich der gewerblichen Schutzrechte, insbesondere im Rahmen der Marken- und Patentrecht, 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.

Für die Verwendung eines in Deutschland markenrechtlich geschützten Begriffes als Domain unter dem Top-Level „.com" durch ein US Unternehmen hat das KG Berlin[1354] 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[1355] – inwieweit sich solche Ansätze durchsetzen, bleibt abzuwarten.

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[1356] und insbesondere auf Unterlassung verklagt werden zu können[1357].

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.[1358] Das Problem gerade der deutschen Regeln

---

[1352] 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.

[1353] 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.

[1354] KG Berlin, Urteil vom 25. März 1997 – 5 U 659/97, siehe CR 1997, S.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.

[1355] Siehe z.B. Koch „Internationale Gerichtszuständigkeit und Internet", CR 1999, S.121. Oft wird ein Verhalten, das in irgendeiner Form auf den Forumstaat ausgerichtet ist, verlangt.

[1356] Wobei jedoch nur der in dem jeweiligen Abrufstaat entstandene Schaden eingeklagt werden kann.

[1357] So auch Berger, GRUR Int., 2005, 467.

[1358] 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

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 dahingehend, die Zuständigkeitsregeln eng auszulegen. So war es lange Zeit möglich, sog. Torpedo Claims vor Brüsseler Instanzgerichten zu lancieren; 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. Februar 2001 ein Ende gesetzt, in der das Gericht betont, dass Art. 5 Nr. 3 EuGVO nicht für negative Feststellungsklagen gelte.[1359]

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.[1360] 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 Eingigung konnte jedoch trotz langwieriger Verhandlungen letztlich nicht erzielt werden.[1361] 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.[1362] Für diesen eingeschränkten Bereich ist am 30.6.2005 schließlich das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen (HGÜ)

Taro Kono. Im Rahmen der EuGVO ist die Anwendung der forum non conveniens Idee jetzt unzulässig; siehe EuGH, Urteil vom 1. März 2005, EuZW 2005, 345.

[1359] Vgl. http://www.info2clear.com/EN/downloads/wipr6.pdf.

[1360] S. zum Hintergrund der Verhandlungen Informations- und Arbeitspapiere auf der Website der Haager Konferenz, http://www.hcch.net/.

[1361] Vgl. zu den verschiedenen Streitpunkten, Preliminary document No. 16 of February 2002, S. 5 ff.: http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd16e.pdf.

[1362] Vgl. zur Entstehungsgeschichte: Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 209.

verabschiedet worden.[1363] 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

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 Gerichtsstandvereinbarung 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 S. 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 Email 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

[1363] Text des Übereinkommens unter http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.

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,[1364] von denen nur unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden kann (Art. 23 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 EuGVO).

3. Das Haager Übereinkommen

Wurde zwischen den Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, kommt auf internationaler Ebene die Anwendbarkeit des bereits erwähnten „Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen" in Betracht.[1365] 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 Email oder Fax getroffen worden sind.[1366]
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

[1364] Insbesondere wird für die in Art. 15 EuGVO bestimmten Verträge in Art. 16 Abs. 1 der Wohnsitz des Verbrauchers als besonderer Gerichtsstand festgelegt.
[1365] Text des Übereinkommens unter http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.
[1366] Dogauchi/Hartley, Preliminary document No. 26 of December 2004, Anm. 78, s.u.: http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pdf26e.pdf.

Souveränitätskonflikte zwischen den Mitgliedsstaaten verhindern, welche durch eie Überprüfung rechtsbegründender Registrierungsakte durch ausländische Gerichte entstehen könnten.[1367] 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.[1368] Eine weitere Ausnahme für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte 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.[1369] Entscheidend ist, ob die nicht-vertraglichen Ansprüche eine gewisse Sachnähe zu den vertraglichen Ansprüchen aufweisen.[1370] In Bezug auf den Bereich der Urheberrechte und verwandten Leistungsschutzrechten 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 en 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 ergangenen Gerichts von bestimmten Ausnahmefällen

[1367] Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 211.
[1368] Hierzu eingehend: Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 211.
[1369] Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 212
[1370] Vgl. zur gesamten Problematik wiederum Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 212, die zur Veranschaulichung den Begriff „“vertragsnahe“- nicht-vertragliche Ansprüche“ verwenden.

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 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**" 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[1371] 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

[1371] Siehe dazu http://www.namadr.com; http://www.drs-ads.com; http://www.www.ods.info. http://www.onlineresolution.com; http://www.ecodir.org; http://www.webassurec.com; http://www.squaretrade.com.

Online-Schlichtung unklar.[1372] Umstritten ist auch noch deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Rechtsberatungsgesetzes.[1373]

[1372] 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.

[1373] Siehe dazu Grunewald, BB 2001, 1111 ff., die aufgrund des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie eine Bindung auch inländisher Streitschlichter an das Rechtsberatungsgesetz ablehnen will.

GESETZESMATERIALIEN

I. BGB/Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 in der Fassung vom 1. Januar 2002

§ 12 Namensrecht

Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

§ 90 Begriff

Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.

§ 93 Wesentliche Bestandteile

Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

§ 126 Gesetzliche Schriftform

(1) Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

(2) Bei einem Vertrage muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

(3) Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz eines anderes ergibt.

§ 126a

(1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung seinen Namen hinzufügen und das

elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

(2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

§ 126b

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

§ 275 Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

§ 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulieten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil des Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und
2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren

§ 305a Einbeziehung in besonderen Fällen

Auch ohne Einhaltung der in § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 bezeichneten Erfordernisse werden einbezogen, wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist,

1. die mit Genehmigung der zuständigen Verkehrsbehörde oder auf Grund von internationalen Übereinkommen erlassenen Tarife und Ausführungsbestimmungen der Eisenbahnen und die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr in den Beförderungsvertrag,
2. die im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post veröffentlichten und in den Geschäftsstellen des Verwenders bereitgehaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) in Beförderungsverträge, die außerhalb von Geschäftsräumen durch den Einwurf von Postsendungen in Briefkästen abgeschlossen werden,

b) in Verträge über Telekommunikations-, Informations- und andere Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragsschluss zugänglich gemacht werden können.

§ 305b Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags. so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

§ 306 Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

§ 306a Umgehungsverbot

Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 307 Inhaltskontrolle

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen von Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, oder

(3) Die Absätze 1 und Absatz 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder

diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

§ 308 Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

1. (Annahme- und Leistungsfrist)

eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält; ausgenommen hiervon ist der Vorbehalt, erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 und 2 und § 356 zu leisten;

2. (Nachfrist)

eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält;

3. (Rücktrittsvorbehalt)

die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;

4. (Änderungsvorbehalt)

die Vereinbarungen eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;

5. (Fingierte Erklärungen)

eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass

a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und

b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen;

dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) insgesamt einbezogen ist;

6. (Fiktion des Zugangs)

eine Bestimmung, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt;

7. (Abwicklung von Verträgen)

eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

a) eine unangemessene hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder
b) einen unangemessenen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;

8. (Nichtverfügbarkeit der Leistung)

die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,

a) den Vertragspartner unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und
b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten.

§ 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

1. (Kurzfristige Preiserhöhungen)

eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden;

2. (Leistungsverweigerungsrechte)

eine Bestimmung, durch die

a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder

b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;

3. (Aufrechnungsverbot)

eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen;

4. (Mahnung, Fristsetzung)

eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen;

5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen)

die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder

b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;

6. (Vertragsstrafe)

eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;

7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden)

a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit)
ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

b) (grobes Verschulden)
ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;
die Buchstaben a und b gelten nicht für Haftungsbeschränkungen in den nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahnen- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen; Buchstabe b gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- oder Ausspielverträge;

8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)
a) (Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen)
eine Bestimmung, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt; dies gilt nicht für die in der Nummer 7 bezeichneten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften unter den dort genannten Voraussetzungen;

b) (Mängel)
eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen
aa) (Ausschluss und Verweisung auf Dritte)
die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;

bb) (Beschränkung auf Nacherfüllung)
die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten;

cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung)
die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen;

dd) (Vorenthalten der Nacherfüllung)
der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;

ee) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige)
der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach dem Doppelbuchstaben ff zulässige Frist;

ff) (Erleichterung der Verjährung)
die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;

9. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)
bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,
a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,

b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr, oder
c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;

dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten;

10. (Wechsel des Vertragspartners)

eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst oder Werkverträgen ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird

a) der Dritte namentlich bezeichnet, oder
b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;

11. (Haftung des Abschlussvertreters)

eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,

a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht, oder
b) Im Fall vollmachtsloser Vertretung eine über § 179 hinausgehende Haftung auferlegt;

12. (Beweislast)

eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere in dem er

a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder
b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt;

Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekenntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind;

13. (Form von Anzeigen und Erklärungen)

eine Bestimmung, durch die Anzeige oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.

§ 310 Anwendungsbereich

(1) § 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt, auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

(2) Die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.

(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;
2. § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 29a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn dieses nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;
3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.

(4) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und

Dienstvereinbarungen. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs. 2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich.

§ 312b Fernabsatzverträge

(1) Fernabsatzverträge sind Verträge über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich Finanzdienstleistungen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Finanzdienstleistungen im Sinne des Satzes 1 sind Bankdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung.

(2) Fernkommunikationsmittel sind Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitig körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können, insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk, Tele- und Mediendienste.

(3) Die Vorschriften über Fernabsatzverträge finden keine Anwendung auf Verträge

1. über Fernunterricht (§ 1 Fernunterrichtsschutzgesetz),
2. über die Teilzeitnutzung von Wohngebäuden (§ 481),
3. über Versicherungen sowie deren Vermittlung,
4. über die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Begründung, Veräußerung und Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie über die Errichtung von Bauwerken,
5. über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die am Wohnsitz, am Aufenthaltsort oder am Arbeitsplatz eines Verbrauchers von Unternehmern im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden,
6. über die Erhöhung von Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitgestaltung, wenn sich der

Unternehmer bei Vertragsschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen,

7. die geschlossen werden

a) unter Verwendung von Warenautomaten oder automatisierten Geschäftsräumen oder

b) mit Betreibern von Telekommunikationsmitteln auf Grund der Benutzung von öffentlichen Fernsprechern, sowie sie deren Benutzung zum Gegenstand haben.

(4) Bei Vertragsverhältnissen, die eine erstmalige Vereinbarung mit daran anschließenden aufeinander fiolgenden Vorgängen oder eine sich daran anschließende Reihe getrennter, in einem zeitlichen Zusammenhang stehender Vorgänge der gleichen Art umfassen, finden die Vorschriften über Fernabsatzverträge nur Anwendung auf die erste Vereinbarung. Wenn derartige Vorgänge ohne eine solche Vereinbarung aufeinander folgen, gelten die Vorschriften über Informationspflichten des Unternehmers nur für den ersten Vorgang. Findet jedoch länger als ein Jahr kein Vorgang der gleichen Art mehr statt, so gilt der nächste Vorgang als der erste Vorgang einerneuen Reihe im Sinne von Satz 2.

(5) Weitergehende Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers bleiben unberührt.

§ 312c Unterrichtung des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen

(1) Der Unternehmer hat den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich und unter Angabe des geschäftlkichen Zwecks die Informationen zur Verfügung zu stellen, für die dies in der Rechtsverordnungnach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmt ist. Der Unternehmer hat bei von ihm veranlassten Telefongesprächen seine Identität und den geschäftlichen Zweck des Vertrags bereits zu Beginn eines jeden Gesprächs ausdrücklich offen legen.

(2) Der Unternehmer hat dem Verbraucher ferner die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie die in der Rechtsverordnung nach Artikel 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen in dem dort bestimmten Umfang und der dort bestimmten Art und Weise mitzuteilen, und zwar

1. bei Finanzdienstleistungen rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung oder, wenn auf Verlangen des Verbrauchers der Vertrag telefonisch oder unter Verwendung eines anderen Fernkommunikationsmittels geschlossen wird, das die Miteilung in

Textform vor Vertragsschluss nicht gestattet, unverzüglich nach Abschluss des Fernabsatzvertrages;

2. bei sonstigen Dienstleistungen und bei der Lieferung von Waren alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Verbraucher, in Textform mitzuteilen.

   Eine Mitteilung nach Satz 1 Nr. 2 ist entbehrlich bei Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln erbracht werden, sofern diese Leistungen in einem Mal erfolgen und über den Betreiber der Fernkommunikationsmittel abgerechnet werden.

   Der Verbraucher muss sich in diesem Falle aber über die Anschrift der Niederlassung des Unternehmers informieren können, bei der er Beanstandungen vorbringen kann.

(3) Bei Finanzdienstleistungen kann der Verbraucher während der Laufzeit des Vertrags jederzeit vom Unternehmer verlangen, dass ihm dieser die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Urkunde zur Verfügung stellt.

(4) Weitergehende Einschränkungen bei der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln und weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt.

§ 312d Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen.

(1) Dem Verbraucher steht bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu. Anstelle des Widerrufsrechts kann dem Verbraucher ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.

(2) Die Widerrufsfrist beginnt abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 nicht vor Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 312 c Abs. 2, bei der Lieferung von Waren nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger, bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor dem Tag des Eingangs der ersten Teillieferung und bei Dienstleistungen nicht vor dem Tag des Vertragsabschlusses.

(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch in folgenden Fällen:

1. bei einer Finanzdienstleistung, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat,

2. bei einer sonstigen Dienstleistung, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Verbraucher diese selbst veranlasst hat.

(4) Das Widerrufsrecht besteht, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht bei Fernabsatzverträgen

1. zur Lieferung von Waren, die nach Kundenspezifikation angefertigt werden oder eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind oder die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind oder schnell verderben können oder deren Verfalldatum überschritten würde,
2. zur Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder von Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind,
3. zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten,
4. zur Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen,
5. die in der Form von Versteigerungen (§ 156) geschlossen werden oder
6. die die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können, insbesondere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Aktien, Anteilsscheinen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft oder einer ausländischen Investmentgesellschaft ausgegeben werden, und anderen handelbaren Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Geldmarktinstrumenten.

(5) Das Widerrufsrecht besteht ferner nicht bei Fernabsatzverträgen, bei denen dem Verbraucher bereits auf Grund der §§ 495, 499 – 507 ein Widerrufs- oder Rückgaberecht nach den §§ 355 oder 356 zusteht.Bei solchen Verträgen gilt Absatz 2 entsprechend.

(6) Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen hat der Verbraucher abweichend von § 357 Abs. 1 Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nach den Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt nur zu leisten, wenn er vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und wenn er ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt.

§ 312e Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr

(1) Bedient sich ein Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen eines Tele- oder Mediendienstes (Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr), hat er dem Kunden

1. angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann,
2. die in der Rechtsvorschrift nach Artikel 241 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Informationen rechtzeitig vor Abgabe von dessen Bestellung klar und verständlich mitzuteilen,
3. den Zugang von dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen und
4. die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.
5. Bestellung und Empfangsbestätigung im Sinne von Satz 1 Nr. 3 gelten als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können.

(2) Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 findet keine Anwendung, wenn der Vertrag ausschließlich durch individuelle Kommunikation geschlossen wird. Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 und Satz 2 finden keine Anwendung, wenn zwischen Vertragsparteien, die nicht Verbraucher sind, etwas anderes vereinbart wird.

(3) Weitergehende Informationspflichten auf Grund anderer Vorschriften bleiben unberührt. Steht dem Kunden ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu, beginnt die Widerrufsfrist abweichend von § 355 Abs. 2 Satz 1 nicht vor Erfüllung der in Absatz 1 Satz 1 geregelten Pflichten.

§ 312f Abweichende Vereinbarungen

Von den Vorschriften dieses Untertitels darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 355 Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen

(1) Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten und ist in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer zu erklären; zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung.

(2) Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufrecht, die ihm entsprechend den Erfordernissen des eingesetzten Kommunikationsmittels seine Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist, die auch Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und einen Hinweis auf den Fristbeginn und die Regelung des Absatzes 1 Satz 2 enthält. Wird die Belehrung nach Vertragsschluss mitgeteilt, beträgt die Frist abweichend von Absatz 1 Satz 2 einen Monat. Ist der Vertrag schriftlich abzuschließen, so beginnt die Frist nicht zu laufen, bevor dem Verbraucher auch eine Vertragsurkunde, der schriftliche Antrag des Verbrauchers oder eine Abschrift der Vertragsurkunde oder des Antrags zur Verfügung gestellt werden. Ist der Fristbeginn streitig, so trifft die Beweislast den Unternehmer.

(3) Das Widerrufsrecht erlischt spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss.Bei der Lieferung von Waren beginnt die Frist nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger. Abweichend von Satz 1 erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, bei Fernabsatzverträgen über Finanzdiensleistungen ferner nicht, wenn der Unternehmer seine Mitteilungspflichten gemäß § 312 c Abs. 2 Nr. 1 nicht ordnungsgemäß erfüllt hat.

§ 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

§ 434 Sachmangel

(1) Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
2. wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

   Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Abs. 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

(2) Ein Sachmangel ist auch dann gegeben, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungsgehilfen unsachgemäß durchgeführt worden ist. Ein Sachmangel liegt bei einer zur Montage bestimmten Sache ferner vor, wenn die Montageanleitung mangelhaft ist, es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden.

(3) Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert.

§ 435 Rechtsmangel

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht.

§ 436 Öffentliche Lasten von Grundstücken

(1) Soweit nicht anders vereinbart, ist der Verkäufer eines Grundstücks verpflichtet, Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge für die Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind, unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld.

(2) Der Verkäufer eines Grundstücks haftet nicht für die Freiheit des Grundstücks von anderen öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind.

§ 437 Rechte des Käufers bei Mängeln

Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und
3. nach den §§ 440, 280, 281, 2834 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

§ 438 Verjährung der Mängelansprüche

(1) Die in § 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren

1. in 30 Jahren, wenn der Mangel

a) ein einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder

b) in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist,

besteht,

2. in fünf Jahren

b) bei einem Bauwerk und

c) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, und

3. im Übrigen in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache.

(3) Abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Im Fall des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) Für das in § 437 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. Der Käufer kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit

verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 437 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechend Anwendung.

§ 439 Nacherfüllung

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) Der Verkäufer hat die zum Zweck der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, ins Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.

(3) Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.

(4) Liefert der Verkäufer zum Zweck der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.

§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und des § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

§ 441 Minderung

(1) Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern. Der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 Satz 2 findet keine Anwendung.

(2) Sind auf der Seite des Käufers oder auf der Seite des Verkäufers mehrere beteiligt, so kann die Minderung nur von allen oder gegen alle erklärt werden.
(3) Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zurzeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.
(4) Hat der Käufer mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Verkäufer zu erstatten. § 346 Abs. 1 und § 347 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

§ 442 Kenntnis des Käufers

(1) Die Rechte des Käufers wegen eines Mangels sind ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Ist dem Käufer ein Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, kann der Käufer Rechte wegen dieses Mangels nur geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.
(2) Ein im Grundbuch eingetragenes Recht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn es der Käufer kennt.

§ 443 Beschaffenheits- und Haltbarkeitsgarantie

(1) Übernimmt der Verkäufer oder ein Dritter eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache oder dafür, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit behält (Haltbarkeitsgarantie), so stehen dem Käufer im Garantiefall unbeschadet der gesetzlichen Ansprüche die Rechte aus der Garantie zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen gegenüber demjenigen zu, der die Garantie eingeräumt hat.
(2) Soweit eine Haltbarkeitsgarantie übernommen worden ist, wird vermutet, dass ein während ihrer Geltungsdauer auftretender Sachmangel die Rechte aus der Garantie begründet.

§ 444 Haftungsausschluss

Auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

§ 449 Eigentumsvorbehalt

(1) Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt).

(2) Auf Grund des Eigentumsvorbehalts kann der Verkäufer die Sache nur herausverlangen, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist.

(3) Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ist nichtig, soweit der Eigentumsübergang davon abhängig gemacht wird, dass der Käufer Forderungen eines Dritten, insbesondere eines mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmens, erfüllt.

§ 453 Rechtskauf

(1) Die Vorschrift über den Kauf von Sachen finden auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechende Anwendung.

(2) Der Verkäufer trägt die Kosten der Begründung und Übertragung des Rechts.

(3) Ist ein Recht verkauft, das zum Besitz einer Sache berechtigt, so ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben.

§ 474 Begriff des Verbrauchsgüterkaufs

(1) Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache (Verbrauchsgüterkauf), gelten ergänzend die folgenden Vorschriften. Dies gilt nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann.

(2) Die §§ 445 und 447 finden auf die in diesem Untertitel geregelten Kaufverträge keine Anwendung.

§ 475 Abweichende Vereinbarungen

(1) Auf eine vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443, sowie von den Vorschriften dieses Untertitels abweicht, kann der Unternehmer sich nicht berufen. Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

(2) Die Verjährung der in § 437 bezeichneten Ansprüche kann vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die

Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unbeschadet der §§ 307 bis 309 nicht für den Ausschluss oder die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz.

§ 631 Wesen des Werkvertrages

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

§ 633 Sach- und Rechtsmangel

(1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln,

1. Wenn es sich für die nach dem nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
2. Für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann.

   Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt.

(3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.

§ 823 Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. (...)

II. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch i.d.F. vom 21. September 1994

Art. 27 Freie Rechtswahl

Der Vertrag unterliegt dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben.

Art. 28 Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht

(1) Soweit das auf den Vertrag anzuwendende Recht nicht nach Artikel 27 vereinbart worden ist, unterliegt der Vertrag dem Recht des Staates, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist. (...)

(2) Es wird vermutet, dass der Vertrag die engsten Beziehungen mit dem Staat aufweist, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder, wenn es sich um eine Gesellschaft, einen Verein oder eine juristische Person handelt, ihre Hauptverwaltung hat. (...)

III. Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichtenverordnung)

zuletzt geändert durch: Artikel 3 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen (BGBl. 2004 Teil 1 Nr. 64 S.3102, 7. Dezember 2004)

Abschnitt 1 Informationspflichten bei Verbraucherverträgen

§ 1 Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen

(1) Der Unternehmer muss dem Verbraucher gemäß § 312c Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs folgende Informationen zur Verfügung stellen:

1. seine Identität, anzugeben ist auch das öffentliche Unternehmensregister, bei dem der Rechtsträger eingetragen ist, und die zugehörige Registernummer oder gleichwertige Kennung,
2. die Identität eines Vertreters des Unternehmers in dem Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, wenn es einen solchen Vertreter gibt, oder die Identität einer anderen gewerblich tätigen Person als dem Anbieter, wenn der Verbraucher mit dieser geschäftlich zu tun hat, und die Eigenschaft, in der diese Person gegenüber dem Verbraucher tätig wird,
3. die ladungsfähige Anschrift des Unternehmers und jede andere Anschrift, die für die Geschäftsbeziehung zwischen diesem, seinem Vertreter oder einer anderen gewerblich tätigen Person gemäß Nummer 2 und dem Verbraucher maßgeblich ist, bei juristischen Personen, Personenvereinigungen oder -gruppen auch den Namen eines Vertretungsberechtigten,
4. wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung sowie darüber, wie der Vertrag zustande kommt,
5. die Mindestlaufzeit des Vertrags, wenn dieser eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat,
6. einen Vorbehalt, eine in Qualität und Preis gleichwertige Leistung (Ware oder Dienstleistung) zu erbringen, und einen Vorbehalt, die versprochene Leistung im Fall ihrer Nichtverfügbarkeit nicht zu erbringen,

7. den Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller damit verbundenen Preisbestandteile sowie alle über den Unternehmer abgeführten Steuern oder, wenn kein genauer Preis angegeben werden kann, über die Grundlage für seine Berechnung, die dem Verbraucher eine Überprüfung des Preises ermöglicht,
8. gegebenenfalls zusätzlich anfallende Liefer- und Versandkosten sowie einen Hinweis auf mögliche weitere Steuern oder Kosten, die nicht über den Unternehmer abgeführt oder von ihm in Rechnung gestellt werden,
9. Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung,
10. das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung, insbesondere Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, und die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe, einschließlich Informationen über den Betrag, den der Verbraucher im Fall des Widerrufs oder der Rückgabe gemäß § 357 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die erbrachte Dienstleistung zu zahlen hat,
11. alle spezifischen, zusätzlichen Kosten, die der Verbraucher für die Benutzung des Fernkommunikationsmittels zu tragen hat, wenn solche zusätzlichen Kosten durch den Unternehmer in Rechnung gestellt werden, und
12. eine Befristung der Gültigkeitsdauer der zur Verfügung gestellten Informationen, beispielsweise die Gültigkeitsdauer befristeter Angebote, insbesondere hinsichtlich des Preises.

(2) Bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen muss der Unternehmer dem Verbraucher gemäß § 312c Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ferner folgende Informationen zur Verfügung stellen:

1. die Hauptgeschäftstätigkeit des Unternehmers und die für seine Zulassung zuständige Aufsichtsbehörde,
2. gegebenenfalls den Hinweis, dass sich die Finanzdienstleistung auf Finanzinstrumente bezieht, die wegen ihrer spezifischen Merkmale oder der durchzuführenden Vorgänge mit speziellen Risiken behaftet sind oder deren Preis Schwankungen auf dem Finanzmarkt unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat, und dass in der Vergangenheit erwirtschaftete Erträge kein Indikator für künftige Erträge sind,
3. die vertraglichen Kündigungsbedingungen einschließlich etwaiger Vertragsstrafen,
4. die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, deren Recht der Unternehmer der Aufnahme von Beziehungen zum Verbraucher vor Abschluss des Fernabsatzvertrags zugrunde legt,

5. eine Vertragsklausel über das auf den Fernabsatzvertrag anwendbare Recht oder über das zuständige Gericht,
6. die Sprachen, in welchen die Vertragsbedingungen und die in dieser Vorschrift genannten Vorabinformationen mitgeteilt werden, sowie die Sprachen, in welchen sich der Unternehmer verpflichtet, mit Zustimmung des Verbrauchers die Kommunikation während der Laufzeit dieses Vertrags zu führen,
7. einen möglichen Zugang des Verbrauchers zu einem außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren und gegebenenfalls die Voraussetzungen für diesen Zugang und
8. das Bestehen eines Garantiefonds oder anderer Entschädigungsregelungen, die nicht unter die Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme (ABI. EGNr. L 135 S. 5) und die Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger (ABI. EG Nr. L 84 S. 22) fallen.

(3) Bei Telefongesprächen hat der Unternehmer dem Verbraucher gemäß § 312c Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur Informationen nach Absatz 1 zur Verfügung zu stellen, wobei eine Angabe gemäß Absatz 1 Nr. 3 nur erforderlich ist, wenn der Verbraucher eine Vorauszahlung zu leisten hat. Satz 1 gilt nur, wenn der Unternehmer den Verbraucher darüber informiert hat, dass auf Wunsch weitere Informationen übermittelt werden können und welcher Art diese Informationen sind, und der Verbraucher ausdrücklich auf die Übermittlung der weiteren Informationen vor Abgabe seiner Vertragserklärung verzichtet hat.

(4) Der Unternehmer hat dem Verbraucher gemäß § 312c Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs folgende Informationen in Textform mitzuteilen:

1. die in Absatz 1 genannten Informationen,
2. bei Finanzdienstleistungen auch die in Absatz 2 genannten Informationen,
3. bei der Lieferung von Waren und sonstigen Dienstleistungen ferner

- die in Absatz 2 Nr. 3 genannten Informationen bei Verträgen, die ein Dauerschuldverhältnis betreffen und für eine längere Zeit als ein Jahr oder für unbestimmte Zeit geschlossen sind, sowie
- Informationen über Kundendienst und geltende Gewährleistungs- und Garantiebedingungen.

Zur Erfüllung seiner Informationspflicht nach Absatz 1 Nr. 10 über das Bestehen des Widerrufs- oder Rückgaberechts kann der Unternehmer das in § 14 für die Belehrung über

das Widerrufs- oder Rückgaberecht bestimmte Muster verwenden. Soweit die Mitteilung nach Satz 1 durch Übermittlung der Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt, sind die Informationen nach Absatz 1 Nr. 3 und 10, Absatz 2 Nr. 3 sowie Satz 1 Nr. 3 Buchstabe b in einer hervorgehobenen und deutlich gestalteten Form mitzuteilen.

IV. Markengesetz vom 25.10.1994 (BGBl. I 3082)

§ 1 Geschützte Marken und sonstige Kennzeichen

Nach diesem Gesetz werden geschützt:

1. Marken
2. geschäftliche Bezeichnungen
3. geographische Herkunftsangaben

§ 3 Als Marke schutzfähige Zeichen

(1) Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

§ 5 Geschäftliche Bezeichnungen

(1) Als geschäftliche Bezeichnungen werden Unternehmenskennzeichen und Werktitel geschützt.

(2) Unternehmenskennzeichen sind Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr als Name, als Firma oder als besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs oder eines Unternehmens benutzt werden. (...)

§ 15 Ausschließliches Recht des Inhabers einer geschäftlichen Bezeichnung u. a

(1) Der Erwerb des Schutzes einer geschäftlichen Bezeichnung gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht.

(2) Dritten ist es untersagt, die geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr unbefugt in einer Weise zu benutzen, die geeignet ist, Verwechselungen mit der geschützten Bezeichnung hervorzurufen.

(3) Handelt es sich bei der geschäftlichen Bezeichnung um eine im Inland bekannte geschäftliche Bezeichnung, so ist es Dritten ferner untersagt, die geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, wenn keine Gefahr von Verwechselungen im Sinne des Absatzes 2 besteht, soweit die

Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der geschäftlichen Bezeichnung ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

(4) Wer eine geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen entgegen Absatz 2 und 3 benutzt, kann von dem Inhaber der geschäftlichen Bezeichnung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(5) Wer die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist dem Inhaber der geschäftlichen Bezeichnung zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.

§ 23 Benutzung von Namen und beschreibenden Angaben; Ersatzteilgeschäft

Der Inhaber einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung hat nicht das Recht, einem Dritten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr

1. dessen Namen oder Anschrift zu benutzen,
2. ein mit der Marke oder geschäftlichen Bezeichnung identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen als Angabe über Merkmale oder Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen, wie insbesondere ihre Art, ihre Beschaffenheit, ihre Bestimmung, ihren Wert, ihre geographische Herkunft oder die Zeit ihrer Herstellung oder ihrer Erbringung, zu benutzen (...)

sofern die Benutzung nicht gegen die guten Sitten verstößt.

V. Patentgesetz i.d.F. vom 16.10.1980

§ 1

(1) Patente werden für Erfindungen erteilt, die neu sind, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind.

(2) Als Erfindungen im Sinne des Absatzes 1 werden insbesondere nicht angesehen:

...

3. Pläne, Regeln und Verfahren für gedankliche Tätigkeiten ... sowie Programme für Datenverarbeitungsanlagen;
4. die Wiedergabe von Informationen.

(3) Absatz 2 steht der Patentfähigkeit nur insoweit entgegen, als für die genannten Gegenstände oder Tätigkeiten als solche Schutz begehrt wird."

VI. StGB/Strafgesetzbuch

§ 201a Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen

(1) Wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(3) Wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich macht und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

§ 202a Ausspähen von Daten

(1) Wer unbefugt Daten, die nicht für ihn bestimmt sind und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, sich oder einem anderen verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
(2) Daten im Sinne des Abs. 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.

§ 206 Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses

(1) Wer unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die dem Post- oder Fernmeldegeheimnis unterliegen und die ihm als Inhaber oder Beschäftigtem eines Unternehmens bekannt geworden sind, das geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Inhaber oder Beschäftigter eines in Absatz 1 bezeichneten Unternehmens unbefugt

1. eine Sendung, die einem solchen Unternehmen zur Übermittlung anvertraut worden und verschlossen ist, öffnet oder sich von ihrem Inhalt ohne Öffnung des Verschlusses unter Anwendung technischer Mittel Kenntnis verschafft,
2. eine einem solchen Unternehmen zur Übermittlung anvertraute Sendung unterdrückt oder
3. eine der in Absatz 1 oder in Nummer 1 oder 2 bezeichneten Handlungen gestattet oder fördert.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Personen, die

1. Aufgaben der Aufsicht über ein in Absatz 1 bezeichnetes Unternehmen
2. wahrnehmen,
3. von einem solchen Unternehmen oder mit dessen Ermächtigung mit dem Erbringen von Post- oder Telekommunikationsdiensten betraut sind oder mit der Herstellung einer dem Betrieb eines solchen Unternehmens dienenden Anlage oder mit Arbeiten daran betraut sind.

(4) Wer unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die ihm als außerhalb des Post- oder Telekommunikationsbereichs tätigem Amtsträger auf Grund eines befugten oder unbefugten Eingriffs in das Post- oder Fernmeldegeheimnis bekanntgeworden sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(5) Dem Postgeheimnis unterliegen die näheren Umstände des Postverkehrs bestimmter Personen sowie der Inhalt von Postsendungen. Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche.

§ 263a Computerbetrug

Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unrichtige Gestaltung des Programms, durch Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten, durch unbefugte Verwendung von Daten oder sonst durch unbefugte Einwirkung auf den Ablauf beeinflusst, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 269 Fälschung beweiserheblicher Daten

Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr beweiserhebliche Daten so speichert oder verändert, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorlegen würde, oder derart gespeicherte oder veränderte Daten gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 270 Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung.

Der Täuschung im Rechtsverkehr steht die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gleich.

§ 303a Datenveränderung

(1) Wer rechtswidrig Daten (§ 202a Abs. 2) löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 303b Computersabotage

(1) Wer eine Datenverarbeitungsanlage, die für einen fremden Betrieb, ein fremdes Unternehmen oder eine Behörde von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch stört, dass er

1. eine Tat nach § 303a Abs. 1 begeht oder
2. eine Datenverarbeitungsanlage oder einen Datenträger zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

VII. The Hague PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON JURISDICTION AND FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS adopted by the Special Commission on 30 October 1999

Article 1

The Convention applies to civil and commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or administrative matters.

Article 3 Defendant's forum

1. Subject to the provisions of the Convention, a defendant may be sued in the courts of the State where that defendant is habitually resident.
2. For the purposes of the Convention, an entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State -
   a) where it has its statutory seat,
   b) under whose law it was incorporated or formed,
   c) where it has its central administration, or
   d) where it has its principal place of business.

Article 4 Choice of court

1. If the parties have agreed that a court or courts of a Contracting State shall have jurisdiction to settle any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, that court or those courts shall have jurisdiction, and that jurisdiction shall be exclusive unless the parties have agreed otherwise. Where an agreement having exclusive effect designates a court or courts of a non-Contracting State, courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction.
2. An agreement within the meaning of paragraph 1 shall be valid as to form, if it was entered into or confirmed -
   a) in writing;
   b) by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference;
   c) in accordance with a usage which is regularly observed by the parties;

d) in accordance with a usage of which the parties were or ought to have been aware and which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

3. Agreements conferring jurisdiction and similar clauses in trust instruments shall be without effect if they conflict with the provisions of Article 7, 8 or 12.

Article 6 Contracts

A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which -

a) in matters relating to the supply of goods, the goods were supplied in whole or in part;
b) in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part;
c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part.

Article 7 Contracts concluded by consumers

1. A plaintiff who concluded a contract for a purpose which is outside its trade or profession, hereafter designated as the consumer, may bring a claim in the courts of the State in which it is habitually resident, if

a) the conclusion of the contract on which the claim is based is related to trade or professional activities that the defendant has engaged in or directed to that State, in particular in soliciting business through means of publicity, and
b) the consumer has taken the steps necessary for the conclusion of the contract in that State.

2. A claim against the consumer may only be brought by a person who entered into the contract in the course of its trade or profession before the courts of the State of the habitual residence of the consumer.
3. The parties to a contract within the meaning of paragraph 1 may, by an agreement which conforms with the requirements of Article 4, make a choice of court -

a) if such agreement is entered into after the dispute has arisen, or
b) to the extent only that it allows the consumer to bring proceedings in another court.

Article 10 Torts or delicts

1. A plaintiff may bring an action in tort or delict in the courts of the State -
   a) in which the act or omission that caused injury occurred, or

b) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act or omission could result in an injury of the same nature in that State.

2. If an action is brought in the courts of a State only on the basis that the injury arose or may occur there, those courts shall have jurisdiction only in respect of the injury that occurred or may occur in that State, unless the injured person has his or her habitual residence in that State.

Article 12 Exclusive jurisdiction

1. In proceedings which have as their object the registration, validity, [or] nullity[, or revocation or infringement,] of patents, trade marks, designs or other similar rights required to be deposited or registered, the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for, has taken place or, under the terms of an international convention, is deemed to have taken place, have exclusive jurisdiction. This shall not apply to copyright or any neighbouring rights, even though registration or deposit of such rights is possible.

[2. In relation to proceedings which have as their object the infringement of patents, the preceding paragraph does not exclude the jurisdiction of any other court under the Convention or under the national law of a Contracting State.]

[3. The previous paragraphs shall not apply when the matters referred to therein arise as incidental questions.]

Article 21 Lis pendens

1. When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same causes of action, irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction and is expected to render a judgment capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under Article 4 or 12.
2. The court second seised shall decline jurisdiction as soon as it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under the Convention.
3. Upon application of a party, the court second seised may proceed with the case if the plaintiff in the court first seised has failed to take the necessary steps to bring the

proceedings to a decision on the merits or if that court has not rendered such a decision within a reasonable time.

4. The provisions of the preceding paragraphs apply to the court second seised even in a case where the jurisdiction of that court is based on the national law of that State in accordance with Article 17.
5. For the purpose of this Article, a court shall be deemed to be seised -

a) when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court, or
b) if such document has to be served before being lodged with the court, when it is received by the authority responsible for service or served on the defendant.

[As appropriate, universal time is applicable.]

6. If in the action before the court first seised the plaintiff seeks a determination that it has no obligation to the defendant, and if an action seeking substantive relief is brought in the court second seised -

a) the provisions of paragraphs 1 to 5 above shall not apply to the court second seised, and
b) the court first seised shall suspend the proceedings at the request of a party if the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under the Convention.

7. This Article shall not apply if the court first seised, on application by a party, determines that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, under the conditions specified in Article 22.

Article 22 Exceptional circumstances for declining jurisdiction

1. In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.
2. The court shall take into account, in particular -

a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;
b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;
c) applicable limitation or prescription periods;

d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.

3. In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.

4. If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17, unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced.

5. When the court has suspended its proceedings under paragraph 1,

a) it shall decline to exercise jurisdiction if the court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the court, or

b) it shall proceed with the case if the court of the other State decides not to exercise

VIII. UrhG/Urheberrechtsgesetz vom 9.9.1965 idF vom 12.09.2003

§ 2 Geschützte Werke

(1) Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere

1. Sprachwerke, wie Schriftstücke und Reden, sowie Programme für die Datenverarbeitung;

...

(2) Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche, geistige Schöpfungen.

§ 15 Allgemeines

(1) Der Urheber hat das ausschließliche Recht, sein Werk in körperlicher Form zu verwerten; das Recht umfasst insbesondere

1. das Vervielfältigungsrecht (§ 16);
2. das Verbreitungsrecht (§ 17);
3. Das Ausstellungsrecht (§ 18).

(2) Der Urheber hat ferner das ausschließliche Recht, sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben (Recht der öffentlichen Wiedergabe). Das Recht der öffentlichen Wiedergabe umfasst insbesondere

- das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19),
- das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a),
- das Senderecht (§ 20),
- das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21),
- das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung (§ 22).

(3) Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

§ 16 Vervielfältigungsrecht

(1) Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Zahl.

(2) ...

§ 17 Verbreitungsrecht

(1) Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.

(2) Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung mit Ausnahme der Vermietung zulässig.

(3) Vermietung im Sinne der Vorschriften dieses Gesetzes ist die zeitlich begrenzte, unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung. (...)

§ 19a Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.

§ 23 Bearbeitungen und Umgestaltungen

Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden. (...)

§ 24 Freie Benutzung

(1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird.

§ 29 Übertragung des Urheberrechts

Das Urheberrecht kann in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder an Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung übertragen werden. Im Übrigen ist es nicht übertragbar.

§ 31 Einräumung von Nutzungsrechten

(1) Der Urheber kann einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen (Nutzungsrecht). Das Nutzungsrecht kann als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden.

(2) Das einfache Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk neben dem Urheber oder anderen Berechtigten auf die ihm erlaubte Art zu nutzen.

(3) Das ausschließliche Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen einschließlich des Urhebers auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und einfache Nutzungsrechte einzuräumen. (...).

(4) Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu sind unwirksam.

(5) Sind bei der Einräumung des Nutzungsrechts die Nutzungsarten, auf die sich das Recht erstrecken soll, nicht einzeln bezeichnet, so bestimmt sich der Umfang des Nutzungsrechts nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck.

§ 32 Angemessene Vergütung

(1) Der Urheber hat für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, gilt die angemessene Vergütung als vereinbart. Soweit die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird.

(2) Eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) ermittelte Vergütung ist angemessen. Im Übrigen ist die Vergütung angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.

(3) Auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Urhebers von den Absätzen 1 und 2 abweicht, kann der Vertragspartner sich nicht berufen. Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. Der Urheber kann aber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen.

(4) Der Urheber hat keinen Anspruch nach Absatz 1 Satz 3, soweit die Vergütung für die Nutzung seiner Werke tarifvertraglich bestimmt ist.

§ 32a Weitere Beteiligung des Urhebers

(1) Hat der Urheber einem anderen ein Nutzungsrecht zu Bedingungen eingeräumt, die dazu führen, dass die vereinbarte Gegenleistung unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem anderen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes steht, so ist der andere auf Verlangen des Urhebers verpflichtet, in eine Änderung des Vertrages einzuwilligen, durch die dem Urheber eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung gewährt wird. Ob die Vertragspartner die Höhe der erzielten Erträge oder Vorteile vorhergesehen haben oder hätten vorhersehen können, ist unerheblich.

(2) Hat der andere das Nutzungsrecht übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt und ergibt sich das auffällige Missverhältnis aus den Erträgnissen oder Vorteilen eines Dritten, so haftet dieser dem Urheber unmittelbar nach Maßgabe des Absatzes 1 unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette. Die Haftung des anderen entfällt.

(3) Auf die Ansprüche nach den Absätzen 1 und 2 kann im Voraus nicht verzichtet werden. Die Anwartschaft hierauf unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung; eine Verfügung über die Anwartschaft ist unwirksam.

(4) Der Urheber hat keinen Anspruch nach Absatz 1, soweit die Vergütung nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) oder tarifvertraglich bestimmt worden ist und ausdrücklich eine weitere angemessene Beteiligung für den Fall des Absatzes 1 vorsieht.

§ 32b Zwingende Anwendung

Die §§ 32 und 32a finden zwingend Anwendung

- wenn auf den Nutzungsvertrag mangels einer Rechtswahl deutsches Recht anzuwenden wäre oder
- soweit Gegenstand des Vertrages maßgebliche Nutzungshandlungen im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes sind.

§ 36 Gemeinsame Vergütungsregeln

(1) Zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen nach § 32 stellen Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln auf. Die gemeinsamen Vergütungsregeln sollen die Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs berücksichtigen, insbesondere die Struktur und Größe der Verwerter. In Tarifverträgen enthaltene Regelungen gehen gemeinsamen Vergütungsregeln vor.

(2) Vereinigungen nach Absatz 1 müssen repräsentativ, unabhängig und zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ermächtigt sein.

(3) Ein Verfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln vor der Schlichtungsstelle (§ 36a) findet statt, wenn die Parteien dies vereinbaren. Das Verfahren findet auf schriftliches Verlangen einer Partei statt, wenn

1. die andere Partei nicht binnen drei Monaten, nachdem eine Partei schriftlich die Aufnahme von Verhandlungen verlangt hat, Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln beginnt,
2. Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln ein Jahr, nachdem schriftlich ihre Aufnahme verlangt worden ist, ohne Ergebnis bleiben oder
3. eine Partei die Verhandlungen endgültig für gescheitert erklärt hat.

(4) Die Schlichtungsstelle hat den Parteien einen begründeten Einigungsvorschlag zu machen, der den Inhalt der gemeinsamen Vergütungsregeln enthält. Er gilt als angenommen, wenn ihm nicht innerhalb von drei Monaten nach Empfang des Vorschlages schriftlich widersprochen wird.

§ 36a Schlichtungsstelle

(1) Zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln bilden Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern eine Schlichtungsstelle, wenn die Parteien dies vereinbaren oder eine Partei die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verlangt.

(2) Die Schlichtungsstelle besteht aus einer gleichen Anzahl von Beisitzern, die jeweils von einer Partei bestellt werden, und einem unparteiischen Vorsitzenden, auf dessen Person sich beide Parteien einigen sollen.

(3) Kommt eine Einigung über die Person des Vorsitzenden nicht zustande, so bestellt ihn das nach § 1062 der Zivilprozessordnung zuständige Oberlandesgericht. Das Oberlandesgericht entscheidet auch, wenn keine Einigung über die Zahl der Beisitzer

erzielt wird. Für das Verfahren vor dem Oberlandesgericht gelten die §§ 1063, 1065 der Zivilprozessordnung entsprechend.

(4) Das Verlangen auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens gemäß § 36 Abs. 3 Satz 2 muss einen Vorschlag über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln enthalten.

(5) Die Schlichtungsstelle fasst ihren Beschluss nach mündlicher Beratung mit Stimmenmehrheit. Die Beschlussfassung erfolgt zunächst unter den Beisitzern; kommt eine Stimmenmehrheit nicht zustande, so nimmt der Vorsitzende nach weiterer Beratung an der erneuten Beschlussfassung teil. Benennt eine Partei keine Mitglieder oder bleiben die von einer Partei genannten Mitglieder trotz rechtzeitiger Einladung der Sitzung fern, so entscheiden der Vorsitzende und die erschienenen Mitglieder nach Maßgabe der Sätze 1 und 2 allein. Der Beschluss der Schlichtungsstelle ist schriftlich niederzulegen, vom Vorsitzenden zu unterschreiben und beiden Parteien zuzuleiten.

(6) Die Parteien tragen ihre eigenen Kosten sowie die Kosten der von ihnen bestellten Beisitzer. Die sonstigen Kosten tragen die Parteien jeweils zur Hälfte. Die Parteien haben als Gesamtschuldner auf Anforderung des Vorsitzenden zu dessen Händen einen für die Tätigkeit der Schlichtungsstelle erforderlichen Vorschuss zu leisten.

(7) Die Parteien können durch Vereinbarung die Einzelheiten des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle regeln.

(8) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die weiteren Einzelheiten des Verfahrens vor der Schlichtungsstelle zu regeln sowie weitere Vorschriften über die Kosten des Verfahrens und die Entschädigung der Mitglieder der Schlichtungsstelle zu erlassen.

Sechster Abschnitt Schranken des Urheberrechts

§ 44a Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen

Zulässig sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist,

1. eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder
2. eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen,

und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben.

§ 49 Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare

(1) Zulässig ist die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Rundfunkkommentare und einzelner Artikel aus Zeitungen und anderen lediglich Tagesinteressen dienenden Informationsblättern in anderen Zeitungen und Informationsblättern dieser Art sowie die öffentliche Wiedergabe solcher Kommentare und Artikel, wenn sie politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betreffen und nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen sind. Für die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu zahlen, es sei denn, dass es sich um eine Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe kurzer Auszüge aus mehreren Kommentaren oder Artikeln in Form einer Übersicht handelt. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

(2) Unbeschränkt zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von vermischten Nachrichten tatsächlichen Inhalts und von Tagesneuigkeiten, die durch Presse oder Funk veröffentlicht worden sind; ein durch andere gesetzliche Vorschriften gewährter Schutz bleibt unberührt.

§ 51 Zitate

Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe, wenn in einem durch den Zweck gebotenen Umfang

1. einzelne Werke nach dem Erscheinen in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden,
2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk aufgeführt werden,

3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik aufgeführt werden.

§ 52a Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

(1) Zulässig ist,

1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nicht gewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder
2. veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

(2) Die öffentliche Zugänglichmachung eines für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmten Werkes ist stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig. Die öffentliche Zugänglichmachung eines Filmwerkes ist vor Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern im Geltungsbereich dieses Gesetzes stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

(3) Zulässig sind in den Fällen des Absatzes 1 auch die zur öffentlichen Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen.

(4) Für die öffentliche Zugänglichmachung nach Absatz 1 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden

§ 53 Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch

(1) Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem

ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt.

(2) Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen

1. zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist,
2. zur Aufnahme in ein eigenes Archiv, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird,
3. zur eigenen Unterrichtung über Tagesfragen, wenn es sich um ein durch Funk gesendetes Werk handelt,
4. zum sonstigen eigenen Gebrauch,

a) wenn es sich um kleine Teile eines erschienenen Werkes oder um einzelne Beiträge handelt, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen sind,

b) wenn es sich um ein seit mindestens zwei Jahren vergriffenes Werk handelt.

Dies gilt im Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich

1. die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen wird oder
2. eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet oder
3. das Archiv keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt. Dies gilt in den Fällen des Satzes 1 Nr. 3 und 4 nur, wenn zusätzlich eine der Voraussetzungen des Satzes 2 Nr. 1 oder 2 vorliegt.

(3) Zulässig ist, Vervielfältigungsstücke von kleinen Teilen eines Werkes, von Werken von geringem Umfang oder von einzelnen Beiträgen, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind, zum eigenen Gebrauch

1. im Schulunterricht, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in Einrichtungen der Berufsbildung in der für eine Schulklasse erforderlichen Anzahl oder
2. für staatliche Prüfungen und Prüfungen in Schulen, Hochschulen, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in der Berufsbildung in der erforderlichen Anzahl herzustellen oder herstellen zu lassen, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist.

(4) Die Vervielfältigung

a) graphischer Aufzeichnungen von Werken der Musik,

b) eines Buches oder einer Zeitschrift, wenn es sich um eine im Wesentlichen vollständige Vervielfältigung handelt, ist, soweit sie nicht durch Abschreiben vorgenommen wird, stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig oder unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 Nr. 2 oder zum eigenen Gebrauch, wenn es sich um ein seit mindestens zwei Jahren vergriffenes Werk handelt.

(5) Absatz 1, Absatz 2 Nr. 2 bis 4 sowie Absatz 3 Nr. 2 finden keine Anwendung auf Datenbankwerke, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind. Absatz 2 Nr. 1 sowie Absatz 3 Nr. 1 finden auf solche Datenbankwerke mit der Maßgabe Anwendung, dass der wissenschaftliche Gebrauch sowie der Gebrauch im Unterricht nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgen.

(6) Die Vervielfältigungsstücke dürfen weder verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden. Zulässig ist jedoch, rechtmäßig hergestellte Vervielfältigungsstücke von Zeitungen und vergriffenen Werken sowie solche Werkstücke zu verleihen, bei denen kleine beschädigte oder abhanden gekommene Teile durch Vervielfältigungsstücke ersetzt worden sind.

(7) Die Aufnahme öffentlicher Vorträge, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Bild- oder Tonträger, die Ausführung von Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Künste und der Nachbau eines Werkes der Baukunst sind stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig.

§ 55 a Benutzung eines Datenbankwerkes

Zulässig ist die Bearbeitung sowie die Vervielfältigung eines Datenbankwerkes durch den Eigentümer eines mit Zustimmung des Urhebers durch Veräußerung in Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücks des Datenbankwerkes, den in sonstiger Weise zu dessen Gebrauch berechtigten oder denjenigen, dem ein Datenbankwerk aufgrund eines mit dem Urheber oder eines mit dessen Zustimmung mit einem Dritten geschlossenen Vertrags zugänglich gemacht wird, wenn und soweit die Bearbeitung oder Vervielfältigung für den Zugang zu den Elementen des Datenbankwerkes und für dessen übliche Benutzung erforderlich ist. Wird aufgrund eines Vertrags nach Satz 1 nur ein Teil des Datenbankwerkes zugänglich gemacht, so ist nur die Bearbeitung sowie die Vervielfältigung dieses Teils zulässig. Entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen sind nichtig.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen für Computerprogramme

§ 69a Gegenstand des Schutzes

(1) Computerprogramme im Sinne dieses Gesetzes sind Programme in jeder Gestalt, einschließlich des Entwurfsmaterials.

(2) Der gewährte Schutz gilt für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms. [2]Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht geschützt.

(3) Computerprogramme werden geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. [2]Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere nicht qualitative oder ästhetische, anzuwenden.

(4) Auf Computerprogramme finden die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen Anwendung, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt ist.

§ 69b Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen

(1) Wird ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt, sofern nichts anderes vereinbart ist.

(2) Absatz 1 ist auf Dienstverhältnisse entsprechend anzuwenden.

§ 69c Zustimmungsbedürftige Handlungen

Der Rechtsinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten:

1. die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. [2]Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erfordert, bedürfen diese Handlungen der Zustimmungen des Rechtsinhabers;
2. die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen eines Computerprogramms sowie die Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse. [2]Die Rechte derjenigen, die das Programm bearbeiten, bleiben unberührt;

3. jede Form der Bearbeitung des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung. [2]Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Gemeinschaften oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts.

§ 69d Ausnahmen von den zustimmungsbedürftigen Handlungen

(1) Soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen, bedürfen die in § 69c Nr. 1 und 2 genannten Handlungen nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms einschließlich der Fehlerberichtigung durch jeden zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms Berechtigten notwendig sind.

(2) Die Erstellung einer Sicherungskopie durch eine Person, die zur Benutzung des Programms berechtigt ist, darf nicht vertraglich untersagt werden, wenn sie für die Sicherung künftiger Benutzung erforderlich ist.

(3) Der zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks eines Programms Berechtigte kann ohne Zustimmung des Rechtsinhabers das Funktionieren dieses Programms beobachten, untersuchen oder testen, um die einem Programmelement zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln, wenn dies durch Handlungen zum Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Programms geschieht, zu denen er berechtigt ist.

§ 69e Dekompilierung

(1) Die Zustimmung des Rechtsinhabers ist nicht erforderlich, wenn die Vervielfältigung des Codes oder die Übersetzung der Codeform im Sinne des § 69c Nr. 1 und 2 unerlässlich ist, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms mit anderen Programmen zu erhalten, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

1. Die Handlungen werden von dem Lizenznehmer oder von einer anderen zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks des Programms berechtigten Person oder in deren Namen von einer hierzu ermächtigten Person vorgenommen;
2. die für die Herstellung der Interoperabilität notwendigen Informationen sind für die in Nummer 1 genannten Personen noch nicht ohne weiteres zugänglich gemacht;

3. die Handlungen beschränken sich auf die Teile des ursprünglichen Programms, die zur Herstellung der Interoperabilität notwendig sind.

(2) Bei Handlungen nach Absatz 1 gewonnene Informationen dürfen nicht

1. zu anderen Zwecken als zur Herstellung der Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms verwendet werden,
2. an Dritte weitergegeben werden, es sei denn, dass dies für die Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms notwendig ist,
3. für die Entwicklung, Herstellung oder Vermarktung eines Programms mit im Wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform oder für irgendwelche anderen das Urheberrecht verletzenden Handlungen verwendet werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind so auszulegen, dass ihre Anwendung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzt.

§ 69f Rechtsverletzungen

(1) Der Rechtsinhaber kann von dem Eigentümer oder Besitzer verlangen, dass alle rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke vernichtet werden. [2]§ 98 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Absatz 1 ist entsprechend auf Mittel anzuwenden, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern.

§ 69g Anwendung sonstiger Rechtsvorschriften; Vertragsrecht

(1) Die Bestimmungen dieses Abschnitts lassen die Anwendung sonstiger Rechtsvorschriften auf Computerprogramme, insbesondere über den Schutz von Erfindungen, Topographien von Halbleitererzeugnissen, Warenzeichen und den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb einschließlich des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, sowie schuldrechtliche Vereinbarungen unberührt.

(2) Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu § 69d Abs. 2 und 3 und § 69e stehen, sind nichtig.

Zweiter Teil. Verwandte Schutzrechte

Sechster Abschnitt. Schutz des Datenbankherstellers

§ 87a Begriffsbestimmungen

(1) Datenbank im Sinne dieses Gesetzes ist eine 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 und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert. Eine in ihrem Inhalt nach Art oder Umfang wesentlich geänderte Datenbank gilt als neue Datenbank, sofern die Änderung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert.

(2) Datenbankhersteller im Sinne dieses Gesetzes ist derjenige, der die Investition im Sinne von Absatz 1 vorgenommen hat.

§ 87b Rechte des Datenbankherstellers

(1) Der Datenbankhersteller hat das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben. Der Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentlichen Wiedergabe eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils der Datenbank steht die wiederholte und systematische Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank gleich, sofern diese Handlungen einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen.

(2) § 17 Abs. 2 und § 27 Abs. 2 und 3 sind entsprechend anzuwenden.

§ 87c Schranken des Rechts des Datenbankherstellers

(1) Die Vervielfältigung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank ist zulässig

1. zum privaten Gebrauch; dies gilt nicht für eine Datenbank, deren Elemente einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich sind,
2. zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und der wissenschaftliche Gebrauch nicht zu gewerblichen Zwecken erfolgt,

3. zum eigenen Gebrauch im Schulunterricht, in nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie in der Berufsbildung in der für eine Schulklasse erforderlichen Anzahl. In den Fällen der Nummern 2 und 3 ist die Quelle deutlich anzugeben.

(2) Die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils einer Datenbank ist zulässig zur Verwendung in Verfahren vor einem Gericht, einem Schiedsgericht oder einer Behörde sowie für Zwecke der öffentlichen Sicherheit.

§ 87d Dauer der Rechte

Die Rechte des Datenbankherstellers erlöschen fünfzehn Jahre nach der Veröffentlichung der Datenbank, jedoch bereits fünfzehn Jahre nach der Herstellung, wenn die Datenbank innerhalb dieser Frist nicht veröffentlicht worden ist. Die Frist ist nach § 69 zu berechnen.

§ 87e Verträge über die Benutzung einer Datenbank

Eine vertragliche Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer eines mit Zustimmung des Datenbankherstellers durch Veräußerung in Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücks der Datenbank, der in sonstiger Weise zu dessen Gebrauch Berechtigte oder derjenige, dem eine Datenbank aufgrund eines mit dem Datenbankhersteller oder eines mit dessen Zustimmung mit einem Dritten geschlossenen Vertrags zugänglich gemacht wird, gegenüber dem Datenbankhersteller verpflichtet, die Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank zu unterlassen, ist insoweit unwirksam, als diese Handlungen weder einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen.

§ 95 Laufbilder

Die §§ 80, 90, 91, 93 und 94 sind auf Bildfolgen und Bild- und Tonfolgen, die nicht als Filmwerke geschützt sind, entsprechend anzuwenden.

Vierter Teil. Gemeinsame Bestimmungen für Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
Abschnitt 1. Ergänzende Schutzbestimmungen

§ 95a Schutz technischer Maßnahmen

(1) Wirksame technische Maßnahmen zum Schutz eines nach diesem Gesetz geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes dürfen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht umgangen werden, soweit dem Handelnden bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass die Umgehung erfolgt, um den Zugang zu einem solchen Werk oder Schutzgegenstand oder deren Nutzung zu ermöglichen.

(2) Technische Maßnahmen im Sinne dieses Gesetzes sind Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, geschützte Werke oder andere nach diesem Gesetz geschützte Schutzgegenstände betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken. Technische Maßnahmen sind wirksam, soweit durch sie die Nutzung eines geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes von dem Rechtsinhaber durch eine Zugangskontrolle, einen Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung oder einen Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigung, die die Erreichung des Schutzziels sicherstellen, unter Kontrolle gehalten wird.

(3) Verboten sind die Herstellung, die Einfuhr, die Verbreitung, der Verkauf, die Vermietung, die Werbung im Hinblick auf Verkauf oder Vermietung und der gewerblichen Zwecken dienende Besitz von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen sowie die Erbringung von Dienstleistungen, die

1. Gegenstand einer Verkaufsförderung, Werbung oder Vermarktung mit dem Ziel der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen sind oder
2. abgesehen von der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen nur einen begrenzten wirtschaftlichen Zweck oder Nutzen haben oder
3. hauptsächlich entworfen, hergestellt, angepasst oder erbracht werden, um die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern.

(4) Von den Verboten der Absätze 1 und 3 unberührt bleiben Aufgaben und Befugnisse öffentlicher Stellen zum Zwecke des Schutzes der öffentlichen Sicherheit oder der Strafrechtspflege.

§ 95b Durchsetzung von Schrankenbestimmungen

(1) Soweit ein Rechtsinhaber technische Maßnahmen nach Maßgabe dieses Gesetzes anwendet, ist er verpflichtet, den durch eine der nachfolgend genannten Bestimmungen Begünstigten, soweit sie rechtmäßig Zugang zu dem Werk oder Schutzgegenstand haben, die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, um von diesen Bestimmungen in dem erforderlichen Maße Gebrauch machen zu können:

1. § 45 (Rechtspflege und öffentliche Sicherheit),
2. § 45a (Behinderte Menschen),
3. § 46 (Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch), mit Ausnahme des Kirchengebrauchs,
4. § 47 (Schulfunksendungen),
5. § 52a (Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung),
6. § 53 (Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch)

   a) Absatz 1, soweit es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einen ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt,

   b) Absatz 2 Satz 1 Nr. 1,

   c) Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 Nr. 1 oder 3,

   d) Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 und 4 jeweils in Verbindung mit Satz 2 Nr. 1 und Satz 3,

   e) Absatz 3,
7. § 55 (Vervielfältigung durch Sendeunternehmen). Vereinbarungen zum Ausschluss der Verpflichtungen

1. nach Satz 1 sind unwirksam.

(2) Wer gegen das Gebot nach Absatz 1 verstößt, kann von dem Begünstigen einer der genannten Bestimmungen darauf in Anspruch genommen werden, die zur Verwirklichung der jeweiligen Befugnis benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen. Entspricht das angebotene Mittel einer Vereinbarung zwischen Vereinigungen der Rechtsinhaber und der durch die Schrankenregelung Begünstigten, so wird vermutet, dass das Mittel ausreicht.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, soweit Werke und sonstige Schutzgegenstände der Öffentlichkeit auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind.

(4) Zur Erfüllung der Verpflichtungen aus Absatz 1 angewandte technische Maßnahmen, einschließlich der zur Umsetzung freiwilliger Vereinbarungen angewandten Maßnahmen, genießen Rechtsschutz nach § 95a.

§ 95c Schutz der zur Rechtewahrnehmung erforderlichen Informationen

(1) Von Rechtsinhabern stammende Informationen für die Rechtewahrnehmung dürfen nicht entfernt oder verändert werden, wenn irgendeine der betreffenden Informationen an einem Vervielfältigungsstück eines Werkes oder eines sonstigen Schutzgegenstandes angebracht ist oder im Zusammenhang mit der öffentlichen Wiedergabe eines solchen Werks oder Schutzgegenstandes erscheint und wenn die Entfernung oder Veränderung wissentlich unbefugt erfolgt und dem Handelnden bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass er dadurch die Verletzung von Urheberrechten oder verwandter Schutzrechte veranlasst, ermöglicht, erleichtert oder verschleiert.

(2) Informationen für die Rechtewahrnehmung im Sinne dieses Gesetzes sind elektronische Informationen, die Werke oder andere Schutzgegenstände, den Urheber oder jeden anderen Rechtsinhaber identifizieren, Informationen über die Modalitäten und Bedingungen für die Nutzung der Werke oder Schutzgegenstände sowie die Zahlen und Codes, durch die derartige Informationen ausgedrückt werden.

(3) Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen Informationen für die Rechtewahrnehmung unbefugt entfernt oder geändert wurden, dürfen nicht wissentlich unbefugt verbreitet, zur Verbreitung eingeführt, gesendet, öffentlich wiedergegeben oder öffentlich zugänglich gemacht werden, wenn dem Handelnden bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass er dadurch die Verletzung von Urheberrechten oder verwandter Schutzrechte veranlasst, ermöglicht, erleichtert oder verschleiert.

§ 95d Kennzeichnungspflichten

(1) Werke und andere Schutzgegenstände, die mit technischen Maßnahmen geschützt werden, sind deutlich sichtbar mit Angaben über die Eigenschaften der technischen Maßnahmen zu kennzeichnen

(2) Wer Werke und andere Schutzgegenstände mit technischen Maßnahmen schützt, hat diese zur Ermöglichung der Geltendmachung von Ansprüchen nach § 95b Abs. 2 mit seinem Namen oder seiner Firma und der zustellungsfähigen Anschrift zu kennzeichnen. Satz 1 findet in den Fällen des § 95b Abs. 3 keine Anwendung

§ 108b Unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmaßnahmen und zur Rechtewahrnehmung erforderliche Informationen

(1) Wer

1. in der Absicht, sich oder einem Dritten den Zugang zu einem nach diesem Gesetz geschützten Werk oder einem anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstand oder deren Nutzung zu ermöglichen, eine wirksame technische Maßnahme ohne Zustimmung des Rechtsinhabers umgeht oder
2. wissentlich unbefugt

a) eine von Rechtsinhabern stammende Information für die Rechtewahrnehmung entfernt oder verändert, wenn irgendeine der betreffenden Informationen an einem Vervielfältigungsstück eines Werkes oder eines sonstigen Schutzgegenstandes angebracht ist oder im Zusammenhang mit der öffentlichen Wiedergabe eines solchen Werks oder Schutzgegenstandes erscheint, oder

b) Ein Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand, bei dem eine Information für die Rechtewahrnehmung unbefugt entfernt oder geändert wurde, verbreitet, zur Verbreitung einführt, sendet, öffentlich wiedergibt oder öffentlich zugänglich macht und dadurch wenigstens leichtfertig die Verletzung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten veranlasst, ermöglicht, erleichtert oder verschleiert,

wird, wenn die Tat nicht ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch des Täters oder mit dem Täter persönlich verbundener Personen erfolgt oder sich auf einen derartigen Gebrauch bezieht, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer entgegen § 95a Abs. 3 eine Vorrichtung, ein Erzeugnis oder einen Bestandteil zu gewerblichen Zwecken herstellt, einführt, verbreitet, verkauft oder vermietet.

(3) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 1 gewerbsmäßig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

§ 113 Urheberrecht.

Gegen den Urheber ist die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das Urheberrecht nur mit seiner Einwilligung und nur insoweit zulässig, als er Nutzungsrechte einräumen kann (§ 31). Die Einwilligung kann nicht durch den gesetzlichen Vertreter erteilt werden.

§ 115 Urheberrecht.

Gegen den Rechtsnachfolger des Urhebers (§ 30) ist die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das Urheberrecht nur mit seiner Einwilligung und nur insoweit zulässig, als er Nutzungsrechte einräumen kann (§ 31). Der Einwilligung bedarf es nicht, wenn das Werk erschienen ist.

§ 118

Die §§ 113 bis 117 sind sinngemäß anzuwenden

1. (...)
2. auf die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Lichtbildner (§ 72) und seinen Rechtsnachfolger.

§ 137k Übergangsregelung zur öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung

§ 52a ist mit Ablauf des 31. Dezember 2006 nicht mehr anzuwenden.

IX. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. Juli 2004, BGBL. 2004 I, 1414

Kapitel 1 – Allgemeine Bestimmungen

§ 1 Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

§ 2 Definitionen

(1) Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet

1 „Wettbewerbshandlung" jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern;

2. „Marktteilnehmer" neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind;

3. „Mitbewerber" jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht;

4. „Nachricht" jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird; dies schließt nicht Informationen ein, die als Teil eines Rundfunkdienstes über ein elektronisches Kommunikationsnetz an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können.

(2) Für den Verbraucherbegriff und den Unternehmerbegriff gelten die §§ 13 und 14 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

§ 3 Verbot unlauteren Wettbewerbs

Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.

§ 4 Beispiele unlauteren Wettbewerbs

Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

1. Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen;
2. Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die geschäftliche Unerfahrenheit insbesondere von Kindern oder Jugendlichen, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen;
3. den Werbecharakter von Wettbewerbshandlungen verschleiert;
4. bei Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme nicht klar und eindeutig angibt;
5. bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt;
6. die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden;
7. die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft;
8. über die Waren, Dienstleistungen oder das Unternehmen eines Mitbewerbers oder über den Unternehmer oder ein Mitglied der Unternehmensleitung Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmers zu schädigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind; handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der

Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist die Handlung nur dann unlauter, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet wurden;

9. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er

a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,
b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder
c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;

10. Mitbewerber gezielt behindert;
11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

§ 5 Irreführende Werbung

(1) Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer irreführend wirbt.
(2) Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Werbung irreführend ist, sind alle ihre Bestandteile zu berücksichtigen, insbesondere in ihr enthaltene Angaben über:

1. die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen wie Verfügbarkeit, Art, Ausführung, Zusammensetzung, Verfahren und Zeitpunkt der Herstellung oder Erbringung, die Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, die geographische oder betriebliche Herkunft oder die von der Verwendung zu erwartenden Ergebnisse oder die Ergebnisse und wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen;
2. den Anlass des Verkaufs und den Preis oder die Art und Weise, in der er berechnet wird, und die Bedingungen, unter denen die Waren geliefert oder die Dienstleistungen erbracht werden;
3. die geschäftlichen Verhältnisse, insbesondere die Art, die Eigenschaften und die Rechte des Werbenden, wie seine Identität und sein Vermögen, seine geistigen Eigentumsrechte, seine Befähigung oder seine Auszeichnungen oder Ehrungen.

   Bei der Beurteilung, ob das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist, sind insbesondere deren Bedeutung für die Entscheidung zum Vertragsschluss nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen.

(3) Angaben im Sinne von Absatz 2 sind auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung sowie bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen, die darauf zielen und geeignet sind, solche Angaben zu ersetzen.

(5) Es wird vermutet, dass es irreführend ist, mit der Herabsetzung eines Preises zu werben, sofern der Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist. Ist streitig, ob und in welchem Zeitraum der Preis gefordert worden ist, so trifft die Beweislast denjenigen, der mit der Preisherabsetzung geworben hat.

(6) Es ist irreführend, für eine Ware zu werben, die unter Berücksichtigung der Art der Ware sowie der Gestaltung und Verbreitung der Werbung nicht in angemessener Menge zur Befriedigung der zu erwartenden Nachfrage vorgehalten ist. Angemessen ist im Regelfall ein Vorrat für zwei Tage, es sei denn, der Unternehmer weist Gründe nach, die eine geringere Bevorratung rechtfertigen. Satz 1 gilt entsprechend für die Werbung für eine Dienstleistung.

§ 6 Vergleichende Werbung

(1) Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.

(2) Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich

1. sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht,
2. nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist,
3. im geschäftlichen Verkehr zu Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt,
4. die Wertschätzung des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt,
5. die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft oder
6. eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt.

(3) Bezieht sich der Vergleich auf ein Angebot mit einem besonderen Preis oder anderen besonderen Bedingungen, so sind der Zeitpunkt des Endes des Angebots und, wenn dieses noch nicht gilt, der Zeitpunkt des Beginns des Angebots eindeutig anzugeben. Gilt das Angebot nur so lange, wie die Waren oder Dienstleistungen verfügbar sind, so ist darauf hinzuweisen.

§ 7 Unzumutbare Belästigungen

(1) Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt.

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen

1. bei einer Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der Empfänger diese Werbung nicht wünscht;
2. bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung;
3. bei einer Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post, ohne dass eine Einwilligung der Adressaten vorliegt;
4. bei einer Werbung mit Nachrichten, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

(3) Abweichend von Absatz 2 Nr. 3 ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,
2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,
3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
4. der Kunde bei 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.

Kapitel 2 Rechtsfolgen

§ 8 Beseitigung und Unterlassung

(1) Wer dem § 3 zuwiderhandelt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht.

(2) Werden die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen von einem Mitarbeiter oder Beauftragten begangen, so sind der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des Unternehmens begründet.

(3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:

1. jedem Mitbewerber;
2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt;
3. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) eingetragen sind;
4. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

(4) Die Geltendmachung der in Absatz 1 bezeichneten Ansprüche ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.

(5) § 13 des Unterlassungsklagengesetzes und die darin enthaltene Verordnungsermächtigung gelten mit der Maßgabe entsprechend, dass an die Stelle der Klageberechtigten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 des Unterlassungsklagengesetzes die gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 und 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches Berechtigten, an die Stelle der Klageberechtigten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Unterlassungsklagengesetzes die gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches Berechtigten und an die Stelle der in den §§ 1 und 2 des Unterlassungsklagengesetzes geregelten Unterlassungsansprüche die in § 8 bestimmten Unterlassungsansprüche treten. Im Übrigen findet das Unterlassungsklagengesetz keine Anwendung.

§ 9 Schadensersatz

Wer dem § 3 vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt, ist den Mitbewerbern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Gegen verantwortliche Personen von periodischen Druckschriften kann der Anspruch auf Schadensersatz nur bei einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung geltend gemacht werden.

§ 10 Gewinnabschöpfung

(1) Wer dem § 3 vorsätzlich zuwiderhandelt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.

(2) Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Soweit der Schuldner solche Leistungen erst nach Erfüllung des Anspruchs nach Absatz 1 erbracht hat, erstattet die zuständige Stelle des Bundes dem Schuldner den abgeführten Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen zurück.

(3) Beanspruchen mehrere Gläubiger den Gewinn, so gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(4) Die Gläubiger haben der zuständigen Stelle des Bundes über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Sie können von der zuständigen Stelle des Bundes Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten Gewinns beschränkt.

(5) Zuständige Stelle im Sinne der Absätze 2 und 4 ist das Bundesverwaltungsamt, das insoweit der Fachaufsicht des Bundesministeriums der Justiz unterliegt. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die der Zustimmung des Bundesrates nicht bedarf, die Aufgaben nach den Absätzen 2 und 4 einer anderen Bundesbehörde oder sonstigen öffentlichen Stelle des Bundes zu übertragen.

§ 11 Verjährung

(1) Die Ansprüche aus §§ 8,9 und 12 Abs. 1 Satz 2 verjähren in sechs Monaten.

(2) Die Verjährungsfrist beginnt, wenn

1. der Anspruch entstanden ist und

2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

(3) Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung, spätestens in 30 Jahren von der den Schaden auslösenden Handlung an.

(4) Andere Ansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in drei Jahren von der Entstehung an.

(...)

Kapitel 4 Strafvorschriften

§ 16 Strafbare Werbung

(1) Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt, Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, sie würden entweder vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 17 Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

(1) Wer als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen,

1. sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch

2. Anwendung technischer Mittel,
3. Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder
4. Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist, unbefugt verschafft oder sichert oder
5. ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert hat, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig handelt,
2. bei der Mitteilung weiß, dass das Geheimnis im Ausland verwertet werden soll, oder
3. eine Verwertung nach Absatz 2 Nr. 2 im Ausland selbst vornimmt.

(5) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(6) § 5 Nr. 7 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

§ 18 Verwertung von Vorlagen

(1) Wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insbesondere Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte, zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(4) § 5 Nr. 7 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

§ 19 Verleiten und Erbieten zum Verrat

(1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz jemanden zu bestimmen versucht, eine Straftat nach § 17 oder § 18 zu begehen oder zu einer solchen Straftat anzustiften, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz sich bereit erklärt oder das Erbieten eines anderen annimmt oder mit einem anderen verabredet, eine Straftat nach § 17 oder § 18 zu begehen oder zu ihr anzustiften.
(3) § 31 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.
(4) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.
(5) § 5 Nr. 7 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

§ 22 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft. Gleichzeitig tritt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 43-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850), außer Kraft.

Das alte UWG/Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.1.1909

§ 1 Generalklausel

Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

§ 17 Geheimnisverrat

Mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebs ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, mitteilt.

§ 18 Auswertung von Vorlagen

Mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insbesondere Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz unbefugt verwertet oder an jemand mitteilt. ...”

X. Elektronischer Geschäftsverkehrsgesetz (EGG) vom 21.12.2001, BGBl. I 3721

Artikel 1

{Fassung des Teledienstegesetzes (TDG) unter Berücksichtigung der in Artikel 1 des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehenen Änderungen}

Abschnitt 1

Allgemeine Bestimmungen

§ 1 Zweck des Gesetzes

Zweck des Gesetzes ist es, einheitliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen für die verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten der elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste zu schaffen.

§ 2 Geltungsbereich

(1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt (Teledienste).

(2) Teledienste im Sinne von Absatz 1 sind insbesondere

1. Angebote im Bereich der Individualkommunikation (zum Beispiel Telebanking, Datenaustausch),
2. Angebote zur Information oder Kommunikation, soweit nicht die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht (Datendienste, zum Beispiel Verkehrs-, Wetter-, Umwelt- und Börsendaten, Verbreitung von Informationen über Waren und Dienstleistungsangebote),
3. Angebote zur Nutzung des Internets oder weiterer Netze,
4. Angebote zur Nutzung von Telespielen,
5. Angebote von Waren und Dienstleistungen in elektronisch abrufbaren Datenbanken mit interaktivem Zugriff und unmittelbarer Bestellmöglichkeit.

(3) Absatz 1 gilt unabhängig davon, ob die Nutzung der Teledienste ganz oder teilweise unentgeltlich oder gegen Entgelt möglich ist.

(4) Dieses Gesetz gilt nicht für

1. Telekommunikationsdienstleistungen und das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten nach § 3 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGB1.I S. 1120),
2. Rundfunk im Sinne des § 2 des Rundfunkstaatsvertrages,
3. inhaltliche Angebote bei Verteildiensten und Abrufdiensten, soweit die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht, nach § 2 des Mediendienstestaatsvertrages in der Fassung vom 20. Januar bis 7. Februar 1997,
4. den Bereich der Besteuerung.

Presserechtliche Vorschriften bleiben unberührt.

Dieses Gesetz schafft weder Regelungen im Bereich des internationalen Privatrechts noch befasst es sich mit der Zuständigkeit der Gerichte.

§ 3 Begriffsbestimmungen

Im Sinne des Gesetzes bezeichnet der Ausdruck

1. „Diensteanbieter“ jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Teledienste zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt;
2. „Nutzer“ jede natürliche oder juristische Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken Teledienste in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen;
3. „Verteildienste“ Teledienste, die im Wege einer Übertragung von Daten ohne individuelle Anforderung gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Nutzern erbracht werden;
4. „Abrufdienste“ Teledienste, die im Wege einer Übertragung von Daten auf Anforderung eines einzelnen Nutzers erbracht werden.
5. „kommerzielle Kommunikation“ jede Form von Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt; die folgenden Angaben stellen als solche keine Form der kommerziellen Kommunikation dar:

a) Angaben, die direkten Zugang zur Tätigkeit des Unternehmens oder der Organisation oder Person ermöglichen, wie insbesondere ein Domain-Name oder eine Adresse der elektronischen Post;

b) Angaben in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild eines Unternehmens, einer Organisation oder Person, die unabhängig und insbesondere ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden;

6. „niedergelassener Diensteanbieter“ Anbieter, die mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit Teledienste geschäftsmäßig anbieten oder erbringen; der Standort der technischen Einrichtung allein begründet keine Niederlassung des Anbieters.

Einer juristischen Person steht eine Personengesellschaft gleich, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

§ 4 Herkunftslandprinzip

(1) In der Bundesrepublik Deutschland niedergelassene Diensteanbieter und ihre Teledienste unterliegen den Anforderungen des deutschen Rechts auch dann, wenn die Teledienste in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (AB1.EG Nr. L 178 S. 1) geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden.

(2) Der freie Dienstleistungsverkehr von Telediensten, die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen sind, wird nicht eingeschränkt. Absatz 5 bleibt unberührt.

(3) Von den Absätzen 1 und 2 bleiben unberührt

1. die Freiheit der Rechtswahl,
2. die Vorschriften für vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge,
3. gesetzliche Vorschriften über die Form des Erwerbs von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie der Begründung, Übertragung, Änderung oder Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für

1. die Tätigkeit von Notaren sowie von Angehörigen anderer Berufe, soweit diese ebenfalls hoheitlich tätig sind,
2. die Vertretung von Mandanten und die Wahrnehmung ihrer Interessen vor Gericht,
3. die Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikationen durch elektronische Post,

4. Gewinnspiele mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, ein schließlich Lotterien und Wetten,
5. die Anforderungen an Verteildienste,
6. das Urheberrecht, verwandte Schutzrechte, Rechte im Sinne der Richtlinie 87/54/EWG des Rates vom 16. Dezember 1986 über den Rechtsschutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen (AB1. EG Nr. L 24 S. 36) und der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (AB1. EG Nr. L 77 S. 20) sowie gewerbliche Schutzrechte,
7. die Ausgabe elektronischen Geldes durch Institute, die gemäß Artikel 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten (AB1. EG Nr. L 275 S. 39) von der Anwendung einiger oder aller Vorschriften dieser Richtlinie und von der Anwendung der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (AB1. EG Nr. L 126 S. 1) freigestellt sind,
8. Vereinbarungen oder Verhaltensweisen, die dem Kartellrecht unterliegen,
9. die von den §§ 12, 13a bis 13c, 55a, 83, 110a bis 110d, 111b und 111c des Versicherungsaufsichtsgesetzes und der Verordnung über die Berichterstattung von Versicherungsunternehmen gegenüber dem Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen erfassten Bereiche, die Regelungen über das auf Versicherungsverträge anwendbare Recht sowie für Pflichtversicherungen,
10. das für den Schutz personenbezogener Daten geltende Recht.

(5) Das Angebot und die Erbringung eines Teledienstes durch einen Diensteanbieter, der in einem anderen Staat im Geltungsbereich der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen ist, unterliegen abweichend von Absatz 2 den Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts, soweit dieses dem Schutz

1. der öffentlichen Ordnung, insbesondere im Hinblick auf die Verhütung, Ermittlung, Aufklärung, Verfolgung und Vollstreckung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen,
2. der öffentlichen Sicherheit, insbesondere der Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen,
3. der öffentlichen Gesundheit,

4. der Interessen der Verbraucher, einschließlich des Schutzes von Anlegern,

vor Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dient, und die auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts in Betracht kommenden Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzzielen stehen. Für das Verfahren zur Einleitung von Maßnahmen nach Satz 1 – mit Ausnahme von gerichtlichen Verfahren einschließlich etwaiger Vorverfahren und der Verfolgung von Straftaten einschließlich der Strafvollstreckung und von Ordnungswidrigkeiten – sieht Artikel 3 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2000/31/EG Konsultations- und Informationspflichten vor.

Abschnitt 2 Zugangsfreiheit und Informationspflichten

§ 5 Zugangsfreiheit

Teledienste sind im Rahmen der Gesetze zulassungs- und anmeldefrei.

§ 6 Allgemeine Informationspflichten

Diensteanbieter haben für geschäftsmäßige Teledienste mindestens folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:

1. den Namen und die Anschrift, unter der sie niedergelassen sind, bei juristischen Personen zusätzlich den Vertretungsberechtigten,
2. Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihnen ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post,
3. soweit der Teledienst im Rahmen einer Tätigkeit angeboten oder erbracht wird, die der behördlichen Zulassung bedarf, Angaben zur zuständigen Aufsichtsbehörde,
4. das Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister oder Genossenschaftsregister, in das sie eingetragen sind, und die entsprechende Registernummer,
5. soweit der Teledienst in Ausübung eines Berufs im Sinne von Artikel 1 Buchstabe d der Richtlinie 89/48/EG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens 3-jährige Berufsausbildung abschließen (AB1. EG Nr. L 19 S. 16), oder im Sinne von Artikel 1 Buchstabe f der Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG (AB1. EG Nr. L 209 S. 25), die zuletzt durch die Richtlinie 97/38/EG der

Kommission vom 20. Juni 1997 (AB1. EG Nr. 184 S. 31) geändert worden ist, angeboten oder erbracht wird, Angaben über

a) die Kammer, welcher die Diensteanbieter angehören,
b) die gesetzliche Berufsbezeichnung und den Staat, in dem die Berufsbezeichnung verliehen worden ist,
c) die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und dazu, wie diese zugänglich sind,

6. in Fällen, in denen sie eine Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27 a des Umsatzsteuergesetzes besitzen, die Angabe dieser Nummer.

Weitergehende Informationspflichten insbesondere nach dem Fernabsatzgesetz, dem Fernunterrichtsschutzgesetz, dem Teilzeit-Wohnrechtegesetz oder dem Preisangaben- und Preisklauselgesetz und der Preisangabenverordnung, dem Versicherungsaufsichtsgesetz sowie nach handelsrechtlichen Bestimmungen bleiben unberührt.

§ 7 Besondere Informationspflichten bei kommerziellen Kommunikationen

Diensteanbieter haben bei kommerziellen Kommunikationen, die Bestandteil eines Teledienstes sind oder die einen solchen Dienst darstellen, mindestens die nachfolgenden Voraussetzungen zu beachten.

1. Kommerzielle Kommunikationen müssen klar als solche zu erkennen sein.
2. Die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikationen erfolgen, muss klar identifizierbar sein.
3. Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke müssen klar als solche erkennbar sein, und die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme müssen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.
4. Preisausschreiben oder Gewinnspiele mit Werbecharakter müssen klar als solche erkennbar und die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.

Die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bleiben unberührt.

Abschnitt 3 Verantwortlichkeit

§ 8 Allgemeine Grundsätze

(1) Diensteanbieter sind für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.

(2) Diensteanbieter im Sinne der §§ 9 bis 11 sind nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11 unberührt. Das Fernmeldegeheimnis ist nach § 85 des Telekommunikationsgesetzes zu wahren.

§ 9 Durchleitung von Informationen

(1) Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder zu denen sie den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich, sofern sie

1. die Übermittlung nicht veranlasst,
2. den Adressaten der übermittelten Informationen nicht ausgewählt und
3. die übermittelten Informationen nicht ausgewählt oder verändert haben.

Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Diensteanbieter absichtlich mit einem der Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen.

(2) Die Übermittlung von Informationen nach Absatz 1 und die Vermittlung des Zugangs zu ihnen umfasst auch die automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung dieser Informationen, soweit dies nur zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz geschieht und die Informationen nicht länger gespeichert werden, als für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist.

§ 10 Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen

Diensteanbieter sind für eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung, die allein dem Zweck dient, die Übermittlung der fremden Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter zu gestalten, nicht verantwortlich, sofern sie

1. die Informationen nicht verändern,
2. die Bedingungen für den Zugang zu den Informationen beachten,
3. die Regeln für die Aktualisierung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, beachten,
4. die erlaubte Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, nicht beeinträchtigen und

5. unverzüglich handeln, um im Sinne dieser Vorschrift gespeicherte Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, sobald sie Kenntnis davon erhalten haben, dass die Informationen am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt wurden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wurde oder ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperrung angeordnet hat.

§ 9 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 11 Speicherung von Informationen

Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern

1. 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
2. sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.

Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

Abschnitt 4 Bußgeldvorschriften

§ 12 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 6 Satz 1 eine Information nicht, nicht richtig oder nicht vollständig verfügbar hält.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Deutsche Mark geahndet werden.

Artikel 3

{Fassung des Gesetzes über den Datenschutz bei Telediensten (TDDSG) unter Berücksichtigung der in Artikel 3 des Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen des elektronischen Geschäftsverkehrs vorgesehenen Änderungen}

§ 1 Geltungsbereich

(1) Die nachfolgenden Vorschriften gelten für den Schutz personenbezogener Daten der Nutzer von Telediensten im Sinne des Teledienstegesetzes bei der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch Diensteanbieter. Sie gelten nicht bei der Erhebung, Verarbeitung, Nutzung personenbezogener Daten

1. im Dienst- und Arbeitsverhältnis, soweit die Nutzung der Teledienste zu ausschließlich beruflichen oder dienstlichen Zwecken erfolgt,
2. innerhalb von oder zwischen Unternehmen oder öffentlichen Stellen, soweit die Nutzung der Teledienste zur ausschließlichen Steuerung von Arbeits- oder Geschäftsprozessen erfolgt.

(2) Soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, sind die jeweils geltenden Vorschriften für den Schutz personenbezogener Daten anzuwenden, auch wenn die Daten nicht in Dateien verarbeitet oder genutzt werden.

§ 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet der Ausdruck

1. „Diensteanbieter“ jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Teledienste zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt,
2. „Nutzer“ jede natürliche Person, die Teledienste in Anspruch nimmt, (...)

Einer juristischen Person steht eine Personengesellschaft gleich, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.

§ 3 Grundsätze

(1) Personenbezogene Daten dürfen vom Dienstanbieter zur Durchführung von Telediensten nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.

(2) Der Diensteanbieter darf für die Durchführung von Telediensten erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verarbeiten und nutzen, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.

(3) Die Einwilligung kann unter den Voraussetzungen von § 4 Abs. 2 elektronisch erklärt werden.

(4) Der Diensteanbieter darf die Erbringung von Telediensten nicht von einer Einwilligung des Nutzers in eine Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für andere Zwecke abhängig machen, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu diesen Telediensten nicht oder in nicht zumutbarer Weise möglich ist.

§ 4 Pflichten des Diensteanbieters

(1) Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der 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 (AB1. EG Nr. L 281 S. 31) zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. Bei automatisierten Verfahren, die eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglichen und eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten vorbereiten, ist der Nutzer zu Beginn dieses Verfahrens zu unterrichten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.

(2) Bietet der Diensteanbieter dem Nutzer die elektronische Einwilligung an, so hat er sicherzustellen, dass

1. sie nur durch eine eindeutige und bewusste Handlung des Nutzers erfolgen kann,
2. die Einwilligung protokolliert wird und
3. der Inhalt der Einwilligung jederzeit vom Nutzer abgerufen werden kann.

(3) Der Diensteanbieter hat den Nutzer vor Erklärung seiner Einwilligung auf sein Recht auf jederzeitigen Widerruf mit Wirkung für die Zukunft hinzuweisen. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(4) Der Diensteanbieter hat durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass

1. der Nutzer seine Verbindung mit dem Diensteanbieter jederzeit abbrechen kann,
2. die anfallenden personenbezogenen Daten über den Ablauf des Zugriffs oder der sonstigen Nutzung unmittelbar nach deren Beendigung gelöscht oder gesperrt werden können,
3. der Nutzer Teledienste gegen Kenntnisnahme Dritter geschützt in Anspruch nehmen kann,
4. die personenbezogenen Daten über die Inanspruchnahme verschiedener Teledienste durch einen Nutzer getrennt verarbeitet werden können,
5. Daten nach § 6 Abs. 2 nur für Abrechnungszwecke und
6. Nutzerprofile nach § 6 Absatz 3 nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden können.

An die Stelle der Löschung nach Nummer 2 tritt eine Sperrung, soweit einer Löschung gesetzliche, satzungmäßige oder vertragliche Aufbewahrungsfristen entgegenstehen.

(5) Die Weitervermittlung zu einem anderen Diensteanbieter ist dem Nutzer anzuzeigen.

(6) Der Diensteanbieter hat dem Nutzer die Inanspruchnahme von Telediensten und ihre Barbezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist. Der Nutzer ist über diese Möglichkeit zu informieren.

(7) Der Diensteanbieter hat dem Nutzer auf Verlangen unentgeltlich und unverzüglich Auskunft über die zu seiner Person oder zu seinem Pseudonym gespeicherten Daten zu erteilen. Die Auskunft kann auf Verlangen des Nutzers auch elektronisch erteilt werden.

§ 5 Bestandsdaten

Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers ohne dessen Einwilligung nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit sie für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses mit ihm über die Nutzung von Telediensten erforderlich sind (Bestandsdaten). Nach Maßgabe der hierfür geltenden Bestimmungen darf der Diensteanbieter Auskunft an Strafverfolgungsbehörden und Gerichte für Zwecke der Strafverfolgung erteilen.

§ 6 Nutzungsdaten

I. Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten eines Nutzers ohne dessen Einwilligung nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telediensten zu ermöglichen und abzurechnen (Nutzungsdaten). Nutzungsdaten sind insbesondere

a) Merkmale zur Identifikation des Nutzers,

b) Angaben über Beginn und Ende sowie über den Umfang der jeweiligen Nutzung und

c) Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Teledienste.

II. Der Diensteanbieter darf Nutzungsdaten eines Nutzers über die Inanspruchnahme verschiedener Teledienste zusammenführen, soweit dies für Abrechnungszwecke mit dem Nutzer erforderlich ist.

III. Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Teledienste Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 4

Abs. 1 hinzuweisen. Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.

IV. Der Diensteanbieter darf Nutzungsdaten über das Ende des Nutzungsvorgangs hinaus verarbeiten und nutzen, soweit sie für Zwecke der Abrechnung mit dem Nutzer erforderlich sind (Abrechnungsdaten). Zur Erfüllung bestehender gesetzlicher, satzungsmäßiger oder vertraglicher Aufbewahrungfristen darf der Diensteanbieter die Daten sperren.

V. Der Diensteanbieter darf an andere Diensteanbieter oder Dritte Abrechnungsdaten übermitteln, soweit dies zur Ermittlung des Entgelts und zur Abrechnung mit dem Nutzer erforderlich ist. Hat der Diensteanbieter mit einem Dritten einen Vertrag über den Einzug des Entgelts geschlossen, so darf er diesem Dritten Abrechnungsdaten übermitteln, soweit des für diesen Zweck erforderlich ist. Handelt es sich dabei um Daten, die beim Diensteanbieter auch dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, ist der Dritte zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses zu verpflichten. Zum Zwecke der Marktforschung anderer Diensteanbieter dürfen anonymisierte Nutzungsdaten übermittelt werden. Nach Maßgabe der hierfür geltenden Bestimmungen darf der Diensteanbieter Auskunft an Strafverfolgungsbehörden und Gerichte für Zwecke der Strafverfolgung erteilen.

VI. Die Abrechnung über die Inanspruchnahme von Telediensten darf Anbieter, Zeitpunkt, Dauer, Art, Inhalt und Häufigkeit bestimmter von einem Nutzer in Anspruch genommener Teledienste nicht erkennen lassen, es sei denn, der Nutzer verlangt einen Einzelnachweis.

VII. Der Diensteanbieter darf Abrechnungsdaten, die für die Erstellung von Einzelnachweisen über die Inanspruchnahme bestimmter Angebote auf Verlangen des Nutzers verarbeitet werden, höchstens bis zum Ablauf des sechsten Monats nach Versendung der Rechnung speichern. Werden gegen die Entgeltforderung innerhalb dieser Frist Einwendungen erhoben oder diese trotz Zahlungsaufforderung nicht beglichen, dürfen die Abrechnungsdaten aufbewahrt werden, bis die Einwendungen abschließend geklärt sind oder die Entgeltforderung beglichen ist.

VIII. Liegen dem Dienstanbieter zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vor, dass seine Dienste von bestimmten Nutzern in der Absicht in Anspruch genommen werden, das Entgelt nicht oder nicht vollständig zu entrichten, darf er die personenbezogenen Daten dieser Nutzer über das Ende des Nutzungsvorgangs sowie die in Absatz 7 genannte Speichefrist hinaus nur verarbeiten und nutzen, soweit dies zur Durchsetzung

seiner Ansprüche gegenüber dem Nutzer erforderlich ist. Der Diensteanbieter hat die Daten unverzüglich zu löschen, wenn die Voraussetzungen nach Satz 1 nicht mehr vorliegen oder die Daten für die Rechtsverfolgung nicht mehr benötigt werden. Der betroffene Nutzer ist zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des mit der Maßnahme verfolgten Zweckes möglich ist.

XI. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy

Policy Adopted: August 26, 1999/Implementation Documents Approved: October 24, 1999

Notes:

1. This policy is now in effect. See www.icann.org/udrp/udrp-schedule.htm for the implementation schedule.
2. This policy has been adopted by all accredited domain-name registrars for domain names ending in .com, .net, and .org. It has also been adopted by certain managers of country-code top-level domains (e.g., .nu, .tv, .ws).
3. The policy is between the registrar (or other registration authority in the case of a country-code top-level domain) and its customer (the domain-name holder or registrant). Thus, the policy uses "we" and "our" to refer to the registrar and it uses "you" and "your" to refer to the domain-name holder.
4. Purpose. This Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Policy") has been adopted by the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("ICANN"), is incorporated by reference into your Registration Agreement, and sets forth the terms and conditions inconnection with a dispute between you and any party other than us (the registrar) over the registration and use of an Internet domain name registered by you. Proceedings under Paragraph 4 of this Policy will be conducted according to the Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules of Procedure"), which are available at www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm, and the selected administrative-dispute-resolution service provider's supplemental rules.
5. Your Representations. By applying to register a domain name, or by asking us to maintain or renew a domain name registration, you hereby represent and warrant to us that (a) the statements that you made in your Registration Agreement are complete and accurate; (b) to your knowledge, the registration of the domain name will not infringe upon or otherwise violate the rights of any third party; (c) you are not registering the domain name for an unlawful purpose; and (d) you will not knowingly use the domain name in violation of any applicable laws or regulations. It is your responsibility to determine whether your domain name registration infringes or violates someone else's rights.
6. Cancellations, Transfers, and Changes. We will cancel, transfer or otherwise make changes to domain name registrations under the following circumstances:

a. subject to the provisions of Paragraph 8, our receipt of written or appropriate electronic instructions from you or your authorized agent to take such action;
b. our receipt of an order from a court or arbitral tribunal, in each case of competent jurisdiction, requiring such action; and/or
c. our receipt of a decision of an Administrative Panel requiring such action in any administrative proceeding to which you were a party and which was conducted under this Policy or a later version of this Policy adopted by ICANN. (See Paragraph 4(i) and (k) below.)

We may also cancel, transfer or otherwise make changes to a domain name registration in accordance with the terms of your Registration Agreement or other legal requirements.

1. Mandatory Administrative Proceeding.

This Paragraph sets forth the type of disputes for which you are required to submit to a mandatory administrative proceeding. These proceedings will be conducted before one of the administrative-dispute-resolution service providers listed at www.icann.org/udrp/approved-providers.htm (each, a "Provider").

a. Applicable Disputes. 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.

In the administrative proceeding, the complainant must prove that each of these three elements are present.

b. Evidence of Registration and Use in Bad Faith. 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.

c. How to Demonstrate Your Rights to and Legitimate Interests in the Domain Name in Responding to a Complaint.

When you receive a complaint, you should refer to Paragraph 5 of the Rules of Procedure in determining how your response should be prepared. Any of the following circumstances, in particular but without limitation, if found by the Panel to be proved based on its evaluation of all evidence presented, shall demonstrate your rights or legitimate interests to the domain name for purposes of Paragraph 4(a)(ii):
(i) before any notice to you of the dispute, your use of, or demonstrable preparations to use, the domain name or a name corresponding to the domain name in connection with a bona fide offering of goods or services; or
(ii) you (as an individual, business, or other organization) have been commonly known by the domain name, even if you have acquired no trademark or service mark rights; or
(iii) you are making a legitimate noncommercial or fair use of the domain name, without intent for commercial gain to misleadingly divert consumers or to tarnish the trademark or service mark at issue.

d. *Selection of Provider*. The complainant shall select the Provider from among those approved by ICANN by submitting the complaint to that Provider. The selected Provider will administer the proceeding, except in cases of consolidation as described in Paragraph 4(f).
e. *Initiation of Proceeding and Process and Appointment of Administrative Panel*. The Rules of Procedure state the process for initiating and conducting a proceeding and for appointing the panel that will decide the dispute (the "Administrative Panel").

f. *Consolidation*. In the event of multiple disputes between you and a complainant, either you or the complainant may petition to consolidate the disputes before a single Administrative Panel. This petition shall be made to the first Administrative Panel appointed to hear a pending dispute between the parties. This Administrative Panel may consolidate before it any or all such disputes in its sole discretion, provided that the disputes being consolidated are governed by this Policy or a later version of this Policy adopted by ICANN.

g. *Fees*. All fees charged by a Provider in connection with any dispute before an Administrative Panel pursuant to this Policy shall be paid by the complainant, except in cases where you elect to expand the Administrative Panel from one to three panelists as provided in Paragraph 5(b)(iv) of the Rules of Procedure, in which case all fees will be split evenly by you and the complainant.

h. *Our Involvement in Administrative Proceedings*. We do not, and will not, participate in the administration or conduct of any proceeding before an Administrative Panel. In addition, we will not be liable as a result of any decisions rendered by the Administrative Panel.

i. *Remedies*. The remedies available to a complainant pursuant to any proceeding before an Administrative Panel shall be limited to requiring the cancellation of your domain name or the transfer of your domain name registration to the complainant.

j. *Notification and Publication*. The Provider shall notify us of any decision made by an Administrative Panel with respect to a domain name you have registered with us. All decisions under this Policy will be published in full over the Internet, except when an Administrative Panel determines in an exceptional case to redact portions of its decision.

k. *Availability of Court Proceedings*. The mandatory administrative proceeding requirements set forth in Paragraph 4 shall not prevent either you or the complainant from submitting the dispute to a court of competent jurisdiction for independent resolution before such mandatory administrative proceeding is commenced or after such proceeding is concluded. If an Administrative Panel decides that your domain name registration should be cancelled or transferred, we will wait ten (10) business days (as observed in the location of our principal office) after we are informed by the applicable Provider of the Administrative Panel's decision before implementing that decision. We will then implement the decision unless we have received from you during that ten (10) business day period official documentation (such as a copy of a complaint, file-stamped by the clerk of the court) that you have commenced a lawsuit against the complainant in a

jurisdiction to which the complainant has submitted under Paragraph 3(b)(xiii) of the Rules of Procedure. (In general, that jurisdiction is either the location of our principal office or of your address as shown in our Whois database. See Paragraphs 1 and 3(b)(xiii) of the Rules of Procedure for details.) If we receive such documentation within the ten (10) business day period, we will not implement the Administrative Panel's decision, and we will take no further action, until we receive (i) evidence satisfactory to us of a resolution between the parties; (ii) evidence satisfactory to us that your lawsuit has been dismissed or withdrawn; or (iii) a copy of an order from such court dismissing your lawsuit or ordering that you do not have the right to continue to use your domain name.

2. *All Other Disputes and Litigation*. All other disputes between you and any party other than us regarding your domain name registration that are not brought pursuant to the mandatory administrative proceeding provisions of Paragraph 4 shall be resolved between you and such otherparty through any court, arbitration or other proceeding that may be available.
3. *Our Involvement in Disputes*. We will not participate in any way in any dispute between you and any party other than us regarding the registration and use of your domain name. You shall not name us as a party or otherwise include us in any such proceeding. In the event that we are named as a party in any such proceeding, we reserve the right to raise any and all defenses deemed appropriate, and to take any other action necessary to defend ourselves.
4. *Maintaining the Status Quo*. We will not cancel, transfer, activate, deactivate, or otherwise change the status of any domain name registration under this Policy except as provided in Paragraph 3 above.
5. Transfers During a Dispute.

a. Transfers of a Domain Name to a New Holder. You may not transfer your domain name registration to another holder (i) during a pending administrative proceeding brought pursuant to Paragraph 4 or for a period of fifteen (15) business days (as observed in the location of our principal place of business) after such proceeding is concluded; or (ii) during a pending court proceeding or arbitration commenced regarding your domain name unless the party to whom the domain name registration is being transferred agrees, in writing, to be bound by the decision of the court or arbitrator. We reserve the right to cancel any transfer of a domain name registration to another holder that is made in violation of this subparagraph.

b. Changing Registrars. You may not transfer your domain name registration to another registrar during a pending administrative proceeding brought pursuant to Paragraph 4 or for a period of fifteen (15) business days (as observed in the location of our principal place of business) after such proceeding is concluded. You may transfer administration of your domain name registration to another registrar during a pending court action or arbitration, provided that the domain name you have registered with us shall continue to be subject to the proceedings commenced against you in accordance with the terms of this Policy. In the event that you transfer a domain name registration to us during the pendency of a court action or arbitration, such dispute shall remain subject to the domain name dispute policy of the registrar from which the domain name registration was transferred.

6. *Policy Modifications.* We reserve the right to modify this Policy at any time with the permission of ICANN. We will post our revised Policy at <URL> at least thirty (30) calendar days before it becomes effective. Unless this Policy has already been invoked by the submission of a complaint to a Provider, in which event the version of the Policy in effect at the time it was invoked will apply to you until the dispute is over, all such changes will be binding upon you with respect to any domain name registration dispute, whether the dispute arose before, on or after the effective date of our change. In the event that you object to a change in this Policy, your sole remedy is to cancel your domain name registration with us, provided that you will not be entitled to a refund of any fees you paid to us. The revised Policy will apply to you until you cancel your domain name registration.

XII. Safe harbor principles vereinbart zwischen den USA und der EU im Rahmen von Art. 25 EZ-Datenschutzrichtlinie/21. Juli 2000

Adherence to these Principles may be limited: (a) to the extent necessary to meet national security, public interest, or law enforcement requirements; (b) by statute, government regulation, or case law that create conflicting obligations or explicit authorizations, provided that, in exercising any such authorization, an organization can demonstrate that its non-compliance with the Principles is limited to the extent necessary to meet the overriding legitimate interests furthered by such authorization; or (c) if the effect of the Directive or Member State law is to allow exceptions or derogations, provided such exceptions or derogations are applied in comparable contexts. Consistent with the goal of enhancing privacy protection, organizations should strive to implement these Principles fully and transparently, including indicating in their privacy policies where exceptions to the Principles permitted by (b) above will apply on a regularbasis. For the same reason, where the option is allowable under the Principles and/or U.S. law, organizations are expected to opt for the higher protection law where possible.

Organizations may wish for practical or other reasons to apply the Principles to all their data processing operations, but they are only obligated to apply them to data transferred after they enter the safe harbor. To qualify for the safe harbor, organizations are not obligated to apply these Principles to personal information in manually processed filing systems. Organizations wishing to benefit from the safe harbor for receiving information in manually processed filing systems from the EU must apply the Principles to any such information transferred after they enter the safe harbor. An organization that wishes to extend safe harbor benefits to human resources personal information transferred from the EU for use in the context of an employment relationship must indicate this when it self-certifies to the Department of Commerce (or is designee) and conform to the requirements set forth in the Frequently Asked Question on Self-Certification.

Organizations will also be able to provide the safeguards necessary under Article 26 of the Directive if they include the Principles in written agreements with parties transferring data from the EU for the substantive privacy provisions, once the other provisions for such model contracts are authorized by the Commission and the Member States.

U.S. law will apply to questions of interpretation and compliance with the Safe Harbor principles (including the Frequently Asked Questions) and relevant privacy policies by safe harbor organizations, except where organizations have committed to cooperate with European

Data Protection Authorities. Unless otherwise stated, all provisions of the Safe Harbor Principles and Frequently Asked Questions apply where they are relevant. “Personal data” and “personal information” are data about an identified or identifiable individual that are within the scope of the Directive, received by a U.S. organization from the European Union, and recorded in any form.

NOTICE: An organization must inform individuals about the purposes for which it collects and uses information about them, how to contact the organization with any inquiries or complaints, the types of third parties to which it discloses the information, and the choices and means the organization offers individuals for limiting its use and disclosure. This notice must be provided in clear and conspicuous language when individuals are first asked to provide personal information to the organization or as soon thereafter as is practicable, but in any event before the organization uses such information for a purpose other than that for which it was originally collected or processed by the transferring organization or discloses it for the first time to a third party.

CHOICE: An organization must offer individuals the opportunity to choose (opt out) whether their personal information is (a) to be disclosed to a third party 1 or (b) to be used for a purpose that is incompatible with the purpose(s) for which it was originally collected or subsequently authorized by the individual. Individuals must be provided with clear and conspicuous, readily available, and affordable mechanisms to exercise choice.

For sensitive information (i.e. personal information specifying medical or health conditions, racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade union membership or information specifying the sex life of the individual), they must be given affirmative or explicit (opt in) choice if the information is to be disclosed to a third party or used for a purpose other than those for which it was originally collected or subsequently authorized by the individual through the exercise of opt in choice. In any case, an organization should treat as sensitive any information received from a third party where the third party treats and identifies it as sensitive.

ONWARD TRANSFER: To disclose information to a third party, organizations must apply the Notice and Choice Principles. Where an organization wishes to transfer information to a third party that is acting as an agent, as described in the endnote, it may do so if it first either ascertains that the third party subscribes to the Principles or is subject to the Directive or another adequacy finding or enters into a written agreement with such third party requiring that the third party provide at least the same level of privacy protection as is required by the relevant Principles. If the organization complies with these requirements, it shall not be held

responsible (unless the organization agrees otherwise) when a third party to which it transfers such information processes it in a way contrary to any restrictions or representations, unless the organization knew or should have known the third party would process it in such a contrary way and the organization has not taken reasonable steps to prevent or stop such processing.

SECURITY: Organizations creating, maintaining, using or disseminating personal information must take reasonable precautions to protect it from loss, misuse and unauthorized access, disclosure, alteration and destruction.

DATA INTEGRITY: Consistent with the Principles, personal information must be relevant for the purposes for which it is to be used. An organization may not process personal information in a way that is incompatible with the purposes for which it has been collected or subsequently authorized by the individual. To the extent necessary for those purposes, an organization should take reasonable steps to ensure that data is reliable for its intended use, accurate, complete, and current.

ACCESS: Individuals must have access to personal information about them that an organization holds and be able to correct, amend, or delete that information where it is inaccurate, except where the burden or expense of providing access would be disproportionate to the risks to the individual's privacy in the case in question, or where the rights of persons other than the individual would be violated.

ENFORCEMENT: Effective privacy protection must include mechanisms for assuring compliance with the Principles, recourse for individuals to whom the data relate affected by non-compliance with the Principles, and consequences for the organization when the Principles are not followed. At a minimum, such mechanisms must include (a) readily available and affordable independent recourse mechanisms by which each individual's complaints and disputes are investigated and resolved by reference to the Principles and damages awarded where the applicable law or private sector initiatives so provide; (b) follow up procedures for verifying that the attestations and assertions businesses make about their privacy practices are true and that privacy practices have been implemented as presented; and (c) obligations to remedy problems arising out of failure to comply with the Principles by organizations announcing their adherence to them and consequences for such organizations. Sanctions must be sufficiently rigorous to ensure compliance by organizations.

It is not necessary to provide notice or choice when disclosure is made to a third party that

is acting as an agent to perform task(s) on behalf of and under the instructions of the organization. The Onward Transfer Principle, on the other hand, does apply to such disclosures.

MUSTERVERTRÄGE

I. 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.

II. 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 nicht-ausschließliche, 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, Email 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

Verwertungsrechte 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.

III. 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.

IV. 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 Mängel 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

- dies keine vertragswesentlichen Pflichten oder Garantien betrifft,
- es nicht um Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit geht und
- Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz unberührt bleiben. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen.

Belehrungen über das Widerrufsrecht und das Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen

(aus: BMJ, BGB-InfoV i.d.F. vom 5.8.2002, BGBl. 2002 I, S. 3002)

Vorbemerkung:

Mit der Zweiten Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung v. 1.8.2002 (BGBl. I, s. 2958) hat das Bundesministerium der Justiz von der Ermächtigung in Art. 245 EGBGB Bebrauch gemacht und Inhalt und Gestaltung des Verbraucherwiderrufsrechts nach § 356 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 ÄnderungsVO tritt ab 1.9.2002 in Kraft. Hieraus ergeben sich allerdings z.T. Widersprüche zu der durch das OLG-VertretungsänderungsG v. 23.7.2002 (BGBI. I, S. 2850, in Kraft getreten am 1.8.2002) erfolgten Änderung des § 355 Abs. 2 S. 2 BGB (keine gesonderte Unterzeichnung/qualifizierte elektronische Signatur des Verbrauchers unter die Belehrung mehr; Dauer des Widerrufsrechts bei nachträglicher Belehrung jetzt 1 Monat). Diese Änderungen sind nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 8 EGBGB anzuwenden auf Haustürgeschäfte, die nach dem 1.8.2002 abgeschlossen wurden und auf „andere Schuldverhältnisse", die nach dem 1.11.2002 entstanden sind bzw. auf vor dem Zeitpunkt geschlossene Verträge, wenn die Belehrung erst nach dem in der Übergangsregelung festgelegten Zeitpunkt erfolgt. In den Musterbelehrungen der InfoV sind die sich aus der Neufassung des § 355 Abs. 2 S.2 BGB ergebenden Änderungen aber bereits eingearbeitet (Fristbeginn mit Erhalt der Belehrung; Verlängerung der Frist bei nachträglicher Belehrung, siehe „Gestaltungshinweise" Nr. 1; Weglassen von Ort, Datum und Unterschriftsleiste, siehe „Gestaltungshinweise" Nr. 9 zur Widerrufsbelehrung, Nr. 6 zur Rückgaberechtsbelehrung). Ein Hinweis auf die Beachtung der Übergangsregelungen des Art 229 § 8 EGBGB für Haustürgeschäfte und sonstige Schuldverhältnisse (praktisch relevant nur noch für September/Oktober 2002) ist in den amtlichen Erläuterungen nicht enthalten. Wer bis zum 31.10.2002 überlegt, bis er auf die Formulierungen des Musterformulars übergeht, hat das Problem auf praktische Weise erledigt.

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.

Widerrufsbelehrung

Widerrufsrecht

Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von [zwei Wochen][1] ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) [oder durch Rücksendung der Sache][2] widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs [oder der Sache][2]. Der Widerruf ist zu richten an:[3]

Widerrufsfolgen[4]

Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren [und ggf. gezogenen Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben][5]. 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 Wertesatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind [auf unsere Kosten und Gefahr][6] zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt.][2]

Besondere Hiweise[7]

Finanzierte Geschäfte[8]

(Ort), (Datum), (Unterschrift des Verbrauchers)[9]

Gestaltungshinweise

1. Wird die Belehrung erst nach Vertragsschluss mitgeteilt, lautet der Klammerzusatz „einem Monat“.
2. Der Klammerzusatz kann bei Leistungen, die nicht in der Überlassung von Sachen bestehen, entfallen.
3. Einsetzen: Namen/Firma und ladungsfähige Anschrift des Widerrufsadressanten.
4. Dieser Absatz kann entfallen, wenn die beiderseitigen Leistungen erst nach Ablauf der Widerrufsfrist erbracht werden. Dasselbe gilt, wenn eine Rückabwicklung nicht in betracht kommt (z.B. Hereinnahme einer Bürgschaft).
5. Der Klammerzusatz entfällt bei Widerrufsrechten nach § 485 Abs. 1 BGB.
6. Ist entsprechend § 357 Abs. 2 Satz 3 BGB eine Übernahme der Versandkosten durch den Verbraucher vereinbart worden, kann der Klammerzusatz weggelassen werden.

Stattdessen ist an dieser Stelle in das Muster folgender Text aufzunehmen:

„Bei einer Rücksendung aus einer Warenlieferung, deren Bestellwert insgesamt bis zu 40 Euro beträgt, haben Sie die Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn die gelieferte Ware der bestellten entspricht. Anderenfalls ist die Rücksendung für sie kostenfrei.“

7. Bei einem Widerrufsrecht gemäß § 312d Abs. 1 BGB ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

> „Ihr Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn Ihr Vertragspartner mit der Ausführung der Dienstleistung mit Ihrer ausdrücklichen Zustimmung vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder Sie diese selbst veranlasst haben (z.B. durch Download etc.).“

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 Prospekt 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 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."

Sofern bei einem Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB eine Regelung einschlägig ist, nach der der Widerruf bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung des Darlehens als nicht erfolgt gilt, ist hier folgender Hinweis aufzunehmen:

„Ihr Widerruf gilt als nicht erfolgt, wenn Sie das empfangene Darlehen nicht binnen zwei Wochen entweder nach Erklärung des Widerrufs oder nach Auszahlung des Darlehens zurückzahlen."

Diese Rubrik entfällt, wenn keiner der vorgenannten Fälle einschlägig ist.

8. 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, können Sie sich wegen der Rückabwicklung nicht nur an uns, sondern auch an Ihren Darlehensgeber halten."

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 und Abschluss des Darlehensvertrags der Mitwirkung Ihres Vertragspartners bedienen. Können Sie auch den anderen Vertrag widerrufen, so müssen Sie den Widerruf gegenüber Ihrem diesbezüglichen Vertragspartner erklären.

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. Wertesatz 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 Wertesatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie ein Eigentümer in

Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind [auf Kosten und Gefahr Ihres Vertragspartners)[6] zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt. Wenn Ihrem Vertragspartner das Darlehen bei Wirksamwerden des Widerrufs oder der Rückgabe bereits zugeflossen ist, können sie sich wegen der Rückabwicklung nicht nur an diesen, sondern auch an uns halten."
Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstückgleichen Rechts ist Satz 2 der vorstehenden Hinweise durch den folgenden Satz zu ersetzten:
„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."

9. Ort, Datum und Unterschriftsleiste können entfallen. In diesem Falle sind diese Angaben entweder durch die Wörter „Ende der Widerrufsbelehrung" oder durch die Wörter „Ihr(e) (einsetzen: Firma des Unternehmers)" zu ersetzen.

Muster für die Rückgabebelehrung nach § 356 Abs. 1 BGB

Hinweis der Redaktion:

Die Belehrung über das Rückgaberecht genügt den Anforderungen des § 356 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB und den diesen ergänzende Vorschriften, wenn das nachstehende (amtliche) Muster in Textform verwandt wird. Der Unternehmer, der dieses Muster verwendet, darf in Format und Schriftgröße von diesem Muster abweichen und Zusätze wie die Firma oder ein Kennzeichen des Unternehmens anbringen (so ausdrücklich § 14 Abs. 2,3 InfoV). Verwendet der Unternehmer nicht das amtliche Muster, sondern belehrt in anderer Weise über das Rückgaberecht, 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.

Rückgabebelehrung

Rückgaberecht

Sie können die erhaltene Ware ohne Angabe von Gründen innerhalb von [zwei Wochen][1] durch Rücksendung der Ware zurückgeben. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung. Nur bei nicht paketversandfähiger Ware (z.B. bei sperrigen Gütern)

können Sie die Rückgabe auch durch Rücknahmeverlangen in Textform, also z.B. per Brief, Fax oder E-Mail erklären. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung der Ware oder des Rücknahmeverlangens. In jedem Falle erfolgt die Rücksendung auf unsere Kosten und Gefahr. Die Rücksendung oder das Rücknahmeverlangen hat zu erfolgen an:[234]

Rückgabefolgen

Im Falle einer wirksamen Rückgabe sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogenen Nutzungen (z.B. Bebrauchsvorteile) herauszugeben. Bei einer Verschlechterung der Ware kann Wertersatz verlangt werden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Ware ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können sie die Wertersatzpflicht vermeiden, indem Sie die Ware nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt.

Finanziertes Geschäft[5]

(Ort), (Datum), (Unterschrift des Verbrauchers)[6]

Geltungshinweise:

1. Wird die Belehrung erst nach Vertragsschluss mitgeteilt, lautet der Klammerzusatz „einem Monat“.
2. Einsetzen: Namen/Firma und ladungsfähige Anschrift des Rückgabeadressaten.

Zusätzlich können angegeben werden Telefaxnummer, E-Mail-Adresse und/oder, wenn der Verbraucher eine Bestätigung seines Rücknahmeverlangens an den Unternehmer erhält, auch eine Internet-Adresse.

3. Hier kann der Hinweis hinzugefügt werden:

   „Die Rückgabe paketfähiger Ware kann auch an (einsetzen: Namen/Firma und Telefonnummer einer Versandstelle) erfolgen, die die Ware bei Ihnen abholt“.

4. Hier kann der Hinweis hinzugefügt werden:

   „Bei Rücknahmeverlangen wird die Ware bei Ihnen abgeholt.“

5. Der nachfolgende Hinweis für finanzierte Geschäfte kann entfallen, wenn ein verbundenes Geschäft nicht vorliegt:

„Haben Sie diesen Vertrag durch ein Darlehen finanziert und machen Sie von Ihrem Rückgaberecht Gebrauch, 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, können sie sich wegen Rückabwicklung nicht nur an uns, sondern auch an Ihren Darlehensgeber halten.

6. Ort, Datum und Unterschriftsleiste können entfallen. In diesem Falle sind diese Angaben entweder durch die Wörter „Ende der Rückgabebelehrung“ oder durch die Wörter „Ihr(e) (einsetzen: Firma des Unternehmers)“ zu ersetzen.