



Andreas Wien

# **Internetrecht**

Eine praxisorientierte  
Einführung

3. Auflage



Springer Gabler

LEHRBUCH

---

# Internetrecht

---

Andreas Wien

# Internetrecht

Eine praxisorientierte Einführung

3. Auflage

Prof. Dr. Andreas Wien  
Hochschule Lausitz,  
Cottbus, Deutschland

ISBN 978-3-8349-3564-9  
DOI 10.1007/978-3-8349-3565-6

ISBN 978-3-8349-3565-6 (eBook)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer Gabler

© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden 2008, 2009, 2012

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

*Lektorat:* Irene Buttkus

*Einbandentwurf:* KünkelLopka GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Gabler ist eine Marke von Springer DE.

Springer DE ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media

[www.springer-gabler.de](http://www.springer-gabler.de)

# Vorwort

## Vorwort zur 3. Auflage

Im Wirtschaftsleben und in der Gesellschaft hat das Internet sich mittlerweile etabliert. Es ist aus vielen Bereichen unseres Lebens kaum mehr wegzudenken. Da für diese Thematik kein eigenes Gesetzbuch geschaffen wurde, sondern vielmehr bereits bestehende Normen unterschiedlicher Gesetze auf Internet-Tatbestände angewandt wurden, war es notwendig viele bestehende Regelungslücken durch Rechtsprechung und eigenständige Einzelgesetze zu schließen. Hinzu kommt, dass es sich beim Internet um ein Medium handelt, welches den Handel und die Kommunikation über Landesgrenzen hinaus ermöglicht. Aus diesem Grunde wurde es notwendig, durch europäische Richtlinien zu versuchen, viele Rechtsvorschriften innerhalb der Europäischen Union zu harmonisieren,

Durch eine Flut von Gesetzen und der in vielen Bereichen des Internetrechts noch nicht gefestigten Rechtsprechung besteht bisweilen große Unsicherheit bei den Nutzern. Das vorliegende Buch hat sich zum Ziel gesetzt, den Lesern eine Einführung in alle wichtigen Themen des Internetrechts zu bieten. Das Buch richtet sich in erster Linie an Studierende der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen, informations- und medientechnischen Studiengänge an Universitäten und Fachhochschulen sowie an die Berufstätigen der IT- und Medienbranche.

Ich möchte mich bei den Lesern für die durchweg positive Resonanz zu der ersten und zu der zweiten Auflage dieses Buches bedanken. Es freut mich, dass viele Studierende, Praktiker und Lehrende die Verständlichkeit, Didaktik und Aktualität des Werkes loben. Nachdem seit dem Erscheinen der ersten Auflage dieses Lehrbuchs im Jahre 2008 nun auch die zweite, aktualisierte Auflage vergriffen ist und das Interesse an dem Rechtsgebiet „Internetrecht“ nach wie vor ungebrochen groß ist, war es notwendig, das Lehrbuch in der dritten Auflage erneut zu aktualisieren. Aus diesem Grunde wurden in den Fußnoten Verweise auf die aktuellen und thematisch weiterführenden Literaturfundstellen eingefügt. Das Internetrecht hat in den letzten Jahren zwar nur wenige große aber viele kleine Veränderungen erfahren. Auch diese finden in der dritten Auflage Berücksichtigung. Insbesondere sind hier beispielsweise die Einführung des DE-Mail-Gesetzes und die künftig noch umzusetzende Verbraucherrichtlinie des Europäischen Parlaments vom 23.06.2011 zu nennen. Das DE-Mail-Gesetz, welches im Jahre 2011 in Kraft trat, soll es ermöglichen, neue Dienste für die Internetkommunikation bereitzustellen, wobei deren Sicherheit geprüft und akkreditiert ist.<sup>1</sup> Ausführungen hierzu sind in Kapitel 5.10 zu finden. Ein Ausblick auf die für das Jahr 2013 zu

---

<sup>1</sup> Vgl. Rossnagel, Das De-Mail-Gesetz, NJW 2011, S. 1473.

erwartenden Änderungen durch die europäische Verbraucherrichtlinie vom 23.06.2011 ist am Ende des Kapitels 6.4.1 eingefügt worden. Darüber hinaus wird auch die für das Jahr 2012 geplante Novelle des deutschen Urheberrechts, der so genannte „Dritte Korb“, in Kapitel 3.9 kurz vorgestellt. Alle diese Änderungen sind neben neuer Rechtsprechung in der vorliegenden dritten Auflage berücksichtigt worden.

Hildesheim / Cottbus im Januar 2012

Prof. Dr. jur. Andreas Wien

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort .....</b>	<b>V</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XV</b>
<b>1 Einführung.....</b>	<b>1</b>
1.1 Zum Umgang mit diesem Buch.....	1
1.2 Thematische Einführung .....	1
1.3 Begrifflichkeiten .....	3
1.3.1 Internet.....	3
1.3.2 Provider .....	3
1.3.3 Dienste im Internet .....	4
1.4 Überblick über die relevanten Gesetze.....	5
1.5 Europäisches Recht.....	6
1.6 Internationale Verträge und Übereinkommen .....	7
1.7 Deutsche Rechtsvorschriften.....	8
1.7.1 Das neue Telemediengesetz.....	8
1.7.2 Das Telekommunikationsgesetz .....	13
1.7.3 Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) ....	14
1.7.4 Zivilrechtliche Vorschriften .....	14
1.8 Zusammenfassung .....	17
<b>2 Streitigkeiten über Domainnamen .....</b>	<b>19</b>
2.1 Einführung in das Domainrecht.....	19
2.2 Vergabe von Domains .....	19
2.3 Schutz durch Markenrecht .....	23
2.4 Schutz durch Namensrecht .....	24
2.5 Gattungsbegriffe als Domain-Name.....	26
2.6 Sonderfall: Tippfehler und Umlaute.....	27

2.7	Persönlichkeitsschutz eines Verstorbenen .....	27
2.8	Die Ansprüche des Verletzten.....	28
2.8.1	Unterlassungsanspruch.....	28
2.8.2	Schadensersatzanspruch.....	28
2.8.3	Auskunftsanspruch.....	29
2.8.4	Anspruch auf Übertragung?.....	29
2.9	Gerichtszuständigkeit .....	30
2.10	Domainbörsen.....	32
2.11	Zusammenfassung .....	32
<b>3</b>	<b>Internet-Angebote und Urheberrecht.....</b>	<b>33</b>
3.1	Entstehung des Urheberrechts.....	33
3.2	Der Copyright-Vermerk.....	35
3.3	Ansprüche des Urhebers .....	35
3.3.1	Das Urheberpersönlichkeitsrecht .....	35
3.3.2	Verwertungsrechte .....	37
3.4	Links .....	42
3.5	Frames .....	43
3.6	Software.....	44
3.7	Ausnahmen.....	44
3.7.1	Schutzdauer .....	44
3.7.2	Kopien für den privaten Gebrauch.....	45
3.7.3	Eine andere Privilegierung gilt im Bereich der Ausbildung. ....	48
3.7.4	Öffentliche Reden.....	48
3.7.5	Zitate .....	49
3.8	Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen .....	50
3.8.1	Zivilrechtliche Ansprüche.....	50
3.8.2	Strafrecht .....	54
3.9	Die Urheberrechtsreform 2007 und der für 2012 geplante „Dritte Korb“ .....	55
3.10	Zusammenfassung .....	57



<b>4</b>	<b>Werbung im Netz</b>	<b>58</b>
4.1	Begrifflichkeiten	58
4.2	Wirtschaftlicher Hintergrund	58
4.3	Das Recht welches Staates ist anwendbar?	59
4.4	Rechtslage in Deutschland	60
4.4.1	Täuschung	66
4.4.2	Vergleichende Werbung	66
4.4.3	Herabsetzung und Verunglimpfung des Mitwettbewerbers	67
4.4.4	Virales Marketing	67
4.4.5	Preisvergleiche	68
4.4.6	Preissenkungen	69
4.4.7	Exkurs: Preisangabenverordnung	69
4.4.8	Werbe- und Spam-Mails	70
4.4.9	Newsletter	74
4.4.10	Kunden auf die eigene Homepage locken	75
4.4.11	Bannerwerbung	79
4.4.12	Werbekooperationen	79
4.4.13	Pop-Ups	80
4.4.14	Werbung per Bildschirmschoner	81
4.4.15	Counter-Manipulation	81
4.4.16	Markenrecht - Werbung mit Markenartikeln	81
4.5	Zusammenfassung	83
<b>5</b>	<b>Verträge im Internet</b>	<b>84</b>
5.1	Kaufvertrag	85
5.2	Werk- und Dienstverträge	85
5.3	Miete	86
5.4	Verträge eigener Art	86
5.5	Differenzierung nach Vertragspartnern	87
5.6	Der Vertragsschluss	87

5.6.1	Verträge mittels Bestellmaske .....	88
5.6.2	Invitatio ad offerendum .....	88
5.6.3	Zugang der Willenserklärung .....	89
5.6.4	Annahme des Angebots .....	89
5.6.5	Verträge per E-Mail.....	91
5.6.6	Verträge in Chat-Rooms oder mittels Internettelefonie .....	92
5.7	Widerruf einer elektronischen Willenserklärung .....	93
5.8	Besonderheit: „Silent Commerce“ .....	95
5.9	Internetauktionen .....	95
5.10	Die digitale Signatur und DE-Mail .....	97
5.11	Anfechtung .....	99
5.11.1	Die Anfechtungserklärung .....	100
5.11.2	Anfechtungsgrund .....	100
5.11.3	Anfechtungsfrist.....	102
5.11.4	Folge der Anfechtung .....	103
5.12	Andere Nichtigkeitsgründe .....	104
5.12.1	Fehlende Geschäftsfähigkeit.....	104
5.12.2	Beschränkt Geschäftsfähige .....	105
5.12.3	Formmangel .....	107
5.12.4	Sittenwidrigkeit .....	108
5.13	Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	108
5.13.1	Einbeziehung in Verträge.....	108
5.13.2	Beweisbarkeit .....	111
5.13.3	Rechtliche Beurteilung .....	111
5.13.4	Praktische Anwendung des AGB-Rechts .....	117
5.14	Probleme im Rahmen der Vertragsabwicklung .....	118
5.14.1	Die Haftung des Verkäufers .....	118
5.14.2	Unmöglichkeit .....	121
5.14.3	Verzug.....	124

5.15	Grenzüberschreitende Verträge.....	128
5.15.1	UN-Kaufrecht .....	128
5.15.2	Die Rechtswahl durch Vertragsparteien .....	129
5.15.3	Verträge ohne Rechtswahl .....	131
5.16	Zusammenfassung .....	131
<b>6</b>	<b>E-Commerce .....</b>	<b>133</b>
6.1	Einführung.....	133
6.2	Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten.....	133
6.2.1	Einzelner.....	133
6.2.2	Gesellschaft .....	134
6.2.3	Die GbR .....	135
6.2.4	Die OHG.....	136
6.2.5	Die KG .....	136
6.2.6	Die GmbH & Co. KG .....	137
6.2.7	Stille Gesellschaft .....	137
6.2.8	Die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt).....	138
6.2.9	Ausweichen auf ausländische Unternehmenstypen.....	140
6.2.10	Formalitäten der Gewerbeanmeldung.....	141
6.2.11	Unternehmereigenschaft im Rahmen des Online-Handels .....	142
6.2.12	Angaben in E-Mails .....	147
6.3	Fernabsatz .....	148
6.4	Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr .....	150
6.4.1	Die Widerrufsbelehrung .....	150
6.4.2	Gefahrtragung im Rahmen des Versandungskaufs .....	154
6.4.3	Absicherung des E-Commerce .....	155
6.5	Hörbeispiele.....	159
6.6	Zusammenfassung .....	160
<b>7</b>	<b>Besonderheiten.....</b>	<b>162</b>

7.1	Die „Dialer-Problematik“ .....	162
7.1.1	Vertragsverhältnis (Kunde/Netzwerkbetreiber).....	162
7.1.2	Vertrag (Nutzer/Mehrwertdienstanbieter).....	163
7.1.3	Vertragsverhältnis (Mehrwertdienstanbieter/Netzbetreiber).....	163
7.1.4	Rechtliche Einordnung .....	163
7.2	Abo-Fallen.....	168
7.3	Haftungsfragen im Internet.....	169
7.3.1	Was nützen Disclaimer? .....	169
7.3.2	Links und Pressefreiheit.....	170
7.3.3	Haftung des Betreibers einer Meinungsplattform .....	171
7.3.4	Haftung der Nutzer im Rahmen einer Internetauktionsplattform.....	172
7.4	Arbeitnehmer und Internetnutzung im Betrieb.....	173
7.4.1	Die Nutzung des Internets zu privaten Zwecken .....	173
7.4.2	Die Anwesenheitsmitteilung .....	176
7.4.3	Schadensersatzansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer.....	177
7.4.4	Fazit .....	179
7.4.5	Private Internetnutzung und Kündigung .....	180
<b>8</b>	<b>Computerkriminalität und Strafrecht .....</b>	<b>183</b>
8.1	Generelle Einführung in das Strafrecht .....	183
8.2	Der strafrechtliche Schriftenbegriff.....	184
8.3	Straftaten gegen die persönliche Ehre .....	184
8.3.1	Beleidigung, § 185 StGB .....	185
8.3.2	Üble Nachrede § 186 StGB .....	185
8.3.3	Verleumdung § 187 StGB .....	186
8.3.4	Antragsdelikte .....	186
8.4	Verunglimpfung.....	187
8.5	Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen, § 86 StGB .....	188
8.6	Pornographie, § 184 ff. StGB.....	188

8.7	Gewaltdarstellungen, § 131 StGB .....	189
8.8	Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs, § 201a .....	190
8.9	Hacker .....	191
8.10	Phishing.....	193
8.11	Viren und Würmer .....	195
8.11.1	Viren.....	195
8.11.2	Würmer.....	195
8.12	Strafvorschriften des Urheberrechtsgesetzes.....	197
8.13	Schutz Jugendlicher.....	198
8.13.1	Jugendschutzgesetz .....	198
8.13.2	Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag .....	199
8.13.3	Konsequenzen bei Missachtung des Jugendschutzes.....	200
8.14	Zusammenfassung .....	200
<b>9</b>	<b>Datenschutz .....</b>	<b>201</b>
9.1	Einführung.....	201
9.2	Historische Entwicklung .....	202
9.3	Gesetzliche Regelungen .....	202
9.4	Personenbezogene Daten.....	203
9.5	Nicht-öffentliche Stellen .....	205
9.6	Cookies .....	206
9.7	Missachtung des Datenschutzes und dessen Konsequenzen .....	207
9.7.1	Die Rechte eines Betroffenen .....	207
9.7.2	Sanktionen.....	207
9.8	Internationaler Datenschutz.....	208
9.9	Zusammenfassung .....	209
<b>10</b>	<b>Verfahrensrechtliches.....</b>	<b>211</b>
10.1	Das Mahnverfahren.....	211
10.2	Abmahnungen.....	212
10.3	Klage und einstweilige Verfügung.....	219

10.4	Strafrechtliche Ermittlungen .....	221
10.4.1	Hausdurchsuchung .....	223
10.4.2	Beschlagnahme von Beweismitteln .....	224
10.4.3	Online-Durchsuchungen.....	225
10.4.4	Strafprozess.....	226
10.4.5	Jugendliche und Strafrecht .....	227
10.5	Zusammenfassung .....	227
11	Wiederholungsfragen .....	228
	Literatur .....	231
	Stichwortverzeichnis.....	241

# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DENIC	Deutsches Network Information Center
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GmbH-StB	Der GmbH-Steuer-Berater

## Abkürzungsverzeichnis

GRUR	Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
IP	internet protocol
ITRB	Der IT-Rechts-Berater
JA	Juristische Arbeitsblätter
KG	Kommanditgesellschaft
K&R	Kommunikation und Recht
LG	Landgericht
MMR	MultiMedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
S.	Seite
StPO	Strafprozessordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vgl.	vergleiche
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WuM	Wirtschaftsinformatik & Management
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht



# 1 Einführung

## 1.1 Zum Umgang mit diesem Buch

Das vorliegende Werk hat sich zum Ziel gesetzt, die Grundstrukturen des Internetrechts darzustellen. Das Buch möchte eine praxisnahe und zugleich leicht verständliche Einführung in das Internetrecht bieten. Dadurch soll der Leser eine leicht verständliche und dennoch tiefgründige Übersicht über die Themenbereiche des Internetrechts erhalten. Obwohl sich das Werk primär an Studierende der Universitäten, Fachhochschulen und Berufsakademien richtet, ist es stark geprägt vom Praxisbezug des Lehrstoffes, so dass sich das Werk auch ideal für Praktiker und insbesondere Berufstätige in der IT- und Medienbranche eignet. Die Anwendungsmöglichkeiten und Einsatzfelder des Lehrstoffes werden dem Leser aufgezeigt. Der Inhalt wird durch praktische Beispiele veranschaulicht und vertieft.

Jahrelange Lehrerfahrung hat gezeigt, dass das Arbeiten mit Lehrbüchern dann besonders effektiv ist, wenn der Leser nicht nur den Text des Lehrbuchs liest, sondern sich zugleich die Paragraphen im Gesetz ansieht. Denn was im Lehrbuch so leicht und überzeugend beschrieben wird, wirkt zum Teil unverständlich, wenn es im Originalwortlaut des Gesetzgebers gelesen wird. Aus diesem Grunde sind zum Teil die wichtigen Paragraphen an den entsprechenden, relevanten Stellen im Lehrbuch abgedruckt, so dass der Leser nicht gezwungen ist, bestimmte Paragraphen erst mühselig im Gesetz nachzuschlagen. Fast jedes Kapitel endet mit einer kurzen Zusammenfassung. Sie beinhaltet die wesentlichen Aspekte und kann daher zugleich auch einer schnellen Orientierung über die Schwerpunkte des Kapitels dienen. Im letzten Kapitel des Buches befinden sich Wiederholungsfragen. Sie geben dem Leser die Möglichkeit zu überprüfen, ob der Lehrstoff des Buches verstanden worden und im Gedächtnis präsent ist.

## 1.2 Thematische Einführung

Das Internet hat in den letzten Jahren als Informationsmedium zunehmend an Bedeutung gewonnen. Doch ist das Netz kein rechtsfreier Raum; ebenso wie außerhalb des Internet bestehen auch hier Regelungen, gelten auch hier Gesetze. Für die Nutzer des

Mediums „Internet“ wird es deshalb zunehmend wichtiger, sich mit den bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen auseinander zu setzen. Auch ist es streng genommen nicht richtig, allgemein von einem Fachgebiet „Internetrecht“ zu sprechen. Das so genannte Internetrecht setzt sich vielmehr aus unterschiedlichen Rechtsgebieten zusammen, die von Juristen auf den Themenbereich des Internets übertragen werden. Internetrecht stellt damit ein Konglomerat unterschiedlicher Rechtsgebiete dar. Dementsprechend sind auch unterschiedliche Spezialgesetze zu verwenden, die oftmals zwar in Gesetzessammlungen enthalten sind, aber dennoch gewöhnlich nicht allein auf das Thema Internet zugeschnitten sind. Da das Internet Rechner unterschiedlicher Staaten verbindet, deutsches Recht allerdings in der Regel nur auf deutschem Staatsgebiet Anwendung findet, ist es nicht verwunderlich, dass oftmals auch internationales- und europäisches Recht in die Betrachtung einbezogen werden muss.

Die Möglichkeiten, die das Internet den Nutzern bietet, und auch die Beliebtheit des Mediums selbst, nahmen so rasant zu, dass es dem Gesetzgeber nicht möglich war, diese Entwicklung in einem umfassenden Gesetzeswerk zu regeln. So ist es dann auch nicht verwunderlich, dass sich das Internetrecht als eine Art Querschnittswissenschaft aus unterschiedlichen, zumeist traditionellen Rechtsgebieten zusammensetzt und die Juristen größtenteils versuchen, Vorschriften, die eigentlich für Tatbestände außerhalb des Internets geschaffen wurden, auf den Themenbereich Internetrecht zu übertragen. Wenn bei dieser Übertragung Schwierigkeiten auftreten oder bestimmte Tatbestände mit den bestehenden Vorschriften nicht zu reglementieren sind, ist der Gesetzgeber gefordert, hierfür Regelungen zu schaffen. Dies führt allerdings in der Praxis dazu, dass das Internetrecht immer auf bestimmte Erscheinungen bzw. Vorgehensweisen reagiert und die Gesetzgebung zwangsläufig deshalb den Bedürfnissen der Praxis oftmals hinterherhinkt.

Verstärkt wird dieses Hinterherhinken dadurch, dass das Internet keine rein nationale Erscheinung ist, sondern sich weltweit verbreitet hat. Durch europäische Richtlinien, welche Mitgliedsstaaten wie die Bundesrepublik Deutschland erst in nationales Recht umsetzen müssen, kommt es oftmals aufgrund des föderalen Staatsaufbaus der Bundesrepublik Deutschland, durch welchen sowohl Bund als auch Länder an der Gesetzgebung beteiligt werden, ebenfalls zu einer zeitverzögerten Regelung aktueller Tatbestände im Internet.

## 1.3 Begrifflichkeiten

### 1.3.1 Internet

Der Begriff des Internets wird bisweilen fälschlich synonym zu dem Begriff des World Wide Web verwendet. Unter dem Begriff des Internet ist ein weltweiter Verbund von dezentral betriebenen Datennetzen zu verstehen, welches jeder, also sowohl Privatpersonen als auch Unternehmen nutzen können. Der populärste darin existente Dienst ist das World Wide Web. Dieser Dienst verbindet über das Hypertext Transfer Protocol (http) Dokumente miteinander. Entwickelt wurde der Dienst im Jahre 1989 von dem Physiker Tim Berners-Lee. Er schrieb ein Programm, mit welchem er die Bedienung des Internet erleichterte und prägte den Begriff des „World Wide Web“. Das World Wide Web ist eine Dokumentensammlung, welche auf einer extrem hohen Anzahl dezentraler Rechner abgespeichert ist. Diese Rechner werden auch als Server bezeichnet. Die Dokumentensammlung ist für den Internetnutzer mittels standardisierter Programme, den so genannten Browsern, abrufbar. Der Browser stellt damit die Benutzerschnittstelle dar.

### 1.3.2 Provider

Um in das Internet zu gelangen benötigt man einen so genannten Provider. Der Begriff des Providers stellt einen Oberbegriff dar. Man unterscheidet grob zwischen folgenden Providerarten:

- Access-Provider
- Host- / Service-Provider
- Content-Provider

Der Access-Provider stellt den Zugang in das Internet her<sup>2</sup>, indem er dem Nutzer nicht nur die Möglichkeit zur Einwahl in das System gibt, sondern darüber hinaus für die Protokollfunktionen wie IP-Adresse und Routing sowie für den Verbindungsaufbau sorgt.<sup>3</sup> IP-Adresse steht für Internet-Protocol-Adresse.<sup>4</sup> Sie besteht aus einer Anzahl von Ziffernblöcken, die jeweils durch Punkte voneinander getrennt sind und

---

<sup>2</sup> Vgl. zur Haftung des Access-Providers auch: Volkmann, Aktuelle Entwicklung in der Providerhaftung im Jahr 2010, K&R 2011, S. 361 ff. (S. 365).

<sup>3</sup> Vgl. hierzu auch: Minnerup, Zur Sicherheit von IP-Adressen-Ermittlungssoftware, ITRB 2011, S. 95 ff.

<sup>4</sup> Zum Auskunftsanspruch der Staatsanwaltschaft bezüglich der IP-Adressen vgl.: Niclas / Opfermann / v. Blumenthal, BVerfG: Auskunftsanspruch der Staatsanwaltschaft bzgl. IP-Adressen, ITRB 2011, S. 145.

dienen der Identifizierung im Netz. Um dem Nutzer diese Leistungen zur Verfügung stellen zu können, bedarf es geordneter Organisationsstrukturen und einer personellen Infrastruktur. Deshalb ist es kaum verwunderlich, dass insbesondere Online-Dienste wie beispielsweise AOL oder T-Online die Leistungen eines Access-Providers anbieten. Kurz gesagt: Über den Access-Provider gelangt der Nutzer in das Internet.

Der Host- oder Service-Provider stellt dem Nutzer bestimmte Ressourcen, wie beispielsweise Webspaces auf seinem Server oder auch Hardware zur Verfügung. Deshalb werden hierfür bisweilen auch andere Begriffe wie beispielsweise Webspaces Provider oder Presence Provider verwendet.

Der Mehrzahl an Nutzern genügt es aber nicht, lediglich Zugang zum Internet zu haben. Sie möchten lieber eigene Inhalte ins Netz stellen. Diese dritte Kategorie von Providern werden als Content-Provider<sup>5</sup> bezeichnet. Sie stellen eigene Inhalte in das Netz. Hierunter kann sowohl ein Unternehmer fallen, der seine Waren per Internetauftritt bewirbt, als auch der Student, der sich eine eigene Homepage einrichtet und dort eigene Texte oder Bilder präsentiert.

### 1.3.3 Dienste im Internet

Das Internet als weltumspannender Verbund dezentral agierender Rechner, gibt den Nutzern die Möglichkeit, neben dem bereits erwähnten World Wide Web auf eine große Zahl weiterer, interessanter Dienste zuzugreifen. Zunächst gibt es beispielsweise die so genannten Newsgroups. Darunter werden elektronische Diskussionsforen verstanden. Hierin können die Nutzer ihre Meinung zu bestimmten Themen äußern. Vorteil dieser Newsgroups ist es, dass der Meinungs- und Erfahrungsaustausch unabhängig von Zeit und Raum erfolgen kann. Zumeist gibt es bei derartigen Diskussionsgruppen Personen, welche die Beiträge lesen, darüber entscheiden, ob sie zu den Diskussionsthemen passen und diese dann nach einer entsprechenden Zuordnung zum Abruf in einem Forum für die übrigen Nutzer freigeben. Es ist auch möglich auf bestimmte im Forum befindliche Beiträge Bezug zu nehmen.

Ähnlich wie die Newsgroups sind so genannte Mailinglisten. Im Unterschied zu den Newsgroups können sich hier die interessierten Nutzer anmelden und erhalten dann Beiträge, die an einen zentralen Rechner geschickt wurden automatisch per E-Mail zugesandt.

Ein Informationsaustausch im Internet kann auch über E-Mails erfolgen. Hierunter wird die so genannte elektronische Post verstanden, welche schnell und nahezu ohne nennenswerte Kosten dem Nutzer ermöglicht, Texte und angehängte Dateien im Rahmen des Internets weltweit an andere Rechner zu übermitteln. Die Nutzung von

---

<sup>5</sup> Zur Akzeptanz dieser Bezeichnung auch als Rechtsbegriff vgl.: OLG Frankfurt a.M., CR 1998, S. 96, 97.

E-Mail-Diensten stellen neben dem World Wide Web die wohl im Internet am meisten genutzten Dienste dar. Voraussetzung für die Nutzung derartiger Dienste ist es jedoch, dass der betreffende User im Besitz einer E-Mail-Adresse ist. Diese setzt sich bei Unternehmen oftmals aus dem Namen des betreffenden Angestellten oder der Abteilung und der Bezeichnung des Unternehmens zusammen. Beide Namensteile werden durch ein @-Symbol, welches bisweilen umgangssprachlich auch als „Klammeraffe“ bezeichnet wird, verbunden. Als letztes Element schließt sich eine Top-Level-Domain an. So kann eine E-Mail-Adresse etwa folgendermaßen aussehen:

Mustermann@Musterunternehmen.com

Ein weiterer Dienst im Internet ist das „File Transfer Protocol“. Der Nutzer kann mit diesem Dienst per Internet auf einen anderen Rechner zugreifen. Das File Transfer Protocol dient dazu, bisweilen vom Nutzer nahezu unbemerkt, Daten von einem Rechner auf einen anderen zu übertragen. Dieser Dienst bietet Unternehmen mit mehreren Zweigstellen die Möglichkeit, erhebliche Datenmengen von einer Zweigstelle zur anderen zu senden. Daneben hat das File Transfer Protocol auch eine wichtige Funktion bei der Bereitstellung von Softwareupgrades oder Softwaretreibern, die heutzutage den Kunden oftmals über diesen Weg zur Verfügung gestellt werden.

## 1.4 Überblick über die relevanten Gesetze

Wenn man das Internet begreifen möchte, ist es wichtig, zunächst dessen Strukturen und Zusammenhänge zu begreifen, bevor man sich den Details widmet. Das Internetrecht, welches ohnehin eine Querschnittswissenschaft aus unterschiedlichen Rechtsgebieten darstellt, kann grob in einen „Allgemeinen“ und einen „Besonderen Teil“ eingeteilt werden. Als „Allgemeiner Teil“, der ähnlich dem Allgemeinen Teil des BGB vor die Klammer gezogen – also auf alle Rechtsgebiete des Besonderen Teils angewandt – wird, sind die Regelungen zu den Telemediendiensten (TMG)<sup>6</sup> und das Telekommunikationsrecht (TKG)<sup>7</sup> anzuwenden.<sup>8</sup> Zum Besonderen Teil gehört eine Vielzahl der auch außerhalb des Netzes geltenden Gesetze, welche nun im Internetrecht eine Anpassung auf internetrelevante Aspekte erfahren. Hierzu zählen beispielsweise die vertragsrechtlichen Vorschriften des „Bürgerlichen Gesetzbuchs“ (BGB)<sup>9</sup> ebenso

<sup>6</sup> Vgl. Telemediengesetz vom 26. Februar 2007, BGBl. I S. 179, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Mai 2010, BGBl. I S. 692.

<sup>7</sup> Vgl. Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Oktober 2010, BGBl. I S. 272.

<sup>8</sup> Vgl. zur Struktur des Internetrechts insbesondere: Haug, Grundwissen Internetrecht, Stuttgart 2005, Rn. 8 und Rn. 9.

<sup>9</sup> Vgl. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl. I S. 42, 2909 und BGBl. 2003 I S. 738) zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Januar 2011, BGBl. I S. 34.

wie die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des „Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“ (UWG)<sup>10</sup>, das Marken<sup>11</sup> und das Urheberrechtsgesetz<sup>12</sup> oder die Vorschriften des Daten-, Verbraucher- und des Jugendschutzes<sup>13</sup> sowie Strafrechtsnormen und einzelne Grundrechtsartikel.

## 1.5 Europäisches Recht

Sowohl der „Allgemeine“ als auch der „Besondere Teil“ des Internetrechts sind stark durch das europäische Recht geprägt und harmonisiert worden. Insbesondere ist die innereuropäische Angleichung von Vorschriften auf EU-Richtlinien zurückzuführen. Anders als europäische Verordnungen, die nach Art. 249 Abs. 2 EGV unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat wirksam werden, bedarf es bei europäischen Richtlinien zunächst eines nationalen Umsetzungsakts. Das heißt, der jeweilige Mitgliedsstaat muss erst gem. Art. 249 Abs. 3 EGV innerhalb einer vorgegebenen Zeitspanne ein nationales Gesetz schaffen, welches die Vorgaben der Richtlinie erfüllt. Über die Möglichkeit der Rechtssetzung durch Richtlinien hat Europa im Laufe der letzten Jahre eine relativ ähnliche Gesetzgebung auf dem Gebiet des Internetrechts erreicht. Wesentliche Richtlinien, die dazu beigetragen haben, waren:

- Datenschutz-Richtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG<sup>14</sup>,
- E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG<sup>15</sup>,
- Genehmigungs-Richtlinie 2002/20/EG<sup>16</sup>,

<sup>10</sup> Vgl. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004, BGBl. I S. 1414, in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010, BGBl. I S. 254.

<sup>11</sup> Vgl. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994, BGBl. I S. 3082, ber. BGBl. I 1995 S. 156, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2248.

<sup>12</sup> Vgl. Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Dezember 2008, BGBl. I S. 2586.

<sup>13</sup> Vgl. zu den strafrechtlichen Anforderungen an den Jugendschutz auch: Hilgendorf, Strafrechtliche Anforderungen an den Jugendschutz im Internet – unter besonderer Berücksichtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs-Providern, K&R 2011, S. 229 ff.

<sup>14</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. L 201 vom 31.07.2002, S. 37.

<sup>15</sup> 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, ABl. L 178 vom 17.07.2000, S. 1.

<sup>16</sup> Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 21.

- Rahmen-Richtlinie 2002/21/EG<sup>17</sup>,
- Signatur-Richtlinie 1999/93/EG<sup>18</sup>,
- Universaldienst-Richtlinie 2002/22/EG<sup>19</sup>,
- Urheberrecht in der Informationsgesellschaft-Richtlinie 2001/29/EG<sup>20</sup>,
- Zugangskontrolldienste-Richtlinie 1998/84/EG<sup>21</sup>.

## 1.6 Internationale Verträge und Übereinkommen

Insbesondere im Bereich des Urheberrechts bestand das Bedürfnis die Umsetzung geistiger Ideen über die Grenzen Deutschlands und sogar über die Grenzen Europas hinaus zu schützen. Insofern ist es auch nicht verwunderlich, dass gerade auf diesem Gebiet eine große Zahl von internationalen Verträgen und Übereinkommen abgeschlossen worden sind. Die Regelungen, die Ursprünglich außerhalb des Internets galten, können auf den Bereich des Internets übertragen werden. Wesentliche Grundlagen sind hier:

- Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (BÜ)<sup>22</sup>,
- Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS)<sup>23</sup>,
- Welturheberrechtsabkommen (WUA)<sup>24</sup>,
- WIPO Urheberrechtsvertrag (WCT)<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 33.

<sup>18</sup> Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. L 13, S. 12.

<sup>19</sup> Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl. L 108 vom 24.04.2002, S. 51.

<sup>20</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 vom 22.06.2001, S. 10, berichtigt durch Berichtigung, ABl. L 6 vom 10.01.2002, S. 71.

<sup>21</sup> Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. L 320 vom 28.11.1998, S. 54.

<sup>22</sup> Übereinkunft vom 9. September 1886, revidierte Pariser Fassung vom 24. Juli 1971, BGBl. 1976 II S. 1071, zuletzt geändert durch Beschluss vom 2. Oktober 1979.

<sup>23</sup> Übereinkommen vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II S. 1730.

<sup>24</sup> Abkommen vom 6. September 1952, BGBl. 1955 II S. 102, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, BGBl. 1973 II S. 1111.

<sup>25</sup> Vertrag vom 20. Dezember 1996, BGBl 2003 II S. 754; in Kraft getreten am 6. März 2002.

## 1.7 Deutsche Rechtsvorschriften

Im deutschen Rechtssystem existieren viele Gesetze, die im Internetrecht zur Anwendung kommen. Im Folgenden sollen einige relevante Gesetze kurz vorgestellt werden. Der Leser sollte sich durch die vielen Regelungspunkte nicht abschrecken lassen. Die Auswirkungen der Gesetze tauchen in den jeweiligen Kapiteln im Rahmen der praktischen Anwendungsgebiete wieder auf. Die zusammenhängende Darstellung hat also nur den Zweck, ein Verständnis für diese Regelungsstruktur aufzubauen.

So sind für den Allgemeinen Teil des Internetrechts insbesondere das Telemediengesetz (TMG) und das Telekommunikationsgesetz (TKG) von Interesse. Soweit es sich nicht um Telekommunikationsdienste im Sinne des § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, also um Dienste die vollständig in der Übertragung von Signalen bestehen, handelt, findet auf alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste das TMG Anwendung. Deshalb sollen diese beiden Gesetze im Folgenden näher dargestellt werden. Wegen der doch umfassenden Novellierung des Telemediengesetzes wird auf dieses relativ ausführlich eingegangen wohingegen die übrigen Gesetze zunächst nur kurz vorgestellt werden.

### 1.7.1 Das neue Telemediengesetz

Die wohl gravierendste Änderung jüngster Zeit ist das neue Telemediengesetz (TMG)<sup>26</sup>. Es trat am 1. März 2007 in Kraft und hat die bisher bestehende Gesetzesstruktur im Internet grundlegend geändert.

Das Telemediengesetz (TMG) enthält 16 Paragraphen und weist folgenden Aufbau auf:

- Abschnitt 1 (§ 1 bis § 3 TMG), Allgemeine Bestimmungen,
- Abschnitt 2 (§ 4 bis § 6 TMG), Zulassungsfreiheit und Informationspflichten,
- Abschnitt 3 (§ 7 bis § 10 TMG), Verantwortlichkeit,
- Abschnitt 4 (§ 11 bis § 15 TMG), Datenschutz,
- Abschnitt 5 (§ 16 TMG), Bußgeldvorschriften.

<sup>24</sup> Abkommen vom 6. September 1952, BGBl. 1955 II S. 102, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, BGBl. 1973 II S. 1111.

<sup>25</sup> Vertrag vom 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II S. 754; in Kraft getreten am 6. März 2002.

<sup>26</sup> Gesetz über die Nutzung von Telemedien vom 26. Februar 2007, BGBl. I S. 179, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Mai 2010, BGBl. I S. 692.



Mit dem Wirksamwerden des TMG wurden drei bis dahin wichtige und etablierte Gesetzesgrundlagen des Internetrechts außer Kraft gesetzt. Sowohl der Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) als auch das Teledienstgesetz (TDG) und das Teledienstdatenschutzgesetz (TDDSG) verloren mit der Einführung des TMG ihre Gültigkeit. Darüber hinaus wurde im Rahmen der Gesetzesreform durch die Bundesländer auch der Rundfunkstaatsvertrag (RStV) in den § 54 ff. RStV entsprechend angepasst. Ziel der Schaffung des TMG war es, die Handhabung der Gesetzesmaterie sowohl für den Nutzer als auch für Anbieter der neuen Dienste zu vereinfachen. Denn die bis dahin bestehende begriffliche Differenzierung zwischen „Teledienst“ und „Mediendienst“ fällt nach Einführung des TMG nunmehr weg. Wurde früher eine Webseite als Teledienst angesehen, so wurde auf sie das TDG angewendet; stufte man sie hingegen als Mediendienst ein, so wendete man den MDStV an. Diese Unterscheidung, welcher eine nicht immer einfache und nicht immer eindeutige Differenzierung zu Grunde lag, ist seit März 2007 obsolet geworden. Das TMG verwendet für beides den einheitlichen Begriff der „Telemedien“. Dieser recht weite Medienbegriff umfasst nun alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste; lediglich Telekommunikation und Rundfunk sind hiervon ausgeklammert. Das bedeutet, dass zu den Telemedien, die von diesem Gesetz erfasst werden, nahezu alle Angebote im Internet zählen. Chatrooms, Suchmaschinen<sup>27</sup>, Webmaildienste und Informationsdienste gehören ebenso hierzu wie private Webseiten. Ausnahmen und damit keine Mediendienste sind hingegen nach § 1 Abs. 1 TMG beispielsweise Live-Streamings oder Webradio, welches beides unter den Begriff „Rundfunk“ einzuordnen ist oder die Internettelefonie<sup>28</sup>, welche der Telekommunikation zuzuordnen ist<sup>29</sup> sowie telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG wozu z.B. auch Mehrwertdienste gehören, welche unter 0900-Rufnummern agieren<sup>30</sup>. Für diese Aspekte, die nicht unter den Begriff „Telemedien“ im Sinne des TMG fallen, gelten weiterhin die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes. Für die Bereiche, die sowohl Telemedien als auch Telekommunikationsdienstleistungen enthalten, sind sowohl das TKG als auch das TMG anzuwenden.

Das neue Telemediengesetz geht jedoch über die Änderung der reinen Begrifflichkeit und die Zusammenführung der unterschiedlichen bisherigen Gesetzesmaterien hinaus. Es führt nunmehr insbesondere auch zu einer Qualifizierung von Spam-Mails als Ordnungswidrigkeit und zu einer Erweiterung der Auskunftsmöglichkeiten über personenbezogene Daten.

<sup>27</sup> Vgl. zur aktuellen Rechtsentwicklung bei Suchmaschinen: Meyer, Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2010, K&R 2011, S. 217 ff.

<sup>28</sup> Vgl. einführend hierzu: Bonnekoh, Voice over IP, 2007, insbesondere S. 72 f.

<sup>29</sup> Vgl. zur Einordnung der Internet-Telefonie: BT-Drucks. 16/3078, S. 17 f.

<sup>30</sup> Vgl. Hoeren, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801, 802; Geppert / Piepenbrock / Schütz / Schuster (Hrsg.), Beckscher TKG-Kommentar, 3. Aufl., München 2006, § 3 Rn. 51.

### 1.7.1.1 Regelungen zu Spam-Mails

Das TMG bietet eine neue rechtliche Bewertung von Spam-Mails und stellt in § 6 Abs. 2 TMG klar, wann E-Mails als Spam zu qualifizieren sind. Es stellt Regelungen auf, die detailliert vorschreiben, wie kommerzielle E-Mails auszusehen haben. Keine Aussagen trifft das Gesetz hingegen dazu, inwiefern die Versendung unbestellter Werbemails überhaupt stattfinden darf. Es werden lediglich Aussagen zur Gestaltung der Mails getroffen. Das Gesetz fordert:

„Werden kommerzielle Kommunikationen per elektronischer Post versandt, darf in der Kopf- und Betreffzeile weder der Absender noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden. Ein Verschleiern oder Verheimlichen liegt dann vor, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet sind, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält“.

Ziel dieser Vorgaben ist es, durch die Identifizierung den Einsatz von Spamschutz-Programmen zu erleichtern.<sup>31</sup> Verstößt ein Absender gegen diese Regelung, so muss er nunmehr nach § 16 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 TMG mit einer Geldbuße von bis zu 50.000,- Euro rechnen, denn das TMG betrachtet das Spamming nunmehr als Ordnungswidrigkeit.

So gut diese Regelung von der Intention her gedacht war, so schlecht ist ihre konzeptionelle Umsetzung. Wie soll denn die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit in der Praxis durchgeführt werden? Zum Punkt der Zuständigkeit gibt das TMG keine Auskunft. Sollte diese Aufgabe den Strafverfolgungsbehörden wie Staatsanwaltschaft und Polizei obliegen, so stellt sich die Frage, ob hierzu die sachlichen und personellen Mittel dieser ohnehin bereits mit einem enormen Arbeitspensum ausgelasteten Behörden ausreichend sind.

### 1.7.1.2 Änderung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen

Im Bereich des Datenschutzes (§§ 11 bis 15 TMG) hat sich durch das neue Gesetz relativ wenig geändert. So wurden die Datenschutzvorschriften des TDDSG und des MDStV nahezu unverändert in das TMG übernommen. Aber der Aspekt der Auskunftspflichten war bei der Einführung des TMG hochgradig umstritten. Hatten bislang nur die Gerichte und Strafverfolgungsbehörden einen Anspruch darauf, dass ihnen Bestands- und Nutzungsdaten zugänglich gemacht werden, so ist der Kreis der Anspruchsberechtigten durch das TMG massiv erweitert worden. Durch das neue Gesetz haben nach § 14 Abs. 2 TMG nun folgende Behörden und Privatpersonen Auskunftsanspruch:

---

<sup>31</sup> Vgl. Hoeren, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801, 804.

- Strafverfolgungs- und Polizeibehörden,
- Bundesnachrichtendienst,
- Militärischer Abschirmdienst,
- (Privat-)Personen, die Rechte am geistigen Eigentum durchsetzen möchten.

Wenn § 14 Abs. 2 TMG in der Wortwahl „(...) darf der Dienstanbieter im Einzelfall Auskunft über Bestandsdaten erteilen (...)“ auch sehr zurückhaltend formuliert ist, so ist das Wort „darf“ nicht so zu verstehen, dass der Dienstanbieter nach eigenem Ermessen darüber entscheiden darf, ob er den im Gesetz genannten Behörden und Personen die Auskunft geben möchte. Vielmehr ist der § 14 TMG „im Lichte der Auskunftsverpflichtungen zu interpretieren, die sich in den jeweiligen Spezialgesetzen finden“.<sup>32</sup>

Insbesondere die Erweiterung der Auskunftspflichten auf Private hat im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bisweilen zu Kritik geführt.<sup>33</sup> Bis das TMG in Kraft trat konnten lediglich Gerichte und Strafverfolgungsbehörden Zugriff auf Bestands- und Nutzerdaten nehmen. So musste beispielsweise die Film- und Tonträgerindustrie, wenn sie Verletzungen ihrer Nutzungsrechte beispielsweise durch Nutzer von Peer-to-Peer Tauschbörsen rechtlich verfolgen wollte folgenden Trick anwenden, um an die Identität der potentiellen Rechtsverletzer zu gelangen: Es wurden Strafanzeigen gegen Unbekannt gestellt. Dies geschah, obwohl die Film- und Tonträgerbranche weniger Interesse an Strafverfahren als vorwiegend Interesse an zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen und Schadensersatz hatte.<sup>34</sup> Denn in der Regel bestand nur so die Möglichkeit an die Adresse der potentiellen Rechtsverletzer zu gelangen. Nachdem die Strafverfolgungsbehörden anhand der IP-Adresse<sup>35</sup> die Identität der potentiellen Rechtsverletzer ermittelt hatten<sup>36</sup>, nahmen die Anwälte der Film- und Tonträgerindustrie Akteneinsicht und konnten daraufhin zivilrechtlich gegen die nun namentlich bekannten Personen vorgehen.

Die Kritik an den weitgreifenden Auskunftspflichten erscheint jedoch etwas überzogen, wenn man sich vor Augen führt, dass die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Richtlinie 2004/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April

<sup>32</sup> Hoeren, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801, 805 unter Hinweis auf die Stellungnahme der Bundesregierung anlässlich einer entsprechenden Kritik des Bundesrates, BR-Drucks. 16/3135, S. 2.

<sup>33</sup> Vgl. beispielsweise hierzu: Rössel, Telemediengesetz – Ein Zwischenschritt: neues Gesetz mit Novellierungsbedarf, ITRB 2007, 158, 162.

<sup>34</sup> Vgl. zur Berechnung des Schadensersatzes beispielsweise: Buchmann / Brüggemann, Der Preis des „Filesharing“. Streitwert, Schadensersatz und Kostendeckelung nach § 97a Abs. 2 UrhG, K&R 2011, S. 368 ff.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu auch: v. Blumenthal / Niclas, „BGH: Siebentägige Speicherung dynamischer IP-Adressen“, ITRB 2011, S. 73.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu auch: Minnerup, Zur Sicherheit von IP-Adressen-Ermittlungssoftware, ITRB 2011, S. 95 f.

2004 verpflichtet war, eine Erweiterung der Auskunftspflichten zu schaffen.<sup>37</sup> Darüber hinaus haben sich die Behörden auch vor Einführung des TMG auf §§ 113, 114 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) berufen und oftmals auch ohne richterliche Anordnung Zugriff auf Bestands- und Nutzungsdaten erlangen können.

### 1.7.1.3 Impressum

Der Gesetzgeber versucht durch die Regelungen des § 5 TMG auch der Rechtsunsicherheit und der Abmahnwelle im Rahmen der Impressumspflicht<sup>38</sup> entgegenzuwirken.<sup>39</sup> Denn ein fehlendes oder unvollständiges Impressum konnte nach dem alten, seit März 2007 nicht mehr geltenden, § 6 TDG als Wettbewerbsverletzung angesehen werden, die oftmals zu einer Abmahnung des Seitenbetreibers durch Mitwettbewerber führte. Obwohl die Impressumspflicht sich nur auf „geschäftsmäßige Teledienste“<sup>40</sup> bezog, führte die dazu ergangene Rechtsprechung dazu, dass selbst private Seiten als geschäftsmäßig qualifiziert wurden, sofern sich auf ihnen Pop-Up-Werbung befand. Das TMG hingegen sieht in seinem § 5 Abs. 1 nunmehr folgende Regelung vor:

„Dienstanbieter haben für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten (...)“.

Was der Gesetzgeber genau unter dem Begriff der Geschäftsmäßigkeit versteht, bleibt auch im TMG unklar. Hinzu kommt, dass die Regelungen im § 55 Abs. 1 des novellierten Rundfunkstaatsvertrages von denen des § 5 TMG abweichen und zum Teil sogar detaillierter sind.<sup>41</sup> Zwar klingt die Wortwahl so, als seien nunmehr nur noch Seiten von den Vorgaben erfasst, welche die Telemedien gegen Entgelt anbieten. Doch ist hierbei Vorsicht geboten. Der Gesetzgeber kann allerdings eine so weitreichende Einschränkung nicht im Sinn gehabt haben. Eine Auslegung dieser unpräzisen Gesetzeslage wird dazu führen, dass sich an der alten Rechtslage nichts ändern wird. Wegen der bestehenden Ungenauigkeit ist deshalb für die Betreiber privater Internetseiten dringend zu empfehlen weiterhin ein Impressum nach den Vorgaben des TMG zu führen.

<sup>37</sup> Zur Anfechtung der IP-Adressauskunft durch den Anschlussinhaber, vgl.: OLG Köln, Entscheidung vom 05.10.2010, 6 W 82/10, ITRB 2011, S. 4 f.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu auch: Hecht, Aktuelle Rechtsprechung zur Impressumspflicht im Internet, ITRB 2011, S. 260 ff.

<sup>39</sup> Vgl. zur Impressumspflicht auf Social-Media-Plattformen: LG Aschaffenburg, Urteil vom 19.08.2011, 2 H KO 54/11, K&R 2011, S. 809 mit Kommentar von Dramburg und Schwenke, K&R 2011, S. 811 ff.

<sup>40</sup> So die explizite Wortwahl in § 6 Satz 1 des durch das TMG abgelösten TDG.

<sup>41</sup> Vgl. hierzu Hoeren, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801, 803.

#### 1.7.1.4 Haftungsregelungen

Bezüglich der Haftungsregelungen kann das neue TMG nur als unzureichend bezeichnet werden.<sup>42</sup> Gerade dieser stark umstrittene Bereich wird komplett unverändert aus den alten Gesetzen übernommen. Das bedeutet, dass Anbieter, welche nur fremde Inhalte weiterleiten, zwischenspeichern oder speichern, nur unter besonderen Voraussetzungen zur Verantwortung gezogen werden können. Denn es gibt keine allgemeine Überwachungspflicht, fremde Inhalte auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Es bleibt letztendlich den Gerichten überlassen, die Rechtsunsicherheiten, die das Gesetz hinterlässt abzubauen.<sup>43</sup>

#### 1.7.2 Das Telekommunikationsgesetz

Das Telekommunikationsgesetz (TKG)<sup>44</sup> ist im Rahmen der Privatisierung der Telekom AG geschaffen worden.<sup>45</sup> Die Ziele des Gesetzes sind in §§ 1 und 2 TKG normiert. Am deutlichsten drückt sie der § 1 TKG aus. Er lautet:

*§ 1 TKG Zweck des Gesetzes.*

*Zweck dieses Gesetzes ist es, durch technologieneutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.*

Das TKG regelt also den technischen Vorgang der Telekommunikation und bildet in Verbindung mit den dazu erlassenen Verordnungen den Rechtsrahmen für einen effektiven Wettbewerb auf dem Gebiet der Telekommunikation. Vor kurzer Zeit wurden die Regelungen durch das TKG-Änderungsgesetz vom 18.02.2007 novelliert.<sup>46</sup> Dies führte zu folgenden wesentlichen Änderungen<sup>47</sup>:

---

<sup>42</sup> Vgl. zur Rechtsscheinhaftung: Borges, Rechtsscheinhaftung im Internet, NJW 2011, S. 2400.

<sup>43</sup> Vgl. zu Haftungsfragen beispielsweise: LG München I, Urteil vom 19.04.2007 – 7 O 3950/07, ITRB 2007, 130 und LG Düsseldorf, Urteil vom 23.05.2007 – 12 O 151/07.

<sup>44</sup> Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Oktober 2010, BGBl. I S. 272.

<sup>45</sup> Vgl. zum TKG allgemein: Heun (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Köln 2007; Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt 2006.

<sup>46</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18.02.2007, BGBl. I, 106 ff.

<sup>47</sup> Vgl. zu den Änderungen im Einzelnen: Zagouras, Mehrwertdienste und Verbraucherschutz im TKG, NJW 2007, 1914.

- Das Gesetz enthält in § 3 TKG nunmehr erstmals Legaldefinitionen zu relevanten Begrifflichkeiten;
- Der § 66a TKG verpflichtet die Anbieter nunmehr zu einer Entgelttransparenz;
- Es werden Preis- und Zeitgrenzen für Mehrwertdienste geregelt.

### 1.7.3 Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)

Eine andere neue Gesetzesmaterie, die bereits kurz vor dem TMG, nämlich bereits am 1. Januar 2007, in Kraft getreten ist, ist das „Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister“.<sup>48</sup> Es führte zu Änderungen einzelner Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (HGB), des GmbH-Gesetzes (GmbHG) und des Aktiengesetzes (AktG). Indem in den Vorschriften § 37a HGB, 35 GmbHG und § 80 AktG nunmehr einheitlich die Formulierung „gleichviel welcher Form“ eingefügt wurde, hat diese Gesetzesänderung Einfluss auf die Pflichtangaben für E-Mails. Durch diese Vorschriften müssen Unternehmer auf ihren Geschäftsbriefen bestimmte Pflichtangaben vornehmen. Doch ist durch die Gesetzesnovelle keine wirkliche Änderung bezüglich der Pflichtangaben für E-Mails eingetreten. Hierbei kann vielmehr von einer Klarstellung gesprochen werden; denn bereits vor Einführung des EHUG unterfielen nach herrschender Meinung auch E-Mails den eben genannten Vorschriften, sofern sie von Unternehmen geschäftlich genutzt wurden. Durch die Gesetzesnovelle wurden in Bezug auf die Pflichtangaben für E-Mails also lediglich Unklarheiten beseitigt.

### 1.7.4 Zivilrechtliche Vorschriften

Im Rahmen der zivilrechtlichen Gesetze und Vorschriften spielen insbesondere die Vorschriften des BGB, des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts eine große Rolle.

#### 1.7.4.1 Bürgerliches Gesetzbuch

Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind im Internetrecht insbesondere bei Fragen des Vertragsschlusses, bei Unmöglichkeit und Verzug der Vertragserfüllung, sowie bei der Prüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie Fragen des Ver-

<sup>48</sup> Vgl. hierzu beispielsweise auch: Glaus/Gabel, Praktische Umsetzung der Anforderungen zu Pflichtangaben in E-Mails, BB 2007, S. 1745.

braucherschutzes relevant. Das Bürgerliche Gesetzbuch gliedert sich in fünf Abschnitte, die als „Bücher“ bezeichnet werden.

- Erstes Buch: Allgemeiner Teil (§§ 1 bis 240 BGB),
- Zweites Buch: Schuldrecht (§§ 241 bis 853 BGB),
- Drittes Buch: Sachenrecht (§§ 854 bis 1296 BGB),
- Viertes Buch: Familienrecht (§§ 1297 bis 1921 BGB),
- Fünftes Buch: Erbrecht (§§ 1922 bis 2385 BGB).

Im Rahmen des Internetrechts werden insbesondere die ersten zwei Bücher und bezüglich der Eigentumslage gegebenenfalls auch das dritte Buch relevant. Das 1. Buch normiert insbesondere die allgemeinen Verjährungsfristen sowie Probleme wie sie grundsätzlich bei allen Arten von Rechtsgeschäften auftreten können. Hierzu gehören beispielsweise Willensmängel sowie Verstöße gegen Gesetze oder gute Sitten. Insofern ist es kaum verwunderlich, dass die Rechtsfolgen der Normen des 1. Buches zumeist die Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit von Rechtsgeschäften ist. Das 2. Buch hingegen behandelt sowohl das „Allgemeine“ als auch das „Besondere Schuldrecht“. Während das „Allgemeine Schuldrecht“ in den §§ 241 bis 432 BGB insbesondere Fragen zur Leistungsstörung, Erfüllung und Beendigung von Verträgen behandelt<sup>49</sup>, werden im „Besonderen Schuldrecht“ der §§ 433 bis 853 BGB bestimmte Vertragstypen und gesetzliche Schadensersatzansprüche detailliert geregelt.<sup>50</sup> Hierzu gehören insbesondere Kauf-, Werk-<sup>51</sup>, Dienst- und Mietvertrag. Aus diesem Grund wird das BGB im Internetrecht insbesondere immer dann eine wichtige Rolle spielen, wenn es um die Aufnahme oder Abwicklung von Verträgen geht.<sup>52</sup>

#### 1.7.4.2 Urheberrechtsgesetz

Das „Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte“ (UrhG)<sup>53</sup> bietet Werken der Literatur, der Wissenschaft und Kunst einen sicheren Rechtsrahmen.<sup>54</sup> Das Gesetz

<sup>49</sup> Vgl. hierzu beispielsweise: Schlechtriem / Schmidt-Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005; Wörlen, Schuldrecht AT, 8. Aufl., Köln, Berlin, München 2006.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu beispielsweise: Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Tübingen 2003; Wörlen, Schuldrecht BT, 8. Aufl., Köln, Berlin, München 2006.

<sup>51</sup> Vgl. zur Frage der Einordnung von Softwareerstellungsverträgen: Spindler / Wiebe, Die Entwicklung des EDV-Rechts 2009 bis 2011 (Teil 1), K&R 2011, S. 686 ff. (S. 688).

<sup>52</sup> Zum besonderen Vertragstyp des Softwareerstellungsvertrages vgl. auch: Wien, Softwareerstellungsverträge – quo vadis? Hinweise zu einer neuen Rechtsansicht, WuM 2010/Heft 2, S. 66 ff.

<sup>53</sup> Vgl. Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. September 1965, BGBl. I. S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Dezember 2008, BGBl. I. S. 2586.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu auch: Wien, Urheberrecht und Homepage-Gestaltung, WuM 2010, Heft 1, S. 30 ff.

dient dem Schutz geistigen Eigentums.<sup>55</sup> Der Schöpfer eines Werkes wird hierdurch sowohl in seinen ideellen Beziehungen zum Werk als auch in der Nutzung des Werkes geschützt.<sup>56</sup> Dementsprechend schützt das Urheberrechtsgesetz sowohl die wirtschaftlich relevanten Verwertungsrechte als auch das Urheberpersönlichkeitsrecht.<sup>57</sup> Das Internet und die neuen technischen Entwicklungen im Bereich der Computertechnologie haben es erforderlich gemacht, die Rahmenbedingungen des Urheberrechts nach der bereits im Jahr 2003 erfolgten Gesetzesnovelle erneut anzupassen.<sup>58</sup> Insofern ist es also kaum verwunderlich, dass eine Novelle des Urheberrechts notwendig wurde.<sup>59</sup> Der so genannte „Zweite Korb“ der Urheberrechtsnovelle hat am 5. Juli 2007 den Bundestag passiert und ist in leicht veränderter Form am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Die damit verbundene Gesetzesänderung des Urheberrechtsgesetzes beinhaltet folgende Aspekte:<sup>60</sup>

- Die private Kopie bleibt auch in digitaler Form weiterhin zulässig, sofern es sich um ein nicht kopiergeschütztes Werk handelt.
- Es dürfen keine Privatkopien hergestellt werden, wenn es für den Nutzer einer Peer-to-Peer-Tauschbörse offensichtlich ist, dass es sich bei dem angebotenen Musikstück oder Film um ein rechtswidriges Angebot handelt.
- Die Vergütungssätze für Privatkopien werden nun nicht mehr in der Anlage zum Urheberrechtsgesetz festgelegt sondern von Verbänden der Geräte- und Speichermedienherstellern und Verwertungsgesellschaften ausgehandelt.
- Öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven wird gestattet, ihre Bestände an elektronischen Leseplätzen zu zeigen und unter Einschränkungen auch Kopien per E-Mail zu versenden.

Mittlerweile ist schon der „Dritte Korb“ der Urheberrechtsnovelle in Vorbereitung. Hierzu sind bereits Anhörungen erfolgt. Im Laufe des Jahres 2012 wird auch erwartet, dass ein Referentenentwurf für die Neufassung des deutschen Urheberrechts vorgelegt wird. Ob und inwieweit sich die hierbei diskutierten Punkte allerdings durchsetzen, kann momentan nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden. Wesentliche Änderungen, welche unter anderem im Rahmen des „Dritten Korbes“ angedacht und diskutiert werden sind beispielsweise folgende Punkte:

<sup>55</sup> Vgl. Rohlffing, Wirtschaftsrecht 2, Wiesbaden 2005, S. 270.

<sup>56</sup> Vgl. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Auflage, Tübingen 2005, Rn. 22.

<sup>57</sup> Vgl. Fechner, Medienrecht, 7. Aufl., Tübingen 2006, Rn. 338.

<sup>58</sup> Vgl. zum Schutz von Benutzeroberflächen beispielsweise: Spindler /Wiebe, Die Entwicklung des EDV-Rechts 2009 bis 2011 (Teil 2), K&R 2011, S. 764 ff.

<sup>59</sup> Vgl. zum Urheberrechtsschutz für Nachrichtentexte: OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.08.2011, 6 U 78/10, K&R 2011, S. 807 ff.

<sup>60</sup> Vgl. Pressemitteilung „Bundestag beschließt Novelle des Urheberrechts“ des Bundesministeriums der Justiz vom 5. Juli 2007, <http://www.bmj.bund.de>



- So wird beispielsweise diskutiert, die Regelung des § 52 b UrhG, nach welcher unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven zulässig ist, auf „sonstige Bildungseinrichtungen“ auszuweiten.
- Eine Einschränkung von Privatkopien. Hierbei wird angedacht, lediglich Kopien vom Original zuzulassen.
- Ein Verbot, für die Herstellung von Privatkopien Dritte einzusetzen, wird ebenfalls diskutiert.
- Insbesondere im Bereich des Archiv- und Bibliothekswesens besteht vor dem Hintergrund der europäischen Vorgabe, Archiv- und Bibliotheksbestände zu digitalisieren, die Notwendigkeit, die Regelungen für so genannte „verwaiste Werke“ zu überdenken. Unter verwaisten Werken sind die Bestände zu verstehen, denen kein Urheber bzw. kein Entstehungszeitraum zugeordnet werden kann.
- Darüber hinaus wird über die Aufhebung des bisher bestehenden Verbots eines elektronischen Versands von Kopien durch Archive und Bibliotheken diskutiert.

#### 1.7.4.3 Wettbewerbsrecht

Im Rahmen des Wettbewerbsrechts ist insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>61</sup> hervorzuheben. Es ist im Jahre 2004 vollständig modernisiert und zum 30.12.2008 in Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates erneut novelliert worden. Das Gesetz hat das Ziel, die „Lauterkeit“ des Wettbewerbs zu bewahren, indem es einen umfassenden Schutz gegen unlauteres Wettbewerbsverhalten wie beispielsweise irreführende Werbung, Behinderung von Mitwettbewerbern und Rufausbeutung bietet. Kernvorschrift dieses Gesetzes ist der § 3 UWG, welcher unlauteren Wettbewerb verbietet. Das novellierte UWG aus dem Jahre 2008 beinhaltet einen Anhang, in welchem 30 irreführende und aggressive geschäftliche Handlungen genannt werden, welche absolut verboten sind.

## 1.8 Zusammenfassung

- „Internetrecht“ kann unterteilt werden in einen „Allgemeinen Teil“ und in einen „Besonderen Teil“.
- Zum „Allgemeinen Teil“ gehören insbesondere das TMG und das TKG.

---

<sup>61</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004, BGBl. I S. 1414; in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010, BGBl. I S. 254.

- Zum „Besonderen Teil“ gehören unter anderem die Gesetze: BGB, MarkenG, UrhG und UWG.
- Das Internetrecht ist im „Besonderen Teil“ größtenteils ein Konglomerat aus unterschiedlichen Rechtsgebieten, die lediglich versucht werden, auf den Themenbereich der neuen Medien zu übertragen.
- Das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene „Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister“ (EHUG) ist keine wirkliche Gesetzesnovelle. Es ist vielmehr eine Klarstellung der bisher geltenden gesetzlichen Vorschriften.

## 2 Streitigkeiten über Domainnamen

### 2.1 Einführung in das Domainrecht

Das Internet verbindet Millionen von Rechnern. Jeder Rechner verfügt über eine aus Zahlen bestehende IP-Adresse. Diese Zahlenkombinationen werden, um die Adressen nutzerfreundlich zu gestalten, mit Namen versehen – den so genannten Domains. Im Rechtsverkehr haben Domains zum Teil einen erheblichen wirtschaftlichen Wert erlangt. Sie werden auf „Tauschbörsen“ mit Geldbeträgen von mehreren hundert bis mehreren tausend Euro gehandelt. In Einzelfällen kann auch sehr viel mehr erzielt werden. So wurde im Jahr 2000 die Domain „business.com“ für 7,5 Mio. US-Dollar veräußert. Seit die Kommerzialisierung des Internets vorangeschritten ist und die Bundesrepublik Deutschland mittlerweile bezüglich der Anzahl der registrierten Domainnamen eine Vorreiterrolle eingenommen hat, ist es kaum verwunderlich, dass Streitigkeiten über Domainnamen und sonstige Kennzeichnungsrechte immer häufiger unsere Gerichte beschäftigen.<sup>62</sup> Dieses Kapitel widmet sich insbesondere der Frage, inwieweit Ansprüche im Rahmen von Domainstreitigkeiten durchgesetzt werden können.<sup>63</sup> Schwerpunkte sind hierbei insbesondere das so genannte „Domaingrabbing“ sowie der Schutz durch Markenrecht, Namensrecht und Wettbewerbsrecht.

### 2.2 Vergabe von Domains

Der Domainname setzt sich in der Regel aus der so genannten Top-Level-Domain und der Second-Level-Domain zusammen. Für den Domainnamen „fh-lausitz.de“ wäre beispielsweise „fh-lausitz“ die Second-Level-Domain und „.de“ die Top-Level-Domain. Unterhalb der Second-Level-Domain ist es möglich, beliebig viele Subdomains zu bilden. Das Spektrum der möglichen Top-Level-Domains ist groß; so gibt es viele unterschiedliche Top-Level-Domains. Im Rahmen der Top-Level-Domains wird zwischen generischen und geographischen Domains differenziert. Zu den generischen

---

<sup>62</sup> Vgl. zur aktuellen Rechtsprechung im Rahmen des Domainrechts auch: Reinholz / Schätzle, Domainrecht – Eine Bilanz der Rechtsprechung aus den Jahren 2010/2011, K&R 2011, S. 770 ff.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu beispielsweise: Sobola, Ansprüche auf .eu-Domains. Verfahrensrechtliche Möglichkeiten und bisherige Rechtsprechungspraxis, ITRB 2007, S. 259 ff.

Domains gehören z.B. „.org“ für Organisation, „.mil“ für US-military, „.gov“ für US-governmental und „.edu“ für US-educational. Die geographischen Top-Level-Domains lassen eine staatliche Zuordnung zu. So steht „.de“ beispielsweise für Deutschland, „.fr“ für Frankreich, „.uk“ für Großbritannien und „.at“ für Österreich. In der Bundesrepublik Deutschland dürfte aufgrund des Erkennungswertes die Endung „.de“ wohl die interessanteste Top-Level-Domain sein. Zu jeder der Top-Level-Domains kann es auch nur eine einzige Second-Level-Domain geben. Eine identische Namensvergabe ist damit unter einer Top-Level-Domain ausgeschlossen. D.h. jede Second-Level-Domain ist in Verbindung mit einer Top-Level-Domain einmalig. Daher ist es kaum verwunderlich, dass Domain-Namen auf dem freien Markt auf Tauschbörsen gehandelt werden und auch Gegenstand vieler Klageverfahren sind. Die Verwaltung der Top-Level-Domain erfolgt durch die ICANN, der so genannten Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, einer gemeinnützig-privaten Körperschaft nach kalifornischem Recht. In Deutschland wird die Überwachung der Vergabe von „.de“-Domains durch die DENIC, das „Deutsche Network Information Center“ der Universität Karlsruhe überwacht.<sup>64</sup>

Der Interessent hat die Möglichkeit, sich über eine frei zugängliche Datenbank<sup>65</sup> darüber zu informieren, ob die von ihm gewünschte Domain noch nicht auf jemand anderen registriert wurde. Ist die Wunschdomain bereits vergeben, so erhält der Interessent Informationen über den Domaininhaber; ist die Wunschdomain noch nicht vergeben, so wird der Interessent hierüber informiert und der Nutzer kann die Domain auf seinen Namen registrieren lassen.<sup>66</sup> Bei einer Domain-Registrierung<sup>67</sup> über die DENIC fallen zunächst Kosten in Höhe von 58,00 Euro an. Das Entgelt wird unmittelbar nach der Domainregistrierung in Rechnung gestellt und ist vor Konnektierung der Domain zu entrichten. Bei einem Wechsel der Domainverwaltung von einem DENIC-Mitglied zu DENICdirect, fallen ebenfalls 58,00 Euro an. Dieses Entgelt wird nach Erteilung des Auftrags zum Übergang der Domainverwaltung in Rechnung gestellt und ist vor Ausführung des Auftrages zu entrichten. Die jährlichen Kosten für die Domainverwaltung durch die DENIC betragen ebenfalls 58,00 Euro. Dieses Entgelt wird jeweils für das folgende Jahr im Voraus in Rechnung gestellt; erstmals unmittelbar nach der Domainregistrierung oder Erteilung des Auftrags zur Übertragung der Domainverwaltung. Dies bedeutet, dass bei einer erstmaligen Domainregistrierung im ersten Jahr insgesamt 116 Euro an die DENIC zu entrichten sind. Derjenige, auf dessen Namen die Domain registriert wird, gilt jedoch nicht als Eigentümer dieser Internetadresse, sondern hat nur ein vertragliches Nutzungsrecht.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Vgl. zur Haftung der DENIC: Volkman, Aktuelle Entwicklung in der Providerhaftung im Jahr 2010, K&R 2011, S. 361 ff. (S. 367).

<sup>65</sup> Beispielsweise: <http://www.denic.de/de/whois>

<sup>66</sup> Zum Beginn des Unternehmenskennzeichenschutzes für Domains, vgl.: OLG Frankfurt, Entscheidung vom 05.08.2010, 6 U 89/09, ITRB 2011, S. 5.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu auch: v. Blumenthal / Niclas: Änderungen bei der Domainregistrierung, ITRB 2011, S. 2.

<sup>68</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.11.2004, 1 BvR 1306/02, MMR 2005, S. 165.

Beantragt ein Nutzer bei der DENIC eine bestimmte Second-Level-Domain, so findet keine Überprüfung statt, ob ihm der Name zusteht bzw. ob und inwieweit Rechte anderer verletzt werden. Eine Überprüfung auf namensrechtliche Unbedenklichkeit ist nach Ansicht der Rechtsprechung der Registrierungsstelle nicht zuzumuten.<sup>69</sup> Vielmehr fällt die Prüfung der kennzeichen- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der Second-Level-Domain primär in den Verantwortungsbereich des Anmeldenden.<sup>70</sup> Der Bundesgerichtshof<sup>71</sup> hat zur Haftung der DENIC explizit ausgeführt:

„Die für die Registrierung von Domain-Namen unter der Top-Level-Domain (TLD) .de zuständige DENIC ist vor der Registrierung grds. weder unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung noch als Normadressatin des kartellrechtlichen Behinderungsverbots zur Prüfung verpflichtet, ob der angemeldete Domain-Name Rechte Dritter verletzt. Wird die DENIC von einem Dritten darauf hingewiesen, dass ein registrierter Domain-Name seiner Ansicht nach ein ihm zustehendes Kennzeichenrecht verletzt, kommt eine Haftung als Störerin oder eine kartellrechtliche Haftung für die Zukunft nur in Betracht, wenn die Rechtsverletzung offenkundig und für die DENIC ohne weiteres feststellbar ist. Im Regelfall kann die DENIC den Dritten darauf verweisen, eine Klärung im Verhältnis zum Inhaber des umstrittenen Domain-Namen herbeizuführen.“<sup>72</sup> Allerdings hat der Bundesgerichtshof auch mit Entscheidung vom 27.10.2011 festgelegt, dass die DENIC Domainnamen in Fällen eindeutigen Missbrauchs löschen muss.<sup>73</sup>

Viele Unternehmer und Privatpersonen nutzen auch die Möglichkeit, sich eine Domain durch einen Provider registrieren zu lassen, der regelmäßig auch Mitglied der DENIC e.G. ist. Dieser meldet dann im Zusammenhang mit der Einrichtung des Internetzugangs auch die vom Kunden gewünschte Domain an. Voraussetzung ist, dass die gewünschte Domain noch frei ist. Zugleich veranlasst der Provider, dass die Domains auf den von ihm betriebenen Server geroutet werden, also im Internet vermerkt ist, dass die Daten zu diesen Domains auf seinem Server liegen und dementsprechend dort erreichbar sind. Wenn ein Kunde seinen Provider beauftragt, eine Domain zu registrieren, sollte er unbedingt darauf achten, dass die Domain auch für ihn selbst und nicht für den Provider registriert wird. Denn viele Provider lassen sich nämlich selbst als Domaininhaber eintragen. Zweck dieser Vorgehensweise ist es, dadurch die Kunden an sich zu binden. Solange der Kunde die Domain bei diesem Provider für sein eigenes Angebot nutzt, werden auch kaum Probleme bestehen. Doch wenn der Kunde gedenkt, seinen Provider zu wechseln, wird er feststellen, dass er die Domain ohne Einwilligung des alten Providers nicht mitnehmen kann.<sup>74</sup>

<sup>69</sup> Vgl. LG Magdeburg, MMR 1999, S. 607.

<sup>70</sup> Vgl. OLG Frankfurt/Main, MMR 2000, S. 36.

<sup>71</sup> Vgl. BGH, MMR 2001, S. 671.

<sup>72</sup> BGH, MMR 2001, S. 671.

<sup>73</sup> Vgl. BGH, Entscheidung vom 27.10.2011, I ZR 131/10.

<sup>74</sup> Vgl. Strömer, Online-Recht, 4. Aufl., S. 23.

Bei der Vergabe gilt der Grundsatz: „Wer zuerst kommt mahlt zuerst“.<sup>75</sup> Ist ein Name vergeben, so kann ein anderer Nutzer ihn über die Vergabestelle nicht mehr erhalten. Nach ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die Vergabestellen im Rahmen der Vergabe weitestgehend von einer Haftung freigestellt. Die Registrierungsstelle haftet lediglich bei groben, leicht zu erkennenden Rechtsverstößen oder wenn sie ein, die Benutzung einer Domain untersagendes Urteil missachtet hat.<sup>76</sup> Viele Unternehmen sind daran interessiert, ihren Firmennamen auch als Internetadresse zu verwenden. Der Domainname ist deshalb für sie zum einen als ihnen zuordnebare Internet-Adresse zum anderen als werbewirksames Marketinginstrument extrem wichtig. Heutzutage werden Domainnamen oftmals gut sichtbar auf Firmenfahrzeuge oder Plakate gedruckt. Insofern wird deutlich, weshalb insbesondere Unternehmen daran interessiert sind, genau den mit ihrem Firmennamen identischen Domainnamen zu erhalten. Ist dieser bereits vergeben, so haben die Unternehmen in der Vergangenheit große Summen für die Übertragung von Domains gezahlt. Findige Internetnutzer nutzten diesen Umstand aus und sicherten sich viele interessante Domainnamen, um sie später gegen Zahlung hoher Summen an die jeweiligen Unternehmen oder auch Städte und Gemeinden zu verkaufen. Diese Vorgehensweise bezeichnet man als so genanntes Domain-Grabbing. Mittlerweile hat sich der Begriff Domain-Grabbing zu einem „Terminus technicus“ für die Blockade einer Internet-Domain zu Lasten eines Titel- bzw. Markeninhabers entwickelt. Der Begriff umfasst zwei unterschiedliche Vorgehensweisen: zum einen umschreibt er den Gebrauch einer fremden Kennzeichnung, um deren wirtschaftlichen Ruf auszunutzen; zum anderen kann das Handeln darauf angelegt sein, einen Zeicheninhaber ohne sachlichen Grund an der Nutzung des Zeichens zu hindern, um ihm dieses zu verkaufen.<sup>77</sup> Seit einiger Zeit ist jedoch festzustellen, dass die Unternehmen nicht mehr bereit sind, jedwede Summe für die Herausgabe respektive die Übertragung von Domainnamen zu zahlen. Immer öfter beschreiten sie den Klageweg. Durch die früher uneinheitliche, mittlerweile aber gefestigte Rechtsprechung zu Domainstreitigkeiten bieten sich den Betroffenen heutzutage gute Möglichkeiten, Domaingrabbern die Nutzung von Domains zu untersagen und sie sogar auf Herausgabe der Domain an die Vergabestelle zu verklagen.

<sup>75</sup> Vgl. zum so genannten Prioritätsprinzip: Fechner, Medienrecht, 7. Aufl., Tübingen 2006, Rn. 1333.

<sup>76</sup> Vgl. OLG Dresden, CR 2001, S. 408.

<sup>77</sup> Vgl. BGH, CR 2005, S. 511, 512.

## 2.3 Schutz durch Markenrecht

Ein im Wirtschaftsleben angewandter Schutzmechanismus ist das Markenrecht. Marken sind Zeichen, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen unterscheiden. Markenschutz können nach der Definition des § 3 Abs. 1 Markengesetz (MarkG) alle Zeichen genießen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen, sofern die genannten Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen abzugrenzen. Geschützt wird im Markenrecht jedoch nicht nur vor der Verwendung des identischen Erkennungszeichens, sondern das Markengesetz schützt auch vor Verwechslungs-<sup>78</sup> oder Verwässerungsgefahr und damit vor Verwendung eines Namens, der dem tatsächlichen Markennamen ähnlich sieht oder bei der Aussprache ähnlich klingt. Ein derartiger Schutz findet nach § 15 MarkenG allerdings nur im geschäftlichen Verkehr – also im Verhältnis „Unternehmer gegen Unternehmer“ – Anwendung. Der § 5 des MarkenG stellt die Bandbreite der geschützten Unternehmenskennzeichen vor. Hierzu zählen:

- Name,
- Firma,
- Geschäftsbezeichnung,
- Unternehmenskennzeichen.

Auch Werktitel gehören zu den geschützten geschäftlichen Bezeichnungen. Deshalb sieht das Markengesetz für folgende Namen und Bezeichnungen ebenfalls Schutz vor:

- Druckschriften (z.B. Zeitschriften, Bücher),
- Tonwerke (z.B. Musiktitel),
- Filmwerke (z.B. Kinofilme),
- Bühnenwerke (z.B. Theaterstücke).

Gewöhnlich entsteht der Markenschutz erst mit der Eintragung eines Zeichens in das Markenregister, welches vom Deutschen Patent- und Markenamt geführt wird. Sofern das Zeichen aber innerhalb der maßgeblichen Verkehrskreise als Marke eine Verkehrsgeltung erworben hat, kann der Markenschutz bereits mit der Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr entstehen.

Im gesamten Markenrecht gilt der Grundsatz: „die bekannteste Marke kann sich gegenüber den unbekannteren“ behaupten. Für den Internet-Bereich bedeutet dies: der

---

<sup>78</sup> Vgl. Fechner, Medienrecht, 7. Aufl., Rn. 1338.

Grundsatz „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ wird überlagert durch den Grundsatz „der Stärkere setzt sich durch“. Hat sich also ein Herr Meier den Namen „müller.de“ gesichert und möchte das bekannte Unternehmen Müller-Milch den Domainnamen heraushaben, so hat es, sofern Herr Meier unter dem Domainnamen Geschäfte betreibt, die Chance aufgrund von Markenrecht eine Unterlassung der Verwendung des Domainnamens zu verlangen, weil der Name erstens im wirtschaftlichen Verkehr genutzt wurde und zweitens die Firma Müller-Milch bekannter ist als das Unternehmen, welches den Namen führt.

Bezüglich des Domain-Grabbing sei hier angemerkt, dass es nach Ansicht der Gerichte nicht erforderlich ist, den Domainnamen nur dazu zu verwenden über diese Seite Produkte oder Dienstleistungen anzubieten. Es genügt bereits mit diesem Namen zu handeln. Das heißt, wenn jemand Domain-Grabbing betreiben möchte und werbend an ein Unternehmen herantritt, indem er ihm den Domainnamen zum Kauf anbietet, so wird er als Unternehmer angesehen, auf den Markenrecht Anwendung findet. Es muss also keine Wettbewerbstätigkeit über den Domainnamen abgewickelt werden; vielmehr genügt es, dass der Domainname zum Kauf angeboten wird, um von einer Gewerblichkeit und damit einer Anwendbarkeit des Markenrechts auszugehen. Insofern sei Personen die Domain-Grabbing betreiben anzuraten, zu warten, bis ein Unternehmen von sich aus mit Kaufabsicht an ihn herantritt. Dann nämlich ist mangels Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr eine Anwendung zumindest des Markenrechts ausgeschlossen.

## 2.4 Schutz durch Namensrecht

Zwar sind Domains technisch gesehen nur Adressdaten von Rechnern, doch haben Gerichte und Literatur mehrheitlich seit etlichen Jahren im Rahmen der juristischen Streitigkeiten auch eine Namensfunktion unterstellt. So hat beispielsweise das OLG Brandenburg in einer Entscheidung ausgeführt:<sup>79</sup>

„Unbeschadet dessen, dass die Domain-Bezeichnung im technischen Sinne einem Computer zugeordnet ist, es sich also streng genommen um die Adresse eines Computers bzw. der darauf abgelegten Homepage handelt, bringt der Internetanwender, der eine Domain aufruft, damit den dahinter stehenden Anbieter in Verbindung. Demzufolge kommt der Domain-Bezeichnung – wie im Wirtschaftsleben längst erkannt und genutzt – mindestens mittelbar Namenfunktion zu“.<sup>80</sup>

Das Namensrecht gilt im Unterschied zum Markenrecht auch gegenüber Privatpersonen, die nicht am Wirtschaftsverkehr teilnehmen. Kodifiziert ist das Namensrecht in

<sup>79</sup> Vgl. OLG Brandenburg, MMR 2001, S. 174.

<sup>80</sup> OLG Brandenburg, MMR 2001, S. 174.



§ 12 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Durch § 12 BGB ist der Name einer natürlichen oder juristischen Person gegen unbefugte Nutzung in identischer Form geschützt. Von diesem Schutz umfasst sind:

- Personennamen,
- Künstlernamen,
- Pseudonyme,
- Städtenamen,
- Unternehmensnamen.

Gefragt wird also nur, ob die betreffende Person, die einen Domainnamen verwendet, dieses berechtigt tut. Bei der Verwendung eines Vor- oder Familiennamens dürfte grundsätzlich keine Gefahr bestehen das Namensrecht nach § 12 BGB zu verletzen, da man den Namen ja berechtigt führt.

Dieser Grundsatz wird meines Erachtens zu Unrecht durchbrochen, wenn Gerichte hier zum Teil Grundsätze einfließen lassen, die eigentlich ins Markenrecht gehören. So musste der Privatmann Andreas Shell seinen Domainnamen „shell.de“ auf Klage des Öl-Konzerns Shell abgeben, da nach Ansicht der Richter nahezu alle Nutzer bei einer Suche im Internet unter dieser Adresse den Öl-Konzern und nicht den Privatmann Shell suchen würden.<sup>81</sup> So stellte der Bundesgerichtshof hierzu fest: „Nur wenn einer der beiden Namensträger eine überragende Bekanntheit genießt und der Verkehr seinen Internet-Auftritt unter diesem Namen erwartet, der Inhaber des Domain-Namens hingegen kein besonderes Interesse gerade an dieser Internet-Adresse dartun kann, kann der Inhaber des Domain-Namens verpflichtet sein, seinem Namen in der Internet-Adresse einen unterscheidenden Zusatz beizufügen“.<sup>82</sup>

Ähnlich verhält es sich mit Städtenamen. Auch hier nehmen Gerichte an, dass die Nutzer unter derartigen Adressen eher Informationen der Stadt über Touristik und Kulturangebote erwarten als Privatpersonen und Unternehmen. Insofern sah das Landgericht Braunschweig in einem Rechtsstreit um die Domain „braunschweig.de“ den Einwand, es gäbe auch natürliche Personen mit dem Namen „Braunschweig“, als unerheblich an. Das Landgericht verglich die Anmeldung von Internet-Domains unter fremdem Namen sogar mit einer bösgläubigen Markenanmeldung im Sinne des § 50 Abs. 1 MarkenG.<sup>83</sup>

Im Rahmen der Streitigkeiten um Städtenamen gibt es aber auch gegenteilige Rechtsprechung: So war die Stadt Suhl bereits Inhaberin einer gleich lautenden Domain (suhl.de) gewesen, hatte aber versäumt, die Gebühren an die DENIC zu zahlen. Nach-

<sup>81</sup> Vgl. BGH, CR 2002, S. 525; kritisch hierzu: Körner, Gleichnamigkeitskonflikte bei Internet Domain Namen – Die „shell.de“ Entscheidung des BGH, NJW 2002, S. 3442.

<sup>82</sup> BGH, NJW 2002, S. 2031.

<sup>83</sup> Vgl. LG Braunschweig, NJW-CoR 1997, S. 303.

dem die DENIC daraufhin die Registrierung gelöscht hatte, hat Norbert Suhl als Privatmann die Domain registrieren lassen, um diese privat zu nutzen. In dem von der Stadt Suhl angestrengten Rechtsstreit vor dem Landgericht Erfurt<sup>84</sup> unterlag die Stadt Suhl. Dieses Urteil stellt somit eine Ausnahme von der grundsätzlich geltenden Regel dar, dass in derartigen Sachverhaltskonstellationen das Prioritätsprinzip („wer zuerst kommt mahlt zuerst“) wegen der Bedeutung einer Domain für die Allgemeinheit zurückzutreten hat.

## 2.5 Gattungsbegriffe als Domain-Name

Es gibt viele Begriffe, die für Unternehmen sehr interessant sind, weil sie in ihrer Allgemeinheit von vielen Nutzern bei der Suche im Internet als Suchwort in Suchmaschinen eingegeben werden. Hierzu gehören beispielsweise Gattungsbegriffe wie „reise.de“ oder „baumarkt.de“. Mangels Unterscheidungskraft ist die Verwendung von Gattungsbegriffen nicht durch das Markenrecht schutzfähig (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkG). In den meisten Fällen haben also betroffene Mitwettbewerber keine Chance nach Markenrecht gegen die Verwendung solcher Bezeichnungen im Internet vorzugehen.

Ein wettbewerbsrechtlicher Schutz kann sich aber in einigen Fällen aus den §§ 3, 4 Nr. 10 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ergeben. Dies liegt vor, wenn durch die Eintragung als Domain eine wettbewerbswidrige Behinderung eintritt. D.h., wenn dem Nutzer durch die Verwendung suggeriert wird, es handele sich bei der von ihm aufgerufenen Seite um jemanden, der die gesamte Branche repräsentiert oder zumindest dort eine Macht- oder Führungsposition innehat. Kurz gesagt: Es darf keine Irreführungsgefahr bestehen. Dies ist für jeden Einzelfall gesondert zu prüfen. Grundsätze zum Umgang mit Gattungs-Domains hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zum Domainnamen „mitwohnzentrale.de“ aufgezeigt.<sup>85</sup> In dieser Entscheidung wurde klargestellt, dass die Verwendung eines beschreibenden Begriffs als Domainname nicht generell wettbewerbswidrig ist. Dennoch bestand auch nach dem Urteil innerhalb der unterschiedlichen Gerichte eine uneinheitliche Rechtsprechung.<sup>86</sup> Die Konturen wurden erst durch die Bundesgerichtshofsentscheidung zum Gattungsbegriff „presserecht.de“ schärfer.<sup>87</sup> Hier stellte der Bundesgerichtshof klar, dass von einer Irreführungsgefahr nur dann gesprochen werden könne, „wenn der durchschnittlich informierte und verständige Internetnutzer, auf den insoweit maß-

<sup>84</sup> Vgl. LG Erfurt, CR 2002, S. 302.

<sup>85</sup> Vgl. BGH, CR 2001, S. 777.

<sup>86</sup> Vgl. LG Berlin, MMR 2003, S. 490, welches für die Domain „deutsches-anwaltsverzeichnis.de“ eine Irreführungsgefahr bejahte; OLG Frankfurt/Main, MMR 2002, S. 811, welches für die Domain „Drogerie.de“ eine Irreführungsgefahr verneinte.

<sup>87</sup> Vgl. BGH, MMR 2003, S. 252.

geblich abzustellen ist, mit dem Gattungsbegriff (...) die Vorstellung verbinden würde, der hinter diesem Begriff stehende Anbieter würde mit seiner Homepage ausschließlich das Informationsinteresse der Nutzer befriedigen wollen, ohne dabei eigene, geschäftliche oder berufsbezogene Werbeinteressen zu verfolgen“.<sup>88</sup>

## 2.6 Sonderfall: Tippfehler und Umlaute

Um viele Personen auf ihre Internetseiten zu locken, registrieren findige Geschäftsleute bisweilen Domains, die nur geringfügig von beliebten Domains abweichen. So verzeichnete die Seite „googl.de“, allein im März 2004 eine Zahl von 470.112 Zugriffen, ohne durch Werbung oder Links auf diese Seite aufmerksam gemacht zu haben. Für bekannte Unternehmen besteht hierbei wieder die Möglichkeit, über das Markenrecht eine Unterlassung zu erwirken. Ist die Marke jedoch nicht überragend bekannt (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG), so muss eine Verwechslungsgefahr bestehen. Dies bedeutet, dass zwischen den angebotenen Waren oder Dienstleistungen zumindest eine Ähnlichkeit bestehen muss, damit einem derartigen Anspruch Erfolg beschieden ist.

Eine weitere interessante Variante sind Umlaut-Domains. Beispiele hierfür sind: „börs.de“ statt „boerse.de“ oder „müller.de“ statt „mueller.de“. Derartige Umlaut-Domains können erst seit dem 1. März 2004 verwendet werden und werden IDN genannt. Diese Kurzbezeichnung steht für „Internationalized Domain Names“. Die Einführung der IDN hat erwartungsgemäß zu verstärktem Domaingrabbing geführt.

## 2.7 Persönlichkeitsschutz eines Verstorbenen

Der Bundesgerichtshof musste sich vor kurzer Zeit mit der Frage auseinandersetzen, ob für Domain-Namen ein postmortaler Persönlichkeitsschutz existiert<sup>89</sup>. Hintergrund des Rechtsstreits war, dass die Erben des 1991 verstorbenen Schauspielers Klaus Kinski versuchten, es zu untersagen, dass der Domain-Name „kinski-klaus.de“ zur Werbung für eine Ausstellung über den Künstler verwendet wird. Die Erben scheiterten mit ihrem Begehren vor dem BGH.<sup>90</sup> Nach Ansicht der Richter endet das Namensrecht mit dem Tod des Namensträgers. Dementsprechend muss eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht auf der einen Seite und den grundrechtlich geschützten Rechten des Domain-Inhabers auf der anderen Seite stattfinden. Erst wenn eine derartige Abwägung zugunsten des Persönlichkeitsrechtes ausfalle, könne von einer

---

<sup>88</sup> BGH, MMR 2003, S. 252.

<sup>89</sup> Vgl. BGH, MMR 2007, S. 106.

<sup>90</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, S. 684.

Verletzung des Persönlichkeitsrechtes ausgegangen werden. Darüber hinaus ist die Schutzdauer der vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod ebenso wie das Recht am eigenen Bild nach § 22 Satz 3 KunstUhrG<sup>91</sup> auf zehn Jahre nach dem Tod der Person begrenzt.<sup>92</sup> Allein der ideelle Bereich besteht nach Ablauf des vermögenswerten Bestandteils weiterhin fort.

## 2.8 Die Ansprüche des Verletzten

Den Verletzten stehen in den oben gezeigten Fällen der unbefugten Verwendung eines Domainnamens durch die dargestellten drei Rechtsgebiete (Markenrecht, Namensrecht und UWG) unterschiedliche Ansprüche zu, welche im folgenden näher dargestellt werden sollen.

### 2.8.1 Unterlassungsanspruch

Erstes Zwischenziel des Geschädigten ist es, dem Rechtsverletzer zu untersagen, den von ihm verwendeten Domain-Namen weiter zu gebrauchen. Derartige Unterlassungsansprüche können sich aus folgenden Paragraphen ergeben:

- § 14 Abs. 5, § 15 Abs. 4 MarkenG,
- § 3 und § 4 UWG,
- § 12 i.V.m. § 1004 BGB.

Natürlich genügt es den meisten Unternehmen nicht, dass der Konkurrent es nur unterlässt, den begehrten Domainnamen zu verwenden. Es wird vielmehr danach getrachtet, dass der Domainname an die DENIC zurückgegeben oder noch besser direkt an die Betroffenen übertragen wird. Dies ist jedoch nicht Gegenstand der eben genannten Vorschriften und wird im Folgenden näher betrachtet.

### 2.8.2 Schadensersatzanspruch

Nach deutschem Rechtsverständnis zielt Schadensersatz in erster Linie auf Naturalrestitution, also auf die Wiederherstellung des Zustandes vor Schadenseintritt, ab. Ist die

<sup>91</sup> Kunsturheberrechtsgesetz vom 9. Januar 1907 (RGBl. S. 7) zuletzt geändert durch Gesetz vom 16. Februar 2001, BGBl. I 2001, S. 266.

<sup>92</sup> Vgl. zur Weitergabe archivierter Fotos an die Presse durch Bildagenturen: BGH, Urteil vom 07.12.2010, VI ZR 30/09, NJW 2011, S. 755 f.

Wiederherstellung nicht möglich, so kann ein Ersatz in Geld verlangt werden. Unter diesem Blickwinkel ist es damit auch nicht verwunderlich, dass viele Geschädigte als Schadensersatz, als Wiederherstellung des Zustandes vor Eintritt der Rechtsverletzung, eine Verurteilung des Rechtsverletzers zur Herausgabe des Domain-Namens an die Vergabestelle fordern. Neben dieser Forderung kann auch ein Schadensersatz durch Herausgabe des Gewinns oder in Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr stehen.<sup>93</sup> In der Praxis wird es häufig die zweite Alternative sein, da die genaue Bezifferung des Gewinns, der sich aus der widerrechtlichen Verwendung eines Domainnamens ergibt, oftmals schwer vorzunehmen ist. Eine angemessene Lizenzgebühr hingegen lässt sich leicht ermitteln, da es einen florierenden Handel mit Lizenzen gibt und deren Preise am Markt nachvollzogen werden können. Gesetzliche Grundlage für Schadensersatzforderungen können die §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG sowie §§ 823 Abs. 1, 12 BGB, § 826 BGB oder § 9 UWG sein. Nach einigen Vorschriften wie z.B. § 9 UWG ist ein Schadensersatzanspruch nur dann gegeben, wenn die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Diesem Unterschied zum Unterlassungsanspruch kommt in der Praxis eine große Bedeutung zu. Denn im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch kann bereits eine unverschuldete Verletzungshandlung einen Unterlassungsanspruch begründen, so dass eine damit zusammenhängende anwaltliche Abmahnung kostenpflichtig sein kann.

### 2.8.3 Auskunftsanspruch

Ein Schadensersatzanspruch wäre jedoch nur halb so effektiv, wenn es dem Geschädigten verwehrt bliebe seinen Schaden ermitteln zu können. Damit hier keine unnötigen Hemmnisse entstehen, hat der Geschädigte ergänzend einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Rechtsverletzer. Derartige Ansprüche sind deshalb so wichtig, da der Verletzte ohne Kenntnis über den Umfang der Verletzungshandlung nicht in der Lage wäre, seinen Schaden genau zu beziffern. Ein Auskunftsanspruch kann im gewerblichen Bereich auf § 19 Marken G, im privaten Bereich auf § 242 BGB gestützt werden.

### 2.8.4 Anspruch auf Übertragung?

Der für die Betroffenen weitaus interessanteste Anspruch wäre ein gegen die Rechtsverletzer bestehender direkter Herausgabeanspruch, bei welchem der Domainname an den Betroffenen direkt abzutreten wäre. Ein derartiger Anspruch auf Übertragung ist in Rechtsprechung und Literatur höchst umstritten und wird vom Bundesgerichtshof

---

<sup>93</sup> Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist die Lizenzanalogie nicht bei Fotos in E-Paper-Ausgaben anzuwenden, wenn Fotos, die nur für Printmedien lizenziert worden sind, parallel auch für Online-E-Paper verwendet werden. Vgl. hierzu: OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.07.2010, I-20 U 235/08, ITRB 2011, S. 32.

grundsätzlich verneint. So hat der Bundesgerichtshof im Rahmen der „shell.de“-Entscheidung festgestellt, dass dem Berechtigten gegenüber dem nichtberechtigten Inhaber eines Domainnamens kein Anspruch auf Übertragung, sondern nur ein Anspruch auf Löschung des Domainnamens zustehe.<sup>94</sup>

Seit einigen Jahren besteht aber nicht mehr das dringende Bedürfnis nach einem direkten Herausgabeanspruch. Früher bestand bei einer Rückgabe des Domainnamens an die Vergabestelle für die Betroffenen die Schwierigkeit, dass sie sich schnell nach der Rückgabe den Namen sichern mussten, da im Rahmen der Vergabe der Grundsatz „wer zuerst kommt mahlt zuerst“ gilt. Seit einigen Jahren ist die Angst vor verspäteter Registrierung unbegründet. Bei der Vergabestelle „DENIC“ ist es nun möglich, einen „Dispute-Eintrag“ vornehmen zu lassen. Dieser Eintrag ist kostenfrei und wirkt ein Jahr. Er ist verlängerbar und zeigt an, dass ein Rechtsstreit bezüglich eines bestimmten Domainnamens geführt wird. Er sichert dem Eintragenden, dass nach erfolgreichem Rechtsstreit und der Rückgabe des Domainnamens an die Vergabestelle nur der Eingetragene einen Anspruch auf Registrierung hat. Deshalb besteht seit Einführung der „Dispute-Einträge“ kaum noch Notwendigkeit bezüglich eines Anspruchs auf direkte Übertragung der Domain an den Betroffenen.

## 2.9 Gerichtszuständigkeit

Oftmals wird versucht, sich mit dem Rechtsverletzer im Vorfeld außergerichtlich zu einigen und ihn gegebenenfalls zur Rückgabe des Domainnamens an die Registrierungsstelle oder zur Abtretung des Namens zu bewegen. Mittel hierfür ist in der Regel die Abmahnung durch einen Rechtsanwalt unter Verwendung einer vorgefertigten strafbewehrten Unterlassungserklärung. Darüber hinaus enthält das Anschreiben die Aufforderung, die strafbewehrte Unterlassungserklärung innerhalb einer vorgegebenen Frist unterschrieben zurückzuschicken. Daneben möchte der Anwalt auch seine Honorarforderung von dem potentiellen Rechtsverletzer beglichen bekommen. Nun hat der Adressat die Wahl: Entweder er unterzeichnet die Unterlassungserklärung und schickt sie unter Begleichung der Anwaltskosten zurück, oder er gibt die Unterlassungserklärung nicht ab. Dann wird der Anwalt des Gläubigers in der Regel ein gerichtliches Verfahren einleiten. Durch seine Unterschrift bestätigt der Rechtsverletzer die von ihm begangene Rechtsverletzung und es wird ihm auferlegt, in jedem Fall der Zuwiderhandlung eine Strafzahlung in Höhe von bisweilen 50.000 EUR (oder höher) beglichen zu müssen. Um das Risiko und die Kosten möglichst gering zu halten, sei dem Rechtsverletzer angeraten, die strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht einfach blind zu unterschreiben, sondern diese stattdessen unter Abänderung zweier wichtiger Punkte abzugeben. Erstens: Der Satz „(...) in jedem Fall der Zuwiderhand-

---

<sup>94</sup> Vgl. BGH, CR 2002, S. 525.

lung (...)“ sollte abgeändert werden in „(...) im Falle der Zuwiderhandlung einmalig einen Betrag von (...)“. Des Weiteren sollte oftmals auch die zu zahlende Summe herabgesetzt werden. Damit eine solche Unterlassungserklärung ein gerichtliches Verfahren abwenden kann, sollte der Wert zwar immer noch so hoch sein, dass er vor Rechtsverletzungen abschreckt; doch ist der Wert, den die Anwälte einsetzen oftmals überhöht. Setzt der die Unterlassungserklärung abgebende Rechtsverletzer den Wert herab, so kann er den Anwalt um Änderung seiner Honorarforderung bitten. Diese bemisst sich nämlich nach dem Streitwert. Eine verringerte Summe führt dementsprechend zu einem niedrigeren Streitwert.

Sofern keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben wurde und dementsprechend ein gerichtliches Verfahren durchgeführt werden soll, so ist in der Regel das Landgericht zuständig. Dies ergibt sich für Markenrechtsstreitigkeiten aus § 140 MarkenG; im Übrigen ist wegen der regelmäßig hohen Streitwerte über 5.000 Euro gemäß § 23 Nr. 1, 71 GVG gewöhnlich ebenfalls das Landgericht zuständig.

Seit Dezember 1999 ist für Streitigkeiten über „.com“-Domains die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens gegeben. Dieses wurde zuerst durch die sogenannte Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) eingeführt. Schnell fand dieses Verfahren insbesondere bei Personen, die durch das Domain-Grabbing betroffen waren, große Akzeptanz. Die ICANN wendet die UDRP nicht selbst an. Vielmehr hat sie private oder supranationale Einrichtungen eingesetzt, die als Provider Verfahren nach der UDRP durchführen.<sup>95</sup> Für diese Provider bestehen große Freiheiten. So können sie beispielsweise in sogenannten Supplemental Rules die Abwicklung der Verfahren, die Kosten sowie die Ernennung der Schiedsgerichte eigenständig normieren. Aus diesem Grund ist es kaum verwunderlich, dass die getroffenen Regelungen von Provider zu Provider stark variieren können. Die UDRP gilt weltweit für alle Registrierungen, die nach dem Inkrafttreten dieser Schiedsordnung vorgenommen worden sind. Das wohl bekannteste der existierenden Schiedsgerichte ist das Gericht der in Genf ansässigen World Intellectual Property Organisation (WIPO).<sup>96</sup> Vorteil der Schiedsgerichte sind die – verglichen mit den nationalen Gerichten – niedrigen Kosten, die zwischen 750 und 4.500 US-\$ liegen sowie einer kurzen Verfahrensdauer von gewöhnlich wenigen Monaten.

<sup>95</sup> Vgl. zu den Verfahrenseinzelheiten: Reinholz, Internationales Schiedsverfahren für Domainstreitigkeiten, ITRB 2001, S. 190 ff.; Strömer, Das ICANN-Schiedsverfahren – Königsweg bei Domainstreitigkeiten, K&R 2000, S. 587; Bettinger, ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, CR 2000, S. 234.

<sup>71</sup> Informationen zum Wipo-Schiedsverfahren sind abrufbar unter: <http://arbitrator.wipo.int/domains/index.html>, Abrufdatum 12/2006; Informationen zum ADR-Schiedsverfahren für .eu-TLD beim Tschechischen Schiedsgericht unter: <http://www.adreu.eurid.eu/index.php>, Abrufdatum: 12/2006.

## 2.10 Domainbörsen

Neben der Möglichkeit sich eine Domain registrieren zu lassen und der Möglichkeit eine Domain auf dem Klageweg herauszuverlangen existiert noch eine dritte Handlungsalternative: die Nutzung des Sekundärmarktes. Dieser wird oftmals von Unternehmen genutzt, die einen bereits vergebenen Domainnamen erwerben möchten. Hierbei wird die Domain über einen Domainmakler oder über eine Domainbörse gekauft. Es existieren Suchmaschinen, über die ermittelt werden kann, ob der gewünschte Domainname zu diesem Zeitpunkt zum Verkauf angeboten wird. Gerade bei der Nutzung größerer Domainbörsen kann durch dieses Vorgehen viel Zeit für Preisverhandlungen eingespart werden, da die meisten großen Börsen Systeme zur Preisbestimmung besitzen. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit von Fachleuten ein neutrales Gutachten über den Wert einer Domain einzuholen. Kommt es ausnahmsweise doch zu Preisverhandlungen und möchte ein Unternehmen dabei lieber anonym bleiben, da es befürchtet bei Kenntnis des Vertragspartners mit übertriebenen Preisvorstellungen rechnen zu müssen, so besteht die Möglichkeit einen so genannten Domainmakler einzuschalten.

## 2.11 Zusammenfassung

- Bevor jemand einen Domainnamen auf sich registrieren lässt, ist er gut beraten, wenn er überprüft, ob er durch die Verwendung der Domain Rechte anderer verletzt.
- Da Domains im Wirtschaftsleben einen hohen Wiedererkennungswert besitzen, sollten insbesondere Unternehmer darauf achten, dass ihr Domainname möglichst kurz, einfach und prägnant formuliert ist.
- Im Rahmen von Domainstreitigkeiten ist zwischen Unternehmern und Privatpersonen zu differenzieren.
- Für die Durchsetzung von Ansprüchen im Rahmen von Domainstreitigkeiten spielen insbesondere das Markenrecht und das Namensrecht eine wichtige Rolle.
- Ansprüche des Verletzten sind: Unterlassung, Schadensersatz und Auskunftsanspruch.



## 3 Internet-Angebote und Urheberrecht

### 3.1 Entstehung des Urheberrechts

Das Internet als ideales Medium zur weltweiten Verbreitung von Textzeilen, Bildern, Musik und Videos bietet insbesondere im Bereich des Urheberrechts erhebliche Anknüpfungspunkte und damit für den Urheber sowohl Chancen als auch Risiken.<sup>97</sup> Denn durch das Medium Internet hat der Nutzer in wenigen Sekunden Zugriff auf das umgesetzte geistige Eigentum des Urhebers.

Was ist überhaupt Urheberrecht und wie entsteht es? Ähnlich wie das Eigentumsrecht jemandem die Macht verleiht, über einen körperlichen Gegenstand die Sachherrschaft auszuüben und bestimmen zu können, was mit dem Gegenstand geschieht, ist das Urheberrecht ein Recht, welches dem Urheber die Möglichkeit gibt, über sein geistiges Eigentum Macht auszuüben. Eine beispielhafte Aufzählung der durch das Urheberrechtsgesetz geschützten Werke findet sich in § 2 Abs. 1 UrhG.

§ 2 UrhG *Geschützte Werke.*

(1) *Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere:*

1. *Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme;*
2. *Werke der Musik;*
3. *pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst;*
4. *Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke;*
5. *Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden;*
6. *Filmwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden;*
7. *Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen.*

---

<sup>97</sup> Vgl. hierzu auch: Wien, Urheberrecht und Homepage-Gestaltung, WuM 2010, Heft 1, S 30 ff.

(2) *Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.*

Die Voraussetzungen, welche vorliegen müssen, damit ein Urheberrechtsschutz überhaupt in der Lage ist zu entstehen, können aus dem urheberrechtlichen Begriff des Werkes abgeleitet werden, welcher in § 2 Abs. 2 UrhG gesetzlich normiert ist. Wenn der Gesetzgeber in dieser Norm von einer persönlich geistigen Schöpfung ausgeht, so bedeutet dies, dass das Werk das Ergebnis einer individuellen geistigen Schöpfung sein muss. Das heißt, es muss sich durch einen gewissen Grad an Individualität auszeichnen. Darüber hinaus soll es auch einen bestimmten geistigen Gehalt aufweisen. Dies kann sich bei Werken der bildenden Kunst beispielsweise durch Gefühlsinhalt oder dem Vorliegen eines ästhetischen Gedankeninhalts äußern und im literarischen Bereich beispielsweise in der Ausformung von Gedanken oder in der besonders geistvollen Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des dargebotenen Stoffes zeigen.<sup>98</sup> Geschützt wird über das Urheberrecht aber nicht das geistige Eigentum selbst, sondern die Umsetzung einer geistigen Idee. Das heißt, um einen gesetzlichen Schutz zu erreichen, genügt es nicht, diese Idee zu haben; man muss sie auch z.B. durch aufschreiben, skizzieren oder programmieren umsetzen. Eine Registrierung oder Anmeldung ist für den Urheberrechtsschutz aber nicht erforderlich. Das Urheberrecht entsteht automatisch in der Sekunde, in welcher die Idee umgesetzt wird. Demzufolge ist es für die Entstehung des Schutzes auch nicht notwendig, das Werk zu beenden. Es genügt, wenn ein Plan, ein Entwurf oder lediglich eine Skizze vorliegen.

Das Internet bietet Zugriff auf viele unterschiedliche Aspekte geistigen Schaffens. Das meiste davon genießt nach obigen Definitionen Urheberrechtsschutz.<sup>99</sup> Ob es sich nun um Texte, Musik oder eingescannte Fotografien handelt. Bei Fotografien ist derjenige als Urheber anzusehen, der dieses Bild fotografiert hat. Er hat sich schließlich Gedanken darüber gemacht, welches Motiv er bei welcher Lichteinstrahlung aus einem ganz bestimmten Blickwinkel aufnehmen möchte. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 sind auch Computerprogramme durch das Urheberrecht geschützt. In der Praxis kann man davon ausgehen, dass fast alle Computerprogramme Urheberrechtsschutz genießen. Lediglich bei absolut banalen Programmen wird es wohl Ausnahmen geben können. Dieser nahezu grundsätzliche Urheberrechtsschutz für Computerprogramme wird für die Programme aus § 69a Abs. 3 UrhG hergeleitet. Nach dieser Norm ist er für sie gegeben, „wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind“.

<sup>98</sup> Vgl. hierzu z.B. BGH, GRUR 1980, S. 227, 230.

<sup>99</sup> Vgl. zur aktuellen Rechtsentwicklung: Klett / Apetz-Dreier, Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2010, K&R 2011, S. 445 ff.

## 3.2 Der Copyright-Vermerk

Ein so genannter Copyright-Vermerk ist für die Entstehung des Anspruchs nicht erforderlich. Wer kennt nicht die in Büchern oder beispielsweise auf Softwareprodukten angebrachte Bezeichnung des Urhebers mit einem umkringelten C, gefolgt von dem Namen des Urhebers und der Jahreszahl, dem so genannten Urheberrechtsvermerk, der synonym auch als Copyright-Vermerk bezeichnet wird. Er ist nach deutschem Recht für das Entstehen des Urheberrechtes nicht erforderlich, da es bereits automatisch mit der Umsetzung einer geistigen Idee entsteht. Verbreitet hat sich die Anwendung des Copyright-Vermerks, weil er im Ausland früher eine wichtige Rolle spielte. So war in den Vereinigten Staaten von Amerika bis zum Jahre 1989 der Copyright-Vermerk neben einer Registrierung erforderlich. Heutzutage ist die Bedeutung des Urheberrechtsvermerks inzwischen als Voraussetzung eines internationalen Urheberrechtsschutzes in vielen Bereichen weggefallen, so dass er selbst in den USA nicht mehr Pflicht ist. Allerdings bietet eine Registrierung in den USA in Verbindung mit dem Copyright-Vermerk dort immer noch Vorteile im Rahmen der Rechtsverfolgung. Auch wenn der Copyright-Vermerk in der Bundesrepublik Deutschland für das Entstehen des Urheberrechtes nicht erforderlich ist, so ist er dennoch nicht sinnlos. Einerseits erfüllt er eine Kennzeichnungsfunktion. Das Werk kann somit einer bestimmten Person zugeordnet werden. Darüber hinaus kommt ihm auch eine Art Beweisfunktion zu. Denn durch den Copyright-Vermerk entsteht nach § 10 Abs. 1 UrhG bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung der Urheberschaft der darin bezeichneten Person.

## 3.3 Ansprüche des Urhebers

Das Urheberrechtsgesetz bietet dem Urheber die Möglichkeit unterschiedliche Ansprüche durchzusetzen:

- Urheberpersönlichkeitsrechte
- Nutzungsrechte

### 3.3.1 Das Urheberpersönlichkeitsrecht

Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist ab § 12 UrhG geregelt. Es ist in folgende drei Kategorien unterteilbar:

- Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG),
- Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG),
- Schutz gegen Entstellung (§ 14 UrhG).

Unter Veröffentlichungsrecht ist das Recht des Urhebers zu verstehen, darüber zu entscheiden, ob er sein Werk oder Informationen darüber für sich behalten oder ob er diese der Öffentlichkeit zugänglich machen möchte. Allerdings ist nur die erste Veröffentlichung von diesem Recht erfasst. Wurde das Werk erst einmal mit seiner Einwilligung im Sinne des § 6 UrhG der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, können zeitlich später stattfindende unerlaubte Veröffentlichungen den Schutzbereich des Veröffentlichungsrechts im Sinne des § 12 UrhG nicht mehr tangieren. Sie könnten allenfalls etwaige Verwertungsrechte im Sinne der §§ 15 ff. UrhG verletzen.

Das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft wird bisweilen auch als Namensrecht bezeichnet. Der Urheber darf bestimmen, ob sein Werk anonym veröffentlicht wird oder mit Namensnennung. Insbesondere vor dem Hintergrund einer neueren Entscheidung des OLG Hamm<sup>100</sup>, in welcher ausdrücklich festgestellt wurde, dass die umfassende und ausschließliche Einräumung der Nutzungs- und Verwertungsbefugnis hinsichtlich eines Computerprogramms nicht automatisch die Befugnis einschließt, einen Hinweis auf die Urheberschaft zu unterlassen, lässt dazu anraten, nicht nur die Nutzungseinräumung sondern auch die Frage der Urheberbezeichnung künftig immer im Rahmen des Vertrages zu regeln. Dies gilt auch bei Arbeits- und Dienstverträgen mit Programmierern.<sup>101</sup> Der Urheber darf nach dem Urheberpersönlichkeitsrecht sogar festlegen, welche Bezeichnung er für die Urheberschaft verwenden möchte. Bisweilen entscheiden sich Künstler deshalb auch für ein Pseudonym, unter dem sie ihre Werke veröffentlichen. In der Praxis wird allerdings gewöhnlich der wirkliche Name des Urhebers verwendet; bereits schon alleine weil bei einem Pseudonym der Nachweis der Urheberschaft erschwert sein könnte.

Ein weiteres, dem Urheber aus dem Persönlichkeitsrecht zustehendes Recht ist das Recht auf Schutz gegen Entstellung des Werkes. Das bedeutet, der Urheber kann sowohl einer Veränderung seines Werkes entgegenwirken als auch bestimmen, in welchem Umfeld sein Werk wiedergegeben wird. Insbesondere im Rahmen der elektronischen Nutzung digitalisierter Werke besteht die Gefahr, dass die Integrität des Werkes und damit zugleich das Persönlichkeitsrecht des Urhebers geschädigt wird. Denn die technischen Möglichkeiten lassen es zu, bei nahezu keinem Kostenaufwand aber mit extrem guter Qualität, Veränderungen durchzuführen.

*Beispiel (zur Veränderung des Werkes):*

*S hat eine eigene Homepage. Hierauf hat er einen Link auf die Seite eines Dritten angebracht, welcher beim Anklicken dazu führt, dass der Nutzer die Seite des S nicht verlässt, sondern dass lediglich ein Teil der verlinkten Seite des Dritten auf der Seite des S erscheint. Der Dritte ist mit diesem Vorgehen nicht einverstanden.*

Im vorliegenden Beispielfall erscheint ein Teil eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf der Homepage des S. Durch seinen Link setzt S einen Teil des Werks in seine

<sup>100</sup> Vgl. OLG Hamm, Urt. Vom 07.08.2007, 4 U 14/07, (Leitsatz), CR 2008, S. 280.

<sup>101</sup> Vgl. Hecht, Urheberbenennung bei Computerprogrammen, ITRB 2009, S. 4 f., (S. 5).

eigene Homepage ein. Er verstößt damit gegen § 14 UrhG, nämlich gegen das Verbot der Entstellung eines Werkes. Der Dritte wird also in seinem Urheberpersönlichkeitsrecht verletzt.

*Beispiel (zum Umfeld des Werkes):*

*A hat einen Text über die Schönheit der Seelandschaft des Bundeslandes Brandenburg verfasst. Sein Text ist so gut, dass der Anbieter eines Online-Journals ihn im Rahmen seines Journals ins Internet stellen möchte. Kurz nach Erscheinen stellt A fest, dass sein Text genau zwischen zwei Berichten über radikale Organisationen steht. Dies gefällt ihm überhaupt nicht. Er möchte nicht, dass sein Text in einem solchen Umfeld erscheint.*

Auch hier ist eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts gegeben. Der Urheber hat aus diesem Recht die Befugnis, selbst zu entscheiden, in welchem Umfeld bzw. in welchem Zusammenhang sein Werk gezeigt wird. A ist hier also in seinem Urheberpersönlichkeitsrecht verletzt.

### 3.3.2 Verwertungsrechte

Im Wirtschaftsleben fast noch wichtiger als das Urheberpersönlichkeitsrecht ist für den Urheber das Verwertungsrecht. Das Verwertungsrecht ist allgemein in § 15 Abs. 1 UrhG geregelt. Es sichert dem Urheber alle Verwertungsarten; auch diejenigen, die sich erst künftig aufgrund technischer Neuerungen ergeben können.

#### 3.3.2.1 Geschützte Werkarten

Im Internet finden sich auf vielen Seiten eine Mischung aus unterschiedlichen Kunstformen: Texte, Musik, Bilder und Grafiken. Zunächst ist zu klären, welche Werke überhaupt dem Urheberrechtsschutz unterliegen. Anknüpfungspunkt für einen rechtlichen Schutz von Internetseiten ist der § 2 UrhG. Hier werden beispielhaft die durch das Urheberrecht geschützten Werkarten aufgeführt. Dass es sich bei den dort genannten Werkarten nicht um eine abschließende Aufzählung handelt, ist aus der Wortwahl „insbesondere“ zu ersehen. Der Text des § 2 UrhG lautet:

§ 2 Geschützte Werke.

(1) Zu den geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst gehören insbesondere:

1. Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme;
2. Werke der Musik;
3. pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst

4. *Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke;*
5. *Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden;*
6. *Filmwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Filmwerke geschaffen werden;*
7. *Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen.*

(2) *Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.*

Dies setzt nach Abs. 2 dieser Norm das Vorliegen einer persönlichen geistigen Schöpfung voraus. Damit von einer derartigen Schöpfung gesprochen werden kann, muss es sich um ein von einem Menschen geschaffenes Werk handeln, welches sich durch individuelle Züge von anderen Werken abgrenzt.

*Beispiel:*

*A sieht auf einer Seite im Internet ein schönes Foto eines großen roten Sportwagens. Er möchte dieses Bild auf seine Homepage stellen. Zu diesem Zweck lädt er das Bild auf seinen Rechner und integriert es in seinen von ihm nur privat genutzten Internetauftritt. Ist sein Handeln rechtlich unbedenklich?*

Nach Urheberrecht sind beispielsweise auch Fotos geschützt. Schließlich hat der Fotograf eine geistige Idee umgesetzt, indem er beim Fotografieren das Motiv, den Blickwinkel und die Lichteinstrahlung bestimmt hat. Möchte ein Internetnutzer also derartige Bilder in den Rechner einscannen, oder lädt er Bilddateien aus dem Netz und stellt sie auf seine Homepage<sup>102</sup>, so nutzt er das geistige Eigentum des Urhebers, indem er es verbreitet und der Öffentlichkeit zugänglich macht. Dies darf er nach dem Urheberrechtsgesetz nicht ohne Einwilligung des Urhebers. Deshalb verletzt A in dem eben genannten Beispielfall das Urheberrecht des Fotografen, indem er ungefragt ein Bild für seinen Internetauftritt nutzt.

### 3.3.2.2 Exkurs: Das Recht am eigenen Bild

Bei dem Umgang mit Bildern kommt ein weiterer Aspekt hinzu; nämlich das Recht am eigenen Bild. Dieses Recht hat nichts mit dem Urheberrecht im engeren Sinne zu tun, sondern ist als eigenständiges Recht durchsetzbar.

<sup>102</sup> Vgl. hierzu auch: Wien, Urheberrecht und Homepage-Gestaltung, WuM 2010, Heft 1, S. 30 ff.

*Beispiel:*

*Der 17-jährige Schüler S stellt Bilder von der letzten Klassenfahrt ins Internet. Dort hat er, ohne die betreffenden Personen zu fragen, auf einer abendlichen Party Portraitaufnahmen von einigen ziemlich betrunkenen Schulkameraden gemacht. Diese sind von den Bildern nicht sonderlich begeistert und möchten nicht, dass diese im Internet für jeden einsehbar sind.*

Das Recht einer Person am eigenen Bild wird durch die §§ 22 ff. des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KunstUrhG) geschützt.<sup>103</sup> Nach diesen Vorschriften dürfen in der Regel nur nach einer vorherigen Einwilligung der abgebildeten Person Bilder von ihr verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Das Recht am eigenen Bild fällt aber zugleich auch unter den Tatbestand „sonstiges Recht“ im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB. Es stellt damit einen Sonderfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes<sup>104</sup> dar. Zwar ist das von der herrschenden Meinung aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht nur ein so genannter Auffangtatbestand, der als subsidiär hinter Tatbeständen spezieller Gesetze zurücktritt, sofern diese Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abschließend in ihren Regelungen erfassen; doch bildet das Recht am eigenen Bild hier eine Ausnahme, da es wie auch das Namensrecht nicht abschließend durch die §§ 22 bis 24 des KunstUrhG geregelt wird. Demzufolge können Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Rechts am eigenen Bild durchaus auch auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden.

*Beispiel:*

*Eine junge Hochschule feiert demnächst ihr 30-jähriges Bestehen. Zu diesem Zweck möchte die Hochschulleitung Fotos der Professoren und Mitarbeiter auf eine Sonderseite des Internetauftritts stellen. Da dies schnell geschehen soll und der Ersteller der Seite nicht bei den vielen Hochschulmitarbeitern um Fotos bitten möchte, sollen die Bewerbungsfotos aus den Personalakten hierfür benutzt und eingescannt werden. Einige Mitarbeiter und Professoren sind damit nicht einverstanden. Auch das Bild des vor einem Jahr verstorbenen, ehemaligen Hochschulpräsidenten soll auf die Homepage gesetzt werden. Darf die Hochschule so verfahren?*

Bezüglich der Bilder der Mitarbeiter und Professoren gilt das oben gesagte. Die Bilder dürfen nach §§ 22 ff. KunstUrhG nicht ohne Einwilligung der abgebildeten Personen verwendet werden. Was ist jedoch mit dem Persönlichkeitsrecht des verstorbenen Hochschulpräsidenten? Auch nach dem Tod ist für weitere 10 Jahre die Erlaubnis der

<sup>103</sup> Vgl. bezüglich des Rechts zur Anfertigung und Verwertung der Fotos von Gärten und Gebäuden: BGH, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 45/10, NJW 2011, S. 749 ff. und BGH, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 44/10, NJW 2011, S. 753 ff.

<sup>104</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH vom 25.10.2011, C-509/09, können die Opfer von Persönlichkeitsrechtsverletzungen wegen des gesamten Schadens die Gerichte ihres Wohnsitzmitgliedstaates anrufen, wenn die Verletzungen über das Internet begangen werden.

Angehörigen erforderlich, wenn Bilder des Verstorbenen derart verwendet werden sollen.

Auch Prominente Personen müssen die Verwendung ihres Bildes oder ihres Namens für kommerzielle Zwecke nicht hinnehmen. So musste vor einigen Jahren das Landgericht Hamburg<sup>105</sup> über einen Rechtsstreit entscheiden, in welchem sich der Torwart der deutschen Fußball-Nationalmannschaft, Oliver Kahn, dagegen zur Wehr setzte, dass eine nach seinem Abbild programmierte Figur in einem Computerspiel verwendet wurde, obwohl er nicht an den Einnahmen an diesem Spiel beteiligt wurde. Das Gericht stellte fest, dass auch prominente Personen, die zumindest als relative Personen der Zeitgeschichte anzusehen sind, eine ungefragte Verwendung ihres Bildnisses nicht akzeptieren müssen. Die Gründe des Urteils lauteten:

„(...) Das Computerspiel enthält eine bildliche Darstellung des Kl. i.S.v. § 22 KUG. Seine Gestalt ist den Anforderungen an die Darstellbarkeit im Rahmen des Computerspiels entsprechend naturgemäß zwar verfremdet, indem sie eher als realistisch gezeichnete Zeichentrückfigur denn als fotografiertes Abbild erscheint; eine hinreichende Ähnlichkeit ist aber auszumachen (...) braucht auch eine Person der Zeitgeschichte die Verbreitung ihres Bildnisses nicht hinzunehmen, wenn dem ein berechtigtes Interesse entgegensteht. Ein solches berechtigtes Interesse des Kl. Besteht hier darin, dass seine Person durch ihre Verwendung als Spielfigur in dem von der Bekl. vertriebenen Computerspiel für kommerzielle Zwecke der Bekl. vereinnahmt wird.“<sup>106</sup> Diese Entscheidung wurde in einem Berufungsverfahren vor dem OLG Hamburg<sup>107</sup> noch einmal bestätigt.

Aber im Bereich der unerwünschten Bildveröffentlichung zeichnet sich nunmehr ein gravierender Wechsel der Beurteilungskriterien ab. So hat der Bundesgerichtshof vor kurzer Zeit über Klagen von Caroline und Ernst August von Hannover wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch die Presse zu entscheiden.<sup>108</sup> Mit sechs am 6. März 2007 verkündeten Entscheidungen<sup>109</sup> hat der BGH sich nunmehr von dem bisher verwendeten Kriterium der absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte abgewandt und favorisiert nunmehr eine einzelfallbezogene Interessenabwägung.<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Vgl. LG Hamburg, CR 2004, S. 225 mit Anmerkung Ernst.

<sup>106</sup> LG Hamburg, CR 2004, S. 225.

<sup>107</sup> Vgl. OLG Hamburg, CR 2004, S. 459.

<sup>108</sup> Vgl. zur gerichtlichen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen: EuGH, Urteil vom 25.10.2011, C-509/09, C-161/10, K&R 2011, S. 787 ff. und hierzu der Kommentar von Lederer, Der „Gerichtsstand am Interessenmittelpunkt“ – ein zeitgemäßer Gerichtsstand, K&R, S. 791 ff.

<sup>109</sup> Vgl. beispielsweise: BGH, Urteil vom 06.03.2007 – VI ZR 51/06, NJW 2007, S. 1977 und BGH, Urteil vom 06.03.2007 – VI ZR 13/06, NJW 2007, S. 1981.

<sup>110</sup> Vgl. Teichmann, Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte, NJW 2007, S. 1917.



### 3.3.2.3 Vervielfältigung

Unter Vervielfältigung wird jedwede körperliche Festlegung eines Werkes verstanden, welche geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf beliebige Art mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen.<sup>111</sup> Aus diesem Grund ist es auch unproblematisch, in einem Speichervorgang auf einem Datenträger wie beispielsweise Festplatte, Diskette oder CD einen Vervielfältigungsvorgang zu sehen. Wie ist aber die flüchtige Speicherung im Arbeitsspeicher eines Rechners – etwa beim Surfen im Internet – einzuschätzen? Stellt auch diese Speicherung eine Vervielfältigung dar? Nachdem diese Frage früher lange Zeit in der Literatur umstritten war, wurde diese Streitfrage durch eine klarstellende Definition im Rahmen der Urheberrechtsnovelle 2003 endgültig geklärt. Der § 16 UrhG definiert Vervielfältigung und Vervielfältigungsrecht nun folgendermaßen:

§ 16 UrhG Vervielfältigungsrecht.

- (1) *Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl.*
- (2) *Eine Vervielfältigung ist auch die Übertragung des Werkes auf Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen (Bild- oder Tonträger), gleichviel, ob es sich um die Aufnahme einer Wiedergabe des Werkes auf einen Bild- oder Tonträger oder um die Übertragung des Werkes von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen handelt.*

Durch die in Absatz 1 verwendete Formulierung „gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft“ hat der Gesetzgeber nun klargestellt, dass es auf eine körperliche Manifestation des Werkes nicht mehr ankommt. Auch vorübergehendes Speichern im Arbeitsspeicher eines Rechners stellt somit eine Vervielfältigung dar. Findet ein sogenannter Download statt, werden also Daten eines Servers per Internet auf andere Rechner dergestalt übertragen, dass die Daten dauerhaft auf der Festplatte gespeichert werden, so ist hierin eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG zu sehen.<sup>112</sup> Auch der umgekehrte Fall, das so genannte Uploading, bei welchem Inhalte vom eigenen Rechner per Internet auf angeschlossene Server geladen werden, ist als Vervielfältigungsvorgang anzusehen.

<sup>111</sup> Vgl. BGHZ 17, 266, 269 f.

<sup>112</sup> Vgl. hierzu OLG München, CR 2001, S. 333, 337; LG München I, MMR 2000, S. 431.

### 3.4 Links

Unter einem „Link“ ist die Möglichkeit zu verstehen, dass der Internetnutzer durch das Anklicken einer Adresse die Möglichkeit erhält, direkt auf eine andere Internetseite zu gelangen, ohne dass dessen Adresse gesondert eingegeben werden muss. Der Link bietet also nur einen technischen Weiterleitungsvorgang. Das fremde Werk wird hierbei also „nicht wiedergegeben, sondern es wird lediglich auf dieses verwiesen“.<sup>113</sup> Nach einer Entscheidung des OLG Celle<sup>114</sup> ist die Verlinkung einer Webseite auch ohne Zustimmung des Betreibers der Seite zulässig. In seiner Urteilsbegründung geht das Gericht nämlich davon aus, dass die Verlinkung grundsätzlich ein erwünschter Vorgang ist.<sup>115</sup>

Die normalen Links sind von so genannten Deep-Links zu unterscheiden. Unter Deep-Links versteht man Links, welche nicht auf die Einstiegsseiten Dritter verweisen, sondern direkt zu einer Unterseite eines fremden Anbieters führen. Streitigkeiten um die Zulässigkeit derartiger Seiten hatten seit Jahren immer wieder die Gerichte beschäftigt. Denn die Anbieter der Inhalte hatten befürchtet, dass ihnen erhebliche Werbeeinnahmen entgingen, wenn sich die Nutzer nicht mehr durch sein Angebot bewegen müssen sondern direkt zu der gewünschten Seite gelangen. Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsfrage nunmehr entschieden. Nach dem Richterspruch gehören Deep-Links zum gewöhnlichen Inhalt des Internets und deshalb hätten Anbieter, die Inhalte ohne besondere Schutzvorrichtungen in das Netz stellen, mit der Möglichkeit einer Verlinkung rechnen müssen. Sofern die Links für den Nutzer tatsächlich als Verweise zu erkennen sind, können sich die Anbieter des Inhalts aus diesem Grund nicht gegen die Verlinkung wehren. Obwohl die Entscheidung im Rahmen eines Rechtsstreits mit einem Suchmaschinenanbieter geführt wurde<sup>116</sup>, ist die Begründung auf andere Fälle übertragbar. Der Leitsatz der Entscheidung des BGH lautet im Original:

„Wird ein Hyperlink zu einer Datei auf einer fremden Webseite mit einem urheberrechtlich geschützten Werk gesetzt, wird dadurch nicht in das Vervielfältigungsrecht an diesem Werk eingegriffen.“

Ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich macht, ermöglicht dadurch bereits selbst die Nutzungen, die ein Abrufender vornehmen kann. Es wird deshalb grundsätzlich kein urheberrechtlicher Störungszustand geschaffen, wenn der Zugang zu

<sup>113</sup> Pierson/Ahrens/Fischer, Recht des geistigen Eigentums, München 2007, S. 314.

<sup>114</sup> Vgl. OLG-Celle, Beschluss vom 15.02.2007 – 13 U 4/07.

<sup>115</sup> Vgl. Martens, OLG Celle: Verlinkung auch ohne Einwilligung, IT-Report, ITRB 2007, 245 f.

<sup>116</sup> Vgl. zur aktuellen Rechtsprechung bei Suchmaschinen auch: Meyer, Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2010, K&R 2011, S. 217 ff.

dem Werk durch das Setzen von Hyperlinks (auch in der Form von Deep-Links) erleichtert wird“.<sup>117</sup>

Zwar stellt ein Deep-Link per se noch kein Verstoß gegen das Urheberrecht in der Ausprägung des Vervielfältigungsrechts dar, doch besteht bei Deep-Links die Gefahr, dass sie gegen das Urheberpersönlichkeitsrecht, nämlich das in § 13 UrhG verbrieftete Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, verstoßen.<sup>118</sup> Schließlich hat der Urheber einen Anspruch darauf, als Urheber genannt zu werden. Sofern der Deep-Link dem Betrachter der Seite verschleiert, wer der eigentliche Urheber des Seiteninhalts ist, liegt eine Verletzung des § 13 UrhG vor.

Mit der Linksetzung auf Bilder<sup>119</sup> musste sich kürzlich das OLG München befassen. Es stellte dazu fest, dass es unzulässig ist, Bildnisse einer Person durch Linksetzung auf im Internet veröffentlichte Fotos, die diese Person bei einer Freizeitaktivität in ihrer Privatsphäre zeigen, ohne Einwilligung der betreffenden Person in einem anderen Kontext veröffentlicht und dadurch Bezüge zu ihrer beruflichen Tätigkeit herstellt.<sup>120</sup>

## 3.5 Frames

Unter einem Frame ist ein Bereich einer Webseite zu verstehen, welcher wiederum in der Lage ist, eine eigene Seite aufzunehmen. Frames bieten damit die Möglichkeit, mehrere Seiten auf einer Seite zusammenzuführen. Hierbei besteht die Möglichkeit, dass der Nutzer denkt, die Frameinhalte stammen aus eigenen Quellen.<sup>121</sup> Das Framing ist grundsätzlich nur ein Hilfsmittel für den Nutzer. Urheberrechtliche Probleme können immer nur dann auftauchen, wenn durch diesen Vorgang die Nennung des Urhebers unterbleibt und für den Betrachter der Seite der Eindruck entsteht, dass der Framende auch Urheber der fremden - durch Frames eingefügten - Seiteninhalte ist.<sup>122</sup> Dies wäre dann ein Verstoß gegen § 13 UrhG. Das Landgericht München hat die Problematik in einer relativ neuen Entscheidung gut beschrieben: „Das Einbinden externer Dateien in das Erscheinungsbild einer Webseite in der Weise, dass beim Aufruf der Seite durch einen Internetnutzer dessen Browser veranlasst wird, den fremden Inhalt

<sup>117</sup> BGH, JZ 2004, S. 146 mit Anmerkung Spindler.

<sup>118</sup> Vgl. hierzu vertiefend auch: Minnerup, Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke durch Inline-Linking und Framing, ITRB 2011, S. 23 f.

<sup>119</sup> Vgl. zur Link-Setzung auf Bilder auch: Brennecke, Urheberrechtswidrige Google-Bildersuche, ITRB 2009, S. 33; LG Hamburg, Urt. vom 29.09. 2008, 308 O 42/06, CR 2009, S. 47.

<sup>120</sup> Vgl. OLG München, CR 2007, S. 739 ff.; zur urheberrechtlichen Einordnung vgl.: Niemann, Schrankenlose Bildersuche? Zur entsprechenden Anwendung von § 49 UrhG auf Bildersuchmaschinen, CR 2009, S. 97 ff.; vgl. zu dieser Frage auch: Petershagen, Der Schutz des Rechts am eigenen Bild vor Hyperlinks, NJW 2011, S. 705 ff.

<sup>121</sup> Vgl. Benning/Oberrath, Computer- und Internetrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2008, S. 126.

<sup>122</sup> Vgl. vertiefend hierzu auch: Minnerup, Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke durch Inline-Linking und Framing, ITRB 2011, S. 23 f.

direkt von einem externen Server auf einen zugewiesenen Unterabschnitt auf dem Bildschirm zu laden („Framing“) bildet einen Fall des öffentlich Zugänglichmachens gem. § 19a UrhG. Für urheberrechtswidriges Framing haftet der Domain-Inhaber.“<sup>123</sup>

## 3.6 Software

In der Praxis stellt sich daher oftmals die Frage nach dem rechtlichen Schutz entwickelter Software.<sup>124</sup> Gesetze, die den Schutz von Softwareentwicklungen vorgeben sind insbesondere das Patent- und das Urheberrecht. Grundsätzlich unterliegt Software dem Schutz durch Urheberrecht.<sup>125</sup> Dennoch besteht ein vitales Bedürfnis daran, Software auch unter Patentschutz zu stellen. Vom Urheberrechtsschutz umfasst ist „die sichtbare Entwicklungsleistung des Programmierers“.<sup>126</sup>

## 3.7 Ausnahmen

In bestimmten Fällen ermöglicht das Urheberrecht Dritten, ein urheberrechtlich geschütztes Werk zu verwenden oder zu vervielfältigen, ohne dass der Urheber hierfür um sein Einverständnis gefragt werden muss. So ist für den Bereich des Internets insbesondere die Privilegierung von Kopien für den privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch von Bedeutung.

### 3.7.1 Schutzdauer

Der Urheberrechtsschutz besteht nach § 64 UrhG grundsätzlich bis zu 70 Jahre über den Tod des Urhebers hinaus. Haben mehrere Personen zusammengearbeitet und demnach ein gemeinschaftliches Urheberrecht, so erlischt das Urheberrecht erst 70 Jahre nach dem Tod des letztversterbenden Miturhebers. Danach wird das Werk „gemeinfrei“. Das bedeutet, jeder kann das Werk verwenden, vervielfältigen oder verändern ohne den Urheber oder seine Rechtsnachfolger dafür fragen zu müssen. Das

<sup>123</sup> LG München I, Urteil vom 10.01.2007 – 21 O 20028/05, CR 2007, S. 810 ff.

<sup>124</sup> Vgl. zum Handel mit „gebrauchter Software“ auch: Spindler / Wiebe, Die Entwicklung des EDV-Rechts 2009 bis 2011 (Teil 1), K&R 2011, S. 686 ff. (S. 690 ff.).

<sup>125</sup> Vgl. zur Patentierbarkeit computerbezogener Erfindungen: Spindler / Wiebe, Die Entwicklung des EDV-Rechts 2009 bis 2011 (Teil 2), K&R 2011, S. 764 ff. (S. 766 f.).

<sup>126</sup> Otto, Recht für Softwareentwickler, Bonn 2006, S. 23; vgl. hierzu auch: Wien, Softwareerstellungsverträge – quo vadis? Hinweise zu einer neuen Rechtsansicht, WuM 2010/Heft 2, S. 66 ff.

Argument für eine Gemeinfreiheit nach Ablauf des Urheberrechts ist, dass der Urheber durch seine Umwelt zu seiner Geistigen Idee inspiriert worden ist. Deshalb sei es doch nur folgerichtig, dass, wenn er und seine Nachkommen die Umsetzung der geistigen Idee zu seinen Lebzeiten und 70 Jahre über den Tod des Urhebers hinaus verwertet haben, die Nutzung an Umwelt und damit an die Allgemeinheit wieder zurückgeben, die den Urheber inspiriert haben. Leistungsschutzrechte wirken hingegen kürzer. Zumeist sind es 50 Jahre.<sup>127</sup> Bei Datenbanken sind es nach § 87d UrhG sogar nur 15 Jahre.

### 3.7.2 Kopien für den privaten Gebrauch

Vom Grundsatz her sieht das Urheberrechtsgesetz in § 53 Abs. 1 UrhG vor, dass von einer urheberrechtlich geschützten Vorlage für den privaten Gebrauch einzelne Vervielfältigungsstücke erlaubt sind herzustellen, ohne den Urheber fragen zu müssen. Der Bundesgerichtshof hat als Grenze für die zulässige Anzahl „einzelner Vervielfältigungsstücke“ entschieden, dass es bis zu sieben Kopien sein können, die für den privaten Gebrauch gezogen werden dürfen.<sup>128</sup> Für den Bereich des Internets bedeutet dies, dass jeder Nutzer sich grundsätzlich fremdes Material aus dem Internet herunterladen und kopieren darf, solange er es nur für den privaten Gebrauch verwendet.

*Beispiel:*

*Der 16-jährige Schüler S lädt sich aus dem Internet das Bild eines Sportwagens herunter, druckt es aus und hängt es in sein Kinderzimmer.*

Doch sind auch im Rahmen der erlaubten Privatkopien Einschränkungen zu beachten. So gilt für Software beispielsweise eine Privilegierung von bis zu sieben Kopien für den Privatgebrauch nicht. Nach § 69c Nr. 1 UrhG hat der Urheber fast ohne Einschränkung das Recht über die Verwendung seines Werkes zu entscheiden. Demnach ist jede unerlaubte Kopie von Software mit der Gefahr einer Strafbarkeit nach § 106 UrhG verbunden. Und auch aus elektronischen Datenbanken sind nicht einmal Kopien für den privaten Gebrauch gestattet.

Ein weiteres in der Praxis heikles Thema war lange Zeit die Frage, inwieweit es gestattet ist, private Kopien von Musik-CDs, DVDs oder Computerspielen herzustellen, wenn es sich dabei um Sicherungskopien, also Kopien eines selbst legal erworbenen Produktes handelt.

<sup>127</sup> Vgl. § 72 Abs. 1, § 82, § 85 Abs. 2, § 87 Abs. 2 UrhG.

<sup>128</sup> Vgl. BGH, GRUR 78, S. 474 ff.

*Beispiel:*

*Student S hat sich eine DVD gekauft. Weil es sich dabei um seinen Lieblingsfilm handelt und er ein vorsichtiger Mensch ist, möchte er sich am Computer eine Kopie seiner DVD brennen. Er fragt sich allerdings, ob sein Handeln legal ist.*

Bis zur Änderung des Urheberrechts durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003 waren bis zu sieben Kopien eines urheberrechtlich geschützten Werkes für den privaten Gebrauch zulässig. Zwar hielt man auch im Rahmen der Urheberrechtsnovelle von 2003 an der Regelung der Privatkopien fest, doch führte man zugleich wegen der Umsetzung einer europäischen Richtlinie weitere Aspekte in das Urheberrechtsgesetz ein, welche die meisten Privatkopien auf digitalen Medien quasi „durch die Hintertür“ in die Illegalität zogen. Der seit 2003 geltende § 95a UrhG, der diesen Effekt erzielt lautet:

*§ 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.*

Dies führte einerseits dazu, dass viele Kopien, die zuvor schlecht belangt werden konnten nunmehr strafrechtlich und zivilrechtlich sanktioniert werden können; andererseits stieß die Gesetzesreform 2003 auch auf den Unmut vieler Verbraucher, die legal Produkte wie beispielsweise Computerprogramme, DVDs oder CDs erworben hatten und nun befürchten mussten, beim Herstellen einer Sicherungskopie gegen geltendes Recht zu verstoßen. So musste sich beispielsweise das Bundesverfassungsgericht<sup>129</sup> im Jahre 2005 mit der Klage eines Verbrauchers befassen, der die von ihm erworbenen CDs und DVDs gewöhnlich per Computer kopierte, um eine Sicherungskopie zu besitzen. Er sah sich durch die Gesetzesnovelle des Jahres 2003 in seinem Eigentumsrecht aus Art. 14 GG verletzt. Die Entscheidung, die das Bundesverfassungsgericht traf, unterschied bei der Umgehung von Kopierschutzmaßnahmen zwischen zivilrechtlichen Konsequenzen einerseits und strafrechtlichen Konsequenzen andererseits. Das Gericht stellte klar, dass private Sicherungskopien gewöhnlich nach § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG weiterhin zulässig sind, soweit die Kopie nicht von einer offensichtlich rechtswidrigen Vorlage hergestellt wurde. Zu beachten ist hierbei aber, dass auch bei der Sicherungskopie kein Kopierschutz des Originals gebrochen respektive umgangen werden darf. Darüber hinaus wurde in der Entscheidung jedoch auch klargestellt, dass derjenige, der unter Bruch eines Kopierschutzes eine ansonsten legale Sicherungskopie herstellt, zumindest keine strafrechtlichen Konsequenzen zu befürchten hat, da § 108b Abs. 1 und § 111a Abs. 1 Nr. 1a UrhG das Umgehen eines Kopierschutzes zum eigenen privaten Gebrauch ausdrücklich nicht mit Strafe oder Bußgeld belegt. Was allerdings die zivilrechtliche Seite anbelangt, so können die Rechtsinhaber selbstverständlich versuchen zivilrechtlich gegen die Erstellung privater Sicherungskopien unter Umgehung eines Kopierschutzes vorzugehen. Sie müssen dann allerdings gegen jede einzelne Kopie einen Rechtsstreit anstrengen.

Der § 53 Abs. 4 UrhG untersagt Vervielfältigungen

- grafischer Aufzeichnungen von Werken der Musik,
- eines Buches oder einer Zeitschrift, wenn es sich um eine im Wesentlichen vollständige Vervielfältigung handelt.

Das bedeutet: Noten dürfen überhaupt nicht ohne Zustimmung des Urhebers kopiert werden. Lediglich eine handschriftliche Kopie wäre zulässig. Auch gesamte Bücher oder vollständige Zeitschriften sind ausgeklammert. Lediglich Teile daraus sind für private Kopien zulässig.

<sup>129</sup> Vgl. Entscheidung des BVerfG vom 25.07.2005 – 1 BvR 2182/04.

### 3.7.3 Eine andere Privilegierung gilt im Bereich der Ausbildung.

*Beispiel:*

*Professor A stellt Schaubilder und Wissenschaftsartikel aus Fachzeitschriften in das Intranet des Fachbereichs der Hochschule, zu welchem nur seine Studenten mittels einer TAN-Nummer Zugang haben. Hierfür fragt er weder die Urheber der Texte noch die Verlage, welche die Zeitschriften herausgeben nach deren Erlaubnis. Darf er so verfahren?*

Der § 52a Abs. 1 Nr. 1 des Urheberrechtsgesetzes sieht vor, dass „veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmten abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern“ zulässig ist. Deshalb darf ein Lehrender – wie im obigen Beispiel Professor A – die Texte und Schaubilder auch nicht auf eine Seite des Internets sondern nur in das hochschulinterne Intranet stellen, sofern durch TAN-Nummern oder Zugangscodes gesichert ist, dass lediglich seine Studenten und keine außenstehenden Personen Zugang zu den urheberrechtlich geschützten Inhalten haben. Sofern es sich also um Werke geringen Umfangs wie z.B. kurze Fachaufsätze handelt, bestehen hier keine Probleme. Ein ganzes Lehrbuch hingegen wäre vom Wortlaut des Gesetzes nicht mehr abgedeckt. Der Gesetzgeber spricht nur von kleinen Teilen eines Werkes, so dass es demnach auch im Ausbildungsbetrieb von Schulen und Hochschulen nur möglich ist, einzelne kurze Kapitel ins Netz zu stellen. Am 13.11.2008 hat der Bundestag es gebilligt, dass die Geltungsdauer des § 52a UrhG um weitere 4 Jahre bis zum Jahre 2012 verlängert wird.

### 3.7.4 Öffentliche Reden

Bei öffentlichen Reden besteht eine weitere Ausnahme. Nach § 48 UrhG können sie ohne den Urheber fragen zu müssen vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden. Der § 48 UrhG lautet:

*§ 48 UrhG Öffentliche Reden.*

(1) *Zulässig ist*

1. *die Vervielfältigung und Verbreitung von Reden über Tagesfragen in Zeitungen, Zeitschriften sowie in anderen Druckschriften oder sonstigen Datenträgern, die im Wesentlichen den Tagesinteressen Rechnung tragen, wenn die Reden bei öffentlichen Versammlungen gehalten oder durch öffentliche Wiedergabe im Sinne von § 19a oder § 20 veröffentlicht worden sind, sowie die öffentliche Wiedergabe solcher Reden,*



2. *die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Reden, die bei öffentlichen Verhandlungen vor staatlichen, kommunalen oder kirchlichen Organen gehalten worden sind.*

(2) *Unzulässig ist jedoch die Vervielfältigung und Verbreitung der in Absatz 1 Nr. 2 bezeichneten Reden in Form einer Sammlung, die überwiegend Reden desselben Urhebers enthält.*

So dürfen beispielsweise die Texte von vollständigen Reden oder Bundestagsdebatten auf Internetseiten einer Online-Zeitung bereitgestellt werden, ohne den jeweiligen Politiker nach seiner Zustimmung fragen zu müssen.

### 3.7.5 Zitate

Eine andere Ausnahmegvorschrift ist die Zitierfreiheit des § 51 Nr. 2 UrhG.

§ 51 UrhG Zitate.

*Zulässig sind die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn*

1. *einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden,*
2. *Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angefügt werden,*
3. *einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden.*

Nach dieser Vorschrift ist es gestattet, kleine Ausschnitte aus einem bereits veröffentlichten Werk kostenlos zu verwenden. Dies betrifft natürlich auch die Verwendung von Texten auf einer Internetseite.

*Beispiel:*

*Student S hat ein Internetforum eröffnet. Er möchte sich kritisch mit Texten des Buchautors X auseinandersetzen. Zur Untermauerung seiner eigenen Thesen setzt er auf die Seite kurze Textpassagen aus Büchern des X, welche er mit Quellenangaben versieht. Darunter schreibt er seine eigene, kritische Meinung. Darf er das?*

Im eben genannten Beispielfall hat S alles richtig gemacht. Es ist bei den Zitaten darauf zu achten, dass es sich um echte Zitate mit Quellenangabe handelt. Denn ohne Quelle könnte der Betrachter davon ausgehen, dass S der Urheber der Textzeilen sei.

## 3.8 Rechtsfolgen von Urheberrechtsverletzungen

Ein Verstoß gegen das Urheberrecht kann sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.<sup>130</sup>

### 3.8.1 Zivilrechtliche Ansprüche

#### 3.8.1.1 Unterlassungsanspruch

Gegen den Rechtsverletzer hat der Urheber nach § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG einen Anspruch auf Unterlassung. Dieser Anspruch ist verschuldensunabhängig und wird in der Praxis oftmals gemäß § 935 und § 940 ZPO durch eine einstweilige Verfügung sichergestellt. Ein Unterlassungsanspruch ist nicht durchsetzbar, wenn die Gefahr der Wiederholung nicht besteht. Dies kann gegeben sein, wenn der Rechtsverletzer außergerichtlich bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat, in welcher er sich für den Fall einer erneuten Rechtsverletzung zur Zahlung eines Geldbetrages in angemessener, genau bezifferter Höhe an den Verletzten verpflichtet.

#### 3.8.1.2 Schadensersatz

Daneben besteht für den Verletzten auch ein Anspruch auf Schadensersatz. In der Bundesrepublik Deutschland bedeutet Schadensersatz „Naturalrestitution“ – also Wiederherstellung des Zustands vor dem schädigenden Ereignis. Ist dies nicht möglich, so ist Wertersatz in Geld zu leisten. Im Urheberrechtsgesetz ist der Schadensersatz in § 97 Abs. 1 geregelt. Doch welche Höhe ist angemessen? Wie ist der Schadensersatz zu berechnen? In der Praxis ist es für den Urheber oft schwer, den genauen Schaden zu beziffern, den der Rechtsverletzer durch seine Handlung verursacht hat. Gewöhnlich besteht der Schadensersatz aus dem entgangenen Gewinn des Urhebers. Bei Urheberrechtsverletzungen im Netz bedeutet das in der Regel, dass der Urheber von dem Rechtsverletzer die übliche Lizenzgebühr verlangen kann, die dieser normalerweise hätte zahlen müssen, wenn er sich darum bemüht hätte eine Lizenz zu erhalten. Alternativ könnte er aber auch nach § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG Herausgabe des vom Rechtsverletzer erzielten Gewinnes fordern.<sup>131</sup>

<sup>130</sup> Zu Urheberrechtsverletzungen bei Twitter vgl.: v. Blumenthal / Niclas, Urheberrechtsverletzungen bei Twitter, ITRB 2011, S. 74.

<sup>131</sup> Vgl. zur Höhe des Schadensersatzes auch: Buchmann / Brüggemann, Der Preis des „Filessharing“. Streitwert, Schadensersatz und Kostendeckelung nach § 97a Abs. 2 UrhG, K&R 2011, S. 368 ff.

### 3.8.1.3 Auskunftsanspruch

Da der geschädigte Urheber gewöhnlich nicht weiß, in welchem Umfang der Rechtsverletzer das urheberrechtlich geschützte Werk verwendet hat und oft auch nicht weiß, welchen Gewinn der Rechtsverletzer damit erzielt hat, bietet der § 97 Abs. 1 Satz 2 UrhG ihm durch einen Auskunftsanspruch die Möglichkeit, den Rechtsverletzer zu zwingen, ihm über diese Punkte Auskunft zu geben. Die Kenntnis dieser Informationen versetzt den Urheber dann in die Lage, seine Ansprüche zur Not auch vor Gericht durchsetzen zu können.

Mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“<sup>132</sup> ist dem Inhaber von Rechten, als Waffe im Kampf gegen Rechtsverletzungen, der am 1. September 2008 in Kraft getretene § 101 UrhG zur Seite gestellt worden, welcher die Klärung der Identität des Rechtsverletzers erleichtern soll. Diese Vorschrift lautet:

#### § 101 UrhG Anspruch auf Auskunft

- (1) *Wer in gewerblichem Ausmaß das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten auf unverzügliche Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der rechtsverletzenden Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse in Anspruch genommen werden. Das gewerbliche Ausmaß kann sich sowohl aus der Anzahl der Rechtsverletzungen als auch aus der Schwere der Rechtsverletzung ergeben.*
- (2) *In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung oder in Fällen, in denen der Verletzte gegen den Verletzer Klage erhoben hat, besteht der Anspruch unbeschadet von Absatz 1 auch gegen eine Person, die in gewerblichem Ausmaß*

1. *rechtsverletzende Vervielfältigungsstücke in ihrem Besitz hatte,*
2. *rechtsverletzende Dienstleistungen in Anspruch nahm,*
3. *für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte oder*
4. *nach den Angaben einer in Nummer 1, 2 oder Nummer 3 genannten Person an der Herstellung, Erzeugung oder am Vertrieb solcher Vervielfältigungsstücke, sonstigen Erzeugnisse oder Dienstleistungen beteiligt war,*

*es sei denn, die Person wäre nach den §§ 383 bis 385 der Zivilprozessordnung im Prozess gegen den Verletzer zur Zeugnisverweigerung berechtigt. Im Fall der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs nach Satz 1 kann das Gericht den gegen den Verletzer anhängigen Rechtsstreit auf Antrag bis zur Erledigung des wegen des Auskunftsanspruchs geführten Rechtsstreits aussetzen. Der zur Auskunft Verpflichtete kann von dem Verletzten den Ersatz der für die Auskunftserteilung erforderlichen Aufwendungen verlangen.*

<sup>132</sup> Vgl. BGBl. I 2008, S. 1191.

- (3) *Der zur Auskunft Verpflichtete hat Angaben zu machen über*
1. *Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse, der Nutzer der Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren, und*
  2. *die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse sowie über die Preise, die für die betreffenden Vervielfältigungsstücke oder sonstigen Erzeugnisse bezahlt wurden.*
- (4) *Die Ansprüche nach den Absätzen 1 und 2 sind ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist.*
- (5) *Erteilt der zur Auskunft Verpflichtete die Auskunft vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch oder unvollständig, so ist er dem Verletzten zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*
- (6) *Wer eine wahre Auskunft erteilt hat, ohne dazu nach Absatz 1 oder Absatz 2 verpflichtet zu sein, haftet Dritten gegenüber nur, wenn er wusste, dass er zur Auskunftserteilung nicht verpflichtet war.*
- (7) *In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung kann die Verpflichtung zur Erteilung der Auskunft im Wege der einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 bis 945 der Zivilprozessordnung angeordnet werden.*
- (8) *Die Erkenntnisse dürfen in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft begangenen Tat gegen den Verpflichteten oder gegen einen in § 52 Abs. 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des Verpflichteten verwertet werden.*
- (9) *Kann die Auskunft nur unter Verwendung von Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 des Telekommunikationsgesetzes) erteilt werden, ist für ihre Erteilung eine vorherige richterliche Anordnung über die Zulässigkeit der Verwendung der Verkehrsdaten erforderlich, die von dem Verletzten zu beantragen ist. Für den Erlass dieser Anordnung ist das Landgericht, in dessen Bezirk der zur Auskunft Verpflichtete seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine Niederlassung hat, ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig. Die Entscheidung trifft die Zivilkammer. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Ausnahme des § 28 Abs. 2 und 3 entsprechend. Die Kosten der richterlichen Anordnung trägt der Verletzte. Gegen die Entscheidung des Landgerichts ist die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht statthaft. Sie kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist unanfechtbar. Die Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten bleiben im Übrigen unberührt.*

(10) Durch Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 9 wird das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

Diese Vorschrift gibt dem Verletzten einen direkten Auskunftsanspruch gegen Internetprovider. Fraglich ist allerdings, ob dieser für die in ihren Rechten verletzten Wirtschaftsunternehmen geeignet ist, gegen Nutzer von Peer-to-Peer Tauschbörsen erfolgreich vorzugehen. Denn zum einen findet nach dem Auskunftersuchen des Verletzten eine vom Provider vorzunehmende rechtliche Prüfung statt; zum anderen bedarf eine derartige Auskunft von Dritten nicht nur einer Verletzung der Rechte, sondern es muss sich auch um eine Handlung im geschäftlichen Verkehr handeln. Gerichtsentscheidungen haben beispielsweise ab ca. 3.000 Musikstücken respektive einer Anzahl von 200 Filmen eine Rechtsverletzung im gewerblichen Ausmaß unterstellt.<sup>133</sup> Übergeordnete Gerichte halten hingegen bei Privatanutzern eine gerichtliche Beachtung der Menge an Werken für eher praxisfremd sowie schlecht umsetzbar<sup>134</sup> und stellen deshalb eher auf die Aktualität und Beliebtheit des Produktes ab. So haben Gerichte deshalb oftmals bereits bei einem aktuellen Musikalbum aus den Charts ein gewerbliches Handeln festgestellt.<sup>135</sup> Dennoch ist festzustellen, dass viele Gerichte unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung<sup>136</sup> ein Auskunftersuchen der Betroffenen abgelehnt haben.<sup>137</sup> Damit ist der § 101 UrhG nicht geeignet, gegen Peer-to-Peer Tauschbörsen vorzugehen. Denn selbst wenn das Gericht einem Auskunftersuchen des Verletzten nachkommt, so kann im Rahmen des § 101 UrhG nicht auf Daten zugegriffen werden, welche im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung<sup>138</sup> archiviert wurden. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Wirtschaft über den Umweg einer „Strafanzeige gegen Unbekannt“ weiterhin eine sehr gute Möglichkeit hat, an die Daten der Rechtsverletzer in Peer-to-Peer Netzwerken zu gelangen.

### 3.8.1.4 Mögliche Haftung für andere Personen innerhalb der Familie

Ein bisher durch die Rechtsprechung noch nicht ausgeurteiltes Problem ist die Frage, ob der Inhaber eines Telefonanschlusses bzw. der Inhaber eines Netzzugangs verpflichtet ist, seine Familienangehörigen wie beispielsweise den Ehepartner oder die volljährigen Kinder zu überwachen oder zu überprüfen, damit es zu keinen Urheber-

<sup>133</sup> Vgl. LG Frankenthal, Beschluss vom 15.09.2008, 6 O 325/08.

<sup>134</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2008, 6 O 325/08.

<sup>135</sup> Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 21.10.2008, 6 Wx 2/08; LG Oldenburg, Beschluss vom 15.09.2008, 5 O 2421/08; LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18.09.2008, 2-06 O 534/08.

<sup>136</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/5048, 59 f.

<sup>137</sup> Vgl. LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25.09.2008, 2-06 O 530/08; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2008, 6 O 325/08; a.A. LG Oldenburg, Beschluss vom 15.09.2008, 5 O 2421/08.

<sup>138</sup> Vgl. zur Vorratsdatenspeicherung auch die Urteile des BVerfG vom 02.03.2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08 und 1 BvR 586/08, ITRB 2010, S. 74.

rechtsverletzungen kommt.<sup>139</sup> So hat beispielsweise das Landgericht Mannheim im Rahmen einer Entscheidung über die Nutzung einer Internet–Tauschbörse die Auffassung vertreten, eine derartige Überprüfung sei ohne konkreten Anlass einem Anschlussinhaber nicht zuzumuten.<sup>140</sup> Eine andere Meinung vertritt das Landgericht Hamburg. Nach Ansicht der Richter des LG Hamburg haftet der Inhaber einer ungeschützten W-Lan-Verbindung als Störer, sofern über diese Verbindung File-Sharing betrieben und dadurch Urheberrecht verletzt wird.<sup>141</sup> Eine ähnlich harte Linie nimmt das LG Hamburg auch bei der Überlassung des Internetzugangs an die eigenen minderjährigen Kinder an.<sup>142</sup> Mittlerweile vertritt auch der BGH im Rahmen der Haftung für WLAN-Router die Ansicht, dass Personen, welche die marktüblichen Sicherungen unterlassen, als Störer haften.<sup>143</sup>

### 3.8.2 Strafrecht

Verletzungen des Urheberrechts können neben den zivilrechtlichen Folgen zusätzlich auch strafrechtlich geahndet werden. So sehen die §§ 106 und 108 des Urheberrechtsgesetzes für die unerlaubte Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Wer diese Taten gewerbsmäßig begeht, hat sogar mit einer höheren Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe zu rechnen. Ob eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe verhängt wird, hängt einerseits von der Schwere der Tat und andererseits davon ab, ob der Täter dieser Delikt zum ersten Mal begangen hat oder diesbezüglich schon öfter von einem Gericht verurteilt wurde. Bei dem Tatbestand der Urheberrechtsverletzung handelt es sich um ein Antragsdelikt. Das heißt, es wird nach § 109 UrhG in der Regel nur auf Antrag des Geschädigten verfolgt.

<sup>139</sup> Vgl. zu neuen Tendenzen in der Rechtsprechung bezüglich des Anschlussinhabers auch: Volkmann, Aktuelle Entwicklung in der Providerhaftung im Jahr 2010, K&R 2011, S. 361 ff. (S. 366).

<sup>140</sup> Vgl. LG Mannheim, MMR 2007, S. 459; so auch die Darstellung in: Ensthaler / Weidert (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2010, S. 413.

<sup>141</sup> Vgl. LG Hamburg, MMR 2006, S. 763 mit Anmerkung Mantz.

<sup>142</sup> Vgl. LG Hamburg, MMR 2007, S. 131.

<sup>143</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2010, I ZR 121/08, ITRB 2010, S. 151; zur Haftung für einen Internetanschluss im Hotel, vgl.: LG Frankfurt a.M., Entscheidung vom 18.08.2010, 2/6 S 19/09, ITRB 2011, S. 108 f.; zur Haftung bei ungesichertem WLAN-Anschluss vgl.: Volkmann, Aktuelle Entwicklung in der Providerhaftung im Jahr 2010, K&R 2011, S. 361 ff. (S. 365).

### 3.9 Die Urheberrechtsreform 2007 und der für 2012 geplante „Dritte Korb“

Im Bereich des Urheberrechts hat es in jüngster Zeit gravierende Veränderungen gegeben. So ist am 1. Januar 2008 ist das „Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ in Kraft getreten.<sup>144</sup> Ziel dieser als so genannter „Zweiter Korb“ bezeichneten Reform des Urheberrechtsgesetzes war es, die gesetzlichen Regelungen den Erfordernissen der modernen Informations- und Medienwelt anzupassen. Das „Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ novelliert damit das Urheberrechtsgesetz<sup>145</sup> in folgenden Punkten:

- Es bleibt bei dem Grundsatz, dass private Kopien auch in digitaler Form zulässig sind.
- Ebenso bleibt es bei dem Verbot, einen Kopierschutz zu brechen. Immer dann, wenn Kopierschutzmaßnahmen getroffen wurden, wird dadurch die Möglichkeit einer Privatkopie ausgeschlossen.
- Allerdings stellt das Gesetz nun klar, dass es verboten ist, unrechtmäßig zum Download angebotene Vorlagen zu kopieren. Durch diese Klarstellung wird deutlich gemacht, dass der Download aus Tauschbörsen im Regelfall urheberrechtlich verfolgt werden kann.
- Ein wesentlicher Paradigmenwechsel findet im Bereich der von den Händlern und Importeuren abzuführenden Pauschalvergütung statt. Künftig sind alle Geräte und Speichermedien, die zu rechtmäßigen Vervielfältigungen benutzt werden können vergütungspflichtig.<sup>146</sup> Für Geräte, in denen sich ein Speicherchip befindet, der zu einer Vervielfältigung genutzt werden könnte, tatsächlich aber nicht dazu eingesetzt wird, besteht keine Vergütungspflicht. Wurde die Höhe der Pauschalvergütung bis zum 1. Januar 2008 in einer Anlage zum Urheberrechtsgesetz gesetzlich festgeschrieben, so werden künftig die Verwertungsgesellschaften und die Verbände der Geräte- und Speichermedienhersteller selbst die Vergütungssätze im freien Kräftespiel aushandeln. Die alte Lösung, bei der die Pauschalvergütung durch Gesetz und Anlage zum Gesetz festgelegt wurde, wird als veraltet und zu unflexibel angesehen.

<sup>144</sup> Vgl. zu dieser Reform auch: Grützmaker, Urheberrecht im Wandel – der zweite Korb, die Enforcement-Richtlinie und deren Umsetzung. Ein Überblick, ITRB 2007, S. 276 ff.; Scheja/Mantz, Nach der Reform ist vor der Reform – Der zweite Korb der Urheberrechtsreform, CR 2007, S. 715 ff.

<sup>145</sup> Urheberrechtsgesetz vom 09.09.1965, BGBl. I 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.2008, BGBl. I S. 2586.

<sup>146</sup> Vgl. hierzu auch: Müller, Festlegung und Inkasso von Vergütungen für die private Vervielfältigung auf Grundlage des „Zweiten Korbs“, ZUM 2007, 777 ff.

- Für Bibliotheken, Archive und Museen eröffnet die Gesetzesreform die Möglichkeit ab 1. Januar 2008 ihre Bücherbestände ihren Nutzern auch an elektronischen Leseplätzen zur Verfügung zu stellen. Sie dürfen nun auch in eingeschränktem Maße Kopien urheberrechtlich geschützter Werke herstellen und beispielsweise per E-Mail an ihre Nutzer versenden. Doch sind die in § 53a UrhG genannten Voraussetzungen für die Lieferung elektronischer Dokumente derart unbestimmt geregelt, dass viele Bibliotheken zu Beginn des Jahres 2008 auf eine Nutzung dieser Möglichkeit verzichteten, um eine Festigung des Rechtszustands abzuwarten.
- Obwohl bereits die Gesetzesnovelle im Entwurf zu § 97a Abs. 2 UrhG für einfach gelagerte Fälle mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung eine Beschränkung der Abmahnkosten auf 50 Euro vorsah<sup>147</sup>, ist diese Regelung nicht zum Bestandteil der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Gesetzesnovelle geworden, sondern erst im Rahmen des „Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“<sup>148</sup> mit einer Beschränkung der Abmahnkosten für Bagatellfälle im Urheberrecht seit 01.09.2008 auf 100 Euro begrenzt worden.

Mittlerweile ist schon der „Dritte Korb“ der Urheberrechtsnovelle in Vorbereitung. Hierzu sind bereits Anhörungen erfolgt. Im Laufe des Jahres 2012 wird auch erwartet, dass ein Referentenentwurf für die Neufassung des deutschen Urheberrechts vorgelegt wird. Ob und inwieweit sich die hierbei diskutierten Punkte allerdings durchsetzen, kann momentan nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden. Wesentliche Änderungen, welche unter anderem im Rahmen des „Dritten Korbes“ angedacht und diskutiert werden, sind beispielsweise folgende Punkte:

- So wird beispielsweise diskutiert, die Regelung des § 52 b UrhG, nach welcher unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven zulässig ist, auf „sonstige Bildungseinrichtungen“ auszuweiten.
- Eine Einschränkung von Privatkopien. Hierbei wird angedacht, lediglich Kopien vom Original zuzulassen.
- Ein Verbot, für die Herstellung von Privatkopien Dritte einzusetzen, wird ebenfalls diskutiert.
- Insbesondere im Bereich des Archiv- und Bibliothekswesens besteht vor dem Hintergrund der europäischen Vorgabe, Archiv- und Bibliotheksbestände zu digitalisieren, die Notwendigkeit, die Regelungen für so genannte „verwaiste Werke“ zu überdenken. Unter verwaisten Werken sind die Bestände zu verstehen, denen kein Urheber bzw. kein Entstehungszeitraum zugeordnet werden kann.

<sup>147</sup> Vgl. Regierungs-Entwurf, BT-Drucks. 16/1828, Regierungs-Entwurf vom 24.01.2007, S. 33 und 115.

<sup>148</sup> Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BGBl. I 2008, S. 1191 ff.



- Darüber hinaus wird über die Aufhebung des bisher bestehenden Verbots eines elektronischen Versands von Kopien durch Archive und Bibliotheken diskutiert.

## 3.10 Zusammenfassung

- Urheberrecht entsteht automatisch mit der Umsetzung einer geistigen Idee, ohne dass es einer Registrierung bedarf.
- Ein Urheber hat Urheberpersönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte.
- In der Praxis des Internetrechts kann es oft zu Urheberrechtsverletzungen im Rahmen von Deep-Links oder beim Framing kommen. Oftmals können Urheberrechtsverletzungen auch dann entstehen, wenn Nutzer urheberrechtlich geschützte Musik- oder Videodateien in Peer-to-Peer Tauschbörsen zum Download anbieten oder derartige Dateien dort herunterladen.
- Wesentliche Ausnahmen des Urheberrechtsschutzes werden bei der Nutzung zum privaten Gebrauch, der Nutzung zu Ausbildungszwecken, bei öffentlichen Reden und bei Zitaten gemacht.
- Ansprüche des Urhebers sind: Unterlassungsanspruch, Schadensersatzanspruch, Auskunftsanspruch bis hin zu strafrechtlichen Sanktionen gegen den Rechtsverletzer.

## 4 Werbung im Netz

### 4.1 Begrifflichkeiten

Zwar werden in der Literatur die Begriffe „Werbung“<sup>149</sup> und „Marketing“ bisweilen synonym verwendet, doch bedeutet in der klassischen Betriebswirtschaftslehre der Begriff des Marketings keineswegs das Selbe wie in der Umgangssprache. Dementsprechend stellt Marketing kein Synonym für Werbung dar und ist auch nicht mit dem Begriff Public Relations gleichzusetzen. Es stellt vielmehr eine Art des Managements dar, dessen Ziel es ist, sich auf den Markt und die Bedürfnisse des Kunden einzustellen. Das Marketing beschäftigt sich damit, die Kunden zu analysieren, in Kategorien einzuteilen und für diese Kategorien jeweils ein zielgruppenkonformes Produkt anbieten zu können. Wenn also Marketing per Internet betrieben wird, so bedeutet dies, dass durch die Struktur des Internets nunmehr der oben genannte Bereich im Rahmen der Kundenkommunikation erweitert wird und damit neue Anknüpfungspunkte und neue Möglichkeiten für die Analyse und Ansprache der Zielgruppe bietet.<sup>150</sup>

### 4.2 Wirtschaftlicher Hintergrund

Jede Marktstrategie, wodurch eine unmittelbare Annäherung an den Kunden erreicht werden soll, ist als Direktmarketing zu qualifizieren. Diese Methoden, nach welchen der Verkäufer dem Käufer von Angesicht zu Angesicht gegenübertrat, wurden nach und nach durch das so genannte Massen-Marketing abgelöst, bei welchem die Anbieter von Massenprodukten ihre Einheitsbotschaften über Massenmedien verbreiten. Bevorzugte Verbreitungswege waren Rundfunk und Fernsehen sowie Zeitschriften und Zeitungen. Im Rahmen des Massen-Marketings fühlte sich seitens der Werbenden niemand verpflichtet, Informationen über die Namen oder sonstigen Eigenschaften

---

<sup>149</sup> Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Aspekten der Online-Werbung auch: Rammos, Datenschutzrechtliche Aspekte verschiedener Arten „verhaltensbezogener“ Onlinewerbung, K&R 2011, S. 692 ff.

<sup>150</sup> Vgl. zum Spezial-Problem der Werbung in Online-Games: Lüghausen, Aktuelle Probleme der Werbung in Online-Games, zugleich Kommentar zu LG Berlin, Urt. vom 14.9.2010, 103 O 43/10, K&R 2011, S. 458 ff.

der Käufer zu erhalten. Vielmehr ging man davon aus, dass die Käufer Bedürfnisse hatten, die durch die Produkte des Unternehmens erfüllt und abgedeckt würden. Doch wird ein bestimmtes Massenpublikum für ein bestimmtes Programm mit der steigenden Anzahl von Fernsehkanälen und der Verbreitung neuer Medien, wie dem Internet, immer mehr die Ausnahme. Die Unternehmen sind nunmehr gezwungen, ihre potentiellen Kunden viel genauer auszusuchen und subtilere Möglichkeiten zu finden, diese Kunden anzusprechen. Deshalb greifen viele Unternehmen für die Kommunikation auf die alte Strategie des Eins-zu-Eins-Marketings zurück, welche allerdings unter Verwendung der neuen Technologien zum Einsatz kommt. Die Entwicklung geht also wieder weg vom klassischen Massen-Marketing hin zu einem Direktmarketing, welches den Dialog zwischen Unternehmer und Interessenten sucht. Wichtig ist dem Unternehmer dabei heute eine schnelle und messbare Reaktion der Kunden. Um dieses zu erreichen, verwenden sie deshalb verstärkt interaktive Kommunikationswege. Davon versprechen sie sich eine hohe Quote an Sofortreaktionen der Konsumenten, welche sie in die Lage versetzt, Einblick in deren Gewohnheiten und Bedürfnisse zu erhalten.

Für Werbung im Internet bedeutet dies: Trotz einiger Rückschläge ist Werbung im Netz allseits präsent. Bannerwerbung, Gewinnspiele, Werbemails. Der Grund für den starken Zuwachs an Werbung in dem Medium „Internet“ erklärt sich – wie oben beschrieben – aus einem seit Jahren bekannten Problem der Werbeindustrie, nämlich dem Problem der so genannten Zielgruppenzersplitterung. Wurde vor Erfindung des Internets eher eine homogene Käuferschicht durch Massenwerbemittel wie Plakate und Zeitungsannoncen angesprochen, so bietet heute die Werbung über das Internet die Möglichkeit potentielle Kunden mit speziell für sie konzipierten Angeboten anzusprechen. Diese Art zu werben, nämlich den individuellen Kundenkontakt herzustellen, bezeichnet man deshalb auch als Eins-zu-Eins-Marketing.

## 4.3 Das Recht welches Staates ist anwendbar?

Da über das Internet nicht nur national in Deutschland sondern weltweit geworben wird, stellt sich die Frage, welches Recht auf die Werbung im Internet Anwendung findet. Welches Recht in der Praxis zur Anwendung gelangt, bestimmt sich nach dem internationalen Marktortprinzip. Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit nationalen Rechts ist damit also nicht der Ort, an dem der Server aufgestellt ist, sondern es wird für die Anwendung des Rechts darauf abgestellt, welcher Kundenkreis durch die Werbemaßnahme angesprochen wird. Dies bedeutet: Werden deutsche Kunden beworben, so ist deutsches Werberecht anwendbar. Was in der Theorie so einfach klingt, ist in der Praxis bisweilen nicht so einfach festzustellen. Woran ist denn festzustellen, ob deutsche Kunden beworben werden? Ein deutliches Indiz für das Umwerben einer bestimmten Klientel oder Zielgruppe ist die Sprache, in der geworben wird. Wirbt der

Werbetreibende im Internet in deutscher Sprache, so deutet das auf eine Zielgruppe in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Da also deutsche Kunden beworben werden, ist auch deutsches Recht anwendbar.

## 4.4 Rechtslage in Deutschland

In der Bundesrepublik Deutschland wird die Werbung durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelt. Es kann deshalb auch untechnisch formuliert als das „deutsche Werberecht“ angesehen werden. Ziel des Gesetzes ist der Schutz des Wettbewerbes vor unlauterem Wettbewerbsverhalten. Das UWG wurde mit Gesetz vom 03.07.2004<sup>151</sup> und später durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“<sup>152</sup> zum 30.12.2008 umfassend reformiert. Deshalb sind ältere Lehrbücher und Gerichtsentscheidungen zum Wettbewerbsrecht nur noch eingeschränkt aussagekräftig. Darüber hinaus wird das UWG durch eine große Zahl an Nebengesetzen ergänzt; wie beispielsweise die Preisangabenverordnung (PAngV) oder auch Gesetze, die neben anderen Vorschriften auch wettbewerbsrechtliche Normen beinhalten, wie beispielsweise das Telemediengesetz (TMG) oder das Heilmittelwerbegesetz (HWG).<sup>153</sup> Mit Ausnahme der strafrechtsgeprägten Normen § 16 bis § 19 UWG wurde das Recht des unlauteren Wettbewerbs nahezu privatrechtlich konzipiert. Der Zweck des UWG wird explizit in § 1 UWG genannt:

*§ 1 UWG Zweck des Gesetzes.*

*Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.*

Zentrale Vorschrift des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist der § 3 UWG.

*§ 3 UWG Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen*

- (1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.*
- (2) Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrau-*

<sup>151</sup> Vgl. BGBl. 2004 I, S. 1414.

<sup>152</sup> Vgl. Gesetz vom 22.12.2008, BGBl. I 2008, S. 2949; in Kraft getreten am 30.12.2008.

<sup>153</sup> Vgl. Kaestner / Tews, Werbung und Wettbewerbsrecht, Einführung in die Grundlagen des Lauterkeitsrechts, 2. Aufl., Bad Homburg v.d.H. 2004, S. 30, deren Text allerdings noch auf das TDG als Vorläufer des TMG verweist.

*chers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass eine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe betrifft.*

- (3) *Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.*

Seine nähere Ausgestaltung erfährt dieser Paragraph in den darauf folgenden Vorschriften § 4 bis § 7 UWG, welche konkrete Beispiele für Wettbewerbsverstöße aufführen sowie die seit 30.12.2008 im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG explizit aufgeführten unzulässigen geschäftlichen Handlungen. Der Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG lautet:

*Unzulässige geschäftliche Handlungen im Sinne des § 3 Abs. 3 sind*

- 1. die unwahre Angabe eines Unternehmers, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören;*
- 2. die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung;*
- 3. die unwahre Angabe, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt;*
- 4. die unwahre Angabe, ein Unternehmer, eine von ihm vorgenommene geschäftliche Handlung oder eine Ware oder Dienstleistung sei von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden, oder die unwahre Angabe, den Bedingungen für die Bestätigung, Billigung oder Genehmigung werde entsprochen;*
- 5. Waren- oder Dienstleistungsangebote im Sinne des § 5a Abs. 3 zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer nicht darüber aufklärt, dass er hinreichende Gründe für die Annahme hat, er werde nicht in der Lage sein, diese oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen für einen angemessenen Zeitraum in angemessener Menge zum genannten Preis bereitzustellen oder bereitstellen zu lassen (Lockangebote). Ist die Bevorratung kürzer als zwei Tage, obliegt es dem Unternehmer, die Angemessenheit nachzuweisen;*
- 6. Waren- oder Dienstleistungsangebote im Sinne des § 5a Abs. 3 zu einem bestimmten Preis, wenn der Unternehmer sodann in der Absicht, stattdes-*

*sen eine andere Ware oder Dienstleistung abzusetzen, eine fehlerhafte Ausführung der Ware oder Dienstleistung vorführt oder sich weigert zu zeigen, was er beworben hat, oder sich weigert, Bestellungen dafür anzunehmen oder die beworbene Leistung innerhalb einer vertretbaren Zeit zu erbringen;*

7. *die unwahre Angabe, bestimmte Waren oder Dienstleistungen seien allgemein oder zu bestimmten Bedingungen nur für einen sehr begrenzten Zeitraum verfügbar, um den Verbraucher zu einer sofortigen geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, ohne dass dieser Zeit und Gelegenheit hat, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden;*
8. *Kundendienstleistungen in einer anderen Sprache als derjenigen, in der die Verhandlungen vor dem Abschluss des Geschäfts geführt worden sind, wenn die ursprünglich verwendete Sprache nicht Amtssprache des Mitgliedstaats ist, in dem der Unternehmer niedergelassen ist; dies gilt nicht, soweit Verbraucher vor dem Abschluss des Geschäfts darüber aufgeklärt werden, dass diese Leistungen in einer anderen als der ursprünglich verwendeten Sprache erbracht werden;*
9. *die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, eine Ware oder Dienstleistung sei verkehrsfähig;*
10. *die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, gesetzlich bestehende Rechte stellen eine Besonderheit des Angebots dar;*
11. *der vom Unternehmer finanzierte Einsatz redaktioneller Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der optischen oder akustischen Darstellung eindeutig ergibt (als Information getarnte Werbung);*
12. *unwahre Angaben über Art und Ausmaß einer Gefahr für die persönliche Sicherheit des Verbrauchers oder seiner Familie für den Fall, dass er die angebotene Ware nicht erwirbt oder die angebotene Dienstleistung nicht in Anspruch nimmt;*
13. *Werbung für eine Ware oder Dienstleistung, die der Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers ähnlich ist, wenn dies in der Absicht geschieht, über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung zu täuschen;*
14. *die Einführung, der Betrieb oder die Förderung eines Systems zur Verkaufsförderung, das den Eindruck vermittelt, allein oder hauptsächlich durch die Einführung weiterer Teilnehmer in das System könne eine Vergütung erlangt werden (Schneeball- oder Pyramidensystem);*

15. *die unwahre Angabe, der Unternehmer werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen;*
16. *die Angabe, durch eine bestimmte Ware oder Dienstleistung ließen sich die Gewinnchancen bei einem Glücksspiel erhöhen;*
17. *die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Verbraucher habe bereits einen Preis gewonnen oder werde ihn gewinnen oder werde durch eine bestimmte Handlung einen Preis gewinnen oder einen sonstigen Vorteil erlangen, wenn es einen solchen Preis oder Vorteil tatsächlich nicht gibt, oder wenn jedenfalls die Möglichkeit, einen Preis oder sonstigen Vorteil zu erlangen, von der Zahlung eines Geldbetrages oder der Übernahme von Kosten abhängig gemacht wird;*
18. *die unwahre Angabe, eine Ware oder Dienstleistung könne Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen;*
19. *eine unwahre Angabe über die Marktbedingungen oder Bezugsquellen, um den Verbraucher dazu zu bewegen, eine Ware oder Dienstleistung zu weniger günstigen Bedingungen als den allgemeinen Marktbedingungen abzunehmen oder in Anspruch zu nehmen;*
20. *das Angebot eines Wettbewerbs oder Preisausschreibens, wenn weder die in Aussicht gestellten Preise noch ein angemessenes Äquivalent vergeben werden;*
21. *das Angebot einer Ware oder Dienstleistung als „gratis“, „umsonst“, „kostenfrei“ oder dergleichen, wenn hierfür gleichwohl Kosten zu tragen sind; dies gilt nicht für Kosten, die im Zusammenhang mit dem Eingehen auf das Waren- oder Dienstleistungsangebot oder für die Abholung oder Lieferung der Ware oder die Inanspruchnahme der Dienstleistung unvermeidbar sind;*
22. *die Übermittlung von Werbematerial unter Beifügung einer Zahlungsaufforderung, wenn damit der unzutreffende Eindruck vermittelt wird, die beworbene Ware oder Dienstleistung sei bereits bestellt;*
23. *die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tätig;*
24. *die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, es sei im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union als dem des Warenverkaufs oder der Dienstleistung ein Kundendienst verfügbar;*
25. *das Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne bestimmte Räumlichkeiten nicht ohne vorherigen Vertragsabschluss verlassen;*

26. *bei persönlichem Aufsuchen in der Wohnung die Nichtbeachtung einer Aufforderung des Besuchten, diese zu verlassen oder nicht zu ihr zurückzukehren, es sei denn, der Besuch ist zur rechtmäßigen Durchsetzung einer vertraglichen Verpflichtung gerechtfertigt;*
27. *Maßnahmen, durch die der Verbraucher von der Durchsetzung seiner vertraglichen Rechte aus einem Versicherungsverhältnis dadurch abgehalten werden soll, dass von ihm bei der Geltendmachung seines Anspruchs die Vorlage von Unterlagen verlangt wird, die zum Nachweis dieses Anspruchs nicht erforderlich sind, oder dass Schreiben zur Geltendmachung eines solchen Anspruchs systematisch nicht beantwortet werden;*
28. *die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen;*
29. *die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter Waren oder Dienstleistungen oder eine Aufforderung zur Rücksendung oder Aufbewahrung nicht bestellter Sachen, sofern es sich nicht um eine nach den Vorschriften über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zulässige Ersatzlieferung handelt, und*
30. *die ausdrückliche Angabe, dass der Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers gefährdet sei, wenn der Verbraucher die Ware oder Dienstleistung nicht abnehme.*

Insofern weist das UWG eine klare und gut durchschaubare Struktur auf. In den §§ 1 bis 7 UWG (Kapitel 1) befinden sich allgemeine Bestimmungen, welche die wichtigen Lauterkeitsregelungen enthalten. Die Anspruchsgrundlagen sind in den so genannten Rechtsfolgen nach §§ 8 bis 11 aufgeführt (Kapitel 2). Die Verfahrensvorschriften befinden sich in den §§ 12 bis 15 UWG (Kapitel 3) und die Strafvorschriften in den §§ 16 bis 19 UWG (Kapitel 4).

Obwohl das Recht des unlauteren Wettbewerbs nach § 1 Satz 1 UWG dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer dient, haben die Verbraucher<sup>154</sup>, mit Ausnahme der Möglichkeit über Verbraucherschutzverbände, keine Möglichkeit nach diesem Gesetz direkt gegen unlautere Werbemethoden vorzugehen. Denn es handelt sich bei diesem Gesetz um Wettbewerbsrecht, also ein Rechtsgebiet, welches im Verhältnis zwischen Unternehmen, nicht aber zwischen Unternehmern und Verbrauchern zur Anwendung kommt. Dies zeigt sich bereits darin, dass die einzelnen Verbraucher nach § 8 Abs. 3 UWG nicht berechtigt sind, die im Kapitel 2 des UWG aufgeführten Ansprüche geltend zu machen. Nach

<sup>154</sup> Vgl. zum Bild des Verbrauchers auch: Lederer, Das Verbraucherleitbild im Internet, NJW 2011, S. 3274 f.



§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG bleibt ihnen nur die Möglichkeit über „qualifizierte Einrichtungen“, also beispielsweise Verbraucherschutzverbände nach dem UWG gegen unzulässige Werbemethoden und Belästigung durch Werbende vorzugehen. Demzufolge kann eine private Homepage nicht mit wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen bekämpft werden, sofern sich auf ihr nur Meinungsäußerungen oder nichtkommerzielle Texte befinden. Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer können ihre Rechte dementsprechend nur über andere privatrechtliche Gesetze durchsetzen.<sup>155</sup> In der Regel sind es also nicht die einzelnen Verbraucher, sondern die Konkurrenten am Markt, die dafür sorgen, dass Unternehmer nicht gegen die gesetzlichen Vorgaben verstoßen. Darüber hinaus genügt es nicht, dass beide Kontrahenten nur Unternehmer sind, sondern sie müssen, wenn es um Ansprüche nach dem UWG geht, nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG auch Mitbewerber sein. Es muss also zwischen ihnen ein Wettbewerbsverhältnis bestehen, in welchem eine Kollision ihrer gewerblichen Interessen stattfinden kann.<sup>156</sup>

Die Ansprüche, die ihnen das UWG zur Seite stellt, können zivilrechtlicher und strafrechtlicher Natur sein. Die zivilrechtlichen Ansprüche sind:

- Anspruch auf Unterlassung. Die Unterlassungsverpflichtung kann bei Wiederholungsgefahr durch eine angemessen hohe Vertragsstrafe abgesichert werden.
- Ein Anspruch auf Schadensersatz. Nach § 9 UWG setzt ein derartiger Anspruch ein Verschulden voraus.
- Gewinnabschöpfung<sup>157</sup> nach § 10 UWG. Dieser Anspruch setzt voraus, dass vorsätzlich gegen das UWG verstoßen wurde. Fahrlässigkeit genügt hier nicht.

Für besonders schwere Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht hat der Gesetzgeber in den §§ 16 bis 19 UWG strafrechtliche Sanktionen vorgesehen. Strafbar sind hiernach:

- Bewusst unwahre Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG),
- Vertrieb in Form eines Schneeballsystems (§ 16 Abs. 2 UWG),
- Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG),
- Verwertung von anderen anvertrauter Vorlagen (§ 18 UWG),
- Verleiten und Erbieten zum Geheimnisverrat (§ 19 UWG).

Damit diese Taten verfolgt werden können, bedarf es in den Fällen der §§ 17, 18 und 19 UWG eines Strafantrages.

<sup>155</sup> Vgl. Köhler, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, S. 265, 267.

<sup>156</sup> Vgl. Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 5. Aufl. 2006, S. 222; Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1999, § 2 Rn. 3 ff.; Fechner, Medienrecht, 5. Aufl. 2004, Rn. 473 ff.

<sup>157</sup> Vgl. zum Anspruch auf Gewinnabschöpfung: Wimmer-Leonhardt, UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder „Die Wiederkehr der Drachen“, in: GRUR 2004, S. 12 ff.

An dem Gesetz des unlauteren Wettbewerbs müssen sich nun alle Werbemaßnahmen, die im Internet verwendet werden, messen lassen. Im Rahmen der Werbung müssen die Anbieter von Waren und Dienstleistungen Möglichkeiten finden, neue Kunden zu akquirieren und bestehende Geschäftsverbindungen aufrechtzuerhalten. Ein Mittel hierfür ist das Aufbauen von Anreizen. Denn bereits beim ersten Kontakt mit dem Kunden sollte der Netzauftritt des Unternehmens die Aufmerksamkeit des Nutzers auf sich ziehen. Insbesondere sollte der potentielle Kunde davon abgehalten werden, sofort die Internetseite wieder zu verlassen und möglicherweise die Seite eines Konkurrenten zu öffnen. Deshalb sollte die Gestaltung der eigenen Homepage in ihrer Wirkung nicht unterschätzt werden. Sie sollte ansprechend sein und Aufmerksamkeit erregen. Die auf der Seite enthaltenen Informationen müssen schnell zu finden und für den Nutzer einfach zu verstehen sein. Der Internetauftritt ist wie die Visitenkarte des Unternehmens. Hier stellt sich ein Unternehmen mitsamt seiner Produkte gegenüber der Öffentlichkeit dar. Vor der Kreation eines Web-Auftritts oder einer Homepage sollte sich der gewerbliche Unternehmer also gut überlegen, wie er die Seiten gestalten möchte und wer sich gegebenenfalls um eine Aktualisierung kümmert. Denn oftmals schrecken veraltete oder unvollständige Angaben in einem Internetauftritt potentielle Kunden eher ab.

#### 4.4.1 Täuschung

Das UWG verbietet jedwede irreführenden Praktiken, mit denen ein Wettbewerber versucht, die Kunden zu täuschen. Ruft der Werbende Missdeutungen hervor oder täuscht Einkaufsvorteile vor, so handelt er wettbewerbswidrig.<sup>158</sup> Irreführung des Verbrauchers ist auch dann gegeben, wenn der Wettbewerber im Rahmen von Verbraucherverträgen nicht die erforderliche Widerrufsbelehrung vornimmt.<sup>159</sup>

#### 4.4.2 Vergleichende Werbung

Im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wird vergleichende Werbung in § 6 UWG geregelt. Sie zeichnet sich, wie der Name bereits vermuten lässt, dadurch aus, dass verschiedene Produkte und ihre Eigenschaften gegenübergestellt werden. Es wird dabei unterschieden, ob die persönlichen Eigenschaften und Sachverhalte des Konkurrenten herangezogen werden oder ob sich der Vergleich auf eine spezielle Leistung oder Ware des Mitwettbewerbers bezieht. Was genau einen Vergleich unlauter macht, ist in § 6 Abs. 2 UWG angegeben. Hauptsächlich soll die Werbung substitu-

<sup>158</sup> Vgl. Rohlffing, Wirtschaftsprivatrecht 2, Wiesbaden 2005, S. 149.

<sup>159</sup> Vgl. beispielsweise: BGHZ 121, 52; BGH NJW 2003, S. 1932; BGH GRUR 2002, S. 1085; BGH WRP 2002, S. 832.

ierbare Güter an Hand von objektiven und nachvollziehbaren Merkmalen vergleichen, ohne dabei die Wertschätzung des Anderen auszunutzen oder zu beschädigen.<sup>160</sup>

Dennoch macht gerade vergleichende Werbung für einen aufgeklärten Konsumenten einen gewissen Reiz aus, da sie zumeist mit Humor versehen ist. Man denke nur an die allgemein bekannten Werbe-Kleinkriege zwischen Pepsi-Cola und Coca-Cola, welche in den Vereinigten Staaten zulässig, in Deutschland jedoch insbesondere in den damaligen Zeiten undenkbar waren, als vergleichende Werbung noch vollkommen verboten war.

#### 4.4.3 Herabsetzung und Verunglimpfung des Mitwettbewerbers

Verunglimpfung ist im Sinne von § 6 Abs. 2 Ziffer 5 UWG dadurch eine verstärkte Art von Herabsetzung, weil das Objekt des Vergleiches durch nachhaltige Werturteile, denen es an einer objektiven Grundlage mangelt, verächtlich gemacht wird. Eine vergleichende Werbung, die den Gegenstand des Vergleiches herabsetzt oder verunglimpft ist also nach § 6 Abs. 2 Ziffer 5 UWG in Verbindung mit § 3 UWG unlauter.<sup>161</sup>

Vor noch nicht all zu langer Zeit erregte in diesem Zusammenhang ein Werbespot des Praktiker Baumarktes am 1. April 2007 große Aufmerksamkeit. Dieser „Aprilscherz“ beinhaltete die Aussage, dass der Baumarkt OBI preiswert sei, woraufhin der Sprecher des Werbespots in Gelächter verfiel und auf zwei Querbalken die Schrift „April, April“ zu sehen war. Dieser allgemeine und irreführende Werbespot, dessen Aussage für den Verbraucher auch nicht ohne weiteres nachgeprüft werden kann, wurde von OBI durch zwei Unterlassungsklagen gegen Praktiker beantwortet, auf die der Praktiker-Markt mit der Abgabe einer Unterlassungserklärung reagierte, die ihn dazu verpflichtete, den Spot nicht mehr ausstrahlen zu lassen.<sup>162</sup>

#### 4.4.4 Virales Marketing

Unter „Viralem Marketing“ versteht man eine moderne, im Internet weiterentwickelte Art der Mund zu Mund Propaganda.<sup>163</sup> Durch Einsatz von kostenlosen Netzinhalten finden bestimmte Netzinhalte, die für die Nutzer besonders interessant, witzig oder ansprechend wirken, eine rasche und für den Werbenden kostengünstige Verbreitung.

<sup>160</sup> Vgl. Berlitz, Wettbewerbsrecht. Ein Grundriss, 6. Aufl., München 2005, S. 95; Kling/Thomas, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, München 2004, S. 65 f.

<sup>161</sup> Vgl. Berlitz, Wettbewerbsrecht. Ein Grundriss, 6. Aufl., München 2005, S. 103.

<sup>162</sup> Vgl. Amann, Werbeduell der Baumärkte. Frechheiten bitte auf YouTube, in: Spiegel Online, S. 1, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,475980,00.html>, Abrufdatum 31.07.2007.

<sup>163</sup> Vgl. Kollmann, E-Entrepreneurship, Grundlagen der Unternehmensgründung in der Net Economy, 2. Aufl., Wiesbaden 2006, S. 201.

Indem Internetnutzer gezielt dazu gebracht werden kostenlose Inhalte weiterzugeben<sup>164</sup>, werden sie zu Multiplikatoren der Werbebotschaft.

Multiplikatoren können hierfür beispielsweise sein<sup>165</sup>:

- Chats und Foren, in denen Meinungen ausgetauscht werden,
- Weiterempfehlungen einer Website durch begeisterte Besucher,
- Kostenlose Internetangebote.

An dem im vorangegangenen Abschnitt beschriebenen Streit zwischen den Baumärkten Praktiker und OBI um den Werbespot, in welchem Praktiker zum 1. April 2007 unter Gelächter des Ansagers verkünden ließ dass der Mitbewerber OBI günstig sei<sup>166</sup>, zeigte sich deutlich, wie die als virales Marketing bezeichnete moderne Verbreitungsform von Werbung funktioniert und dass die betroffenen Unternehmen nahezu keinen Einfluss darauf ausüben können. Auf der Videoplattform You Tube beispielsweise konnte der Praktiker-Spot noch tagelang, nachdem der Praktiker Baumarkt zur Unterlassung der Ausstrahlung dieses Spots gebracht wurde, im Internet angesehen werden, wovon auch Tausende Nutzer Gebrauch machten, bevor er auch dort entfernt wurde.

#### 4.4.5 Preisvergleiche

Wenn es um die wesentlichen Gründe für den Abschluss eines Kaufvertrages geht, so nimmt der Preis eines Produktes als ausschlaggebender Faktor zumeist einen der vorderen Plätze ein. Häufig ist der Preis auch ein Grund für Preiskriege zwischen verschiedenen Anbietern.<sup>167</sup> Der besondere Fall von vergleichender Werbung mit Preisen fällt zunächst durch seine Objektivität auf. Der Preis eines Produktes ist ein Aspekt, welchen jeder versteht und woran man sich orientieren kann. Dies entspricht auch § 6 Abs. 2 Ziffer 2 UWG, welcher den Preis als objektives und nachprüfbares Merkmal herausstellt. Es ist jedoch auch darauf zu achten, dass der Vergleich vollständig ist und zudem der Wahrheit entspricht. Im Einzelhandel wird ein Preisvergleich dann als irreführend nach § 5 UWG angesehen, wenn die Angaben falsch sind

<sup>164</sup> Vgl. Kollmann, Viral-Marketing – ein Kommunikationskonzept für virtuelle Communities, in: Mertens, K./Zimmermann, R. (Hrsg.), Handbuch der Unternehmenskommunikation, Neuwied 2001, S. 60 ff.

<sup>165</sup> Vgl. hierzu auch die Übersicht in: Kollmann, E-Entrepreneurship, 2. Aufl., Wiesbaden 2006, S. 202.

<sup>166</sup> Vgl. zum Rechtsstreit: Amann, Werbeduell der Baumärkte. Frechheiten bitte auf YouTube, in: Spiegel Online, S. 1, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,475980,00.html>, Abrufdatum 31.07.2007.

<sup>167</sup> Vgl. Homburg / Krohmer, Marketingmanagement. Strategie - Instrumente – Umsetzung – Unternehmensführung, 2. Aufl., Wiesbaden 2006, S. 748 f.

oder Güter verglichen werden, die völlig verschieden sind.<sup>168</sup> Bis zum 30.12.2008 war in § 6 Abs. 3 UWG die Rechtmäßigkeit für den Preisvergleich von Sonderangeboten festgeschrieben. Es musste darauf geachtet werden, dass der Zeitraum, in dem der Sonderpreis galt, in der Werbung angegeben und gegebenenfalls das Ausgehen der Warenvorräte als Ende des Aktionszeitraums zu benennen war. Entsprechende Regelungen finden sich nunmehr in § 5a UWG. Auch bei der Wortwahl ist im Rahmen der Preisangaben auf einige Aspekte zu achten. So ist es beispielsweise nicht zulässig, bei einem Vergleich des eigenen Preises mit einer unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers den höheren Preis als „regulären Preis“ oder etwa als Bruttopreis, Listenpreis oder als empfohlenen Verkaufspreis zu bezeichnen.<sup>169</sup> Es ist vielmehr ausdrücklich die Bezeichnung „unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers“ zu verwenden, damit die Werbung zulässig ist. Denn die anderen Bezeichnungen sind geeignet die Verbraucher in die Irre zu führen, da sie oftmals keine eindeutige Einordnung zulassen.

#### 4.4.6 Preissenkungen

Preissenkungen sind für viele Verbraucher, insbesondere für Schnäppchenjäger, ansprechende Aktionen. Der § 5 Abs. 4 UWG enthält in diesem Zusammenhang zwei besonders wichtige Elemente. Erstens stellt diese Vorschrift klar, dass es unlauter ist, wenn Werbung mit der Herabsetzung eines Preises durchgeführt wird, sofern der Zeitraum in dem der Preis verlangt wurde, unangemessen kurz war. Wenn beispielsweise vor Einführung eines Sonderangebots der Preis des Produktes extra kurzfristig erhöht wurde, um dann die attraktive Preissenkung vornehmen zu können. Zweitens wird durch den § 5 Abs. 4 Satz 2 UWG eine gesetzliche Beweislastumkehr geregelt, so dass der Anbieter nachweisen muss, dass der Zeitraum angemessen lang war.<sup>170</sup>

#### 4.4.7 Exkurs: Preisangabenverordnung

Für den Kunden sollen die Preise von Produkten und Dienstleistungen transparent und verständlich sein. Er soll nicht in die schwierige Lage gebracht werden, dass er Produktpreise nicht vergleichen kann, weil die Anbieter unterschiedliche, unüberschaubare und nicht vergleichbare Preisangaben machen. Die Vorschriften, welche

<sup>168</sup> Vgl. Berlitz, Wettbewerbsrecht. Ein Grundriss, 6. Aufl., München 2005, S. 85 f.; Kling / Thomas, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, München 2004, S. 70 f., bearbeiten dieses Thema ausführlich, beziehen sich aber größtenteils auf die alte Fassung des UWG.

<sup>169</sup> Vgl. Strömer, Online-Recht, 4. Aufl., Heidelberg 2006, S. 154, mit Verweis auf OLG Köln, Urteil vom 28.11.2003, 6 U 71/03 und OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.08.2000, 2 U 113/00.

<sup>170</sup> Vgl. Berlitz, Wettbewerbsrecht. Ein Grundriss, 6. Aufl., München 2005, S. 145 f.

diese Materie regeln, finden sich in der Preisangabenverordnung (PAngV).<sup>171</sup> Zum Regelungsumfang dieser Verordnung gehört es, Aussagen darüber zu treffen, ob ein Preis überhaupt anzugeben ist, welcher Preis zu nennen und wie er bekannt zu geben ist.<sup>172</sup> Diese Vorschriften kommen nach § 1 Abs. 1 PAngV immer dann zur Anwendung, wenn jemand insbesondere gewerbsmäßig an einen Letztverbraucher Waren oder Leistungen anbietet. Unter dem Begriff des Letztverbrauchers sind Personen zu verstehen, welche die ihnen angebotene Ware oder Dienstleistung nicht weiterverkaufen sondern selbst in Anspruch nehmen. Eine Ausnahme besteht nur bei Personen, welche die Waren oder Leistungen zwar nicht weiterverkaufen, diese aber für ihre gewerbliche Tätigkeit einkaufen. Da derartige Personengruppen nach Ansicht des Gesetzgebers nicht so schutzwürdig sind wie die privaten Endverbraucher, klammert § 9 Abs. 1 Ziff. 1 PAngV auch die Gruppe der gewerblichen Letztverbraucher von der Anwendung der Vorschriften aus. Die PAngV gilt auch für Waren und Leistungen im Internet.<sup>173</sup> Nach § 1 Abs. 2 PAngV ist es im Rahmen von Fernabsatzgeschäften erforderlich, nicht nur den Endpreis anzugeben, sondern darüber hinaus auch die Liefer- und Versandkosten. Außerdem ist darzustellen, dass die Preise die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile beinhalten. Die Angabe des Preises ist nach § 4 Abs. 4 PAngV bei Waren, die „auf Bildschirmen angeboten werden“ entweder unmittelbar neben den Abbildungen oder Beschreibungen oder in Preisverzeichnissen vorzunehmen und nach § 5 Abs. 1 Satz 3 PAngV auf der Website bereitzuhalten.

#### 4.4.8 Werbe- und Spam-Mails

In den letzten Jahren stieg der Anteil an unverlangt zugesandten Werbe-E-Mails immer mehr an. Diese Art der Werbung wird auch als Spamming bezeichnet.

*Beispiel:*

*A erhält eine E-Mail mit der Betreffzeile „letzte Mahnung“. Voll Sorge öffnet er die Mail. Statt einer Mahnung sieht er nun die Werbemail eines Uhrenherstellers. A ist empört.*

Unverlangt zugesandte Werbe-E-Mails, die gleichzeitig an Hunderte oder Tausende von Empfängern verschickt werden, sind für die Werbetreibenden eine im Vergleich zu anderen Werbemaßnahmen sehr kostengünstige Möglichkeit des Marketings. Kommerzielle Versender von Werbemails verfügen über extrem große Datenbanken mit zum Teil Millionen von E-Mail-Adressen. Von den Empfängern werden derartige Mails oftmals eher als Belästigung empfunden. Nicht nur, dass diese Werbeflut die

<sup>171</sup> Vgl. zur irreführenden Preisangabe im Internet vgl.: BGH, Entscheidung vom 29.04.2010, I ZR 99/08, ITRB 2011, S. 29 f.

<sup>172</sup> Vgl. Eisenmann / Jautz, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 592.

<sup>173</sup> Vgl. LG Köln, Beschluss vom 24.06.1997, 31 O 517/97.

Mail-Accounts verstopft; die Nutzer müssen auch viel Zeit aufwenden die Betreffzeilen zu sichten und unerwünschte Werbemails zu löschen.

Gibt es neben den technischen Möglichkeiten eines Spamfilters auch die Möglichkeit juristisch gegen Spamming vorzugehen? Vorschriften, die Spamming unter Strafe stellen, wird man im Strafgesetzbuch vergebens suchen. Dies bedeutet aber nicht, dass man durch Spam-Mails keine Straftaten begehen könnte. Die Weitergabe bestimmter pornographischer Inhalte oder Betrug beispielsweise auch durch Einsatz eines Dialers können sehr wohl Straftaten im Sinne des StGB verwirklichen. Da vor einiger Zeit jedoch die gewöhnliche Spam-Mail keinen Straftatbestand erfüllte, bestanden früher auch keine Aussichten eine Strafanzeige zu stellen und von den Strafverfolgungsorganen den Versender der Mail ermitteln zu lassen.

Doch durch das am 1. März 2007 in Kraft getretene Telemediengesetz (TMG)<sup>174</sup> hat sich die Rechtslage – zumindest auf dem Papier – für die von der Werbeflut betroffenen Nutzer geändert. Das TMG führt nun zu einer Qualifizierung von Spam-Mails als Ordnungswidrigkeit. Sein § 6 Abs. 2 lautet:

„Werden kommerzielle Kommunikationen per elektronischer Post versandt, darf in der Kopf- und Betreffzeile weder der Absender noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden. Ein Verschleiern oder Verheimlichen liegt dann vor, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet sind, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält“.

Da das TMG mit § 6 Abs. 2 lediglich Aussagen zur Formulierung der Spam-Mails, aber nichts über die Voraussetzungen sagt, unter denen sie versendet werden dürfen, wird diesbezüglich wohl künftig weiterhin auf die Regelungen des UWG zurückgegriffen werden müssen.

Auch wenn die Personen, die sich nicht an die für E-Mails aufgestellten Vorgaben des TMG halten und über die Absenderangaben hinwegtäuschen, nunmehr eine Ordnungswidrigkeit begehen, welche nach § 16 Abs. 1 TMG mit einem Bußgeld bis zu 50.000 Euro geahndet werden kann, bleibt abzuwarten, ob sich die Spam-Mail-Versender tatsächlich davon abschrecken lassen werden. Es steht zu befürchten, dass sich durch die gesetzliche Neuregelung des TMG nichts an der Spamming-Praxis ändern wird. Erstens lässt das TMG offen, wer für die Durchsetzung der Regelungen insbesondere der doch recht umfangreichen Ermittlungen im Rahmen der Identifizierung der Versender zuständig sein soll. Selbst wenn unterstellt wird, dass diese Aufgabe der Staatsanwaltschaft und der Polizei obliegt, so stellt sich die Frage, ob die personellen und technischen Recourcen für die Durchführung dieser Aufgaben ausreichen. Darüber hinaus agieren viele Versender von Spam-Mails aus dem Ausland. Dies wird in der Praxis also sowohl Probleme bei der Identifizierung und Lokalisierung der

---

<sup>174</sup> Gesetz über die Nutzung von Telemedien vom 26. Februar 2007, BGBl. I S. 179.

Versender als auch bei der Beitreibung des Bußgeldes aufwerfen. Zu Recht werden die neuen Spamming-Regelungen deshalb bisweilen auch als „zahnlose Tiger“<sup>175</sup> bezeichnet.

Ein von Spam-Mails Betroffener kann jedoch auch versuchen zivilrechtlich gegen den Versender der Mails vorzugehen. Was der Betroffene fordern kann und auf welche rechtliche Grundlage die Forderungen gestützt werden können, ist davon abhängig, wer sie geltend macht. Möchte der Empfänger der Mails zivilrechtliche Ansprüche gegen den Mailversender geltend machen, so kann er seine Forderungen auf Normen des BGB stützen. Bei Maßnahmen gegen die Versender von Spam-Mails ist auf Seiten des Empfängers zu differenzieren. Ist durch die Mails ein Unternehmer betroffen, so können die Mails unter Umständen einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen. Ist hingegen eine Privatperson Empfänger der Mails, so stellt das Spamming für sie eine Belästigung dar, welche zugleich eine Beeinträchtigung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein kann. Beide Aspekte fielen unter das Tatbestandsmerkmal „sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB. Sowohl Unternehmer als auch Privatpersonen haben deshalb rechtlich die Möglichkeit bei erheblichen Belästigungen durch Spam-Mails, gestützt auf § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1004 BGB zu versuchen, einen Unterlassungsanspruch gegen den Versender zu erwirken.

Handelt es sich bei demjenigen, der gegen den Mailversender vorgehen möchte nicht um den Empfänger der Mails, sondern um einen Konkurrenten des Versenders, so kann er die Grundlage für seine Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb herleiten.<sup>176</sup> Der § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG sieht seit dem Jahre 2004 ebenso wie in der Gesetzesnovelle von 2008 explizit vor, dass eine unzumutbare Belästigung und damit Unlauterkeit im Sinne von § 3 UWG gegeben ist, „bei einer Werbung unter Verwendung (...) elektronischer Post, ohne dass eine Einwilligung des Adressaten vorliegt“. Um hiergegen nicht zu verstoßen, ist es also immer erforderlich, dass eine ausdrückliche Einwilligung des Beworbenen vor Zusendung der E-Mail abgegeben wurde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich bei dieser Person um einen Unternehmer oder eine Privatperson handelt. So hat beispielsweise das OLG Bamberg in einem Urteil festgestellt, dass die Werbung durch elektronische Post auch gegenüber einem Gewerbetreibenden als unlauter anzusehen ist, sofern nicht zumindest konkrete Anhaltspunkte vorliegen, welche die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung des Empfängers rechtfertigen.<sup>177</sup> Nur aus der Tatsache, dass der Empfänger gewerblich tätig ist, lässt sich eine derartige mutmaßliche Einwilligung nicht herleiten. In der Praxis kann eine Zustimmung dadurch erteilt werden, dass sich der Empfänger für die Zustellung von Newslettern vorher registrieren muss oder im Rahmen eines Einkaufs vor einer derartigen Einwilligung ein Häkchen gesetzt hat. Die einseitige Zustimmung kann formlos sein. Sie muss aber nach §§ 182 und 183 Satz 1 BGB ausdrücklich erfol-

<sup>175</sup> Hoeren, Das Telemediengesetz, NJW 2007, S. 801, 806.

<sup>176</sup> Vgl. zur Einordnung von Werbe-E-Mails als unzumutbare Belästigung i.S.d. § 7 UWG: Leible, Spam oder Nicht-Spam, das ist hier die Frage, K&R 2006, S. 485.

<sup>177</sup> Vgl. OLG Bamberg, MMR 2007, S. 392.



gen und darf nicht einfach auf der Annahme beruhen, der Kunde befürworte die E-Mail-Werbung durch den Kauf eines Produktes oder dadurch, dass er einem Empfang von Werbung nicht widersprochen hat.<sup>178</sup> Behauptet ein E-Mail-Versender, der Empfänger habe der Werbung per E-Mail zugestimmt, so trifft ihn für diese Behauptung auch die Beweislast.<sup>179</sup> Darüber hinaus sollte nach Auffassung des Landgerichts Berlin auch eine zeitliche Nähe zwischen Zustimmung und E-Mail liegen. So hielt das Gericht eine Werbung, die erst zwei Jahre nach der Zustimmung erfolgte, durch diese nicht mehr abgedeckt.<sup>180</sup> Aus der recht restriktiven Rechtsprechung wird auch deutlich, dass der Werbende keine E-Mail-Adressen aus Branchenbüchern oder ähnlichen Medien entnehmen oder derartige Adressen auch nicht aufkaufen darf. Denn bereits die Versendung von Werbemails an Personen, die ihre Adresse nicht selbst zur Verfügung gestellt haben, ist nicht zulässig.<sup>181</sup> Der Bundesgerichtshof hat mit seiner, am 10.02.2011 ergangenen Entscheidung<sup>182</sup> eine Präzisierung der Anforderungen an den Nachweis einer Einwilligung erreicht und gibt in diesem Urteil sogar Hinweise, wie der Nachweis fachgerecht erbracht werden kann.<sup>183</sup>

Ausnahmsweise sind Werbemails nach § 7 Abs. 3 UWG nur dann zulässig, 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 der Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.*

Hat der Versender der Werbemails also ohne Einwilligung der Empfänger gehandelt und es liegen die eben genannten Voraussetzungen unter denen der Versender ausnahmsweise seine Werbung verschicken darf nicht vor, so kann ein Konkurrent bezüglich des Versendens von Werbemails versuchen, Rechte auf Unterlassung (§ 8 UWG), Schadensersatz (§ 9 UWG) und Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG) geltend zu machen.

Interessant ist im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten um Spam auch die Frage, welcher Streitwert zugrundegelegt wird. Denn nach der Höhe des Streitwertes bemisst

<sup>178</sup> Vgl. Splittgerber / Zscherpe / Goldmann, Werbe-E-Mails – Zulässigkeit und Verantwortlichkeit, in: WRP 2006, S. 178 ff., 179 f.

<sup>179</sup> Vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 11.03.2004, I ZR 81/01, GRUR 2004, 517; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.09.2004, I-15 U 41/04, MMR 2004, S. 820.

<sup>180</sup> Vgl. LG Berlin, Urteil vom 02.07.2004, 15 O 653/03, CR 2004, S. 941; Strömer, Online-Recht, 4. Aufl., Heidelberg 2006, S. 172.

<sup>181</sup> Vgl. Otto, Recht für Softwareentwickler, Bonn 2006, S. 188.

<sup>182</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.02.2011, I ZR 164/09, DB 2011, S. 1857.

<sup>183</sup> Vgl. Stuckel, Zur Einwilligung in Telefon- und E-Mail-Werbung, DB 2011, S. 2421 ff.

sich auch das Anwaltshonorar. Die Rechtsprechung zur Höhe des Streitwertes ist in Deutschland allerdings noch nicht einheitlich. Einzelne Amtsgerichte vertreten die Auffassung, Spam-Mails seien Bagatellen. Doch zunehmend zeichnet sich eine Linie der Rechtsprechung ab, wonach die Streitwerte im Rahmen von Spam-Mail-Streitigkeiten mit einem fünfstelligen Wert festgesetzt werden. So hat beispielsweise das Oberlandesgericht Koblenz bei einer Streitigkeit über die unverlangte Zusendung von E-Mails den Streitwert auf 10.000 Euro festgesetzt und damit das Urteil der Vorinstanz, ein Urteil des Landgerichts Mainz, bestätigt. Das OLG Koblenz begründete den relativ hohen Streitwert folgendermaßen:

„Das Gericht weiß aus eigener Anschauung, wie viel Zeit und Mühe es kostet, allmorgendlich aus der elektronischen Post die Flut von unerwünschten Werbe-Mails auszusortieren, die sich häufig mit einer seriös oder zumindest unverfänglich wirkenden Absendeadresse tarnen, um auf diese Weise das Misstrauen des Adressaten zu zerstreuen. Es handelt sich um ein Ärgernis, dessen finanziellem Anreiz nur durch eine entsprechende Streitwertfestsetzung angemessen begegnet werden kann“.<sup>184</sup>

Da die Spam-Problematik kein rein nationales Problem darstellt, ist es nicht verwunderlich, dass Regelungen zum Spamming auch auf europäischer Ebene diskutiert werden. Dabei bildeten sich zwei Regelungsvarianten heraus: Zum einen die so genannte Opt-out-Regelung, nach welcher unaufgeforderte Werbung solange zulässig sei, bis der Empfänger ihr widerspricht. Zum anderen die so genannte Opt-in-Regelung, nach welcher Werbung nur dann zulässig ist, wenn sich der Nutzer explizit damit einverstanden erklärt.

#### 4.4.9 Newsletter

Unter dem Begriff Newsletter ist ein Rundschreiben per E-Mail zu verstehen. In der Praxis bestehen im Rahmen von Art und Inhalt derartiger Mails große Unterschiede. Bisweilen können es schlichte Werbe-E-Mails sein, bisweilen können sie aber auch dazu dienen, den Nutzer tatsächlich sachlich über bestimmte Themen zu informieren. Das Verschicken eines Newsletter ist rechtlich nur dann kein Verstoß gegen das UWG, wenn eine Einwilligung des Kunden vorliegt. Es ist dabei ohne Bedeutung, ob der Nutzer eine Privatperson oder ein Unternehmer ist. Der Versender hat nach Ansicht des Bundesgerichtshofs<sup>185</sup> im Streitfall zu beweisen, dass der Nutzer mit dieser Werbung einverstanden war. Die Eingabe einer E-Mail-Adresse in ein virtuelles Formular genügt im Rahmen der Bestellung nicht, um zu beweisen, dass der Nutzer mit dem Erhalt derartiger Newsletter einverstanden ist.<sup>186</sup> Schließlich könnte jeder Nutzer die

<sup>184</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 29.09.2006 – 14 W 590/06, MMR 2007, S. 190.

<sup>185</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.03.2004, NJW 2004, S. 1655 ff.

<sup>186</sup> Vgl. LG Berlin, Entscheidung vom 19.09.2002, K&R 2002, S. 669.

Adresse angegeben haben. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs<sup>187</sup> wäre es beispielsweise ein guter Beweis, wenn der Kunde an den Versender der Newsletter eine bereits generierte E-Mail senden muss und dabei seine eigene E-Mail-Adresse verwendet.

#### 4.4.10 Kunden auf die eigene Homepage locken

Bei der Suche nach Anbietern von Waren und Dienstleistungen verwenden die Nutzer des Internets vorwiegend Suchmaschinen. Da die meisten Internetnutzer sich lediglich mit den ersten zehn bis fünfzehn Ergebnissen der Trefferlisten beschäftigen, sind die Anbieter bestrebt, dass ihre Seiten unter den ersten Plätzen der Suchergebnisse aufgelistet werden. Um dieses zu erreichen, haben sich Werbende vermeintlich gute Tricks einfallen lassen.

##### 4.4.10.1 Keyword Advertising

Wer kennt diese Situation nicht. Man gibt in eine Suchmaschine einen Suchbegriff ein und in dem Moment, in welchem die Ergebnisliste präsentiert wird, erscheint oben oder am Bildrand ein Werbebanner zu genau der gesuchten Thematik. Diese Werbeform, bei der ein Werbe-Banner derart an einen Suchbegriff gekoppelt ist, dass immer dann, wenn nach diesem Begriff gesucht wird, ein derartiges Banner eingeblendet wird, wird auch als Keyword Advertising bezeichnet. Von der Grundkonstruktion her, ist hieran nichts Verwerfliches zu sehen. Im Gegenteil: Für den Werbenden hat es den Vorteil, dass er potentielle Interessenten gezielt ansprechen kann. Sein Vertragspartner, der Betreiber der Suchmaschine erhält für den Service ein entsprechendes Entgelt und der Nutzer erhält durch die Werbung eine Zusatzinformation, die ihn eventuell tatsächlich interessiert.

Rechtliche Probleme können in der Praxis allerdings auftreten, wenn die Verknüpfung zwischen Banner-Werbung und einem Suchbegriff erstellt wird, der zugleich Markenname eines Konkurrenzunternehmens für den Werbenden ist.

*Beispiel:*

*Das Autohaus A, welches PKW des gehobenen Preissegments verkauft, schließt mit einem Suchmaschinenbetreiber einen Vertrag über Bannerwerbung ab, die an den Suchbegriff „Autohaus B“ geknüpft werden soll. Immer, wenn jemand per Suchmaschine nach dem Autohaus B, dem Hauptkonkurrenten des Autohauses A, sucht, erscheint oben auf der Ergebnisseite ein Werbebanner des Autohauses A. Der Geschäftsführer des Autohauses B ist über diesen Zustand nicht sehr erfreut und fragt sich, ob er dagegen vorgehen kann.*

<sup>187</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.03.2004, NJW 2004, S. 1655 ff.

Das Markengesetz wird hier nicht zur Anwendung kommen können. Denn obwohl die Firma „Autohaus B“ am Markt einen Erkennungswert besitzen kann und deshalb grundsätzlich auch durch Markenrecht gegen Missbrauch geschützt werden kann, wird das im vorliegenden Fall des Keyword Advertising nicht helfen, da weder das Autohaus A noch der Suchmaschinenbetreiber diese Bezeichnung als Herkunftsnachweis oder Unternehmenskennzeichen gebraucht.

Betrachtet man aber als Anknüpfungspunkt die Tatsache, dass hier ein Unternehmen gezielt versucht, sich zwischen einen Interessenten und seinen geschäftlichen Konkurrenten zu stellen, so wird schnell deutlich, dass das UWG hier zu Ansprüchen führen kann. Denn § 4 Nr. 10 UWG verbietet es, den Mitbewerber gezielt zu behindern. Im dargestellten Beispielfall ergibt sich also aus dem Versuch des gezielten Abfangens von Kunden ein Verstoß gegen Wettbewerbsrecht. Denn hier hat sich der Nutzer bereits durch die Eingabe eines bestimmten Kennzeichens für einen Wettbewerber entschieden. Zumindest wird nun ein Anreiz geschaffen, sich die Werbung des Konkurrenten anzusehen.<sup>188</sup> Als Praxistipp kann also konstatiert werden, dass im Rahmen des Keyword-Advertising die Verwendung der *Marken* oder Namen von Konkurrenten unterbleiben sollte.

Mittlerweile scheint sich, trotz weiterhin umstrittener Rechtslage bei der Verwendung fremder Kennzeichen als AdWord für Google-Anzeigen, eine Tendenz zur Akzeptanz derartiger Werbung abzuzeichnen.<sup>189</sup> So hat beispielsweise erst kürzlich ein Gericht festgestellt<sup>190</sup>:

*Regelmäßig liegt bei Verwendung eines fremden Kennzeichens im Rahmen einer AdWord-Werbung keine Kennzeichenverletzung vor, wenn das Suchergebnis als Anzeige kenntlich gemacht wird. In diesem Fall fehlt es grundsätzlich auch an einem Wettbewerbsverstoß.*

Doch bleibt das Thema Keywords weiterhin problembehaftet und umstritten. So hat das Landgericht Braunschweig beispielsweise zum Keyword-Advertising folgendes ausgeführt:<sup>191</sup>

*Ein mittels Keyword-Advertising werbendes Unternehmen kann auch dann für Markenverletzungen haften, wenn es das streitgegenständliche Keyword nur indirekt über die Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ ausgewählt hat.*

<sup>188</sup> Andere Ansicht: Hartl, Fremde Kennzeichen im Quelltext von Webseiten – Marken- und Wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit, MMR 2007, S. 12, 14.

<sup>189</sup> Vgl. Wolff, Keine Markenrechtsverletzung durch Keyword-Advertising, ITRB 2009, S. 28 f. (S. 29).

<sup>190</sup> KG, Urt. Vom 09.09.2008, 5 U 163/07 – ZVAB, ITRB 2009, S. 28.

<sup>191</sup> LG Braunschweig, Urt. Vom 23.04.2008, 9 O 371/08 (44), ITRB 2009, S. 29.

#### 4.4.10.2 Meta Tags

Um Kunden auf die eigene Internetseite zu locken werden oftmals Begriffe in den HTML-Quellcode geschrieben. Derartige Begriffe sind für den Nutzer nicht sichtbar. Suchmaschinen allerdings können diese Begriffe lesen und sprechen darauf an, indem sie derartige Seiten in ihren Suchergebnissen auflisten. Diese im HTML-Quellcode genannten Begriffe bezeichnet man als Meta-Tags. Solange die in den Quellcode eingesetzten Worte dem Produkt entsprechen oder einen allgemeinen Oberbegriff darstellen, der das Produkt oder die Dienstleistung kennzeichnet, ist dies nicht problematisch.

Oftmals werden jedoch auch Begriffe in den HTML-Quellcode geschrieben, die nichts mit den angebotenen Waren oder Dienstleistungen zu tun haben oder sogar Markenbegriffe der Konkurrenz darstellen. Derartiges Vorgehen verstößt gegen das UWG. Zwar war es bisher in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob es eine kennzeichenmäßige Bezeichnung ist, wenn der Anbieter einer Internetseite im Quellcode seiner Seite fremde Kennzeichen z.B. Firmennamen bekannter Unternehmen als Such- oder Schlagwort eingesetzt hat. Die herrschende Meinung<sup>192</sup> sah hierin eine kennzeichenmäßige Bezeichnung. Eine gegenteilige Rechtsauffassung fand sich insbesondere beim OLG Düsseldorf.<sup>193</sup> Nun musste sich auch der Bundesgerichtshof mit dieser Problematik beschäftigen und hat dazu eine Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung getroffen.<sup>194</sup> Der BGH sieht es als grundsätzlich unzulässig an, wenn Betreiber von Seiten fremde Kennzeichen in den Quellcode von Websites setzen. Das Argument, dass ein Metatag für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar sei und deshalb von keiner kennzeichenmäßigen Benutzung ausgegangen werden könne, lässt der BGH nicht gelten. Nach seiner Auffassung werde das Ergebnis des Auswahlverfahrens mit Hilfe des Suchwortes beeinflusst. Insofern wird der Nutzer zu einer Internetseite geführt weil er ein ihm bekanntes Schlagwort eingegeben hat. Nach Urteil des Bundesgerichtshofs vom 18.05.2006 stellt es einen Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG dar, wenn Meta-Tags dazu benutzt werden, gezielt Mitbewerber zu blockieren, indem beispielsweise die ersten 50 Treffer in Suchmaschinen zur Seite eines Anbieters führen.<sup>195</sup>

Auch das Namensrecht des § 12 BGB kann im Rahmen der Einordnung von Meta-Tags eine Rolle spielen. Benutzt der Betreiber einer Internetseite nämlich einen fremden Namen als Schlagwort, so kann hier gegebenenfalls ein unzulässiger Namensgebrauch gegeben sein<sup>196</sup>; denn es muss nach § 12 BGB das Gleiche wie im Markenrecht gelten.

<sup>192</sup> Vgl. beispielsweise OLG Hamburg, MMR 2004, S. 489; OLG Karlsruhe, MMR 2004, S. 256; LG München I, MMR 2004, S. 689; OLG Hamburg, MMR 2005, S. 186; LG Braunschweig, MMR 2006, S. 178; LG Hamburg, MMR 2006, S. 337.

<sup>193</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2003, S. 407; OLG Düsseldorf, MMR 2004, S. 257; OLG Düsseldorf, MMR 2004, S. 319; OLG Düsseldorf, MMR 2006, S. 396.

<sup>194</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, S. 153.

<sup>195</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 18.05.2006, I 183/03.

<sup>196</sup> Vgl. OLG Celle, NJW-RR 2006, S. 1699.

Die Feststellungen des Bundesgerichtshofs zu den Metatags<sup>197</sup> führten zu einem erneuten Aufkeimen der Frage, ob die Verwendung fremder Kennzeichen in Google Ad-Words erlaubt ist. Hintergrund dieser Frage ist ein besonderes Werbekonzept, welches vom Betreiber der Suchmaschine Google propagiert wird. Hierbei werden Werbetexte in einer Extraspalte eingeblendet, sobald ein Suchbegriff aktiviert wird. Diese Werbung bezieht sich also auf die gesuchte Thematik und soll das Ergebnis ergänzen. Ein Teil der Gerichte überträgt nun die Rechtsprechung des BGH zu den Metatags auf die Ad-Words.<sup>198</sup> Das OLG Düsseldorf hingegen bleibt auch nach der Entscheidung des BGH bei seiner Rechtsauffassung, dass die Verwendung eines fremden Kennzeichens als Google Ad-Word keine kennzeichenmäßige Benutzung darstellt.<sup>199</sup> Anders aber sind die Entscheidungen des OLG Stuttgart<sup>200</sup>, des OLG Dresden<sup>201</sup> und das OLG Braunschweig<sup>202</sup>. Sie liegen mit ihren Entscheidungen auf der Linie des BGH. So hat das OLG Stuttgart explizit festgestellt, dass die Verwendung eines geschützten Zeichens als Ad Word eine kennzeichenmäßige Benutzung im Sinne des Markenrechts darstellt.<sup>203</sup> Zwar bleibt die Rechtsprechung bezüglich der Einordnung der Ad Words<sup>204</sup> weiterhin uneinheitlich, doch zeigt sich meines Erachtens nunmehr eine Tendenz ab, künftig die Nutzung von Ad Words als eine kennzeichenmäßige Benutzung im Sinne des Markenrechts anzusehen.

#### 4.4.10.3 Word Stuffing

Das Word Stuffing ist den Meta-Tags sehr ähnlich. Nur, dass hierbei die Begriffe nicht im HTML-Quellcode untergebracht werden, sondern auf der Internetseite selbst. Um sie zu verschleiern, werden sie gewöhnlich in der selben Farbe wie der Hintergrund geschrieben und sind deshalb für den Nutzer, der die Seite betrachtet nicht sichtbar. Die Suchmaschinen allerdings sprechen auf diese Begriffe an. Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Vorgehens verhält es sich ebenso wie bei den Meta-Tags.<sup>205</sup>

Sofern Begriffe verwendet werden, die den Namen eines Produktes oder Unternehmens beinhalten, ist von einem Verstoß gegen Markenrecht auszugehen, wenn bei dem versteckten Begriff ein sachlicher Bezug zu dem geschützten Produkt fehlt. Wer-

<sup>197</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, S. 153.

<sup>198</sup> Vgl. beispielsweise OLG Dresden, K&R 2007, S. 269; OLG Braunschweig, MMR 2007, S. 110 und MMR 2007, S. 249; OLG Stuttgart, Ur. Vom 09.08.2007 – 2 U 23/07; LG Leipzig, MMR 2007, S. 265; LG Köln GRUR-RR 2007, S. 204 L.

<sup>199</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.01.2007 – I-20 U 79/06, MMR 2007, S. 247.

<sup>200</sup> Vgl. Urteilsbesprechung der Entscheidung des OLG Stuttgart, Urteil vom 09.08.2007 – 2 U 23/07; Elteste, Markenverletzendes Ad Word – PCB-Pool, IT-Report, ITRB 2007, S. 274.

<sup>201</sup> Vgl. OLG Dresden, Urteil vom 09.01.2007 – 14 U 1958/06, CR 2007, S. 740.

<sup>202</sup> Vgl. OLG Braunschweig, Urteil vom 05.12.2006 – 2 W 23/06, CR 2007, S. 177.

<sup>203</sup> Vgl. Urteilsbesprechung der Entscheidung des OLG Stuttgart, Urteil vom 09.08.2007 – 2 U 23/07; Elteste, Markenverletzendes Ad Word – PCB-Pool, IT-Report, ITRB 2007, S. 274.

<sup>204</sup> Vgl. zur Kennzeichnung derartiger Anzeigen vgl.: LG Berlin, Entscheidung vom 22.09.2010, 97 O 55/10, ITRB 2011, S. 34.

<sup>205</sup> Vgl. hierzu auch: BGH, NJW-RR 2007, S. 1262.

den hingegen auf der betreffenden Seite die benannten Produkte oder Produkte des betreffenden Unternehmens angeboten, so ist nach § 23 MarkenG die Verwendung zulässig. Darüber hinaus führt ein fehlender Bezug zu Produkt und Unternehmen auch zu einer Irreführung des Verbrauchers im Sinne des UWG.

#### 4.4.11 Bannerwerbung

Die Bannerwerbung stellt wahrscheinlich die am weitesten verbreitete Werbeart im Internet dar. Ein Banner ist eine in die Website eingebundene Bilddatei, die einen Slogan, ein Motiv, eine Produktabbildung oder eine Kombination dieser Elemente zum Inhalt hat und oftmals durch einen Link mit der Homepage des Werbenden verknüpft ist. Gewöhnlich schließt der Werbetreibende mit einem Seitenbetreiber hierfür einen Vertrag. Ein Bannerwerbevertrag wird nach herrschender Meinung als Werkvertrag im Sinne von § 631 ff. angesehen.<sup>206</sup> Der Werbetreibende bezahlt den Betreiber der Seite dafür, dass dort seine Bannerwerbung platziert werden darf.

Die Vergütungsmodalitäten können bei Internetwerbung sehr unterschiedlich ausfallen. So kann entweder ein fester Betrag für einen bestimmten Zeitraum vereinbart werden oder aber auch eine Bezahlung pro Mausklick bzw. pro Besucher der Seite erfolgen. Bisweilen werden diese Möglichkeiten kombiniert angewandt, wenn beispielsweise ein fester Grundbetrag gezahlt und bei bestimmten Nutzerzahlen aufgestockt wird. Durch diese Art der Werbung wird gewöhnlich kein Verstoß gegen Wettbewerbsrecht begangen. So haben Gerichte<sup>207</sup> bereits vor Jahren festgestellt, dass der Internetnutzer an Bannerwerbung gewöhnt ist<sup>208</sup>, und sie auch die kostenlose Nutzung vieler Internetangebote überhaupt erst ermöglicht; insofern stellt sie keine unangemessene Belästigung im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG dar.<sup>209</sup>

#### 4.4.12 Werbekooperationen

Da viele Internetnutzer nicht mehr auf Bannerwerbung ansprechen, also derartige Werbebanner einfach nicht anklicken, werden bei der Werbung im Netz mehr und mehr Verträge über Werbekooperationen abgeschlossen. Vorzugsweise werden derartige Verträge über einen längeren Zeitraum eingegangen. Als Partner suchen sich die Werbenden gerne kostenlose E-Mail-Anbieter, Suchmaschinenbetreiber oder Portale. Auf der Hauptseite dieser Vertragspartner werden dann auch Inhalte der Werbetreibenden platziert.

<sup>206</sup> Vgl. Cichon, Internetverträge, 2. Aufl., Köln 2005, Rn. 538 m.w.N.

<sup>207</sup> Vgl. z.B. LG Frankfurt a.M., Entscheidung vom 13.09.2000, MMR 2001, S. 560.

<sup>208</sup> Vgl. Heyms / Prieß, Werbung online, Berlin 2002, S. 193.; Eichhorn, Internetrecht, Berlin, Wien, Zürich 2007, S. 222.

<sup>209</sup> Vgl. Härting, Internetrecht, 2. Aufl., Köln 2005, Rn. 863.

Oftmals wird als Kooperationsmöglichkeit auch das Sponsoring verwendet. So bietet sich hierbei die Möglichkeit, auf bestimmten gesponsorten Internetseiten, zumeist auf einem Button, das Logo des Werbetreibenden zu platzieren. Oftmals wird zusätzlich durch Schriftzüge wie etwa „sponsored by“ oder „in Kooperation mit“ explizit auf den Werbenden hingewiesen. Man verspricht sich von dieser im Vergleich zu Pop-Ups oder Bannerwerbung eher nicht störenden Werbung, dass der Nutzer dieser Art von Marketing eher positiv gestimmt und daher weniger ablehnend gegenübersteht.

#### 4.4.13 Pop-Ups

Eine weitere Variante der Werbemethoden sind die so genannten Pop-Ups. Dabei handelt es sich um Fenster, die sich beim Ansehen bestimmter Seiten automatisch öffnen.

*Beispiel:*

*A surft im Internet. Als er seine Sitzung beenden möchte und das Browserfenster schließt, öffnen sich automatisch immer mehr Fenster mit Werbung. Bei dem Versuch diese Fenster zu schließen, öffnen sich weitere.*

Bei der rechtlichen Beurteilung von Pop-Ups bestehen zwischen Rechtsprechung und Literatur bisweilen erhebliche Unterschiede. Die meisten Autoren sehen ebenso wie die Rechtsprechung<sup>210</sup> in den Pop-Up-Fenstern eine Belästigung des Nutzers, welche wettbewerbsrechtlich unzulässig ist<sup>211</sup>, sofern der Nutzer dadurch gezwungen wird, sich eine Vielzahl von Werbeseiten anzusehen, obwohl sie ihn nicht interessieren.<sup>212</sup> So hat beispielsweise das Landgericht Düsseldorf bezüglich der so genannten Exit-Pop-Up-Fenster, also Fenster, welche sich erst dann öffnen, wenn das Browser-Fenster geschlossen wird, unter dem Aspekt übermäßiger Belästigung des Internetnutzers eine generelle Wettbewerbswidrigkeit festgestellt.<sup>213</sup> In der Literatur finden sich hingegen auch Stimmen, die ein generelles Wettbewerbsverbot für zu weitgehend halten.<sup>214</sup> Eindeutig wettbewerbswidrig und ein Verstoß gegen das Verbot gezielter Behinderung dürfte es nach § 4 Ziffer 10 UWG allerdings sein, wenn im geschäftlichen Bereich derartige Pop-Ups dazu verwendet werden, den Internet-Auftritt eines Konkurrenten

<sup>210</sup> Vgl. Entscheidung des LG Düsseldorf vom 26.03.2003, 2a O 186/02, MMR 2003, S. 486.

<sup>211</sup> Andere Ansicht: Härtling, Internetrecht, 2. Aufl., Rn. 864.

<sup>212</sup> Vgl. Strömer, Online-Recht, S. 178; Mankowski, Kommentar zum Urteil des LG Düsseldorf vom 26.03.2003, K&R 2003, S. 526, 527.

<sup>213</sup> Vgl. Entscheidung des LG Düsseldorf vom 26.03.2003, 2a O 186/02, MMR 2003, S. 486.

<sup>214</sup> Vgl. Härtling, Internetrecht, 2. Aufl., Rn. 864 m.w.N.; Leupold/Bräutigam/Pfeiffer, Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, WRP 2000, S. 575, 579.



zu überlagern<sup>215</sup> oder sich beim Schließen eines Fensters unzulässig neue Pop-Ups öffnen und den Nutzer damit quasi am Beenden der Sitzung hindern.

#### 4.4.14 Werbung per Bildschirmschoner

Bei dieser Werbevariante wird dem Nutzer von einem werbetreibenden Unternehmen gestattet, kostenlos Bildschirmschoner herunterzuladen. Auf diesem Bildschirmschoner befinden sich auch Werbung und das Logo des Werbenden. Je nachdem wie ansprechend und interessant der Bildschirmschoner gestaltet ist, kann der Werbetreibende darauf hoffen, dass der Nutzer diesen so gut findet, dass er ihn lange nutzt und eventuell auch an Freunde und Verwandte weitergibt oder zumindest weiterempfiehlt.

#### 4.4.15 Counter-Manipulation

Viele Homepages besitzen einen so genannten Counter. Er zeigt an, wie viele Nutzer bereits auf die betreffende Seite zugegriffen haben. Schnell haben Unternehmen erkannt, dass eine hohe Besucherzahl einen guten Werbeeffect hat. So liegt die Verlockung nahe, widerrechtlich die Besucherzahl drastisch nach oben zu setzen, um den Nutzern eine hohe Besucherzahl zu suggerieren. Für den Nutzer stellt es sich so dar, als sei die Seite besonders beliebt und besonders interessant. Ein derartiges Vorgehen ist also eine Täuschung und ein Irreführen des Nutzers und verstößt deshalb gegen Wettbewerbsrecht. Derartiges Handeln ist unrechtmäßig.

#### 4.4.16 Markenrecht - Werbung mit Markenartikeln

Auch das Markenrecht kann im Bereich der Werbung eine große Rolle spielen. Regelt ist das Markenrecht im Markengesetz (MarkenG).<sup>216</sup> Der Name des Gesetzes ist insofern irreführend, als es nicht nur das Recht der Marken, sondern allgemein das Recht der so genannten Kennzeichen regelt. Zunächst stellt sich die Frage, welche Zeichen überhaupt geschützt sind. Der § 1 MarkenG verwendet den Begriff des Kennzeichens als Oberbegriff; die eigentliche Marke, die geschäftliche Bezeichnung und die

<sup>215</sup> Vgl. LG Köln, Beschluss vom 12.03.2004, 31 O 145/04, MMR 2004, S. 840; Bornkamm/Seichter, Das Internet im Spiegel des UWG. Grenzwerte für die lautere Nutzung eines neuen Mediums, CR 2005, S. 747, 752.

<sup>216</sup> Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994, BGBl. I S. 3082, berichtigt BGBl. I 1995, S. 156, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2248.

geografische Herkunftsangabe stellen nur Unterfälle des Kennzeichens dar.<sup>217</sup> Der Schutzzumfang kann dem § 3 MarkenG entnommen werden.

§ 3 MarkenG *Als Marke schutzfähige Zeichen.*

- (1) *Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltung einschließlich der Form einer Ware oder Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.*
- (2) *Dem Schutz als Marke nicht zugänglich sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen,*
  1. *die durch die Art der Ware selbst bedingt ist,*
  2. *die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist oder*
  3. *die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht.*

Um den Schutz des Gesetzes entstehen zu lassen, kann die Marke in das Markenregister eingetragen werden, welches beim Bundespatentamt geführt wird. Eine andere Möglichkeit bietet § 4 Nr. 2 MarkenG. Hiernach genügt es, dass ein Zeichen im geschäftlichen Verkehr benutzt wird und dieses Zeichen innerhalb der beteiligten Verkehrskreise eine Verkehrsgeltung als Marke erworben hat. Hierbei ist gewöhnlich eine Einzelfallbewertung vorzunehmen.<sup>218</sup> Alternativ hierzu genügt auch die notorische Bekanntheit der Marke. Auf diese in § 4 Nr. 3 MarkenG normierte und auf die Pariser Verbandsübereinkunft zurückgehende Variante wird kaum zurückgegriffen, da zu meist damit bereits der § 4 Nr. 2 MarkenG erfüllt sein dürfte.

*Beispiel:*

*A betreibt einen E-Shop und handelt unter anderem auch mit Sportartikeln der europaweit bekannten Marke X. Er fragt sich, ob er markenrechtliche Probleme zu erwarten hat, wenn er auf der Homepage, auf der er die Produkte anbietet auch die Markennamen verwendet und dies quasi als Werbung nutzt.*

Nahezu alle Unternehmer, die E-Commerce betreiben, bieten Produkte an, die einen Markennamen tragen und zumeist als Marke geschützt sind. Eine Lösung für die Frage, ob die Betreiber von E-Commerce die Markennamen auf ihrer Homepage verwenden dürfen bietet § 24 Abs. 1 MarkenG. Hiernach kann der Zeicheninhaber einem Dritten nicht untersagen, die Marke für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die von ihm oder anderen Nutzungsberechtigten innerhalb der EU oder im europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht wurden. Das heißt, dass der A im eben ge-

<sup>217</sup> Vgl. Rohlfing, Wirtschaftsrecht 2, Wiesbaden 2005, S. 226.

<sup>218</sup> BGH, WRP 2004, S. 227.

nannten Beispielfall die Sportartikel der Marke X auf seiner Homepage auch so bezeichnen darf. Allerdings hat der Markeninhaber ein schützenswertes Interesse daran, dass der Wiederverkäufer die Marke zu Werbezwecken nicht in einer Weise benutzt, die den Ruf der Marke schädigen könnte. Deshalb kann er nach § 24 Abs. 2 MarkenG beispielsweise eine Verwendung untersagen, wenn sein Luxus-Artikel neben Discountprodukten angeboten und dargestellt wird. Andererseits ist nichts dagegen einzuwenden, wenn eine fremde Marke im Rahmen einer zulässigen vergleichenden Werbung verwendet wird, da ein derartiger Produktvergleich als Angabe über Merkmale oder Eigenschaften des Produkts nach § 23 Nr. 2 MarkenG zu werten ist.

## 4.5 Zusammenfassung

- Das Internet bietet eine hervorragende Plattform für ein mögliches Eins-zu-Eins-Marketing. Der Kunde kann über das Netz besser und individueller angesprochen werden.
- Die Frage, ob deutsches Werberecht oder das Recht eines anderen Staates zur Anwendung kommt, richtet sich danach, welche Zielgruppe beworben wird. Die Sprache der Werbebotschaft ist hierfür ein wesentliches Indiz.
- In der Bundesrepublik Deutschland wird die Werbung vorwiegend durch das UWG geregelt. Aber wichtige andere Gesetze sind z.B. PAngV, TMG und HWG.
- Ansprüche des Geschädigten sind: Unterlassung, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung. Daneben können auch strafrechtliche Sanktionen erfolgen.
- Nach dem UWG sind Verstöße insbesondere Irreführung des Verbrauchers, reißerische Arten der vergleichenden Werbung sowie Herabsetzung und Verunglimpfung des Mitwettbewerbers.
- In der Praxis des Internetrechts sind es vorwiegend Spam-Mails sowie Praktiken wie Keyword Advertising, Meta-Tags, Word Stuffing, Pop-ups sowie Counter-Manipulationen, die zu rechtlichen Problemen führen.

## 5 Verträge im Internet

Das wichtigste Regelwerk des Zivilrechts und zugleich auch das wichtigste Gesetz für die Gestaltung und Überprüfung von Verträgen im Internet ist das „Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)“. Im 19. Jahrhundert wurde nach einer langen Phase der Rechtszersplitterung versucht, eine Vereinheitlichung des gesamten bürgerlichen Rechts zu schaffen. So wurde im Jahre 1873 gegen den erheblichen Widerstand der selbständigen Länder durch ein Gesetzeswerk, der sogenannten *lex Miquel-Lasker*, dem Reich durch Verfassungsänderung die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts zugeordnet.<sup>219</sup> So konnte das BGB als einheitliche Regelung des bürgerlichen Rechts am 1. Januar 1900 in Kraft treten. In der Zeit seines Bestehens ist das BGB sehr häufig geändert worden, um es den aktuellen Gegebenheiten anzupassen oder europäische Vorgaben zu erfüllen. Das BGB enthält fünf wesentliche Teile, die mit Fachausdruck als „Bücher“ bezeichnet werden:

- Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240 BGB),
- Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 241 – 853),
- Drittes Buch, Sachenrecht (§§ 854 – 1296),
- Viertes Buch, Familienrecht (§§ 1297 – 1921),
- Fünftes Buch, Erbrecht (§§ 1922 – 2385).

Bereits aus der Begrifflichkeit ist zu ersehen, dass für die Beurteilung von Verträgen im Internet insbesondere die beiden ersten Bücher des BGB von Interesse sind.

Im Rahmen der rechtlichen Einordnung von Verträgen, welche über das Internet abgeschlossen werden, sind für die korrekte Zuordnung, die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten maßgeblich. Die wichtigsten im Internetbereich vorkommenden Vertragsarten sind: Kauf-, Werk-, Dienstvertrag sowie Miete und Verträge eigener Art. Alle diese gängigen Vertragstypen sind im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt.

---

<sup>219</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung: Kindl / Feuerborn, *Bürgerliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler*, Herne, Berlin 2006, S. 53.

## 5.1 Kaufvertrag

Am einfachsten ist sicherlich die Einordnung eines Kaufvertrages, bei welchem nur der Vertragschluss per Internet erfolgt; dessen Abwicklung aber durch die Zusendung der Ware vollzogen wird. Derartige Kaufverträge sind beispielsweise die Bestellung von CDs, Büchern etc. über das Internet. Sofern es sich um eine zeitlich unbegrenzte Nutzungsüberlassung gegen ein einmalig zu zahlendes Entgelt handelt, wird mehrheitlich auch das Herunterladen von Standardsoftware als Kaufvertrag qualifiziert. Zur Wirksamkeit eines Vertragsangebotes gehören im Rahmen des Kaufvertrages die so genannten „*essentialia negotii*“, also die wesentlichen Vertragsbestandteile. Hierzu zählen:

- Kaufgegenstand,
- Kaufpreis,
- Vertragspartner.

Stehen diese drei Punkte fest und werden sie im Rahmen des Angebots zum Ausdruck gebracht, so liegt ein wirksames Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages vor.

## 5.2 Werk- und Dienstverträge

Werk- und Dienstverträge sind schon schwieriger voneinander abzugrenzen. Beim Werkvertrag, der in §§ 631 ff. BGB geregelt ist, steht der Erfolg im Vordergrund; wohingegen beim Dienstvertrag i.S.d. §§ 611 ff. BGB das schlichte Tätigwerden genügt. Um den Unterschied besonders deutlich zu machen, folgende zwei Beispiele außerhalb des Internets: Wenn jemand einen Arzt besucht, so erwartet er natürlich auch gesund zu werden. Aber für die Bezahlung ist es unbedeutend, ob der Erfolg eintritt oder nicht. Die Heilbehandlung ist auch dann zu bezahlen, wenn der Patient nicht gesund wird. Hier steht also nicht der Erfolg sondern das Tätigwerden im Vordergrund. Somit handelt es sich also um einen Dienstvertrag. Wenn sich hingegen jemand ein Haus bauen lässt, so ist es ihm egal, ob der Bauunternehmer mit 10 oder mit 20 Bauarbeitern arbeitet. Für die Bezahlung ist nur relevant, dass zum vereinbarten Zeitpunkt das Haus in vereinbartem Zustand steht. Hier steht also nicht die Tätigkeit sondern der Erfolg im Vordergrund. Folglich ist der Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren. Als markantes Abgrenzungskriterium ist also zu konstatieren: Der Dienstvertrag ist zeitbestimmt bzw. tätigkeitsorientiert, wohingegen der Werkvertrag erfolgsorientiert ist. Dementsprechend wird die Übermittlung von E-Mails als Werkvertrag qualifiziert, da hierbei der vertraglich geschuldete Erfolg in der Übermittlung der

Dateien besteht. Ebenso ist auch der entgeltliche Zugang zu Datenbanken<sup>220</sup> oder Videos als Werkvertrag einzuordnen; auch hier ist ein Erfolg, nämlich der Zugriff auf Daten die geschuldete Leistung. Hingegen wird, da Access-Provider eine Verbindung zum Internet herstellen und aufrecht halten, ohne Kontrolle über das Netz zu haben, das Anbieten eines Internetzugangs in der Literatur zum großen Teil als Dienstvertrag angesehen. Die Einschätzung, dass es sich bei Verträgen mit einem Access-Provider schwerpunktmäßig um einen Dienstvertrag handelt, wird auch in der Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof geteilt.<sup>221</sup> Im Gegensatz dazu wird bei Host-Providern davon ausgegangen, dass hier der Erfolg im Vordergrund steht. Beim Hosting handelt es sich also um einen Werkvertrag. Aufbauend auf diesen Überlegungen hat beispielsweise das LG Karlsruhe<sup>222</sup> entschieden, dass eine formularmäßige Klausel, nach welcher eine Verfügbarkeit von 99% im Jahresmittel unterstellt wird, einen versteckten Haftungsausschluss darstellt. Ein derartiger Haftungsausschluss kann dann als unwirksam angesehen werden, wenn ein „Exklusiv-Server“ mit einer eigenen IP-Adresse Gegenstand des Vertrages ist.

## 5.3 Miete

Unter Miete verstehen Juristen die Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Entgelt. Geregelt ist der Mietvertrag in §§ 535 ff. BGB. Die Hauptleistungspflicht des Vermieters besteht also anders als beim Kaufvertrag nicht etwa darin, dem Mieter das Eigentum an der Sache zu übertragen, sondern vielmehr ist der Vermieter nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB dazu verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch an der Mietsache zu ermöglichen. Soweit die Gebrauchsüberlassung einer Sache auf Zeit unentgeltlich erfolgen soll, liegt kein Mietvertrag, sondern allenfalls ein Leihvertrag nach § 598 ff. BGB vor. Stellt jemand einem Nutzer also gegen Entgelt für eine bestimmte Zeit Speicherplatz zur Verfügung, so handelt es sich hierbei um einen Mietvertrag.

## 5.4 Verträge eigener Art

Nicht immer gibt es Verträge, die klar einem einzigen Vertragstypus zuzuordnen sind. Oftmals existieren Mischformen oder Verträge, die Regelungen treffen, welche nicht vom Gesetz vorgesehen sind. Schließlich gilt in der Bundesrepublik Deutschland das

<sup>220</sup> Vgl. zum Thema Sport-Datenbanken auch: Woltermann / John, Lizenzierbarkeit von Spielplänen im deutschen Ligasport, K&R 2011, S. 753 ff.

<sup>221</sup> Vgl. BGH, MMR 2005, S. 373.

<sup>222</sup> Vgl. LG Karlsruhe, CR 2007, S. 396.

Prinzip der Vertragsfreiheit. Dementsprechend gibt es auch keinen „Numerus Clausus“ der Vertragstypen.<sup>223</sup> Verträge, die nicht zu den im BGB normierten Vertragstypen gehören, werden Verträge eigener Art oder synonym auch Verträge „sui generis“ genannt. Auf diese Verträge werden auch die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts angewandt.

## 5.5 Differenzierung nach Vertragspartnern

Beim Abschluss von Verträgen im Internet ist zwischen unterschiedlichen Möglichkeiten des Vertragsschlusses zu differenzieren. So gibt es beispielsweise Verträge, die zwischen zwei Unternehmen geschlossen werden. Derartige Verträge, bei denen sowohl auf der Verkäuferseite als auch auf der Käuferseite Unternehmer stehen, werden als Business to Business Verträge, oder abgekürzt als B2B-Verträge, bezeichnet. Schließt ein Unternehmer mit einem Konsumenten einen Vertrag, steht also auf der Seite des Verkäufers ein Unternehmer und auf der Seite des Käufers ein Konsument, so bezeichnet man dies als Business to Consumer oder auch als B2C E-Commerce. Dementsprechend werden Rechtsgeschäfte zwischen zwei Konsumenten als Consumer to Consumer bzw. C2C E-Commerce bezeichnet. Denkbar sind auch Verträge zwischen Unternehmern und dem Staat bzw. der Verwaltung oder zwischen Staat/Verwaltung und Konsumenten, was dann als Business to Government respektive Business to Administration (B2G / B2A) oder Government to Consumer (G2C) bzw. Administration to Consumer (A2C) bezeichnet wird. Die Unterscheidung ist deshalb so wichtig, weil auf die unterschiedlichen Vertragsarten zum Teil unterschiedliche Vorschriften angewendet werden.

## 5.6 Der Vertragsschluss

Grundsätzlich versteht man im Rechtssystem unter Verträgen zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Regelungen hierzu finden sich in den §§ 145 ff. BGB. Nur wenn Angebot und Annahme übereinstimmen und darüber hinaus dem jeweiligen Vertragspartner zugehen, kann von einem Vertrag gesprochen werden. Derartige Willenserklärungen können im täglichen Leben mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden.

Im Internetbereich gelten diese Grundsätze ebenfalls, so dass auch hier Verträge eigentlich mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges Verhalten möglich wären. In der Praxis sind die Varianten „mündlich“ und „schriftlich“ aber eher selten anzutreffen.

---

<sup>223</sup> Vgl. Junker / Benecke, Computerrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2003, Rn. 151.

Denkbar wäre die Abgabe derartiger Willenserklärungen nur durch Internettelefonie als mündliche Möglichkeit und Vertragstexte mit digitaler Signatur als schriftliche Variante. Eine normale E-Mail erfüllt nicht das gesetzliche Schriftformerfordernis, weil die Unterschrift als Erkennungsmerkmal des Ausstellers fehlt. Um eine sichere Identifizierung des Ausstellers zu erreichen wurde die digitale Signatur geschaffen. Die meisten Willenserklärungen werden im Internet durch schlüssiges Verhalten abgegeben. Juristen verwenden hierfür oftmals auch das Synonym „konkludentes Verhalten“; ein Verhalten also, welches für einen objektiven außenstehenden Beobachter einen bestimmten Erklärungswert darstellt. Derartiges Verhalten kann beispielsweise das Anklicken eines Bestellbuttons<sup>224</sup> oder auch das Versenden einer E-Mail sein.

### 5.6.1 Verträge mittels Bestellmaske

Insbesondere die Personen, die nicht nur gelegentlich Waren oder Dienstleistungen über das Internet anbieten, haben auf ihrer Homepage gewöhnlich eine Bestellmaske eingerichtet. Unter dem Begriff der Bestellmaske ist ein virtuelles Formular zu verstehen, auf welchem der Kunde seine persönlichen Daten, die zur Vertragsabwicklung erforderlich sind, eintragen kann. Dieses Formular ist zumeist verknüpft mit einer bildlichen Darstellung bzw. Fotos der Waren und einer so genannten Warenkorbfunktion, wobei der Kunde sich anhand der Bilder ein Produkt aussuchen kann und per Mausklick in seinen virtuellen Warenkorb legen kann. Erst wenn er eine Bestellfunktion betätigt und nicht von einer Korrekturfunktion Gebrauch macht, wird die Bestellung an den Verkäufer geleitet. Bis dahin kann der Kunde ausgesuchte Waren auch wieder aus seinem virtuellen Warenkorb nehmen. Bei einer derartigen Gestaltung des Bestellformulars stellt sich in der Praxis die Frage, wo hier Angebot und Annahme zu finden sind.

### 5.6.2 *Invitatio ad offerendum*

Werden auf einer Homepage eines Anbieters im Internet Waren präsentiert, so mag dies zwar untechnisch gesprochen das Anbieten von Produkten sein. Juristisch wird dies nach weit überwiegender Auffassung aber nicht als rechtswirksames Angebot eines Verkäufers gesehen, sondern nur als Einladung an einen potentiellen Käufer zum Abgeben eines Angebots.<sup>225</sup> Dies ist vergleichbar mit Produkten, die sich in einem Schaufenster befinden. Sie laden den Kunden ein, ein Angebot abzugeben. Erst wenn der Verkäufer annimmt, ist ein rechtsverbindlicher Vertrag zustande gekommen.

---

<sup>224</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, S. 363.

<sup>225</sup> Vgl. zur Mindermeinung die Ansicht von Boehme-Neßler, in: Boehme-Neßler, „internet-recht.com“, München 2001, S. 91.



Eine derartige Einladung zur Abgabe eines Angebots wird auch mit dem lateinischen Ausdruck „*invitatio ad offerendum*“ bezeichnet.

### 5.6.3 Zugang der Willenserklärung

Die Willenserklärungen müssen dem Vertragspartner auch zugehen. Bei der Frage, ob eine Willenserklärung dem Vertragspartner zugegangen ist, ist zwischen dem Zugang einer Willenserklärung gegenüber einem Anwesenden und dem Zugang einer Willenserklärung gegenüber abwesenden Personen zu unterscheiden. Erfolgt die Willenserklärung gegenüber einer anwesenden Person, wird sie in dem Moment wirksam, in welchem sie ihr unmittelbar zugeht. Denkbar wäre ein unmittelbarer Zugang beispielsweise bei einem Online Chat oder bei Internettelefonie.

Bei Bestellungen mittels einer Bestellmaske handelt es sich, ebenso wie bei den klassischen E-Mails, um Willenserklärungen gegenüber abwesenden Personen. Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB werden Willenserklärungen, welche Abwesenden gegenüber erklärt werden erst in dem Zeitpunkt wirksam, wenn sie ihnen zugehen.<sup>226</sup>

### 5.6.4 Annahme des Angebots

Damit ein Vertrag wirksam zustande kommt, muss der Verkäufer in der Regel das vom Kunden abgegebene Angebot auch annehmen. Im Rahmen der Annahme sind zwei Komponenten zu beachten: die zeitliche Komponente und der Zugang der Erklärung. Wird ein Angebot in einem Chat abgegeben, so ist es wie eine Willenserklärung unter Anwesenden anzusehen und kann nach § 147 Abs. 1 BGB nur sofort angenommen werden. Tut der Erklärungsempfänger dies nicht, so ist das Angebot erloschen. Wird ein Angebot hingegen per E-Mail abgegeben, so wird dies als eine Willenserklärung unter Abwesenden behandelt. Nach § 147 Abs. 2 BGB kann eine Willenserklärung unter Abwesenden nur innerhalb eines Zeitraums erfolgen, in welchem der Absender unter regelmäßigen Umständen mit einer Antwort rechnen kann. Was aber bedeutet die schwammig gehaltene Formulierung „unter regelmäßigen Umständen“? Um zu eruieren, wann jemand eine Willenserklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, sind folgende drei Faktoren maßgeblich:

1. die Zeit, die benötigt wird, um das Angebot an den Empfänger zu übermitteln,
2. eine angemessene Zeitspanne über das Angebot nachzudenken und den Vorgang zu bearbeiten und

---

<sup>226</sup> Vgl. Wietzorek, Der Beweis des Zugangs von Anhängen in E-Mails, MMR 2007, S. 156.

3. die Zeit, die erforderlich ist, eine Annahmeerklärung an den Antragenden zu übermitteln.

Legt man diese Kriterien zugrunde, kann bei Willenserklärungen per E-Mail also grundsätzlich mit einer regelmäßigen Annahmefrist von zwei bis drei Tagen ausgegangen werden. Nimmt der Erklärungsempfänger ein per E-Mail unterbreitetes Angebot nicht innerhalb dieser Frist an, so ist der Anbietende danach nicht mehr an seinen Antrag gebunden.

Die Annahme kann entweder durch eine Bestätigungsmail oder durch Zusendung der bestellten Ware geschehen. Ob eine Bestätigungsmail bereits die Annahme des Vertrages darstellt, ist von ihrem Inhalt abhängig. Gewöhnlich wollen Verkäufer, die E-Commerce betreiben, es möglichst lange offen halten, den Vertrag erfüllen zu können. Sie bestätigen auf eine Bestellung des Kunden in ihrer Bestätigungsmail oftmals lediglich den Eingang der Bestellung, also nur den Eingang der Bestellung des Kunden. In ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen haben diese Verkäufer in der Regel festgelegt, dass ein Vertrag bei ihnen erst durch die Zusendung der Ware angenommen wird. Dies ist möglich, da das Zusenden der Ware eine Willenserklärung durch konkludentes – also schlüssiges – Verhalten darstellt. Vor allem ist eine solche Vorgehensweise denjenigen Verkäufern anzuraten, die mit Waren handeln, die sie selbst nicht vorrätig haben und erst kurzfristig beschaffen müssen. Sollte es nämlich zu Liefereschwierigkeiten kommen, würden sie sich ihren Kunden gegenüber schadensersatzpflichtig machen können, sofern sie ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkommen können. Wenn nämlich erst das Zusenden der Ware als Annahme des Vertrages gilt, so besteht bei Nichtlieferung an die Kunden auch kein Vertrag, der als Grundlage für Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages dienen könnte.

*Beispiel:*

*Der Verkäufer V handelt im Internet mit Fernsehgeräten, die er auf seiner geschäftlichen Homepage anpreist. Daraufhin gehen bei ihm 130 Bestellungen ein. V hat allerdings nur noch 70 Fernseher dieser Marke in seinem Lager und ist auch nicht in der Lage, weitere Geräte dieser Marke zu beschaffen.*

Wenn das Anbieten dieser Fernsehgeräte auf der Homepage bereits ein bindendes Angebot darstellte, hätte V nun 130 Käufern gegenüber die Verpflichtung, ein Fernsehgerät zu liefern. Aber 60 Kunden gegenüber würde er sich möglicherweise schadensersatzpflichtig machen. Wenn das anpreisen der Geräte hingegen nur eine „*invitatio ad offerendum*“<sup>227</sup> darstellt, kann V mit seinen 70 Geräten die Kunden beliefern

<sup>227</sup> Vgl. für die Anwendung der Grundsätze der „*invitatio ad offerendum*“: LG Essen, MMR 2004, S. 49; Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 5. Aufl. 2006, S. 70 f.; Speichert, Praxis des IT-Rechts, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, S. 2; gegen die Anwendung der Grundsätze von „*invitatio ad offerendum*“ im Netz hingegen: Boehme-Neßler, Cyberlaw, 2001, S. 141 f.; ders. in: internetrecht.com, München 2001, S. 91.

und hat mit den darüber hinaus gehenden 60 Bestellern noch keinen wirksamen Vertrag geschlossen, so dass er insofern keinen Schadensersatzanspruch befürchten muss.

Ausnahmen von dem Grundsatz der Anwendbarkeit des Konstrukts der „*invitatio ad offerendum*“, bei Online-Geschäften werden in der Praxis eher selten sein. Denkbar sind sie nur bei unbegrenzt vorrätigen Waren wie beispielsweise Software.<sup>228</sup> Um hier ein bindendes Angebot auszuschließen, kann es von Vorteil sein, wenn der Verkäufer auf seiner Homepage bei den Produktangaben einen Hinweis „freibleibend“ oder ähnliches vermerkt.

Problematisch kann auch die Frage sein, wann eine Willenserklärung dem Vertragspartner zugegangen ist. Vom Grundsatz her ist dies einfach: Eine Willenserklärung ist dem Erklärungsempfänger zugegangen, wenn sie in den Herrschaftsbereich des Erklärungsempfängers gelangt ist; d.h. wenn man regelmäßig mit einer Kenntnisnahme rechnen kann. Außerhalb des Internets wäre dies beispielsweise der Fall, wenn ein Brief in den Briefkasten des Empfängers geworfen wird. Im Bereich „Internet“ wäre also, wenn man diese Grundsätze überträgt, eine per E-Mail abgegebene Willenserklärung zugegangen, wenn üblicherweise mit ihrem Abruf gerechnet werden kann. Da aber der „Briefkasten“ außerhalb des Internets im Netz dem Webpace des Empfangsproviders des Erklärungsempfängers entspricht, stellt sich zwingend die Frage, in welchen Abständen die E-Mails abgerufen werden; wann also genau mit ihrem Abruf gerechnet werden kann. Hierbei muss differenziert werden: An Privatpersonen werden keine besonderen oder überzogenen Anforderungen gestellt. Es wird davon ausgegangen, dass sie – wie bei der herkömmlichen Post – einmal täglich ihre E-Mails abfragen. Da im Internet aber keine allgemeinen Abfragezeiten für elektronische Post existieren, gelten sie erst am Tag nach der Abrufbarkeit als zugegangen, sofern eine Privatperson der Empfänger ist. Handelt es sich hingegen bei dem Empfänger um einen Kaufmann, so ist davon auszugehen, dass er die bei ihm eingehenden Mails regelmäßig und vor allem häufiger kontrolliert als eine Privatperson. Erreicht eine E-Mail also während der Geschäftszeiten<sup>229</sup> des Empfängers den Empfangsprovider, so wird sie bereits im Zeitpunkt ihrer Abrufbarkeit wirksam. Geschäftsleute unterliegen damit anderen und in der Regel schärferen Regelungen.

### 5.6.5 Verträge per E-Mail

Die Verwendung von E-Mails ist im Internet weit verbreitet. Täglich werden Millionen E-Mails ausgetauscht. Die Attraktivität der elektronischen Post fußt zum einen auf der schnellen Weiterleitung der Nachrichten zum anderen sicherlich auch darauf, dass sie

<sup>228</sup> Vgl. Hoeren, *World Wide Nepp?*, München 2002, S. 103.

<sup>229</sup> Bei einem Eingang außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeit gilt sie als am folgenden Tag zugegangen, vgl. Palandt, *BGB-Kommentar*, 66. Aufl., München 2007, § 130 Rn. 7a.

kostengünstiger ist als eine Beförderung per Post. Insofern ist es kaum verwunderlich, dass der Vertragsschluss per E-Mail eine hohe praktische Relevanz besitzt.

*Beispiel:*

*A schickt dem B eine E-Mail, in welcher er ihm für 10 Euro sein altes Internetrechtslehrbuch zum Kauf anbietet. Zwei Wochen nach Erhalt der E-Mail antwortet B dem A per E-Mail, dass er das Angebot annehme. Haben beide einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen?*

Die Angebots-E-Mail des A enthielt die so genannten „essentialia negotii“. Da es also die wesentlichen Vertragsbestandteile Kaufgegenstand, Preis und Vertragspartner enthielt, handelte es sich um ein vollständiges Angebot. Dieses Angebot müsste der B aber auch angenommen haben. Zwar hat B nach zwei Wochen auf die E-Mail geantwortet und geschrieben, dass er das Angebot annehme. Doch könnte diese Annahme bereits verfristet sein.

Denn § 147 Abs. 2 BGB sagt explizit: „Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf“. Hier stellt sich also die Frage, ob A nach zwei Wochen mit einer Annahme noch rechnen musste. Gewöhnlich gehen Gerichte davon aus, dass E-Mails innerhalb von zwei bis drei Tagen beantwortet werden. Ausnahmen bestehen nur, wenn der Sachverhalt eine längere Frist nahe legt. Zwei Wochen, wie im Beispielfall genannt, sind demnach zu lang, so dass das Angebot des A bereits nach drei Tagen erloschen war und A deshalb nicht mehr an sein Angebot gebunden ist. Die verspätete Annahme des B kann gemäß § 150 Abs. 1 BGB nur als neues Angebot des B zum Abschluss eines Kaufvertrages aufgefasst werden. A kann sich nun überlegen, ob er dieses Angebot des B annehmen will oder sein Buch behalten möchte.

### 5.6.6 Verträge in Chat-Rooms oder mittels Internettelefonie

Das Internet bietet in so genannten Chat-Rooms den Nutzern die Möglichkeit miteinander zu kommunizieren. Oftmals kommunizieren in derartigen Foren viele unterschiedliche Personen zur selben Zeit. Die geschriebenen Texte der Beteiligten sind nahezu in Echtzeit für alle am Chat beteiligten zu lesen. Was passiert, wenn in einem derartigen Chat-Room eine Person einer anderen Person etwas zum Kauf anbietet? Ebenso findet neuerdings die Internettelefonie immer größeren Zuspruch. Die Möglichkeit über das Internet zu telefonieren und via Netz-Kamera zugleich den Gesprächspartner sehen zu können mag sicherlich ein Kriterium sein, weshalb die Internettelefonie derart großen Zuspruch erfährt. Ein anderer Grund liegt wahrscheinlich

in den vergleichsweise niedrigen Kosten, die bei dieser Art des Telefonierens für den Nutzer entstehen.

In Chat-Rooms oder via Internettelefonie verläuft die Kommunikation zwischen den Personen nicht verzögert, wie beispielsweise mittels E-Mails, die der andere erst empfangen und beantworten muss. Die Kommunikation verläuft nahezu ohne Zeitverlust; ähnlich wie bei einem Gespräch oder Telefonat ist es dem anderen möglich, auf das Gesagte oder Geschriebene sofort zu reagieren. Aus diesem Grund wird auf derartige Kommunikationsmöglichkeiten der § 147 Abs. 1 BGB angewandt, welcher die Annahmefrist für Gespräche zwischen anwesenden Personen regelt.<sup>230</sup> Diese Vorschrift legt explizit fest: „Der einem anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers oder einer sonstigen technischen Einrichtung von Person zu Person gemachten Antrag“. Der potentielle Vertragspartner muss also ein Angebot, welches ihm während eines Chats oder während eines Telefongesprächs per Internet gemacht wird, sofort annehmen. Erklärt er hingegen seine Annahme beispielsweise erst am darauf folgenden Tag bei einem neuen Gespräch, so ist der Antragende an sein Angebot nicht mehr gebunden. Denn es ist mangels sofortiger Annahme bereits wieder erloschen.

## 5.7 Widerruf einer elektronischen Willenserklärung

*Beispiel:*

*A bestellt an einem Montag um 14.00 Uhr bei einem Internethändler einen Laptop. Eine Stunde später bedauert er seinen Kauf bereits und schickt dem Internethändler eine E-Mail, in der er seine Willenserklärung widerruft und den Internethändler davon informiert, dass er keinen Laptop mehr haben möchte. Hat A seine Willenserklärung wirksam widerrufen?*

Nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB wird eine Willenserklärung nicht wirksam, wenn dem anderen Vertragspartner vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. Der Zeitpunkt, wann eine Willenserklärung per Internet zugeht, ist bezüglich des Zugangszeitpunkts jedoch umstritten. Aber gerade der Zeitpunkt des Zugangs ist für die Möglichkeit eines Widerrufs von Bedeutung. Außerhalb des Internets wird bei verkörperten Willenserklärungen wie beispielsweise Briefen ein Zugang dann angenommen, wenn die Willenserklärung in den Herrschaftsbereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, und gewöhnlich mit einer Kenntnisnahme des Textes durch den Erklärungsempfänger

---

<sup>230</sup> Vgl. hierzu auch die Begründung des Gesetzgebers, BR-Drucks. 283/01, S. 21.

zu rechnen ist.<sup>231</sup> So wird bei E-Mails an Kaufleuten im Internetrecht gewöhnlich davon ausgegangen, dass diese während der üblichen Geschäftszeiten die Mails sofort zur Kenntnis nehmen können. Deshalb gelten nach der Rechtsprechung Willenserklärungen, welche in Form von E-Mails abgegeben werden, bereits am Tag des Eingangs auf dem Server als Zugewungen.<sup>232</sup> Im Gegensatz dazu, ist nicht zu erwarten, dass Privatpersonen ihre E-Mails fortwährend kontrollieren und abrufen. Da es anders als bei realen Briefen auch keine feste Zeit gibt, in welcher der Briefkasten kontrolliert wird, muss hier damit gerechnet werden, dass die Mails durch Privatpersonen nur alle ein bis zwei Tage kontrolliert werden. Es sollte also differenziert werden, wem die Willenserklärung zugeht. Meines Erachtens ist dementsprechend ein Widerruf der Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB gegenüber Empfängern, die Privatpersonen sind, durchaus denkbar und möglich.<sup>233</sup> Da hier mit einer Kenntnisnahme der E-Mails gewöhnlich frühestens am nächsten Tag gerechnet werden muss, kann ein Widerruf der Willenserklärung, sofern er am selben Tag abgeschickt wird, dazu führen, dass dem Empfänger am nächsten Tag beide Nachrichten zusammen zugehen und die erste Erklärung damit nicht wirksam wird.

Für den eben dargestellten Beispielfall, bei welchem der Erklärungsempfänger als Internethändler Unternehmer ist und keine Privatperson, bedeutet dies, dass die Willenserklärung, sofern sie zur Geschäftszeit eingegangen ist, bereits in den Herrschaftsbereich des Unternehmers gelangt ist und deshalb der Widerruf nicht zuvor oder zeitgleich zugewungen ist. A hat also ein wirksames Angebot abgegeben, welches der Internethändler durch ein Zusenden des Laptops oder durch ausdrückliche Annahmeerklärung per E-Mail auch annehmen kann.

Aber auch bei einem wirksamen Widerruf gegenüber Privatpersonen oder Unternehmern außerhalb der Geschäftszeiten können in der Praxis Probleme auftreten. Denn der absendende Nutzer müsste im Streitfall in der Lage sein, den Zugang seines Widerrufs beim Empfänger zu beweisen. Sofern keine digitale Signatur<sup>234</sup> verwendet wurde, wird ein Vermerk über die erfolgreiche Versendung der E-Mail von Gerichten allenfalls als Indiz nicht jedoch als ernsthafter Beweis angesehen. In der Praxis wird sich die Problematik des Widerrufs einer Willenserklärung allerdings bei Verträgen mit gewerblichen Händlern kaum auswirken, da der Kunde bei Fernabsatzgeschäften gewöhnlich nach §§ 312b, 312d, 355 BGB ein zweiwöchiges Widerrufsrecht besitzt.<sup>235</sup>

<sup>231</sup> Vgl. Palandt, BGB-Kommentar, 66. Aufl., München 2007, § 130 Rn. 5; Wietzorek, Der Beweis von Anhängen in E-Mails, MMR 2007, S. 156.

<sup>232</sup> Vgl. z.B. LG Nürnberg-Fürth, MMR 2003, S. 620 ff.

<sup>233</sup> Andere Ansicht: Köhler/Arndt/Fetzer, die den Widerruf einer elektronischen Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB für „praktisch unmöglich“ halten, vgl. Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, 5. Aufl., Heidelberg 2006, S. 77.

<sup>234</sup> Es bleibt abzuwarten, ob auch eine De-Mail in der Praxis diese Wirkung erzielen kann oder ob hierbei ebensolche Zweifel bestehen wie bei dem E-Postbrief, vgl. hierzu „Rückschlag für E-Postbrief“, Der Spiegel Nr. 33 vom 15.08.2011, S. 60.

<sup>235</sup> Vgl. hierzu auch: Minnerup, Neue Widerrufsbelehrung im Fernabsatzhandel, ITRB 2011, S. 197.

## 5.8 Besonderheit: „Silent Commerce“

Aber nicht nur Willenserklärungen zwischen Menschen können zum Vertragsschluss führen; in unserer hoch technisierten Gesellschaft gibt es Warenwirtschaftssysteme, die per Internet automatisch Ware nachbestellen, wenn sie zur Neige geht. Hierbei wird eine Willenserklärung nicht von einem Menschen sondern automatisch von einem Computer abgegeben. In der Regel wird eine derartige Willenserklärung auf der anderen Seite, der Seite des Beliefernden, auch nur von einem Computer angenommen. Wenn lediglich Computer miteinander Willenserklärungen austauschen, bezeichnet man dieses Vorgehen als „Silent Commerce“. Dabei drängt sich die Frage auf, ob Willenserklärungen, die ohne menschliches Zutun abgegeben werden rechtlich bindend sein können; oder anders gefragt: ob aus den beiden übereinstimmenden Willenserklärungen, die von Computern ohne Teilnahme von Menschen abgegeben werden, ein verpflichtender Vertrag entstehen kann. Die Wirksamkeit derartiger Willenserklärungen und demzufolge auch die Wirksamkeit derartiger Verträge wird von Juristen eindeutig bejaht.<sup>236</sup> Schließlich wurden die Computer von Menschen für diese Aktionen programmiert, so dass allein deshalb bereits ein rechtsverbindlicher Vertragsschluss unterstellt werden kann. Darüber hinaus ist in der Praxis festzustellen, dass die Unternehmen, welche derartige Warenwirtschaftssysteme einsetzen, so genannte Rahmenverträge abschließen, die allgemeine Regelungen des Silent Commerce im Vorfeld regeln.

## 5.9 Internetauktionen

Eine weitere Besonderheit stellen Internetauktionen dar. Sowohl im Bereich des B2C-E-Commerce als auch im Bereich des B2B-E-Commerce haben Internetauktionen in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. In diesem Bereich haben sich viele unterschiedliche Ausgestaltungsvarianten gebildet, die von ihrer Gestaltung gewöhnlich nicht unter den bekannten Begriff der Versteigerung zu fassen sind. Die Regelungen, welche für einen Auktionator im Rahmen von Versteigerungen außerhalb des Internets gelten, wie beispielsweise § 156 BGB oder die Pflichten nach § 34 b der GewO, die ihren Ursprung größtenteils in der mit § 935 Abs. 2 BGB eröffneten Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs an gestohlenen oder abhanden gekommenen Sachen im Rahmen von öffentlichen Versteigerungen haben, sind gewöhnlich auf Internetauktionen nicht übertragbar. Internetauktionen sind daher gewöhnlich eher mit einem Vertragsschluss vergleichbar, bei welchem sich der Kaufpreis in der Regel nach dem höchsten Gebot am Ende des vorher festgesetzten Zeitraums ergibt, welcher für

<sup>236</sup> Vgl. Mehrings, Vertragsabschluss im Internet. Eine neue Herausforderung für das „alte“ BGB, MMR 1998, S. 30, 31.

die Auktion angesetzt worden ist. Dementsprechend sind auf derartige Auktionen auch die Vorschriften über Verträge sowie die gesetzlichen Vorschriften des § 312d Abs. 1 BGB zu Fernabsatzverträgen anwendbar.<sup>237</sup> In der Praxis bietet es sich an, Mindestgebote festzulegen, damit der Verkäufer nicht gezwungen ist, ein Produkt unter Wert zu verkaufen. Anbieter, die dieses nicht berücksichtigen, sind gewöhnlich gezwungen, die Verträge zu erfüllen und können sich in der Regel auch nicht durch eine Irrtumsanfechtung von dem Vertrag lösen. So hat das OLG Köln beispielsweise auch in einem Extremfall an der allgemein anerkannten Rechtslage festgehalten, nach der bei einer Internetauktion der Verkäufer mit demjenigen Bieter ein Vertragsverhältnis eingehen muss, welcher beim Ende der Auktion das höchste Gebot abgegeben hat.<sup>238</sup> In dem vom Gericht zu entscheidenden Fall, ging es um ein gebrauchtes Gerät, welches einen Wert von 60.000 Euro hatte. Als Startpreis war 1 Euro angegeben. Das Höchstgebot lag am Ende der Auktion bei nur 51 Euro. Hier stellte das Gericht explizit fest, dass trotz des hohen Wertes der Ware, die Angabe eines Startpreises von einem Euro eine Anfechtung wegen Irrtums nicht zulasse. Es sei auch weder eine Sittenwidrigkeit des Vertrages noch ein Verhalten wider Treu und Glauben zu erkennen, wenn der Käufer versucht, sein Recht durchzusetzen.<sup>239</sup>

Das Recht der Internetauktionen wird mehr und mehr durch die Rechtsprechung ausgestaltet.<sup>240</sup> So hatte der Bundesgerichtshof beispielsweise bereits vor Jahren für Internetauktionen ausdrücklich ein grundsätzlich bestehendes Widerrufsrecht anerkannt.<sup>241</sup> Zu erneuter Diskussion und zu einer erheblichen Anzahl von Abmahnungen ist es jedoch gekommen, als im Jahre 2006 das KG<sup>242</sup> und kurz darauf auch das OLG Hamburg<sup>243</sup> die verbraucherrechtliche Widerrufsfrist bei Internetauktionen über eBay<sup>244</sup> mit zwei Wochen als zu kurz ansahen und hier eine Monatsfrist für angemessen hielten. Grundlage für diese Entscheidung sind die beiden Vorschriften § 312c Abs. 1 Satz 1 BGB und § 1 Nr. 10 BGB-InfoVO, welche vorschreiben, dass seitens des Verkäufers vor Abgabe seiner Willenserklärung bestimmte Verpflichtungen zu erfüllen sind. So muss ein Verbraucher unter anderem über sein Widerrufsrecht belehrt werden.<sup>245</sup> Dies kann unproblematisch auf der Internetseite des Händlers geschehen. Nach § 312c Abs. 2 Satz 1 BGB hat der Unternehmer dem Verbraucher die Informatio-

<sup>237</sup> Vgl. Steckler, Grundzüge des IT-Rechts, 2. Aufl., München 2006, S. 300.

<sup>238</sup> Vgl. OLG Köln, MMR 2007, S. 446.

<sup>239</sup> Vgl. OLG Köln, MMR 2007, S. 446.

<sup>240</sup> Vgl. zur Unzulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses in Internetauktionen: BGH, Entscheidung vom 31.03.2010, I ZR 34/08, ITRB 2011, S. 30 f.

<sup>241</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, S. 53; zuvor auch bereits LG Memmingen, Urteil vom 23.06.2004, NJW 2004, S. 2389.

<sup>242</sup> Vgl. KG, NJW 2006, S. 3215.

<sup>243</sup> Vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 2007, S. 839.

<sup>244</sup> Vgl. zur aktuellen Rechtsprechung auch: Schlömer / Dittrich, eBay & Recht - Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2010, K&R 2011, 159.

<sup>245</sup> Vgl. zum Bild des Verbrauchers auch: Lederer, Das Verbraucherleitbild im Internet, NJW 2011, S. 3274 f.



nen in dem in der BGB-InfoVO bestimmten Umfang und der dort bestimmten Art und Weise umgehend, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bei Lieferung an den Verbraucher, in Textform mitzuteilen. Und gerade hier liegt das Problem. Nach herrschender Auffassung wird das Textformerfordernis im Sinne des § 126b BGB durch eine Wiedergabe im Internet nicht erfüllt. Es fehlt nämlich hierbei an einer Übermittlung an den Kunden sowie an einer auf Dauer gewährleisteten Verfügbarkeit. Das Gesetz sieht in § 312c Abs. 2 Satz 2 BGB als Folge der Nichtbeachtung der Informationspflichten eine Verlängerung der Widerrufsfrist auf einen Monat vor. An dieser Rechtsauffassung hielten KG und OLG Hamburg auch später fest.<sup>246</sup>

## 5.10 Die digitale Signatur und DE-Mail

E-Mails erfüllen mangels eigenhändiger Unterschrift nicht die im BGB vorgesehene Schriftform. Um dieses Manko zu beheben hat man die so genannte digitale Signatur geschaffen. Dieser Themenbereich hat sich in den letzten Jahren erheblich fortentwickelt. Lange Zeit war es umstritten, ob eine mit einer digitalen Signatur versehene Erklärung als Erklärung in Schriftform im Sinne des § 126 BGB angesehen werden kann. Mit der Schaffung des § 126a BGB wurde der Streit endgültig beigelegt. Diese Vorschrift lautet:

### *§ 126a BGB Elektronische Form*

- (1) *Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser 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.*

Nachdem durch das Signaturgesetz (SigG)<sup>247</sup> und durch die aufgrund des Gesetzes erlassene Signaturverordnung (SigV)<sup>248</sup> nunmehr auch die rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen wurden, fand die digitale Signatur zunehmend Einzug in unterschiedliche Anwendungs- und Geschäftsbereiche des Internethandels. Moderne elektronische Netze und Kommunikationswege schaffen die Möglichkeit, Informationen über weite Strecken in nur kurzer Zeit zu empfangen. Hierin sind auch rechtlich relevante Dokumente wie beispielsweise Angebote, Bestellungen oder Rechnungen einge-

<sup>246</sup> Vgl. KG, MMR 2007, S. 185.

<sup>247</sup> Gesetz über die Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen vom 16. Mai 2001 (BGBl. I, S. 876), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Juli 2009 (BGBl. I, 2091) und näher ausgestaltet durch die Verordnung zur elektronischen Signatur (Signaturverordnung – SigV) vom 16. No-

geschlossen. An die übertragenen Informationen werden hierbei zwei wesentliche Anforderungen gestellt: Zum einen muss der Empfänger der Daten ohne Zweifel feststellen können, wer der Absender ist.<sup>249</sup> Es geht hier also um Authentizität. Zum anderen muss ausgeschlossen werden, dass die Daten durch die Beteiligten, oder durch Dritte unbemerkt manipuliert oder verfälscht werden können. Hierbei geht es also um die Integrität. Die elektronische Signatur erfüllt beide Funktionen. Nach dem SigG ist ein dreistufiges Signaturverfahren vorgesehen. So gibt es die:<sup>250</sup>

- Einfache elektronische Signatur nach § 1 Nr. 1 SigG,
- Fortgeschrittene elektronische Signatur nach § 1 Nr. 2 SigG,
- Qualifizierte elektronische Signatur nach § 1 Nr. 3 SigG.

Im Rahmen der digitalen Signaturen ist unbedingt zwischen solchen Signaturen zu differenzieren, die eine Unterschrift ersetzen und solchen, die keine Gleichstellung mit der gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB ermöglichen können. Denn der § 126a BGB lässt nach seinem Wortlaut explizit nur eine Gleichstellung der „qualifizierten elektronischen Signatur“ mit der Schriftform zu, nicht jedoch im Rahmen der „einfachen elektronischen Signatur“ im Sinne des § 1 Nr. 1 SigG oder im Rahmen der „fortgeschrittenen elektronischen Signatur“ im Sinne des § 1 Nr. 2 SigG.

Digitale Signatur ist aber nicht so aufzufassen, dass hier etwa die eigenhändige Unterschrift in digitaler Form vorliegt. Dies wäre viel zu leicht zu kopieren. Darüber hinaus würde ein solches Vorgehen nur die Beweiskraft der Unterschrift schmälern. Mit der digitalen Signatur wurde vielmehr das Ziel verfolgt, eine der persönlichen Unterschrift äquivalente Signaturmethode zu entwickeln, mit der eine Person auf elektronischem Wege Daten unterzeichnen kann. Die digitale Signatur macht mit Hilfe von kryptographischen Verfahren jedwede Manipulation oder Verfälschung an Originaldaten für den Empfänger erkennbar. Soll also ein Dokument wie etwa Überweisungen oder Verträge signiert werden, so wird durch eine spezielle Signatursoftware ein Wert generiert, der das zu unterschreibende Dokument eindeutig repräsentiert. Dies wird auch als sogenannter Hash-Code bezeichnet. Dieser mathematische Algorithmus führt immer zum gleichen Ergebnis, solange der Inhalt des Dokumentes nicht verändert wird. Durch eine Verbindung von Hash-Code und einem Privaten Schlüssel des Unterzeichners wird auf der Grundlage eines kryptographischen Verfahrens die digitale Signatur erzeugt und dem Dokument hinzugefügt.

---

vember 2001 (BGBl. I 2001, 3074), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juni 2009 (BGBl. I Nr. 1).

<sup>248</sup> Verordnung zur elektronischen Signatur vom 16. November 2001, BGBl. I S. 3074, geändert durch Art. 2 „Erstes SignaturG-Änderungsgesetz vom 04.01.2005, BGBl. I S. 2, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juni 2009, BGBl. I Nr. 1.

<sup>249</sup> Vgl. Steckler, Grundzüge des IT-Rechts, 2. Aufl., S. 292.

<sup>250</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen: Erd, Online Recht kompakt: Von der Domain zum Download, 3. Aufl., Frankfurt 2005, S. 81 f.

Allerdings hat sich die digitale Signatur in der Praxis nicht durchgesetzt. Aus diesem Grund hat die Bundesrepublik Deutschland mit dem neuen „DE-Mail-Gesetz“<sup>251</sup>, welches am 03.05.2011 in Kraft trat, eine Möglichkeit geschaffen, eine sichere Empfangsbestätigung als Nachweis der Zustellung zu schaffen.<sup>252</sup> Das Gesetz basiert auf einem Entwurf eines Bürgerportalgesetzes der Bundesregierung<sup>253</sup> aus dem Jahre 2009 und wurde vom 09.10.2009 bis 31.03.2010 in einem Pilotversuch in Friedrichshafen von 812 Privatpersonen und 30 Unternehmen erprobt.<sup>254</sup> Das zwischenzeitlich auf den Namen „DE-Mail-Gesetz“ geänderte Regelwerk hat sich zum Ziel gesetzt, jeder Person einen sicheren, vertraulichen und nachweisbaren Geschäftsverkehr im Internet zu ermöglichen.<sup>255</sup> Um dieses sicherzustellen sieht das Gesetz in seinem § 1 Abs. 2 Aspekte wie z.B. Sicherheit im Rahmen der Anmeldung, die Verwendung eines Postfach- und Versanddienstes für sichere elektronische Post sowie die Verwendung eines Verzeichnisdienstes bzw. weitere Sicherheits- und Identitätsbestätigungsoptionen vor, welche in den §§ 3 bis 8 des Gesetzes näher umrissen werden.<sup>256</sup> Insofern ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung für die Nutzung von DE-Mails, ähnlich wie bei der digitalen Signatur, entsprechende Beweislastverteilungskriterien entwickelt bzw. die Rechtsprechung den Entscheidungen zur digitalen Signatur anpasst.

## 5.11 Anfechtung

Grundsätzlich sind in Deutschland Verträge zwingend einzuhalten. Dies findet seinen Niederschlag in der juristischen Bezeichnung „pacta sunt servanda“, was soviel bedeutet wie „Verträge müssen eingehalten werden“. Willenserklärungen können deshalb nur in Ausnahmefällen und nur unter bestimmten Voraussetzungen angefochten werden. Eine Anfechtung hat drei Voraussetzungen:

1. Anfechtungserklärung,
2. Das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes,
3. Das Einhalten einer Anfechtungsfrist.

---

<sup>251</sup> Vgl. BGBl. I, S. 666.

<sup>252</sup> Auch Kunden-Online-Postfächer haben sich diesem Ziel verschrieben; vgl. hierzu: Thalmer, Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, NJW 2011, S. 14 ff.

<sup>253</sup> Vgl. hierzu: BR-Drucks. 174/09 und BT-Drucks. 16/12598.

<sup>254</sup> Vgl. Roßnagel, Das De-Mail-Gesetz, NJW 2011, S. 1473 ff. (1474).

<sup>255</sup> Vgl. hierzu auch: Rose, De-Mail-Gesetz in Kraft. Sicherheitsgewinn in der elektronischen Kommunikation, K&R 2011, S. 439 ff.

<sup>256</sup> Vgl. Roßnagel, Das De-Mail-Gesetz, NJW 2011, S. 1473 ff. (1474).

### 5.11.1 Die Anfechtungserklärung

Die Anfechtung ist an keine besondere Form gebunden. Sie kann also mündlich, schriftlich oder konkludent erfolgen. Es handelt sich bei der Anfechtungserklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Nach § 143 Abs. 1 BGB muss die Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt werden. Das Wort „Anfechtung“ muss hierbei nicht zwingend verwendet werden. Der Anfechtende muss seinem Vertragspartner aber zu erkennen geben, dass er das mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht gelten lassen möchte und auf welchen Grund er dieses Ansinnen stützt.

### 5.11.2 Anfechtungsgrund

Das BGB kennt drei Kategorien von Anfechtungsgründen: Die Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 BGB), die Anfechtung wegen falscher Übermittlung (§ 120 BGB) und die Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB).

#### 5.11.2.1 Irrtum

Der § 119 BGB nennt als Anfechtungsgrund explizit den Irrtum.

*§ 119 BGB Anfechtbarkeit wegen Irrtums.*

- (1) *Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.*
- (2) *Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.*

Ein Irrtum ist das Auseinanderfallen von dem, was eine Person sich vorstellt und dem, was sich tatsächlich ereignet. Es gibt also eine Diskrepanz zwischen dem innerlich Gedachten und dem äußerlichen Geschehen. Irrtümer können in unterschiedlicher Ausgestaltung auftreten. Die gesetzlich normierten Irrtümer, die auch zur Anfechtung berechtigen sind der Inhaltsirrtum, der Erklärungsirrtum und der Eigenschaftsirrtum.

Der § 119 Abs. 1 BGB enthält die Regelungen des Inhaltsirrtums und des Erklärungsirrtums. Beide lassen sich nicht immer leicht und trennscharf voneinander abgrenzen.

Bei einem Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1, 1. Alt. BGB weiß der Erklärende was er sagt, ihm ist nur nicht bewusst, was er wirklich damit ausdrückt. Er irrt sich also über die Bedeutung seiner Erklärung. Ein Beispiel für einen Inhaltsirrtum außerhalb des Internets wäre, wenn ein Tourist in einer Gaststätte in Köln die Speisekarte liest und dann einen „halven Hahn“ bestellt und glaubt ein halbes Hähnchen zu erhalten, weil er nicht weiß, dass in Köln diese Bezeichnung eine mit Käse belegte Brötchenhälfte bedeutet. Bei einem Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1, 2. Alt. BGB möchte der Erklärende eine Willenserklärung abgeben; erklärt dabei aber etwas was er gar nicht sagen wollte. Dies sind die typischen Fälle des Versprechens und Verschreibens.

*Beispiel:*

*A möchte per Internet ein Hemd der Marke X&Y bestellen. Beim Ausfüllen des auf der Homepage des Internetshops befindlichen Bestellformulars vertippt er sich jedoch und setzt bei der Bestellung als Bestellmenge statt der 1 eine 11 ein. Der Fehler fällt ihm auch nicht auf, als er die Bestellung endgültig bestätigt. Erst als ihm die Ware zugesandt wird, wird ihm sein Fehler bewusst.*

Hier hat sich A bei der Abgabe seiner Willenserklärung geirrt. Das was er erklären wollte und das, was er tatsächlich erklärt hat, fallen auseinander. Somit liegt hier ein Anfechtungsgrund im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB vor.

Der § 119 Abs. 2 BGB regelt Willensmängel, die im Rahmen der Willensbildung entstehen. Der Erklärende hat hierbei eine falsche Vorstellung von der betreffenden Sache oder Person.

*Beispiel:*

*A betreibt einen Internetshop. Hier verkauft er Antiquitäten. So veräußert er auch an den K ein Bild, welches er für eine Kopie hält. In Wirklichkeit handelt es sich jedoch um ein Original eines Bildes.*

Hier hat sich der A über eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache geirrt. Er dachte, es handele sich um eine Kopie; in Wirklichkeit handelte es sich um das Original eines Bildes. Der Irrtum bezog sich also auf einen wertbildenden Faktor. Hier ist A also aufgrund seines Irrtums zur Anfechtung berechtigt.

Der Irrtum über die wesentliche Eigenschaft einer Sache betrifft also alle preisbildenden Faktoren, wie beispielsweise echt Gold oder vergoldet, Original oder Kopie. Zur Anfechtung berechtigt aber nicht ein Irrtum über den Preis selbst, denn er ist ja das Ergebnis aller preisbildenden Faktoren. In derartigen Fällen geht man von einem unerheblichen Kalkulationsirrtum aus, welcher kein Recht zur Anfechtung eröffnet. Denn ansonsten bestünde keine Rechtssicherheit mehr, wenn jeder Kunde Verträge mit der Begründung anfechten könne, er habe gedacht, dass der Kauf für ihn ein günstiges Geschäft sei, er habe sich aber geirrt.

### 5.11.2.2 Falsche Übermittlung

Ein weiterer Anfechtungsgrund ist die falsche Übermittlung nach § 120 BGB. Diese Vorschrift lautet:

*§ 120 BGB Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung.*

*Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittlung verwendete Person oder Einrichtung unrichtig übermittelt worden ist, kann unter den gleichen Voraussetzungen angefochten werden wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung.*

Auch wenn bei der Übermittlung von Willenserklärungen per Internet auf dem Weg vom Absender zum Empfänger Übermittlungsfehler auftreten, kann eine derartige Willenserklärung nach § 120 BGB angefochten werden. Weitergeleitet werden die Daten gewöhnlich durch private Internet-Provider, die juristisch unter den in § 120 BGB verwendeten Begriff „Einrichtung“ fallen.

### 5.11.2.3 Arglistige Täuschung / Drohung

Der dritte im Gesetz vorgesehene Anfechtungsgrund ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung.

*§ 123 BGB Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung.*

- (1) *Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.*
- (2) *Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.*

Anknüpfungspunkt für die Anfechtung ist hier, dass sich der Vertragspartner nicht rechtstreu verhält. Er hat entweder durch Täuschung oder durch Bedrohung den Anderen zum Abschluss des Vertrages gebracht.

### 5.11.3 Anfechtungsfrist

Die Länge der Anfechtungsfrist ist abhängig von der Art des Anfechtungsgrundes. Erfolgt die Anfechtung aufgrund eines Irrtums (§ 119 BGB) oder aufgrund falscher Übermittlung (§ 120 BGB), so hat die Anfechtung nach § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern – also unverzüglich – zu erfolgen. Zeitlicher Anknüpfungspunkt für die unverzügliche Anfechtung ist nicht der Vertragsschluss, sondern der Zeitpunkt, in wel-

chem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Das bedeutet, erst wenn einem Vertragspartner bewusst wird, dass er sich damals beim Vertragsschluss geirrt hat, beginnt die Frist zu laufen. Liegt die Abgabe der Willenserklärung allerdings bereits zehn Jahre zurück, so ist nach § 121 Abs. 2 BGB die Anfechtung ausgeschlossen.

Im Gegensatz zu den Anfechtungsgründen nach § 119 und § 120 BGB, bei denen sich beide Vertragspartner ja rechtstreu verhalten haben und lediglich ein Irrtum oder falsche Übermittlung zur Anfechtung führten, verhält es sich bei der Anfechtung nach § 123 BGB anders. Hier verhielt sich ein Vertragspartner nicht rechtstreu, sondern hat den anderen durch Täuschung oder Drohung zur Abgabe seiner Willenserklärung und damit zum Vertragsabschluss gebracht. Jemand, der sich so verhält, verdient nicht den Schutz des Gesetzgebers. Aus diesem Grund ist die Anfechtungsfrist in Fällen einer Anfechtung nach § 123 BGB auch länger. Hier gilt nach § 124 BGB eine Jahresfrist. Anknüpfungspunkt ist auch hier nicht der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung sondern Anknüpfungspunkt ist der Zeitpunkt, in dem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt bzw. im Falle der Drohung der Zeitpunkt, in dem die Zwangslage aufhört. D.h. von diesem Zeitpunkt an hat der Anfechtungsberechtigte ein Jahr Zeit, sich zu überlegen, ob er seine damalige Willenserklärung anfechten möchte. Auch hier ist ebenso wie bei der Frist nach § 121 BGB die Anfechtung ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind.

#### 5.11.4 Folge der Anfechtung

Die Folge der Anfechtung ist, unabhängig davon welcher der drei Anfechtungsgründe vorliegt, nach § 142 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit der Willenserklärung des Anfechtenden von Anfang an. Damit einher geht die Nichtigkeit des Vertrages. Schließlich bedarf ein Vertrag zwei übereinstimmender Willenserklärungen. Fällt eine dieser Erklärungen weg, so führt dies zugleich zur Nichtigkeit des Vertrages. Wenn hier von Nichtigkeit gesprochen wird, so ist es wichtig, dass es sich hier um eine Nichtigkeit von Anfang an handelt; als hätte es die Erklärung nie gegeben. Juristen nennen die „Nichtigkeit von Anfang an“ auch Nichtigkeit „ex tunc“. Daneben ist zu bedenken, dass sich der Anfechtende bei Anfechtungen nach § 119 oder § 120 BGB möglicherweise gemäß § 122 BGB schadensersatzpflichtig macht. Diese Vorschrift lautet:

*§ 122 BGB Schadensersatzpflicht des Anfechtenden.*

- (1) Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder aufgrund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.*

- (2) *Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).*

Es sei an dieser Stelle auch angemerkt, dass die Regelungen über die Anfechtung in der Praxis zumindest im Rahmen des E-Commerce mit Verbrauchern kaum zur Anwendung kommen; denn die Verbraucherschutzregelungen zu Fernabsatzverträgen und das damit verbundene Widerrufsrecht bzw. Rückgaberecht bieten hier oftmals eine einfachere Rückabwicklungsmöglichkeit.

## 5.12 Andere Nichtigkeitsgründe

Es gibt auch Aspekte, die dazu führen, dass eine Willenserklärung von Anfang an nicht wirksam wird. In derartigen Fällen bedarf es keiner Anfechtung mehr, sondern es kann von vornherein kein wirksamer Vertrag geschlossen werden. Zu derartigen Nichtigkeitsgründen zählen Verträge mit Geschäftsunfähigen und Verstöße gegen gesetzlich vorgeschriebene Formerfordernisse.

### 5.12.1 Fehlende Geschäftsfähigkeit

Probleme können in der Praxis im Rahmen des Vertragsschlusses dann auftreten, wenn der Nutzer noch nicht volljährig ist. Hier geht es um die Geschäftsfähigkeit. Die Geschäftsfähigkeit darf nicht mit der Rechtsfähigkeit verwechselt werden. Rechtsfähig ist eine natürliche Person nach § 1 BGB grundsätzlich mit der Vollendung der Geburt. Juristische Personen hingegen erlangen ihre Rechtsfähigkeit mit der Entstehung. Gewöhnlich ist der Anknüpfungspunkt für die Rechtsfähigkeit juristischer Personen also die Eintragung in ein öffentliches Register (z.B. Handelsregister oder Vereinsregister). Unter der Geschäftsfähigkeit versteht man hingegen die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte wirksam und selbständig vornehmen zu können. Die fehlende Geschäftsfähigkeit ist in den §§ 104 ff. BGB normiert.<sup>257</sup>

§ 104 BGB *Geschäftsunfähigkeit.*

*Geschäftsunfähig ist:*

1. *wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat,*
2. *wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.*

<sup>257</sup> Vgl. hierzu auch: Wien, Bürgerliches Recht, Wiesbaden 2012, S. 70.



Nach § 105 BGB sind Willenserklärungen, die geschäftsunfähige Personen abgeben nichtig. Für einen Vertragsschluss, der gewöhnlich durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt bedeutet dies, dass die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen von Anfang an nichtig ist. Deshalb lagen von Anfang an keine zwei übereinstimmenden Willenserklärungen vor, so dass auch von Anfang an kein Vertragsschluss gegeben ist.

*Beispiel:*

*Ein sechsjähriges Kind nutzt ohne Wissen der Eltern das Internet und bestätigt per Mausclick die Nutzung eines kostenpflichtigen Dienstes.*

In diesem Beispielsfall ist die Willenserklärung des Minderjährigen nichtig. Die Nichtigkeit ist in § 105 Abs. 1 BGB i.V.m. § 104 Nr. 1 BGB festgeschrieben. Der Empfänger der Willenserklärung des Minderjährigen kann sich auch nicht auf Vertrauensschutz oder guten Glauben an die Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners berufen.<sup>258</sup>

## 5.12.2 Beschränkt Geschäftsfähige

### 5.12.2.1 Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

Anders verhält es sich bereits mit Willenserklärungen, die Personen abgeben, die bereits das siebente Lebensjahr aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben. Derartige Personen sind gemäß § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig. Sie benötigen für Rechtsgeschäfte, die nicht nur rechtlich vorteilhaft sind, nach § 107 BGB der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Gewöhnlich sind die Eltern gesetzliche Vertreter. Schließt ein beschränkt geschäftsfähiger ohne eine derartige Einwilligung einen Vertrag, so ist der Vertrag zunächst schwebend unwirksam. Die Wirksamkeit hängt nach § 108 Abs. 1 BGB davon ab, ob der gesetzliche Vertreter das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt. Tut er dies, so wird aus dem schwebend unwirksamen Rechtsgeschäft ein wirksames. Verweigert er seine Genehmigung, so wird aus dem schwebend unwirksamen Rechtsgeschäft ein absolut unwirksames Rechtsgeschäft. Um bei einer schwebenden Unwirksamkeit die damit verbundene Rechtsunsicherheit zu beenden, hat der Vertragspartner des Minderjährigen die Möglichkeit, den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen zu einer Erklärung über die Genehmigung aufzufordern. Erteilt der gesetzliche Vertreter nicht innerhalb von zwei Wochen die Genehmigung, so gilt sie als verweigert und aus dem schwebend unwirksamen Geschäft

---

<sup>258</sup> Zu einer möglichen Haftung der Erziehungsberechtigten bzw. des Anschlussinhabers vgl.: Rössel, Haftung für innerfamiliäre Überlassung des Internetanschlusses, ITRB 2007, S. 83 f.; zugleich Erörterung der Entscheidung des LG Hamburg, Beschluss vom 21.04.2006 – 308 O 139/06, CR 2007, S. 121.

wird ein absolut unwirksames. Nur in wenigen Ausnahmefällen braucht der Minderjährige keine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

### 5.12.2.2 Lediglich rechtlicher Vorteil

Ein derartiger Ausnahmefall ist nach § 107 BGB gegeben, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Das Tatbestandsmerkmal „lediglich rechtlicher Vorteil“ ist bereits dann erfüllt, wenn das Rechtsgeschäft für den beschränkt Geschäftsfähigen keinen rechtlichen Nachteil mit sich bringt.<sup>259</sup> Oftmals ist eine Schenkung oder eine Einigung bezüglich einer Eigentumsübertragung an den Minderjährigen nur lediglich rechtlich vorteilhaft. Denn Eigentümer eines Gegenstandes zu werden, ohne sich im Gegenzug zur Zahlung eines Kaufpreises verpflichten zu müssen, ist gewöhnlich nur rechtlich vorteilhaft. Aber auch hier gibt es Ausnahmen:

*Beispiel:*

*O schenkt der 12-jährigen S ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter ein Pony. Ist die Schenkung wirksam?*

Hier ist das Rechtsgeschäft nicht nur rechtlich vorteilhaft für die minderjährige S. Zwar ist es lediglich rechtlich vorteilhaft Eigentümer zu werden, doch hängen an diesem Geschenk etliche finanzielle Verpflichtungen. So muss das Pony untergestellt und gefüttert werden. Gegebenenfalls müssen auch Tierarztkosten und ähnliches aufgebracht werden, so dass hier nicht von einem lediglich rechtlichen Vorteil ausgegangen werden darf. Das Rechtsgeschäft ist somit schwebend unwirksam und S bedarf für dessen Wirksamkeit der Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter.

### 5.12.2.3 Taschengeldparagraph

Eine andere Ausnahmegvorschrift stellt der § 110 BGB dar. Er wird bisweilen auch als Taschengeldparagraph bezeichnet.

*Beispiel:*

*Der 16-jährige A bestellt sich über das Internet 5 CDs für insgesamt 50 Euro und bezahlt sie mit seinem Taschengeld. Seine Eltern hat er nicht gefragt. Ist das Rechtsgeschäft gültig?*

Hintergrund des Taschengeldparagraphen ist es, dass Jugendliche Taschengeld erhalten, um zu lernen, mit Geld umzugehen. Das können sie aber nur, wenn sie auch als negative Konsequenz spüren, dass sie an für sie nachteilige Geschäfte gebunden sind. Deshalb durchbricht der Gesetzgeber mit § 110 BGB den ansonsten bestehenden

---

<sup>259</sup> Vgl. hierzu auch: Wien, Bürgerliches Recht, Wiesbaden 2012, S. 71.

Schutz des Minderjährigen und lässt Rechtsgeschäfte gültig sein, die ein Minderjähriger mit Mitteln bewirkt, die ihm zur freien Verfügung überlassen wurden.

§ 110 BGB *Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln.*

*Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind.*

Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzestextes wird deutlich, dass die freie Verfügung des Minderjährigen an eine Zustimmung der Eltern bzw. gesetzlichen Vertreter gekoppelt ist. Entweder sie haben ihm selbst das Geld zur freien Verfügung überlassen, oder andere Personen haben dem Minderjährigen das Geld mit Einverständnis der gesetzlichen Vertreter überlassen. Der im Beispielfall dargestellte Vertragsschluss ist also auch ohne die Zustimmung der Eltern wirksam, da A mit seinem Taschengeld bezahlt hat. Darüber hinaus gibt es ein weiteres Kriterium, welches im Rahmen des Taschengeldparagraphen zu beachten ist. Es soll an folgendem Beispiel erläutert werden:

*Beispiel:*

*Wieder kauft der 16-jährige A über das Internet ein. Diesmal möchte er einen Laptop erwerben. Er findet ein Spitzengerät für 1200 Euro. A hat aber nur 800 Euro Taschengeld gespart und erhält wöchentlich 100 Euro. Da A nicht genug Geld hat, vereinbart er mit dem Verkäufer, dass er 800 Euro von seinem angesparten Taschengeld anzahlt und dann jede Woche weitere 100 Euro von seinem Taschengeld bezahlt. Ist auch dieser Vertrag gültig?*

Der Gesetzestext des § 110 BGB verwendet ausdrücklich die Formulierung „(...) mit Mitteln bewirkt, die ihm (...)“. Das Gesetz verlangt also, dass der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung tatsächlich bewirkt, also voll erbracht, hat. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Ratengeschäfte mit Minderjährigen nicht möglich sind. Im vorliegenden Beispielfall hat der Minderjährige A den Kaufpreis für den Laptop nicht vollständig bezahlt. Der Gesetzgeber möchte mit der Regelung des § 110 BGB verhindern, dass sich ein Minderjähriger zu mehr verpflichtet, als er an Taschengeld zur Verfügung hat. Deshalb ist in diesem Beispielfall, trotz der Beschränkung des A auf das Taschengeld, der Vertrag mit dem Internethändler schwebend unwirksam und bedarf zu seiner Wirksamkeit der Einwilligung der gesetzlichen Vertreter.

### 5.12.3 Formmangel

Nach § 125 Satz 1 BGB ist ein Vertrag nichtig, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde. Sinn der Formvorschriften ist es, bei bestimmten Rechtsgeschäften die Vertragspartner besser zu schützen. So enthalten Formvorschrif-

ten in der Regel eine Warnfunktion, eine Beweisfunktion oder auch eine Beratungsfunktion. Oft werden mündliche Vereinbarungen unbedachter getroffen als schriftliche. Insofern ist es sinnvoll, wenn der Gesetzgeber für einige Verträge die Schriftform vorschreibt. Darüber hinaus bietet ein Schriftformerfordernis auch den Vorteil, dass bei späteren eventuellen Streitigkeiten die Parteien anhand des Schriftstücks die getroffenen Vereinbarungen beweisen können. Schreibt der Gesetzgeber für bestimmte Verträge sogar vor, dass sie vor einem Notar geschlossen werden müssen, so kommt es ihm hierbei insbesondere darauf an, dass die Parteien im Rahmen der Beurkundung die Möglichkeit haben, sich von einem Notar beraten zu lassen.

#### 5.12.4 Sittenwidrigkeit

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Von der Sittenwidrigkeit eines Geschäftes kann ausgegangen werden, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Bei der Beurteilung ist auf die nach allgemeiner Überzeugung geltenden, nicht gesetzlich normierten Rechtsgrundsätze sowie auf die herrschende Rechts- und Sozialmoral abzustellen.

### 5.13 Allgemeine Geschäftsbedingungen

#### 5.13.1 Einbeziehung in Verträge

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind nach § 305 Abs. 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss stellt. Der Gesetzgeber geht von der Grundidee der Vertragsautonomie aus.<sup>260</sup> Das heißt, es wird davon ausgegangen, dass bei einem Vertragsschluss beide Vertragsparteien im freien Kräftespiel ihre Vorstellungen aushandeln können und sich daraufhin gemeinsam auf eine Vertragsausgestaltung einigen. Der Begriff der Vertragsautonomie umfasst nämlich sowohl die Abschluss- als auch die Inhaltsfreiheit. Während die Abschlussfreiheit besagt, dass es jedem freisteht, ob und mit wem er einen Vertrag eingehen möchte, besagt die Inhaltsfreiheit, dass auch der Inhalt des Vertrages durch die Parteien frei ausgehandelt werden kann.<sup>261</sup> Die allgemeinen Geschäftsbedingungen hingegen haben den Zweck, das Vertragsprozedere zu vereinfachen. Aus ökonomischen Gesichtspunkten werden seitens einer Vertragspartei mit deren allgemeinen Geschäftsbedingungen der anderen

<sup>260</sup> Vgl. Wien, Bürgerliches Recht, Wiesbaden 2012, S. 84.

<sup>261</sup> Vgl. Korenke, Bürgerliches Recht, München 2006, S. 118 f.

Partei einseitig Vertragsbedingungen vorgegeben, welche die andere Vertragspartei insgesamt im Rahmen des Vertragsschlusses akzeptieren soll. Bei einem derartigen Vorgehen kann nicht mehr von einem „Aushandeln“ oder einem freien Kräftespiel im Rahmen des Vertragsschlusses ausgegangen werden.<sup>262</sup> Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber, quasi um ein Gleichgewicht der Kräfte wieder herzustellen, Regelungen geschaffen, die das, was in allgemeinen Geschäftsbedingungen normiert wird, überprüfbar machen und einseitig benachteiligende Regelungen gegebenenfalls aushebeln können.<sup>263</sup> Die Vorschriften, welche die Überprüfung der allgemeinen Geschäftsbedingungen ermöglichen sind in § 305 ff. BGB geregelt.

*Beispielfall:*

*A möchte sich über das Internet einen Anzug bestellen. Im Internetshop des V findet er einen Anzug. Neben dem Bestellbutton befindet sich ein Feld mit folgendem Text: „Ich bin mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden“. Als er den darunter befindlichen Hyperlink nutzen möchte, um die AGB abzufragen, erhält er eine Fehlermeldung. Nach mehreren erfolglosen Versuchen die AGB über den Hyperlink abzurufen bestätigt A, ohne die AGB gelesen zu haben, mit diesen einverstanden zu sein und bestellt den Anzug. Sind die AGB wirksam Vertragsbestandteil geworden?*

Allgemeine Geschäftsbedingungen können nur Vertragsbestandteil werden, wenn gem. § 305 Abs. 2 BGB auf sie ausdrücklich hingewiesen wurde und für den Nutzer die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand. Im vorliegenden Beispielfall ist zwar ausdrücklich auf die Geltung der AGB hingewiesen worden, doch ist es fraglich, ob der Nutzer auch die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Damit ein Nutzer die AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis nehmen kann, ist es erforderlich, dass es ihm ermöglicht wird, die Daten entweder in einem gängigen Dateiformat herunterzuladen oder sie ausdrucken zu können. Formell sollte beachtet werden, dass die AGB von der Schriftgröße her lesbar sind<sup>264</sup>, ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit aufweisen sowie besonders leicht verständliche und übersichtliche Klauseln beinhalten.<sup>265</sup>

Im vorliegenden Beispielfall konnte der Nutzer die AGB mangels Abrufbarkeit nicht zur Kenntnis nehmen. Aus diesem Grund sind sie auch nicht Vertragsbestandteil geworden.

Bei Onlineshops wird in der Praxis bisweilen der erforderliche ausdrückliche Hinweis auf die AGB mangelhaft umgesetzt. So ist ein Hyperlink derart auf der Homepage zu platzieren, dass er von einem Durchschnittskunden selbst bei flüchtiger Betrachtung der Seite nicht übersehen werden kann. Dafür muss er nicht zwingend in Fettdruck

<sup>262</sup> Vgl. Korenke, Bürgerliches Recht, München 2006, S. 119.

<sup>263</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BGH auf diesem Gebiet vgl: Intveen, Die Rechtsprechung des BGH zu Haftungsregelungen in AGB, ITBR 2007, S. 144 ff.

<sup>264</sup> Vgl. zu den Größenanforderungen von AGB allgemein: BGH, NJW-RR 1986, S. 1310.

<sup>265</sup> Vgl. LG Köln, CR 2003, S. 697 ff.

oder durch Farbe hervorgehoben werden; es genügt, dass er nicht zwischen den anderen Informationen auf der Seite untergeht.<sup>266</sup>

Daher bietet es sich an, den Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen so zu platzieren, dass der Nutzer auch tatsächlich und beweisbar die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB hat. Ob der Nutzer sie allerdings wirklich liest ist unerheblich. Eine sichere Möglichkeit wäre beispielsweise, dass der Nutzer zunächst durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen scrollen müsste, um zu dem Icon zu gelangen, mit dem er seine Bestellung abschicken kann. Diese Variante ist zwar zuverlässig aber wenig praxistauglich, da Kunden insbesondere bei längeren Geschäftsbedingungen nicht bis zum Icon scrollen würden. Somit könnten möglicherweise Bestellungen unterbleiben. So gilt es andere Möglichkeiten zu finden, allgemeine Geschäftsbedingungen zum Vertragsbestandteil zu machen. Die in der Praxis anzutreffende Variante, bei welcher der Anbieter auf seiner Seite mit Warenangeboten, unmittelbar vor dem Bestell-Icon<sup>267</sup>, deutlich herausstellt, dass seine allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten und dann einen Hyperlink<sup>268</sup> zu der betreffenden Seite setzt<sup>269</sup>, birgt ein erhebliches Gefahrenpotential. So könnte der Nutzer beispielsweise versuchen, über den Link zu der Seite mit den AGB zu gelangen und die Seite lässt sich an diesem Tag aus technischen Gründen nicht abrufen. Bestellt er trotzdem, hatte er nicht die Möglichkeit die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Dementsprechend sind sie auch nicht Vertragsbestandteil geworden. Insofern ist es praktikabler, die AGB direkt in das Bestellformular zu integrieren.<sup>270</sup>

Insbesondere im Wirtschaftsleben kann es im Rahmen von B2B-E-Commerce dazu kommen, dass sowohl der Käufer als auch der Verkäufer ihre AGB in den Vertrag einführen möchten. Wenn Angebotsschreiben und Auftragsbestätigung die jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Versenders beinhalten, stellt sich die Frage, wessen AGB denn hier gelten. Klauseln, die in den AGB beider Vertragsparteien übereinstimmen werden Vertragsbestandteil. Klauseln, die sich widersprechen werden nicht Vertragsbestandteil, so dass die dort entstehende Regelungslücke durch die gewöhnlichen gesetzlichen Regelungen wie etwa den Vorschriften des BGB oder des HGB zu schließen ist. Hiervor können bisweilen die in der Praxis oftmals anzutreffenden Abwehrklauseln schützen. Unter derartigen Abwehrklauseln sind Formulierungen wie „Es gelten ausschließlich unsere allgemeinen Geschäftsbedingungen“ oder „Allgemeine Geschäftsbedingungen unserer Kunden finden keine Anwendung“ zu verstehen. Derartige Abwehrklauseln führen dazu, dass die AGB des Vertragspartners nicht zur Geltung gelangen. Enthalten jedoch die Verträge beider Vertragspartner eine derartige Abwehrklausel, so gelten insoweit die gesetzlichen Regelungen.

<sup>266</sup> Vgl. OLG Hamburg, Entscheidung vom 13.06.2002, MMR 2002, S. 677.

<sup>267</sup> Vgl. Eichhorn, Internetrecht, Berlin u.a. 2007, S. 75.

<sup>268</sup> Vgl. Erd, Online-Recht kompakt: Von der Domain zum Download, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2005, S. 58.

<sup>269</sup> Vgl. Härting, Internetrecht, 2. Aufl., Köln 2005, Rn. 381.

<sup>270</sup> Vgl. Eichhorn, Internetrecht, Berlin u.a. 2007, S. 75.

### 5.13.2 Beweisbarkeit

Damit es später nicht zu Beweisproblemen über die Frage kommt, welche Fassung der AGB bei Vertragsschluss abrufbar waren, kann jedem Betreiber von E-Commerce nur dringend empfohlen werden, jedwede Änderung seiner AGB genau zu dokumentieren und den genauen Zeitpunkt der Änderung aufzuzeichnen. Dem Internetnutzer hingegen sei angeraten, die AGB bei Vertragsschluss auszudrucken und sich nicht darauf zu verlassen, dass diese zu einem späteren Zeitpunkt, wenn er mit dem Vertragspartner einen Rechtsstreit führt, noch unverändert im Netz zu finden sind.

### 5.13.3 Rechtliche Beurteilung

Bei der rechtlichen Beurteilung stellen AGB, die sich widersprechen, oftmals ein Problem dar. Wenn beispielsweise zwei Unternehmer Geschäfte abgeschlossen haben und beide ihre AGB zum Vertragsbestandteil gemacht hatten, konnte es vorkommen, dass einzelne Regelungen in den AGB zu bestimmten Punkten unterschiedliche Aussagen trafen. Wessen AGB sollen dann gelten? Sofern ansonsten ein wirksamer Vertrag zwischen den Parteien geschlossen wurde, geht die Rechtsprechung mittlerweile davon aus, dass nur die übereinstimmenden AGB-Regelungen (bisweilen sogar überhaupt keine AGB) in den Vertrag einbezogen sind und stattdessen die entsprechenden gesetzlichen Regelungen zur Anwendung kommen.

Sind AGB wirksam Bestandteil eines Vertrages geworden, so muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob sie den gesetzlichen Vorgaben der §§ 307 bis 309 BGB genügen. In diesen Vorschriften hat der Gesetzgeber aufgeführt, welche Regelungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig sind. Bei dieser Prüfung ist allerdings nach der Art des Vertrages zu differenzieren. Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher verwendet, findet eine vollständige Überprüfung der §§ 307 bis 309 BGB statt. Handelt es sich hingegen um einen Vertragsschluss zwischen zwei Unternehmern, so beschränkt sich die Überprüfung der AGB nach § 310 Abs. 1 BGB auf einen Abgleich mit dem § 307 BGB. Die Ursache liegt darin, dass der Gesetzgeber von einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ausgeht. Denn ein Verbraucher wird sich in der Regel in rechtlichen Angelegenheiten, und damit auch im Recht der AGB, nicht so gut auskennen wie ein Unternehmer. Anders verhält es sich aber, wenn auf beiden Seiten des Vertrages Unternehmer stehen. Beide wissen, worauf sie sich im Wirtschaftsleben bei einem Vertragsschluss einlassen. Hier lässt der Gesetzgeber eine Überprüfungsmöglichkeit der AGB nach den Grundsätzen des § 307 BGB genügen, nach welchem eine Bestimmung in den AGB dann unwirksam ist, wenn sie den Vertragspartner unangemessen benachteiligt. So kann eine unangemessene Benachteiligung darin bestehen, dass in den allgemeinen Geschäftsbedingungen von einem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird. Darüber hinaus kommt es jedoch auch darauf an, wofür und zu welchem Zweck der Vertrag geschlossen wurde. Im Zweifel ist eine

Bestimmung unwirksam, die wesentliche Rechte oder Pflichten des Vertrages so einschränkt, dass der Vertragszweck gefährdet ist.

Werden AGB überprüft, die ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher verwendet, so bietet es sich an, die §§ 307 bis 309 BGB in umgekehrter Reihenfolge zu prüfen. Das bedeutet, man beginnt mit dem sehr detailliert ausgestalteten § 309 BGB. Danach erst werden die Regelungen des § 308 und die des § 307 BGB geprüft. Die Gesetznormen, welchen die AGB nicht zuwiderlaufen dürfen, lauten:

*§ 307 BGB Inhaltskontrolle.*

- (1) *Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den 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 Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.*
- (3) *Die Absätze 1 und 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 BGB 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 Vereinbarung 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 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 unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder
  - b) einen unangemessen 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 BGB 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 Vertragschluss 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 Fahrgasts von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen; Buchstabe b gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotteriede- 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 Werkes 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 Falle vollmachtloser Vertretung eine über § 179 hinausgehende Haftung auferlegt;
12. (Beweislast) eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem 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 Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.

#### 5.13.4 Praktische Anwendung des AGB-Rechts

Insbesondere erst aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen ersichtliche Preisangaben stellen in der Rechtspraxis ein großes Problem dar. Immer wieder erhalten Personen, die ein Internetangebot genutzt hatten, ohne zu sehen, dass in den allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Preis für die Nutzer versteckt war. Immer wieder müssen Gerichte die Verbraucher vor unzulässigen Honorarforderungen in Schutz nehmen. So hat erst vor kurzer Zeit das AG München wieder eine Preisangabe in allgemeinen Geschäftsbedingungen als überraschende Klausel eingestuft<sup>271</sup> und folgendes festgestellt: „Weist eine Internetpräsenz, die neben einem Gewinnspiel und einem Gutschein die Möglichkeit einer Lebenserwartungsrechnung bietet, erst in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Angaben zu den damit verbundenen Kosten auf, so handelt es sich dabei um eine überraschende Klausel, deren Verwendung die Unwirksamkeit des hinsichtlich der Berechnung geschlossenen Vertrages zur Folge hat“.<sup>272</sup>

<sup>271</sup> Vgl. AG München, Urteil vom 16.01.2007, 161 C 23695/06, CR 2007, S. 816.

<sup>272</sup> AG München, Urteil vom 16.01.2007, 161 C 23695/06, CR 2007, S. 816 (Leitsatz der Redaktion).

## 5.14 Probleme im Rahmen der Vertragsabwicklung

Die vielen Millionen Verträge, die täglich abgeschlossen werden, sind für Juristen eher uninteressant. Bestehen jedoch Schwierigkeiten bei der Erfüllung oder Abwicklung dieser Verträge, so ist man gezwungen, sich rechtlich damit auseinanderzusetzen.

### 5.14.1 Die Haftung des Verkäufers

In der Praxis werden im EDV-Bereich insbesondere viele Kaufverträge über Waren sowie Werk- oder Mietverträge, zumeist über Software, geschlossen. Solange derartige Verträge reibungslos abgewickelt werden, sind sie juristisch eher uninteressant. Doch welche Rechte haben die Vertragspartner, wenn das veräußerte, hergestellte oder zur Verfügung gestellte Produkt fehlerhaft ist?

Sowohl im Kaufvertragsrecht als auch im Miet- und Werkvertragsrecht finden sich Mängelgewährleistungsrechte, welche der Vertragspartner geltend machen kann, wenn die ihm veräußerte bzw. die ihm überlassene Sache mit einem Mangel behaftet ist. Der Begriff des Mangels ist in allen drei Arten von Verträgen nahezu identisch. Anknüpfungspunkt ist die Frage, ob die Ware die im Vertrag vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder sich für die nach dem Vertrag vorgesehene Verwendung eignet.

#### 5.14.1.1 Mängelgewährleistung im Kaufvertragsrecht

Der Verkäufer ist nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.<sup>273</sup> Diese Pflicht zur mangelfreien Übereignung gilt auch bei der Abwicklung von Käufen über das Internet. Doch wann ist eine Ware mangelfrei?

*Beispiel:*

*A sieht auf der Homepage des Internetversandhauses X günstige Fahrradlampen. Sie werden beworben mit der Überschrift „für alle Fahrradtypen geeignet“. A bestellt bei X über Internet diese Fahrradleuchten. Als diese geliefert werden, stellt er fest, dass diese zwar funktionstüchtig sind, aber sich an seinem Fahrrad nicht montieren lassen. Sind sie deshalb mangelhaft?*

Eine Sache ist nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dann frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Haben die Parteien also eine bestimmte Vereinbarung getroffen, muss das Kaufobjekt all die vereinbarten Eigenschaften besitzen, sonst liegt ein Mangel vor. Haben die Vertragsparteien, wie so oft im Wirtschaftsleben, keine

<sup>273</sup> Vgl. hierzu allgemein auch: Looschelders, Die neuere Rechtsprechung zur kaufrechtlichen Gewährleistung, JA 2007, S. 673 ff.

konkrete Vereinbarung getroffen, so ist die Sache nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB dann frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Dies bedeutet, dass eine bestellte Ware auch dann als mangelhaft anzusehen ist, wenn sie über den gewöhnlichen Gebrauch bestimmte Merkmale nicht aufweist, die in einer vertraglichen Beschaffenheits- oder Verwendungsvereinbarung getroffen worden sind.

Sofern der Vertrag keinen konkreten Gebrauch voraussetzt, liegt gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ein Sachmangel vor, „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“. Die Beschaffenheit der Ware wird nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB insbesondere auch dadurch charakterisiert, wie sie nach öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder auch in der Werbung angepriesen wird. Verkauft also wie in dem eben genannten Beispielfall ein Internetversandhaus ein Produkt mit dem Werbetext „Für alle Fahrradtypen geeignet“, so ist es, trotz der eigentlichen Funktionstüchtigkeit auch als Mangel anzusehen, wenn die Ware nicht an jedem Fahrrad angebracht werden kann.

### 5.14.1.2 Rechte des Käufers

Der Käufer eines mangelhaften Produktes kann die in § 437 BGB genannten Mängelgewährleistungsrechte in Anspruch nehmen. Doch darf sich der betroffene Käufer hier nicht frei für einen der unter den Ziffern 1 bis 3 genannten Wege entscheiden, sondern es ist hierbei zwingend eine bestimmte Reihenfolge einzuhalten. Zunächst hat der Kunde nur das in § 437 Nr. 1 BGB genannte Recht auf Nacherfüllung. Der Begriff der Nacherfüllung stellt hierbei den Oberbegriff für Nachlieferung und Nachbesserung dar. Zwischen diesen beiden Alternativen hat der Kunde die freie Wahl. Er kann sich also entweder dafür entscheiden, die mangelhafte Ware zurückzugeben um ein mangelfreie Sache zu erhalten, oder er entscheidet sich für eine Reparatur des mangelbehafteten Gegenstandes. Das Wahlrecht liegt beim Kunden. Der Verkäufer darf dem Kunden nicht vorschreiben, welche der beiden Alternativen zur Mängelbeseitigung durchgeführt wird. Nur in sehr begrenzten Fällen kann das Wahlrecht des Kunden auf eine Alternative eingeschränkt sein. So kann es beispielsweise sein, dass ein Kunde ein limitiertes Gerät gekauft hat, welches zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Mängelgewährleistung nicht mehr vorrätig ist und auch nicht mehr beschafft werden kann. In derartigen Fällen wären die Alternativen auf Nachbesserung also auf eine Reparatur beschränkt. Ebenso sind Fälle denkbar, bei welchen die Nachbesserung einen unverhältnismäßigen Kostenaufwand erfordert. Auch in derartigen Fällen wird die Wahl des Kunden auf eine Alternative beschränkt.

*Beispiel:*

*A bestellt sich bei einem Internetversand für Bastler einen Bausatz. Dieser enthält auch ein Beutelchen mit Schrauben. Der Bausatz des A enthält allerdings einen Beutel mit*

*Schrauben, bei denen das Gewinde nicht korrekt gestanzt war. Sie ähneln eher Nägeln und lassen sich nicht einschrauben. A moniert den Mangel und meint, da er als Kunde das Wahlrecht im Rahmen der Nacherfüllung hat, entscheidet er sich für Nachbesserung. Er möchte also, dass bei jeder einzelnen Schraube das Gewinde nachgefräst wird.*

Hier liegt ein Fall vor, bei dem die Nachbesserung einen zu hohen Kostenaufwand erfordern würde. In derartigen Fällen wird das Wahlrecht beschnitten, so dass der Verkäufer statt einer Nachbesserung dem A eine neue Packung Schrauben bzw. einen kompletten neuen Bausatz liefern kann.

Nur wenn die berechtigte Wahl eines Kunden grundlos abgelehnt wird oder sich der Kunde für Nachbesserung entschieden hat und diese zwei Mal fehlgeschlagen ist, kann der Käufer auf die übrigen unter § 437 Nr. 2 und Nr. 3 BGB genannten Rechte übergehen. Hierbei besteht keine zwingende Reihenfolge mehr, so dass sich dem Käufer nun folgende Möglichkeiten bieten:

- Rücktritt vom Vertrag,
- Minderung des Kaufpreises,
- Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen.

Die Ansprüche des Käufers verjähren gewöhnlich nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB innerhalb einer Zeit von zwei Jahren ab Übereignung, also ab Anlieferung der Ware. Zwar kann die Verjährungsfrist grundsätzlich durch vertragliche Vereinbarung verkürzt werden, doch ist dies gemäß § 475 Abs. 2 BGB nur im B2B-E-Commerce, nicht aber gegenüber Verbrauchern im B2C-E-Commerce möglich.

Anknüpfungspunkt für die Mängelgewährleistung ist die Pflicht des Verkäufers eine fehlerfreie Ware zu übereignen. Gerichte wenden innerhalb der ersten 6 Monate nach der Übereignung zugunsten des Verbrauchers eine Beweislastumkehr an. Das heißt, weist eine Ware wie z.B. ein Fernsehgerät innerhalb der ersten sechs Monate einen Mangel auf, so trägt der Verkäufer die Beweislast dafür, dass er den Fernseher mangelfrei übereignet hat. Es wird also unterstellt, dass der Fehler bereits bei Übereignung in dem Produkt angelegt war. Tritt der Mangel erst in einer Zeit auf, die mehr als 6 Monate nach der Übereignung liegt, so muss der Käufer beweisen, dass der Gegenstand bereits bei Übereignung mangelhaft war.

Eine weitere Frage, die im Rahmen der Mängelgewährleistung bei Internetkäufen auftreten könnte, ist die Frage, wer die Kosten des Rücksendens mangelhafter Waren zu tragen hat.

*Beispiel:*

*A kauft per Internet bei dem Händler X einen Fernseher. Dieser ist mangelhaft und A möchte von X Nachlieferung. X besteht allerdings darauf, dass A die Kosten der Rücksendung bezahlt. Darf er dieses?*



Das Gesetz regelt in § 439 Abs. 2 BGB explizit, dass der Verkäufer „die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen hat. Für den Beispielfall bedeutet dies, dass X von A nicht verlangen kann etwaige Rücksendungskosten zu bezahlen.

### 5.14.1.3 Garantie

Von der Mängelgewährleistung abzugrenzen sind die Garantiefälle. Viele Hersteller sind derart überzeugt von ihren Produkten, dass sie darauf eine „Garantie“ geben. In der Praxis betragen die Garantiezeiträume meistens ein oder zwei Jahre. Die Garantie des Herstellers darf nicht mit der Mängelgewährleistung des Verkäufers verwechselt werden. Oftmals versuchen Verkäufer Kunden, die mit berechtigten Mängelgewährleistungsforderungen zu ihnen kommen, loszuwerden, indem sie auf eine Herstellergarantie verweisen und die Kunden auffordern, sich an den Hersteller zu wenden. Dies müssen sich die Käufer nicht gefallen lassen. Schließlich ist der Verkäufer ihr Vertragspartner und nicht der Hersteller.

## 5.14.2 Unmöglichkeit

Neben dem eben erörterten Fall, dass die Ware mit einem Mangel behaftet ist, kann es in der Praxis aber auch vorkommen, dass die Ware überhaupt nicht mehr geliefert werden kann. Unter Unmöglichkeit versteht man also Fälle, in welchen der Schuldner die Leistung nicht mehr erbringen kann. Er leistet nicht, weil es ihm unmöglich ist. Wie ist dann zu verfahren? Muss der Kunde die Ware bezahlen, obwohl der Verkäufer sie nicht mehr übereignen kann? Bei derartigen Fallgestaltungen spricht man von „Unmöglichkeit“. Wurde früher, bis zur Schuldrechtsreform noch zwischen anfänglicher und nachträglicher, objektiver und subjektiver Unmöglichkeit unterschieden, so wird nunmehr auf alle diese Formen der Unmöglichkeit die Selbe Regelung angewandt. Unter anfänglicher Unmöglichkeit versteht man Fälle, bei denen bereits vor Vertragsschluss die Erfüllung des Vertrages unmöglich war. Unter nachträglicher Unmöglichkeit hingegen Fälle, bei denen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Erfüllung zwar noch möglich war, nach dem Vertragsschluss jedoch nicht mehr.

*Beispiel für anfängliche Unmöglichkeit:*

*A schließt mit B per Internet einen Kaufvertrag über den Hund des A. Zu dem Zeitpunkt als sie den Vertrag schlossen lag der Hund bereits tot in der Hundehütte. Der Vertrag war, was beide Vertragsparteien nicht wussten, bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr zu erfüllen. Es handelt sich hier also um eine anfängliche Unmöglichkeit.*

*Beispiel für nachträgliche Unmöglichkeit:*

*Wenn bei der selben Fallgestaltung wie eben, der Hund zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch lebte und erst nach dem Vertragsschluss aber bevor er an B übergeben und übereignet werden konnte stirbt, so handelt es sich um eine nachträgliche Unmöglichkeit.*

Die Differenzierung zwischen objektiver oder und subjektiver Unmöglichkeit wird danach getroffen, ob es jedem auf der Welt unmöglich ist, den Vertrag zu erfüllen, dann objektive Unmöglichkeit oder nur dem Vertragspartner unmöglich ist, den Vertrag zu erfüllen, dann subjektive Unmöglichkeit.

*Beispiel für objektive Unmöglichkeit:*

*A und B schließen per Internet einen Kaufvertrag über einen gebrauchten Computer. A soll ihn dem B am nächsten Tag zuschicken. In der Nacht brennt jedoch das unversicherte Haus des A mitsamt dem Computer ab. Da niemand auf der Welt den Vertrag bezüglich des vereinbarten Computers erfüllen kann, handelt es sich um eine objektive Unmöglichkeit.*

*Beispiel für subjektive Unmöglichkeit:*

*A und B haben, wie im vorigen Beispiel, einen Vertrag bezüglich des gebrauchten Computers geschlossen. Diesmal brennt jedoch nicht das Haus ab, sondern der Computer wird dem A nachts gestohlen. Wieder ist es dem A nicht möglich, den Kaufvertrag durch Übereignung zu erfüllen. Da der Computer jedoch noch existiert, ist es nicht jedem auf der Welt unmöglich, den Computer zu übereignen. Insofern handelt es sich hier nicht um eine objektive sondern um eine subjektive Unmöglichkeit. Denn es ist subjektiv, also nur dem Vertragspartner, unmöglich, den Vertrag zu erfüllen.*

Zu diesen Fällen tritt noch eine weitere Form der Unmöglichkeit, nämlich die faktische Unmöglichkeit. Unter faktischer Unmöglichkeit sind Fälle zu verstehen, bei denen der Vertrag zwar noch erfüllt werden könnte, die Erfüllung jedoch einen erheblichen und unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.

*Beispiel:*

*A und B haben einen Kaufvertrag über einen schönen aber relativ wertlosen Ring geschlossen. A steht auf einer Brücke und schaut sich seinen Ring noch einmal genau an. Dabei fällt er ihm aus der Hand und landet in dem unter der Brücke fließenden Fluss. Da dies alles geschah, bevor A dem B den Ring übereignen konnte, wäre A eigentlich aus dem Vertrag noch zur Übereignung verpflichtet. Es ist ihm tatsächlich auch nicht unmöglich den Ring zu übereignen. Denn der Ring existiert noch und A weiß auch ungefähr wo er im Fluss gelandet ist. Ein Bergen des Ringes durch Taucher wäre aber für den relativ wertlosen Ring ein viel zu hoher Aufwand, so dass hier von einer faktischen Unmöglichkeit ausgegangen wird.*

Auf alle diese Varianten (anfänglich, nachträglich, objektiv, subjektiv oder faktisch) wenden Juristen die Selben Vorschriften an.

Für denjenigen Vertragspartner, dem die Leistung unmöglich wird, gilt die Regelung des § 275 BGB.

*§ 275 BGB 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.*
- (4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.*

Der § 275 BGB sieht also vor, dass der Schuldner im Falle der Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei wird. Je nachdem, ob der Schuldner dafür verantwortlich ist, dass die Leistung nicht mehr erbracht werden kann oder er schuldlos daran ist, hat der Schuldner dem Gläubiger bei Verschulden Schadensersatz zu leisten, ohne Verschulden muss er dies nicht.

Was passiert mit der Gegenleistung? Muss der Gläubiger möglicherweise bezahlen, obwohl der Schuldner über § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei wird? Die Vorschrift, welche das Recht der Gegenleistung regelt, ist der § 326 BGB.

*§ 326 BGB Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht.*

- (1) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht.*
- (2) Ist der Gläubiger für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.*

- (3) *Verlangt der Gläubiger nach § 285 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Diese mindert sich jedoch nach Maßgabe des § 441 Abs. 3 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt.*
- (4) *Soweit die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den §§ 346 bis 348 zurückgefordert werden.*
- (5) *Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist.*

Hat der Schuldner die Unmöglichkeit selbst zu verantworten, so verliert er seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Ist hingegen der Gläubiger Schuld daran, dass der Schuldner die Leistung nicht mehr erbringen kann, so behält der Schuldner nach § 326 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt. BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Sind weder Schuldner noch Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich, so verliert der Schuldner nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

### 5.14.3 Verzug

Was für Rechte hat der Kunde, wenn ein Internethändler nicht rechtzeitig die bestellte Ware liefert? Welche Rechte hat ein Online-Verkäufer, wenn sein Kunde die Ware nicht bezahlt? Nicht immer, wenn der Schuldner nicht leistet, liegt eine Unmöglichkeit vor. Oftmals kann geleistet werden, der betreffende Vertragsteil erbringt die vertraglich geschuldete Leistung nur verspätet. In derartigen Fällen bezeichnet man dieses Vorgehen als „Verzug“. Sofern der Schuldner nicht rechtzeitig leistet, liegt ein Schuldnerverzug vor, sofern der Gläubiger nicht rechtzeitig seinen Verpflichtungen nachkommt, liegt ein Gläubigerverzug vor.

#### 5.14.3.1 Schuldnerverzug

Der Schuldnerverzug bestimmt sich nach § 286 BGB.

*§ 286 BGB Verzug des Schuldners.*

- (1) *Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung stehen die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Mahnbereichs im Mahnverfahren gleich.*
- (2) *Der Mahnung bedarf es nicht, wenn*
  - 1. *für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,*

2. *der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt,*
  3. *der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,*
  4. *aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzuges gerechtfertigt ist.*
- (3) *Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt spätestens in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung besonders hingewiesen worden ist. Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung in Verzug.*
- (4) *Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.*

Unabhängig davon, um was für eine Leistung es sich handelt, setzt der Schuldnerverzug als erste Voraussetzung den Eintritt der „Fälligkeit“ voraus. Diese richtet sich nach der Leistungszeit und ist in § 271 BGB geregelt. Der Schuldner muss die Leistung also zu der vereinbarten Zeit erbringen. Damit der Schuldner sich nach der Fälligkeit im Verzug befindet muss jedoch grundsätzlich noch eine Mahnung des Gläubigers nach Fälligkeit hinzutreten. Erst ab dieser Mahnung tritt der Verzug ein. Das Gesetz kennt aber einige Ausnahmefälle, in welchen es ausnahmsweise einer Mahnung nicht mehr bedarf. Derartige Ausnahmen, bei denen ohne vorherige Fristsetzung durch den Schuldner Verzug eintritt, sind gegeben, wenn:

- für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB),
- der Termin zumindest nach der Kalenderzeit bestimmbar ist (§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB),
- der Schuldner die Leistung ernsthaft verweigert (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB),
- besondere Gründe bestehen (§ 286 Abs. 2 Nr. 4).

Handelt es sich bei der Forderung um eine Geldschuld, so kommt der Schuldner nach § 286 Abs. 3 BGB automatisch spätestens dann in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang der Rechnung bezahlt. Durch die explizite Aussage, dass er „spätestens“ in Verzug kommt, bietet der Gesetzgeber dem Gläubiger die Möglichkeit, durch eine vor Ablauf der 30 Tage erfolgte Mahnung nach § 286 Abs. 1 und Abs. 2 BGB auch eine kürzere Frist herbeizuführen. Bei dem nach 30 Tagen automatisch eintretenden Verzug ist jedoch unbedingt zu beachten, dass dies gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur dann geschieht, wenn in der Rechnung auf diese Folge besonders hingewiesen wurde.

Nach § 286 BGB kann der Gläubiger als Rechtsfolge des Verzuges neben dem weiterhin bestehenden Erfüllungsanspruch auch noch Schadensersatz wegen der Verzögerung der Leistung verlangen. Dieser steht ihm aber gemäß § 280 BGB nur zu, wenn die Pflichtverletzung vom Schuldner zu verantworten war. Derartige Schäden können sein:

- Kosten für Rechtsverfolgung;
- Kosten für die Arbeit eines Inkassobüros. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Kosten wegen der Schadensminderungspflicht nach § 254 BGB auf die Höhe von Anwaltskosten begrenzt wird.
- Verzugszinsen.

Ist der Schuldner mit einer Geldschuld in Verzug, so hat er sie während des Verzuges nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB zu verzinsen. Der Zinssatz hierfür beträgt nach § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Rechtsgeschäften an denen ein Verbraucher beteiligt ist 5% über dem Basiszinssatz und bei Rechtsgeschäften unter Kaufleuten, an denen also kein Verbraucher beteiligt ist, nach § 288 Abs. 2 BGB 8% über dem Basiszinssatz. Der Basiszinssatz ist in § 247 BGB festgelegt und verändert sich jeweils zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres.<sup>274</sup>

#### 5.14.3.2 Gläubigerverzug

Nicht immer ist es der Schuldner, der sich im Verzug befindet. Gegenstück zum Schuldnerverzug ist der Gläubigerverzug. Dieser ist geregelt in § 293 BGB. Der Gläubigerverzug kann zum Beispiel zur Anwendung kommen, wenn der Kunde eines Online-Händlers die gelieferte Ware nicht annehmen möchte.

§ 293 BGB *Annahmeverzug.*

*Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.*

*Beispiel:*

*B ist DJ und hat sich bei einem Internetversand mehrere CDs bestellt. Er vereinbart mit dem Internetversand ausdrücklich, dass die CDs zu einer bestimmten, vereinbarten Zeit von einem Kurierdienst zu ihm gebracht werden. Als der Kurierdienst vereinbarungsgemäß bei seiner Adresse erscheint, öffnet B die Haustür nicht, so dass der Kurierfahrer unverrichteter Dinge wieder geht. Nach einem weiteren erfolglosen Zustellversuch gibt der Kurierdienst die verpackten CDs an den Internetversand zurück. Am Abend des selben Tages wird dort eingebrochen. Die noch immer verpackten CDs werden ebenfalls gestohlen. Hat B gegen den Internetversand einen Anspruch auf Übereignung neuer CDs? Hat der Internetversand Anspruch auf Bezahlung?*

<sup>274</sup> Der aktuelle Basiszinssatz kann im Internet unter [www.basiszinssatz.de](http://www.basiszinssatz.de) abgerufen werden.

Erste Voraussetzung für den Gläubigerverzug ist, dass die Leistung erfüllbar ist. Eine Leistung ist erfüllbar, wenn der Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Wann dieses der Fall ist, erläutert der § 271 BGB.

§ 271 BGB *Leistungszeit.*

- (1) *Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.*
- (2) *Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.*

Die zweite Voraussetzung für den Gläubigerverzug ist, dass der Schuldner die Leistung ordnungsgemäß anbietet. Ordnungsgemäß im Sinne des § 294 BGB bedeutet: die Leistung muss zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der richtigen Art und Weise vollständig angeboten werden. Hiervon kann nur unter den, in § 295 BGB genannten Umständen, ausnahmsweise abgewichen werden.

§ 295 BGB *Wörtliches Angebot.*

*Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebot der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.*

Dritte Voraussetzung des Gläubigerverzuges ist, dass der Gläubiger die Leistung nicht annimmt. Anders als beim Schuldnerverzug kommt es hier auf ein Verschulden des Gläubigers, also auf ein „Vertretenmüssen“, nicht an.

### 5.14.3.3 Die Rechtsfolge des Gläubigerverzuges

Während des Gläubigerverzuges findet eine Haftungserleichterung des Schuldners nach § 300 Abs. 1 BGB statt. Sollte der zu liefernde Gegenstand beschädigt werden, so hat der Schuldner leichte Fahrlässigkeit nicht zu vertreten. Sollte der Gegenstand zerstört werden und Unmöglichkeit tritt ein, so wird der Schuldner zwar gemäß § 275 Abs. 1 BGB von der Leistungspflicht frei. Ist dem Schuldner bezüglich des Untergangs der Sache aber nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen, so scheidet ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers nach den §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB aus. Der Schuldner hingegen behält gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung, da er nach § 300 Abs. 1 BGB für leichte Fahrlässigkeit nicht einzustehen hat.

Im vorliegenden Beispielfall war der B bezüglich der CDs im Annahmeverzug. Sie wurden zur vereinbarten Zeit geliefert. Insofern trägt B die Gefahr der Unmöglichkeit.

Zwar sind derartige CDs als Gattung sicherlich noch erhältlich, doch hat sich hier die Gattungsschuld in eine Stückschuld gewandelt, als der Internetversand die CDs aus ihren Lagerbeständen für B aussonderte und zu ihm schickte. Durch seinen Annahmeverzug trägt er nun das Risiko der Verschlechterung oder des Untergangs der Kaufsache. Der Internetversand wird nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Es verliert aber nicht seinen Zahlungsanspruch gegenüber B. Denn B hat den Untergang zu verantworten. Hätte er die CDs zum vereinbarten Zeitpunkt entgegengenommen, so hätte der Internethandel den Vertrag erfüllen können. Somit muss B im vorliegenden Beispielfall die CDs bezahlen, obwohl er keine CDs mehr übereignet bekommt.

## 5.15 Grenzüberschreitende Verträge

Bisher wurden nur Verträge besprochen, die zwischen zwei deutschen Vertragspartnern geschlossen werden. Deutsches Recht gilt aber nur auf deutschem Hoheitsgebiet. Das Internet hält sich aber als internationales Kommunikationsmedium nicht an Landesgrenzen.<sup>275</sup> Wessen Recht ist also anzuwenden, wenn per Internet Verträge mit ausländischen Vertragspartnern abgeschlossen werden? In der Praxis ist die sogenannte Netiquette für Vertragsverhältnisse nicht relevant. Denn sie stellt lediglich ein unverbindliches Regelwerk über den korrekten Umgang im Internet dar. Derartige unverbindliche Verhaltensregeln können aber nicht Grundlage verbindlicher Vertragsregelungen sein.

Um die Frage zu klären, welches Recht bei Fällen mit Auslandsbezug zur Anwendung kommt, ist es erforderlich, sich zunächst die Vereinbarungen des geschlossenen Vertrages anzusehen. Darüber hinaus kann eine Zuordnung über das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)<sup>276</sup> und über internationale Rechtsübereinkünfte erfolgen.

### 5.15.1 UN-Kaufrecht

Das so genannte UN-Kaufrecht geht zurück auf das Wiener UN-Abkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980. Es wird auch unter der englischen Bezeichnung „Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“ genannt und ist in der Bundesrepublik Deutschland am 01.01.1991 in Kraft getreten.<sup>277</sup> Es kann dann zur Anwendung kommen, wenn die Vertragspartner

<sup>275</sup> Vgl. hierzu auch: Ernst, Streitigkeiten beim grenzüberschreitenden Onlineverkauf, ITRB 2011, S. 113 f.

<sup>276</sup> Gesetz vom 21.09.1994, BGBl. I S. 2495, berichtigt 1997 I S. 1061.

<sup>277</sup> Vgl. Bekanntmachung vom 23.10.1990, BGBl. II 1477.



eines Kaufvertrages über bewegliche Sachen in unterschiedlichen Staaten ihren Unternehmenssitz haben. Als völkerrechtliche Vereinbarung hat das CISG Vorrang vor dem nationalen Kollisionsrecht. In der Praxis kommt das UN-Kaufrecht allerdings bei Verträgen über das Internet oftmals nicht zur Anwendung. Grund dafür ist zum einen, dass das UN-Kaufrecht nicht für Verträge mit Verbrauchern gilt und zum anderen, dass es darüber hinaus auch gemäß Art. 6 CISG vertraglich ausgeschlossen werden kann. Sofern ein Internethändler also das UN-Kaufrecht für seine Verträge ausschließen möchte, ist ihm anzuraten, dies z.B. über eine entsprechende Klausel in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen zu tun. Gewöhnlich drückt der Text aus, dass unter Ausschluss des UN-Kaufrechts die Anwendung des deutschen Rechts vereinbart wurde.

### 5.15.2 Die Rechtswahl durch Vertragsparteien

Wegen der herrschenden Vertragsfreiheit besteht im Internet die Möglichkeit, dass beide Vertragsparteien sich übereinstimmend einer Rechtsordnung unterwerfen. Entweder geschieht dies durch eine Individualvereinbarung oder – was im Internet erheblich häufiger vorkommt – durch die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einer Rechtswahlklausel in den Vertrag.

Die Rechtswahl muss im Internet nicht unbedingt ausdrücklich durch Individualabrede oder durch die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen vorgenommen werden. Sie kann auch konkludent, also durch schlüssiges Verhalten, geschehen. Für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl ist ein entsprechender Wille der Vertragsparteien erforderlich, welcher aus einzelnen Vertragsbestimmungen oder den sonstigen Umständen des Falls erkennbar wird. Als Indizien dafür, dass die Vertragspartner eine bestimmte Rechtsordnung wählen möchten, können beispielsweise folgende Indizien hinzugezogen werden:

- Treffen einer Gerichtsstandsvereinbarung,
- Hinweis auf Rechtsnormen eines bestimmten Staates,
- Vereinbarung eines einheitlichen Erfüllungsortes,
- Bezug zu einem anderen Vertrag, für den die Parteien bereits eine explizite Rechtswahl getroffen haben,
- wenn der Vertragsinhalt an den besonderen Bedürfnissen der einen Vertragspartei ausgerichtet ist,
- evtl. Vertragssprache.

In der Praxis bietet es sich für Online-Händler jedoch an, im Rahmen des Abschlusses von B2B-Verträgen mit Auslandsbezug durch eine Rechtswahlklausel explizit festzulegen, welches Recht auf den Vertrag anzuwenden ist. Nur so können Zweifel von vorne herein ausgeschlossen werden. Im Rahmen von B2C-Verträgen sollte hingegen gewöhnlich auf eine Rechtswahlklausel verzichtet werden, da der Kunde ansonsten in die Lage versetzt wird, von mehreren nationalen Verbraucherschutzrechten das für ihn günstigere anzuwenden.

Über die Frage, ob die Vereinbarung über die Rechtswahl wirksam ist bzw. welches Recht stattdessen gilt, bestimmt sich nach dem „Internationalen Privatrecht“ (IPR). Die Bezeichnung Internationales Privatrecht darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich hierbei um nationales Recht und nicht etwa um einen Vertrag zwischen Staaten handelt. Jedes Land hat sein eigenes Internationales Privatrecht. Es gibt als nationales Recht Auskunft darüber, welches Recht anzuwenden ist, wenn in einem Fall mit Auslandsberührung ein anderes Recht mit dem eigenen, nationalen Recht kollidiert. Deshalb wird das Internationale Privatrecht oftmals auch als Kollisionsrecht bezeichnet. Die wichtigsten Normen hierzu finden sich in Deutschland im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB).

*Art. 27 EGBGB Freie Rechtswahl.*

- (1) *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. Die Parteien können die Rechtswahl für den ganzen Vertrag oder nur für einen Teil treffen.*
- (2) *Die Parteien können jederzeit vereinbaren, dass der Vertrag einem anderen Recht unterliegen soll als dem, das zuvor auf Grund einer früheren Rechtswahl oder auf Grund anderer Vorschriften dieses Unterabschnitts für ihn maßgebend war. Die Formgültigkeit des Vertrages nach Art. 11 und Rechte Dritter werden durch eine Änderung der Bestimmung des anzuwendenden Rechts nach Vertragsabschluß nicht berührt.*
- (3) *Ist der sonstige Sachverhalt im Zeitpunkt der Rechtswahl nur mit einem Staat verbunden, so kann die Wahl des Rechts eines anderen Staates – auch wenn sie durch die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Gerichts eines anderen Staates ergänzt ist – die Bestimmungen nicht berühren, von denen nach dem Recht jenes Staates durch Vertrag nicht abgewichen werden kann (zwingende Bestimmungen).*
- (4) *Auf das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Einigung der Parteien über das anzuwendende Recht sind die Art. 11, 12 und 29 Abs. 3 und Art. 31 anzuwenden.*

### 5.15.3 Verträge ohne Rechtswahl

Ist keine Rechtswahlklausel getroffen worden, so muss zwischen B2B und B2C-Verträgen differenziert werden. Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB wird ohne Rechtswahl grundsätzlich davon ausgegangen, dass der Vertrag dem Recht des Staates unterliegt, „mit dem er die engsten Verbindungen aufweist“. Unter Berücksichtigung des Art. 28 Abs. 2 EGBGB wird die Vermutung aufgestellt, dass der Staat mit der engsten Verbindung der Staat ist, in welchem derjenige, der die Leistung zu erbringen hat, seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seinen Unternehmenssitz hat. Für Online-Geschäfte bedeutet dies, dass in der Regel das Recht des Staates angewandt wird, in welchem der Anbieter der Ware oder Werk- bzw. Dienstleistung seinen Sitz hat. Ist der Vertragspartner allerdings „Verbraucher“, so greifen allerdings die in Art. 29 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 28 Abs. 5 EGBGB normierten verbraucherfreundlichen Regelungen. Bei B2C-Verträgen ohne Rechtswahlklausel gilt nach Art. 29 Abs. 2 EGBGB das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers. Es ist also zwischen B2B- und B2C-Verträgen insoweit zu differenzieren, als beim B2B-E-Commerce in der Regel das Recht des Staates des Unternehmenssitzes und bei B2C-Verträgen in der Regel das Recht des Staates anzuwenden ist, in welchem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

## 5.16 Zusammenfassung

- Verträge kommen im Internet durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, nämlich Angebot und Annahme zustande.
- Im Internet kann eine Willenserklärung mündlich, schriftlich oder konkludent abgegeben werden.
- Nach ganz herrschender Meinung stellen Warenanpreisungen im Internet gewöhnlich noch kein bindendes Angebot dar, sondern lediglich eine „*invitatio ad offerendum*“.
- Im Rahmen des Zugangs von Willenserklärungen per E-Mail ist zwischen Mails an Privatpersonen und Mails an Unternehmer zu unterscheiden.
- Internetauktionen gelten gewöhnlich nicht als Auktionen im klassischen Sinne. Auf sie ist grundsätzlich das Recht des Kaufvertrages anzuwenden. Dementsprechend gelten hier in der Regel auch die Verbraucherschutzvorschriften, die das BGB für Fernabsatzgeschäfte vorgesehen hat und die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr.

## 6 E-Commerce

### 6.1 Einführung

Der Begriff des E-Commerce bezeichnet weit mehr als die schlichte Abwicklung von Geschäften per Internet. Er umfasst vielmehr auch die gesamten Vorgänge im Vorfeld und auch die während der Abwicklung derartiger Geschäfte. Ob und inwieweit sich ein Unternehmen im Wettbewerb des E-Commerce etablieren kann, hängt von unterschiedlichen Faktoren ab. Insbesondere spielen hierbei die Faktoren „technische Ausstattung“ und „Nutzungsverhalten“ eine wesentliche Rolle. Ohne Kenntnis dieser Faktoren und der rechtlichen Rahmenbedingungen können weder Gewerbetreibende noch Freiberufler ihren Auftritt im Netz zielsicher planen. Nachdem in den vergangenen Jahren vorwiegend die großen Unternehmen in ihren Netzauftritt investiert hatten, sind es nunmehr die kleinen und mittleren Unternehmen, die nach einer langen Phase der Skepsis, nunmehr in Hardware und damit in die Infrastruktur investieren um E-Commerce zu betreiben.

Möchte jemand beruflich Waren über das Internet vertreiben, so sollte er sich zuvor über die formellen und gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen Gedanken machen.

### 6.2 Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten

Wer im EDV-Bereich oder über das Internet Waren oder Dienstleistungen anbieten möchte, steht zunächst vor der Entscheidung, ob er dies alleine oder als Gesellschaft mit anderen gemeinschaftlich tun möchte.

#### 6.2.1 Einzelner

Insbesondere Personen, die nicht möchten, dass auch andere in ihrem Unternehmen Mitspracherechte haben, entscheiden sich für die Möglichkeit des Einzelkaufmanns. Denn ein Einzelunternehmer muss bei seinen Entscheidungen auf keine Mitgesellschafter Rücksicht nehmen. Er trägt allerdings das unternehmerische Risiko allein. Er haftet für die Verbindlichkeiten, welche er eingeht mit seinem Privatvermögen. Um

die Haftung auf ein Gesellschaftsvermögen zu beschränken wird oftmals eine Kapitalgesellschaft, in der Regel eine GmbH, gegründet.

### 6.2.2 Gesellschaft

Im Rahmen der Gesellschaften wird zwischen Personengesellschaften und Körperschaften unterschieden.<sup>278</sup> Während in Personengesellschaften die Gesellschaft selbst nicht voll rechtsfähig ist und deshalb die an der Gesellschaft beteiligten Personen Träger von Rechten und Pflichten sind, besitzen Kapitalgesellschaften eine eigene Rechtspersönlichkeit und sind vollständig rechtsfähig. Mit einem Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2001 wurde die strenge Trennung zwischen „rechtsfähig“ und „nicht rechtsfähig“ aufgegeben<sup>279</sup> und auch einer Personengesellschaft wie der GbR eine partielle Rechtsfähigkeit eingeräumt.<sup>280</sup> Eine volle Rechtsfähigkeit ist bei Personengesellschaften nicht gegeben. Handlungsfähig sind Körperschaften über ihre Organe. Unterschiede bestehen auch in den Bereichen Gesellschaftsvertrag und Steuern. Während der Gesellschaftsvertrag, der als Kapitalgesellschaft organisierten Körperschaften GmbH und AG aufgrund gesetzlicher Vorgaben im Gesellschaftsvertrag für vom Gesetz abweichende Regelungen kaum Möglichkeiten eröffnet, besteht für Personengesellschaften im Innenverhältnis für viele Punkte die Möglichkeit, von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen. Lediglich wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Besonderes bestimmt, wird auf die Gesetzeslage zurückgegriffen.<sup>281</sup> Der steuerliche Unterschied besteht darin, dass die Personengesellschaften mangels eigener Vollrechtsfähigkeit nicht besteuert werden. Stattdessen wird ermittelt, welchen Gewinn die Gesellschaft erwirtschaftet hat und welcher Anteil davon auf jeden Gesellschafter entfällt. Dieses bezeichnet man deshalb auch als „einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung“. Besteuert werden hier nur die an der Gesellschaft beteiligten Gesellschafter im Rahmen der Einkommensteuer mit ihren individuellen Steuersätzen. Körperschaften sind als juristische Personen hingegen vollrechtsfähig. Deshalb wird hier zunächst die Gesellschaft selbst besteuert. Die Steuerart für derartige Rechtsgebilde nennt sich Körperschaftsteuer und ist, unabhängig davon, ob Gewinne an die Gesellschafter ausgeschüttet oder thesauriert werden, von der Gesellschaft zu entrichten.

<sup>278</sup> Eine tabellarische Gegenüberstellung der unterschiedlichen Unternehmenstypen findet sich bei: Geiger / Thron, VOR-Schriften zur Existenzgründung, Berlin 2004, S. 138 f.; Hebig, Existenzgründungsberatung, 5. Aufl., Berlin 2004, S. 145 ff.

<sup>279</sup> Vgl. Schade, Wirtschaftsprivatrecht. Grundlagen des Bürgerlichen Rechts sowie des Handels- und Wirtschaftsrechts, Stuttgart 2006, Rn. 513.

<sup>280</sup> Vgl. BGHZ 146, 341, 343, 346; Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 13. Aufl., München 2004, S. 15.

<sup>281</sup> Das Muster eines GbR-Vertrages findet sich beispielsweise in: von Collrepp, Handbuch Existenzgründung, 5. Aufl., Stuttgart 2007, S. 104 ff.

Zu den Personengesellschaften gehören:

- Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR),
- Offene Handelsgesellschaft (OHG),
- Kommanditgesellschaft (KG),
- GmbH & Co. KG,
- Stille Gesellschaft.

Zu den Körperschaften gehören:

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH),
- Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt),
- Aktiengesellschaft (AG).

### 6.2.3 Die GbR

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird bisweilen auch als BGB Gesellschaft bezeichnet, weil sie in §§ 705 ff. BGB geregelt ist. Sie stellt den Grundtyp aller Personengesellschaften dar<sup>282</sup> und entsteht, wenn sich mehrere Gesellschafter zusammenschließen, um einen gemeinsamen Zweck zu erreichen. Zu ihrer Gründung bedarf es keines Mindestkapitals und keines schriftlichen Gesellschaftsvertrages. Derartige Gesellschaften können in der Praxis bereits durch schlüssiges Verhalten zustande kommen, indem mehrere Personen, nämlich mindestens zwei, gemeinsam ein Ziel verfolgen. Tun sich also beispielsweise zwei Informatikstudenten zusammen, um gemeinsam Software zu entwickeln, akquirieren Kunden und bearbeiten deren Aufträge, so sind diese beiden Informatikstudenten, selbst wenn sie keine genauen Absprachen getroffen oder schriftlich formuliert haben, als GbR anzusehen.<sup>283</sup> Im Rahmen der GbR haften alle Beteiligten neben dem Gesellschaftsvermögen voll mit ihrem Privatvermögen.<sup>284</sup> Es ist eine gesamtschuldnerische Haftung. Das bedeutet, der Gläubiger kann auch von einem Gesellschafter die Zahlung der vollen Summe verlangen. Die Gesellschafter können sich dann im Innenverhältnis, also untereinander, um Ausgleich bemühen.

<sup>282</sup> Vgl. Wien, Existenzgründung, München 2009, S. 66.

<sup>283</sup> Zu unbewussten Zusammenschlüssen vgl.: Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 15 f.

<sup>284</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2005, 400, S. 401; Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2006, S. 404; Schade, Wirtschaftsprivatrecht, Stuttgart 2006, Rn. 518.

### 6.2.4 Die OHG

Die offene Handelsgesellschaft hat mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemein, dass alle Gesellschafter gesamtschuldnerisch unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haften.<sup>285</sup> Im Unterschied zur GbR haben sie sich in dieser Form aber nicht zu einem beliebigen Zweck zusammengeschlossen, sondern ihr Zweck besteht im gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Nach § 105 Abs. 1 HGB führt dies zu einer Klassifizierung als OHG. Eine derartige Gesellschaft ist gemäß § 106 Abs. 1 HGB bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden<sup>286</sup>.

### 6.2.5 Die KG

Zur Gründung einer Kommanditgesellschaft (KG) bedarf es mindestens zwei Personen. Eine von ihnen muss, neben dem Gesellschaftsvermögen, auch mit dem Privatvermögen vollständig haften, diese wird auch als Komplementär bezeichnet. Die andere Person haftet nur bis zur Höhe der vertraglich vereinbarten Einlage. Derartige Personen werden auch als Kommanditisten bezeichnet. Solange die Einlage noch nicht vollständig eingezahlt ist, ist deren Haftung auch aus dem Privatvermögen zu erbringen.<sup>287</sup> Diese Gesellschaftsform bietet sich besonders an, wenn ein Unternehmer das Sagen in seinem Unternehmen haben möchte und auf andere Gesellschafter angewiesen ist, damit diese Geld in das Unternehmen einlegen. Als Komplementär hat der Unternehmer auch die Geschäftsführung inne, wohingegen die Kommanditisten gewöhnlich lediglich über Kontrollrechte verfügen.<sup>288</sup> Gesetzliche Regelungen zur Kommanditgesellschaft finden sich ab § 161 HGB. Allerdings beschränkt sich das Gesetz an dieser Stelle vornehmlich auf Regelungen bezüglich des Kommanditisten. Bei auftretenden Regelungslücken ist gemäß § 161 Abs. 2 HGB auf die Regelungen für offene Handelsgesellschaften zurückzugreifen. Dies wird insbesondere bei Fragen bezüglich der Rechte des Komplementärs nötig sein, denn der Gesetzgeber hat die Rechtsverhältnisse des Komplementärs im Recht der Kommanditgesellschaft nicht ausreichend geregelt. Da der Komplementär mit seinem gesamten Privatvermögen haftet, ist er von der gesamten Ausgestaltung mit einem Gesellschafter einer OHG vergleichbar, so dass der Rückgriff in die gesetzlichen Regelungen der OHG hier auch angebracht erscheint.

<sup>285</sup> Vgl. Schade, Wirtschaftsprivatrecht, Stuttgart 2006, Rn. 526; Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2006, S. 413.

<sup>286</sup> Vgl. hierzu auch: Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 60.

<sup>287</sup> Vgl. Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2006, S. 426.

<sup>288</sup> Vgl. Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 110 f.

### 6.2.6 Die GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist eine besondere Ausgestaltung der Kommanditgesellschaft.<sup>289</sup> Hier wird die Haftungsbeschränkung einer GmbH mit der Personengesellschaft verbunden.<sup>290</sup> Der persönlich haftende Gesellschafter ist hierbei nicht eine natürliche Person, sondern an ihre Stelle wird eine juristische Person, nämlich eine GmbH gesetzt. Damit stellt die GmbH & Co. KG eine besondere Form der Kommanditgesellschaft und somit eine Personengesellschaft dar. Wie auch bei der gewöhnlichen KG haben auch hier, in der GmbH & Co. KG die Kommanditisten in der Regel keinen Einfluss auf die Geschäftsführung und nur in geringem Umfang Kontrollrechte.<sup>291</sup> Alternativ zur GmbH & Co. KG ist es seit Einführung der Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) auch möglich eine UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG zu gründen.

### 6.2.7 Stille Gesellschaft

Im Unterschied zur KG oder OHG entsteht bei der stillen Gesellschaft kein gemeinsames Gesellschaftsvermögen.<sup>292</sup> Die Stille Gesellschaft ist keine klassische Gesellschaftsform zum Betreiben von Geschäften. Sie kann vielmehr als interne Absprache zwischen einem Unternehmer und einem Geldgeber verstanden werden. Gesetzlich normiert ist die stille Gesellschaft in den §§ 230 ff. HGB. Hierbei beteiligt sich der stille Gesellschafter an einem Unternehmen in der Weise, dass er dem Unternehmer eine Einlage zur Verfügung stellt, welche in das Eigentum des Unternehmers übergeht. Im Gegenzug lässt sich der Geldgeber vertraglich eine Beteiligung am Gewinn<sup>293</sup> einräumen. Zwar sieht das Gesetz mit § 231 Abs. 1 HGB grundsätzlich eine Beteiligung des stillen Gesellschafters am Gewinn und am Verlust vor, doch wird in der Praxis die Verlustbeteiligung entsprechend den Regelungen des § 231 Abs. 2 HGB vertraglich ausgeschlossen. Der Stille Gesellschafter tritt nach außen nicht in Erscheinung. Für die Kunden oder sonstige Vertragspartner des Unternehmers ändert sich nichts. Sie schließen ihre Geschäfte weiterhin nur mit dem Unternehmer, ohne dass ihnen ein weiterer Gesellschafter bekannt gegeben wird. Die stille Gesellschaft ist also eine reine Innengesellschaft.<sup>294</sup>

*Beispiel:*

*A betreibt E-Commerce. Da er Geld benötigt, vereinbart er mit dem Geldgeber G, dass dieser seinem Unternehmen 10.000 Euro zur Verfügung stellt, welche in das Vermögen*

<sup>289</sup> Zu den Gründungsmotiven vgl.: Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 301 ff.

<sup>290</sup> Vgl. Schade, Wirtschaftsprivatrecht, Rn. 574.

<sup>291</sup> Vgl. BGHZ 69, 207, 209; Schade, Wirtschaftsprivatrecht, Rn. 574.

<sup>292</sup> Vgl. Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 133.

<sup>293</sup> Zur Gewinn- und Verlustrechnung vgl.: Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 139.

<sup>294</sup> Vgl. Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 13. Aufl., München 2004, S. 128.



*des A übergehen. Im Gegenzug verpflichtet sich A, dem G später einen bestimmten Anteil am Gewinn auszuzahlen. Eine Verlustbeteiligung des G wird vertraglich ausgeschlossen.*

Diese Absprache hat auch steuerliche Auswirkungen. Im Steuerrecht wird zwischen typisch und atypisch stillem Gesellschafter unterschieden.<sup>295</sup> Während der typisch stille Gesellschafter je nach Vereinbarung am Gewinn und Verlust oder nur am Gewinn beteiligt ist, so ist der atypisch stille Gesellschafter darüber hinaus auch noch an den stillen Reserven und am Unternehmenswert beteiligt. Dies sind die Hauptkriterien für die Abgrenzung. In der Praxis gibt es noch einige Indizien, die mit dieser Differenzierung oftmals verbunden sind. So hat der typisch stille Gesellschafter kein Mitspracherecht im Unternehmen. Er hat lediglich Kontrollrechte und kann durch Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen sicherstellen, dass er in angemessener Weise am Gewinn beteiligt wird. Der atypisch stille Gesellschafter hat hingegen oftmals vertraglich festgelegte Mitspracherechte. Zwar tritt er nach außen nicht in Erscheinung, doch kann er die Führung der Geschäfte durch sein Mitspracherecht bis zu einem gewissen Grad beeinflussen. Steuerlich wird zwischen beiden Arten der stillen Gesellschaft unterschieden. An sie sind unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft. So erzielt der typisch stille Gesellschafter Einkünfte aus Kapitalvermögen, wohingegen der atypisch stille Gesellschafter aufgrund seiner stärkeren Beteiligung und des meist bestehenden Mitspracherechts von der Finanzverwaltung als Mitunternehmer angesehen wird. Während der Unternehmer bei einer typisch stillen Gesellschaft die Zahlungen an den typisch stillen Gesellschafter als Betriebsausgaben absetzen kann, wird bei der atypisch stillen Gesellschaft der stille Gesellschafter als Mitunternehmer angesehen, so dass er im Rahmen einer einheitlichen und gesonderten Gewinnermittlung Berücksichtigung findet.

### 6.2.8 Die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt)

Bereits der Name „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ verrät, weshalb diese Gesellschaftsform sich im Wirtschaftsleben ungebrochen großer Beliebtheit erfreut.<sup>296</sup> Um eine GmbH zu gründen und damit die eigene Haftung zu begrenzen, bedarf es der Aufbringung eines Haftungskapitals von 25.000 Euro.<sup>297</sup> Vorteil dieser Gesellschaftsform ist es, dass die GmbH eine juristische Person darstellt und deshalb lediglich die Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten haftet und nicht die daran beteiligten Gesellschafter. Anders als die zuvor dargestellten Personengesellschaften, bei denen zur Gründung mindestens jeweils zwei Personen erforderlich sind, bedarf es zur

<sup>295</sup> Vgl. Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, S. 434 f.; Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 132.

<sup>296</sup> Vgl. Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2006, S. 451.

<sup>297</sup> Vgl. Schade, Wirtschaftsprivatrecht, Stuttgart 2006, Rn. 565.

Gründung einer GmbH seit 1981 lediglich einer Person.<sup>298</sup> Formell ist zu beachten, dass der Gesellschaftsvertrag im Rahmen der GmbH-Gründung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG der notariellen Form bedarf, der Gesellschaftsvertrag den in § 3 Abs. 1 GmbHG normierten Mindestinhalt regeln muss<sup>299</sup>, und die Gesellschaft nach § 7 Abs. 1 bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist.

Zwar ist es in Ausnahmefällen auch zulässig bei Gründung nur die Hälfte des Stammkapitals einzuzahlen<sup>300</sup>, doch sollte dies nur die Ausnahme darstellen. Da die Gesellschafter persönlich für den fehlenden Restbetrag haften, sollte dies auch wirklich nur als Ausnahme angesehen werden. Der Gesetzgeber geht von einer nach kurzer Zeit erfolgenden Aufstockung der Summe auf die volle Höhe aus. Nachdem lange Zeit darüber diskutiert wurde, ob es mit Blick auf die europäischen Nachbarstaaten nicht besser wäre, die Haftungssumme abzusenken, trat am 1. November 2008 ein Gesetz mit dem Titel „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG) in Kraft.<sup>301</sup> Durch das MoMiG wurde das GmbH-Gesetz umfassend geändert. Hierbei wurden zwei Richtungen verfolgt. Einerseits sollte die GmbH besser gegen Missbräuche geschützt, andererseits die Attraktivität der deutschen GmbH gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen gesteigert werden. Ziel dieser grundlegenden Reformierung des GmbH-Rechts war es nicht zuletzt, der in Deutschland zunehmenden Konkurrenz durch GmbH ähnlichen Gesellschaftsformen, wie beispielsweise der englischen Limited, entgegenzutreten. Viele derartige europäische Unternehmensformen erfordern nur einen geringen Gründungsaufwand, so dass sie in Deutschland in den letzten Jahren zunehmend an Attraktivität gewonnen haben. Um allerdings auf der einen Seite die Hürden für Existenzgründer abzubauen, andererseits aber Missbrauch zu verhindern, musste die Gesetzesnovelle drei Kriterien in sich vereinen. Sie musste zum einen die Gründung von Unternehmen beschleunigen und vereinfachen; darüber hinaus musste das GmbH-Recht im Rahmen der Erneuerung schlanker gestaltet werden und als drittes wurde daran gearbeitet, den Schutz der Gläubiger zu verbessern.

Somit ist es seit dem 1. November 2008 möglich, anstatt einer GmbH, welche weiterhin im bundesdeutschen Rechtssystem bestehen bleibt, eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) zu gründen. Diese neue Gesellschaftsform ist der GmbH sehr ähnlich und ist streng genommen keine eigenständige Rechtsform, sondern nur eine Unterart der GmbH. Sie wird daher in § 5a GmbHG normiert und muss zwingend unter der Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder mit dem Kürzel „UG (haftungsbeschränkt)“ geführt werden. Ihr Stammkapital muss weniger als 25.000 Euro betragen, aber ein Mindestkapital von 1 Euro aufweisen. Dieser Betrag

<sup>298</sup> Vgl. Müssig, Wirtschaftsprivatrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2006, S. 451.

<sup>299</sup> Vgl. hierzu auch: Klunzinger, Grundzüge des Gesellschaftsrechts, S. 233 f.

<sup>300</sup> Vgl. Schade, Wirtschaftsprivatrecht, Rn. 566.

<sup>301</sup> Vgl. BGBl. I 2008, S. 2026; zum Diskussionsprozess auch: Bittmann, Reform des GmbHG und Strafrecht, wistra 2007, S. 321 ff.

muss auch vollständig eingezahlt werden. Somit ist es theoretisch möglich, mit nur einem Euro eine Gründung vorzunehmen. In der Praxis werden allerdings für die Gründungsmodalitäten, wie Beglaubigungen und Anmeldeformalitäten, etwas mehr als ein Euro erforderlich sein. Die UG (haftungsbeschränkt) darf ihre Gewinne allerdings nicht insgesamt ausschütten. Vielmehr ist bei dieser Gründungsvariante vorgesehen, mindestens ein Viertel des Jahresgewinns so lange einer gesetzlichen Rücklage zuzuführen, bis der Betrag von 25.000 Euro erreicht ist. Erst wenn dieses Mindeststammkapital aufgebracht worden ist, kann eine Umfirmierung von Unternehmergesellschaft in GmbH stattfinden. Auch die sonstigen Gründungsmodalitäten sind erleichtert worden. So enthält das GmbH-Gesetz nunmehr eine beigefügte Mustersatzung. Wird diese verwendet, so müssen die einzureichenden Unterlagen nicht mehr notariell beglaubigt werden. Lediglich die Unterschriften bedürfen einer notariellen Beglaubigung. Dies kann Kosten sparen. Durch die Mustersatzung kann in einfach gelagerten Fällen eine anwaltliche Beratung möglicherweise entbehrlich werden.

### 6.2.9 Ausweichen auf ausländische Unternehmenstypen

Nach Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist die Notwendigkeit zum Ausweichen auf ausländische Unternehmenstypen für viele Unternehmensgründer in der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr gegeben. Dennoch erfreut sich die englische Gesellschaftsform der Private Limited Company, welche auch schlicht als Limited (Ltd.) bezeichnet wird, im Rahmen der Alternativen zur GmbH einer besonderen Beliebtheit.<sup>302</sup> Ihre Beliebtheit ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das Haftungskapital, welches zur Gründung aufgebracht werden muss, lediglich 1 Pound beträgt. Zweigniederlassungen von Unternehmen anderer Mitgliedsstaaten müssen auch in den übrigen Mitgliedsstaaten anerkannt und eingetragen werden.<sup>303</sup> Zu beachten ist hierbei jedoch, dass eine englische Gesellschaft zwar aufgrund der europäischen Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland anerkannt wird und dementsprechend Handel betreiben darf, doch muss sie als englische Unternehmensform in Großbritannien nach englischem Recht gegründet werden. Im Einzelnen können hier gravierende Unterschiede zur GmbH bestehen. Beispielsweise ist es nicht wie bei der GmbH möglich, eine Limited mit einer Person zu gründen. Die Limited benötigt hierfür mindestens zwei Personen, nämlich einen „Director“ und einen „Secretary“.<sup>304</sup> Bei den unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen werden die Nachteile für den deutschen Unternehmer offenkundig. Entweder er bemüht sich selbst nach Großbritannien oder er

<sup>302</sup> Vgl. Rohlffing, Wirtschaftsrecht 2, Wiesbaden 2005, S. 56 f.

<sup>303</sup> Vgl. EuGH, NJW 2003, S. 3331; Rohlffing, Wirtschaftsrecht 2, Wiesbaden 2005, S. 56; Zimmer, Nach „Inspire Art“, Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, in: NJW 2003, S. 3585 ff.

<sup>304</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Rahmenbedingungen die Synopse Limited – GmbH: in: Römermann (Hrsg.), Private Limited Company in Deutschland, S. 241.

geht das Risiko ein und überlässt fremden Dritten die Gründung seiner Limited. Bisweilen finden sich sogar im Internet Angebote, in welchen Personen versprechen, gegen Zahlung weniger hundert Euro in England eine Limited anzumelden. Der Unternehmer sollte auch die Folgekosten bedenken. Da es sich um einen englischen Unternehmenstyp handelt, sind im Hinblick auf das englische Unternehmen und die deutsche Zweigstelle in der Regel deutsches Steuerrecht und unter Umständen zusätzlich englisches Steuerrecht anwendbar. Darüber hinaus werden doppelte Jahresabschlüsse und unter Umständen auch eine doppelte Steuererklärung erforderlich sein, was wiederum zu erhöhten Steuerberaterkosten führen kann.<sup>305</sup> Denn welcher Steuerberater kennt sich sowohl im deutschen als auch im englischen Steuerrecht aus? Auch bei der Förderung des Unternehmens durch Existenzgründerprogramme ist festzustellen, dass die Bundesrepublik deutsche Existenzgründer fördert und keine ausländischen Gesellschaftsformen. Insofern sollte sich der Unternehmer trotz des niedrigen Haftungskapitals gut überlegen, ob er sich für diese Gesellschaftsform entscheidet.

Um die genannten Nachteile auszuschalten, kann allerdings auf eine interessante Gestaltungsalternative zurückgegriffen werden. Nämlich auf die Limited & Co KG. Vorteil dieses Konstruktes ist, dass es einen deutschen Unternehmenstyp verkörpert; nämlich eine KG, deren voll haftender Gesellschafter eine Limited ist. Durch diesen Kunstgriff wird erreicht, dass eine Existenzgründerförderung in Deutschland möglich ist. Darüber hinaus bestehen hier auch steuerliche Vorteile. Da dieses Konstrukt eine Personengesellschaft darstellt, kann die Limited & Co KG in Deutschland im Rahmen der Gewerbesteuer den Freibetrag des § 11 Abs. 1 GewStG von 24.500 Euro in Anspruch nehmen, der in dieser Höhe für Kapitalgesellschaften wie die Limited oder GmbH nicht besteht. Dieser steuerbegünstigende Effekt wird noch erhöht, weil für Personengesellschaften nach § 11 Abs. 2 GewStG gestaffelt eine niedrigere Steuermesszahl anzusetzen ist als bei anderen Gewerbebetrieben.

### 6.2.10 Formalitäten der Gewerbeanmeldung

Als erstes muss, sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, ein Gewerbe angemeldet werden. Gemeldet werden muss ein Gewerbe, wenn folgende Tatbestände vorliegen:

- Die Tätigkeit muss selbständig ausgeübt werden. Hierunter ist zu verstehen, dass der Gewerbetreibende eigenverantwortlich und auf eigene Rechnung arbeitet.
- Darüber hinaus muss eine Gewinnerzielungspflicht vorliegen. Auch wenn bei neuen Unternehmen möglicherweise nicht sofort Gewinne anfallen, ist dieses Kriterium weit auszulegen. So reicht es aus, dass die Unternehmung mit der Absicht eröffnet wurde Gewinne zu erzielen.

<sup>305</sup> Vgl. Römermann (Hrsg.), *Private Limited Company in Deutschland. Praxis-Leitfaden für Berater und Unternehmer*, Bonn 2006, S. 240 f.

- Ferner muss die Tätigkeit nachhaltig ausgeübt werden. Einmalige oder gelegentliche Verkäufe genügen hierfür nicht.

Als negatives Abgrenzungskriterium kommt hinzu, dass freie Berufe ebenfalls keiner Gewerbeanmeldung bedürfen

Die Gewerbeanmeldung hat am Sitz des Unternehmens zu erfolgen.<sup>306</sup> Zuständig hierfür ist das Gewerbeamt der jeweiligen Stadt oder Gemeinde. Zur Anmeldung ist ein Vordruck auszufüllen. Derartige Vordrucke sind standardisiert und sind bei den Städten und Gemeinden erhältlich, können aber mittlerweile nahezu für jede Region auch aus dem Internet gezogen werden. Bei der Anmeldung ist es erforderlich, den Personalausweis oder den Reisepass vorzulegen.<sup>307</sup> Die Kosten der Anmeldung sind regional unterschiedlich und liegen zwischen 15 und 30 Euro. Das Gewerbeamt benachrichtigt dann automatisch andere Behörden und Institutionen wie beispielsweise das Finanzamt und die IHK. Sollte der Unternehmer die Anmeldung des Gewerbes vergessen haben, so informieren die Behörden sich untereinander. Gewöhnlich wird der Unternehmer aufgefordert, die Anmeldung innerhalb einer gesetzten Frist nachzuholen. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, so hat er eine Bußgeldzahlung zu befürchten.

Mit der Zuordnung eines Unternehmers als Gewerbetreibender sind bestimmte Pflichten verbunden, welchen Freiberufler nicht unterworfen sind. So ist ein Gewerbetreibender beispielsweise gewerbesteuerpflichtig. Darüber hinaus unterliegt er auch besonderen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten. Ferner ist er Pflichtmitglied in der Industrie und Handelskammer und muss dementsprechend auch die entsprechenden Beiträge entrichten.

### 6.2.11 Unternehmereigenschaft im Rahmen des Online-Handels

Wann ist man privater und wann gewerblicher Verkäufer? Insbesondere im Bereich des Internetrechts herrscht für viele Nutzer die Frage, wann eine Unternehmereigenschaft anzusehen ist. Ausgangspunkt für die Problematik war eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Widerrufsrecht bei Online-Auktionen aus dem Jahre 2004.<sup>308</sup> Das Gericht stellte bereits im Jahre 2001 klar, dass eBay-Auktionen keine Versteige-

<sup>306</sup> Vgl. zur Gewerbeanmeldung auch: Geiger / Thron, VOR-Schriften zur Existenzgründung, Berlin 2004, S. 212 f.; Hebig, Existenzgründungsberatung, 5. Aufl., Berlin 2004, S. 85 sowie auf S. 290 ein Muster des Anmeldeformulars.

<sup>307</sup> Vgl. von Collrepp, Handbuch der Existenzgründung, 5. Aufl., Stuttgart 2007, S. 518.

<sup>308</sup> Vgl. BGH, MMR 2005, S. 37, mit Anmerkung Spindler.

rungen im klassischen Sinn darstellen.<sup>309</sup> Aus diesem Grunde kann, sofern es sich um einen Verkauf durch einen Unternehmer handelt, das Widerrufsrecht nicht ausgeschlossen werden.<sup>310</sup> Auch wenn dieses Urteil in Bezug auf das Widerrufsrecht Rechtssicherheit geschaffen hat, so ist nach dieser Entscheidung das Problem aufgetreten, dass sich die Verkäufer immer wieder die Frage stellten, ab wann sie als Unternehmer angesehen werden.

*Beispiel:*

*Frau F möchte ihr Haus entrümpeln. Ihre Kinder sind bereits erwachsen, mittlerweile verheiratet und aus dem Haus ausgezogen. Deren alten Spielsachen und Kleidungsstücke sind aber zurückgeblieben und lagern im Keller sowie auf dem Dachboden. Bevor all diese schönen Sachen endgültig verkommen, möchte Frau F sie lieber verkaufen. Das Einverständnis der Kinder hat sie. Sie sucht alle alten, gut erhaltenen, zum Teil nicht einmal verwendeten Kleidungsstücke und Spielsachen ihrer Kinder zusammen und stellt sie auf der Verkaufsplattform von eBay ein, um sie zu verkaufen. Eine Freundin, die hiervon erfährt macht ihr allerdings mit folgender Bemerkung Angst: „Jetzt hast du aber so viel angeboten, dass man dich als gewerblichen Händler ansieht. Nun musst du ein Gewerbe anmelden und deine Umsätze versteuern“. Hat die Freundin Recht?*

Insbesondere im umgangssprachlichen Gebrauch führt die oftmals nicht trennscharfe synonyme Verwendung der Begriffe Unternehmer und Gewerbetreibender zu großer Unsicherheit über die daran anknüpfenden Folgen. Der Begriff des „Unternehmers“ bzw. des „Gewerbetreibenden“ wird in der Rechtsordnung nicht einheitlich verwendet. Je nachdem in welchem Rechtsgebiet man sich befindet, sind unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen mit einer Einordnung als „Unternehmer“ verbunden. Zwar gibt es einige Überschneidungen der Voraussetzungen und Kriterien, doch sollte nicht der Irrglaube entstehen, ein privater Anbieter müsse ab einer bestimmten Anzahl von Verkäufen ein Gewerbe anmelden oder seine Einkünfte bestimmten Steuerarten unterwerfen.

Zunächst müssen einige Rechtsgebiete unterschieden werden, in denen dem Begriff „Unternehmer“ bzw. „Gewerbetreibender“ sehr unterschiedliche Funktionen zukommen:

1. Der Unternehmerbegriff des § 14 BGB sowie der handelsrechtliche Bereich, in welchem die Frage, ob jemand ein Gewerbe betreibt ausschlaggebend dafür ist, ob er beim Ordnungsamt der Stadt oder der Gemeinde einen Gewerbebeschein beantragen muss.

<sup>309</sup> Vgl. BGH, Entscheidung vom 07.11.2001, NJW 2002, S. 363; vgl. zur aktuellen eBay-Rechtsprechung auch: Schlömer / Dittrich, eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2010, K&R 2011, 159 ff.

<sup>310</sup> Vgl. BGH, MMR 2005, S. 37, mit Anmerkung Spindler.

2. Der steuerliche Bereich, in welchem das Betreiben eines Gewerbes wesentlich für die Frage ist, ob und in welchen Steuerarten eine Person zur Steuer veranlagt wird.
3. Der Bereich des Verbraucherschutzes, in welchem der Begriff des Unternehmers Anknüpfungspunkt etlicher Pflichten ist, deren Ziel letztlich die Verbesserung der Rechtsposition des Verbrauchers ist.

### 6.2.11.1 Der Unternehmerbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs

In § 14 BGB befindet sich die gesetzliche Definition des Unternehmerbegriffs. Diese Vorschrift lautet:

*§ 14 BGB Unternehmer.*

- (1) *Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.*
- (2) *Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.*

Der durch diese Vorschrift normierte Begriff des Unternehmers reicht in seiner Bedeutung und seinem Umfang weiter als der Begriff des Kaufmanns im Handelsrecht.<sup>311</sup> Der Begriff der „gewerblichen Tätigkeit“ wird im BGB nicht näher ausgeführt, so dass mangels anderer Möglichkeiten auf den in § 1 Abs. 2 HGB normierten Gewerbebegriff abzustellen ist. Danach ist ein Gewerbe dann gegeben, wenn eine planvolle, auf eine gewisse Dauer angelegte, selbständige, wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird und dieses nach außen hervortritt.<sup>312</sup> Ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb ist nicht erforderlich.<sup>313</sup> Die Tätigkeit muss auch nicht zwingend hauptberuflich ausgeübt werden.<sup>314</sup>

### 6.2.11.2 Der steuerliche Bereich

Der § 14 GewO schreibt vor, dass Personen, die ein Gewerbe betreiben, zu dessen Anmeldung verpflichtet sind. Doch findet sich in der Gewerbeordnung selbst keine Definition des Begriffes. Für diese Definition wird auf § 15 Abs. 2 des Einkommen-

<sup>311</sup> Vgl. Münchner Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2006, Vor §§ 13, 14 Rn. 12 und Rn. 43.

<sup>312</sup> Vgl. BGH, Entscheidung vom 29.03.2006, NJW 2006, S. 2250, 2251.

<sup>313</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Entscheidung vom 22.12.2004, CR 2005, S. 883, 884; Rohlfing, Unternehmer qua Indizwirkung? – Darlegungs- und Beweislast bei geschäftsmäßigem Handeln in elektronischen Marktplätzen, MMR 2006, S. 271, 273.

<sup>314</sup> Vgl. LG Berlin, Entscheidung vom 05.09.2006, MMR 2007, S. 401; LG Hanau, Entscheidung vom 28.09.2006, MMR 2007, S. 339.

steuergesetzes (EStG) zurückgegriffen. Dort wird ein Gewerbe definiert als „eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, (...) wenn die Betätigung weder als Ausübung eines freien Berufes noch als eine andere selbständige Arbeit“ im Sinne des EStG anzusehen ist.

Im Steuerrecht differiert der Unternehmerbegriff sogar innerhalb unterschiedlicher Steuerarten. Im Umsatzsteuerrecht ist der Unternehmerbegriff beispielsweise weiter gefasst als der Begriff des Gewerbebetriebes im Einkommensteuer- oder im Gewerbesteuer-gesetz. Ein Vergleich mit dem Umsatzsteuerrecht bietet sich auch insoweit an, als der Begriff des Unternehmers im Rahmen des Umsatzsteuerrechts ebenso wie der Begriff des § 14 BGB weitestgehend durch europarechtliche Vorgaben angeglichen wurde. Insofern ist es kaum verwunderlich, dass die Begrifflichkeiten sich inhaltlich ähneln.<sup>315</sup> Der umsatzsteuerliche Unternehmerbegriff findet sich in § 2 UStG und lautet:

*§ 2 UStG Unternehmer, Unternehmen.*

- (1) Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Das Unternehmen umfasst die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird.*
- (2) Die gewerbliche oder berufliche Tätigkeit wird nicht selbständig ausgeübt,*
  - 1. soweit natürliche Personen, einzeln oder zusammengeschlossen, einem Unternehmen so eingegliedert sind, dass sie den Weisungen des Unternehmers zu folgen verpflichtet sind;*
  - 2. wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (Organschaft). (...)*

Nach dem Umsatzsteuergesetz gehört zum Unternehmerbegriff also „jede nachhaltige Tätigkeit gewerblich oder beruflich, die zur Erzielung von Einnahmen dient, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen fehlt“.

Gerade an einer Nachhaltigkeit wird es in Fällen wie dem oben genannten Beispielsfall fehlen. Doch kommt es bei der Beurteilung immer auf das Gesamtbild der Verhältnisse an. Als Kriterien, die bei der Beurteilung der Nachhaltigkeit eine Rolle spielen, hat der Bundesfinanzhof folgende Punkte genannt<sup>316</sup>, die auch in Abschnitt 18 Abs. 2 der Umsatzsteuerrichtlinien (UStR) ihren Niederschlag gefunden haben:

<sup>315</sup> Vgl. AG Hamburg, Entscheidung vom 13.04.2006, Az. 6 C 649/05.

<sup>316</sup> Vgl. BFH, BStBl. 1991 II, S. 776.



- mehrjährige Tätigkeit,
- planmäßiges Handeln,
- auf Wiederholung angelegte Tätigkeit,
- Ausführung mehr als nur eines Umsatzes,
- Vornahme mehrerer gleichartiger Handlungen unter Ausnutzung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses,
- Langfristige Duldung eines Eingriffs in den eigenen Rechtskreis,
- Intensität des Tätigwerdens,
- Beteiligung am Markt,
- Auftreten wie ein Händler,
- Unterhalten eines Geschäftslokals,
- Auftreten nach Außen, z.B. gegenüber Behörden.

Nachhaltig ist also eine Tätigkeit, wenn sie auf Dauer zur Erzielung von Entgelten angelegt ist; wobei die o.g. Kriterien berücksichtigt und gegeneinander abgewogen werden.

Das Einkommensteuerrecht verwendet ähnliche Definitionen für Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit, doch ist der Begriff hier enger als im Umsatzsteuerrecht, weil er auch zwingend eine Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt. Nach den Bewertungskriterien des Steuerrechts ist also ebenso wie im Handelsrecht eine Unternehmereigenschaft erst dann gegeben, wenn die Grenzen der persönlichen Vermögensverwaltung überschritten werden.

### 6.2.11.3 Beurteilung der Gerichte zu Internetfällen

Ein dem oben aufgeführten Beispielfall ähnlich gelagerter Fall erregte im Jahre 2006 Aufsehen. Hier hatte eine Mutter innerhalb eines Monats 93 Artikel bei eBay verkauft und wurde deshalb vom Landgericht Berlin<sup>317</sup> als gewerbliche Händlerin angesehen. Letztlich ist es eine Gesamtwürdigung von Indizien, die zur Qualifizierung einer Unternehmereigenschaft und damit zu einer Einzelfallentscheidung führt.<sup>318</sup> Kriterien können hierfür beispielsweise die Häufigkeit und die Dauer von Auktionsteilnahmen oder ein professioneller Internetauftritt unter Verwendung von Werbebeschreibungen sein.<sup>319</sup> Darüber hinaus kann auch die Art des Verkaufsartikels eine Rolle spielen. So

<sup>317</sup> Vgl. Entscheidung des LG Berlin vom 05.09.2006, Az.: 103 O 75/06.

<sup>318</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 28.06.2007, WRP 2007, S. 1005, 1006.

<sup>319</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Entscheidung vom 21.03.2007, MMR 2007, S. 378, 379; OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 28.06.2007, WRP 2007, S. 1005, 1006; Peter, Power Seller als Unternehmer – Zur Beweislast hinsichtlich der Unternehmereigenschaft von „Power Sellern“ und „Vielverkäufern“ bei Internetauktionen, ITRB 2007, S. 18, 20.

deutet vieles auf eine gewerbliche Tätigkeit hin, wenn jemand neue gleichartige Ware in größerer Stückzahl verkauft. Die Rechtsprechung der letzten Jahre hat jedoch immer deutlicher werden lassen, dass die Gerichte bei der Beurteilung der Unternehmer-eigenschaft im Rahmen von Internetverkäufen verstärkt auf die Anzahl der getätigten Verkäufe schauen.<sup>320</sup> Doch auch hier existieren keine festen Zahlenwerte. So sah beispielsweise das OLG Frankfurt bei 771 Verkäufen innerhalb von vier Jahren ein unternehmerisches Handeln als gegeben an.<sup>321</sup> Der BGH geht bereits bei 59 Verkaufsfaktio-nen von einem häufigen Auftreten als Versteigerer und damit also von einer geschäft-lichen Tätigkeit aus.<sup>322</sup> Eine andere Ansicht scheint das LG Hof zu vertreten. Es sieht in einer Häufung von Geschäftsabwicklungen noch kein Indiz für planmäßige Teil-nahme am wirtschaftlichen Verkehr.<sup>323</sup>

### 6.2.12 Angaben in E-Mails

Wird jemand als Gewerbetreibender eingeordnet, so sind auf ihn und seine Tätigkeit bestimmte Gesetze anzuwenden und es treffen ihn bestimmte Pflichten. Eine relativ neue Pflicht ist beispielsweise die seit 1. Januar 2007 für Kaufleute und Gesellschaften bestehende Pflicht, in ihrer geschäftlichen E-Mail-Korrespondenz zwingend bestimm-te Angaben zu machen. Begründet wird diese Pflicht durch das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregis-ter sowie das Unternehmensregister (EHUG). Dieses nationale Gesetz ist die Umset-zung der so genannten Publizitätsrichtlinie<sup>324</sup>. Diese europäische Vorgabe bezog sich zwar lediglich auf die Informationen über Kapitalgesellschaften, doch wollte der deut-sche Gesetzgeber eine einheitliche Regelung für Einzelkaufleute, Personen- und Kapi-talgesellschaften schaffen, um die Handhabung im Geschäftsverkehr nicht zu ver-komplizieren.<sup>325</sup> Insofern beschlossen die Politiker – wie zuvor in der wissenschaftli-chen Literatur vorwiegend erwartet<sup>326</sup> – eine einheitliche Regelung.

Sowohl Einzelkaufleute als auch Personen- und Kapitalgesellschaften haben in ihren geschäftlichen E-Mails nunmehr die in §§ 37a, 125a und 177a HGB, 35a GmbHG, § 80a AktG, § 7 Abs. 5 PartGG, § 25a GenG und § 25 SCEAG für die jeweilige Gesellschafts-

<sup>320</sup> Vgl. Rohlfig, Unternehmer qua Indizwirkung? –Darlegungs- und Beweislast bei geschäfts-mäßigem Handeln in elektronischen Marktplätzen, MMR 2006, S. 271, 272.

<sup>321</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Entscheidung vom 08.09.2005, MMR 2006, S. 402, 403.

<sup>322</sup> Vgl. BGH, Entscheidung vom 11.03.2004, MMR 2004, S. 668, 671.

<sup>323</sup> Vgl. LG Hof, 29.08.2003, CR 2003, S. 854.

<sup>324</sup> Art. 4 der Richtlinie 2003/58/EG vom 15.07.2003, Amtsblatt der Europäischen Union, L 221, 04.09.2003, 13.

<sup>325</sup> Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/960, 47.

<sup>326</sup> Vgl. beispielsweise: Schmittmann/Ahrens, Pflichtangaben in E-Mails – Ist die elektronische Post ein Geschäftsbrief?, DB 2002, 1038, S. 1040 f.; Ernst, Nur nichts vergessen - Informations-pflichten online, ITRB 2002, S. 265, 266; ders., Pflichtangaben in E-Mails – Neue Pflichten durch das EHUG?, ITRB 2007, S. 94.

form im Einzelnen aufgeführte Angaben zu machen. Diese Angaben lauten bei der GmbH beispielsweise nach § 35a Abs. 1 GmbHG:

- Rechtsform und Sitz der Gesellschaft,
- das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft,
- die Nummer, unter der die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist,
- alle Geschäftsführer,
- bei Bestehen eines Aufsichtsrates: Name des Vorsitzenden,
- sofern Angaben über das Kapital der Gesellschaft gemacht werden, so müssen in jedem Falle das Stammkapital sowie, wenn nicht alle in Geld zu leistenden Einlagen eingezahlt sind, der Gesamtbetrag der ausstehenden Einlagen angegeben werden.

Zu Recht wird in der Literatur kritisiert, dass der Gesetzeswortlaut bezüglich der Verwendung in E-Mails nicht eindeutig ist und damit die Inkonsequenz der bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen verstärkt.<sup>327</sup>

Verstöße gegen die Angaben auf Geschäftsbriefen oder in E-Mails werden oft und gerne von Mitbewerbern mit Abmahnungen nach UWG sanktioniert. Doch nicht jeder Verstoß gegen die vorgeschriebenen Angaben führt tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs. In diesem Zusammenhang hat das OLG Brandenburg kürzlich eine interessante Entscheidung getroffen.<sup>328</sup> So sieht das OLG Brandenburg keine abmahnfähige unlautere Wettbewerbshandlung, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber oder Verbraucher zu beeinträchtigen, wenn bei dem Geschäftsbrief respektive einer E-Mail eines einzelkaufmännischen Unternehmens lediglich die Angabe von Vor- und Zunamen des Inhabers fehlt.<sup>329</sup> Darüber hinaus führen die unterlassenen Angaben nach Auffassung des Gerichts auch zu keiner vorteilhaften Wirkung für den Unternehmer.

## 6.3 Fernabsatz

Sofern Personen B2C-E-Commerce betreiben, greifen für sie gewöhnlich die Regelungen über den Fernabsatz ein. Regelungen hierzu finden sich in § 312b BGB. Unter dem

<sup>327</sup> Vgl. Glaus / Gabel, Praktische Umsetzung der Anforderungen zu Pflichtangaben in E-Mails, BB 2007, S. 1744 ff., 1745.

<sup>328</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 10.07.2007 – 6 U 12/07, CR 2007, 658 f.

<sup>329</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 10.07.2007 – 6 U 12/07, CR 2007, 658 f.

Begriff des Fernabsatzvertrages sind Verträge über die Lieferung von Waren<sup>330</sup> oder über die Erbringung von Dienstleistungen zu verstehen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden. Unter diesen Begriff fallen also nicht nur die bekannten Warenvertriebsmethoden wie Versandhandel und Katalogbestellungen mittels Bestellkarte oder Telefonanruf, sondern auch das Internetshopping. Denn der Kunde hat hierbei die Waren nicht wirklich gesehen. Er kann sie lediglich nach Bildern oder Fotos im Internet auswählen und bestellt sie gewöhnlich durch Ausfüllen eines virtuellen Formulars. Sofern es sich bei dem bestellenden Nutzer um keinen Unternehmer sondern um einen Verbraucher im Sinne des § 13 BGB handelt, also es sich um eine natürliche Person handelt, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, so soll ihm eine besonderer Schutz durch die Anwendung der Regelungen über Fernabsatzverträge zuteil werden.

*Beispiel:*

*K surft im Internet. Er möchte sich die neue CD der Senftenberger Domspatzen kaufen. Auf der Homepage des Internethändlers H wird er fündig. K wird, nachdem er den Bestellservice aufgerufen hat, durch einen Text aufgefordert, seine persönlichen, für die Bestellung relevanten Daten einzugeben. Nachdem er den Suchbegriff eingegeben hat, gelangt er über einen Link zu einer Seite, auf der alle CDs der Senftenberger Domspatzen aufgeführt sind. Mit einem Doppelklick bestellt K die CD. Er klickt aber versehentlich nicht die von ihm gewünschte CD, sondern die darunter aufgeführte, im letzten Jahr erschienene CD der Senftenberger Domspatzen an. Diesen Fehler bemerkt er auch nicht, als ihm sein virtueller Warenkorb noch einmal aufgeführt wird. Auf die endgültige Bestellung hin, schickt H dem K die CD per Post. Zwar bemerkt K nun seinen Fehler, doch schickt er die CD erst nach sechs Tagen zurück an H. Hat H gegen K einen Anspruch auf Abnahme und Bezahlung der CD?*

Ein derartiger Anspruch des H auf Abnahme und Bezahlung der CD könnte sich hier aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass zwischen H und K ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden ist. Ein Kaufvertrag kommt zustande durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, nämlich Angebot und Annahme. Zwar stellt das Warenangebot auf der Homepage des H nur eine invitatio ad offerendum, also eine Einladung zum Abgeben eines Angebots dar, doch liegt im vorliegenden Fall ein Angebot in den Eingaben und dem Doppelklicken des K. Der K hat damit dem H erklärt, er wolle die CD zu den auf der Homepage genannten Voraussetzungen erwerben. Damit hat K ein wirksames Angebot abgegeben. Indem er dem K die Ware zuschickte, hat H dieses Angebot auch angenommen, so dass vorliegend ein wirksamer Vertrag zwischen H und K geschlossen wurde.

<sup>330</sup> Vgl. zum Handel mit Lebensmitteln: Schäfer / Jahn, Vom Klick zum Kühlschrank. Sicherheits- und schuldrechtliche Aspekte des Lebensmittelhandels im Internet, K&R 2011, S. 614 ff.

Eine wirksame Anfechtung des K kommt hier nicht in Betracht. Zwar könnte im Zurücksenden der CD eine Anfechtungserklärung gesehen werden, und es liegt bei der Bestellung auch ein Erklärungsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 2, 2. Alt. BGB vor; doch scheitert die Wirksamkeit der Anfechtung im vorliegenden Fall daran, dass die Anfechtung hier nicht fristgerecht erklärt wurde. Schließlich hat K bereits bei Lieferung der CD seinen Fehler bemerkt. Nach § 121 BGB hätte er unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, anfechten müssen. Da er dies nicht tat, war seine Anfechtung verspätet.

K hat allerdings den Vertrag gemäß §§ 312d, 355 Abs. 1 BGB wirksam widerrufen haben. Voraussetzung dafür ist, dass ein Fernabsatzvertrag vorliegt. Unter einem Fernabsatzvertrag versteht man nach § 312b Abs. 1 BGB einen Vertrag über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen wird. Im vorliegenden Fall ist H Unternehmer und K Verbraucher. Der Vertrag ist nur per Fernkommunikationsmittel, nämlich per Internet und Zusendung der Ware per Post, zustande gekommen. Insofern konnte K den Vertrag wirksam widerrufen. Das Widerrufsrecht ist also für den Verbraucher eine gute Möglichkeit, sich nachträglich von einem Vertrag zu lösen, bei welchem er keine Möglichkeit hatte, die Ware wie in einem Geschäft zu begutachten.

## 6.4 Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr

### 6.4.1 Die Widerrufsbelehrung

Gerade im Wirtschaftsleben spielt die Einhaltung von gesetzlichen Pflichten eine erhebliche Rolle. So ist es auch für die Betreiber von Online-Shops im Rahmen des E-Commerce wichtig, die gesetzlich vorgeschriebene und in § 312b Abs. 1 BGB, § 312c Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoVO, § 312d Abs. 1 BGB normierte Widerrufsbelehrung gesetzeskonform wiederzugeben.

In den vergangenen Jahren haben die Gerichte immer wieder feststellen müssen, dass etliche Widerrufsbelehrungen in Online-Angeboten mangelhaft sind.<sup>331</sup> So werden dabei häufig inhaltliche Mängel festgestellt oder irreführende Angaben zum Fristbeginn gemacht, welche den Verbraucher davon abhalten können, seine gesetzlichen Rechte in Anspruch zu nehmen. Beispielsweise können inhaltliche Mängel darin bestehen, dass der Nutzer zwar über seine Pflichten im Falle des Widerrufs zutreffend

<sup>331</sup> Vgl. hierzu auch: Minnerup, Neue Widerrufsbelehrung im Fernabsatzhandel, ITRB 2011, S. 197.

informiert wird, eine Belehrung über seine wesentlichen Rechte aber unterbleibt. So hat der Bundesgerichtshof hierzu entschieden, dass die Belehrung auch umfasst, dass der Unternehmer die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und gegebenenfalls gezogene Nutzungen wie z.B. Zinsen herauszugeben hat.<sup>332</sup> Typische Fehler im Rahmen der Widerrufsbelehrung sind aber oftmals auch in der Belehrung über den Fristbeginn zu finden. So hat das OLG Hamm<sup>333</sup> eine Belehrung folgenden Wortlauts für fehlerhaft gehalten: „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung“. Dies wurde als fehlerhaft angesehen, weil erst die Belehrung in Textform und nicht bereits die flüchtige Information auf der Internetseite den Lauf der Frist beginnen lasse.

Bei Verstößen gegen die gesetzlichen Vorgaben zur Widerrufsbelehrung und gegen Informationspflichten haben die Betreiber von Online-Shops bei Geschäften über eBay mit Abmahnungen durch die Mitbewerber zu rechnen.<sup>334</sup> Zu einer regelrechten Abmahnwelle und gleichzeitiger Verunsicherung bei den Betreibern hat seit Mitte 2006 eine veränderte Rechtsprechung durch Urteile des OLG Hamburg<sup>335</sup> und des KG Berlin<sup>336</sup> geführt, nach welcher bei eBay-Online-Verkäufen an Verbraucher die Widerrufsfrist nicht wie bisher 14 Tage sondern einen Monat beträgt. Eine kürzere Frist als die Monatsfrist wird von diesen Gerichten als wettbewerbswidrig angesehen, so dass hier die Möglichkeit der Abmahnung eröffnet ist.

Begründet werden diese Entscheidungen mit dem Gesetzeswortlaut des § 355 Abs. 2 BGB, welcher folgendermaßen lautet: „Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht, 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 einem 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“.

Sofern die Widerrufsbelehrung, wie beispielsweise bei eBay-Geschäften üblich, durch einen Verweis auf die MICH-Seite erfolgt, stellt sie einen Verstoß gegen § 312c Abs. 2 Satz 1 BGB dar, sofern der kaufinteressierte Nutzer keinen Download vornimmt. Die Widerrufsbelehrung gilt in derartigen Fällen als nicht in Textform erfolgt. Konsequenz wäre, dass der Kunde auch nach etlichen Monaten noch von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen kann. Möchte der Online-Händler hingegen beispielsweise die Widerrufsbelehrung im Rahmen der Annahmeerklärung, z.B. in der Bestätigungsmail,

<sup>332</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, S. 1946.

<sup>333</sup> Vgl. OLG Hamm, MMR 2007, S. 377.

<sup>334</sup> Vgl. zur Rechtsscheinhaftung auch: Borges, Rechtsscheinhaftung im Internet, NJW 2011, S. 2400 ff.

<sup>335</sup> Vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 24.08.2006 – Az.: 3 U 103/06

<sup>336</sup> Vgl. KG Berlin, Urteil vom 18.07.2006 – Az.: 5 W 156/06.

dem Kunden in Textform mitteilen, so ist dies zwar gesetzlich zulässig<sup>337</sup>, erfolgt allerdings wegen des Zusammenfallens mit der Annahme nach dem Vertragsschluss. Dann muss die Belehrung allerdings, weil sie nach Vertragsschluss erfolgt, eine Widerrufsfrist von einem Monat nennen, da ansonsten gegen Gesetzesnormen verstoßen wird und Abmahnungen drohen.

Solange noch keine Rechtssicherheit erreicht ist, sollten die eBay-Online-Shop-Betreiber bis zu einer endgültigen Klärung diese neue Tendenz in der Rechtsprechung ernst nehmen und die Widerrufsfrist in ihren Widerrufsbelehrungen auf einen Monat setzen, um vor Abmahnungen von Mitbewerbern sicher zu sein.

Ein Muster für die Gestaltung der Widerrufsbelehrung findet sich in der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 der BGB-InfoVO<sup>338</sup>. Dort werden auch mögliche Gestaltungsvarianten aufgezeigt. Demnach könnte eine Widerrufsbelehrung beispielsweise folgenden Text enthalten:

#### *Widerrufsbelehrung*

##### *Widerrufsrecht*

*Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von zwei Wochen (wegen der neuen Rechtsprechung ggf. hier „einem Monat“ einsetzen) ohne Angabe von Gründen in Textform (z.B. Brief, Fax, E-Mail) oder durch Rücksendung der Sache widerrufen. Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs oder der Sache. Der Widerruf ist zu richten an: (...)*

##### *Widerrufsfolgen*

*Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogene Nutzungen (z.B. Zinsen) herauszugeben. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie uns insoweit ggf. Wertersatz 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 Wertersatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie Ihr Eigentum in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind auf unsere Kosten und Gefahr zurückzusenden. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt. Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen müssen Sie innerhalb von 30 Tagen nach Absendung Ihrer Widerrufserklärung erfüllen.*

<sup>337</sup> Nach § 312c Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB ist schließlich eine Belehrung des Kunden bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages erlaubt.

<sup>338</sup> Vgl. BGBl. I 2008, S. 293 f.

*Besondere Hinweise*

*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.).*

*(Ort), (Datum), (Unterschrift des Verbrauchers)*

*Ort, Datum und Unterschriftsleiste können entfallen. In diesem Fall sind die Angaben entweder durch die Wörter „Ende der Widerrufsbelehrung“ oder durch die Wörter „Ihr(e) (einsetzen: Firma des Unternehmers)“ zu ersetzen.*

Da das in der BGB-InfoVO enthaltene Muster noch etliche Variationsmöglichkeiten bietet, ist dringend anzuraten, das in Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 der BGB-InfoVO befindliche Muster genau zu prüfen und auf die eigenen Rechtsgeschäfte anzupassen.

Zum 04.08.2011 ist mit den Änderungen zum fernabsatzrechtlichen Widerrufs- und Rückgaberecht auch eine neue Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung in Kraft getreten. Diese Änderungen sind auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs zurückzuführen<sup>339</sup>, welches die bis dahin geltenden Regelungen als zu weitgreifend ansah. Die Bundesrepublik Deutschland hat auf dieses Urteil reagiert und die Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrungen angepasst. Zwar sieht diese neue Regelung eine dreimonatige Übergangsfrist vor; doch müssen spätestens ab dem 05.11.2011 zwingend die neuen Belehrungen verwendet werden. Sollte dieses nicht beachtet werden, so hat der betreffende Verwender alter oder unzureichender Belehrungen Abmahnungen zu befürchten. Insbesondere geht es bei den Änderungen um den Wertersatz, den ein Verbraucher leisten muss. Diesen Ersatz hat er nur dann zu erbringen, wenn er die Ware über die Prüfung der Eigenschaften und Funktionsweise hinaus in Gebrauch nimmt und er davor in Textform über die Folgen belehrt worden ist.

Im Rahmen des Fernabsatzrechts sind jedoch in der nächsten Zeit erhebliche Änderungen zu erwarten. So ist beispielsweise am 23.06.2011 vom Europäischen Parlament eine neue Verbraucherrichtlinie verabschiedet worden, nach welcher in Europa für 2013 eine einheitliche Widerrufsfrist von 14 Tagen vorgesehen ist. Insbesondere ist auch vorgesehen, dass zukünftig grundsätzlich der Verbraucher die Kosten für die Rücksendung der Ware zu tragen hat. Die bisher bestehende und in § 357 Abs. 2 BGB normierte 40-Euro-Grenze entfällt.<sup>340</sup> Darüber hinaus wird den Versandhändlern künftig auferlegt, den Verbrauchern neue Informationen zur Verfügung zu stellen und es wird weitergehende Ausnahmen vom Widerrufsrecht geben.<sup>341</sup>

<sup>339</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 03.09.2009, Rs C-489/07, ITRB 2010, S. 26.

<sup>340</sup> Vgl. Buchmann, Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2010/2011, K&R 2011, S. 551 ff. (S. 552).

<sup>341</sup> Vgl. hierzu Buchmann, aaO., S. 552.



### 6.4.2 Gefahrtragung im Rahmen des Versandungskaufs

Da im Rahmen des E-Commerce die Ware gewöhnlich vom Händler zum Kunden geschickt wird, stellt sich hier die Frage, wer hierbei die Gefahr der zufälligen Verschlechterung oder des Untergangs der Kaufsache während des Transportes trägt. Für die Frage der Haftung ist zunächst zu unterscheiden, ob es sich um eine Hol-, Bring- oder Schickschuld handelt.

- Im Rahmen der Holschuld ist der Verkäufer nur dazu verpflichtet, die vereinbarte Ware zu einem bestimmten Zeitpunkt bereitzustellen und den Käufer darüber zu benachrichtigen. Den Käufer hingegen trifft die Verpflichtung, die bereitgestellte Ware abzuholen.
- Unter Bringschuld ist zu verstehen, dass der Verkäufer verpflichtet ist, den Kaufgegenstand auszusondern und ihn zum Wohnsitz des Käufers zu bringen. Der (Wohn-)Sitz des Käufers wird bei der Bringschuld also als Leistungsort angesehen.
- Bei einer Schickschuld genügt es, wenn der Unternehmer den Kaufgegenstand aussondert und einer Transportperson übergibt. Denn bei einer Schickschuld ist der Leistungsort der Wohn-/ Geschäftssitz des Verkäufers. Denn auch § 269 Abs. 2 BGB sieht als Leistungsort grundsätzlich den Ort der Niederlassung des Schuldners.

Besonderheiten für den Versandungskauf finden sich in § 447 BGB. Diese Vorschrift ist jedoch nur im Rahmen von Verträgen zwischen Unternehmern anwendbar. Handelt es sich hingegen bei dem Käufer um eine Privatperson, so wäre das Geschäft als Verbrauchsgüterkauf einzuordnen. Dieses hätte zur Folge, dass § 447 BGB gemäß § 474 Abs. 2 BGB nicht anwendbar wäre. Es muss also bei der Frage der Gefahrtragung im Rahmen des Versandungskaufs danach differenziert werden, ob es sich um B2B-E-Commerce oder B2C-E-Commerce handelt.

Nach der Regelung des § 447 BGB geht, sofern der Verkäufer die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet, die Gefahr nicht erst mit der Übergabe derselben an den Käufer über, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, in dem der Verkäufer die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder einer sonstigen zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt übergeben hat. Sofern eine Schickschuld vorliegt, gehört der Transport also nicht mehr zu den Pflichten des Online-Händlers. Der Transportunternehmer ist demnach auch nicht als Erfüllungsgehilfe des Händlers anzusehen. Der Online-Händler muss sich also auch nicht das Verschulden des Transportunternehmers im Rahmen etwaiger Schadenersatzforderungen über § 278 BGB zurechnen lassen. Die Gefahr der Verschlechterung oder des Untergangs der Kaufsache ist beim Versandungskauf mit der Abgabe der Ware beim Transportunternehmer auf den Käufer übergegangen. Bei einem zufälligen Untergang der Ware entfällt der Kaufpreisanspruch des Online-Händlers also nicht nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sofern die Verschlechterung oder der Untergang der Kaufsache auf ein schuldhaftes Verhalten des Transportunternehmers zurückzuführen

ist, kann sich der geschädigte Kunde auch den vertraglichen Anspruch, welchen der Verkäufer gegen den Transportunternehmer hat, abtreten lassen.

Findet allerdings ein Versendungskauf zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher statt, so kann im Rahmen des B2C-E-Commerce der § 447 BGB nicht angewandt werden, so dass der Gefahrübergang bei Übergabe an den Transportunternehmer aus Verbraucherschutz Erwägungen hier nicht stattfinden kann.

### 6.4.3 Absicherung des E-Commerce

Dem Verkäufer ist anzuraten, im Rahmen des E-Commerce darauf zu achten, dass er sich gegenüber seinen Kunden möglichst effektiv absichert. Dies kann zum einen durch die Art der Abrechnung sein, zum anderen durch vertragliche Regelungen wie der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts.

#### 6.4.3.1 Abrechnungsmodalitäten

Der Verkäufer kann zwischen verschiedenen Abrechnungsmodalitäten wählen. Diese unterscheiden sich vor allem in der Sicherheit für Käufer und Verkäufer. Die gängigsten Bezahlweisen im E-Commerce-Bereich sind Vorkasse, Nachnahme und Zahlung auf Rechnung. Die Bezahlung per Vorkasse ist für den Verkäufer die sicherste Variante. Erst wenn das Geld bei ihm eingeht, schickt er die Ware an den Kunden. Ein lästiges Mahnen oder Beitreiben des Geldes entfällt. Für den Kunden hingegen stellt diese Variante insbesondere bei vor Vertragsschluss nicht bekannten Vertragspartnern die unsicherste Lösung dar; muss der Käufer doch Geld überweisen, ohne sicher zu wissen, ob er die Ware später tatsächlich erhalten wird. Hat der Verkäufer die Vorkasse als einzig mögliche Zahlungsvariante vorgesehen, so kann diese Unsicherheit dazu führen, dass ein gewisser Prozentsatz an Kunden es unterlässt, einen Vertrag dort abzuschließen.

Eine Alternative hierzu stellt die Nachnahme dar. Hierbei muss der Käufer erst dann die Ware bezahlen, wenn die Ware geliefert wird. Die Bezahlung erfolgt bei dem Postboten oder Paketdienst, welcher die bestellte Ware an der Tür abgibt. Hierbei hat der Käufer zumindest die Gewähr, dass er gegen die Bezahlung ein Paket oder Päckchen erhält. Welchen Inhalt dieses Paket oder Päckchen hat, kann er aber erst überprüfen nachdem er das Paket bezahlt hat.

Die für den Verkäufer unsicherste Variante ist die Bezahlung auf Rechnung. Der Verkäufer schickt hierbei erst die Ware an den Kunden und hat seiner Lieferung eine Rechnung beigelegt. Zahlt der Käufer nach erhält der Ware allerdings die Rechnung nicht, so ist der Verkäufer in der schlechten Lage, sich durch Mahnverfahren oder durch Einsatz von Anwälten und Gerichten um die Bezahlung zu bemühen. Deshalb

kann diese Art der Bezahlung nur gegenüber vertrauten Vertragspartnern empfohlen werden.

In der Praxis versuchen viele Verkäufer, die mehrere Bezahlungsvarianten anbieten, die Kunden dazu zu bringen, sich für die Vorkasse zu entscheiden, indem sie beispielsweise die Bezahlung per Nachnahme mit einem preislichen Aufschlag versehen und die Variante der Zahlung per Rechnung lediglich bekannten Stammkunden einräumen.

#### 6.4.3.2 Eigentumsvorbehalt

In der Wirtschaftspraxis ist es heutzutage schon die Regel, Waren unter Eigentumsvorbehalt zu veräußern. Deshalb sehen gewöhnlich die Regelungen zu den Lieferbedingungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen derartige Klauseln vor. Doch sollte der Verkäufer beachten, dass er den Eigentumsvorbehalt rechtzeitig, nämlich in der Regel bei Vertragsschluss, seinem Vertragspartner anträgt. Gesetzlich normiert ist der Eigentumsvorbehalt in § 449 BGB.

*§ 449 BGB 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.*

Der Eigentumsvorbehalt stellt ein Sicherungsmittel des Verkäufers dar. Hierbei behält sich der Verkäufer in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, bis zur vollständigen und endgültigen Bezahlung, das Eigentum an der Ware zu behalten. Rechtlich ist dies möglich. Denn gemäß § 449 Abs. 1 BGB erfolgt die Eigentumsübertragung nach § 929 BGB unter einer aufschiebenden Bedingung, deren Wirkung zur wirksamen Eigentumsübertragung eingetreten sein muss. Eigentum wird nach § 929 BGB dadurch übertragen, dass die Sache übergeben wird und beide Vertragsparteien sich einig sind, dass das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. Die Übergabe liegt auch im Rahmen des Eigentumsvorbehalts vor. Aber das Einigsein, bezüglich der Eigentumsübertragung wird an eine aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB geknüpft. Diese Bedingung ist die vollständige Bezahlung des Kaufpreises. Bis diese Bedingung eingetreten ist, bleibt der Verkäufer also noch Eigentümer der Ware.

§ 158 BGB *Aufschiebende und auflösende Bedingung.*

- (1) *Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein.*
- (2) *Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endigt mit dem Eintritte der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein.*

Zwar erlangt der Kunde im Rahmen des Eigentumsvorbehalts erst mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises bzw. mit der Zahlung der letzten Rate das Eigentum an der Ware, doch ist er vorher nicht völlig rechtlos. Zuvor hat er ein so genanntes Anwartschaftsrecht. Dieses wird von Juristen als „wesensgleiches Minus zum Vollrecht“ angesehen und ist wie das Vollrecht Eigentum übertragbar und verwertbar. Es erstarkt allerdings erst mit Eintritt der Bedingung, also erst mit vollständiger Kaufpreiszahlung, zum Vollrecht. Der § 449 Abs. 2 BGB macht deutlich, dass der Verkäufer die Vorbehaltsware erst dann herausverlangen kann, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist. Ein derartiger Rücktritt wäre gewöhnlich nur über § 323 BGB möglich.

§ 323 BGB *Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung.*

- (1) *Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.*
- (2) *Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn*
  1. *der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,*
  2. *der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder*
  3. *besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.*
- (3) *Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.*
- (4) *Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.*
- (5) *Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.*

- (6) *Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.*

Eine wirksame Absicherung des Verkäufers stellt die Vertragsbedingung des Eigentumsvorbehalts jedoch alleine noch nicht dar. Insbesondere im Bereich des B2B-E-Commerce besteht für den Verkäufer die Gefahr, dass der Käufer die Waren im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit weiterverkauft. Aber auch bei Privatpersonen kann ein Weiterverkauf nicht ausgeschlossen sein. Da in der Bundesrepublik Deutschland die Möglichkeit eines gutgläubigen Eigentumserwerbs nach § 932 BGB gegeben ist, besteht für den Verkäufer die reale Gefahr, das Eigentum an der Kaufsache zu verlieren, obwohl vertraglich ein einfacher Eigentumsvorbehalt vereinbart worden ist. Der § 932 BGB sieht nämlich vor, dass der Erwerber durch eine nach § 929 BGB erfolgten Veräußerung selbst dann Eigentümer wird, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Voraussetzung ist nur, dass er im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs gutgläubig ist; d.h. der Käufer darf nicht wissen, dass die Ware nicht im Eigentum des Verkäufers steht. Eine Sperre des gutgläubigen Erwerbs besteht nach § 935 BGB lediglich bei gestohlenen, verlorengegangenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen. Eine derartige Sperre wird im E-Commerce gewöhnlich aber nicht greifen, da – sofern keine gestohlene oder unterschlagene Ware verkauft wird – der Eigentumsvorbehaltsverkäufer die Ware freiwillig und bewusst dem Käufer zukommen ließ. Insofern kann durch die freiwillige Weggabe die Sperre des § 935 BGB nicht greifen.

Um sich gegen einen Weiterverkauf und den damit verbundenen gutgläubigen Eigentumserwerb durch Dritte abzusichern, vereinbaren die Verkäufer in der Regel zusätzlich zum einfachen Eigentumsvorbehalt einen so genannten erweiterten Eigentumsvorbehalt. Hierbei wird der Eigentumsvorbehaltskäufer durch den Verkäufer dazu ermächtigt, die Waren in eigenem Namen an Dritte zu verkaufen. Im Gegenzug tritt der Vorbehaltskäufer dem Verkäufer im Vorfeld die aus dem Weiterverkauf der Waren gegen die Dritten entstehenden Kaufpreisforderungen ab.

Aber selbst der verlängerte Eigentumsvorbehalt bietet in der eben vorgestellten Ausgestaltung keinen ausreichenden Schutz. Was passiert nämlich, wenn der Käufer die Ware des Eigentumsvorbehaltsverkäufers umbildet oder verarbeitet?

*Beispiel:*

*Die Kundin K bestellt per Internet bei Verkäufer V Seidenstoff. Nachdem V, der in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen lediglich einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vorgesehen hatte, ihr den Stoff geschickt hat, schneidert sie sich aus diesem Seidenstoff ein Kleid.*

Bestellt ein Kunde Ware und verarbeitet diese, so fällt nach § 950 BGB das Eigentum an denjenigen, der durch Verarbeitung oder Umbildung des Stoffes eine neue bewegliche Sache herstellt. Die Umarbeitung muss allerdings einen bestimmten Wert darstel-

len; sie darf also nicht unerheblich sein. Im eben genannten Beispielfall ist die Umarbeitung eines schlichten Seidenstoffes zu einem Kleid eine erhebliche Umbildung, so dass hier also die Kundin K durch die Umarbeitung automatisch Eigentum an dem Kleid und damit auch an der unter verlängertem Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware erlangt hat. Zeitgleich verliert der alte Eigentümer V sein Eigentum an der Ware.

Dieses Beispiel macht deutlich, dass es ratsam ist, in den allgemeinen Geschäftsbedingungen den einfachen Eigentumsvorbehalt bzw. den verlängerten Eigentumsvorbehalt um eine Komponente zu ergänzen, welche geeignet ist, einem Eigentumsverlust durch Umarbeitung entgegenzuwirken. Diesen Zweck erfüllt die so genannte Verarbeitungsklausel. Hierbei wird dem Käufer vom Verkäufer die Erlaubnis eingeräumt, die Waren zu verarbeiten bzw. umzuarbeiten. Es wird vereinbart, dass im Falle der Verarbeitung respektive Umarbeitung die Waren als für den Vorbehaltsverkäufer verarbeitet gelten. Dies bedeutet, dass die Fiktion verwendet wird, der Verkäufer habe die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Waren selbst umgebildet. Insofern ist sichergestellt, dass er durch Umbildung der Ware das Eigentum daran nicht verlieren kann.

## 6.5 Hörbeispiele

Viele Internetshops, die CDs verkaufen, stellen auf ihre Homepage Hörbeispiele von Musiktiteln, damit ihre potentiellen Kunden entscheiden können, ob sie die CD bestellen möchten. Hierbei muss der Shopbetreiber darauf achten, dass die Hörbeispiele vom Nutzer weder heruntergeladen noch gespeichert werden können. Derartige Hörbeispiele werden in verminderter Qualität und in einer Länge von maximal 45 Sekunden auf der Seite des Internethändlers platziert. Hierbei ist zu beachten, dass es sich bei den Hörbeispielen gewöhnlich um urheberrechtlich geschützte Werke handelt und deshalb vom Betreiber des Internetshops eine Vergütung an die GEMA zu entrichten ist. Zugunsten der GEMA greift die so genannte GEMA-Vermutung. Das heißt, zugunsten der GEMA wird vermutet, dass jedes Musikstück, welches genutzt wird bei der GEMA gemeldet ist und durch sie geschützt wird. Solange der Nutzer des Musikstücks nicht das Gegenteil beweist, kann sich die GEMA auf diese Vermutung berufen und für die Nutzung ein Entgelt verlangen. Die GEMA-Vermutung ist also eine Form von Beweislastumkehr.

*Beispiel:*

*A betreibt einen Internetshop, in welchem er hauptsächlich CDs aus den unterschiedlichen Musikgenres Klassik, Pop, Jazz und Volksmusik vertreibt. Damit seine potentiellen Kunden bei den in den letzten Jahren angestiegenen Preisen für CDs nicht auf den Kauf der Tonträger verzichten, weil sie nicht wissen, ob die Musik ihnen auch wirklich zusagt, möchte A jährlich 1000 Hörproben quer durch die Musikrichtungen seines Sortiments*

*auf die Homepage seines Online-Shops stellen. Er fragt sich, wie hoch die an die GEMA zu zahlenden Gebühren sind.*

Für die Nutzung von bis zu 20 Werken im Umfang einer Spieldauer bis zu 45 Sekunden beträgt die Vergütung an die GEMA 150 Euro für die Nutzungsdauer von einem Jahr. Für die Nutzung von über 20 bis zu 100 Werken im Umfang einer Spieldauer bis zu jeweils 45 Sekunden beträgt die zusätzliche, also zu den 150 Euro hinzukommende, Vergütung je Werk 2,50 Euro für die Nutzungsdauer von einem Jahr. Für die Nutzung von über 100 Werken beträgt für jeweils weitere 100 Werke im Umfang einer Spieldauer von bis zu je 45 Sekunden die zusätzliche Vergütung 0,80 Euro je Kalendermonat der Einstellung.

Im vorliegenden Beispielfall beträgt die an die GEMA zu entrichtende Vergütung also:

150,00 Euro + 200,00 Euro +  $(900/100 \times 0,80 \text{ Euro} \times 12) = 350,00 \text{ Euro} + 86,40 \text{ Euro} = 436,40 \text{ Euro pro Jahr.}$

## 6.6 Zusammenfassung

1. Ob jemand, der über das Internet Waren anbietet als Unternehmer angesehen wird, richtet sich nach dem äußeren Erscheinungsbild und muss im Einzelfall beurteilt werden. Zunächst muss es sich um jemanden handeln, der planmäßig am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Die Gerichte stellen bei der Beurteilung mittlerweile insbesondere auf die Anzahl der getätigten Verkäufe ab. Eine einheitliche Rechtsprechung bezüglich der Anzahl hat sich allerdings bisher noch nicht herausgebildet.
2. Bereits durch die Wahl der Abrechnungsmodalitäten und den sinnvollen Einsatz des Rechtsinstituts „Eigentumsvorbehalt“ kann sich der Internethändler gut absichern.
3. Personen, die B2C-E-Commerce betreiben, sollten unter anderem auf folgende Punkte achten, da es sich hierbei um Pflichtangaben handelt, die Verbrauchern gegenüber berücksichtigt werden sollen:
  - Sind Name, Anschrift und Adressdaten des Unternehmens für den Kunden ersichtlich?<sup>342</sup>
  - Dem Kunden sollte genau beschrieben werden, wann seine Bestellung als verbindlich angesehen wird bzw. wie ein Vertrag zustande kommt.<sup>343</sup>

<sup>342</sup> Vgl. Härting, Internetrecht, 2. Aufl., Köln 2005, Rn. 440.

<sup>343</sup> Vgl. OLG Hamburg, CR 2003, S. 927; Härting, Internetrecht, 2. Aufl., Köln 2005, Rn. 440.

- Sofern es sich um Verträge handelt, die über eine längere Zeit laufen oder es sich um ein Abonnement handelt, so ist dem Kunden mitzuteilen, wie lange die Mindestlaufzeit ist.<sup>344</sup>
- Bei Preisangaben ist zu benennen wie hoch der Preis inklusive Mehrwertsteuer ist und welche Beträge auf Porto und Verpackungskosten entfallen.<sup>345</sup>
- Auch Liefer- und Zahlungsmodalitäten sind dem Kunden mitzuteilen.<sup>346</sup>
- Sofern dem Kunden Hotlines zur Verfügung gestellt werden oder ein Abruf stattfindet, so sind dem Nutzer, sofern die normalen Telefon- / Verbindungsgebühren überschritten werden, die Gebühren mitzuteilen.<sup>347</sup>
- Ebenso ist der Kunde auf die Befristung von Angeboten oder auf die Beschränkung, dass der Verkäufer nur liefern möchte, solange der Vorrat reicht, ausdrücklich hinzuweisen.
- Der Kunde muss auf sein Widerrufsrecht hingewiesen werden.<sup>348</sup> Um hierbei Fehler zu vermeiden hat dies zweckmäßigerweise unter Beachtung des Mustertextes aus der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 der BGB-InfoVO zu geschehen. Grundsätzlich muss einem Verbraucher das Widerrufsrecht bei allen Waren und Dienstleistungen<sup>349</sup> eingeräumt werden, die unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln bestellt werden. Ausnahmen können nur bestehen bei ersteigerten Gegenständen, verderblichen Waren, Individualanfertigungen, CDs, Videokassetten sowie andere bespielte Datenträger, sofern sie entsiegelt sind sowie Zeitungen, Zeitschriften und Lotterielose.
- Der Kunde muss darüber informiert werden, wer die Kosten der Rücksendung zu tragen hat. Gewöhnlich hat der Unternehmer die Kosten der Rücksendung zu tragen. Er darf diese aber vertraglich dem Kunden auferlegen, wenn der Wert der Bestellung unter 40 Euro liegt.<sup>350</sup>
- Die Informationen müssen für den Käufer ausdrückbar sein. Ein Dokument, welches der Kunde nur lesen kann, genügt nicht.

<sup>344</sup> Vgl. Strömer, Online-Recht, 4. Aufl., Heidelberg 2006, S. 336.

<sup>345</sup> Vgl. Köhler/Arndt/Fetzer: Recht des Internet, 5. Aufl., Heidelberg 2006, S. 105.

<sup>346</sup> Vgl. Strömer, Online-Recht, 4. Aufl., Heidelberg 2006, S. 336.

<sup>347</sup> Vgl. Speichert, Praxis des IT-Rechts, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, S. 46.

<sup>348</sup> Vgl. Steckler, Grundzüge des IT-Rechts, 2. Aufl., München 2006, S. 299.

<sup>349</sup> Vgl. zum Widerrufsrecht im Rahmen von Online-Partnerschaftsvermittlungen beispielsweise: Meier, Vergütungspflicht und Widerruf bei der Online-Partnerschaftsvermittlung, NJW 2011, S. 2396 ff.

<sup>350</sup> Vgl. zur aktuellen Rechtslage § 357 Abs. 2 BGB; nach der Richtlinie des Europäischen Parlaments vom 23.06.2011 ist jedoch für die Zeit ab 2013 vorgesehen, dass künftig der Verbraucher die Kosten für die Rücksendung der Ware zu tragen hat und die 40-Euro-Grenze entfällt; vgl. Buchmann, Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2010/2011, K&R 2011, S. 551 ff.



## 7 Besonderheiten

### 7.1 Die „Dialer-Problematik“

Unter Dialer versteht man bestimmte Softwareprogramme, welche beispielsweise über das DFÜ-Netzwerk des Rechners eine Verbindung in das Internet herstellen und zur Abrechnung von Mehrwertdiensten im Internet dienen. Gewöhnlich wird die vermittelte Mehrwertdienstleistung über die Telefonrechnung abgebucht. Dialer sind damit eine Alternative zur Zahlung per Kreditkarte. In der Praxis ist der Einsatz von Dialern beispielsweise bei der Nutzung kostenpflichtiger Nachrichtendienste, beim Download kostenpflichtiger Software oder für die Abrechnung von so genannten Live-Chats weit verbreitet. Ein seriöser Anbieter klärt die Nutzer bereits vor Installation des Dialers über die Kosten auf, welche dem Nutzer durch die Verwendung des Dialers entstehen werden. Auch wird der Nutzer vor der Aktivierung des Dialers bei seriösen Anbietern darauf aufmerksam gemacht, dass nun eine teurere Verbindung beginnt. Darüber hinaus sollte ein Dialer ohne Probleme später wieder zu deinstallieren sein. Grundsätzlich sind Dialer also nichts Illegales. Doch bietet die Abrechnung über Dialer für viele Personen die Verlockung durch illegale Tricks an das Geld der Nutzer zu gelangen.

*Beispiel:*

*B surft im Internet. Ohne sein Wissen installiert sich ein Dialer. Immer wenn B nun das Internet nutzt, wird die Verbindung – für ihn unbemerkt – über eine teure 0900er Nummerngasse aufgebaut. Als B seine Telefonrechnung erhält, erleidet er wegen der Höhe des zu zahlenden Betrages einen Nervenzusammenbruch.*

Bei Vertragsverhältnissen, die von Nutzern über Mehrwertdienste eingegangen werden, sind nicht wie bei Kaufverträgen üblich zwei Vertragspartner vorhanden, sondern man hat es im Regelfall mit einem Dreipersonenverhältnis zu tun, in welchem auch drei Verträge bestehen.

#### 7.1.1 Vertragsverhältnis (Kunde/Netzwerkbetreiber)

Der Nutzer hat zunächst einmal einen Vertrag mit einem Netzwerkbetreiber. Dieser stellt dem Nutzer die reguläre Verbindung ins Internet zur Verfügung. Dies ist außer-

halb des Internets vergleichbar mit der Nutzung des Telefons und der Telefonleitung. Möchte jemand telefonieren, so hebt er den Hörer ab und wählt die entsprechende Telefonnummer. Damit gibt er konkludent – also durch schlüssiges Verhalten – zu verstehen, dass er einen Vertrag über die Telefonverbindung abschließen möchte. Indem das Telefonunternehmen die Verbindung zu der gewünschten Rufnummer herstellt, hat sie den Vertrag durch schlüssiges Verhalten angenommen. Deshalb steht dem Unternehmen auch die entsprechende Gebühr für die Verbindung zu. Legt der Telefonierende den Hörer wieder auf, so beendet er damit das Vertragsverhältnis bezüglich der Verbindung. Ebenso verhält es sich auch – vereinfacht dargestellt – beim Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Netzbetreiber, welches bei der Einwahl ins Internet entsteht. Durch Einwahl ins Internet gibt der Nutzer konkludent zu verstehen, die Leitungen des Netzbetreibers verwenden zu wollen und der Netzbetreiber willigt dadurch, dass er die Verbindung ermöglicht in das Angebot ein. Insofern steht dem Netzbetreiber die reguläre Verbindungsgebühr zu.

### **7.1.2 Vertrag (Nutzer/Mehrwertdienstanbieter)**

Wenn der Nutzer willentlich einen Dialer installiert und ihn aktiviert, um über diesen eine Mehrwertdienstleistung in Anspruch zu nehmen, hat der Nutzer neben dem Vertrag mit dem Netzbetreiber zugleich auch durch schlüssiges Verhalten ein Angebot zur Nutzung des Mehrwertdienstes abgegeben, welches durch die Zugriffsmöglichkeit des Nutzers auf den gewünschten Content durch den Mehrwertdienstanbieter schlüssig angenommen wird.

### **7.1.3 Vertragsverhältnis (Mehrwertdienstanbieter/Netzbetreiber)**

Auch zwischen dem Mehrwertdienstanbieter und dem Netzbetreiber besteht ein Vertrag. Gewöhnlich werden die erhöhten Gebühren für die Inanspruchnahme des Mehrwertdienstes dem Nutzer vom Netzbetreiber im Rahmen der Telefonrechnung in Rechnung gestellt und eingezogen. Dementsprechend besteht zwischen Mehrwertdienstanbieter und Netzbetreiber ein Vertrag über den Einzug und die Ausschüttung des über die Verbindungskosten hinausgehenden Anteils an den Mehrwertdienstanbieter.

### **7.1.4 Rechtliche Einordnung**

Möchte ein Nutzer – wie im eben dargestellten Beispielfall der B – gegen die Abrechnung eines Mehrwertdienstanbieters vorgehen, so stellt sich zunächst die Frage, wem

gegenüber er seine Einwendungen vorzubringen hat. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs<sup>351</sup> müssen die Verträge zwischen Nutzer und Netzbetreiber sowie zwischen Nutzer und Mehrwertdienstanbieter getrennt betrachtet werden. Darüber hinaus wurde in diesem Urteil auch klargestellt, dass der Anschlussbetreiber nicht als Inkassostelle des Mehrwertanbieters agieren darf.

#### 7.1.4.1 Der Dialer installiert sich unbemerkt

Wenn sich ein Dialer unbemerkt installiert und dann für den Nutzer unbemerkt erhöhte Verbindungskosten abgerechnet werden, so besteht zwischen Nutzer dem und Mehrwertdienstbetreiber kein Vertrag über die Mehrwertdienstleistung und damit kein Vertrag, der auf ein erhöhtes Verbindungsentgelt gerichtet ist. In der Praxis hat sich allerdings oftmals gezeigt, dass die geschädigten Nutzer Schwierigkeiten hatten, zu beweisen, dass sich der Dialer von selbst installiert und aktiviert hat. Zur Frage der Beweislast herrschte lange Zeit eine starke Rechtsunsicherheit, weil hierzu von den unterschiedlichen Gerichten abweichende Auffassungen vertreten wurden. Erst eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs schaffte hier Klarheit. Der BGH<sup>352</sup> stellte zu unbemerkt installieren Einwahlprogrammen folgendes fest:

„Der Telefonnetzbetreiber und nicht der Anschlussinhaber trägt das Risiko der heimlichen Installation eines automatischen Einwahlprogramms (so genannter Dialer) in einen Computer, das für den durchschnittlichen Anschlussnutzer unbemerktbar die Verbindung in das Internet über eine Mehrwertdienstnummer herstellt, sofern der Anschlussnutzer dies nicht zu vertreten hat.

Es obliegt dem Anschlussnutzer nicht, Vorkehrungen gegen so genannte Dialer zu treffen, solange kein konkreter Hinweis auf einen Missbrauch vorliegt“.<sup>353</sup> Im eben genannten Beispielfall hat B die Kosten für den Mehrwertdienst nicht zu bezahlen. Schließlich hat er den Dialer nicht installiert und aktiviert.

#### 7.1.4.2 Schutz des Verbrauchers

Um die Nutzer vor betrügerischen und kriminellen Mehrwertdienstanbietern besser zu schützen, hat der Gesetzgeber nach und nach versucht Normen zu schaffen, die den Betrug verhindern ohne zugleich die Nutzung von Dialern als grundsätzlich legales Abrechnungsinstrument zum Erliegen zu bringen. So trat schon am 15. August 2003 das „Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er/0900er-

<sup>351</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 22.11. 2001, II ZR 5/01.

<sup>352</sup> Vgl. BGH, NJW 2004, S. 1590.

<sup>353</sup> BGH, NJW 2004, S. 1590.

Mehrwertdienste-Rufnummern“ in Kraft.<sup>354</sup> Diese Reform führte bereits zu einem spürbaren Rückgang des Dialerbetruges. Allerdings kann in der Praxis immer wieder beobachtet werden, dass Vorschriften, die den Missbrauch bekämpfen sollen, auch immer dazu führen, dass Personen, deren Möglichkeiten durch die Gesetze beschnitten werden, sich neue Handlungsweisen und Umgehungen der Gesetzeslage ausdenken, so dass es nur eine Frage der Zeit ist, wann derartige Gesetze erneut zu novellieren sind.

Mit dem „Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften“<sup>355</sup> vom 18. Februar 2007 wurde versucht, den Teilnehmerschutz im Bereich der Mehrwertdienste noch zu erhöhen.<sup>356</sup> Waren früher die Kundenschutzregelungen lediglich zum Teil im TKG und stattdessen weitgehend in der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung normiert, führt das neue TKG-ÄndG dazu, dass die Verbraucherschutzvorschriften nunmehr insgesamt im TKG geregelt werden. Der gegenwärtige, seit September 2007 geltende Rechtszustand für Mehrwertdienste sieht nach den Regelungen des TKG folgendermaßen aus:

§ 66f TKG *Anwählprogramme (Dialer).*

- (1) *Anwählprogramme, die Verbindungen zu einer Nummer herstellen, bei denen neben der Telekommunikationsdienstleistung Inhalte abgerechnet werden (Dialer), dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie vor Inbetriebnahme bei der Bundesnetzagentur registriert wurden, von ihr vorgeschriebene Mindestvoraussetzungen erfüllen und ihr gegenüber schriftlich versichert wurde, dass eine rechtswidrige Nutzung ausgeschlossen ist. Dialer dürfen nur über Rufnummern aus einem von der Bundesagentur hierzu zur Verfügung gestellten Nummernbereich angeboten werden. Das Betreiben eines nicht registrierten Dialers neben einem registrierten Dialer unter einer Nummer ist unzulässig.*
- (2) *Unter einer Zielrufnummer registriert die Bundesnetzagentur jeweils nur einen Dialer. Änderungen des Dialers führen zu einer neuen Registrierungspflicht. Die Bundesnetzagentur regelt die Einzelheiten des Registrierungsverfahrens und den Inhalt der abzugebenden schriftlichen Versicherung. Sie kann Einzelheiten zur Verwendung des Tarifs für zeitunabhängig abgerechnete Dienstleistungen sowie zur Registrierung von Dialern nach Satz 1 festlegen, soweit diese Verfahren in gleicher Weise geeignet sind, die Belange des Verbraucherschutzes zu gewährleisten, und durch Verfügung veröffentlichen.*

<sup>354</sup> Vgl. zur Entwicklung des Reformprozesses: Ditscheid, Der neue Telekommunikationskundenschutz, MMR 2007, S. 210; Bornhofen, Die stecken gebliebene Reform des Kundenschutzes, CR 2005, S. 736, 740.

<sup>355</sup> Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18.02.2007, BGBl. I 2007, S. 106 ff.

<sup>356</sup> Vgl. zur Gesetzesnovelle beispielsweise: Vander, Der neue Rechtsrahmen für Mehrwertdienste, NJW 2007, S. 2580 ff.

- (3) *Die Bundesnetzagentur kann die Registrierung von Dialern ablehnen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Antragsteller schwerwiegend gegen die Vorschriften dieses Gesetzes verstoßen oder wiederholt eine Registrierung durch falsche Angaben erwirkt hat. Im Falle von Satz 1 teilt die Bundesnetzagentur die Erkenntnisse den für den Vollzug der Gewerbeordnung zuständigen Stellen mit.*

Diese in § 66f TKG festgeschriebene Registrierungspflicht für Dialer führt dazu, dass der einzelne Nutzer besser geschützt wird. Hatte es früher der Netzbetreiber unter Hinweis auf Datenschutz regelmäßig abgelehnt, dem Nutzer mitzuteilen, wer sich hinter einer bestimmten Rufnummer verbirgt, so hat durch die Registrierung der Nutzer nunmehr die Möglichkeit, den Namen und die Anschrift des Mehrwertanbieters zu erhalten. Denn jeder Nutzer hat nach § 66h TKG das Recht, von der Bundesnetzagentur eine Auskunft über den Namen und die Anschrift des Mehrwertdienstanbieters zu erhalten, um ihm gegenüber etwaige Einwendungen machen zu können. Der am 1. September 2007 in Kraft getretene § 66h TKG lautet:

*§ 66h Auskunftsanspruch, Datenbank für (0)900er Rufnummern.*

- (1) *Jedermann kann in Schriftform von der Bundesnetzagentur Auskunft über den Namen und die ladungsfähige Anschrift desjenigen verlangen, der über eine (0)190er Rufnummer Dienstleistungen anbietet. Die Auskunft soll innerhalb von zehn Werktagen erteilt werden. Die Bundesnetzagentur kann von ihren Zuteilungsnehmern oder von demjenigen, in dessen Netz die (0)190er Rufnummer geschaltet ist oder war, Auskunft über die in Satz 1 genannten Angaben verlangen. Diese Auskunft muss innerhalb von fünf Werktagen nach Eingang einer Anfrage der Bundesnetzagentur erteilt werden. Die Verpflichteten nach Satz 2 haben die Angaben erforderlichenfalls bei Ihren Kunden zu erheben und aktuell zu halten. Jeder, der die entsprechende (0)190er Rufnummer weitergegeben hat oder nutzt, ist zur Auskunft gegenüber dem Zuteilungsnehmer und gegenüber der Bundesnetzagentur verpflichtet.*
- (2) *Alle zugeteilten (0)900er Rufnummern werden in einer Datenbank bei der Bundesnetzagentur erfasst. Diese Datenbank ist mit Angabe des Namens und der ladungsfähigen Anschrift des Dienstanbieters im Internet zu veröffentlichen. Jedermann kann von der Bundesnetzagentur Auskunft über die in der Datenbank gespeicherten Daten verlangen.*
- (3) *Die Bundesnetzagentur hat unverzüglich auf schriftliche Anfrage mitzuteilen, in wessen Netz Rufnummern für Massenverkehrsdienste, Auskunftsdienste oder Geteilte-Kosten-Dienste geschaltet sind. Das rechnungsstellende Unternehmen hat unverzüglich auf schriftliche Anfrage mitzuteilen, in wessen Netz Kurzwahldienste geschaltet sind. Jeder, der ein berechtigtes Interesse daran hat, kann von demjenigen, in dessen Netz eine Rufnummer für Massenverkehrsdienste, Geteilte-Kosten-Dienste*

*oder Kurzwahldienste geschaltet ist, unentgeltlich Auskunft über den Namen und die ladungsfähige Anschrift desjenigen verlangen, der über eine dieser Rufnummern Dienstleistungen anbietet. Die Auskunft nach Satz 3 soll innerhalb von zehn Werktagen nach Eingang der schriftlichen Anfrage erteilt werden. Die Auskunftspflichtigen haben die Angaben erforderlichenfalls bei ihren Kunden zu erheben und aktuell zu halten. Jeder, der ein berechtigtes Interesse hat, kann von demjenigen, dem eine Rufnummer für Neuartige Dienste von der Bundesnetzagentur zugeteilt worden ist, unentgeltlich Auskunft über den Namen und die ladungsfähige Anschrift desjenigen verlangen, der über eine dieser Rufnummern Dienstleistungen anbietet.*

So besteht für den Nutzer nach § 66g TKG keine Pflicht zur Zahlung einer Mehrwertdienstleistung, wenn und soweit:

- er nicht vor Beginn der Inanspruchnahme oder währenddessen über den erhobenen Preis informiert wurde (§ 66g Nr. 1 TKG),
- auf eine vorher erfolgte Preisinformation von Kurzwahl-Datendiensten keine Bestätigung des Endnutzers erfolgte (§ 66g Nr. 2 TKG),
- Premium-Dienste die in § 66d TKG festgesetzten Preishöchstgrenzen nicht eingehalten oder gegen Tarifierungsverfahren verstoßen haben (§ 66g Nr. 3 TKG),
- nach 60 Minuten bei zeitabhängig abgerechneten Verbindungen keine Verbindungstrennung durchgeführt wurde (§ 66g Nr. 4 in Verbindung mit § 66e TKG),
- Dialer entgegen der Vorgaben des § 66f Abs. 1 und 2 TKG betrieben wurden (§ 66g Nr. 5 TKG).

Um die Sicherheit für den Verbraucher zu erhöhen, muss ein Dialer nach jeder Veränderung neu angemeldet werden.<sup>357</sup>

### 7.1.4.3 Weitere Einwendungen

Oftmals kommt es auch vor, dass die dem Kunden angebotene Leistung in keinem Verhältnis zu den abgerechneten Gebühren steht. Erhebt ein Mehrwertdienstanbieter Kosten, die in einem groben Missverhältnis zu der erbrachten Leistung stehen, so muss er gegebenenfalls die Einwendung des § 138 Abs. 2 BGB gegen sich gelten lassen:

§ 138 BGB *Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher.*

- (1) *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.*
- (2) *Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Ver-*

<sup>357</sup> Vgl. Zagouras, Mehrwertdienste und Verbraucherschutz im TKG, NJW 2007, S. 1914 ff., 1916.

*mögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.*

Wenn der mit dem Mehrwertdienstanbieter bewusst über einen Dialer eingegangene Vertrag aufgrund der Einwendung des § 138 BGB nichtig ist, so hat der Nutzer die vertraglich vereinbarten Kosten für den Mehrwertdienst nicht zu zahlen.

## 7.2 Abo-Fallen

Ein weiteres Problem, welches im Internetbereich immer mehr zunimmt, sind die so genannten Abo-Fallen.<sup>358</sup> Hierbei werden die Kunden mit vermeintlich kostenlosen Angeboten, wie beispielsweise IQ-Tests, Horoskopen, Routenplanern oder Seiten für Namensforschung geködert.<sup>359</sup> Um diese Dienste nutzen zu können, ist dann eine Registrierung erforderlich, oder es wird die Teilnahme an einem Gewinnspiel suggeriert und nach Namen und Adressdaten gefragt. Anbieter von dubiosen Internetseiten gestalten eine Homepage oftmals so, dass sie bis zum unteren Viertel des Bildschirms Informationen bieten und unten auf der Seite durch einen zumeist farblichen Rand den Eindruck erwecken, die Seite höre hier auf. Für den normalen Nutzer ist so nur schwer zu erkennen, dass am Bildschirmrand unten weitere Textzeilen erscheinen, in denen auf ein Abonnement und auf die entsprechenden Kosten hingewiesen wird. Oftmals finden sich auch versteckte Vertragsbedingungen und Preise in langen, unübersichtlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in einer Farbe, die sich kaum vom Hintergrund unterscheidet oder in relativ kleiner Schrift. Der beste Tipp, den man im Rahmen von Abo-Fallen geben kann, ist, bereits im Vorfeld aufzupassen.<sup>360</sup> So sollten allgemeine Geschäftsbedingungen immer genau gelesen werden, bevor Daten eingegeben werden. Sollte der Internetnutzer erst im Nachhinein entdecken, dass er auf eine Abo-Falle hereingefallen ist, so bleibt ihm noch die Möglichkeit, dem Anbieter sofort mitzuteilen, dass der Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages bestritten wird. Um dieses dokumentieren zu können, bietet sich z.B. ein Einschreiben an. Unabhängig von dieser Möglichkeit hat der Nutzer gewöhnlich auch ein 14-tägiges Widerrufsrecht. Unberechtigte Zahlungsaufforderungen müssen nicht beglichen werden. Die unseriösen Abo-Fallen-Betreiber versuchen durch ständige Erhöhung des Drucks, mit Mahnungen, Anwaltsschreiben oder Inkassobüros, die Betroffenen unter Druck zu

<sup>358</sup> Zu weiteren Fallen im Internet, vgl.: Wettstein, Knigge fürs Internet, WuM 2010, Heft 1, S. 66 ff.

<sup>359</sup> Zu strafrechtlichen Aspekten im Rahmen von Abo-Fallen vgl. auch: OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.12.2010, 1 Ws 29/09, NJW 2011, S. 398 ff.

<sup>360</sup> Vgl. zu einer möglichen Verbesserung der Rechtslage: Kredig / Uffmann, Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, ZRP 2011, S. 36 ff.

setzen.<sup>361</sup> Wer unberechtigt zur Zahlung aufgefordert wird, sollte die Schreiben ignorieren und auf keinen Fall Geld bezahlen. Zumeist geben die unseriösen Anbieter nach einigen Monaten auf, weil sie wissen, dass sie letztlich vor Gericht verlieren würden. Allerdings ist dringend anzuraten, die Mahnschreiben etc. als Beweismittel aufzubewahren, damit im Ernstfall der Sachverhalt geklärt werden kann. Es kann jedem Internetnutzer nur dringend der Rat gegeben werden, auf Risiken im Internet zu achten und bei unseriösen Anbietern keine E-Mail-Adressen oder persönliche Daten einzugeben.

## 7.3 Haftungsfragen im Internet

### 7.3.1 Was nützen Disclaimer?

Auf Internetseiten und in E-Mails finden sich oftmals so genannte Disclaimer. Dies sind Textformulierungen, die eine Haftung<sup>362</sup> des Seitenbetreibers bzw. des E-Mail-Absenders ausschließen sollen.

#### 7.3.1.1 Auf Internetseiten

Viele Internetseiten enthalten den Hinweis, dass für verlinkte Inhalte nicht gehaftet wird. Bisweilen nehmen diese Hinweise auch direkten Bezug auf ein sehr altes Urteil des LG Hamburg.<sup>363</sup> Diese Entscheidung stellte klar, dass, sofern der Verbreitende sich von einer, von einem Dritten aufgestellten Behauptung, ausreichend distanziert, die Verbreitung einer von einem Dritten aufgestellten Tatsachenbehauptung keine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Fälschlicherweise denken nun viele Nutzer, sie müssten lediglich unter Hinweis auf diese Entscheidung per Disclaimer eine Verantwortung ablehnen und seien so von jedweder Haftung für die Hyperlinks entbunden.

#### 7.3.1.2 In E-Mails

Auch im Rahmen von E-Mails haben sich Textanfügungen zum Zwecke des Haftungsausschlusses eingebürgert. So sind oftmals sogar in unterschiedlichen Sprachen im Anschluss an den eigentlichen Text so genannte Vertraulichkeitshinweise zu finden,

---

<sup>361</sup> Zum Inkasso einer Internetabonnementsforderung als Beihilfe zum Betrug, vgl.: AG Osnabrück, Entscheidung vom 19.10.2010, 66 C 83/10 (1), ITRB 2011, S. 80 f.

<sup>362</sup> Vgl. zur Haftung im Rahmen von Facebook-Partys auch: Klas / Bauer, Facebook-Partys. Haftung des Einladenden, K&R 2011, S. 533 ff.

<sup>363</sup> Vgl. LG Hamburg, Urteil vom 12.05.1998 – 312 O 85/98, CR 1998, S. 565.



nach denen der Empfänger dieser Nachricht, sofern sie nicht für ihn bestimmt war, diese nicht verwenden oder weitergeben darf. Er habe sie stattdessen zu löschen und den Absender über die Fehlleitung der Mail zu unterrichten. Derartige Disclaimer lesen sich in der Praxis zumeist folgendermaßen:

„Der Inhalt dieses elektronischen Schreibens ist vertraulich und ausschließlich für den bezeichneten Adressaten bestimmt. Wenn Sie nicht der vorgesehene Adressat dieses elektronischen Schreibens oder dessen Vertreter sein sollten, so beachten Sie bitte, dass jede Form der mündlichen oder schriftlichen Weitergabe des Inhalts dieses elektronischen Schreibens unzulässig und rechtswidrig ist. Falls Sie der falsche Adressat sind, dann bitten wir Sie, sich in einem solchen Fall mit dem Absender des elektronischen Schreibens unverzüglich in Verbindung zu setzen“.

Urteile zu der Wirksamkeit derartiger Texte sind in der Rechtsprechung nicht zu entdecken. Eine Pflicht des Empfängers derartiger fehlgeleiteter Mails zur Löschung, Information etc. besteht nicht. Eine derartige Pflicht kann auch nicht von dem Versender dem falschen Empfänger einseitig auferlegt werden. Auch ein Vertrag kommt nicht in Betracht. Insofern scheitert dieses bereits mangels der erforderlichen zwei übereinstimmenden Willenserklärungen. Nach deutschem Rechtsverständnis wird ein derartiger Disclaimer keine rechtliche Wirkung entfalten. Da er allerdings rechtlich auch nicht nachteilig ist, kann er bei Kontakten und Vertragsbeziehungen zu ausländischen Kunden durchaus in der Hoffnung verwendet werden, dass er vielleicht bei E-Mails ins Ausland in der anderen Rechtsordnung zu einer Haftungsreduzierung führen wird.

### 7.3.1.3 Disclaimer in der Werbung

Eine rechtliche Auswirkung von Disclaimern kann allerdings im Bereich des Wettbewerbsrechts bestehen. Schreibt ein Unternehmer z.B. in einen Disclaimer, dass ein bestimmtes Produkt nicht in die Bundesrepublik Deutschland verkauft wird, so führt diese Aussage dann zu einem Ausschluss der Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts, wenn „der Werbende sich auch tatsächlich an“ diese Aussage „hält und somit kein Widerspruch zu dem bezuggenommenen Werbeauftritt entsteht“.<sup>364</sup>

## 7.3.2 Links und Pressefreiheit

Im Jahre 2004 musste sich der Bundesgerichtshof mit der Frage beschäftigen, ob und welchen Prüfungspflichten ein Presseunternehmen unterworfen ist, wenn es einen

<sup>364</sup> Köhler / Arndt / Fetzer, Recht des Internet, 5. Aufl., Heidelberg 2006, S. 286 unter Hinweis auf OLG Frankfurt, CR 1999, S. 450, 451; vgl. hierzu auch: BGH, Urteil vom 30.03.2006, I ZR 24/03, CR 2006, S. 539.

Hyperlink setzt.<sup>365</sup> Ein Hyperlink dient dazu, aktiviert durch Anklicken, Textstellen mit weiteren Informationen zu verknüpfen. In dem zu entscheidenden Fall stellte der BGH fest, dass das Presseunternehmen, welches einen Link veröffentlichte, der auf die Seite eines Unternehmens führte, welches den § 286 StGB verletzte, indem es verbotene Glücksspiele<sup>366</sup> anbot, keiner Prüfungspflicht unterliege. Das Gericht führte aus, dass sich das Presseunternehmen schließlich weder den illegalen Internetauftritt zu Eigen gemacht, noch zur Teilnahme an dem Glücksspiel aufgefordert habe. Lediglich, wenn sich dem Unternehmen ein Wissen um die Strafbarkeit des nicht genehmigten Glücksspiels aufgedrängt hätte, hätten Prüfungspflichten verletzt werden können.

In der Praxis findet sich aber auch eine schärfere Sichtweise. So hat in einem Fall, bei welchem ein Link auf eine Seite mit Möglichkeiten der Umgehung eines Kopierschutzes gesetzt wurde, das OLG München<sup>367</sup> entschieden, dass der Link auf diese illegale Seite nicht mehr durch die Pressefreiheit abgedeckt sei, da der Gegner – anders als in der zuvor genannten BGH-Entscheidung<sup>368</sup> – die Rechtswidrigkeit der Seite gekannt hatte. Allerdings ist gegen das Urteil des OLG München eine Verfassungsbeschwerde eingelegt worden, so dass noch nicht genau abzusehen ist, ob diese Entscheidung Bestand haben wird.

### 7.3.3 Haftung des Betreibers einer Meinungsplattform

Das LG Berlin hat mit Urteil vom 31. Mai 2007 zur Haftung des Betreibers einer Meinungsplattform, auf welcher Studierende ihre Professoren bewerten können, festgestellt, dass der Betreiber einer Meinungsplattform nicht zur inhaltlichen Überprüfung aller dort eingestellten Beiträge verpflichtet ist.<sup>369</sup> Vielmehr sei ihm eine Pflicht zum Überprüfen nur dann zuzumuten, wenn betroffene Personen im Wege einer Abmahnung geltend machen, durch Inhalte konkret in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt zu sein. Sofern der Betreiber derartige Beiträge daraufhin sofort aus dem Forum entfernt, kommt es zu keiner Störerhaftung des Betreibers.

Deutlich wird die Rechtslage auch im Urteil des LG Düsseldorf vom 27. Juni 2007 wiedergegeben.<sup>370</sup> Das Gericht stellte fest, dass der Betreiber eines Diskussionsforums im Internet grundsätzlich nach § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG auch nach den Grundsätzen der Störerhaftung für fremde Inhalte haften muss.<sup>371</sup> Doch setzt eine derartige Haftung

<sup>365</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 01.04.2004 – I ZR 317/01, MMR 2004, S. 529 ff.

<sup>366</sup> Vgl. zum Verbot des Angebots privater Sportwetten und anderer Glücksspiele im Internet auch: BGH, Entscheidung vom 28.09.2011, I ZR 92/09.

<sup>367</sup> Vgl. OLG München, MMR 2005, S. 786 ff.

<sup>368</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 01.04.2004 – I ZR 317/01, MMR 2004, S. 529 ff.

<sup>369</sup> Vgl. LG Berlin, Urteil vom 31.05.2007 – 27 S 2/07, CR 2007, S. 742 f.

<sup>370</sup> Vgl. LG Düsseldorf vom 27.06.2007 – 12 O 343/06, ZUM-RD 2007, S. 529 ff.

<sup>371</sup> Vgl. zu Äußerungen im Internet auch: Minnerup, Äußerungen im Internet: Gegendarstellung, Unterlassung und Widerruf, ITRB 2011, S. 171.

voraus, dass der Betreiber etwaige Prüfungspflichten verletzt hat. Inwieweit solche Prüfungspflichten ihm zuzumuten sind, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.<sup>372</sup> Zumindest muss ein Host-Provider betreffende Beiträge nicht nur löschen und sperren, sondern auch darauf folgend ihm technisch mögliche und zumutbare Maßnahmen ergreifen, künftige Rechtsverletzungen zu vermeiden, sobald ihm eine Rechtsverletzung bekannt wird.<sup>373</sup>

Ähnlich entschied auch das OLG Koblenz bezüglich eines beleidigenden Beitrags in einem Internetforum. Der erste Leitsatz vom Beschluss des OLG Koblenz vom 12. Juli 2007 lautet: „Gegen den Betreiber eines Internetforums kann ein Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Inhalte bestehen, weil er als Betreiber des Forums diese Inhalte verbreitet. Der Betreiber eines Forums ist zwar nicht verpflichtet, den Kommunikationsvorgang zu überwachen, erhält er aber Kenntnis, so muss er die Sperrung oder Löschung des Vorgangs veranlassen“.<sup>374</sup>

### 7.3.4 Haftung der Nutzer im Rahmen einer Internetauktionsplattform

Auch Personen, die im Rahmen einer Internetauktionsplattform ein Account besitzen, müssen mit einer Haftung rechnen. So hat kürzlich z.B. das AG München festgestellt, dass Personen, die Inhaber eines Accounts bei einer Internetauktionsplattform sind, dafür sorgen müssen, dass andere Personen mit dem nur ihnen bekannten Passwort keine Rechtsverletzungen begehen.<sup>375</sup> So wurde beispielsweise in dem zu entscheidenden Fall ein so genanntes Ripp-Paket mit Softwareprogrammen zum Knacken von Kopierschutzmaßnahmen unter Nutzung eines Accounts zum Verkauf angeboten. Account-Inhaber müssen bei urheberrechtsverletzenden Angeboten Dritter über ihr Account mit einer Inanspruchnahme im Rahmen der Störerhaftung rechnen.

<sup>372</sup> Vgl. zu Prüf- und Kontrollpflichten von Diensteanbietern auch: BGH vom 22.07.2010, I ZR 139/08, ITRB 2011, S. 26 f.; Zu Prüfungspflichten des Sharehosters bei Downloadvergütung vgl.: LG Düsseldorf, Entscheidung vom 01.09.2010, 12 O 319/08, ITRB 2011, S. 27 ff.

<sup>373</sup> Vgl. LG Düsseldorf vom 27.06. 2007 – 12 O 343/06, (Leitsatz der Redaktion), ZUM-RD 2007, S. 529 ff.

<sup>374</sup> Beschluss des OLG Koblenz vom 12.07.2007 – 2 U 862/06, ZUM-RD 2007, S. 522 ff.

<sup>375</sup> Vgl. AG München, Urt. Vom 24.04.2007 – 161 C 24310/05, CR 2007, S. 816.

## 7.4 Arbeitnehmer und Internetnutzung im Betrieb

Im Bereich der Internetnutzung am Arbeitsplatz können erhebliche Streitigkeiten auftreten.<sup>376</sup> Viele Arbeitnehmer haben einen Rechner mit Internetzugang an ihrem Arbeitsplatz. Solange der Arbeitnehmer das Internet für seine berufliche Tätigkeit nutzt, kann es zur Informationsbeschaffung oder zum Auf- und Ausbau des Kundenkontaktes eine für den Arbeitgeber nützliche Investition sein. Doch bietet der Zugang zum Netz für den Arbeitnehmer auch viele Verlockungen. So könnte ein Arbeitnehmer der Verlockung unterliegen, über den Internetzugang des Unternehmens auch eine Urlaubsreise zu buchen oder eine private Banküberweisung per Internet zu tätigen. Die Nachteile, die das genannte Verhalten für den Arbeitgeber mit sich bringen kann, sind sehr facettenreich. Sie können von Mehrkosten für die Inanspruchnahme kostenpflichtiger Dienste bis zur Gefahr der Verbreitung von Viren auf den Unternehmensrechnern liegen.

### 7.4.1 Die Nutzung des Internets zu privaten Zwecken

Was passiert, wenn der Arbeitnehmer das Internet zu persönlichen Zwecken nutzt?

*Beispiel:*

*Der Arbeitnehmer X arbeitet in der Zentrale eines Speditionsbetriebes. Als er von seinem Vorgesetzten darum gebeten wird, wegen eines wichtigen Auftrages Überstunden zu machen, schickt er seiner Ehefrau eine E-Mail, um sie von seiner späteren Heimfahrt zu informieren.*

Die Abgrenzung zwischen dienstlicher und privater Nutzung erfolgt nicht nach dem räumlichen Verständnis. Dementsprechend können innerbetrieblich versandte E-Mails an Arbeitskollegen, je nachdem welche Informationen sie beinhalten, entweder privat oder dienstlich sein.

Eine dienstliche Nutzung des Internets ist also dann gegeben, wenn diese in einem Bezug zu den dienstlichen Belangen steht. Dementsprechend wird eine private E-Mail-Nutzung dann als dienstlich angesehen, wenn ihr Anlass dienstlich war. Im Umkehrschluss erfolgen alle übrigen Nutzungen privat.

Für den oben genannten Fall bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer X die E-Mail zu Recht an seine Frau geschickt hat. Denn diese Nachricht war beruflich veranlasst und ist deshalb auch zulässig.

<sup>376</sup> Vgl. zu Betriebsvereinbarungen bezüglich der Internetnutzung: Möller, Betriebsvereinbarungen zur Internetnutzung – Mitbestimmungsrechte bei Einführung und Ausgestaltung der Internet- und E-Mail-Nutzung, ITRB 2009, S. 44 ff.

Problematisch kann es für den Arbeitgeber aber werden, wenn er seinen Mitarbeitern eine E-Mail-Adresse zur Verfügung stellt<sup>377</sup>, welche Bestandteile des Firmennamens enthält.<sup>378</sup>

*Beispiel:*

*Der Angestellte Friedhelm Mustermann arbeitet bei der X-GmbH. Das Unternehmen hat den Mitarbeitern Mailadressen mit Firmenbestandteilen zur Verfügung gestellt. Herr Mustermann hat die Adresse Mustermann@X-GmbH.de. Über diese Adresse sendet er sowohl dienstliche als auch private Mails.*

Werden von dem Mitarbeiter über derartige Adressen Erklärungen abgegeben oder sogar Verträge abgeschlossen, besteht für den Arbeitgeber die Gefahr, dass sich sein Unternehmen diese Willenserklärungen zurechnen lassen muss.<sup>379</sup> Dies hängt davon ab, wie der Erklärungsempfänger die E-Mails auffassen muss. Aufgrund der Firmenbezeichnung in der Adresse könnten private Willenserklärungen für Außenstehende so erscheinen, als seien sie seitens des Unternehmens abgegeben worden. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn erkennbar Indizien für eine private Nutzung sprechen. Bestellt ein Arbeitnehmer beispielsweise über eine E-Mail-Adresse mit Unternehmensbestandteilen Waren und gibt als Lieferadresse seine Privatadresse an, so kann dies ausreichen, dem Empfänger der Mail zu verdeutlichen, dass nicht der Arbeitgeber sondern nur der Arbeitnehmer Vertragspartner sein möchte.<sup>380</sup>

Um Verständnisschwierigkeiten und Probleme von vornherein auszuschließen, gestatten Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern grundsätzlich nicht, die firmeneigene E-Mail-Adresse für private Mails zu nutzen; oder sie bestehen darauf, dass ein zweites – grundsätzlich neutrales – E-Mail-Account angelegt wird, über welches die Mitarbeiter ihre privaten Mails versenden können.

Durch ein generelles Verbot der Versendung privater E-Mails am Arbeitsplatz<sup>381</sup> kann das Unternehmen jedoch noch ein weiteres Problem vermeiden; nämlich das Nach-

<sup>377</sup> Vgl. zum Fernmeldegeheimnis bei erlaubter privater Internetnutzung auch: Jandt, Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis bei erlaubter E-Mail-Nutzung zu privaten Zwecken, K&R 2011, S. 631 f.

<sup>378</sup> Durch die Erlaubnis zur Nutzung eines dienstlichen E-Mail-Accounts wird der Arbeitgeber nicht zu einem Dienstanbieter im Sinne des TKG; vgl. hierzu: LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.02.2011, 4 Sa 2132/10, DB 2011, S. 1281 f.

<sup>379</sup> Vgl. Ulmer, E-Mail-Adresse Vorname-Name@Firma.de = Vollmacht? Stellt die Vergabe einer solchen E-Mail-Adresse eine Bevollmächtigung dar oder erweckt sie zumindest in den Augen des Publikums deren Anschein?, ITBR 2002, S. 117; Kocher, Rechtliche Bedeutung der Vergabe einer E-Mail-Adresse mit Bestandteilen einer Firma, K&R 2003, 597.

<sup>380</sup> Vgl. Kocher, Rechtliche Bedeutung der Vergabe einer E-Mail-Adresse mit Bestandteilen einer Firma, K&R 2003, S. 597.

<sup>381</sup> Vgl. zur Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Verbot privater Internetnutzung auch: ArbG Koblenz, Urteil vom 30.09.2009, 4 Ca 538/09, ITRB 2010, S. 177; zur fristlosen Kündigung wegen Herunterladens von Hackersoftware, vgl.: OLG Celle, Urteil vom 27.01.2010, 9 U 38/09, ITRB 2010, S. 253.

senden von Mails. Oftmals erhalten ehemalige Angestellte auch nach dem Ausscheiden aus dem Unternehmen private E-Mails an ihre alte Firmenadresse. Hat der Arbeitgeber private E-Mails am Arbeitsplatz gestattet, so ist er in der Regel arbeitsrechtlich aus nachvertraglicher Nebenpflicht verpflichtet, dem ehemaligen Arbeitnehmer die privaten E-Mails zuzuleiten, sofern ihm das möglich und zumutbar ist. Hat er hingegen in der Zeit, in welcher der Arbeitnehmer bei ihm noch beschäftigt war, immer wieder darauf hingewiesen, dass private Mails am Arbeitsplatz nicht geduldet und sogar gelöscht werden, so entfällt eine Pflicht des Arbeitgebers zur Nachsendung eingehender privater E-Mails nach Ausscheiden<sup>382</sup> des Arbeitnehmers.

Es existieren keine speziellen arbeitsrechtlichen Vorschriften, welche die Nutzung von Internetdiensten durch die Arbeitnehmer regeln. Grundsätzlich gilt jedoch: Private E-Mails sind unberechtigt, sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die private Nutzung nicht explizit oder zumindest stillschweigend gestattet hat. Es obliegt alleine dem Unternehmer zu entscheiden, ob er seinen Mitarbeitern über die betriebliche Nutzung hinaus auch eine privat motivierte Internetnutzung zugestehen möchte. Die Gründe hierfür können sehr unterschiedlich sein. So sehen einige Arbeitgeber in der Gestattung eine Motivation für ihre Angestellten. Eine stillschweigende Erlaubnis zur privaten Nutzung des betrieblichen Internetzugangs kann beispielsweise angenommen werden, wenn der Arbeitgeber eine gelegentliche private Nutzung des Internets durch Angestellte wissentlich über einige Zeit nicht beanstandet hat oder je nach Einzelfall auch dadurch hergeleitet werden kann, dass im Unternehmen privates Telefonieren in entsprechendem Umfang gestattet ist.

In der Praxis ist Arbeitgebern anzuraten, entweder ihren Arbeitnehmern die private Nutzung des Internets vollkommen zu verbieten und dies in regelmäßigen Abständen zu bekräftigen, oder es den Arbeitnehmern zu gestatten, indem sie bereits im Arbeitsvertrag respektive in einer Betriebsvereinbarung den Umfang der privaten Nutzung explizit festlegen.<sup>383</sup>

Die Frage, inwieweit dem Arbeitgeber Kontroll- und Überwachungsrechte bezüglich des Nutzungsverhaltens seiner Beschäftigten zustehen, ist umstritten.<sup>384</sup> Im Folgenden sollen die Kriterien, die bei der Kontrolle der Arbeitnehmer relevant werden können, dargestellt werden: Hat der Arbeitgeber eine private Internetnutzung am Arbeitsplatz vollständig untersagt, so kann er in der Regel davon ausgehen, dass sich nur dienstliche Vorgänge auf dem Rechner befinden. Insofern kann gewöhnlich keine Gefahr einer Verletzung der Privatsphäre des Arbeitnehmers bestehen.<sup>385</sup> In der Literatur und

<sup>382</sup> Vgl. hierzu auch: Seffer/Schneider, Behandlung des E-Mail-Accounts ausgeschiedener Organmitglieder – Rechtliche Rahmenbedingungen und praktische Handhabung des personalisierten Accounts nach dem Ausscheiden, ITRB 2007, S. 264 ff.

<sup>383</sup> Vgl. hierzu auch: Holzner, Neues zur Regelung der Nutzung von E-Mail und Internet am Arbeitsplatz?, ZRP 2011, S. 12 ff. (S. 13).

<sup>384</sup> Vgl. hierzu auch: Lasch / Böhm, Alles was Recht ist! – IT zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, WuM 2010, Heft 1, S. 36.

<sup>385</sup> Vgl. Haug, Grundwissen Internetrecht, Stuttgart 2005, Rn. 191.

Rechtsprechung wird diese Frage allerdings kontrovers diskutiert. In der Rechtsprechung ist zu diesem Punkt noch keine einheitliche Linie zu erkennen. Auch in der Literatur gehen die Auffassungen weit auseinander.<sup>386</sup> So wird beispielsweise die Ansicht vertreten, dass ein Internetarbeitsplatz trotz Verbot der privaten Nutzung durch den Vorgesetzten nur dann kontrolliert werden dürfe, wenn der Verdacht bestünde, dass Geschäftsgeheimnisse verraten oder strafbare Handlungen begangen wurden. Andere Stimmen in der Literatur bejahen hingegen das Recht des Arbeitgebers auf Kontrolle derartiger Arbeitsplätze bis hin zur vollständigen Protokollierung der Seiten, wobei auch hier umstritten ist, ob es dafür einer Rechtfertigung bedarf oder nicht.<sup>387</sup> Eine neue Qualität in die Diskussion um die Frage der Überwachung privater E-Mail- und Internetnutzung ist durch eine neue Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gekommen.<sup>388</sup> Nach Auffassung des Gerichts, bedarf die Überwachung der privaten E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz einer spezifischen gesetzlichen Grundlage.<sup>389</sup>

#### 7.4.2 Die Anwesenheitsmitteilung

Bei einer Vielzahl von E-Mail Programmen besteht die Möglichkeit, bei Dienstreisen oder Abwesenheit durch Urlaub, innerhalb einer zuvor festgelegten Zeitspanne eine automatische E-Mail an Personen zu senden, die während der Abwesenheit mit dem Verreisten in E-Mail-Kontakt treten. Diese automatische Mail wird auch als Abwesenheitsmitteilung bezeichnet. Derartige Abwesenheitsmitteilungen sollten zumindest folgende Informationen enthalten:

- die voraussichtliche Zeitdauer der Abwesenheit des Empfängers,
- gegebenenfalls Angaben über die Erreichbarkeit eines Vertreters und dessen Kontaktdaten,
- Angaben zum Unternehmen.

Rechtlich kann diese Mitteilung den Zugang der Willenserklärung nicht verhindern, denn eine Willenserklärung gilt als zugegangen, sobald sie in den Herrschaftsbereich des Erklärungsempfängers gelangt ist. In dem Moment also, in dem die E-Mail des Absenders auf dem Server des Unternehmens respektive auf dem Server von dessen Provider eingegangen ist, ist sie in den Herrschaftsbereich des Unternehmens gelangt. Ist dies während der Geschäftszeit geschehen, kann mit einer Kenntnisnahme noch am selben Tag gerechnet werden. Damit kann auch die Abwesenheitsmitteilung nicht

<sup>386</sup> Vgl. hierzu: Weißnicht, Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, MMR 2003, S. 448, 451; Haug, Grundwissen Internetrecht, Rn. 191; differenzierend: Strömer, Online-Recht, 4. Aufl., Heidelberg 2006, S. 364.

<sup>387</sup> Vgl. zur Frage einer permanenten Videoüberwachung am Arbeitsplatz: LAG Hessen, Entscheidung vom 25.10.2010, 7 Sa 1586/09, ITRB 2011, S. 181 ff.

<sup>388</sup> Vgl. EGMR, MMR 2007, S. 431 mit Anmerkung von Hornung.

<sup>389</sup> Vgl. EGMR, MMR 2007, S. 431.

verhindern, dass die Nachricht auch am selben Tag zugegangen ist. Hier wird das Problem des Unternehmens evident. Auch während der Abwesenheit eines Mitarbeiters sollte die Möglichkeit bestehen, eingehende Mails durch einen Vertreter bearbeiten zu lassen. Da die Abwesenheitsmitteilung den Zugang von Mails und die Wirksamkeit darin enthaltener Willenserklärungen nicht nach hinten verschiebt, ist es Aufgabe des Unternehmens, den Arbeitsablauf so zu organisieren, dass eingehende E-Mails zur Kenntnis genommen und gegebenenfalls bearbeitet werden können. Dies bedeutet aber nicht, dass die Abwesenheitsmitteilung überflüssig oder gar wertlos ist; sie ermöglicht es, den Kunden und Geschäftspartnern mitzuteilen, wer während der Abwesenheit des Arbeitnehmers ihr Ansprechpartner sein wird und wie sie ihn erreichen können.

### 7.4.3 Schadensersatzansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer

Anspruchsgrundlagen für etwaige zivilrechtliche Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen einen Arbeitnehmer, der durch schuldhaftes Pflichtverstöße seinem Unternehmen einen Schaden zugefügt hat, sind im vertraglichen Bereich der § 280 Abs. 1 BGB und im deliktischen Bereich der § 823 Abs. 1 BGB.

#### § 280 BGB Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

- (1) *Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*
- (2) *Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.*
- (3) *Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.*

#### § 823 BGB 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. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.*

Hat ein Arbeitnehmer durch gefahrträchtiges Verhalten einen Schaden verursacht, etwa unter Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften von zu Hause virenverseuchte Datenträger mitgebracht, die beim Arbeitgeber zu Virenschäden führen, oder fahrlässig



Passworte schlecht verwaltet, so dass es zu Datenausspähungen oder Datenveränderungen durch Dritte kommt, so kann der Arbeitnehmer – unter sehr engen Voraussetzungen – dem Arbeitgeber gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein. Allerdings sind die Chancen auf Schadensersatz für den Arbeitgeber in derartigen Fällen in der Praxis, insbesondere bei Viren-Schäden schlecht durchsetzbar, weil Arbeitgeber wegen der bekannten Viren-Gefährdung ohnehin angehalten sind, in erheblichem Umfang technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um das System des Unternehmens gegen Viren abzusichern. Selbst wenn also dem Arbeitnehmer ein schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden kann, wird dem Arbeitgeber aufgrund seiner hohen Sicherungsverpflichtungen in der Regel ein erhebliches Mitverschulden angerechnet. Dies kann bereits passieren, wenn er organisatorische Anforderungen vernachlässigt hat, wie beispielsweise dann, wenn in seinem Betrieb keine Betriebsvereinbarungen oder Nutzungsrichtlinien über Virenschutz oder den Umgang mit Mails und Dateianhängen existieren.<sup>390</sup> Darüber hinaus ist es Arbeitgebern anzuraten, eine zuständige Stelle einzurichten, an die sich ein Arbeitnehmer wenden kann, wenn der Verdacht besteht, dass ein Dateianhang virenverseucht ist. Nach Ansicht einiger Gerichte besteht nämlich eine Pflicht des Arbeitnehmers, vor dem Öffnen virenverdächtiger E-Mails und Dateianhänge, diese zur Überprüfung an eine zuständige Stelle im Unternehmen weiterzuleiten.<sup>391</sup> Hat der Arbeitgeber aber eine solche Stelle, die gewöhnlich in der EDV-Abteilung des Unternehmens angesiedelt ist, nicht eingerichtet, so kann ihn bei etwaigen Schadensersatzansprüchen gegen einen Arbeitnehmer ein erhebliches Mitverschulden treffen.

In der Literatur und Rechtsprechung wird die Haftung des Arbeitnehmers nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen der §§ 280 und 823 BGB als zu ungerecht empfunden. Schließlich kann der Arbeitnehmer im Rahmen seiner fremdbestimmten und weisungsgebundenen Arbeit nicht selbst entscheiden, mit welchen Vermögenswerten und welchen Arbeitsmitteln er es bei der Ausführung der Tätigkeit zu tun hat. Der Arbeitgeber erscheint bei einer derartigen Handhabung des Arbeitsrisikos ungerechtfertigt entlastet; zumal ihm die Organisation des Betriebs obliegt und er das Schadensrisiko beispielsweise durch den Abschluss entsprechender Versicherungen oder besondere Gestaltung der Arbeitsbedingungen reduzieren kann. Deshalb wurde die Haftung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber gegenüber m.E. zu Recht durch Gerichte stark privilegiert bzw. stark eingeschränkt. So hat die Rechtsprechung bereits Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts die Haftung bei einer so genannten gefahrgeigten Arbeit eingeschränkt. Da die Haftungsmaßstäbe dabei zu wenig trennscharf waren, wurde diese Rechtsprechung angesichts zunehmender Kritik wieder aufgegeben. Mittlerweile vertritt die gesamte Rechtsprechung die Auffassung, dass die Haftungserleichterung für Arbeitnehmer bei jeder Art von Tätigkeit und nicht nur bei

<sup>390</sup> Formulierungsbeispiele für Betriebsvereinbarungen über die Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz sind abgedruckt in: Speichert, Praxis des IT-Rechts, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, S. 186 ff.

<sup>391</sup> Vgl. beispielsweise ArbG Frankfurt, RDV 2001, S. 189.

gefahrengeeigneter Tätigkeit eingreifen soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>392</sup> und des Bundesarbeitsgerichtes<sup>393</sup> werden bei Schäden, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit dem Arbeitgeber zufügt, folgende gestaffelte Haftungsprivilegierung angewandt:

Handelt der Arbeitnehmer schuldlos bis leicht fahrlässig, so haftet der Arbeitnehmer nicht. Der Schaden wird komplett dem Betriebsrisiko des Unternehmers zugerechnet. Besteht eine mittlere Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers, so erfolgt die Schadensverteilung quotenmäßig entsprechend den Umständen des Einzelfalls. Bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz haftet der Arbeitnehmer in voller Höhe. Eine Ausnahme kann laut Rechtsprechung im Rahmen der groben Fahrlässigkeit allerdings dann gemacht werden, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen der Höhe des Schadens und dem Verdienst des Arbeitnehmers besteht. In derartigen Fällen kann die Höhe des vom Arbeitnehmer zu zahlenden Schadensersatzes reduziert werden. Als maximaler Betrag werden gewöhnlich drei Monatsgehälter angesehen.<sup>394</sup>

Das Problem des Mitverschuldens des Arbeitgebers und die Grundsätze der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers zusammengenommen, führen in der Praxis dazu, dass die Arbeitgeber es in der Regel schwer haben, Schadensersatz in voller Höhe gegenüber dem Arbeitnehmer durchzusetzen.

#### 7.4.4 Fazit

1. Der Arbeitgeber kann bestimmen, ob und inwieweit er private Nutzung des Internets in seinem Betrieb zulässt. Dies sollte er dann aber auch explizit regeln.
2. Es ist dem Arbeitgeber anzuraten, private Nutzung von E-Mails generell zu untersagen, da er ansonsten Gefahr läuft, für Willenserklärungen von Mailadressen mit Unternehmensbezeichnung zu haften, und da er ansonsten gegebenenfalls auch nach Ausscheiden des Mitarbeiters private E-Mails nachsenden muss.
3. E-Mail-Adressen auf welchen geschäftliche Korrespondenz eingeht, sollten mindestens zu Beginn und am Ende des Arbeitstages kontrolliert werden. Aus praktischen Gründen sollte der Arbeitgeber seine Angestellten anweisen, bei Dienstreisen und Urlaub die Möglichkeit einer Abwesenheitsmitteilung zu nutzen und organisatorisch einzuplanen, dass ein Stellvertreter eingehende Mails sieht.

---

<sup>392</sup> Vgl. BGH, BB 1991, S. 626.

<sup>393</sup> Vgl. BAG, DB 1988, S. 1603.

<sup>394</sup> Vgl. zur Haftungsprivilegierung auch: Wien, Arbeitsrecht, Wiesbaden 2009, S. 93 ff., (S. 94).

### 7.4.5 Private Internetnutzung und Kündigung

Verstößt ein Arbeitnehmer gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, so steht dem Arbeitgeber eine Bandbreite unterschiedlicher Möglichkeiten zur Verfügung, derartiges Fehlverhalten zu sanktionieren. Die Palette der Möglichkeiten beginnt bei einem Hinweis und reicht über die Abmahnung bis hin zur Kündigung. Zu bedenken ist hierbei aber, dass die Kündigung als härteste Sanktion immer nur als letztes Mittel, also „ultima ratio“, eingesetzt werden sollte.

Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch welche das Arbeitsverhältnis beendet wird. Für ihre Wirksamkeit bedarf eine Kündigung gemäß § 623 BGB der Schriftform. Sofern der Arbeitgeber eine Kündigung nur mündlich ausgesprochen hat ist sie also unwirksam. Im Rahmen der Kündigung ist zwischen ordentlicher und außerordentlicher, also fristloser Kündigung zu unterscheiden. Während bei der ordentlichen Kündigung die Kündigungsfristen aus dem Arbeitsvertrag bzw. § 622 BGB zu beachten sind, kennzeichnet eine außerordentliche Kündigung, dass ein wichtiger Grund besteht, der dem Kündigenden das Abwarten der regulären Kündigungsfrist unzumutbar macht.

Damit eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt ist, bedarf es eines Kündigungsgrundes. Derartige Kündigungsgründe können aus § 1 Abs. 2 KSchG hergeleitet werden. Es handelt sich hierbei um verhaltensbedingte, personenbedingte und betriebsbedingte Kündigungsgründe. Um diese Kündigungsgründe voneinander abzugrenzen, können folgende vereinfachte Kriterien herangezogen werden:

- **Verhaltensbedingter Kündigungsgrund:** Hierbei ergibt sich der Kündigungsgrund aus einem durch große Intensität oder durch Nachhaltigkeit geprägtes Verhalten des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber, den Arbeitskollegen oder Kunden gegenüber (z.B. unerlaubte Telefongespräche, Arbeitsverweigerung, dauernde Unpünktlichkeit).
- **Personenbedingter Kündigungsgrund:** Bei einer personenbedingten Kündigung müssen die Gründe in der Person des Arbeitnehmers liegen und sie müssen eine bestimmte Intensität aufweisen. Dies sind Faktoren auf die der Arbeitnehmer keinen Einfluss hat; selbst wenn er sich anders verhalten wollte (z.B. Drogensucht, dauernde Krankheit, Verhinderung der Arbeitstätigkeit wegen Verbüßens einer Haftstrafe).
- **Betriebsbedingter Kündigungsgrund:** Eine betriebsbedingte Kündigung basiert auf der unternehmerischen Entscheidung, durch Abbau an Personal externen oder internen betrieblichen Einflussfaktoren (z.B. Auftragsmangel, Rohstoffmangel, Finanzierungsschwierigkeiten) entgegenzuwirken. Im Rahmen derartiger Kündigungen hat der Arbeitgeber eine Sozialauswahl zu beachten.<sup>395</sup>

<sup>395</sup> Vgl. hierzu z.B. BAG 2006, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 144.

Sofern ein Arbeitnehmer aufgrund seines Verhaltens gekündigt werden soll, handelt es sich um eine verhaltensbedingte Kündigung. Vor dem Ausspruch der Kündigung wird es gewöhnlich wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein, den Arbeitnehmer abzumahnern<sup>396</sup> und ebenso wie es gewöhnlich bei personenbezogenen Kündigungen gehandhabt wird, eine Interessenabwägung zwischen betrieblichen Belangen und denen des Arbeitnehmers vorzunehmen. Eine Abmahnung liegt nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts vor, wenn der Arbeitnehmer in einer für ihn hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise durch den Arbeitgeber auf die Verletzung einer Vertragspflicht hingewiesen und damit verbunden darauf aufmerksam gemacht wird, dass im Wiederholungsfall der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet ist.<sup>397</sup>

*Beispiel:*<sup>398</sup>

*B ist Bauleiter im Unternehmen des Z. B nutzt einen Dienst-PC, auf welchen auch andere Mitarbeiter Zugriff haben. Es existiert in dem Unternehmen keine betriebliche Regelung über die private Nutzung des Dienst-PC. Als das Unternehmen Z den Dienst-PC überprüfte, wurden Bild- und Videodateien mit zum Teil erotischem Inhalt entdeckt. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass von dem PC auch derartige Seiten im Internet aufgesucht worden sind. B hatte genau an den Tagen, an denen die Dateien aufgerufen wurden, bei dem Unternehmen Z Überstunden abgerechnet. Ohne vorherige Abmahnung kündigt Z dem B das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise kündigt es zugleich ordentlich. Zu Recht?*

Es gibt eine relativ junge Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes, welche die Problematik der Kündigung wegen Surfens im Internet behandelt und unter gewissen Umständen dem Arbeitgeber eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung zugesteht.<sup>399</sup> Hierbei hängt es insbesondere vom Umfang der versäumten bezahlten Arbeitszeit sowie auch von einer möglichen Rufschädigung des Arbeitgebers ab, ob die Pflichtverletzung als so gewichtig angesehen werden kann, dass sie eine Kündigung ohne vorhergehende Abmahnung rechtfertigt. Das Bundesarbeitsgericht sieht im Rahmen der privaten Nutzung von Dienst-PCs respektive des Internets unter anderem folgende Punkte als kündigungsrelevante Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten an:<sup>400</sup>

- Das Herunterladen einer erheblichen Menge von Daten aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme („unbefugter Download“), insbesondere wenn damit einerseits die Gefahr möglicher Vireninfiltrierungen oder anderer Störungen des – betrieblichen – Systems verbunden sein könnte, oder andererseits von solchen Daten,

<sup>396</sup> Vgl. zur Abmahnung: Senne, Arbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2007, S. 172 ff.

<sup>397</sup> Vgl. BAG-Urt. Vom 17.10.1990, BB 1990, S. 705.

<sup>398</sup> Beispielfall in Anlehnung an BAG, Urteil vom 31.05.2007 – 2 AZR 200/06, NJW 2007, S. 2653.

<sup>399</sup> Vgl. BAG, NJW 2007, S. 2653.

<sup>400</sup> BAG, Urteil vom 31.05.2007 – 2 AZR 200/06, NJW 2007, S. 2653; vgl. hierzu insbesondere auch: BAG, NZA 2006, 98; BAG NZA 2006, S. 977.

bei deren Rückverfolgung es zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen kann, beispielsweise, weil strafbare oder pornografische Darstellungen heruntergeladen werden.

- Die Private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internetanschlusses als solche, weil durch sie dem Arbeitgeber möglicherweise - zusätzliche - Kosten entstehen können und der Arbeitnehmer jedenfalls die Betriebsmittel unberechtigterweise in Anspruch genommen hat.
- Die private Nutzung des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Internets oder anderer Arbeitsmittel während der Arbeitszeit, weil der Arbeitnehmer während des Surfs im Internet oder einer intensiven Betrachtung von Videofilmen oder -spielen zu privaten Zwecken seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt und dadurch seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt und sie verletzt.

Im Beispielfall war eine außerordentliche Kündigung nicht zulässig; denn der B wurde nicht abgemahnt. Ein wichtiger Grund ist nicht erkennbar; schließlich gab es keine Regelung bezüglich der privaten Internetnutzung. Doch ist eine ordentliche, verhaltensbedingte Kündigung rechters. Für diese Kündigung bedarf es hier keine vorherige Abmahnung, da das Unternehmen nicht dulden muss, beim Einloggen in die Programme als „Pornobenutzer“ qualifiziert zu werden.

## 8 Computerkriminalität und Strafrecht

Nachdem bisher vorwiegend die zivilrechtlichen Rahmenbedingungen des Internets behandelt wurden, sollen nunmehr die strafrechtlichen Aspekte Beachtung finden. Gerade die Informationstechnologie mit ihren vielfältigen Einsatzmöglichkeiten in den Bereichen Verwaltung und Wirtschaft bietet erhebliches Potential für Missbrauch und kriminelle Aktivitäten. Im Internet gibt es viele Verhaltensweisen, welche dem Strafrecht zuwiderlaufen. Verstöße gegen Strafrechtsnormen können mit Geld- oder Freiheitsstrafen sanktioniert werden. Grundlage hierfür bietet zum einen das Strafgesetzbuch, zum andern finden sich Strafrechtsnormen aber auch in den Spezialgesetzen JSchG<sup>401</sup>, JMStV<sup>402</sup> und UrhG. Zu Unrecht denken viele Personen, dass das Internet ein rechtsfreier Raum sei. Durch technische Ausstattung und Fortbildung des Personals ist die Polizei heute auch gegen Straftäter im Bereich des Internets gut gerüstet.

### 8.1 Generelle Einführung in das Strafrecht

Das Strafrecht ist sicherlich das stärkste Schutzinstrument, welches der Staat gegenüber den Bürgern verwenden kann. Sanktionen wie Freiheits- oder Geldstrafe sind jedoch nötig, um Personen von kriminellen Handlungen abzuhalten. Die Macht des Staates erhält allerdings klare Grenzen durch strafrechtliche Grundsätze, die es ermöglichen, die damit verbundenen Einschnitte für den Bürger vorhersehbar zu machen. So legt sowohl der § 1 StGB als auch der Art. 103 Abs. 2 GG fest, dass die Strafbarkeit bereits vor Begehung der Tat gesetzlich bestimmt sein muss. Dies soll verhindern, dass erst nach bestimmten Verhaltensweisen Gesetze geschaffen werden, nach denen der Täter für seine früheren Taten bestraft wird. Darüber hinaus gilt im Strafrecht das so genannte Analogieverbot. Das bedeutet, dass eine Vorschrift nicht zum Nachteil eines Täters entsprechend angewandt werden darf, wenn es nicht die tatsächlich begangene Tat, sondern nur eine ähnliche Tat unter Strafe stellt. Gerade im Internetrecht wirkt sich dieses Analogieverbot extrem stark aus. Handlungen von Tätern im Netz können nur bestraft werden, wenn sie genau die Voraussetzungen der Strafvorschriften erfül-

---

<sup>401</sup> Jugendschutzgesetz vom 23. Juli 2002, BGBl. I S. 2730, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Oktober 2008, BGBl. I S. 2149.

<sup>402</sup> Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien vom 10. bis 27. September 2002, zuletzt geändert durch Artikel 2 des „Dreizehnten Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge“.

len. Sind sie Handlungen hingegen nur so ähnlich, so verbietet das Analogieverbot eine entsprechende Anwendung der Strafvorschrift. Es muss zwangsläufig so lange eine Gesetzeslücke bestehen bleiben, bis der Gesetzgeber eine Strafvorschrift geschaffen hat, die auch diese Lebenssituationen abdeckt.

Im Strafrecht gilt das Tatortprinzip. Nach § 3 des StGB ist das deutsche Strafrecht nur auf Taten anzuwenden, welche im Inland, also auf deutschem Hoheitsgebiet, begangen werden. Wird also die Filiale eines deutschen Unternehmens in Paris Angriffsziel französischer Hacker, so kommt nicht das deutsche, sondern alleine das französische Strafrecht zur Anwendung. Wird hingegen per Internet ein Hackerangriff auf ein in Deutschland ansässiges französisches Unternehmen durchgeführt, so ist das deutsche Strafrecht anwendbar. Dies ist unabhängig davon, ob das Opfer Deutscher oder Ausländer ist.

## 8.2 Der strafrechtliche Schriftenbegriff

Ein für den Bereich des Internetstrafrechts wichtiger Punkt ist, dass der Begriff „Schrift“ im Strafgesetzbuch ein sehr weiter ist und der Begriff damit auch das Internet umfasst. Der § 11 Abs. 3 StGB stellt explizit klar, dass den „Schriften“ auch Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen gleichstehen. Dementsprechend erfasst die Gleichstellung neben selbständigen Datenträgern wie z.B. Magnetbändern, Festplatten, CD-ROMs, DVDs und USB-Speichern nach herrschender Meinung auch nicht permanente elektronische Arbeitsspeicher von Rechnern.<sup>403</sup>

## 8.3 Straftaten gegen die persönliche Ehre

Insbesondere in E-Mails, so genannten Chatrooms und Gesprächsforen, aber auch in Gästebüchern oder einfach nur in Texten, welche eine interessierte Person ins Netz stellt, kann es vorkommen, dass Personen beleidigt oder negativ dargestellt werden. Bei derartigem Vorgehen sollte sich der im Netz Agierende gut überlegen, was er schreibt. Denn Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung sind unter Strafe gestellt.

---

<sup>403</sup> Vgl. BGHSt 47, 55, 58 ff.; LG München, NJW 2000, S. 1051; Tröndle / Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., München 2007, § 11 Rn. 36.

### 8.3.1 Beleidigung, § 185 StGB

Unter Beleidigung ist ein Angriff auf die persönliche Ehre durch Kundgabe einer Geringsachtung, Missachtung oder Nichtachtung zu verstehen.<sup>404</sup>

*Beispiel:*

*Die Nachbarn A und B haben sich darüber zerstritten, dass der A die Äste seiner Bäume an der Grundstücksgrenze nicht schneidet. B schreibt dem A daraufhin eine E-Mail, die unter anderem folgenden Satz beinhaltet: „Sollten Sie blöder Idiot noch einmal die Äste Ihres Baumes über die Grundstücksgrenze wachsen lassen (...)“. A ist empört und erstattet Anzeige.*

Indem der B den A als „Idiot“ bezeichnet, bringt er eine Missachtung des A zum Ausdruck, die zugleich die persönliche Ehre des A angreift. Derartige Kraftausdrücke sind aber nicht nur in E-Mails oder Gesprächen per Internettelefonie strafbar, sondern können auch dann relevant werden, wenn beispielsweise Journalisten einen kritischen oder provokanten Text in das Internet stellen. Die Strafvorschrift gilt nämlich auch für Journalisten. Zwar ist der Freiraum für diese insofern größer, als sie im Rahmen der Darstellung ihrer Themen sogar scharfe und abwertende Kritik sowie übersteigerte Polemik oder ironische Formulierungen verwenden dürfen<sup>405</sup>, doch findet die freie Meinungsäußerung der Journalisten ihre Grenze, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Herabsetzung der Person im Vordergrund steht.<sup>406</sup> Diese Grenze wird insbesondere bei Formalbeleidigungen im Sinne des § 192 StGB durch Ausdrücke wie „Schwein“, „Affe“ oder „Ferkel“ überschritten.<sup>407</sup> Selbst wenn der so bezeichnete die Äußerung nicht zur Kenntnis genommen hätte, wäre der Tatbestand der Beleidigung hierdurch erfüllt. Da es sich bei Beleidigung allerdings um ein Antragsdelikt handelt, welches in der Regel ohne Strafanzeige nicht verfolgt wird, wäre ohne Kenntnisnahme des Verletzten in der Praxis kaum ein Strafverfahren zu erwarten. Nach § 185 StGB kann die Beleidigung mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe geahndet werden.

### 8.3.2 Üble Nachrede § 186 StGB

Aber nicht nur die direkte Beleidigung, also die Handlung gegenüber dem Opfer, führt zu einer Straftat. Anknüpfungspunkt bei der üblen Nachrede ist die Ermöglichung fremder Missachtung. Behauptet oder verbreitet jemand also auf Seiten im Internet, in Chatrooms, Gästebüchern oder E-Mails Tatsachen, die dazu geeignet sind, eine Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdi-

<sup>404</sup> Seit BGHSt 1, 288 ständige Rechtsprechung.

<sup>405</sup> Vgl. BVerfG NJW 1987, S. 1398; Bölke, Presserecht für Journalisten. Freiheit und Grenzen der Wort- und Bildberichterstattung, München 2005, S. 110.

<sup>406</sup> Vgl. BVerfG NJW 1991, S. 95.

<sup>407</sup> Bölke, Presserecht für Journalisten, S. 110.



gen, so kann der Tatbestand der üblen Nachrede zur Anwendung kommen. Anders als bei der Beleidigung, die durch Äußerung von Tatsachen und Werturteilen erfolgen kann, kommt es bei der üblen Nachrede allein auf Tatsachen an. Denn Tatsachen sind überprüfbar und können sich als richtig oder falsch herausstellen. Auch der Wortlaut des Gesetzes ist wichtig. Er sagt explizit „wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist“. Dies führt zwar zu keiner Beweislastumkehr, bedeutet aber, dass verbleibende Zweifel zu Lasten des Täters gehen<sup>408</sup>, hier der Grundsatz „in dubio pro reo“, im Zweifel für den Angeklagten“ also nicht greift.

### 8.3.3 Verleumdung § 187 StGB

Der Tatbestand der Verleumdung zielt in eine ähnliche Richtung wie die üble Nachrede. Hier kommt jedoch strafverschärfend hinzu, dass der Täter diese unwahre Behauptung bewusst wahrheitswidrig verbreitet hat, um den anderen dadurch verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Insbesondere strafverschärfend wirkt sich dabei aus, wenn er diese Tat beispielsweise durch Verbreiten von Schriften begangen hat. Internetseiten gehören hier zu, da sie unter den Schriftbegriff des § 11 Abs. 3 StGB fallen.

### 8.3.4 Antragsdelikte

Die eben aufgeführten Delikte wie die Beleidigung, Verleumdung oder üble Nachrede werden nach § 194 Abs. 1 StGB in der Regel nur auf Antrag verfolgt. Es bedarf also in den meisten von derartigen Fällen einer Anzeige durch den Verletzten.

Aber durch negative Äußerungen sind auch Straftaten gegen die öffentliche Ordnung möglich. So sehen beispielsweise die §§ 90, 90 a und 90 b StGB Sanktionen gegen Personen vor, die den demokratischen Rechtsstaat gefährden. In Betracht kommt hier eine Verunglimpfung des Bundespräsidenten. Nach § 90 StGB kann mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften den Bundespräsidenten verunglimpft. Unter Verunglimpfen ist hierbei als eine schwere Ehrkränkung im Sinne der §§ 185 bis 187 StGB zu verstehen, also Tatbestände, wie sie etwa bei Beleidigung, Verleumdung oder üblen Nachrede vorkommen. Dieses muss allerdings schwerwiegend und mit einer derartigen Intention erfolgen. Harte Kritik oder Satire fallen dementsprechend nicht hierunter.

---

<sup>408</sup> Vgl. Tröndle / Fischer, Strafgesetzbuch, 54. Aufl., München 2007, § 186 Rn. 11.

## 8.4 Verunglimpfung

Der § 90a StGB stellt die Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole unter Strafe. Diese Vorschrift lautet:

*§ 90a StGB Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole.*

(1) *Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3)*

1. *die Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder oder ihre verfassungsmäßige Ordnung beschimpft oder böswillig verächtlich macht oder*
2. *die Farben, die Flagge, das Wappen oder die Hymne der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder verunglimpft,*

*wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer eine öffentlich gezeigte Flagge der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder oder ein von einer Behörde öffentlich angebrachtes Hoheitszeichen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder entfernt, zerstört, beschädigt, unbrauchbar oder unkenntlich macht oder beschimpfenden Unfug daran verübt. Der Versuch ist strafbar.*

(3) *Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, wenn der Täter sich durch die Tat absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt.*

*Beispiel:*

*G stellt auf seine Homepage ein Bild, welches ihn zeigt, wie er grinsend die Flagge der Bundesrepublik Deutschland verbrennt. Macht er sich damit strafbar?*

Durch die Vorschrift des § 90 a StGB sollen Angriffe auf das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland sanktioniert werden. Dabei sollen durch § 90 a Abs. 1 Nr. 1 StGB sowohl Angriffe auf die Schutzgüter selbst, als auch durch § 90 a Abs. 1 Nr. 2 StGB Angriffe auf bestimmte Symbole erfasst werden. Im genannten Beispielfall hat G durch sein Handeln den Straftatbestand des § 90a StGB erfüllt.

## **8.5    Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen, § 86 StGB**

Zu den Strafvorschriften, die sich gegen eine Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates wenden gehört auch § 86 StGB. Dieser Paragraph verbietet das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen. Diese Vorschrift soll, ebenso wie das in § 86a StGB normierte Verbot von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, einer Verbreitung derartiger Propagandamittel entgegenwirken. So ist bereits das Zeigen derartiger Kennzeichen, insbesondere das Zeigen von Fahnen, Abzeichen, Uniformstücken, Parolen und Grußformeln, beispielsweise auf der Homepage strafbar.

## **8.6    Pornographie, § 184 ff. StGB**

Insbesondere der Bereich der Pornographie und Gewaltdarstellungen spielt im Internetstrafrecht eine besondere Rolle. Minderjährige sollen davor bewahrt werden, im Internet mit Inhalten konfrontiert zu werden, welche sie in ihrer Entwicklung hemmen oder fehlleiten können. Der Gesetzgeber hat deshalb durch § 184 StGB unter Strafe gestellt, pornographische Schriften Personen unter achtzehn Jahren zugänglich zu machen. Die Anbieter derartiger Netzinhalte müssen durch geeignete Maßnahmen dafür sorgen, dass dies auch im Internet gewährleistet ist. Derartige Taten werden mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Auch das Verbreiten oder Einführen von gewalt- und tierpornographischen Darstellungen ist gemäß § 184 a StGB verboten. Hier liegt die Strafdrohung bereits bei einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Noch schärfer sind die Regelungen bei pornographischen Darstellungen, die den Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben. Hierbei wird nicht nur die Einführung in das Land und die Verbreitung derartiger Inhalte mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, sondern auch schon der schlichte Besitz derartiger Inhalte wird mit einer Freiheitsstrafe sanktioniert. Deshalb kann jedem, der versehentlich einmal auf eine derartige Seite im Netz gelangt nur geraten werden, es zu unterlassen, sich länger auf dieser Seite aufzuhalten oder gar die Inhalte derartiger Seiten abzuspeichern oder auszudrucken. Denn selbst wenn der Nutzer diese Kopie nur zu dem Zweck zieht, um damit eine Anzeige bei der Polizei zu machen, würde er den Straftatbestand des § 184 b StGB erfüllen und könnte selbst als Straftäter angesehen werden.

## 8.7 Gewaltdarstellungen, § 131 StGB

Im Internet finden sich häufig auch Seiten mit extremen Gewaltdarstellungen. Seien es Fotos, Bilder oder auch Texte über Grausamkeiten. Der deutsche Gesetzgeber hat die Verbreitung von Gewaltdarstellungen in Schriften mit § 131 StGB unter Strafe gestellt. Es handelt sich bei dieser Norm um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Die Strafdrohung ist hier an die Vermutung geknüpft, dass ein Zusammenhang zwischen der individuellen Wahrnehmung von Gewalt und Handlungsformen einzelner Personen besteht.<sup>409</sup> Der § 131 StGB verbietet jedwede Verherrlichung von Gewalt. Der Originalwortlaut des Gesetzestextes lautet:

*§ 131 StGB Gewaltdarstellung.*

*(1) Wer Schriften (§ 11 Abs. 3), die grausame oder sonst unmenschliche Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder menschenähnliche Wesen in einer Art schildern, die eine Verherrlichung oder Verharmlosung solcher Gewalttätigkeiten ausdrückt oder die das Grausame oder Unmenschliche des Vorgangs in einer die Menschenwürde verletzenden Weise darstellt,*

- 1. verbreitet,*
- 2. öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,*
- 3. einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht oder*
- 4. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 bis 3 zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen,*

*wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Darbietung des in Absatz 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste verbreitet.*

*(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Handlung der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte dient.*

<sup>409</sup> Vgl. Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., München 2007, § 131 Rn. 2.

- (4) Absatz 1 Nr. 3 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte handelt; dies gilt nicht, wenn der Sorgeberechtigte durch das Anbieten, Überlassen oder Zugänglichmachen seine Erziehungspflicht gröblich verletzt.

## 8.8 Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs, § 201a

Ein anderer praxisrelevanter Themenbereich ist das Präsentieren von privaten Bildern oder Filmen auf Plattformen wie YouTube. Sofern die gezeigte Person bei den Aufnahmen nicht zugestimmt hat, können einerseits zivilrechtlich Rechte am eigenen Bild verletzt worden sein. Andererseits kann hier aber auch Strafrecht relevant werden. Der § 201 a StGB schützt vor einer Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen. Diese Vorschrift, die erst mit Gesetz vom 30. Juli 2004 nachträglich in das Strafgesetzbuch eingefügt worden ist lautet:

*§ 201a StGB 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. (...)*

*Beispiel:*

*Die beiden 16-jährigen Schüler S und G finden es witzig, im Herrenumkleideraum der Schulsportthalle mit der Kamera ihres Handys heimlich den Umkleidevorgang ihrer Schulkollegen aufzunehmen und diese Bilder ins Internet zu stellen.*

In diesem Beispielfall erfüllen die beiden Schüler sowohl den § 201a Abs. 1 als auch den § 201 Abs. 2 StGB. Der Umkleideraum ist ein gegen Einblick besonders geschützter Raum. Indem die Schüler ihre Schulkollegen heimlich fotografieren, erfüllen sie den Straftatbestand des § 201a Abs. 1 StGB. Indem sie die Bilder ungefragt ins Internet stellen, machen sie sie Dritten im Sinne des § 201a Abs. 2 StGB zugänglich.

## 8.9 Hacker

Unter Hacking ist gewöhnlich „das unberechtigte Eindringen in ein Computer- oder Netzwerksystem“ zu verstehen<sup>410</sup>. Die Handlungen von Hackern bereiten den Strafverfolgungsbehörden in der Vergangenheit oftmals insofern Schwierigkeiten, als viele Handlungen von Hackern nicht zwingend unter Straftatbestände zu subsumieren waren. So stellte sich beispielsweise bereits die Frage, ob es strafbar war, aus sportlichem Ehrgeiz Zugangssicherungen zu überwinden, ohne die damit gesicherten Daten lesen oder verändern zu wollen. Ursprünglich wollte der Gesetzgeber durch die Einführung des § 202a StGB, welcher durch das „Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“ im Jahre 1986 in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde, einer Überkriminalisierung entgegenwirken. Deshalb sollte das schlichte Eindringen, ohne sich Daten zu verschaffen, zu keiner Strafbarkeit führen.<sup>411</sup> Doch wurde das Merkmal des „Verschaffens von Daten“ des § 202a StGB in seiner alten Fassung - entgegen der Absicht des Gesetzgebers - oftmals sehr weit ausgelegt, so dass bereits jedwede Kenntnisnahme für eine Strafbarkeit genügte.<sup>412</sup> Vor dem Hintergrund der Gefährlichkeit und der Höhe der Schäden, die durch Hacker angerichtet werden können, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Strafrechtsreform 2007 nunmehr den § 202a StGB folgendermaßen gefasst:<sup>413</sup>

*§ 202a StGB Ausspähen von Daten [„Hacking“].*

- (1) Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (2) Daten im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.*

<sup>410</sup> Ernst (Hrsg.), Hacker, Cracker & Computerviren, Köln 2004, Rn. 1.

<sup>411</sup> Vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 10/5058, S. 28 f.

<sup>412</sup> Vgl. Tröndle / Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., München 2007, Rn. 10.

<sup>413</sup> Das Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität ist seit dem 11. August 2007 in Kraft; vgl. BGBl I S. 1786.

Der neue § 202a StGB ist mit der Formulierung des „sich Zugang zu verschaffen“ viel präziser als die alte Norm und trägt der Gefährlichkeit des Handelns von Hackern Rechnung. Auf das Verschaffen von Daten kommt es nun nicht mehr an. Mit der Gesetzesnovelle wird klargestellt, dass bereits das schlichte Hacking zur Strafbarkeit führt. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, weshalb der § 202a StGB nicht auch den Versuch des Hackings unter Strafe stellt. Unabhängig davon, ob der Täter aus eigenem Unvermögen es nicht schafft, an die Daten zu gelangen, oder ob es die Effektivität des Zugangsschutzes ist, eine Strafbarkeit ist nach dem neuen § 202a StGB erst möglich, wenn der Erfolg eingetreten ist.

Die Strafbarkeit des Hackers vor dem Erfolg kann aber in vielen Fällen durch die, ebenfalls mit der neu in das StGB eingefügten Strafrechtsreform des § 202c StGB erreicht werden. Diese Vorschrift lautet:

*§ 202c StGB Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten*

(1) *Wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b vorbereitet, indem er*

1. *Passworte oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder*
2. *Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist, herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *§ 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.*

Dieser an sich harmlos anmutende Gesetzestext enthält eine erhebliche juristische Brisanz. Es ist im deutschen Recht sehr selten und ungewöhnlich, bloße Vorbereitungshandlungen wie den schlichten Besitz von Computerprogrammen unter Strafe zu stellen. Das Vorbereitungsstadium zielt zwar auf die Verwirklichung eines strafbaren Tatbestandes, liegt aber noch vor dem Versuchsstadium; also vor dem unmittelbaren Ansetzen zur Tat. Strafbar ist sie nur in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen. Derartige Fälle finden sich außer in dem § 202c StGB nur noch in den §§ 80, 83, 87, 149, 152a Abs. 1 Nr. 2, 234a Abs. 3, 275 und 310 StGB.<sup>414</sup> Nach bestehendem Rechtsverständnis muss der Täter also die Schwelle zum unmittelbaren Ansetzen zur Tat überschreiten, um gewöhnlich in den Bereich zu gelangen, in welchem ihm strafrechtliche Sanktionen drohen. Nicht so bei § 202c StGB. Hier genügt beispielsweise wenn der Täter Passworte, Sicherungscodes oder Computerprogramme herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, um eine Tat nach den §§ 202a, 202b StGB zu begehen. Auch wenn es der Gesetzestext nicht so deutlich zum Ausdruck bringt, wird hiermit zumindest mittelbar eine Strafbarkeit für den Besitz von Hackertools geschaffen. Denn wer Hackertools hat, muss sie sich entweder verschafft oder sie selbst hergestellt haben.

<sup>414</sup> Vgl. Tröndle / Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl. München 2007, § 22 Rn. 5.

Die Bundesrepublik Deutschland hat diese Vorschrift unter anderem auch in das StGB eingefügt, weil der Gesetzgeber dies tun musste. Die Vorschrift diene nämlich der Umsetzung von Artikel 6 Abs. 1 Buchstabe a des Europarat Übereinkommens. Dort wurde unter Nr. ii vorgesehen, dass jede Vertragspartei – und damit auch die Bundesrepublik Deutschland – zumindest das Herstellen, Verkaufen, Beschaffen zwecks Gebrauchs, Einführen, Verbreiten oder anderweitige Verfügbarmachen eines Computerpassworts, eines Zugangscodes oder ähnlicher Daten, die den Zugang zu einem Computersystem als Ganzem oder zu einem Teil davon ermöglichen, mit dem Vorsatz, sie zur Begehung bestimmter Computerstraftaten zu verwenden, unter Strafe stellen muss.

## 8.10 Phishing

*Beispiel:*

*A erhält eine E-Mail. Diese sieht aus, als sei sie von seiner Bank. Er wird aufgefordert, einen in der Mail befindlichen Link zu verwenden. Dieser Link führt ihn auf eine Seite, die aussieht wie eine Seite seiner Bank. Er wird aufgefordert seine Geheimzahl einzugeben. In Wirklichkeit haben Kriminelle die Seite entworfen und ihm die Mail geschickt, um so an seine Geheimnummer zu gelangen.*

Unter Phishing versteht man den Versuch von Tätern, an Passwörter und PIN- oder TAN-Nummern zu kommen, indem sie Internetseiten von beispielsweise Banken täuschend echt nachbilden und die Empfänger der Mail auffordern, ihre PIN oder TAN anzugeben.<sup>415</sup> Der Begriff „Phishing“ ist eine Wortschöpfung, die sich aus den Begriffen „Password“ und „Fishing“ zusammensetzt. Die erlangten Daten werden von den Tätern oftmals dazu benutzt, Überweisungen zu tätigen. Oft werden Personen als Empfänger des Geldes zwischengeschaltet oder die Konten, über die die Finanztransaktionen laufen, werden schnell wieder aufgelöst, um so die Gefahr zu minimieren, entdeckt zu werden. Durch dieses Vorgehen wird das Vertrauen der Nutzer in die Sicherheit des E-Commerce immer mehr geschwächt, so dass viele Personen von Online-Geschäften Abstand nehmen, was auch zu wirtschaftlichen Schäden für diese Branche führt.

In der Praxis der Rechtsprechung, Staatsanwaltschaften und der wissenschaftlichen Literatur<sup>416</sup> ist die strafrechtliche Beurteilung des Phishing relativ indifferent eingeordnet.<sup>417</sup> Bis zur Strafrechtsreform 2007 war die rechtliche Einordnung nicht ganz unstrittig. Insbesondere im Rahmen der Berichterstattung durch die Medien wurde immer wieder gefordert, eine neue Strafvorschrift gegen Phishing zu schaffen. Es mag

<sup>415</sup> Vgl. Eichhorn, Internetrecht, Berlin 2007, S. 50, dort Anmerkung in Fußnote 51.

<sup>416</sup> Vgl. hierzu auch die Darstellung in: Knapfer, Phishing for Money, in: MMR 2004, 641 f.

<sup>417</sup> Vgl. Ernst, Das neue Computerstrafrecht, NJW 2007, S. 2661 ff., S. 2665 m.w.N.



dahinstehen, ob dies wirklich notwendig ist. Auch die gängigen Strafvorschriften ließen vom Prinzip her eine Ahndung derartiger Taten zu.<sup>418</sup> Denn natürlich stellt die Benutzung der erlangten Daten bei der Durchführung von Finanztransaktionen durch die Täter einen Betrug nach § 263 StGB bzw. einen Computerbetrug nach § 263a StGB dar. Problematisch ist allerdings die Einordnung der Versendung der Phishing-Mails. Denn der Straftatbestand des Betruges beispielsweise setzt eine Vermögensverfügung voraus. Bisweilen wird in der Literatur die Auffassung vertreten, bereits die Preisgabe der sensiblen Daten auf eine Phishing-Mail wäre wegen der Gefährdung des Vermögens einer Vermögensverfügung gleichzusetzen. Meines Erachtens griff diese Auffassung zu weit, da sie den Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ aushöhlte. Es bedurfte vielmehr zunächst einer finanziellen Transaktion unter Zuhilfenahme der Daten, damit von einer Vermögensverfügung und damit von Betrug gesprochen werden konnte. Das Versenden der Mails wäre dementsprechend nur als straflose Vorbereitungshandlung anzusehen gewesen. Dies war insofern bedauerlich, als gerade das Phishing in den letzten Jahren das Vertrauen der Nutzer in das Internet-Banking und in E-Commerce erheblich erschüttert hat und es deshalb zur Abwendung weiteren wirtschaftlichen Schadens aus verbrechenspräventiven Gründen wünschenswert wäre, auch das Versenden der Phishing-Mails bereits strafrechtlich ahnden zu können, damit Täter hiervon möglicherweise bereits im Vorfeld abgeschreckt werden.

Mit der Strafrechtsreform 2007 wurde ein neuer Paragraph, nämlich der § 202b StGB, in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Diese Vorschrift hat unter anderem auch das Ziel, Phishing wirksam sanktionieren zu können. Der genaue Gesetzeswortlaut ist:

*§ 202b StGB Abfangen von Daten*

*Wer unbefugt sich oder einem Anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202a Abs. 2) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.*

Da auch diese Vorschrift keine Strafbarkeit des Versuchs vorsieht, muss für eine Verfolgung des Versuchs des Phishing auf den durch die Strafrechtsnovelle 2007 in das StGB eingefügten § 202c StGB zurückgegriffen werden, über welchen die Vorbereitungshandlungen der Täter bestraft werden können.

---

<sup>418</sup> Zu Sanktionen über Markenrecht vgl. Beck/Dornis, „Phishing“ im Marken(straf)recht. Wie Tathandlungen des „Phishing“ markenstrafrechtlich geahndet werden können, CR 2007, S. 642 ff.

## 8.11 Viren und Würmer

### 8.11.1 Viren

Begrifflich ist unter einem Computervirus ein Programmcode zu verstehen, welcher sich selbst vervielfältigen kann und oftmals eine Schadensroutine beinhaltet, die dazu dient, Computer zu infizieren. Von der Verhaltensweise ist dies mit den aus der Medizin bekannten Viren vergleichbar, welche Menschen befallen. So erklärt sich auch die identische Wortwahl. Aber auch hierbei ist eine feine Differenzierung vorzunehmen. Im Unterschied zum biologisch-medizinischen Begriff, nach welchem ein Virus ein Neutrum darstellt und deshalb als „das Virus“ bezeichnet wird, ist der Computervirus ein Maskulinum und deshalb als „der Virus“ zu bezeichnen. Grob eingeteilt lassen sich drei Arten von Viren unterscheiden:<sup>419</sup>

- Eine Art der Viren sind die so genannten ausführbaren Viren. Sie infizieren Programme. Das heimtückische an diesen Viren ist, dass sie auch nach dem Schließen des Programms im Speicher bleiben und jede weitere Anwendung infizieren und sich so langsam über das System verteilen.
- Boot-Sektor Viren: Derartige Viren befinden sich auf einem abgegrenzten Bereich der Festplatte des Computers, welcher beim Starten des Rechners benötigt wird. Dieser Bereich wird auch als Boot-Sektor bezeichnet. Ist dieser mit einem Virus infiziert, so kann er durch das Starten des Rechners aktiviert werden, woraufhin er bei jedem Starten Dateien und Programme infiziert.
- Makroviren: Hierunter versteht man Viren, die integrierten Makros anhängen und dementsprechend Dateien infizieren, welche zu ihrer Nutzung auf Makros zurückgreifen (z.B. Word oder Excel).

### 8.11.2 Würmer

Würmer sind eine bestimmte Unterart von Viren, die sich auch ohne dass der Nutzer eine Datei öffnet oder ausführt, quasi selbständig in einem Netzwerk verbreiten. Anders als ein Virus ist ein Wurm ein eigenständiges Programm, welches dementsprechend auch keine Wirtsdatei benötigt.<sup>420</sup> Da Würmer insbesondere auf rasche, unkanalisierte Verbreitung ausgerichtet sind, ist es oftmals zu deren Beseitigung erforder-

<sup>419</sup> Vgl. zur Darstellung der Virenarten: Neuburger, eBusiness-Entwicklung für kleine und mittelständische Unternehmen, Berlin 2003.

<sup>420</sup> Vgl. Treber, Systemprogramme gegen Computerviren, München 1992, S. 4.

lich, lokale Netzwerke vollkommen abzustellen, da gereinigte Bereiche ansonsten sofort wieder befallen werden könnten.<sup>421</sup>

§ 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.*
- (3) *Für die Vorbereitung einer Straftat nach Abs. 1 gilt § 202c entsprechend.*

Ein weiterer wichtiger Tatbestand ist § 303b StGB.

§ 303b StGB Computersabotage.

- (1) *Wer eine Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch erheblich stört, dass er*
  1. *eine Tat nach § 303a Abs. 1 begeht,*
  2. *Daten (§ 202a Abs. 2) in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eingibt oder übermittelt oder*
  3. *eine Datenverarbeitungsanlage oder einen Datenträger zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert,**wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (2) *Handelt es sich um eine Datenverarbeitung, die für einen fremden Betrieb, ein fremdes Unternehmen oder eine Behörde von wesentlicher Bedeutung ist, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.*
- (3) *Der Versuch ist strafbar.*
- (4) *In besonders schweren Fällen des Absatzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter*
  1. *einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt,*
  2. *gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Computersabotage verbunden hat,*
  3. *durch die Tat die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.*
- (5) *Für die Vorbereitung einer Straftat nach Absatz 1 gilt § 202c entsprechend.*

<sup>421</sup> Vgl. Ernst (Hrsg.), Hacker, Cracker & Computerviren, Köln 2004, Rn. 109.

Auch der Straftatbestand der Computersabotage hat durch die Strafrechtsreform 2007 eine erhebliche Umgestaltung erfahren. Nach der alten Fassung des Gesetzes war Computersabotage nur strafbar, wenn sich die Angriffe gegen Betriebe, Unternehmen oder Behörden richteten. Nun schützt der neue § 303b StGB auch die private Datenverarbeitung gegen „erhebliche Störungen“.

## 8.12 Strafvorschriften des Urheberrechtsgesetzes

Strafvorschriften finden sich nicht nur im Strafgesetzbuch. Auch das Urheberrechtsgesetz enthält Straf- und Bußgeldvorschriften. Sie sind dort ab § 106 UrhG zu finden.

So stellt der § 106 UrhG die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke unter Strafe. Das bedeutet, dass ein in seinen Rechten verletzter Urheber neben der Ausschöpfung seiner zivilrechtlichen Ansprüche wie Beseitigung der Urheberrechtsverletzung, Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz auch eine Strafanzeige wegen Urheberrechtsverletzung stellen kann. Grundlage hierfür wäre der § 106 UrhG.

*§ 106 UrhG Unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke.*

- (1) Wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten ein Werk oder eine Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
- (2) Der Versuch ist strafbar.*

Doch nicht nur die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke ist strafbar. Es genügt bereits ohne Einwilligung des Urhebers auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste oder auf einem Vervielfältigungsstück, einer Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes der bildenden Künste eine Urheberbezeichnung anzubringen, die einer Kopie den Anschein eines Originals verleiht, um gegen § 107 UrhG zu verstoßen. Verwertet jemand gewerbsmäßig urheberrechtlich geschützte Werke ohne Einwilligung des Urhebers, so erhöht sich die Strafandrohung nach § 108a UrhG sogar auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

Taten wie die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke, das unzulässige Anbringen einer Urheberbezeichnung oder der unerlaubte Eingriff in dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte oder unerlaubte Eingriffe in technische Schutzmaßnahmen und zur Rechtswahrnehmung erforderliche Informationen werden gemäß § 109 UrhG gewöhnlich nur auf Antrag verfolgt. Ohne Strafantrag werden die Strafverfolgungsbehörden in derartigen Fällen nur tätig, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Da allerdings in der Praxis insbesondere bei digitalisierten Werken die Beweisführung oftmals schwierig ist, ist es erforderlich

darüber hinaus auch technische Schutzmaßnahmen zu ergreifen und diese ebenfalls durch Schutzbestimmungen rechtlich abzusichern.<sup>422</sup>

## 8.13 Schutz Jugendlicher

Ein wesentliches Anliegen des Gesetzgebers stellt im Rahmen der Bekämpfung der Internetkriminalität der Jugendschutz dar.<sup>423</sup> Der Jugendschutz, wie ihn der Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG explizit nennt, bedeutet nicht nur eine Beschränkung der Meinungs- und Informationsfreiheit, sondern beinhaltet auch einen Schutzauftrag des Staates. Der Jugendschutz ist als eine Parallele zu Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu verstehen<sup>424</sup>, nach welchem die Pflege und Erziehung der Kinder als das natürliche Recht der Eltern und die ihnen vorrangig obliegende Pflicht aufzufassen sind. Ziel dieser Verfassungsschranke ist es, „eine ungestörte Entwicklung der Jugend zu gewährleisten“, indem die den Jugendlichen drohenden Gefahren durch präventive Maßnahmen abgewehrt werden.<sup>425</sup> Damit stellt diese Grundrechtsnorm die entscheidende Grundlage für eine Pflicht des Staates zur Sperrung jugendgefährdender Inhalte im Internet dar, welche es dem Staat gestattet, Regelungen zur Abwehr jugendbedrohender Gefahren in Medien zu erlassen. Dieser Pflicht ist der Gesetzgeber durch den Erlass jugendschützender Vorschriften nachgekommen. Besonders relevant sind hierbei der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) und bestimmte Regelungen des Jugendschutzgesetzes (JSchG), welche unter anderem schärfere Regelungen für gewaltverherrlichende Videofilme und Computerspiele vorsehen. Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) hat nach § 1 JMStV das Ziel, einen einheitlichen Schutz für Kinder und Jugendliche vor Angeboten in den elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien zu schaffen, welcher sie vor solchen Angeboten schützt, die ihre Entwicklung oder Erziehung beeinträchtigen oder gefährden.

### 8.13.1 Jugendschutzgesetz

Ein Kernpunkt im Ringen um den Jugendschutz stellt hierbei der so genannte Index dar. Darunter ist eine Liste zu verstehen, in welche gefährdende Schriften aufgenommen werden. Da der Schriftenbegriff im Jugendschutz ebenso wie im Strafrecht weit

<sup>422</sup> Vgl. Pierson/Ahrens/Fischer, *Recht des geistigen Eigentums*, München 2007, S. 335 f.

<sup>423</sup> Vgl. zu den strafrechtlichen Anforderungen an den Jugendschutz: Hilgendorf, *Strafrechtliche Anforderungen an den Jugendschutz im Internet – unter besonderer Berücksichtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs-Providern*, K&R 2011, S. 229 ff.

<sup>424</sup> Vgl. BVerwGE 77, 75, 85.

<sup>425</sup> Kock/Stüwe/Wolffgang/Zimmermann, *Öffentliches Recht und Europarecht*, 3. Aufl., Herne/Berlin 2004, S. 158.

zu verstehen ist und somit auch Computerprogramme beinhaltet, können diese also auch in die Index-Liste aufgenommen werden. Schriften und Medien, die in diese Liste aufgenommen werden, dürfen Kindern und Jugendlichen nicht zugänglich gemacht werden. Dieses Verbreitungsverbot betrifft neben der physischen Weitergabe von Schriften dieses Inhalts auch die Verbreitung durch elektronische Informations- und Kommunikationsdienste. Werden beispielsweise auf Internetseiten radikale, sexuelle oder gewaltverherrlichende Inhalte angeboten, so kann dies einen Verstoß gegen den Jugendschutz darstellen.

### 8.13.2 Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag

Maßnahmen des Jugendschutzes<sup>426</sup> dürfen allerdings nicht so ausgestaltet sein, dass sie zugleich auch das Informationsrecht von Erwachsenen aushebeln.<sup>427</sup> Dementsprechend sind beispielsweise nach § 4 Abs. 2 Satz 2 JMStV einfache Pornografie sowie schwer jugendgefährdende Angebote i.S.d. § 4 Abs. 2 Satz 1 JMStV zumindest dann in Telemedien als zulässig anzusehen, wenn der Anbieter sichergestellt hat, dass der Zugang hierzu nur erwachsenen Personen möglich ist. Dieses kann dadurch gewährleistet sein, dass Jugendliche durch Systeme der Alterskontrolle ausgeschlossen werden.<sup>428</sup> Der § 7 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages sieht vor, dass, wenn die Telemedien jugendgefährdende Inhalte enthalten, diejenigen Personen, die geschäftsmäßig Telemedien zur Nutzung bereithalten, verpflichtet sind, einen Jugendschutzbeauftragten zu bestellen. Ausnahmefälle sieht der § 7 JMStV in Absatz 2 vor. So kann beispielsweise dieser Verpflichtung in Unternehmen mit weniger als 50 Mitarbeitern auch dadurch nachgekommen werden, dass stattdessen die Wahrung dieser Aufgaben einer Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle (z.B. der FSM)<sup>429</sup> übertragen wird. Sollte der Content-Provider oder der Service-Provider, welcher geschäftsmäßig Telemedien zur Nutzung vorhält gegen diese Pflichten verstoßen, so stellt dies nach § 24 Abs. 1 Nr. 8 JMStV eine Ordnungswidrigkeit dar.

<sup>426</sup> Vgl. zum Scheitern eines neuen Jugendmedienschutz-Staatsvertrages und der Weitergeltung des bisher geltenden Jugendmedienschutz-Staatsvertrages auch: Hopf, Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, K&R 2011, S. 6 ff.

<sup>427</sup> Vgl. BVerfGE 30, 336, 347.

<sup>428</sup> Vgl. hierzu auch: Stettner, Der neue Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – eine Problemsicht, ZUM 2003, 425, 430; Bornemann, Der Jugendmedienschutz – Staatsvertrag der Länder, NJW 2003, S. 787, 789.

<sup>429</sup> Die Adresse der „Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia“ ist im Netz unter [www.fsm.de](http://www.fsm.de) abrufbar.

### 8.13.3 Konsequenzen bei Missachtung des Jugendschutzes

Personen, welche die Vorschriften des Jugendschutzes missachten und unzulässige oder gar die Entwicklung Jugendlicher beeinträchtigende Inhalte in Telemedien anbieten, müssen mit einer empfindlichen Bestrafung rechnen. Sowohl das Jugendschutzgesetz (JSchG) als auch der Jugendmedienstaatsvertrag (JMStV) sehen für Verstöße Strafen sowohl in einem Ordnungswidrigkeitenkatalog in § 28 JSchG bzw. § 24 JMStV als auch in Strafvorschriften in § 27 JSchG bzw. in § 23 JMStV vor.

## 8.14 Zusammenfassung

- Im Strafrecht gilt grundsätzlich das Tatortprinzip.
- Das Internet ist kein rechtsfreier Raum. Straftaten, die außerhalb des Internet strafbar sind, sind gewöhnlich auch im Internet strafbar.
- Relevante Vorschriften sind in folgenden Gesetzen zu finden: StGB, JSchG, JMStV, UrhG.
- Neben den auch außerhalb des Internets geltenden Straftatbeständen wie beispielsweise Beleidigung oder Betrug hat der Gesetzgeber auch spezielle Straftatbestände geschaffen, welche internetspezifische Straftaten wie Hacking oder Phishing sanktionieren.
- Internetseiten fallen unter den Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB.

# 9 Datenschutz

## 9.1 Einführung

Immer wenn ein Nutzer sich im Internet bewegt, hinterlässt er nachvollziehbare Spuren. Hat jemand beispielsweise per Internet Waren bestellt, Dienstleistungen genutzt oder für einen Newsletter angemeldet, so besteht für den Anbieter anders als außerhalb des Netzes die Möglichkeit, Informationen über den Kunden zu sammeln, aus denen er ein Nutzerprofil erstellen könnte. Außerhalb des Internets ist ein Kaufvorgang oftmals anonym. Der Geschäftsinhaber kennt gewöhnlich nicht den Namen seiner Kunden und registriert auch nicht, wie lange sich ein Kunde sein Schaufenster angesehen hat oder welche Produkte ihn dabei am meisten interessiert haben. Im Internet ist dieses aufgrund technischer Gegebenheiten alles möglich. Der Anbieter einer Ware oder Leistung erhält für die Abwicklung der Transaktionen Kundendaten. Technisch ist es kein Problem, festzustellen, wie lange der Kunde die Homepage des Anbieters aufgerufen und welche Produkte er sich dort angesehen hat. Das rasche Voranschreiten der Entwicklung der Informationstechnologie und die damit einhergehende Möglichkeit der besseren Zusammenführung und Verknüpfung von Daten, sowie die erheblich größeren Datenmengen, die so verwaltet werden können, führt dazu, dass der gläserne Verbraucher heutzutage keine Utopie mehr ist.<sup>430</sup>

Der Bereich des Datenschutzes im Internetrecht wird in der Praxis leider oftmals vernachlässigt.<sup>431</sup> Dies mag zum Teil daran liegen, dass die gesetzlichen Regelungen hierfür bisweilen sehr unübersichtlich und verstreut in unterschiedlichen Gesetzen zu finden sind, so dass die Thematik damit naturgemäß unübersichtlich erscheint.<sup>432</sup>

Das Ziel des Datenschutzes wird in § 1 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)<sup>433</sup> treffend beschrieben: Das Datenschutzgesetz dient dazu, „den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit personenbezogenen Daten in seinem Persön-

---

<sup>430</sup> Vgl. hierzu auch: Engels, Datenschutz in der Cloud – Ist hierbei immer eine Auftragsdatenverarbeitung anzunehmen?, K&R 2011, S. 548 ff.

<sup>431</sup> Vgl. zur datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Webseitenbetreibers: Voigt / Alich, Facebook-Like-Button und Co. – Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber, NJW 2011, S. 3541 ff.

<sup>432</sup> Vgl. zum Datenschutz in Sozialen Netzwerken: Karg / Fahl, Rechtsgrundlagen für den Datenschutz in sozialen Netzwerken, K&R 2011, S. 453 ff.

<sup>433</sup> Bundesdatenschutzgesetz in der Neufassung durch die Bekanntmachung vom 14. Februar 2003, BGBl. I S. 66, zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. August 2009, BGBl. I S. 2814.



lichkeitsrecht beeinträchtigt wird“. Es wird damit deutlich, dass der Schutz des Persönlichkeitsrechts, welches Ausfluss der Menschenwürde ist und auf Art. 1 GG sowie der freien Selbstbestimmung des Art. 2 Abs. 1 GG fußt, Grundlage des Datenschutzes ist.<sup>434</sup>

## 9.2 Historische Entwicklung

Das Datenschutzrecht basiert zwar in erster Linie auf Gesetzen, doch hat insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einer erheblichen Ausgestaltung des Datenschutzes beigetragen. Das Datenschutzrecht war im Bundesland Hessen besonders ausgeprägt. Bereits im Jahre 1970 trat hier für die öffentlich-rechtliche Nutzung von Daten ein Datenschutzgesetz in Kraft, welches den Umgang mit Daten der Kontrolle eines unabhängigen Datenschutzbeauftragten unterstellte. Das erste Bundesdatenschutzgesetz wurde erst im Jahre 1977 verabschiedet. Eine neue Dimension bekam der Datenschutz durch ein Urteil des Bundesverfassungsgerichtes, nach welchem dem Bürger ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zusteht.<sup>435</sup> Doch nicht nur damals, sondern auch heute trifft das Bundesverfassungsgericht immer wieder Entscheidungen, durch welche das Recht auf informationelle Selbstbestimmung genauere Ausgestaltung erlangt.<sup>436</sup>

## 9.3 Gesetzliche Regelungen

Wesentliches Gesetz im Rahmen des Datenschutzes ist das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)<sup>437</sup>. Parallel dazu existieren auf Landesebene auch Landesdatenschutzgesetze, welche jedoch in der Regel inhaltlich stark an das Bundesdatenschutzgesetz angelehnt sind. Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Bundesdatenschutzgesetz und den Landesdatenschutzgesetzen besteht jedoch darin, dass das Bundesdatenschutzgesetz sowohl für den öffentlichen Sektor als auch für die Privatwirtschaft allgemeine Normen enthält, wohingegen die Landesdatenschutzgesetze allein den Bereich der Behörden regeln.

Das BDSG besteht aus sechs Abschnitten:

<sup>434</sup> Vgl. zur aktuellen Entwicklung des Datenschutzrechts auch: Moos, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2010, K&R 2011, S. 145 ff.

<sup>435</sup> Vgl. BVerfG, Entscheidung vom 15.12.1983 (Volkszählung), BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>436</sup> Vgl. beispielsweise die Entscheidung des BVerfG zur Videoüberwachung eines öffentlich zugänglichen Kunstwerks, BVerfG, NVwZ 2007, S. 688.

<sup>437</sup> Vgl. Bundesdatenschutzgesetz in der Neufassung durch die Bekanntmachung vom 14.01.2003, BGBl. I, S. 66; zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.08.2009, BGBl. I, S. 2814.

- Erster Abschnitt: Allgemeine und gemeinsame Bestimmungen (§ 1 bis § 11 BDSG),
- Zweiter Abschnitt: Datenverarbeitung der öffentlichen Stellen (§ 12 bis § 26 BDSG),
- Dritter Abschnitt: Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen (§ 27 bis § 38a BDSG),
- Vierter Abschnitt: Sondervorschriften (§ 39 bis § 42 BDSG),
- Fünfter Abschnitt: Schlussvorschriften (§ 43 bis § 44 BDSG),
- Sechster Abschnitt: Übergangsvorschriften (§ 45 bis § 46 BDSG).

Das Bundesdatenschutzgesetz regelt den Datenschutz nach dem Prinzip eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Das heißt, nach dem Bundesdatenschutzgesetz ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten grundsätzlich verboten. Nach § 4 Abs. 1 BDSG ist eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten nur erlaubt, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies explizit erlaubt oder der Betroffene hierin eingewilligt hat.

Wichtig zu wissen ist, dass das BDSG im Verhältnis zu anderen bundesrechtlichen Regelungen subsidiär angewendet wird. Das bedeutet, dass zunächst immer geprüft werden muss, ob es nicht andere bundesrechtliche Regelungen zu personenbezogenen Daten gibt. Dieser Vorrang anderer Datenschutzregelungen ist in § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG explizit normiert. Die spezielleren Vorschriften wie die, ab § 88 TKG oder bestimmte Regelungen des TMG gehen den allgemeinen Regelungen des BDSG vor. Darüber hinaus ist in § 1 Abs. 3 Satz 2 BDSG die Einhaltung von Berufs- und Amtsgeheimnissen wie beispielsweise der ärztlichen oder anwaltlichen Schweigepflicht vorgesehen.

## 9.4 Personenbezogene Daten

Nach dem BDSG wird nicht die Nutzung aller Daten reglementiert, sondern lediglich personenbezogene Daten werden von den Vorschriften zum Datenschutz erfasst. Aus diesem Grunde ist es für Personen, die sich mit Datenschutz auseinandersetzen zwingend erforderlich, den Begriff der personenbezogenen Daten zu kennen und zu wissen, welche Merkmale derartige Daten aufweisen. Eine Begriffsbestimmung kann aus § 3 Abs. 1 BDSG und § 3 Abs. 9 BDSG entnommen werden. Diese Normen lauten:

§ 3 BDSG *Weitere Begriffsbestimmungen.*

- (1) *Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener). (...)*

- (9) *Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.*

Das erste Merkmal personenbezogener Daten ist also die Einzelangabe. Nur wenn sich Daten also auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, sind sie als personenbezogene Daten anzusehen. Adresse, Telefonnummer, IP-Adresse oder beispielsweise die Personalnummer eines Betriebes führen dazu, dass Daten einer bestimmten Person zugeordnet werden können. Der § 3 Abs. 1 BDSG trifft eine Differenzierung zwischen Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse.

Zu Einzelangaben über persönliche Verhältnisse können beispielsweise folgende Punkte gehören:

- Name,
- Adresse,
- Beruf,
- Familienstand,
- Staatsangehörigkeit,
- Geburtsdatum.

Zu den Einzelangaben über sachliche Verhältnisse hingegen zählen beispielsweise:

- Besuch eines Arztes,
- Führen eines Telefonates,
- Besuch einer Theateraufführung.

Das BDSG unterwirft lediglich personenbezogene Daten natürlicher Personen seinem Schutz. Juristische Personen wie beispielsweise GmbH und AG werden durch diese Vorschrift ebenso wenig geschützt wie Personenmehrheiten wie beispielsweise GbR, OHG und KG oder Personenvereinigungen wie Gewerkschaften. Das BDSG wird jedoch nur subsidiär zu den Spezialvorschriften des TKG und des TMG angewandt. Auch das TMG aus dem Jahre 2007 sieht nur einen Schutz für natürliche Personen vor.<sup>438</sup> Zwar stellt zu Beginn des Gesetzes § 2 Nr. 3 TMG klar, dass als Nutzer „jede natürliche oder juristische Person“ bezeichnet wird. Und nach § 2 Satz 2 TMG steht einer juristischen Person „eine Personengesellschaft gleich, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen“. Doch gilt bezüglich der Datenschutzvorschriften des § 11 ff. TMG gemäß § 11 Absatz 2 TMG nur folgende Definition: „Nutzer im Sinne dieses Abschnitts ist jede natürliche Person, die

<sup>438</sup> Vgl. Telemediengesetz vom 26.02.2007, BGBl. I S. 179, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Mai 2010, BGBl. I S. 692.

Telemedien nutzt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen“. Durch diese Formulierung wird der geschützte Personenkreis auch in diesem Gesetz, ähnlich wie im BDSG, auf natürliche Personen begrenzt. Anders allerdings sehen die Regelungen im TKG aus. Durch § 91 Abs. 1 Satz 2 TKG werden auch die Daten der juristischen Personen und Vereinigungen geschützt. Dies wird bereits aus dem Wortlaut des § 91 Abs. 1 Satz 2 TKG deutlich, der explizit von „einer bestimmten oder bestimmaren juristischen Person oder Personengesellschaft“ spricht.

Das Bundesdatenschutzgesetz normiert in § 3a den so genannten Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit. Nach diesem Grundsatz haben sich Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen an dem Ziel auszurichten, keine oder so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Dieser Grundsatz ist sowohl bezüglich des Umfangs als auch bezüglich der Dauer der Speicherung zu berücksichtigen.<sup>439</sup> Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass insbesondere von den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung Gebrauch zu machen ist, soweit dies möglich ist und der Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck steht.

## 9.5 Nicht-öffentliche Stellen

In § 28 BDSG ist geregelt, wann nicht-öffentliche Stellen wie beispielsweise Provider Daten ihrer Kunden erheben, speichern, verändern, übermitteln oder nutzen dürfen. Nach § 28 Abs. 1 BDSG ist dieses ohne Einverständnis des Betroffenen zulässig,

- wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient,
- soweit es zur Wahrnehmung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
- wenn die Daten allgemein zugänglich sind oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt.

---

<sup>439</sup> Vgl. Köhler / Arndt / Fetzer, Recht des Internet, 5. Aufl., Heidelberg 2006, S. 298.

## 9.6 Cookies

Im Rahmen der unberechtigten Erhebung und Speicherung von Daten spielen im Internet so genannte Cookies eine wichtige Rolle. Cookies sind kurze Dateien, die es dem Anbieter von Netzinhalten ermöglichen, Daten abzurufen. Zu diesem Zweck werden sie vom Server des Anbieters an die Rechner der jeweiligen Nutzer geschickt und dort gespeichert. Cookies können grob in zwei Arten eingeteilt werden, nämlich in so genannte Session-Cookies und in Persistent-Cookies. Während die Persistent-Cookies dauerhaft, gewöhnlich auf der Festplatte des Nutzers verbleiben, werden die so genannten Session-Cookies nur für die Dauer der Internetsitzung gespeichert und nach dem Verbindungsabbau wieder gelöscht.<sup>440</sup> Ursprünglich wurden sie zur Realisierung virtueller Einkaufskörbe genutzt, so dass nach der Auswahl etlicher Produkte, diese auf der Bestellseite abgerufen werden konnten, ohne dass die Produktkennungen erneut eingegeben werden mussten. Cookies können aber auch zu anderen Zwecken eingesetzt werden: Sie sammeln Daten über das Nutzerverhalten und können später, wenn der Nutzer sich wieder im Netz bewegt, abgerufen werden. Gewöhnlich dienen Cookies nur dazu, anonyme Nutzerprofile darzustellen. So kann etwa festgestellt werden, ob die Besucher der Seite eines Content-Providers einmalige Besucher waren oder die Seite von Stammkunden frequentiert wird. Zwar besteht für den Internetnutzer die Möglichkeit Cookies, deren Installation er früher einmal akzeptiert hatte, später zu löschen, doch ist in der Praxis vielen die Existenz der Cookies auf ihrem Rechner gar nicht bewusst.

Sofern bei der Auswertung der Cookies eine Anonymisierung sichergestellt ist, bestehen datenschutzrechtlich keine Bedenken gegen dieses Vorgehen. Anders verhält es sich allerdings in den Fällen, in welchen Cookies dazu eingesetzt werden, Daten zu erheben, die einer konkretisierbaren Person zugeordnet werden können. Ein solches Vorgehen verstößt wegen des konkreten Personenbezuges gegen Datenschutzrecht.<sup>441</sup> Dieses sieht nämlich vor, dass der Nutzer vor der Erhebung von personenbezogenen Daten über Art, Umfang, Ort und Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung zu unterrichten ist. Der Nutzer ist bereits vor Speicherung des Cookie zu unterrichten. Ein Rechtsverstoß hiergegen kann in der Regel auch das Abfragefenster, welches gewöhnlich geöffnet wird und die Zustimmung des Nutzers abfragt, nicht legalisieren. Klickt der Nutzer nämlich den Button mit der Antwort „Ja“ an, so kann dies normalerweise keine wirksame Einwilligung in die Erhebung von Daten mit personeller Zuordnungsmöglichkeit sein, da ihm durch das Abfragefenster keine Informationen über die Art der zu sammelnden Daten bzw. die Reichweite seiner Einwilligung gegeben wird.<sup>442</sup>

<sup>440</sup> Vgl. Kramer/Herrmann, Datenschutz und E-Commerce, Berlin 2005, Rn. 160.

<sup>441</sup> Vgl. hierzu auch: Lienemann, What's the Way the Cookie crumbles? Umsetzung der E-Privacy Richtlinie in der Europäischen Union, K&R 2011, S. 609 ff.

<sup>442</sup> Vgl. Strömer, Online-Recht, S. 354 ff.; Haug, Grundwissen Internetrecht, Rn. 280; Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet, S. 295.

## 9.7 Missachtung des Datenschutzes und dessen Konsequenzen

### 9.7.1 Die Rechte eines Betroffenen

Ein Betroffener hat nach den §§ 19 und 34 BDSG einen Auskunftsanspruch, nach §§ 20 und 35 BDSG einen Anspruch auf Berichtigung, Löschung und Sperrung sowie aus §§ 19a, 33 BDSG einen Anspruch auf Benachrichtigung.

Ist eine Person der Auffassung eine öffentliche Stelle des Bundes hätte im Umgang mit personenbezogenen Daten ihre Rechte verletzt, so hat sie nach § 21 BDSG die Möglichkeit, dieses dem Bundesbeauftragten für Datenschutz mitzuteilen. Handelt es sich bei dem potentiellen Verletzer hingegen um eine Landesbehörde, so sehen die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze vor, dass sich der Verletzte an den jeweiligen Landesbeauftragten für Datenschutz wenden kann. Bei möglichen Verletzungen des Datenschutzes durch private Unternehmen sieht das BDSG vor, dass der Verletzte dieses der zuständigen Aufsichtsbehörde melden kann, wobei deren Zuständigkeit sich dann gemäß § 38 Abs. 6 BDSG nach Landesrecht richtet.

### 9.7.2 Sanktionen

Verstöße gegen den Datenschutz können bisweilen zu zivilrechtlichen Konsequenzen führen, mit Bußgeld belegt werden oder in besonders schwerwiegenden Fällen sogar strafrechtlich sanktioniert werden.

#### 9.7.2.1 Zivilrechtliche Ansprüche

Anknüpfungspunkt für zivilrechtliche Ansprüche bieten beispielsweise der § 280 BGB und das in § 823 ff. BGB geregelte Deliktsrecht. Zwar setzen derartige Ansprüche gewöhnlich ein Verschulden desjenigen voraus, der die Datenverarbeitung betrieben hat; doch stellt dies in der Praxis für den Geschädigten in der Regel kein großes Problem dar, weil der § 7 BDSG eine Beweislastumkehr anordnet. Das heißt, dass die datenverarbeitende Stelle beweisen muss, dass sie kein Verschulden trifft. Der Schadensersatzanspruch kann sich auch auf §§ 7 und 8 BDSG stützen.

### 9.7.2.2 Andere Ansprüche

Neben den Schadensersatzansprüchen hat der Betroffene auch:

- Anspruch auf Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten, deren Herkunft, Speicherzweck und Angabe der Stelle, an die die Daten weitergegeben werden (§§ 19, 34 BDSG);
- Sofern die Daten unrichtig sind: Anspruch auf Berichtigung (§§ 20 Abs. 1, 35 Abs. 1 BDSG);
- Sofern die Speicherung nicht zulässig war: Lösungsanspruch nach §§ 20 Abs. 2, 35 Abs. 2 BDSG.

## 9.8 Internationaler Datenschutz

Da das Internet als kommunikatives Medium weit über die jeweiligen Landesgrenzen hinausgeht, stellt sich die Frage, ob und wie der Datenschutz für die Bundesbürger im Internet gewahrt wird. Die heute bestehenden technischen Möglichkeiten, mit denen Daten völlig unproblematisch per Internet in andere Länder übermittelt werden können, hat die Europäische Union dazu bewogen, Maßnahmen zu ergreifen, um zumindest innerhalb der Europäischen Union eine Vereinheitlichung des Datenschutzes und des Datenschutzniveaus herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Union eine Datenschutzrichtlinie erlassen.<sup>443</sup>

Bei Datentransfer in andere Länder<sup>444</sup> ist zwischen Europa und außereuropäischen Staaten zu unterscheiden. In Europa selbst gilt das „Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten“<sup>445</sup> sowie das „Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Kontrollstellen und grenzüberschreitendem Datenverkehr“<sup>446</sup>. Der innereuropäische Datenschutz richtet sich nach dem Recht des Staates, in welchem die verarbeitende Stelle ihren

<sup>443</sup> Vgl. Richtlinie (EG) Nr. 46/95 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995, ABl. EG L 281/31 vom 23.11.1995.

<sup>444</sup> Vgl. hierzu auch: Bierehoven, Internationaler Handel mit Kundendaten - Zwischen Tabu und Chance, ITRB 2009, S. 39 ff.

<sup>445</sup> Übereinkommen vom 28.01.1981, BGBl. 1985 II S. 538, geändert durch die vom Komitee der Ministerbeauftragten des Europarates am 15.06.1999 genehmigten Änderungen, die den Europäischen Gemeinschaften den Beitritt ermöglichen, BGBl. 2002, II S. 1882, welches am 1.10.1985 auch für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten ist.

<sup>446</sup> Zusatzprotokoll vom 8.11. 2001, BGBl. 2002 II S. 1887, in Kraft getreten am 01.07.2004, auch für die Bundesrepublik Deutschland.

Geschäftssitz hat. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass das deutsche Datenschutzrecht nur dann zur Anwendung gelangt, wenn die Daten nutzenden oder erhebenden europäischen Stellen eine eigene Niederlassung in Deutschland unterhalten. Ansonsten gelten immer bei Datenschutzfragen innerhalb Europas gewöhnlich die Regelungen des Staates, in welchem die datenverarbeitende Stelle ihre Niederlassung unterhält.

Bei der rechtlichen Beurteilung des Datenschutzes mit Bezügen zum außereuropäischen Raum ist folgendes zu beachten: Betreibt ein Unternehmen mit dem Sitz außerhalb der Europäischen Union auch nur außerhalb der Europäischen Union Datenverarbeitung, so wird auch nur das Recht dieses Staates angewandt. Betreibt dieses Unternehmen hingegen über Deutsche Rechner Datenverarbeitung, so wird auf den Standort der Rechner abgestellt und bundesdeutsches Datenschutzrecht angewandt. Ebenso verhält es sich, wenn ein Unternehmen mit Sitz in Deutschland außerhalb der EU Datenverarbeitung betreibt. Auch dann kommt deutsches Datenschutzrecht zur Anwendung.

In Länder, welche außerhalb der Europäischen Union liegen, dürfen nach § 4b Abs. 3 BDSG nur dann Daten weitergegeben werden, wenn in diesen ein „angemessenes Schutzniveau“ sichergestellt ist. Die Weitergabe von Daten innerhalb der Europäischen Union ist vergleichsweise unproblematisch, wohingegen die Weitergabe personenbezogener Daten in Staaten außerhalb der EU wegen der dafür errichteten Hürden nicht immer ohne Probleme möglich ist.

## 9.9 Zusammenfassung

- Das Bundesdatenschutzgesetz ist in Deutschland als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet.
- Das BDSG wird subsidiär zu anderen Gesetzen angewandt.
- Es existieren sowohl ein Bundesdatenschutzgesetz als auch daneben Landesdatenschutzgesetze. Während das Bundesdatenschutzgesetz den Datenschutz von sowohl öffentlichen Stellen als auch der Privatwirtschaft regelt, regeln die Landesdatenschutzgesetze allein den Datenschutz der öffentlichen Stellen.
- Wird gegen Datenschutzrecht verstoßen, so hat der Betroffene Anspruch auf Berichtigung, Löschung, Sperrung sowie einen Anspruch auf Benachrichtigung. Bei schwerwiegenden Verstößen können auch strafrechtliche Sanktionen verhängt werden.



# 10 Verfahrensrechtliches

## 10.1 Das Mahnverfahren

*Beispiel:*

*Der Internethändler I hat mit seinem Kunden K einen Kaufvertrag über ein Fernsehgerät geschlossen. Unvorsichtigerweise hat I mit K Zahlung nach Rechnungserhalt vereinbart. Den Fernseher hat er dem K bereits zukommen lassen; nur auf das Geld wartet er bisher vergebens. Er fragt sich, ob er den K verklagen sollte oder ob es hier eine bessere Möglichkeit gibt.*

Um seine Rechte durchsetzen zu können, sollte derjenige, der E-Commerce betreibt, sich im Verfahrensrecht auskennen. So ist es beispielsweise zur Durchsetzung von Zahlungsansprüchen nicht unbedingt erforderlich den säumigen Kunden sofort zu verklagen. Klageverfahren nehmen Zeit in Anspruch und sind unter Umständen sehr kostenintensiv. Es gibt aber auch einen schnelleren und kostengünstigeren Weg, auf dem der Betreiber eines Internetshops oder auch andere Gläubiger ohne mündliche Verhandlung an das ihnen zustehende Geld oder einen Vollstreckungstitel gelangen kann. Das Mahnverfahren bietet diese Möglichkeit. Es ist in den §§ 688 ff. ZPO geregelt und darf nicht mit den außergerichtlichen Mahnschreiben (1. Mahnung, 2. Mahnung) verwechselt werden. Um ein Mahnverfahren zu starten, ist es erforderlich, beim Amtsgericht einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids zu stellen. Zuständig ist nach § 689 ZPO gewöhnlich das Amtsgericht, bei dem der Antragsteller seinen allgemeinen Gerichtsstand, also seinen Sitz bzw. Wohnsitz, hat. Der am Amtsgericht funktionell zuständige Rechtspfleger wird dem Antragsgegner einen Mahnbescheid zustellen. Das tatsächliche Bestehen des behaupteten Anspruchs wird im Rahmen dieses Verfahrens nicht vom Gericht geprüft. Der Antragsgegner hat nur zwei Wochen Zeit, gegen den Mahnbescheid Widerspruch einzulegen. Dies kann formlos geschehen. Legt der Antragsgegner Widerspruch ein, so gibt, sofern eine Partei die Durchführung des streitigen Verfahrens beantragt hat, das Mahngericht nach § 696 ZPO den Rechtsstreit an das hierfür zuständige Gericht ab, und es findet ein normales Gerichtsverfahren statt. Sind hingegen die zwei Wochen Widerspruchsfrist vergangen und der Antragsteller hat keinen Widerspruch eingelegt, so kann der Antragsteller nunmehr bei Gericht einen Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheides stellen. Der Vollstreckungsbescheid wird dem Antragsgegner ebenfalls vom Gericht zugestellt. Auch hier hat der Gegner nur zwei Wochen Zeit, einen Einspruch einzulegen. Tut er dies, so

wird das Verfahren an das zuständige Gericht abgegeben und ein Gerichtsverfahren, in welchem das Bestehen des Anspruchs geklärt wird, wird durchgeführt. Dies ist deshalb erforderlich, da bei Erlass eines Mahn- oder Vollstreckungsbescheides das tatsächliche Bestehen des behaupteten Anspruchs nicht durch den Rechtspfleger geprüft wurde. Hat der Antragsgegner weder gegen den Mahnbescheid einen Widerspruch noch gegen den Vollstreckungsbescheid einen Einspruch eingelegt, so hat der Antragsteller mit dem Vollstreckungsbescheid einen vorläufig vollstreckbaren Titel, der von seiner Wirkung mit einem vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteil zu vergleichen ist. Daher auch die zweiwöchige Möglichkeit gegen ihn mit einem Einspruch vorgehen zu können.

Darüber hinaus besteht seit Dezember 2008 auch die Möglichkeit, bei grenzüberschreitenden Fällen, ein europaweit einheitliches Mahnverfahren zur Beitreibung von Geldforderungen zu nutzen. Diese Möglichkeit ist in Ausführung des „Gesetzes zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung“ geschaffen worden. Hiernach ist es nun möglich mittels eines Standardformulars in anderen Mitgliedsstaaten der EU einen Zahlungsbefehl zu erwirken.<sup>447</sup>

## 10.2 Abmahnungen

Das Eben dargestellte Mahnverfahren darf nicht mit dem Begriff der Abmahnung verwechselt werden. Abmahnungen spielen im Internetrecht ebenso wie im Wirtschaftsleben eine große Rolle. So werden beispielsweise häufig Personen abgemahnt, die Urheberrechte verletzen, indem sie urheberrechtlich geschützte Musikstücke oder Filme in Peer-to-Peer Internettauschbörsen<sup>448</sup> stellen. Da ein Geschädigter bis zur Einführung des § 101 UrhG im Jahre 2008 gewöhnlich gegenüber dem Provider keinen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch auf Offenlegung der Daten hatte<sup>449</sup>, musste er in der Regel den Umweg über eine Strafanzeige gegen unbekannt gehen und nach Einstellung des Verfahrens über Anwälte Akteneinsicht nehmen, um so an die Adresse der Rechtsverletzer zu gelangen und sie dann abmahnen zu können. Durch den neu geschaffenen § 101 UrhG können die Inhaber von Rechten, sofern sie Urheberrechtsverletzungen feststellen, auch ohne den Umweg eines Strafverfahrens, mittels der Nutzung eines zivilrechtlichen Auskunftsverfahrens von Providern Kundendaten erhalten. Auch wenn in Deutschland Richter oftmals Ermittlungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft genehmigen, damit die Provider verpflichtet werden, an die Staatsanwaltschaft Daten der Nutzer von Tauschbörsen herauszugeben; es gibt auch Gericht-

<sup>447</sup> Vgl. hierzu: Minnerup, EU-Mahnverfahren, ITRB 2009 S. 26 f.

<sup>448</sup> Vgl. hierzu auch: Gercke, Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht. Ein Überblick über die strafrechtliche Bewertung der Tauschbörsennutzung unter Berücksichtigung der Änderungen durch den „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform, ZUM 2007, S. 791 ff.

<sup>449</sup> Vgl. z.B. OLG Hamburg, Urteil vom 28.04.2005 – 5 U 156/04, CR 2005, S. 512.

te, die dies nicht tun. So hat beispielsweise vor noch nicht all zu langer Zeit das Amtsgericht Offenburg in einem Fall, bei dem jemand 2 oder mehr MP3-Files zum Herunterladen in einer Peer-to-Peer Tauschbörse zur Verfügung gestellt hat, die beantragte Ermittlungsmaßnahme mangels ausreichendem Tatvorwurfs und mangels Tatverdachts wegen offensichtlicher Unverhältnismäßigkeit abgelehnt.<sup>450</sup> Dieses Urteil dürfte allerdings eher die Ausnahme darstellen. Wenn die Daten über die Staatsanwaltschaft ermittelt worden sind, wird der Geschädigte Urheber gewöhnlich den Rechtsverletzer über einen Anwalt abmahnen lassen.

*Beispielfall:*

*Der 23-jährige X erhält Post von einem Anwalt. Das Schreiben hat folgenden Inhalt:*

*„Sehr geehrter Herr X,*

*namens und in Vollmacht meines Mandanten, des (...), mache ich Sie darauf aufmerksam, dass Sie Rechte (...) verletzen.*

*Aufgrund des ausschließlichen Nutzungsrechts, welches meinem Mandanten zusteht, hätten Sie vor der Nutzung (...) die Erlaubnis von ihm einholen müssen. Da Ihnen keine Genehmigung erteilt wurde, sind Sie meinem Mandanten gegenüber zur Unterlassung und zur Kostenerstattung verpflichtet.*

*Aus diesem Grunde fordere ich Sie auf, es zu unterlassen, das o.g. Spiel im Rahmen eines Peer-to-Peer Netzwerkes anzubieten und die Gefahr einer wiederholten rechtswidrigen Verletzung des Urheberrechts unserer Mandantin durch Unterzeichnung der anliegenden, von unserer Kanzlei vorbereiteten, strafbewehrten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung zu beseitigen. Darüber hinaus haben wir Sie dazu aufzufordern, umfassend Auskunft zu geben, in welchem Umfang und über welchen Zeitraum Sie Produkte unserer Mandantin in Peer-to-Peer Netzwerken zum Download angeboten haben.*

*Für die Unterzeichnung und Rücksendung der beigefügten Unterlassungserklärung setzen wir Ihnen eine Frist bis zum (...).*

*Sollte uns die unterzeichnete Unterlassungserklärung zu diesem Zeitpunkt nicht vorliegen, werden wir unserer Mandantin empfehlen, unverzüglich gerichtliche Schritte einzuleiten.*

*Mit freundlichem Gruß*

*Dr. (...)*

*Rechtsanwalt“*

Diesem Schreiben ist folgende Unterlassungserklärung beigefügt:

<sup>450</sup> Vgl. Urteilsbesprechung zu der Entscheidung des AG Offenburg, Beschluss vom 20.07.2007 – 4 Gs 442/07: Rössel, Unverhältnismäßigkeit der Ermittlung eines Anschlussinhabers, ITRB 2007, S. 228 f.

## Unterlassungserklärung

\_\_\_\_\_  
(Vorname)\_\_\_\_\_  
(Nachname)\_\_\_\_\_  
(Straße) (Hausnummer)\_\_\_\_\_  
PLZ\_\_\_\_\_  
Ort

- Im Folgenden „Verletzer“ genannt -

verpflichtet sich gegenüber der Firma (...)

1. es bei Meidung einer Vertragsstrafe in Höhe von 20.000 EUR (in Worten: zwanzigtausend Euro) für jeden Fall der Zuwiderhandlung unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs zu unterlassen, das urheberrechtlich geschützte Werk „(...)“ oder auch nur Teile desselben ohne Zustimmung der (...) im Internet oder auf sonstige Art und Weise der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, öffentlich zu verbreiten und/oder zu verwerten und/oder wiederzugeben sowie öffentlich verbreiten und/oder verwerten und/oder wiedergeben zu lassen.

2. Der Schadensersatzanspruch aus der Verletzung der Rechte nach Nummer 1 wird dem Grunde nach anerkannt.

3. Der Verletzer verpflichtet sich, dem Unternehmen (...) die durch die Inanspruchnahme der Rechtsanwaltskanzlei (...) entstandenen Kosten in Höhe von (...) auf der Grundlage eines Gegenstandswertes von (...) Euro zu zahlen.

4. Sofern der Verletzer bis spätestens (...) einen Abgeltungsbetrag von 170 Euro auf das Konto der Rechtsanwaltskanzlei (...) Kto.-Nr. (...) BLZ (...) zahlt, sind die Ansprüche aus Nummer 2 und Nummer 3 insgesamt abgegolten.

Muss X dieses Schreiben ernst nehmen? Was kann er tun?

Solche oder ähnliche Abmahnungen werden in der Praxis auf vielen Gebieten zur außergerichtlichen Durchsetzung der eigenen Rechtsposition eingesetzt. Sie finden sich bei Urheberrechtsverletzungen ebenso wie bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder Verstößen gegen das Markenrecht. Im Aufbau enthalten die den Abmahnungen beigelegten Unterlassungserklärungen folgende Punkte: Sie stellen die Rechtsverletzung dar und fordern den Rechtsverletzer auf, diese Rechtsverletzung künftig zu unterlassen. Um diesem Begehren Nachdruck zu verleihen, ist die Unterlassungshandlung mit einer Vertragsstraferegelung verknüpft, die das Wiederholungsinteresse des Rechtsverletzers ausschließen soll. Denn wenn sich der Rechtsverletzer ohne Vertragsstrafe zur Unterlassung der Rechtsverletzung verpflichten würde, so wäre mangels Sanktion eine Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen.

Anschreiben, welche Anwälte den Abgemahnten übersenden, sind oftmals bewusst vage formuliert und geben nur sehr oberflächlich wieder, worin der angebliche Rechtsverstoß des potentiellen Rechtsverletzers bestehen soll. Dieses Vorgehen hat zum Ziel, den Empfänger zu verunsichern. Da es sich bei der Abmahnung lediglich um eine Rechtshandlung und nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ist es auch möglich und zulässig, diese per Telefax dem Rechtsverletzer zukommen zu lassen. In der Praxis wird dies wegen der Eilbedürftigkeit oftmals so gehandhabt. Das Landgericht Hamburg hat explizit festgestellt, dass eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung auch per E-Mail ausgesprochen werden kann.<sup>451</sup> Das Risiko, dass diese E-Mail den Adressaten nicht erreicht hat dieser selbst zu tragen.

Zunächst muss sich jemand, der eine strafbewehrte Unterlassungserklärung erhält selbstkritisch fragen, ob er tatsächlich die Rechte des Abmahnenden verletzt haben könnte. Wenn ja, ist dem Abgemahnten dringend anzuraten, den illegalen Inhalt sofort vom Netz zu nehmen. Dann ist in der Regel das Unterschreiben und die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung das billigste Mittel, einen gerichtlichen Rechtsstreit abzuwenden. Dem Unterschreibenden sollte allerdings auch bewusst sein, dass er durch seine Unterschrift bestätigt, Rechtsverletzer zu sein. Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ist sozusagen ein außergerichtlicher Vergleich. Er dient dazu, die Wiederholungsgefahr auszuschließen. Hält sich derjenige nicht an die abgegebene Erklärung, kann der Verletzte aus dieser Urkunde den vereinbarten Geldbetrag fordern. Bei der Höhe des Strafversprechens zeigt sich ebenfalls ein wesentliches Problem. Der Betrag, der im Falle der Zuwiderhandlung gezahlt werden soll, wird von abmahnenden Anwälten oftmals sehr großzügig – um nicht zu sagen zu hoch – angesetzt. Dies ist auch nicht verwunderlich, denn die Höhe des Anwaltshonorars bemisst sich nach der Höhe des Gegenstandswerts. Je höher das Strafversprechen, desto höher ist auch der Gegenstandswert. Der Anwalt kann dann nach einer im RVG festgelegten Tabelle sein Honorar festsetzen. Oftmals kann der Abgemahnte den Anwälten das weitere Interesse an einer Rechtsverfolgung nehmen und die Anwaltskosten senken, indem er vor Abgabe der Unterlassungserklärung zwei wesentliche Textstellen ändert. Viele abgemahnte Personen wissen nicht, dass sie nicht blind „die“ von den Anwälten beigelegte Unterlassungserklärung unterschreiben müssen. Es genügt, wenn sie „eine“ Unterlassungserklärung abgeben, die geeignet ist, sie von künftigen Rechtsverletzungen abzuhalten. Deshalb empfiehlt es sich, die von den Anwälten der Abmahnung beigelegte, vorbereitete Unterlassungserklärung abzutippen und an zwei entscheidenden Stellen zu ändern. Als erstes ist der von den Anwälten eingesetzte Betrag herabzusetzen. Der neu genannte Betrag, der im Falle der Zuwiderhandlung fällig wird, muss jedoch so hoch sein, dass er auch wirklich vor Wiederholung abschreckt. Hier bieten sich Beträge ab 5.000 Euro aufwärts an. Niedrigere Beträge werden von Gerichten gewöhnlich nicht als abschreckend angesehen. Der zweite Punkt, der zu ändern ist, wäre die Formulierung „(...) für jeden Fall der Zuwiderhandlung unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs“. Bei dem Einstellen eines urhe-

<sup>451</sup> Vgl. LG Hamburg, Urteil vom 07.07.2009, 312 O 142/09, ITRB 2010, S. 130.

berrechtlich geschützten Werkes in ein Peer-to-Peer-Netzwerk bedeutet dies nämlich nicht, dass auf das einmalige Einstellen gezahlt wird, sondern jeder Download von anderen Nutzern wäre ein Fall der Zuwiderhandlung. Nach Änderung dieser beiden Punkte kann die Unterlassungserklärung vom Rechtsverletzer abgegeben werden. Es bietet sich an, dem Anschreiben an den Anwalt die Bitte um eine korrigierte Honorarrechnung beizufügen. Das Herabsetzen der Strafsumme führt dazu, dass auch der Gegenstandswert niedriger ist und der Anwalt sein Honorar nur nach diesem niedrigeren Gegenstandswert berechnen darf. Manche Anwaltskanzleien versuchen den abgemahnten Personen das Herabsetzen des Geldbetrages zu verbauen, indem sie in ihren Abmahnschreiben statt eines bestimmten Geldbetrages folgende Formulierung verwenden:

„Der Schuldner wird es ab sofort unterlassen, bei Meidung einer von den Gläubigern nach billigem Ermessen festzusetzenden und vom zuständigen Gericht im Streitfalle auf deren Angemessenheit zu überprüfende Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung das Computerspiel (...)“.

Es mag zunächst etwas eigentümlich anmuten, dass der Anwalt vom Abgemahnten sein Honorar bezahlt haben möchte, obwohl dieser weder sein Vertragspartner ist, noch ihn darum gebeten hat. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Abmahnende vom Abgemahnten aber tatsächlich Ersatz der Anwaltskosten erhalten. Dass man als Rechtsverletzer in der Regel die Rechnung des Anwalts zu zahlen hat, wird in der Praxis von den Anwälten auf zwei Grundlagen gestützt. Zum einen wird es aus dem Anspruch des Geschädigten auf Schadensersatz hergeleitet. Der Geschädigte muss durch den Schädiger so gestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis stehen würde. Das heißt: Die Kosten zur Durchsetzung der Rechte hat der Schädiger zu tragen.

Die andere Grundlage, die geeignet ist, den Anspruch des Anwalts gegen den potentiellen Rechtsverletzer zu untermauern, ist in den Vorschriften über die „Geschäftsführung ohne Auftrag“ nach § 683 Satz 1, § 677, § 670 BGB begründet, sofern es erforderlich war, einen Anwalt hinzuzuziehen.

Sollte der potentielle Rechtsverletzer allerdings zu Unrecht abgemahnt worden sein, so kann er gegebenenfalls den ihm entstandenen Schaden wie beispielsweise Anwaltskosten für die notwendige Rechtsverteidigung als Schadensersatz einfordern oder sich gerichtlich durch Feststellungsklage gegen die unberechtigte Abmahnung zur Wehr setzen.

In den letzten Jahren ist die Zahl der Abmahnungen drastisch gestiegen. Einige Anwaltskanzleien haben sich quasi auf Abmahnungen spezialisiert und mahnen im Auftrage ihrer Mandanten Hunderte oder Tausende von Internetnutzern ab. Bei derartigen Massenabmahnungen steht den Anwälten eigentlich kein gesondertes Honorar zu. Insofern bestehen gute Chancen, die geforderten Anwaltskosten nicht bezahlen zu müssen, wenn die Abmahnung erkennbar als Serienbrief formuliert ist. So hat selbst

der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Einschaltung eines Rechtsanwaltes bei Serienabmahnungen nicht für jeden einzelnen Abmahnenden notwendig ist. Schließlich genügt es in derartigen Fällen, dass der in seinen Rechten Betroffene seinen Anwalt darum bittet, ihm eine Abmahnung zu entwerfen. Bei Serienabmahnungen fällt der Arbeitsaufwand ja nicht bei jedem neu abzumahnenden Rechtsverletzer erneut an.

Das Abmahnen von Verbrauchern, also Privatpersonen, die das Internet nicht für geschäftliche Zwecke nutzen, hat in den letzten Jahren extrem zugenommen. Auch die Anwaltskosten, die den Abgemahnten von den Anwälten in Rechnung gestellt wurden, haben derartig hohe Größenordnungen angenommen, dass die Politik sich gezwungen sah, hier einzugreifen. So hat die Bundesregierung am 24. Januar 2007 den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2004/48/EG beschlossen, welches eine Novellierung mehrerer Gesetze zum Schutz des geistigen Eigentums mit sich bringen soll. Das Spektrum der hierdurch zu ändernden Gesetze reicht vom Patentgesetz über das Gebrauchsmuster-, Marken-, Halbleiterschutz-, Urheberrechts- und Geschmacksmustergesetz bis hin zum Sortenschutzgesetz. Führt diese Gesetzesnovelle vornehmlich zu einer Verbesserung der Möglichkeiten im Kampf gegen Produktpiraterie, so versprach sie auch im Internetbereich eine erhebliche Verbesserung für die Verbraucher mit sich zu bringen. Der von der Regierung vorgesehene § 97a Abs. 2 UrhG-E sah nämlich vor, die Anwaltsgebühren, welche ein Anwalt im Rahmen der von ihm verschickten Abmahnungen wegen Urheberrechtsverletzung dem potentiellen Rechtsverletzer in Rechnung stellt, zu begrenzen. Bei Bagatellfällen von Personen, die das Urheberrecht nicht im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit und nur unerheblich verletzt haben, sollte nach diesem Entwurf der Anwalt für die von ihm verschickte Abmahnung nicht mehr als 50 Euro vom Abgemahnten für seine Bemühungen verlangen können. Doch als das „Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ am 1. Januar 2008 in Kraft trat, war die Beschränkung der Abmahnkosten nicht mehr Gegenstand des Gesetzes. Sie ist vielmehr später zum 01.09.2008 im Rahmen des „Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ in Kraft getreten und sieht in § 97a Abs. 2 UrhG nunmehr vor, dass bei einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung für die Abmahnung von Privatpersonen die Abmahngebühr des Anwalts auf maximal 100 Euro beschränkt wird. Da hierdurch allerdings der Vergütungsanspruch, welchen der Anwalt gegen seinen Auftraggeber hat, nicht berührt wird, ist damit zu rechnen, dass der Verletzte sich vom Abgemahnten den Geldbetrag über Schadensersatz wieder hereinholt. Mittelbar muss der Abgemahnte also weiterhin die gesamte Anwaltsrechnung zahlen. Auch die Kosten eines eventuell vom Rechtsverletzer zur Verteidigung oder Beratung eingeschalteten Anwalts werden durch die Regelung des § 97 a Abs. 2 UrhG ebenfalls nicht eingeschränkt. Insofern ist davon auszugehen, dass die Abmahnwelle durch diese gesetzliche Maßnahme nicht gestoppt werden kann.

*Beispielfall:*

*Der 17-jährige A hat in eine Peer-to-Peer Internettauschbörse zwei Lieder einer bekannten Rockgruppe gestellt, so dass andere Nutzer die Möglichkeit hatten, sich diese Songs herunterzuladen. Es kam wie es kommen musste: die Internettauschbörse wurde aufgrund einer Anzeige gegen Unbekannt von der Staatsanwaltschaft aufgefordert, die Verbindungsdaten herauszugeben und über diese Verbindungsdaten wurde auch der A ermittelt. Obwohl die Handlung von A gegen § 19a i.V.m. § 106 UrhG verstößt, wurde das Verfahren gegen ihn wegen Geringfügigkeit eingestellt. Nun nahmen die Anwälte der Verwertungsgesellschaften – wie in derartigen Fällen üblich – Akteneinsicht in die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten und konnten so die Namen der Rechtsverletzer in Erfahrung bringen. Auch wenn A zwar nach der Einstellung des Verfahrens vor strafrechtlicher Verfolgung sicher war, drohten ihm nunmehr die zivilrechtlichen Konsequenzen. Die Anwälte schickten A, der noch Schüler war, nun eine Abmahnung mit strafbewehrter Unterlassungserklärung und zugleich ihre Honorarrechnung über 2.175,- Euro.*

Derartige Fälle, in welchen lediglich ein oder zwei Lieder betroffen sind, gehören zu den Bagatellfällen, bei denen Privatpersonen nach der Gesetzesnovelle im Falle einer Abmahnung nur noch ein Anwaltshonorar von maximal 100 Euro hätte bezahlen müssen. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Reduzierung der Anwaltskosten lediglich Bagatellfälle betrifft. Personen, die in großem Umfang Urheberrechtsverletzungen begehen, können mit derartiger Milde nicht rechnen.

Doch wurde bereits im Vorfeld der Gesetzesnovelle in der Literatur meines Erachtens zu Recht bezweifelt, dass die im ursprünglichen Entwurf vorgesehene Vorschrift wirklich geeignet war, den Abmahnmissbrauch bei Urheberrechtsverletzungen effektiv zu bekämpfen.<sup>452</sup> Die Anwaltskanzleien, die sich auf Abmahnungen spezialisiert waren, hätten dann wahrscheinlich zur Umgehung des begrenzten Honorarsatzes in ihren Abmahnschreiben grundlos betont, dass es sich bei der Tat um keine Bagatelle handelt. Sofern sie darüber hinaus auch noch die Möglichkeit gehabt hätten, mehrere Verstöße abzumahnern, so hätten sie diese wahrscheinlich mit getrennten Abmahnungen versandt, um somit das Merkmal des ersten Verstoßes auszuhebeln. Die Verdienstchancen der Anwälte werden durch den Entwurf jedoch sowieso nicht gravierend beschnitten worden. Zwar hätten sie vom abgemahnten Verbraucher in Bagatellfällen nicht mehr als 100 Euro fordern dürfen; gegenüber ihrem Auftraggeber, also dem Urheber oder Verwertungsberechtigten, dessen Rechte verletzt wurden, hätte diese Regelung jedoch nicht gegolten. Das heißt, der Anwalt hätte ein durchaus höheres Honorar von seinem Auftraggeber erhalten können. Auch dieser Punkt zeigt deutlich, dass, neben der Tatsache einer praxisbedingten Ineffektivität der gut gemeinten Honorarbeschränkung, die Beschränkung der Abmahnkosten lediglich die Urheber, die berechtigterweise ihre Interessen verfolgen, benachteiligt hätte. Insofern ist es nicht unbedingt bedauerlich, dass der ursprüngliche Regierungsentwurf zur Beschränkung

<sup>452</sup> Vgl. hierzu: Kitz, Beschränkung der Abmahnkosten im Urheberrecht – was verhindert den Missbrauch wirklich?, MMR 2007, 477 f.



der Abmahnkosten nicht am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist. Doch sollte das Problem des Abmahnmissbrauchs gegenüber privaten Internetnutzern nun möglichst schnell und effektiv geregelt werden. Denn die derzeitige Rechtslage ist nicht geeignet, das Vertrauen privater Internetnutzer in das Internet zu stärken.

Sollte ein Unternehmer im Rahmen des Wettbewerbs zu Unrecht abgemahnt worden sein, so kann ihm gegen den Abmahnenden im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz für eventuelle vorprozessuale Anwaltskosten wegen des Tatbestandes „Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ zustehen. Dies kommt beispielsweise in einer neueren Entscheidung des LG Düsseldorf zum Ausdruck. Sie lautet:

*Im Fall einer Abmahnung, die unberechtigt ist, weil der Betreiber einer Handelsplattform im Internet weder als Täter oder Teilnehmer noch als Störer einer Markenrechtsverletzung herangezogen werden kann, hat der zu Unrecht Abgemahnte einen Schadensersatzanspruch wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.<sup>453</sup>*

## 10.3 Klage und einstweilige Verfügung

Gibt der Abgemahnte nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist eine unterschriebene strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, so kann die außergerichtliche Einigung als gescheitert betrachtet werden. In derartigen Fällen wird der Abmahnende in der Regel bei Gericht eine einstweilige Verfügung beantragen. Das einstweilige Verfügungsverfahren ist ein Eilverfahren, in welchem das Gericht nach summarischer, also nach verkürzter, oberflächlicher Prüfung, zur Sicherung eines Rechtszustandes entscheidet. Der Gesetzgeber hat die einstweilige Verfügung zusammen mit dem Arrest in der Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt. Deshalb wird über § 936 ZPO für den Verfahrensablauf in die gesetzlichen Regelungen des Arrests verwiesen. Das Gericht kann im Verfahren der einstweiligen Verfügung aber nicht so frei wie im Arrestverfahren entscheiden, ob es auf Grund mündlicher Verhandlung entscheiden möchte oder wegen der Eilbedürftigkeit darauf verzichtet. Nach § 937 Abs. 2 ZPO kann nur in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Es hat also in der Regel eine mündliche Verhandlung stattzufinden. In der Praxis ordnen einige Gerichte vor dem Hintergrund beide Parteien anhören zu wollen und unter dem Hinweis auf eine eventuell nach § 945 ZPO drohende Schadensersatzgefahr im Zweifel lieber eine mündliche Verhandlung an; doch ist festzustellen, dass die Ausnahme des § 937 Abs. 2 ZPO (Entscheidung ohne vorherige mündliche Verhandlung) immer öfter angewandt und somit zur Regel geworden ist.

<sup>453</sup> LG Düsseldorf, Urt. Vom 19.03.2008, 2a O 314/07, ITRB 2009, S. 10; vgl. Hierzu auch: Intveen, Unberechtigte Abmahnung als Eingriff in Gewerbebetrieb, ITRB 2009, S. 10 f.

Auch die Beweisregeln sind weniger stark ausgeprägt als in „normalen“ Gerichtsverfahren. So tritt im Verfügungsverfahren nach §§ 920 Abs. 2, 936, 294 ZPO die Glaubhaftmachung an die Stelle des Vollbeweises. Das heißt, der Antragsteller muss dem Gericht die vorgetragenen Tatsachen nicht nach den strengen Beweisvorschriften der ZPO beweisen, sondern es genügt eine Beweisführung, welche dem Gericht einen geringen Grad von Wahrscheinlichkeit vermittelt. Dies kann beispielsweise eine eidesstattliche Versicherung des Antragstellers oder eines Dritten<sup>454</sup>, die Versicherung des Anwalts über Vorgänge, die er im Rahmen seiner Berufstätigkeit wahrgenommen hat<sup>455</sup> oder auch die Vorlage unbeglaubigter Kopien von Schriftstücken<sup>456</sup> sein. Ein einstweiliges Verfügungsverfahren setzt einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund voraus. Die summarische Prüfung darf grundsätzlich nicht die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen. Ausnahmen sind lediglich drei Fallgruppen der so genannten Leistungsverfügungen. In diesen Fällen darf ausnahmsweise eine vorläufige Erfüllung angeordnet werden:

- Herausgabe einer Sache nach verbotener Eigenmacht (Herausgabe an den rechtmäßigen Besitzer nicht an einen Dritten; Rechtsgrundsatz aus § 940a ZPO);
- Zahlung von Unterhalt oder Schadensersatz in Not (Zahlung kann verlangen, wer in akuter Not ist, die seine Existenz gefährdet);
- Unterlassung von Rechtsverletzungen. Hier ist ein gerichtliches Unterlassungsgebot oder Handlungsverbot mit Strafandrohung im Sinne des § 890 Abs. 2 ZPO zur vorläufigen Erfüllung unerlässlich.

Obwohl eine im Rahmen der einstweiligen Verfügung gerichtlich angeordnete Unterlassung die Entscheidung einer späteren Gerichtsverhandlung vorwegnimmt, ist sie also ausnahmsweise zulässig, wenn sie unerlässlich ist, um die Rechtsposition des Verletzten zu sichern. Die Entscheidung, die bei Urheberrechtsverletzungen im Rahmen einer einstweiligen Verfügung getroffen wird, ähnelt den Regelungen in einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. So kann dem Verfügungsgegner darin auferlegt werden, bei Meidung eines Ordnungsgeldes in genau festgesetzter Höhe, es zu unterlassen, künftig die umstrittene Rechtsverletzung zu begehen. Auch wenn die Ordnungsgelder in der einstweiligen Verfügung mit maximal 250.000 Euro benannt werden, liegen sie tatsächlich meistens in einer Größenordnung von wenigen hundert bis wenigen tausend Euro und damit sehr viel niedriger als die in den Schriftsätzen benannten Summen.

Vorteil der einstweiligen Verfügung ist die kurze Verfahrensdauer. Denn das „normale“ Hauptsacheverfahren kann im Internetbereich sehr langwierig sein und durchaus bereits in der ersten Instanz zwölf Monate dauern. Für viele Opfer von Rechtsverletzungen wäre das langwierige Abwarten dieser Zeit, und die so lange möglicherweise

<sup>454</sup> Vgl. BGH, NJW 1988, S. 2045.

<sup>455</sup> Vgl. Köln und Koblenz, GRUR 1986, S. 196.

<sup>456</sup> Vgl. Köln, FamRZ 83, S. 709.

weiter bestehende Rechtsverletzung nicht hinnehmbar. Dies erklärt, weshalb der Verletzte gewöhnlich die gerichtliche Auseinandersetzung mit einer einstweiligen Verfügung beginnt. Zur richtigen Verfahrensstrategie ist folgendes anzumerken: Der Antragsteller muss unbedingt die Eilbedürftigkeit darlegen. Tut er dies nicht, wird sein Antrag abgelehnt, und er muss über eine gewöhnliche Klage versuchen, sein Recht zu erlangen. In diesem Zusammenhang sollte bedacht werden, dem Gegner im Rahmen der vorhergehenden strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht all zuviel Zeit zur Unterschrift und Rücksendung zu lassen. Anwälte wählen hier oftmals Fristen von drei bis zehn Tagen. Wird hier nämlich eine allzu lange Frist eingeräumt, kann der Richter die spätere einstweilige Verfügung mit dem Argument ablehnen, es mangle an einem Rechtsschutzbedürfnis, da die Eilbedürftigkeit nicht vorliege, wenn selbst der Antragsteller seinem Gegner im Vorfeld so viel Bedenkzeit lassen konnte.

Es ist dem Verletzten zwar theoretisch auch möglich, eine einstweilige Verfügung bei Gericht zu beantragen, ohne den Rechtsverletzer zuvor abgemahnt zu haben; doch ist hiervon gewöhnlich abzuraten, da der Rechtsverletzer dann, wenn er die Ausweglosigkeit seines Handelns erkennt, sofort eine Unterlassungserklärung abgeben und beantragen kann, dass die Verfahrenskosten dem Verletzten auferlegt werden. Ein solches Vorgehen kann in Zivilprozessen Erfolg haben, wenn der Verfügungsgegner bzw. Beklagte sofort die Forderung des Gegners anerkennt und darlegt, dass ein Einschalten des Gerichtes nicht nötig gewesen wäre, hätte man zunächst außergerichtlich versucht, sich mit ihm zu einigen. Dann hat nämlich der Gegner das Gericht grundlos bemüht und in der Regel dementsprechend auch die Kosten des Verfahrens zu tragen.

## 10.4 Strafrechtliche Ermittlungen

Neben den zivilrechtlichen Ansprüchen können selbstverständlich auch strafrechtliche Ansprüche durchgesetzt werden.

Es ist ein Irrglaube vieler Internetstraftäter, das Internet böte ihnen Anonymität und es wäre nicht möglich sie zu ermitteln. Die Zeiten, in welchen die Polizei und Staatsanwaltschaften noch nicht über geeignete technische Ausstattung verfügten, sind schon lange vorbei. Heutzutage beschäftigen die Strafverfolgungsbehörden Fachleute, die aufgrund ihrer Kenntnis und entsprechender technischer Ausstattung in der Lage sind, Täter im Internet zu lokalisieren und ausfindig zu machen. Bei der Bekämpfung der Internet-Kriminalität hat das Bundesland Brandenburg beispielsweise von der Ermächtigung des § 143 Abs. 4 GVG Gebrauch gemacht und bereits ab dem Jahre 2001 die Staatsanwaltschaft Cottbus als Schwerpunktstaatsanwaltschaft des Landes Brandenburg zur Bekämpfung von Computer- und Datenkriminalität sowie gewaltdarstellender pornographischer und

sonstiger jugendgefährdender Schriften eingesetzt.<sup>457</sup> Damit haben Polizei und Strafverfolgungsbehörden des Bundeslandes die Möglichkeit, auf die Kompetenz und das Fachwissen der Schwerpunktstaatsanwaltschaft zurückzugreifen.

*Beispiel:*

*Die Rockgruppe XY findet die Songs ihres letzten Albums in einer Peer-to-Peer Internetaustauschbörse. Sie melden es ihrem Plattenlabel. Beide möchten hiergegen strafrechtlich vorgehen.*

Das im Strafrecht geltende und aus § 152 Abs. 1 StPO abgeleitete Offizialprinzip sieht vor, dass in der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich der Staat für die Strafverfolgung zuständig ist. Dementsprechend muss die Staatsanwaltschaft gewöhnlich von Amts wegen, also auch ohne eine Anzeige durch den Geschädigten oder sogar gegen dessen ausdrücklichen Wunsch, ermitteln, sowie sie Kenntnis von einer Straftat erhält. Dies ist aber nicht bei allen Delikten so. Eine Durchbrechung des Offizialprinzips stellen die so genannten Antragsdelikte dar. Möchte beispielsweise ein Urheber, der seine Rechte verletzt sieht, dass der Urheberrechtsverletzer auch strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen wird, so kann er einen Strafantrag stellen. Antragsberechtigt ist bei Urheberrechtsverletzung nur der Urheber oder jemand, der ein ausschließliches Nutzungsrecht innehat; Personen mit einfachem Nutzungsrecht allerdings nicht. Die §§ 106 bis 108 UrhG sind nach § 109 UrhG als so genannte Antragsdelikte ausgestaltet. Das heißt, die Staatsanwaltschaft kann, soweit im Gesetz nichts anderes bestimmt ist, entsprechend § 77 Abs. 1 StGB nur gegen einen Urheberrechtsverletzer vorgehen, wenn der Verletzte einen Strafantrag stellt. Eine Verfolgung der Tat ohne Antrag ist nicht zulässig. Zugleich ist der Antrag auch eine von Amts wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung.<sup>458</sup> Ein ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen begonnenes Strafverfahren wäre nach § 206a Abs. 1, § 260 Abs. 3 StPO zwingend einzustellen. Tätig werden kann die Staatsanwaltschaft bei Fehlen eines Strafantrages nur, wenn z.B. nach § 109 UrhG ein besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung einer Straftat besteht. An eine Strafverfolgung ohne Antrag aufgrund öffentlichem Interesses ist deshalb insbesondere unter folgenden Aspekten zu denken:<sup>459</sup>

- Die Tat wird durch einen Wiederholungstäter begangen;
- es handelt sich um Fälle organisierten Arbeitens; z.B. eines Computer-Clubs,
- wenn der Täter mehrere Programme gegen Entgelt verbreitet,
- wenn vollständige Programmlisten in Zeitschriften oder online öffentlich angeboten werden,

<sup>457</sup> Vgl. zur Arbeit der Schwerpunktstaatsanwaltschaft: Schell, Die Bekämpfung der Internet-Kriminalität im Land Brandenburg, Neue Justiz, 2006, S. 437.

<sup>458</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 08.04.1959, 3 StR 836/53, BGHSt 6, 155 f.

<sup>459</sup> Vgl. Heghmanns, Öffentliches und besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung von Softwarepiraterie, NSTZ 1991, S. 112, 116.

- bei privatem Tauschhandel in großem Stil (mehrere hundert),
- Verbreitung extrem wertvoller (also außerordentlich teurer) Programme,
- Wenn eine Verbreitung nach Überwinden aufwendiger Kopierschutzverfahren stattfindet.

In dem so genannten Ermittlungsverfahren untersucht die Staatsanwaltschaft meist in Zusammenarbeit mit den Polizeibehörden, ob gegen den Beschuldigten der hinreichende Verdacht besteht, eine Straftat begangen zu haben.

### 10.4.1 Hausdurchsuchung

*Beispiel:*

*Der 25-jährige Student S sitzt in seinem Zimmer. Plötzlich klingelt es an der Wohnungstür. Die Polizei möchte seine Wohnung durchsuchen.*

Durchsuchungen sind ab § 102 der Strafprozessordnung (StPO) geregelt. Sie können sowohl bei einem Verdächtigen selbst, als auch bei dritten Personen stattfinden. Grundsätzlich brauchen die Staatsanwaltschaft und deren Hilfsbeamte für die Durchsuchung der Räumlichkeiten und Beschlagnahme von Gegenständen einen Gerichtsbeschluss. Er wird nur erteilt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat bestehen und die Möglichkeit gegeben ist, dass dabei auch Beweismittel aufgefunden werden können. Es muss also nach der Überzeugung des Richters ein, die Durchsuchung rechtfertigender Anfangsverdacht vorliegen.<sup>460</sup> Darüber hinaus muss die Maßnahme auch verhältnismäßig sein. Unzulässig wäre demnach eine Maßnahme, die auf bloßen Vermutungen basiert.

Durchsuchungen können aber auch bei Dritten vorgenommen werden; also bei Personen, die keiner Straftat verdächtig sind. Damit solche Personen eine Durchsuchung dulden müssen, muss die Durchsuchung zu mindestens einem der folgenden in § 103 StPO genannten Aspekten erforderlich sein:

- Zur Ergreifung des Beschuldigten,
- zur Verfolgung von Spuren einer Straftat,
- zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände.

Hinzu kommt, dass dies nur dann zulässig ist, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet.

---

<sup>460</sup> Vgl. BVerfG, NStZ-RR 2004, S. 143 f.

### 10.4.2 Beschlagnahme von Beweismitteln

Die Beschlagnahme von Beweismitteln ist ab dem § 94 StPO geregelt. Ein Gegenstand wird dadurch zum Beweismittel, dass er unmittelbar oder mittelbar ermöglicht, Rückschlüsse auf die Tatumstände zu ziehen. In der Regel erfolgt die Sicherstellung bei beweglichen Sachen durch Ingewahrsamnahme, bei unbeweglichen durch Versiegelung.

Früher war lange Zeit stark umstritten, ob die gespeicherten Verbindungsdaten, die sich auf Festplatten von Computern oder auch auf SIM-Karten von aufgefundenen Mobiltelefonen befanden, nur aufgrund einer Beschlagnahmeanordnung ausgewertet werden dürfen oder ob sie die strengeren Voraussetzungen des § 100g und denen des § 100h StPO erfüllen müssen<sup>461</sup>, da sie dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG unterliegen. Mit Urteil vom 2. März 2006 hat jedoch der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts festgelegt, dass eine wirksame Strafverfolgung unangemessen erschwert würde, wenn über die Voraussetzungen der §§ 94 und 102 StPO der Zugriff auf derartige Daten erschwert werde.<sup>462</sup> Inwieweit die Beschlagnahme und Auswertung von E-Mails gegen Art. 10 GG verstößt ist noch unklar.

*Beispiel:*<sup>463</sup>

*Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen Betruges ordnete das Gericht auch die Durchsuchung der Wohnung des X an. Er ist in diesem Fall nicht Beschuldigter, aber die Staatsanwaltschaft erwartet durch diese Durchsuchung an wichtige Unterlagen und Datenträger zu gelangen. Es war auch ausdrücklich gestattet, die gegebenenfalls zu beschlagnahmenden Datenträger insbesondere von Textdateien und E-Mail-Verkehr auszuwerten. X hat jedoch seine empfangenen und abgesandten Mails auf dem Server seines Providers gespeichert. Nachdem X bei der Hausdurchsuchung gegen den Zugriff auf diese E-Mails protestiert, ordnet das Gericht eine Beschlagnahme seines E-Mail-Accounts beim Provider an, wo die dort gespeicherten ca. 2500 E-Mails des X sodann auf Datenträger kopiert und der Staatsanwaltschaft übergeben wurden. X ist nicht einverstanden. Er sieht darin einen Verstoß gegen das durch Art. 10 GG geschützte Fernmeldegeheimnis.*

Ein derartiger Fall beschäftigte im Jahre 2006 die 3. Kammer des „Zweiten Senats“ des Bundesverfassungsgerichts. Der Betroffene erhob Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 10 GG. Mit einer einstweiligen Anordnung gab das Bundesverfassungsgericht der Staatsanwaltschaft auf, sämtliche Datenträger, welche die über den Provider erlangten E-Mails enthalten, sowie Schriftstücke, die sich mit der Auswertung dieser Daten befassen beim zuständigen Amtsgericht in Verwahrung zu geben, wo sie versiegelt werden sollen. Diese Entscheidung macht deutlich, dass das Bundes-

<sup>461</sup> So z.B. noch die Ansicht der 3. Kammer des 2. Senates des Bundesverfassungsgerichts, in: NStZ 2005, S. 337 ff.

<sup>462</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 02.03.2006, 2 BvR 2099/04.

<sup>463</sup> Angelehnt an die Entscheidung des BVerfG vom 29.06.2006 – 2 BvR 902/06.

verfassungsgericht eine Verletzung des Art. 10 GG durch die Beschlagnahme von E-Mails beim Provider zumindest nicht ausschließt. Bis zur endgültigen Entscheidung verbleibt insofern eine Rechtsunsicherheit.

Darüber hinaus muss der Umfang der Beschlagnahme auch immer in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat sowie der Stärke des Tatverdachts stehen.<sup>464</sup> Mittlerweile haben sich die Gerichte auch mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit einem Betroffenen eine Entschädigung für die Beschlagnahme seines Computers zusteht. So stellte das OLG München fest, dass bei der Beschlagnahme eines internetfähigen Computers für die Berechnung des Schadens der Mietpreis maßgeblich ist.<sup>465</sup>

### 10.4.3 Online-Durchsuchungen

Online-Durchsuchungen könnten nach Ansicht der Befürworter dieser Maßnahme ein neues Mittel im Kampf gegen Terroristen aber auch gegen sonstige Straftaten sein.<sup>466</sup> Was genau unter diesem Begriff zu verstehen ist, kann sehr plastisch dem Antrag des Generalbundesanwalts an den Bundesgerichtshof entnommen werden, über welchen Anfang 2007 entschieden wurde. Darin beantragte der Generalbundesanwalt „die Durchsuchung des von dem Beschuldigten benutzten Personalcomputers/Laptops, insbesondere der auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher abgelegten Daten (...), und deren Beschlagnahme anzuordnen und den Ermittlungsbehörden zur verdeckten Ausführung dieser Maßnahmen zu gestatten, ein hierfür konzipiertes Computerprogramm dem Beschuldigten zur Installation zuzuspielen, um die auf den Speichermedien des Computers abgelegten Dateien zu kopieren und zum Zwecke der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden zu übertragen“.<sup>467</sup> Nachdem hierzu ein Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs durch die Entscheidung vom 31. Januar 2007 klargestellt hatte, dass eine Online-Durchsuchung zur Verfolgung von Straftaten nicht mit der Strafprozessordnung vereinbar ist<sup>468</sup>, wurde die Frage der Zulässigkeit von Online-Durchsuchungen aber nicht aufgegeben. Stattdessen wurde seitens einiger Politiker die Forderung aufgestellt, rechtliche Grundlagen zur Online-Durchsuchung zu schaffen. Diese Problematik wurde sowohl in den Medien<sup>469</sup> wie auch im Bundestag<sup>470</sup> diskutiert.

<sup>464</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2007, S. 930.

<sup>465</sup> Vgl. zur genauen Berechnung: OLG München, Beschluss vom 23.03.2010, 1 W 2689/09, ITRB 2010, S. 206.

<sup>466</sup> Vgl. zur Frage der Zulässigkeit von „Staatstrojanern“ auch: Braun / Roggenkamp, Ozapftis – (Un)Zulässigkeit von „Staatstrojanern“, K&R 2011, S. 281 ff.

<sup>467</sup> BGH, NJW 2007, S. 930.

<sup>468</sup> Vgl. BGH, NJW 2007, S. 930.

<sup>469</sup> Vgl. beispielsweise: Der Spiegel vom 26.02.2007, S. 36; Der Spiegel vom 07.04.2007, S. 18.

<sup>470</sup> Vgl. hierzu beispielsweise die Anfragen der Linken und der FDP in: BT-Drucks. 16/3787 und BT-Drucks. 16/3883 sowie die Antworten der Bundesregierung in: BT-Drucks. 16/3972 und BT-Drucks. 16/3973.

Dieser Tatbestand bedeutet aber nicht, dass keine gesetzliche Grundlage für Online-Durchsuchungen besteht. So hat beispielsweise der Landtag des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen bereits am 20. Dezember 2006 eine Rechtsgrundlage für Online-Durchsuchungen durch Änderung des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen (VSG NRW) geschaffen. Begründet wurde die Maßnahme damit, dass eine effektive Beschaffung von Nachrichten auch im Internetbereich notwendig geworden sei, da Extremisten zur Kommunikation mittlerweile das Internet verwenden.<sup>471</sup> Durch den geänderten § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG NRW wird der Verfassungsbehörde nun die Möglichkeit eröffnet durch „heimliches Beobachten und sonstiges Aufklären des Internets, wie insbesondere die verdeckte Teilnahme an seinen Kommunikationseinrichtungen“ Informationen zu gewinnen. Dies kann darüber hinaus auch durch einen verdeckten Zugriff und auch unter Einsatz technischer Mittel geschehen. Diese durch das Landesgesetz eingeräumten Möglichkeiten finden ihre Schranken lediglich in Art. 10 GG.

Mit der Frage der Zulässigkeit von Online Durchsuchungen musste sich letztlich auch das Bundesverfassungsgericht auseinandersetzen. Es hat hierzu festgestellt<sup>472</sup>:

*Eine heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist angesichts des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme nur zulässig, wenn unter Vorbehalt richterlicher Anordnung tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung geschützt wird.*

#### 10.4.4 Strafprozess

Haben die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zu einem hinreichenden Tatverdacht geführt, so wäre der nächste Schritt der gerichtliche Prozess. In Deutschland gilt für Strafprozesse das so genannte Akkusationsprinzip. Das bedeutet, dass die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung gemäß den §§ 151, 152 StPO von der Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft abhängt. Ohne Anklage der Staatsanwaltschaft darf das Gericht nicht tätig werden. Besteht ein „hinreichender Tatverdacht“ im Sinne des § 203 StPO, so ergeht ein Eröffnungsbeschluss. Von diesem Zeitpunkt an wird aus dem Angeeschuldigten nach § 157 StPO begrifflich „der Angeklagte“. In der Hauptverhand-

<sup>471</sup> Vgl. LT-Drucks. 14/2211, S. 17 (NRW).

<sup>472</sup> BVerfG, Urteil vom 27.02.2008, 1 BvR 370/07, ITRB 2008, S. 75; vgl. zu Onlinedurchsuchung und Vorratsdatenspeicherung auch: Härting, Schutz von IP-Adressen – Praxisfolgen der BVerfG-Rechtsprechung zu Onlinedurchsuchung und Vorratsdatenspeicherung, ITRB 2009, S. 35 ff.



lung verliert der Staatsanwalt zu Beginn der Verhandlung die vom Gericht zugelassene Anklage.

### 10.4.5 Jugendliche und Strafrecht

Im Bereich der Internetkriminalität ist festzustellen, dass gerade bei den Urheberrechtsverstößen auch viele minderjährige Täter zu finden sind. Grundsätzlich gelten für Jugendliche die selben Strafgesetze wie für Erwachsene. Doch sieht das Jugendgerichtsgesetz eine Reihe von Besonderheiten für Strafverfahren gegen Jugendliche vor. In der Bundesrepublik Deutschland beginnt die Verantwortlichkeit für Personen, die gegen Strafvorschriften verstoßen, mit der Vollendung des vierzehnten Lebensjahres. Nach der Gesetzesterminologie ist „Jugendlicher“, wer zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt ist. Als „Heranwachsender“ wird bezeichnet, wer zum Zeitpunkt der Tat das achtzehnte aber noch nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat. Personen unter vierzehn Jahren werden als „Kinder“ bezeichnet. Sie sind schuldunfähig und können demnach nicht strafrechtlich belangt werden.

## 10.5 Zusammenfassung

- Es ist ein Nebeneinander von Zivilverfahren und Strafverfahren möglich.
- Oftmals benötigen Personen, die durch Internetnutzer in ihrem Urheberrecht verletzt werden die strafrechtliche Möglichkeit der „Strafanzeige gegen Unbekannt“, um so an die Anschrift des Rechtsverletzers zu gelangen. Erst dann können sie versuchen ihre zivilrechtlichen Ansprüche durchzusetzen.
- In der Praxis des Internetrechts spielt die Abmahnung und die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung eine wichtige Rolle. Dieses geht gewöhnlich einem gerichtlichen Rechtsstreit voraus.
- Es besteht für den Abgemahnten die Möglichkeit, eine ihm von den Anwälten des Gegners zugesandte vorformulierte strafbewehrte Unterlassungserklärung umzuformulieren, bevor er sie abgibt. Dies ist insbesondere bei Fällen anzuraten, in denen der gegnerische Anwalt eine übertriebene Honorarforderung durchsetzen möchte.

# 11 Wiederholungsfragen

1. Welche Provider-Arten kennen Sie?
2. Welche Gesetze gehören zum „Allgemeinen Teil“ des Internetrechts, welche zum „Besonderen Teil“?
3. Welche Aspekte regelt das Telemediengesetz?
4. Was verstehen Sie unter „Domaingrabbing“? Wie ist dieses rechtlich zu beurteilen?
5. Welchen Schutz bieten das Marken- und das Namensrecht im Rahmen von Domainstreitigkeiten?
6. Erklären Sie das Recht am eigenen Bild.
7. Was ist bei Links und Frames rechtlich zu beachten?
8. Welche Privilegierungen bestehen im Rahmen des Urheberrechtsschutzes?
9. Welche Ansprüche hat ein Urheber gegen einen Rechtsverletzer bei einer Urheberrechtsverletzung?
10. Welche Aspekte ändert die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Urheberrechtsreform 2007?
11. Was verstehen Sie unter „viralem Marketing“?

12. Nach welchen Kriterien wird entschieden, wessen Recht im Rahmen von Internet-Werbung zur Anwendung kommt?
13. Wie sind Spam-Mails rechtlich zu beurteilen?
14. Wie kommt im Internet ein Vertrag zustande?
15. Was ist „Silent Commerce“?
16. Wie sind Internetauktionen rechtlich zu beurteilen?
17. Worauf ist bei allgemeinen Geschäftsbedingungen im Internet zu achten? Wann und wie werden allgemeine Geschäftsbedingungen im Rahmen des E-Commerce Vertragsbestandteil?
18. Welche Pflichten bestehen im elektronischen Geschäftsverkehr?
19. Welche Angaben müssen E-Mails von Gewerbetreibenden enthalten?
20. Erklären Sie die Dialer-Problematik.
21. Wie sind Disclaimer rechtlich zu beurteilen?
22. Was für Rechtsfolgen kann die private Nutzung eines dienstlichen Internetzugangs haben?
23. Stellen Sie sich vor, Sie erhalten von einem Anwalt eine Abmahnung mit beigegeführtem Formular einer Unterlassungserklärung. Er wirft Ihnen vor, durch die Gestaltung Ihrer Homepage Rechte seines Mandanten verletzt zu haben. Welche Möglichkeiten haben Sie, hierauf zu reagieren?

24. Welche Internet-Straftatbestände kennen Sie?
25. A bestellt in einem Internet-Shop ein Buch zum Preis von 12,90 EUR. Als er es erhält, öffnet er es kurz, blättert gelangweilt darin, stellt fest, dass es ihn nicht interessiert und schickt es am nächsten Tag an den Internet-Shop zurück. Da er das Buch bereits per Nachnahme bezahlt hat, stellt er Ihnen nun folgende Fragen: Bekommt er die 12,90 EUR zurück? Wer trägt die Kosten der Rücksendung?
26. Erklären Sie folgende Begriffe. Zeigen Sie auch auf, welche rechtlichen Besonderheiten mit diesen Begriffen verbunden sind:
- Keyword-Advertising,
  - Meta-Tags,
  - Word Stuffing,
  - Counter-Manipulation.

# Literatur

- Beck, Simon Markus / Dornis, Tim W.: „Phishing“ im Marken(straf)recht. Wie Tat-handlungen des „Phishing“ markenstrafrechtlich geahndet werden können, CR 2007, S. 642 ff.
- Benning, Axel / Oberrath, Jörg-Dieter: Computer- und Internetrecht, 2. Aufl., Stuttgart 2008.
- Berlit, Wolfgang: Wettbewerbsrecht. Ein Grundriss, 6. Aufl., München 2005.
- Bettinger, Torsten: ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, CR 2000, S. 234 ff.
- Bierekoven, Christiane: Internationaler Handel mit Kundendaten – Zwischen Tabu und Chance, ITRB 2009, S. 39 ff.
- Bittmann, Folker: Reform des GmbHG und Strafrecht, wistra 2007, S. 321 ff.
- v. Blumenthal, German / Niclas, Vilma: Änderungen bei der Domainregistrierung, ITRB 2011, S. 2.
- v. Blumenthal, German / Niclas, Vilma: „BGH: Siebentägige Speicherung dynamischer IP-Adressen“, ITRB 2011, S. 73.
- v. Blumenthal, German / Niclas, Vilma: Urheberrechtsverletzungen bei Twitter, ITRB 2011, S. 74.
- Boehme-Neßler, Volker: Cyberlaw, München 2001.
- Boehme-Neßler, Volker: internetrecht.com, München 2001.
- Bölke, Dorothee: Presserecht für Journalisten. Freiheit und Grenzen der Wort- und Bildberichterstattung, München 2005.
- Bonnekoh, Mareike: Voice over IP. Rechtsprobleme der Konvergenz von Internet und Telefonie, Schriften zum Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht Band 41, 2007.
- Borges, Georg: Rechtsscheinhaftung im Internet, NJW 2011, S. 2400 ff.
- Bornemann, Roland: Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag der Länder, NJW 2003, S. 787 ff.
- Bornhofen, Roland: Die stecken gebliebene Reform des Kundenschutzes, CR 2005, S. 736 ff.

- Bornkamm, Joachim/Seichter, Dirk: Das Internet im Spiegel des UWG. Grenzwerte für die lautere Nutzung eines neuen Mediums, CR 2005, S. 747 ff.
- Braun, Frank / Roggenkamp, Jan Dirk: Ozapftis – (Un)Zulässigkeit von „Staatstrojanern“, K&R 2011, S. 281 ff.
- Brennecke, Carsten: Urheberrechtswidrige Google-Bildersuche, ITRB 2009, S. 33 ff.
- Brinkmeier, Thomas: Die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft, „Literaturempfehlung zum Beitrag von Prof. Dr. Ulrich Seibert in GmbHR 2007, 673“, in: GmbH-StB 2007, 256.
- Buchmann, Felix: Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2010/2011, K&R 2011, S. 551 ff.
- Buchmann, Felix / Brüggemann, Sebastian: Der Preis des „Filesharing“. Streitwert, Schadensersatz und Kostendeckelung nach § 97a Abs. 2 UrhG, K&R 2011, S. 368 ff.
- Cichon, Caroline: Internetverträge, 2. Aufl., Köln 2005.
- v. Collrepp, Friedrich: Handbuch Existenzgründung, 5. Aufl., Stuttgart 2007.
- Ditscheid, Alexander: Der neue Telekommunikationskundenschutz, MMR 2007, S. 210 ff.
- Dramburg, Sebastian / Schwenke, Thomas: Kommentar zum Urteil des LG Aschaffenburg vom 19.08.2011, 2 H KO 54/11, K&R 2011, S. 811 ff.
- Eichhorn, Bert: Internetrecht, Berlin, Wien, Zürich 2007.
- Eisenmann, Hartmut/Jautz, Ulrich: Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2006.
- Elteste, Thomas: Markenverletzendes Ad Word – PCB-Pool, IT-Report, ITRB 2007, S. 274.
- Engels, Thomas: Datenschutz in der Cloud – Ist hierbei immer eine Auftragsdatenverarbeitung anzunehmen? K&R 2011, S. 548 ff.
- Ensthaler, Jürgen / Weidert, Stefan (Hrsg.): Handbuch Urheberrecht und Internet, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2010.
- Erd, Rainer: Online Recht kompakt: Von der Domain zum Download, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2005.
- Ernst, Stefan: Das neue Computerstrafrecht, NJW 2007, S. 2661 ff.
- Ernst, Stefan (Hrsg.): Hacker, Cracker & Computerviren, Köln 2004.
- Ernst, Stefan: Nur nichts vergessen – Informationspflichten online, ITRB 2002, S. 265 ff.
- Ernst, Stefan: Pflichtangaben in E-Mails – Neue Pflichten durch das EHUG?, ITRB 2007, 95 ff.

- Ernst, Stefan: Streitigkeiten beim grenzüberschreitenden Onlineverkauf, ITRB 2011, S. 113 f.
- Fechner, Frank: Medienrecht, 8. Aufl., Tübingen 2007.
- Geiger, Michael/Thron, Joachim: VOR-Schriften zur Existenzgründung, Berlin 2004.
- Geppert, Martin/Piepenbrock, Hermann-Josef/Schütz, Raimund/Schuster, Fabian (Hrsg.): Beckscher TKG-Kommentar, 3. Aufl., München 2006.
- Gercke, Marco: Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht. Ein Überblick über die strafrechtliche Bewertung der Tauschbörsennutzung unter Berücksichtigung der Änderungen durch den „Zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform, ZUM 2007, S. 791 ff.
- Glaus, Alexander/Gabel, Detlev: Praktische Umsetzung der Anforderungen zu Pflichtangaben in E-Mails, BB 2007, S. 1745 ff.
- Grützmaker, Malte: Urheberrecht im Wandel – der zweite Korb, Die Enforcement-Richtlinie und deren Umsetzung. Ein Überblick, ITRB 2007, S. 276 ff.
- Härting, Niko: Internetrecht, 2. Aufl., Köln 2005.
- Härting, Niko: Schutz von IP-Adressen – Praxisfolgen der BVerfG-Rechtsprechung zu Onlinedurchsuchung und Vorratsdatenspeicherung, ITRB 2009, S. 35 ff.
- Hartl, Robert: Fremde Kennzeichen im Quelltext von Webseiten. Marken- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit, MMR 2007, S. 12 ff.
- Haug, Volker: Grundwissen Internetrecht, Stuttgart 2005.
- Hebig, Michael: Existenzgründungsberatung, 5. Aufl., Berlin 2004.
- Hecht, Florian: Aktuelle Rechtsprechung zur Impressumspflicht im Internet, ITRB 2011, S. 260 ff.
- Hecht, Florian: Urheberbenennung bei Computerprogrammen, ITRB 2009, S. 4 f.
- Heghmanns, Michael: Öffentliches und besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung von Softwarepiraterie, NStZ 1991, S. 112 ff.
- Heun, Sven-Erik (Hrsg.): Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Köln 2007.
- Heyms, Sybille/Prieß, Christiane: Werbung online, Berlin 2002.
- Hilgendorf, Eric: Strafrechtliche Anforderungen an den Jugendschutz im Internet – unter besonderer Berücksichtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs-Providern, K&R 2011, S. 229 ff.
- Hoeren, Thomas: Das Telemediengesetz, NJW 2007, S. 801 ff.
- Hoeren, Thomas: World Wide Nepp?, München 2002.

- Holzner, Stefan: Neues zur Regelung der Nutzung von E-Mail und Internet am Arbeitsplatz?, ZRP 2011, S. 12 ff.
- Homburg, Christian/Krohmer, Harley: Marketingmanagement. Strategie – Instrumente – Umsetzung – Unternehmensführung, 2. Aufl., Wiesbaden 2006.
- Hopf, Kristina: Der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, K&R 2011, S. 6 ff.
- Intveen, Carsten: Unberechtigte Abmahnung als Eingriff in Gewerbebetrieb, ITRB 2009, S. 10 f.
- Intveen, Michael: Die Rechtsprechung des BGH zu Haftungsregelungen in AGB, ITRB 2007, S. 144 ff.
- Jandt, Silke: Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis bei erlaubter E-Mail-Nutzung zu privaten Zwecken, K&R 2011, S. 631 f.
- Junker, Abbo/Benecke, Martina: Computerrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2003.
- Kaestner, Jan/Tews, Nicole: Werbung und Wettbewerbsrecht, Einführung in die Grundlagen des Lauterkeitsrechts, 2. Aufl., Bad Homburg v.d.H. 2004.
- Karg, Moritz / Fahl, Constantin: Rechtsgrundlagen für den Datenschutz in sozialen Netzwerken, K&R 2011, S. 453 ff.
- Kindl, Johann/Feuerborn, Andreas: Bürgerliches Recht für Wirtschaftswissenschaftler, Herne, Berlin 2006.
- Kitz, Volker: Beschränkung der Abmahnkosten im Urheberrecht – was verhindert den Missbrauch wirklich?, MMR 2007, S. 477 f.
- Klas, Benedikt / Bauer, Carina: Facebook-Partys. Haftung des Einladenden, K&R 2011, S. 533 ff.
- Klett, Alexander R. / Apetz-Dreier, Daja: Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2010, K&R 2011, S. 445 ff.
- Kling, Michael/Thomas, Stefan: Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, München 2004.
- Klunzinger, Eugen: Grundzüge des Gesellschaftsrechts, 13. Aufl., München 2004.
- Knupfer, Jörg: Phishing for Money, MMR 2004, S. 641 f.
- Kocher, Dirk: Rechtliche Bedeutung der Vergabe einer E-Mail-Adresse mit Bestandteilen einer Firma, K&R 2003, S. 597 ff.
- Kock, Kai-Uwe/Stüwe, Richard/Wolffgang, Hans-Michael/Zimmermann, Heiko: Öffentliches Recht und Europarecht, 3. Aufl., Herne, Berlin 2004.
- Köhler, Helmut: UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265 ff.



- Köhler, Marcus/Arndt, Hans-Wolfgang/Fetzer, Thomas: Recht des Internet, 5. Aufl., Heidelberg 2006.
- Körner, Marita: Gleichnamigkeitskonflikte bei Internet Domain Namen – Die „shell.de“ Entscheidung des BGH, NJW 2002, S. 3442.
- Kollmann, Tobias: E-Entrepreneurship, Grundlagen der Unternehmensgründung in der Net Economy, 2. Aufl., Wiesbaden 2006.
- Kollmann, Tobias: Viral-Marketing – Ein Kommunikationskonzept für virtuelle Communities, in: Mertens, K./Zimmermann, R. (Hrsg.), Handbuch der Unternehmenskommunikation, Neuwied 2001, S. 60 ff.
- Korenke, Thomas: Bürgerliches Recht, München 2006.
- Kramer, Philipp/Herrmann, Michael: Datenschutz und E-Commerce, Berlin 2005.
- Kredig, Alexander / Uffmann, Katharina: Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr. Verbesserung der Rechtslage durch die Buttonlösung des § 312e II BGB-RefE ?, ZRP 2011, S. 36 ff.
- Lasch, Christian / Böhm, Markus: Alles was Recht ist! – IT zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, WuM 2010, Heft 1, S. 36 ff.
- Lederer, Beatrice: Das Verbraucherleitbild im Internet, NJW 2011, S. 3274 f.
- Lederer, Beatrice: Der „Gerichtsstand am Interessenmittelpunkt“ – ein zeitgemäßer Gerichtsstand (Kommentar zum Urteil des EuGH vom 25.10.2011), K&R 2011, S. 791 ff.
- Leible, Stefan: Spam oder Nicht-Spam, das ist hier die Frage, K&R 2006, S. 485 ff.
- Leupold, Andreas/Bräutigam, Peter/Pfeiffer, Marcus: Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, WRP 2000, S. 575 ff.
- Lienemann, Kerstin: What's the Way the Cookie crumbles? Umsetzung der E-Privacy Richtlinie in der Europäischen Union, K&R 2011, S. 609 ff.
- Looschelders, Dirk: Die neuere Rechtsprechung zur kaufrechtlichen Gewährleistung, JA 2007, S. 673 ff.
- Lüghausen, Philip: Aktuelle Probleme der Werbung in Online-Games, zugleich Kommentar zu LG Berlin, Urt. vom 14.9.2010, 103 O 43/10, K&R 2011, S. 458 ff.
- Mankowski, Peter: Kommentar zum Urteil des LG Düsseldorf vom 26.03.2003, K&R 2003, S. 526 f.
- Martens, Silke: „OLG Celle: Verlinkung auch ohne Einwilligung“, IT-Report, ITRB 2007, S. 245 f.

- Mehring, Josef: Vertragsabschluß im Internet. Eine Herausforderung für das „alte“ BGB, MMR 1998, S. 30 ff.
- Meier, Patrick: Vergütungspflicht und Widerruf bei der Online-Partnerschaftsvermittlung, NJW 2011, S. 2396 ff.
- Memento: Gesellschaftsrecht für die Praxis 2008, 9. Aufl., Freiburg 2007.
- Meyer, Sebastian: Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2010, K&R 2011, S. 217 ff.
- Minnerup, Silke: Äußerungen im Internet: Gegendarstellung, Unterlassung und Widerruf, ITRB 2011, S. 171.
- Minnerup, Silke: EU-Mahnverfahren, ITRB 2009, S. 26 f.
- Minnerup, Silke: Neue Widerrufsbelehrung im Fernabsatzhandel, ITRB 2011, S. 197.
- Minnerup, Silke: Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke durch Inline-Linking und Framing, ITRB 2011, S. 23 f.
- Minnerup, Silke: Zur Sicherheit von IP-Adressen-Ermittlungssoftware, ITRB 2011, S. 95 f.
- Möller, Reinhard: Betriebsvereinbarungen zur Internetnutzung - Mitbestimmungsrechte bei Einführung und Ausgestaltung der Internet- und E-Mail-Nutzung, ITRB 2009, S. 44 ff.
- Moos, Flemming: Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2010, K&R 2011, S. 145 ff.
- Müller, Stefan: Festlegung und Inkasso von Vergütungen für die private Vervielfältigung auf Grundlage des „Zweiten Korbs“, ZUM 2007, S. 777.
- MünchKommBGB, 5. Aufl., München 2006.
- Müssig, Peter: Wirtschaftsprivatrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2006.
- Neuburger, Rahild: eBusiness-Entwicklung für kleine und mittelständische Unternehmen, Berlin 2003.
- Niclas, Vilma / Opfermann, Elisabeth / v. Blumenthal, German: BVerfG: Auskunftsanspruch der Staatsanwaltschaft bzgl. IP-Adressen, ITRB 2011, S. 145.
- Niemann, Fabian: Schrankenlose Bildersuche? Zur entsprechenden Anwendung von § 49 UrhG auf Bildersuchmaschinen, CR 2009, S. 97 ff.
- Otto, Dirk: Recht für Softwareentwickler, Bonn 2006.
- Palandt, Otto: BGB-Kommentar, 66. Aufl., München 2007.

- Peter, Markus: Power Seller als Unternehmer – Zur Beweislast hinsichtlich der Unternehmereigenschaft von „Power Sellern“ und „Vielverkäufern“ bei Internetauktionen, ITRB 2007, S. 18 ff.
- Petershagen, Jörg: Der Schutz des Rechts am eigenen Bild vor Hyperlinks, NJW 2011, 705 ff.
- Pierson, Matthias/Ahrens, Thomas/Fischer, Karsten: Recht des geistigen Eigentums, München 2007.
- Ramos, Thanos: Datenschutzrechtliche Aspekte verschiedener Arten „verhaltensbezogener“ Onlinewerbung, K&R 2011, S. 692 ff.
- Reinholz, Fabian: Internationales Schiedsverfahren für Domainstreitigkeiten, ITRB 2001, S. 190 ff.
- Reinholz, Fabian / Schätzle, Daniel: Domainrecht – eine Bilanz der Rechtsprechung aus den Jahren 2010/2011, K&R 2011, S. 770 ff.
- Rittner, Fritz: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1999.
- Römermann, Volker (Hrsg.): Private Limited Company in Deutschland. Praxis-Leitfaden für Berater und Unternehmer, Bonn 2006.
- Rössel, Markus: Haftung für innerfamiliäre Überlassung des Internetanschlusses, ITRB 2007, S. 83 f.
- Rössel, Markus: Telemediengesetz – Ein Zwischenschritt: neues Gesetz mit Novellierungsbedarf, ITRB 2007, 158 ff.
- Rössel, Markus: Unverhältnismäßigkeit der Ermittlung eines Anschlussinhabers, ITRB 2007, S. 228 f.
- Rohlfing, Bernd: Unternehmer qua Indizwirkung? – Darlegungs- und Beweislast bei geschäftsmäßigem Handeln in elektronischen Marktplätzen, MMR 2006, S. 271 ff.
- Rohlfing, Bernd: Wirtschaftsrecht 2, Wiesbaden 2005.
- Rose, Edgar: De-Mail-Gesetz in Kraft. Sicherheitsgewinn in der elektronischen Kommunikation, K&R 2011, S. 439 ff.
- Rößnagel, Alexander: Das De-Mail-Gesetz – Grundlage für mehr Rechtssicherheit im Internet, NJW 2011, S. 1473 ff.
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt a.M. 2006.
- Shack, Haimo: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 2005.
- Schade, Friedrich: Wirtschaftsprivatrecht. Grundlagen des Bürgerlichen Rechts sowie des Handels- und Wirtschaftsrechts, Stuttgart 2006.

- Schäfer, Stephan / Jahn, David: Vom Klick zum Kühlschrank. Sicherheits- und schuldrechtliche Aspekte des Lebensmittelhandels im Internet, K&R 2011, S. 614 ff.
- Scheja, Katharina / Mantz, Reto: Nach der Reform ist vor der Reform – Der zweite Korb der Urheberrechtsreform, CR 2007, S. 715 ff.
- Schell, Thomas: Die Bekämpfung der Internet-Kriminalität im Land Brandenburg, Neue Justiz 2006, S. 437 ff.
- Schlechtriem, Peter: Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl., Tübingen 2003.
- Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005.
- Schlömer, Uwe / Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2010, K&R 2011, S. 159 ff.
- Schmittmann, Jens M./Ahrens, Gerlind: Pflichtangaben in E-Mails – Ist die elektronische Post ein Geschäftsbrief?, DB 2002, S. 1038 ff.
- Seffer, Adi / Schneider, Jörg: Behandlung des E-Mail-Accounts ausgeschiedener Organmitglieder – Rechtliche Rahmenbedingungen und praktische Handhabung des personalisierten Accounts nach dem Ausscheiden, ITRB 2007, 264 ff.
- Senne, Petra: Arbeitsrecht, 4. Aufl., Köln 2007.
- Sobola, Sabine: Ansprüche auf .eu-Domains. Verfahrensrechtliche Möglichkeiten und bisherige Rechtsprechungspraxis, ITRB 2007, S. 259.
- Speichert, Horst: Praxis des IT-Rechts, 2. Aufl., Wiesbaden 2007.
- Spindler, Gerald / Wiebe, Andreas: Die Entwicklung des EDV-Rechts 2009 bis 2011 (Teil 1), K&R 2011, S. 686 ff.
- Spindler, Gerald / Wiebe, Andreas: Die Entwicklung des EDV-Rechts 2009 bis 2011 (Teil 2), K&R 2011, S. 764 ff.
- Splittgerber, Andreas/Zscherpe, Kerstin A./Goldmann, Enno: Werbe-E-Mails - Zulässigkeit und Verantwortlichkeit, in: WRP 2006, S. 178 ff.
- Steckler, Brunhilde: Grundzüge des IT-Rechts, 2. Aufl., München 2006.
- Stettner, Rupert: Der neue Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – eine Problemsicht, ZUM 2003, S. 425 ff.
- Strömer, Tobias H.: Das ICANN-Schiedsverfahren – Königsweg bei Domainstreitigkeiten, K&R 2000, S. 587 ff.
- Strömer, Tobias H.: Online-Recht, 4. Aufl., Heidelberg 2006.
- Stuckel, Marc: Zur Einwilligung in Telefon- und E-Mail-Werbung, DB 2011, S. 2421 ff.

- Teichmann, Christoph: Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte, NJW 2007, S. 1917.
- Thalmair, Peter: Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, NJW 2011, S. 14 ff.
- Treber, Christian: Systemprogramme gegen Computerviren, München 1992.
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., München 2007.
- Ulmer, Detlef: E-Mail-Adresse Vorname-Name@Firma.de = Vollmacht? Stellt die Vergabe einer solchen E-Mail-Adresse eine Bevollmächtigung dar oder entwickelt sie zumindest in den Augen des Publikums deren Anschein?, ITRB 2002, S. 117 ff.
- Vander, Sascha: Der neue Rechtsrahmen für Mehrwertdienste, NJW 2007, S. 2580 ff.
- Voigt, Paul / Alich, Stefan: Facebook-Like-Button und Co. – Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber, NJW 2011, S. 3541 ff.
- Volkman, Christian: Aktuelle Entwicklung in der Providerhaftung im Jahr 2010, K&R 2011, S. 361 ff.
- Weißnicht, Elmar: Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, MMR 2003, S. 448 ff.
- Wettstein, Tibor: Knigge fürs Internet, WuM 2010, Heft 1, S. 66 ff.
- Wien, Andreas: Arbeitsrecht – Eine praxisorientierte Einführung, Wiesbaden 2009.
- Wien, Andreas: Bürgerliches Recht – Eine praxisorientierte Einführung, Wiesbaden 2012.
- Wien, Andreas: Existenzgründung, München 2009.
- Wien, Andreas: Softwareerstellungsverträge – quo vadis? Hinweise zu einer neuen Rechtsansicht, WuM 2010, Heft 2, S. 66 ff.
- Wien, Andreas: Urheberrecht und Homepage-Gestaltung, WuM 2010, Heft 1, S. 30 ff.
- Wietzorek, Michael: Der Beweis des Zugangs von Anhängen in E-Mails, MMR 2007, S. 156 ff.
- Wimmer-Leonhardt, Susanne: UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder „Die Wiederkehr der Drachen“, GRUR 2004, S. 12 ff.
- Wörten, Rainer: Schuldrecht AT, 8. Aufl., Köln, Berlin, München 2006.
- Wörten, Rainer: Schuldrecht BT, 8. Aufl., Köln, Berlin, München 2006.
- Wolff, Christian: Keine Markenrechtsverletzung durch Keyword-Advertising, ITRB 2009, S. 28 f.

Woltermann, Peter / John, Martin: Lizenzierbarkeit von Spielplänen im deutschen Ligasport, K&R 2011, S. 753 ff.

Zagouras, Georgios: Mehrwertdienste und Verbraucherschutz im TKG, NJW 2007, S. 1914 ff.

Zimmer, Daniel: Nach „Inspire Art“, Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, in NJW 2003, S. 3585 ff.

# Stichwortverzeichnis

---

## **A**

Abmahnungen · 212  
Absicherung des E-Commerce · 155  
Access-Provider · 3  
Allgemeine Geschäftsbedingungen · 108  
Allgemeiner Teil · 5  
Anfechtung · 99  
Anfechtungsgrund · 100  
Angaben in E-Mails · 147  
Annahme des Angebots · 89  
Anwesenheitsmitteilung · 176  
Arglistige Täuschung · 102

---

## **B**

B2B-Verträge · 87  
B2C E-Commerce · 87  
Bannerwerbung · 79  
Beleidigung · 185  
Beschlagnahme · 224  
Beschränkt Geschäftsfähige · 105  
Bestellmaske · 88  
Bildschirmschoner · 81  
Bundesdatenschutzgesetz · 202  
Bürgerliches Gesetzbuch · 14

---

## **C**

Chat-Rooms · 92  
Content-Provider · 3, 4  
Cookies · 206  
Copyright-Vermerk · 35  
Counter-Manipulation · 81

---

## **D**

Datenschutz · 201  
Deep-Links · 42  
DENIC · 20  
Dialer-Problematik · 162  
Dienste · 4  
Dienstvertrag · 85  
Digitale Signatur · 97  
Disclaimer · 169  
Domainbörsen · 32  
Domain-Grabbing · 22  
Domains · 19

---

## **E**

E-Commerce · 133  
Eigentumsvorbehalt · 156  
E-Mail · 91  
Entstehung des Urheberrechts · 33  
Europäisches Recht · 6

---

## **F**

Falsche Übermittlung · 102  
Fernabsatz · 148  
Formmangel · 107  
Frames · 43

---

## **G**

Garantie · 121  
Gattungsbegriffe · 26  
GbR · 135

Gefahrtragung · 154  
Gerichtszuständigkeit · 30  
Gewaltdarstellungen · 189  
Gewerbeanmeldung · 141  
GmbH · 138  
GmbH & Co. KG · 137  
Grenzüberschreitende Verträge · 128

---

## ***H***

Hacker · 191  
Haftung des Arbeitnehmers · 178  
Haftungsfragen · 169  
Hausdurchsuchung · 223  
Hörbeispiele · 159  
Host- / Service-Provider · 3  
Hyperlink · 42

---

## ***I***

Impressum · 12  
Internationale Verträge · 7  
Internationaler Datenschutz · 208  
Internet · 3  
Internetauktionen · 95  
Internetauktionsplattform · 172  
Internetnutzung im Betrieb · 173  
Internettelefonie · 92  
Invitatio ad offerendum · 88

---

## ***J***

Jugendmedienschutz-Staatsvertrag · 199  
Jugendschutz · 198

---

## ***K***

Kaufvertrag · 85  
Keyword Advertising · 75  
KG · 136  
Kündigung · 180

---

## ***L***

Limited · 140  
Links · 42

---

## ***M***

Mahnverfahren · 211  
Mängelgewährleistung · 118  
Markenrecht · 23  
Mehrwerdienstanbieter · 163  
Meinungsplattform · 171  
Meta Tags · 77  
Miete · 86

---

## ***N***

Namensrecht · 24  
Newsletter · 74  
Nichtigkeitsgründe · 104  
Nicht-öffentliche Stellen · 205

---

## ***O***

Öffentliche Reden · 48  
OHG · 136  
Online-Durchsuchungen · 225

---

## ***P***

Peer-to-Peer-Netzwerk · 216  
Personenbezogene Daten · 203  
Persönlichkeitsschutz · 27  
Pflichten im elektronischen  
Geschäftsverkehr · 150  
Phishing · 193  
Pop-Ups · 80  
Pornographie · 188  
Preisangabenverordnung · 69  
Preissenkungen · 69  
Preisvergleiche · 68



Pressefreiheit · 170  
 Privatkopien · 45  
 Privilegierung · 44  
 Propagandamittel · 188  
 Provider · 3

---

## R

Recht am eigenen Bild · 38

---

## S

Schriftenbegriff · 184  
 Second-Level-Domain · 19  
 Sicherungskopie · 47  
 Silent Commerce · 95  
 Software · 44  
 Spam-Mails · 10, 70  
 Stille Gesellschaft · 137  
 Strafprozess · 226  
 Strafrecht · 183  
 Strafrechtliche Ermittlungen · 221  
 Supplemental Rules · 31

---

## T

Täuschung · 66  
 Telekommunikationsgesetz · 13  
 Telemediengesetz · 8  
 Tippfehler · 27  
 Top-Level-Domain · 19

---

## U

Übertragung · 29  
 Üble Nachrede · 185  
 UN-Kaufrecht · 128  
 Unmöglichkeit · 121  
 Unterlassungserklärung · 214

Unternehmereigenschaft · 142  
 Urheberpersönlichkeitsrecht · 35  
 Urheberrechtsgesetz · 15  
 Urheberrechtsreform 2007 · 55  
 Urheberrechtsverletzungen · 50

---

## V

Vergleichende Werbung · 66  
 Verletzung des höchstpersönlichen  
 Lebensbereichs · 190  
 Verleumdung · 187  
 Veröffentlichungsrecht · 35  
 Verträge „sui generis“ · 87  
 Vertragsabwicklung · 118  
 Vertragsschluss · 87  
 Verunglimpfung · 67, 187  
 Vervielfältigung · 41  
 Verwertungsrechte · 37  
 Verzug · 124  
 Virales Marketing · 67  
 Viren · 195

---

## W

Werbekooperationen · 79  
 Werbung · 58  
 Werkvertrag · 85  
 Wettbewerbsrecht · 60  
 Widerruf · 93  
 Widerrufsbelehrung · 152  
 Word Stuffing · 78  
 Würmer · 195

---

## Z

Zitate · 49  
 Zugang der Willenserklärung · 89