

itr**b** IT-Rechts- berater

Informationsdienst für IT-Recht und Datenschutz



In Kooperation mit:



Arbeitsgemeinschaft
IT-Recht

Online

Volltext aller Entscheidungen

§ 15 FAO Beitrag zum Selbststudium

Rechtsprechung

- **§ 15 FAO Selbststudium** BVerfG: Keine vorläufige Außerkraftsetzung der Vorratsdatenspeicherung 243
- BGH: Keine bundesweite Werbung für lokal begrenztes Angebot 244
- BGH: Unzulässige Angabe kostenpflichtiger Mehrwertdienstenummern im Impressum 245
- **§ 15 FAO Selbststudium** OLG Karlsruhe: Keine Beschlagnahme von Computern bei E-Mail-Belästigung 246
- OLG Frankfurt: Zulässige Weitergabe eines nicht aktivierten Produktschlüssels 248
- OLG München: Zulässige Verknüpfung mit Bildern Dritter in Verkaufsportal 249
- LAG Baden-Württemberg: Keine Kündigung wegen Beleidigung durch Emoticons 249

Beiträge für die Beratungspraxis

IT-Rechtsfragen aus der Praxis

- Indenhuck/Strobl*
- Freunde finden: Zulässige Ausgestaltung von Empfehlungsfunktionen 251

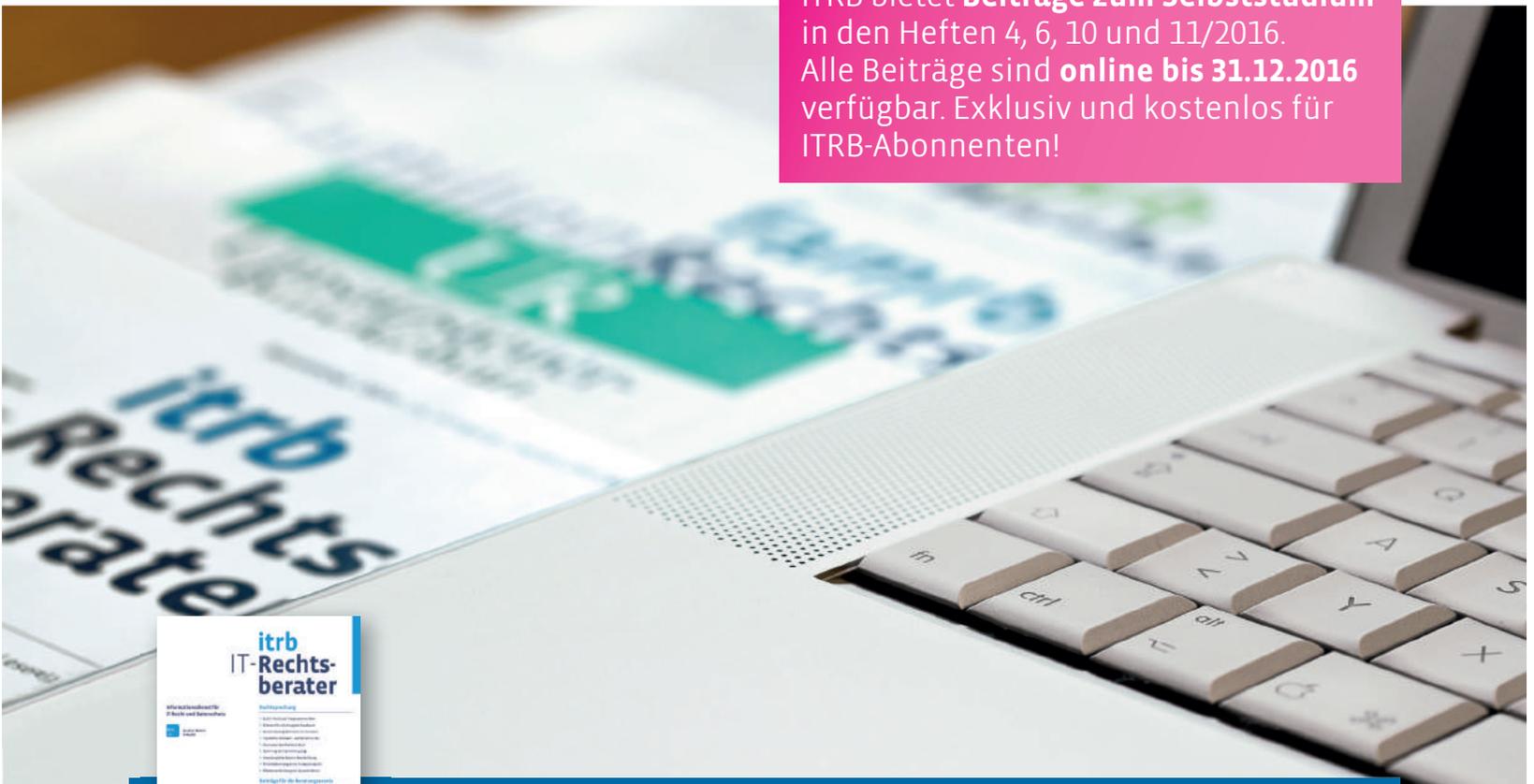
Hinweise zur Vertragsgestaltung

- Hörl/Braun*
- Gestaltung von Pflegeverträgen für Individualsoftware 256
- Engels*
- **§ 15 FAO Selbststudium** Rechtliche Grenzen der Suchmaschinenoptimierung 260

Fortbildungspflicht 2016 schon erfüllt?

Fachanwalt bleiben leicht gemacht – für ITRB-Abonnenten!

ITRB bietet **Beiträge zum Selbststudium** in den Heften 4, 6, 10 und 11/2016. Alle Beiträge sind **online bis 31.12.2016** verfügbar. Exklusiv und kostenlos für ITRB-Abonnenten!



Die Fortbildungspflicht für Fachanwälte beträgt inzwischen 15 Zeitstunden, 5 Stunden davon können im Selbststudium absolviert werden. Für Sie als Leser des ITRB ist es ein Leichtes, diese Anforderung zu erfüllen: Denn die Zeitschrift bietet Ihnen die Möglichkeit, mit Online-Tests zu einzelnen Beiträgen das entsprechende Fortbildungszertifikat zu erwerben.

ITRB bietet pro Jahrgang eine Vielzahl von Beiträgen, zu denen Leser eine Lernerfolgskontrolle online absolvieren können. Teilnehmer erhalten nach bestandenem Test ein Fortbildungszertifikat zur Vorlage bei den Kammern. Exklusiv und kostenlos für ITRB-Abonnenten!

www.itrb.de/15FAO

Freischaltcode vergessen? Anruf genügt: 0221 93738-997



Selbststudium nach § 15 FAO
mit ITRB und davit

ottoschmidt

Inhaltsverzeichnis

Aktuelle Kurzinformationen (Auszug)

- EuGH: Urheberrechtsverletzende Verlinkung 241
- OLG Köln: Unzulässige Tagesschau-App 241
- HmbBfDI: Anordnung gegen Datenabgleich zwischen WhatsApp und Facebook 242
- Accountlöschung nach AGB-Änderung von WhatsApp 242
- EU-Kommission: Filmabgabepflicht ausländischer Streaminganbieter 242
- EU-Kommission: Vorschläge zur Urheberrechtsmodernisierung 242

Rechtsprechung

- **§ 15 FAO Selbststudium** Keine vorläufige Außerkraftsetzung der Vorratsdatenspeicherung BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvQ 42/15, 1 BvR 229/16 243
- Keine bundesweite Werbung für lokal begrenztes Angebot BGH, Urt. v. 28.4.2016 – I ZR 23/15 244
- Unzulässige Angabe kostenpflichtiger Mehrwertdienstenummern im Impressum BGH, Urt. v. 25.2.2016 – I ZR 238/14 245
- **§ 15 FAO Selbststudium** Keine Beschlagnahme von Computern bei E-Mail-Belästigung OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.8.2016 – 11 W 79/16 (Wx) 246
- Zulässige Weitergabe eines nicht aktivierten Produktschlüssels OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.5.2016 – 6 W 42/16 248
- Zulässige Verknüpfung mit Bildern Dritter in Verkaufsportale OLG München, Urt. v. 10.3.2016 – 29 U 4077/15 249
- Keine Kündigung wegen Beleidigung durch Emoticons LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.6.2016 – 4 Sa 5/16 249

Beiträge für die Beratungspraxis

IT-Rechtsfragen aus der Praxis

- Dr. Moritz Indenhuck/Henrike Strobl*
- **Freunde finden: Zulässige Ausgestaltung von Empfehlungsfunktionen** – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 65/14
In der Entscheidung zur „Freunde finden“-Funktion des sozialen Netzwerks Facebook zieht der BGH enge Grenzen für die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit sog. Empfehlung-E-Mails. Zudem formuliert er 251

zugunsten der Nutzer Anforderungen an die erforderlichen Informationen bei der Bereitstellung solcher Funktionen. Aus der Entscheidung lassen sich Schlüsse für die rechtlich zulässige Ausgestaltung sog. Tell a friend-Funktionen ziehen.

Hinweise zur Vertragsgestaltung

- Dr. Bernhard Hörl/Stefan Braun*
- **Gestaltung von Pflegeverträgen für Individualsoftware** – Vertragliche Unterschiede zur Standardsoftwarepflege aus Anbieter- und Anwendersicht
Pflegeverträge aus dem Standardsoftwarebereich werden in der Praxis oft auch als Vorlage für die Individualsoftwarepflege herangezogen. Das führt zu rechtlichen Unsicherheiten, weil es zwischen Standard- und Individualsoftware wesentliche Unterschiede gibt. Der Beitrag zeigt getrennt aus Anbieter- und Anwendersicht auf, worin diese Unterschiede bestehen und welchen Einfluss sie auf eine interessengerechte Vertragsgestaltung haben. 256
 - Dr. Thomas Engels*
 - **§ 15 FAO Selbststudium Rechtliche Grenzen der Suchmaschinenoptimierung** – SEO: Rechtsprechung und Konsequenzen für die Praxis
Die Bedeutung von Suchmaschinen für den Erfolg einer Internetseite ist groß. Es gibt kaum eine gewerblich betriebene Internetpräsenz, wie z.B. einen Webshop, der nicht darauf angewiesen ist, in Suchmaschinen zu den einschlägigen Suchbegriffen auf den vorderen Rängen aufzutauchen. Der Beitrag zeigt einige vertragliche und gesetzliche Hürden auf dem Weg in die oberen Suchmaschinenplätze. 260

Literaturempfehlungen

- Schadensersatz wegen illegaler Teilnahme an Internetaus Börsen 263

Vorschau auf die nächste Ausgabe

Beiträge zu folgenden Themen sind geplant:

- Direktmarketing nach der DSGVO, *Schirmbacher*
- Kontrollfreie Individualvereinbarung oder AGB, *Lapp*

Neues unter www.cr-online.de

Schallbruch, Kein Treppenwitz – Schutz von Webservern vor Angriffen kann IP-Adressen erfordern

Bearbeiter

Der IT-Rechtsberater (ITRB),
ehemals Computerrecht Intern (CI) 1998–2000

Herausgeber:

➤ RA Prof. Dr. Jochen Schneider

Redaktion:

➤ RAin Stefanie Fuchs-Galilea, LL.M. (verantw. Redakteurin)
➤ Veronika Schindhelm (Redaktionsassistentin), Anschrift
des Verlages, Tel. 02 21/9 37 38-1 89 (Redaktions-Sekr.) bzw.
-9 97 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 02 21/9 37 38-
9 03 (Redaktions-Sekr.) bzw. -9 43 (Vertrieb/Abonnementsver-
waltung),
E-Mail: itr@otto-schmidt.de, Internet: www.itrb.de

Aktuelle Kurzinformationen:

➤ RA German von Blumenthal, Berlin ➤ RAin Silke Minnerup,
Hannover ➤ RAin Vilma Niclas, Berlin

Rechtsprechung:

➤ RA Thomas Elteste, LL.M., Frankfurt/M. ➤ RA Dr. Thomas
Engels, LL.M., LEXEA Rechtsanwälte, Köln ➤ RA Dr. Carsten
Intveen, Corso Rechtsanwälte LLP, Köln ➤ RA Dr. Ingemar
Kartheuser, LL.M., Linklaters LLP, Frankfurt/M. ➤ RA Dr.
Niclas Kunczik, Köln ➤ RA Markus Rössel, LL.M., Köln ➤ RA Dr.
Aegidius Vogt, RAYERMANN DITTMEIER, München ➤ RA Dr.
Christian Wolff, Brock Müller Ziegenbein, Kiel ➤ RA Dr.
Thomas Wülfing vBP, Wülfing Zeuner Rechel, Hamburg

IT-Rechtsfragen aus der Praxis:

➤ RA Frieder Backu, Schneider Schiffer Weihermüller, Mün-
chen ➤ RAin Elke Bischof, Schneider Schiffer Weihermüller,
München ➤ RA Prof. Klaus Gennen, LLR LegerlotzLaschet
Rechtsanwälte, Köln ➤ RA Dr. Malte Grützmacher, LL.M.,
Hamburg ➤ RA Dr. Michael Karger, TCI Rechtsanwälte, Mün-
chen ➤ RA Dr. Mathias Lejeune, München ➤ RA Dipl.-Inform.
Dr. Helmut Redeker, Rechtsanwälte Heinle & Partner, Bonn ➤
RAin Birgit Roth-Neuschild, Bender Harrer Krevet, Karlsruhe
➤ Detlef Ulmer, Meister Rechtsanwälte, München ➤ RA
Andreas Witte, München

Hinweise zur Vertragsgestaltung:

➤ RAin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, Berlin ➤ RAin Dr. Christiane
Bierekoven, Rödl Partner, Nürnberg ➤ RA Prof. Dr. Stefan
Ernst, Freiburg/Br. ➤ RA Prof. Niko Härting, Berlin ➤ RA Dr.
Bernhard Hörl, Stuttgart ➤ RA Michael Intveen, Schindler
Rechtsanwälte, Düsseldorf ➤ RA Dr. Frank A. Koch, München
➤ RA Sascha Kremer, LOGIN Partners, Pulheim ➤ RA Dr.
Thomas Lapp, IT-Kanzlei dr-lapp.de, Frankfurt/M. ➤ RA Prof.
Dr. Jochen Schneider, Schneider Schiffer Weihermüller, Mün-
chen ➤ RAin Michaela Witzel, LL.M., Schneider Schiffer Wei-
hermüller, München

Literaturempfehlungen:

➤ Dipl. iur. Julia Höltge, LL.M., Berlin

Arbeitet heraus,
was essenziell ist.



Schaumburg Internationales Steuerrecht

Bearbeitet von RA/FAStR Prof. Dr. Harald Schaumburg, RA/StB/FAStR Dr. Arne von
Freeden, LL.M. und RA/FAStR Dr. Nils Häck. 4. Auflage 2017, ca. 1.500 Seiten Lexikon-
format, gbd. 189,- €. Erscheint im Februar. ISBN 978-3-504-26023-1

Mit Erfahrung und Sachkenntnis ans Werk gehen, mit Bedacht
das Wesentliche sichtbar machen: Auf diese Weise entstehen
überzeugende Strukturen, Leitlinien und Positionen, die inmitten
der schwierigen und komplexen Rechtsmaterie des Internatio-
nalen Steuerrechts für Klarheit sorgen.

Am Schaumburg arbeiten erstklassige Experten, die ihr Metier
seit vielen Jahren kennen und prägen: die sich kritisch mit
Gesetzgebung und Rechtsprechung auseinandersetzen, die vor
allem mit großer inhaltlicher Tiefe, stringenten Begründungen
und fundierten Lösungen für die Praxis überzeugen.

Schon seit über zwei Jahrzehnten ist er eine vertraute Marke
für das Internationale Steuerrecht. Jetzt ist der Schaumburg
endlich wieder da – natürlich topaktuell.

Gleich informieren und bestellen unter
www.otto-schmidt.de/sis4

ottoschmidt

Aktuelle Kurzinformationen

»» EuGH: Urheberrechtsverletzende Verlinkung

Der EuGH hatte sich im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des Hoge Raad der Niederlanden mit der Frage zu beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen das Setzen eines Hyperlinks auf eine Webseite zu urheberrechtlich geschützten Werken, die ohne Erlaubnis des Urheberrechtinhabers frei zugänglich sind, eine „öffentliche Wiedergabe“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG darstellt (EuGH, Urt. v. 8.9.2016 – Rs. C-160/15 – GS Media BV / Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt G. Dekker, <http://curia.europa.eu>).

Nach Auffassung des EuGH ist hier eine Einzelfallentscheidung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen sowie individueller Beurteilung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe“ und weiterer Kriterien vorzunehmen. Damit ein Link als urheberrechtswidrig beurteilt werden könne, müsse der Link-Setzer vorsätzlich handeln. Zudem müsse der Link für die Öffentlichkeit bereitgestellt werden. Maßgebend sei schließlich, dass die Verlinkung Erwerbszwecken diene.

Mit seiner Entscheidung weicht der EuGH von den Empfehlungen des Generalanwalts (EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts v. 7.4.2016 – Rs. C-160/15) ab. Hatte dieser eine Urheberrechtsverletzung verneint, schränken die Richter die Linkfreiheit für kommerzielle Anbieter ein. Es handle sich bei der Bereitstellung eines Links um eine „öffentliche Wiedergabe“, wenn erwiesen sei, dass der Link-Setzer gewusst habe oder hätte wissen müssen, dass Link Zugang zu einem unbefugt im Internet veröffentlichten Werk verschaffe, z.B. weil er vom Urheberrechtinhaber darauf hingewiesen worden sei. Würden Links mit Gewinnerzielungsabsicht gesetzt, könne an den Setzer ein höherer Sorgfaltsmaßstab angelegt und davon ausgegangen werden, dass er die erforderliche Nachprüfung vornehme. Auch ohne Kenntnis von der Rechtswidrigkeit liege dann eine Urheberrechtsverletzung vor. Die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit werde in diesem Fall vermutet.

Für Privatpersonen gelte weiterhin Linkfreiheit. Von einem normalen Nutzer könne nicht erwartet werden, dass er jeden Link daraufhin überprüfe, ob er auf eine Webseite verweise, die urheberrechtlich geschützte Inhalte rechtswidrig darstelle. Erlange die Privatperson jedoch Kenntnis von der Urheberrechtswidrigkeit oder habe sie den Link in Kenntnis der Urheberrechtswidrigkeit gesetzt, müsse sie den Link sofort löschen (notice and take down).

*RAin Vilma Niclas/RA German von Blumenthal/
Dipl. iur. Julia Höltge, LL.M., Berlin*



Mehr zum Thema: *Härting*, „Playboy“-Urteil: Die Kommunikationsfreiheit ist beim EuGH in schlechten Händen, www.cr-online.de/blog v. 8.9.2016

»» OLG Köln: Unzulässige Tagesschau-App

Der seit Jahren schwelende Rechtsstreit um die Tagesschau-App, wie am Beispielstag, dem 15.6.2011 abrufbar, wurde nunmehr durch die Entscheidung des OLG Köln zunächst beendet (OLG Köln, Urt. v. 30.9.2016 – 6 U 188/12). Elf der führenden Verlagshäuser Deutschlands hatten ARD und NDR auf Unterlassung verklagt, weil die App zu einer Wettbewerbsverzerrung führe, da sie mit dem Rundfunkbeitrag finanziert werde. Nach § 11d RStV dürften presseähnliche Angebote, die nicht sendungsbezogen seien, nicht von öffentlich-rechtlichen Anbietern verbreitet werden. Die Inhalte der App seien zu textlastig und nicht direkt auf Sendungen der Anstalten bezogen gewesen.

Zunächst hatte das OLG Köln die Klage abgewiesen, da im Telemedienkonzept des Rundfunkrats des NDR die Tagesschau-App als nicht presseähnlich bewertet wurde (OLG Köln, Urt. v. 20.12.2013 – 6 U 188/12, ITRB 2014, 51). Der BGH befand im Anschluss, dass die Entscheidung des Rundfunkrats keine Bindungswirkung für das Gericht entfaltet. Die Sache wurde an das OLG Köln zurückverwiesen mit der Maßgabe, über die Presseähnlichkeit des Angebots zu befinden. Als Maßstab für die neuerliche Überprüfung gab der BGH vor, dass das Angebot der App für eine Zulässigkeit den Schwerpunkt in hörfunk- oder fernsehähnlicher Gestaltung haben muss. Es dürfe nicht durch Texte und Bilder geprägt sein (BGH, Urt. v. 30.4.2015 – I ZR 13/14).

Daran gemessen hat das OLG Köln nunmehr eine Presseähnlichkeit festgestellt. Sowohl auf der Übersichtseite als auch den nächsten Ebenen fänden sich am Beispieltag Nachrichtentexte und Standbilder. Diese stünden bei der Gestaltung im Vordergrund. Damit sei es zu einer Wettbewerbsverzerrung gekommen, da die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die App aus dem Rundfunkbeitrag finanziert hätten.

Da das OLG Köln die Revision nicht zugelassen hat, wäre der letzte Weg nunmehr eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH oder u.U. eine Verfassungsbeschwerde.

RAin Silke Minnerup, Hannover

»» HmbBfDI: Anordnung gegen Datenabgleich zwischen WhatsApp und Facebook

Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit hat eine Verwaltungsanordnung erlassen, die es Facebook ab sofort untersagt, Daten von deutschen WhatsApp-Nutzern zu erheben und zu speichern. Facebook wird ferner aufgegeben, bereits durch WhatsApp an das Unternehmen übermittelte Daten zu löschen. Anlass für diesen Schritt waren die neuen Nutzungsbedingungen von WhatsApp, denen die Nutzer im September 2016 zustimmen sollten.

Facebook und WhatsApp sind selbständige Unternehmen. Sie verarbeiten die Daten ihrer Nutzer auf Grundlage jeweils eigener Nutzungs- und Datenschutzbedingungen. Nach Zusicherung der Unternehmen sollte es dabei bleiben, obwohl Facebook seit 2014 Eigentümer von WhatsApp ist. Nun jedoch scheint sich diese Praxis zu ändern, so dass Facebook ebenfalls Zugriff auf Daten von WhatsApp-Nutzer hat.

Neben der Irreführung von Nutzern und Öffentlichkeit liegt nach der Anordnung auch ein Verstoß gegen das nationale Datenschutzrecht vor. Ein solcher Austausch sei nur zulässig, wenn die Unternehmen entsprechende Einwilligungen der Nutzer erhielten. Facebook müsse die Regelungen des deutschen Datenschutzrechts respektieren.

Im Juli hat der EuGH bestätigt, dass nationales Datenschutzrecht anwendbar ist, wenn ein Unternehmen im Zusammenhang mit einer nationalen Niederlassung Daten verarbeitet. Dies tut Facebook in Deutschland durch seine Niederlassung in Hamburg, die das deutschsprachige Werbegeschäft betreibt. Neben den ca. 35 Mio. WhatsApp-Nutzern können viele Millionen anderer Personen betroffen sein, die weder Kunde von Facebook noch WhatsApp sind, deren Kontaktdaten aber aus den Adressbüchern der Nutzer in WhatsApp hochgeladen wurden.

Quelle: HmbBfDI, PM v. 27.9.2016, <https://www.datenschutz-hamburg.de>

RA German von Blumenthal/RAin Vilma Niclas, Berlin

»» Accountlöschung nach AGB-Änderung von WhatsApp

Bis 26.9.2016 mussten Nutzer von WhatsApp neuen Nutzungsbedingungen zustimmen. Diese sehen u.a. vor, dass die Daten des Nutzers selbst sowie alle Daten aus seinem Adressbuch an Facebook weitergegeben werden dürfen. Außerdem sollte der Nutzer zusichern, dass er von allen Kontakten seines hochgeladenen Adressbuchs selbst die für diesen Vorgang notwendigen datenschutzrechtlichen Einwilligungen eingeholt hat.

Viele Nutzer wollten diesen sehr weitgehenden Vorgaben nicht zustimmen und sich bei WhatsApp abmelden. Die Accountlöschung vor dem Stichtag war möglich. Wer je-

doch bis zu diesem Termin den neuen AGB nicht zugestimmt hat, kann die App nicht mehr nutzen, die Accountlöschung lässt sich jedoch ohne Zustimmung zu den neuen Nutzungsbedingungen ebenfalls nicht durchführen, weil die Funktion „Account löschen“ nur in den Einstellungen der App vorhanden ist, die ohne Zustimmung zu den neuen AGB nicht aufgerufen werden können. Stimmen Nutzer zu diesem Zweck zu und löschen den Account, verfügt WhatsApp über eine Einwilligung zur Datenweitergabe und es besteht keine Kontrolle, wie die erhobenen Daten durch die Dienste verwendet werden.

Letztendlich können ehemalige Kunden eine Löschung des Account sowie aller Daten per Post unter Hinweis auf § 35 BDSG verlangen, dem gemäß Daten zu löschen sind, sobald sie für den Anbieter nicht mehr erforderlich sind. Bei Verstößen müssten die Verbraucher sich an die jeweilige Landesdatenschutzbehörde wenden.

RA German von Blumenthal/RAin Vilma Niclas, Berlin

»» EU-Kommission: Filmabgabepflicht ausländischer Streaminganbieter

Schon länger ist in § 66a Abs. 2 Satz 2 Filmfördergesetz (FFG) geregelt, dass Streaminganbieter mit Sitz im Ausland zu Filmabgaben herangezogen werden können. Diese Vorschrift wurde jedoch nicht angewandt und lag der EU-Kommission zur Prüfung vor. Nach der nunmehr bekannt gewordenen Entscheidung der EU-Kommission ist der Weg für diese Filmabgabe frei. Auch Streamingdienste mit Sitz im Ausland können demnach zu Filmabgaben nach dem FFG herangezogen werden. Während Fernsehsender und Kinobetreiber die Filmabgabe bereits bezahlen, werden künftig auf Dienste wie Netflix, Amazon Prime und andere Video-on-demand-Dienste zur Kasse gebeten werden können. Insb. die Allianz deutscher Produzenten – Film und Fernsehen e.V. (Produzentenallianz) begrüßt ebenso wie die Staatsministerin für Kultur und Medien diese Entscheidung als wichtigen Schritt hin zu mehr Abgaberechtigkeit.

RAin Silke Minnerup, Hannover

»» EU-Kommission: Vorschläge zur Urheberrechtsmodernisierung

Die EU-Kommission hat am 14.9.2016 Vorschläge zur Modernisierung des Urheberrechts im digitalen Binnenmarkt vorgelegt. Mit dem Reformpaket will sie die kulturelle Vielfalt in Europa und die Verfügbarkeit von Inhalten über das Internet fördern und klare Regeln für alle Internetakteure festlegen (EU-Kommission, PM v. 14.9.2016, <http://europa.eu>). Die Vorschläge haben drei Schwerpunkte:

Mehr Auswahl und leichter Zugang zu Inhalten: Insb. Rundfunkveranstaltern soll es erleichtert werden, ihre Sendungen europaweit über das Internet bereitzustellen,

indem für sie künftig das Herkunftslandprinzip gilt. Die Mitgliedstaaten sollen Verhandlungsstellen einrichten, die den Abschluss von Lizenzvereinbarungen zwischen Rechteinhabern und Videoabruf-Plattformen grenzüberschreitend vereinfachen. Museen, Archive und andere Einrichtungen, die das kulturelle Erbe sichern, sollen die Möglichkeit bekommen, vergriffene und verwaiste Werke zu digitalisieren und sie grenzüberschreitend der Öffentlichkeit verfügbar zu machen.

Verbesserungen im Hinblick auf Bildung, Forschung, das Kulturerbe und die Eingliederung von Menschen mit Behinderungen: Für die bisher restriktiven Schrankenregelungen für Bildung und Wissenschaft sollen verbindliche Ausnahmen eingeführt werden. So will man das sog. Text- und Data-Mining zur Auswertung großer Datenmengen ermöglichen und Einrichtungen des kulturellen Erbes sollen Werke digital aufbewahren können.

Gerechterer und tragfähigerer Markt für Urheber, Kultur und Kreativwirtschaft und Presse: Ziel ist es, Urheber und Rechteinhaber zu stärken, indem ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger eingeführt werden soll. Verleger und Produzenten sollen den Urhebern und ausübenden Künstlern genau mitteilen, welche Gewinne mit ihren Werken erzielt wurden. Verleger werden dadurch rechtlich als Rechteinhaber anerkannt.

Noch im Herbst sollen weitere Vorschläge folgen, um Rechte des geistigen Eigentums besser durchzusetzen. Bis

zum Jahresende will die EU-Kommission alle angekündigten 16 Initiativen vorlegen.

*RAin Vilma Niclas/RA German von Blumenthal/Dipl. iur.
Julia Höltge, LL.M., Berlin*

»» Gesetzentwurf zum autonomen Fahren

Das Gesetzesvorhaben der Bundesregierung für das autonome Fahren (BT-Drucks. 18/8951 v. 28.6.2016) hat am 29.9.2016 den Bundestag passiert. Vorgesehen ist, dass Fahrassistenzsysteme zulässig sein sollen, wenn sie den Vorgaben der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN-ECE) entsprechen. Bereits im Verkehr befindliche technische Fahrsysteme sollen dann einsetzbar sein, solange der Fahrer noch eingreifen kann. Auch soll die Entwicklung dieser Assistenzsysteme unterstützt werden.

Nach Ansicht verschiedener Bundestagsabgeordneter mehrerer Parteien sind jedoch noch viele Fragen zu klären. Bspw. stünden noch die Herstellerhaftung sowie der Datenschutz zur Debatte. Auch die Art und Weise der Speicherung der Daten darüber, ob der Fahrer oder das technische Fahrsystem das Fahrzeug kontrolliere, sei noch unklar. Eine neu eingesetzte Ethikkommission soll fortan rechtliche Rahmenbedingungen erstellen. Der Schwerpunkt liegt dabei darauf, wie die Computersteuerung derartiger Assistenzsysteme Prioritäten in Gefahrensituationen festlegt.

RAin Silke Minnerup, Hannover

Rechtsprechung

»» § 15 FAO Selbststudium Keine vorläufige Außerkraftsetzung der Vorratsdatenspeicherung

Mit der Datenspeicherung allein ist noch kein derart schwerwiegender Nachteil verbunden, dass er die Außerkraftsetzung eines Gesetzes erforderte. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber den Abruf von Telekommunikations-Verkehrsdaten von qualifizierten Voraussetzungen abhängig gemacht, die das Gewicht der durch den Vollzug der Vorschrift drohenden Nachteile im Vergleich mit den Nachteilen für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung weniger gewichtig erscheinen lassen. (red.)

BVerfG, Beschl. v. 8.6.2016 – 1 BvQ 42/15, 1 BvR 229/16
TKG §§ 113a bis 113g; StPO §§ 100g, 101a, 101b

Das Problem

Die Nutzer verschiedener Telekommunikationsdienste für private und berufliche Zwecke begehren mit einem Eilantrag, die eingeführte Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit außer Kraft zu setzen. Die angegriffenen Regelungen finden sich in den am 10.12.2015 neu geschaffenen §§ 113a bis 113g TKG, in dem neu gefassten § 100g StPO und den neu geschaffenen §§ 101a und 101b StPO.

Die Entscheidung des Gerichts

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei abzulehnen.

Vorläufige Anordnung: Das BVerfG könne einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten sei

(§ 32 Abs. 1 BVerfGG). Dabei hätten die Gründe, die für die **Verfassungswidrigkeit** des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die Verfassungsbeschwerde erweise sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens sei eine **Folgenabwägung** vorzunehmen.

Aussetzung eines Gesetzesvollzugs: Das BVerfG dürfe von seiner Befugnis, den Vollzug eines in Kraft getretenen Gesetzes auszusetzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sei. Insoweit sei von entscheidender Bedeutung, ob die **Nachteile irreversibel** oder nur sehr erschwert revidierbar seien, um das Aussetzungsinteresse durchschlagen zu lassen.

Einschüchterungseffekt durch Speicherung: Zwar könne die umfassende und anlasslose Bevorratung sensibler Daten über praktisch jedermann einen erheblichen Einschüchterungseffekt bewirken, weil das Gefühl entstehe, ständig überwacht zu werden. Der in der Speicherung für Einzelne liegende Nachteil für ihre Freiheit und Privatheit verdichte und konkretisiere sich jedoch erst durch einen **Abruf** der Daten zu einer möglicherweise irreparablen Beeinträchtigung. Dies gelte auch für die Speicherung der Daten von Berufsheimnisträgern.

Keine Trennung von Kommunikationsinhalten: Ein die Aussetzung der Speicherpflicht erfordernder besonders schwerer Nachteil ergebe sich auch nicht daraus, dass beim Short Message Service (SMS) Verkehrsdaten und Kommunikationsinhalte möglicherweise nicht getrennt werden könnten. Nach dem klaren Wortlaut des § 113b Abs. 5 TKG dürften der Inhalt der Kommunikation, Daten über aufgerufene Internetseiten und Daten von Diensten der elektronischen Post aufgrund dieser Vorschrift nicht gespeichert werden. Wenn die Trennung technisch zur Zeit noch nicht möglich sein sollte, rechtfertige das nicht, sich über die Maßgabe des Gesetzes hinwegzusetzen; vielmehr seien dann zunächst die technischen Bedingungen zu schaffen, um die Speicherpflicht erfüllen zu können.

Datenübermittlung: Im Verkehrsdatenabruf nach § 100g Abs. 1 und 2 StPO liege ein schwerwiegender und nicht mehr rückgängig zu machender Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG. Doch habe der Gesetzgeber mit § 100g Abs. 2 StPO den Abruf von Telekommunikations-Verkehrsdaten i.S.d. § 113b TKG von **qualifizierten Voraussetzungen** abhängig gemacht, die das Gewicht der dem Einzelnen und der Allgemeinheit durch den Vollzug der Vorschrift drohenden Nachteile für die Übergangszeit bis zur Entscheidung über die Hauptsache hinnehmbar und im Vergleich mit den Nachteilen für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung weniger gewichtig erscheinen ließen.

Verfahrensregelung: Auch in Blick auf die das zu beachtende Verfahren regelnden §§ 101a, 101b StPO sei eine einstweilige Anordnung nicht geboten. Ob und ggf. in

welcher Weise die GRC oder sonstiges Unionsrecht für die Beurteilung der angegriffenen Vorschriften Bedeutung entfalte, sei im Hauptsacheverfahren zu entscheiden. Dass Unionsrecht dazu verpflichten könnte, die angegriffenen Vorschriften schon im Eilverfahren im Weg der einstweiligen Anordnung außer Kraft zu setzen, sei weder substantiiert vorgetragen noch ersichtlich.

Konsequenzen für die Praxis

Das erste, u.a. eine Speicherfrist von sechs Monaten vorsehende Vorratsdatenspeicherungsgesetz von 2008 wurde 2010 vom BVerfG für verfassungswidrig und die zugrunde liegende EU-Richtlinie 2006/24/EG 2014 vom EuGH wegen Unvereinbarkeit mit der GRC für ungültig erklärt. Das neue, nicht mehr auf EU-Recht beruhende Gesetz vom 18.12.2015 sieht Fristen von vier und zehn Wochen vor. Gleichwohl wird die Entscheidung der EuGH zur Verhältnismäßigkeit, Beendigung der Totalerfassung und fehlenden Ausnahme von Berufsheimnisträgern auch Bedeutung für das neue Gesetz haben. Die neuerliche Ablehnung einer vorläufigen Außerkraftsetzung wie bereits zuvor (vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvQ 55/15) bedeutet keinen Hinweis auf die Beurteilung der angängigen Hauptsacheverfahren (1 BvR 3156/15; vgl. u.a. auch 1 BvR 141/16 und 1 BvR 17/16).

Beraterhinweis

Erst muss die BNetzA die technischen Anforderungen spätestens Ende 2016 definieren. Anschließend haben die Telekommunikationsanbieter bis zum 1.7.2017 Zeit, die notwendige Technik zu installieren. Es ist allerdings unklar, ob das BVerfG bis dahin noch in der Hauptsache entscheiden wird.

RA Markus Rössel, LL.M. (Informationsrecht), Köln



Selbststudium nach § 15 FAO mit ITRB und davit: Zu diesem Beitrag finden Sie die Lernerfolgskontrolle bis 30.6.2017 online unter www.itrb.de/15FAO.

»» Keine bundesweite Werbung für lokal begrenztes Angebot

Wer auf bundesweit ausgerichteten Portalen im Internet für Telekommunikationsleistungen wirbt und weder nach der Natur der Sache noch aufgrund entsprechender Hinweise als allein lokal oder regional ausgerichtetes Unternehmen zu erkennen ist, erweckt den Eindruck einer grundsätzlich bundesweiten Verfügbarkeit seiner Waren und Dienstleistungen. (red.)

BGH, Urt. v. 28.4.2016 – I ZR 23/15
(OLG Stuttgart, Urt. v. 22.12.2014 – 2 U 56/14; ; LG Stuttgart, Urt. v. 23.4.2014 – 40 O 67/13 KfH)
UWG § 2 Abs. 1 Nr. 3, § 5 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 1

Das Problem

Ein Anbieter von Telekommunikationsleistungen warb im Internet mit einem Banner. Dieses war auch außerhalb Baden-Württembergs abrufbar, während die Internetanschlüsse des werbenden Anbieters nur innerhalb des Bundeslandes verfügbar waren. Durch ein Geo-Targeting-Verfahren war es dem Anbieter zwar möglich, mit der Werbung mit einer Genauigkeit von 95 Prozent Verbraucher in Baden-Württemberg zu erreichen, allerdings zu fünf Prozent auch Personen in anderen Bundesländern. Der Anbieter führte in seinem Unternehmensnamen das Kürzel „BW“.

Entscheidung des Gerichts

Der Anbieter habe die Werbung außerhalb Baden-Württembergs zu **unterlassen**, da sie unlauter sei.

Täuschung: Die Werbung des Anbieters außerhalb seines Vertriebsgebiets sei geeignet, Verbraucher über die räumliche Verfügbarkeit der beworbenen Angebote zu täuschen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG). Den angesprochenen Verbrauchern werde eine bundesweite Verfügbarkeit der Telekommunikationsleistungen suggeriert. Das Unternehmenskennzeichen „BW“ könne diesen Eindruck nicht ausschließen, da es nicht ohne weiteres als Kurzbezeichnung für Baden-Württemberg verstanden werde und nicht zwingend andeute, ein Unternehmen sei nur in diesem Bundesland tätig. Der Werbung des Anbieters seien – ungleich etwa stationären Betrieben wie Restaurants oder Hotels – keine Hinweise auf eine räumliche Beschränkung zu entnehmen. Dies gelte auch deshalb, weil der Anbieter über bundesweit verfügbare Internetseiten geworben habe.

Relevanz der Irreführung: Die Irreführung der Verbraucher sei auch relevant. Sie könne die Verbraucher zu Entscheidungen veranlassen, die sie ansonsten nicht getroffen hätten (§ 5 Abs. 1 Satz 1 UWG). Bezugspunkt für die Täuschung seien allein die von der beanstandeten Werbung angesprochenen Verkehrskreise. Eine relevante Irreführung liege grundsätzlich etwa schon dann vor, wenn ein beworbenes Produkt nur in einer von 100 Filialen eines Handelsunternehmens nicht verfügbar sei. Zu fünf Prozent würden Verbraucher außerhalb Baden-Württembergs angesprochen und zu einem erheblichen Teil über die territoriale Verfügbarkeit des Angebots getäuscht. Dies sei ein relevanter, **bewusst in Kauf genommener Streuverlust** und nicht nur ein „Ausreißer“, den der Anbieter einfach ausschließen könne. Der Annahme einer Täuschung stehe es nicht entgegen, dass diese noch rechtzeitig vor Beginn eines Bestellvorgangs ausgeräumt werde.

Konsequenzen für die Praxis

Der BGH lässt das Geo-Targeting-Verfahren nicht als Argument gelten, eine Irreführung der angesprochenen Verbraucher zu vermeiden.

Geschäftliche Entscheidung: Nach Ansicht des BGH war die Werbung des Anbieters geeignet, die Verbraucher zu einer „geschäftlichen Entscheidung“ i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG zu veranlassen, die sie ansonsten nicht getroffen hätten. Dieser Begriff umfasst nicht nur die Entscheidung

über den Erwerb eines Produkts, sondern bereits unmittelbar damit zusammenhängende Entscheidungen wie das Betreten eines Geschäfts (EuGH, Urt. v. 19.12.2013 – Rs. C-281/12). Dem steht das Aufsuchen einer Internetseite gleich. Diesen Schluss hatte der BGH bereits in einer früheren Entscheidung gezogen (BGH, Beschl. v. 28.1.2016 – I ZR 231/14 – MeinPaket.de). Dafür spricht, dass auch das Aufsuchen einer Internetseite unmittelbar mit dem Erwerb der dort angebotenen Produkte zusammenhängt.

Relevanter Teil des Verkehrs: Das Gericht geht davon aus, dass ein relevanter Teil des Verkehrs irregeführt wird. Dies mag erstaunen, da aufgrund des Geo-Targeting-Verfahrens lediglich fünf Prozent der Verbraucher außerhalb Baden-Württembergs angesprochen wurden und der BGH annimmt, dass auch davon nur ein Teil getäuscht wird. Entscheidend ist also, ob auch nur ein **ganz geringer Teil** der angesprochenen Verkehrskreise von der Täuschung betroffen ist, z.B. Ware in nur einer von vielen Filialen nicht erhältlich ist.

Beraterhinweis

Wer seine Leistungen nur territorial begrenzt anbietet, sollte – sofern es sich nicht um einen stationären Betrieb wie etwa ein Hotel handelt – in seiner Onlinewerbung diese **Begrenzung deutlich machen**.

*RA Dr. Ingemar Kartheuser, LL.M., Linklaters LLP,
Frankfurt/M.*

»» Unzulässige Angabe kostenpflichtiger Mehrwertdienstnummern im Impressum

Die Angabe einer kostenpflichtigen Telefon- oder Faxnummer im Impressum stellt keinen zulässigen weiteren Kommunikationsweg i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG dar, wenn die beim Nutzer anfallenden Gebühren über dem Grundtarif liegen. (red.)

BGH, Urt. v. 25.2.2016 – I ZR 238/14
(OLG Frankfurt, Urt. v. 2.10.2014 – 6 U 219/13, CR 2015, 50 = ITRB 2015, 7)
BGB § 312d Abs. 1; EGBGB Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 2 u. 6; RL 2011/83/EU Art. 6 Abs. 1c), f); RL 2000/31/EG Art. 5 Abs. 1c); TKG § 66d Abs. 1; TMG § 5 Abs. 1 Nr. 2; UWG § 3a

Das Problem

Eine Anbieterin gab auf ihrer Website für die Möglichkeit der Kontaktaufnahme neben ihrer Postanschrift die E-Mail-Adresse sowie eine Telefon- und Faxnummer an, wobei für letztere Kosten i.H.v. 0,49 € pro Minute aus dem Festnetz und bis zu 2,99 € pro Minute aus dem Mobilfunknetz anfielen. Zu klären war, ob hierin einen Verstoß gegen die Informationspflichten aus § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG liegt.

Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz, die einen **Unterlassungsanspruch** der Mitbewerberin bejaht

hatte (s. *Vogt*, ITRB 2015, 7), und wies die Revision zurück.

Marktverhaltensregelung: § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG stelle eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG (§ 4 Nr. 11 UWG a.F.) dar. Die Informationspflichten dienten der Transparenz von geschäftsmäßig erbrachten Telemediendiensten und dabei auch dem **Verbraucherschutz**. Dem stehe nicht entgegen, dass die Informationspflichten gleichermaßen gegenüber Verbrauchern und Unternehmern bestünden. Nachdem § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG seine Grundlage in Art. 5 Abs. 1 c) RL 2000/31/EG habe, sei diese Einordnung auch mit Blick auf die durch die RL 2005/29/EG erfolgte vollständige Harmonisierung des Lauterkeitsrechts mit Unionsrecht vereinbar.

Weiterer Kommunikationsweg: Anbieter seien verpflichtet, neben der E-Mail-Adresse einen weiteren **schnellen, unmittelbaren und effizienten** Kommunikationsweg zur Verfügung zu stellen. Nach der Rechtsprechung des EuGH erfordere dies nicht zwingend die Angabe einer Telefon- oder Faxnummer. So könne der weitere Kommunikationsweg bspw. auch mittels einer elektronischen Anfragemaske oder durch Angabe eines persönlichen Kontakts mit einer verantwortlichen Person in den Räumen des Anbieters eröffnet werden (vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2008 – Rs. C-298/07, ITRB 2009, 27 = CR 2009, 17).

Vorgaben für Telefon- und Faxnummern: Nach Auslegung von § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG und Art. 5 Abs. 1 c) RL 2000/31/EG seien überhöhte Kommunikationskosten unzulässig. Schon nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Normen seien über den gewöhnlichen Verbindungsentgelten liegende Kosten nicht effizient, da Nutzer hierdurch von einer Kontaktaufnahme abgehalten werden könnten – vor allem, da die Dauer des Telefonats nicht abschätzbar sei. Zudem sei es Sinn und Zweck der Vorschriften, dem Nutzer neben der vorvertraglichen Informationsmöglichkeit auch die nachvertragliche Rechtsdurchsetzung oder Anzeige von Rechtsverletzungen eines Anbieters auf dessen Website schnell, unmittelbar und effizient zu ermöglichen. Demnach müsse zwar keine gebührenfreie Nummer vorgehalten werden. Die dem Nutzer bei der Kontaktaufnahme entstehenden Kosten dürften jedoch keinesfalls über den **Grundtarifen** für einen Telefonanruf oder Faxversand liegen. Die Preishöchstgrenzen für Premium-Dienste i.S.d. § 66d Abs. 1 TKG seien insoweit nicht entscheidend. Unabhängig von konkret berechneten Verbindungsentgelten sei allein maßgeblich, ob bei einem normalen Telefonanruf besondere Kosten anfielen, die üblicherweise nicht entstünden.

Kein Widerspruch zum Fernabsatzrecht: Nach Art. 6 Abs. 1 c), Abs. 1 f.) RL 2011/83/EU bzw. § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 2 u. 6 EGBGB dürften Unternehmer gegenüber Verbrauchern für den Abschluss eines Fernabsatzvertrags zwar eine kostenpflichtige Telefonnummer angeben, wenn dies vorab mitgeteilt werde. Allerdings betrafen diese Informationspflichten **andere Regelungsmaterien** und seien folglich für die Streitgegenständliche Fragestellung ohne Bedeutung. Denn die telemedienrechtlichen Vorschriften regelten unabhängig von

einem bevorstehenden oder bereits erfolgten Vertragsabschluss und losgelöst von dem zum Vertragsschluss eingesetzten Kommunikationsmittel jegliche Form der Kontaktaufnahme des Nutzers zum Anbieter. Eine Vorlage an den EuGH sei mangels vernünftiger Zweifel an diesem Verständnis nicht veranlasst.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH bringt hinsichtlich des Einsatzes kostenpflichtiger Telefon- oder Faxnummern erfreuliche Rechtssicherheit.

Keine Kosten über dem Grundtarif: Soweit sich Anbieter entscheiden, neben der Angabe der obligatorischen E-Mail-Adresse als weitere Möglichkeit der Kontaktaufnahme eine Telefon- oder Faxnummer anzubieten, dürfen die beim Nutzer anfallenden Gebühren maximal den Grundtarif betragen. Dies gilt freilich auch für die Kosten anderer von den Anbietern ggf. eröffneter Kommunikationswege.

Keine Bagatellschwelle: Weiter stellt die Entscheidung klar, dass Verstöße gegen den **Katalog der Informationspflichten** des § 5 Abs. 1 TMG stets als spürbar i.S.v. § 3a UWG einzustufen und damit lauterkeitsrechtlich relevant sind. Auf eine – vermeintliche – Bagatellschwelle können sich Anbieter in diesem Bereich damit nicht mehr zurückziehen. Zur Vermeidung von Beanstandungen sollten Anbieter Ihre Angaben also nicht nur hinsichtlich kostenpflichtiger Telefon- oder Faxnummern **überprüfen** und ggf. umgehend anpassen.

Beraterhinweis

Als zusätzliche Kontaktmöglichkeit i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG wird man wohl auch auf **Messengerdiensten** verweisen können, soweit diese – wie etwa WhatsApp – einen hinreichend großen Verbreitungsgrad besitzen.

RA, FA IT-Recht Dr. Aegidius Vogt, München

» § 15 FAO Selbststudium Keine Beschlagnahme von Computern bei E-Mail-Belästigung

Bei einer auf Polizeirecht gestützten richterlichen Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung zum Zweck der Beschlagnahme von Computern und Routern mit dem Ziel, die Versendung von E-Mails an die Polizei zu unterbinden, müssen im Einzelfall als mildere Mittel auch technische Maßnahmen berücksichtigt werden. (red.)

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.8.2016 – 11 W 79/16 (Wx)
(AG Bruchsal, Beschl. v. 22.6.2016 – 3 XIV 7/16)
GG Art. 13; PolG BW §§ 5, 31 Abs. 2 Nr. 2, 33 Abs. 1 Nr. 1; FamFG § 62 Abs. 1

Das Problem

Ein Absender verschickte innerhalb von etwa 12 Stunden insg. **57 E-Mails** an fünf Polizeireviere und -posten; zwei Tage zuvor 39 E-Mails. Die E-Mails enthielten größtenteils **wirre Angaben**, teilweise in Bezug auf eine Polizei-

beamtin und teilweise in ausfälliger Wortwahl. Daraufhin beantragte der Leiter des Bezirksdiensts eines der Polizeireviere die Beschlagnahme von internetfähigen PC nebst Routern des Absenders nach § 33 PolG BW. Dem wurde durch das AG nach §§ 31 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5, 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW stattgegeben. Daraufhin wurden in der Wohnung des Absenders ein PC, drei Laptops und zwei Router beschlagnahmt. Einen Tag später gingen wieder 19 Mails ein, wobei unklar ist, wie diese versendet wurden.

Die Entscheidung des Gerichts

Unter Zurückweisung des Antrags auf Herausgabe der sichergestellten Sachen als unzulässig wurde festgestellt, dass die Durchsuchungsanordnung den Absender **in seinen Rechten verletzt** hat.

Rechtsweg und sachliche Zuständigkeit: Hinsichtlich der Herausgabe der sichergestellten Gegenstände sei allein der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben (OLG Hamm, Beschl. v. 10.8.2010 – I-15 W 86/10, NVwZ-RR 2010, 921). Im Rahmen der Eröffnung des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten sei das OLG sachlich zuständig (§ 31 Abs. 5 Satz 3 PolG BW, § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.3.2010 – 14 Wx 9/10).

Erledigung in der Hauptsache: Das nach § 62 Abs. 1 FamFG erforderliche berechtigte Interesse an der Feststellung, dass gem. § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG i.d.R. bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen vorliege, sei bei einer Durchsuchung der Wohnung gegeben (OLG München, Beschl. v. 4.9.2012 – 34 Wx 219/12, NVwZ-RR 2013, 78).

Keine technische Überlastung: Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die E-Mails des Absenders zu einer technischen Überlastung des Mailsystems der Polizei und auf diese Weise zu einer Beeinträchtigung oder faktischen Blockade der Kommunikationsstrukturen der Polizei geführt hätten.

Keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit: Betroffen sei der Arbeitsablauf innerhalb der Polizeidienststellen in der Weise, dass in den Posteingangsfächern der jeweiligen E-Mail-Konten der Polizei die E-Mails des Absenders zur Kenntnis genommen worden seien und dies personelle Kapazitäten für die Bearbeitung anderer, wichtigerer E-Mails gebunden habe. Es sei zweifelhaft, ob dadurch bereits die Schwelle einer polizeirechtlich relevanten Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit der Polizei überschritten worden sei. Insofern sei zu berücksichtigen, dass die E-Mails des Absenders größtenteils wirt und unverständlich seien, so dass sie nicht einer sofortigen **Bearbeitung** bedurft hätten.

Keine Geeignetheit: Auch wenn eine komplette Gefahrenabwehr durch die angeordnete Maßnahme nicht Voraussetzung sei, sondern ein Beitrag zur Erreichung des Ziels ausreiche, sei angesichts der weit verbreiteten Möglichkeiten der Versendung von E-Mails insb. mit Mobilgeräten zweifelhaft, ob die Maßnahme als tauglich anzusehen sei.

Keine Erforderlichkeit: Zunächst hätte für das Amtsgericht nach § 26 FamFG eine Amtsermittlung dahin-

gehend nahegelegen, ob sich das Ziel, die E-Mail-Kommunikation zu unterbinden, statt durch einen Grundrechtseingriff zum Nachteil des Absenders nicht durch **technische Maßnahmen** auf Empfängerseite hätte erreicht werden können, also durch eine client- oder servermäßige Sperre oder Aussortierung. Auch wenn der Verfasser verschiedene E-Mail-Adressen als Absender verwendet habe, seien diese nicht so zahlreich gewesen, als dass sie nicht effektiv hätten gesperrt werden können.

Händische Aussortierung: Eine entsprechend abgeänderte interne Arbeitsweise der Polizei wäre das mildere Mittel gem. § 5 PolG BW gewesen. Auch hier sei wiederum zu berücksichtigen, dass die E-Mails des Absenders größtenteils **wirt und unverständlich** seien. Vor diesem Hintergrund wäre es eine ressourcenschonende und der Priorisierung wichtigerer Aufgaben entsprechende Vorgehensweise der Polizei gewesen, die E-Mails des Absenders als Sofortmaßnahme zunächst ungelesen in ein gesondertes Postfach zu verschieben.

Konsequenzen für die Praxis

Gem. § 31 Abs. 2 Nr. 2 PolG BW kann die Polizei eine Wohnung nur durchsuchen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich eine Sache in der Wohnung befindet, die sichergestellt oder beschlagnahmt werden darf. Nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW kann die Polizei eine Sache u.a. beschlagnahmen, wenn dies zum Schutz eines Einzelnen oder des Gemeinwesens gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist.

Zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit gehört der Bestand des Staats und seiner Einrichtungen und deren ungestörte Funktionsfähigkeit. Daher kann die **Behinderung polizeilicher Tätigkeit** die öffentliche Sicherheit tangieren. Eine unmittelbar bevorstehende Störung im polizeirechtlichen Sinn liege vor, wenn der Eintritt eines Schadens in nächster Zeit und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Bloße **Belästigungen**, Unbequemlichkeiten und Geschmacklosigkeiten werden von dem polizeilichen Gefahren- bzw. Schadensbegriff nicht erfasst.

Beraterhinweis

Vorliegende Entscheidung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass in anderen Fällen eine Wohnungsdurchsuchung durchaus zulässig sein wird. Denn die händische Aussortierung von über hundert E-Mails oder die Einrichtung automatischer Systeme kann die Polizeiarbeit unerträglich beeinträchtigen, insb. wenn ein Ende nicht abzusehen ist, unterschiedliche E-Mail-Adressen verwendet oder mehrere Absender aktiv werden. Immerhin lassen sich E-Mail-Adressen wesentlich leichter beschaffen als internetfähige Hardware.

RA Markus Rössel, LL.M. (Informationsrecht), Köln



Selbststudium nach § 15 FAO mit ITRB und davit: Zu diesem Beitrag finden Sie die Lernerfolgskontrolle bis 30.6.2017 online unter www.itrb.de/15FAO.

»» Zulässige Weitergabe eines nicht aktivierten Produktschlüssels

Ob der Erwerber zur Nutzung eines Produktschlüssels zur erstmaligen Herstellung eines Vervielfältigungsstücks des Computerprogramms berechtigt ist, hängt allein davon ab, ob der Rechteinhaber dieser Vervielfältigung zustimmt. Angebot und Verkauf des Produktschlüssels sind nur dann irreführend, wenn der Rechteinhaber die Zustimmung verweigern wird. (red.)

OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.5.2016 – 6 W 42/16, rkr.
(LG Frankfurt/M., Beschl. v. 31.3.2016 – 2-3 O 86/16)
UWG § 5

Das Problem

Die Beschwerde wendet sich gegen die Weitergabe eines noch nicht aktivierten und nicht zum Download des Programms benutzten Produktschlüssels durch einen Verkäufer als irreführend und unlauter, da der Erwerber kein Recht zum Download und zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Programms erhält bzw. soweit der Veräußerer nicht bestimmten Informationspflichten hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechte des Erwerbers, der Existenz weiterer Programmkopien sowie der Vorerwerber nachkommt. Zu Recht?

Die Entscheidung des Gerichts

Nein. Das Angebot sei nicht unlauter; es bestünden keine weiteren Informationspflichten.

Keine Irreführung: Irreführend sei das Angebot von Produktschlüsseln nur dann, wenn feststehe, dass der Erwerber kein Recht zum Download des Programms und zur bestimmungsgemäßen Benutzung erhalte, etwa weil der Rechteinhaber die erforderliche Zustimmung zur Vervielfältigung verweigern würde. Dazu sei hier aber nichts vorgetragen.

Keine Gebrauchtssoftware: Der Produktschlüssel diene hier der erstmaligen Herstellung eines Vervielfältigungsstücks, nicht der unkörperlichen Weitergabe eines bereits existierenden Vervielfältigungsstücks i.S.d. UsedSoft-Rechtsprechung des EuGH und des BGH. Unter diesen Umständen stelle sich die Frage, ob in Bezug auf eine weitergegebene Programmkopie eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Rechteinhabers eingetreten sei, hier ebenso wenig wie die Frage, ob der Veräußerer eine bei ihm verbliebene Programmkopie unbrauchbar gemacht habe.

Konsequenzen für die Praxis

Die nur knapp mit Sachverhalt versehene und begründete Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes differen-

ziert die Rechtsprechung zu den Fällen der Produktschlüsselweitergabe.

Gebrauchtssoftwarehandel: Ist der Produktschlüssel aktiviert und bereits das versprochene Vervielfältigungsstück überlassen worden, kommt die UsedSoft-Rechtsprechung (EuGH, Urt. v. 3.7.2012 – Rs. C-128/11 – UsedSoft/Oracle, CR 2012, 496 = ITRB 2012, 171; BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 129/08 – UsedSoft II, CR 2014, 168 = ITRB 2014, 75; Urt. v. 11.12.2014 – I ZR 8/13 – UsedSoft III, CR 2015, 429; OLG Frankfurt, Urt. v. 5.4.2016 – 11 U 113/15, CR 2016, 495 = ITRB 2016, 152; BGH, Urt. v. 19.3.2015 – I ZR 4/14 – Green-IT, CR 2015, 711 = ITRB 2015, 277) zur Reichweite des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes zur Anwendung, die den Weiterverkauf (auch durch Nutzung oder Download eines weiteren Vervielfältigungsstücks, dabei aber sogar Überlassung der aktuellen Version jedenfalls bei Bestehen eines Pflegevertrages) unter bestimmten Voraussetzungen (Überlassung zur Nutzung zumindest für die gesamte Zeit der Funktionsfähigkeit des Programms, Inverkehrbringen mit Zustimmung des Rechteinhabers in EU/EWR, Nachweis der Lizenzkette und der vorherigen Entäußerung hinsichtlich der Programmkopie, keine unzulässige Aufspaltung von Server-Client Lizenzen) zulässt. Anders aber wohl bei Kombinationswerken aus Computerprogramm und z.B. Filmwerk (LG Berlin, Urt. v. 11.3.2014 – 16 O 73/13, CR 2014, 291 = ITRB 2014, 155) oder Kopplung mit einem Benutzerkonto (BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08 – Half Life 2, CR 2010, 565 = ITRB 2010, 222).

Nicht aktivierter Produktschlüssel: Ist dagegen lediglich ein Produktschlüssel überlassen, der Produktschlüssel aber nicht aktiviert und der Download des Vervielfältigungsstücks noch nicht vollzogen worden, so kann der Ersterwerber diesen bzw. das Recht auf den Download weiterverkaufen, soweit der Vertrag mit dem Rechteinhaber nichts anderes (etwa in Form eines Abtretungs-/Weitergabeverbots) vorsieht und der Rechteinhaber den Download ermöglicht.

Beraterhinweis

Im Zusammenhang mit der Weiterveräußerung von Produktschlüsseln kommen regelmäßig Ansprüche aus Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht sowie gegen den eigentlichen Vertragspartner auch aus Vertrag in Betracht. Dabei kann nicht nur mit Unterlassungs-, Auskunft-, Schadensersatz- sowie Vernichtungs-/Löschungsansprüchen, sondern in der Regel sogar ohne Abmahnung im einstweiligen Rechtsschutz auch mit einem Sequesteranspruch auf Herausgabe der Produktschlüssel an einen Gerichtsvollzieher gegen einen Rechtsverletzer vorgegangen werden (LG Frankfurt/M., Urt. v. 18.2.2015 – 2-06 O 431/14, CR 2015, 359 = ITRB 2015, 185).

RA Thomas Elteste, LL.M., Frankfurt/M.

»» Zulässige Verknüpfung mit Bildern Dritter in Verkaufsportal

Erscheinen Produkte eines Verkäufers mit von diesem nicht eingestellten oder aktiv verknüpften Lichtbildern auf einer Verkaufsplattform, ist dieser nicht Täter oder Teilnehmer und kann auch nicht als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. (red.)

OLG München, Urt. v. 10.3.2016 – 29 U 4077/15
(LG München, Urt. v. 9.10.2015 – 21 O 1173/15)
UrhG §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a, 72 Abs. 1, 97 Abs. 1

Das Problem

Eine Herstellerin wandte sich gegen den Verkäufer ihrer Produkte auf einer Handelsplattform, weil bei den Angeboten Produktabbildungen angezeigt wurden, deren exklusiven Verwertungs- und Nutzungsrechte bei der Herstellerin liegen. Die Bilder wurden nicht von dem Händler eingestellt, sondern in der Datenbank der Plattform vorgehalten und mit den entsprechenden Angeboten verknüpft.

Die Entscheidung des Gerichts

Die Berufung der Herstellerin gegen das klageabweisende Urteil der Vorinstanz wurde **zurückgewiesen**.

Keine Täterschaft oder Teilnahme: Der Händler sei weder als Täter noch als Teilnehmer zur Unterlassung einer öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) oder Vervielfältigung (§ 16 UrhG) verpflichtet. Er habe die Bilder nicht i.S.v. § 19a UrhG vorgehalten, da dies erfordere, dass die Bilder sich in seiner Zugriffssphäre hätten befinden müssen. Auch ein Zueigenmachen scheidet vorliegend aus. Anders als bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen komme es einzig auf die Vornahme der urheberrechtlichen Nutzungshandlung an. Für eine Teilnahme fehle es an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken des Beklagten mit dem Plattformbetreiber. Dieser entscheide vielmehr allein über die Verknüpfung von Bildern und Produkten. Eine Beihilfe sei schon aufgrund des fehlenden subjektiven Tatbestandes abzulehnen.

Keine Haftung als Störer: Auch eine Störerhaftung bestehe nicht. Der Händler habe schon keine Möglichkeit, auf den Plattformbetreiber einzuwirken, was daran deutlich werde, dass auch nach Entfernung seiner Angebote die Bilder noch dort vorgehalten würden.

Konsequenzen für die Praxis

Das OLG München bestätigt mit dem vorliegenden Urteil seine bereits 2014 geäußerte Rechtsauffassung (OLG München, Urt. v. 27.3.2014 – 6 U 1859/13, MMR 2014, 694 ff.). Sollte sich diese Ansicht durchsetzen, würden die Inhaber der urheberrechtlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte regelmäßig auf den Plattformbetreiber als Anspruchsgegner verwiesen. Dessen Haftung in derartigen Fällen wurde bereits durch das LG Berlin bestätigt (LG Berlin, Urt. v. 27.1.2015 – 16 O 279/14, ZUM-RD 2015,

741). Eine letztinstanzliche Entscheidung in dieser Sache steht indes noch aus.

Beraterhinweis

Inhabern von Urheberrechten ist zu raten, genau zu analysieren, wie und durch wen die auf Plattformen gezeigten Werke (i.d.R. Lichtbilder) bei Drittangeboten bereitgestellt und mit ihnen verknüpft wurden. Eine voreilige, weil nur auf den ersten Blick naheliegende Abmahnung des Produkthanbieters birgt Kosten- und Zeitriskos. Aber auch die Abmahnung des Plattformbetreibers ist aufgrund der nicht abschließend geklärten Rechtslage nicht risikolos.

Plattformbetreiber sind gut beraten, die Entwicklung der Rechtsprechung zu beobachten und in deren Licht einerseits die Bildeinbindung durch die Anbieter und die dahinterliegenden vertraglichen Grundlagen zu prüfen und evtl. zu überdenken, um eine Eigenhaftung zu vermeiden bzw. im Fall einer solchen Haftung angemessene vertragliche Mechanismen vorzuhalten, um Regressansprüche durchsetzen zu können.

RA Dr. Niclas Kunczik, Köln

»» Keine Kündigung wegen Beleidigung durch Emoticons

Die Verbreitung von beleidigenden Emoticons in sozialen Netzwerken kann grundsätzlich dazu geeignet sein, eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu begründen. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Kündigung setzt jedoch, jedenfalls bei langfristig beschäftigten Arbeitnehmern, eine vorherige Abmahnung voraus. (red.)

LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.6.2016 – 4 Sa 5/16, rkr.

BGB §§ 626 Abs. 1, 314 Abs. 2 i.V.m. 323 Abs. 2; KSchG § 1 Abs. 2, 9 Satz 2

Das Problem

In der Kommentarfunktion eines Facebook-Posts in einem öffentlichen Profil entwickelte sich eine lebhafte Diskussion, an der sich einige Mitarbeiter eines Unternehmens beteiligten. Einer der Arbeitnehmer postete Kommentare wie „Das fette Schwein dreht durch!!!“ oder „Der Bärenkopf auch!!!“. Die Worte „Schwein“ und „Bär“ wurden dabei jeweils mit einem passenden Emoticon dargestellt. Hiervon erlangte die Arbeitgeberin Kenntnis und identifizierte in den so bezeichneten Personen zwei Vorgesetzte des Arbeitnehmers. Sie kündigte das Arbeitsverhältnis außerordentlich und hilfsweise ordentlich.

Die Entscheidung des Gerichts

Das LAG Baden-Württemberg hat die Entscheidung des ArbG bestätigt und die Berufung als unbegründet zurückgewiesen. Das Arbeitsverhältnis sei **nicht durch Kündigung aufgelöst**.

Wichtiger Grund: Die Beleidigung von Vorgesetzten im Internet könne an sich einen wichtigen Grund gem. § 626 Abs. 1 BGB bilden (LAG München v. 8.8.2007 – 11 Sa 469/06; LAG Schleswig-Holstein v. 8.4.2010 – 4 Sa 474/09; Müller-Glöge in Erfurter Kommentar, Aufl./Jahr, § 626 BGB Rz. 86). Dies gelte auch dann, wenn die Beleidigung mittels Emoticons in einem öffentlich einsehbaren Facebookprofil erfolge.

Interessenabwägung: Ein Arbeitsverhältnis könne bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos gekündigt werden, wenn die Gesamtwürdigung der beiderseitigen Interessenlagen die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar mache. Die Interessenabwägung falle vorliegend gegen den Arbeitgeber aus. Insb. fehle es an einer einschlägigen Abmahnung.

Erforderlichkeit der Abmahnung: Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände wäre es ausreichend gewesen, den Arbeitnehmer abzumahnern. Das gelte vor allem dann, wenn wie vorliegend die Vertragsverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers beruhe und darauf schließen lasse, dass schon aufgrund der Androhung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine wiederholte Vertragsverletzung nicht erfolgen werde. Aus dem auch in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden **Verhältnismäßigkeitsprinzip** ergebe sich, dass auf eine Abmahnung nur verzichtet werden könne, wenn eine Wiederholungsgefahr zu befürchten sei, die Pflichtverletzung besonders schwer wiege und die erstmalige Hinnahme eine Unzumutbarkeit darstelle (BAG v. 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 AP). Zu bedenken sei hierbei, dass das Verbreitungsmedium Facebook einen besonders **breiten und unbekanntem Adressatenkreis** anspreche. Zudem habe der Arbeitnehmer keine Einflussmöglichkeiten auf den Öffentlichkeitsstatus des Posts, da dieser sich nicht in seiner eigenen Chronik befunden habe. Der Öffentlichkeitsstatus könne durch wenige Klicks auch nachträglich geändert werden. Andererseits habe der Arbeitnehmer Spitznamen benutzt, die nur eingeweihte Personen hätten zuordnen können. Aufgrund einer Abmahnung habe der Arbeitnehmer **Einsicht** zeigen und die Unrechtmäßigkeit seines Handelns erkennen können. Dafür sprächen auch 16 Jahre unbeanstandete Arbeitsleistung und die Tatsache, dass der Arbeitnehmer nicht im ständigen Kontakt mit seinen Vorgesetzten stehe. Darüber hinaus würde eine Kündigung den leicht behinderten Arbeitnehmer aufgrund seiner schwierigen sozialen Lage besonders schwer treffen. Daher sei auch eine hilfsweise ordentliche Kündigung nicht sozial gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG.

Konsequenzen für die Praxis

Die Arbeitsgerichte müssen sich zunehmend mit beleidigenden Äußerungen via Facebook beschäftigen (ArbG Duisburg v. 26.9.2012 – 5 Ca 949/12; ArbG Hamburg v. 18.9.2013 – 27 Ca 207/13; ArbG Mannheim v. 19.2.2016 – 6 Ca 190/15). Die vorliegende Entscheidung macht deutlich, dass nicht jede Beleidigung in sozialen Netzwerken

automatisch zu einer wirksamen (fristlosen) Kündigung führt. Unter dem vermeintlichen Schutz der Anonymität eskalieren Diskussionen auf solchen Plattformen schnell und es werden Aussagen getroffen, die bei einer unmittelbaren Konfrontation oftmals nicht fallen würden. Eine derartige Beleidigung ist damit keinesfalls akzeptabel, jedoch sind an den wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB besonders strenge Anforderungen zu stellen und insb. die **Schnellebigekeit des Internets** und das „Hochschaukeln“ durch andere Nutzer in die Prüfung mit einzubeziehen. Darüber hinaus wird regelmäßig eine vorherige Abmahnung erforderlich sein.

Beraterhinweis

Bei einer Beleidigung im Internet, bspw. über die Plattform Facebook, ist eine Abmahnung oft unumgänglich, bevor eine verhaltensbedingte (fristlose) Kündigung ausgesprochen werden kann. Es ist daher dringend zu empfehlen, zum Umgang mit sozialen Netzwerken bereits **Regelungen im Arbeitsvertrag** oder in Betriebsvereinbarungen vorzusehen. Sind dort bereits deutliche Warnhinweise enthalten, kann nämlich eine Abmahnung ggf. auch als nicht erforderlich angesehen werden, da der Arbeitnehmer dann damit rechnen muss, dass eine Billigung durch den Arbeitgeber schlechterdings ausgeschlossen ist. Im Übrigen sind dergestalt deutliche Warnhinweise auch dazu geeignet, solchem Fehlverhalten von vorneherein vorzubeugen.

*RA, FAArbR, Wirtschaftsmediator Bahram Aghamiri,
WZR Wülfng Zeuner Rechel, Hamburg*

So geht Fortbildung heute!

Die Online-Fachseminare
erfüllen **§ 15 FAO**

www.otto-schmidt.de/telelex

ottoschmidt



Beiträge für die Beratungspraxis

IT-Rechtsfragen aus der Praxis

Freunde finden: Zulässige Ausgestaltung von Empfehlungsfunktionen

Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 65/14

von Dr. Moritz Indenhuck/Henrike Strobl*

In der Entscheidung zur „Freunde finden“-Funktion des sozialen Netzwerks Facebook zieht der BGH enge Grenzen für die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit sog. Empfehlungse-Mails. Zudem formuliert er zugunsten der Nutzer Anforderungen an die erforderlichen Informationen bei der Bereitstellung solcher Funktionen. Aus der Entscheidung lassen sich Schlüsse für die rechtlich zulässige Ausgestaltung sog. Tell a friend-Funktionen ziehen.

I. Ausgangssituation

Der wirtschaftliche Erfolg sozialer Netzwerke steht und fällt mit der Anzahl ihrer Nutzer. Betreiber sozialer Netzwerke haben daher ein großes Interesse daran, so viele Nutzer wie möglich zu gewinnen. Was liegt näher, als zu versuchen, auf die „Netzwerke“ der einzelnen Nutzer zuzugreifen?

Die Funktion „Freunde finden“ der Betreiberin des Internet-Netzwerks Facebook¹ in Europa, zielt darauf ab, über die Kontaktdaten von Facebook-Mitgliedern neue Nutzer zu gewinnen. Der BGH hat Anfang des Jahres entschieden, dass die Versendung von E-Mails im Zusammenhang mit dieser Funktion sowie ihre (vormalige) Ausgestaltung wettbewerbswidrig waren.²

Die Entscheidung des BGH hat Breitenwirkung. Denn neben Facebook, dem mit weltweit über 1,7 Mrd. Nutzern größten sozialen Netzwerk, verwenden auch andere Anbieter, bspw. LinkedIn und Twitter, ähnliche Funktionen wie „Freunde finden“. Außerdem versuchen neben sozialen Netzwerken auch Onlineshops und sonstige Unternehmenswebseiten mit „Tell-a-friend“-Funktionen dienstleistungs- oder produktbezogene Nachrichten an Dritte (Empfehlungs-E-Mails) zu versenden.³

Die „Freunde finden“-Entscheidung des BGH ist die dritte obergerichtliche Entscheidung zu Empfehlungse-Mails⁴ und die erste, in der diesbezügliche Unterlassungsansprüche auf rein lauterkeitsrechtliche Erwägungen gestützt werden. Zu den Anforderungen an Informationen für den

Nutzer von „Tell a friend“-Funktionen äußert sich der BGH hier zum ersten Mal.

II. Sachverhalt

Im Ausgangsverfahren vor dem LG Berlin – und in zweiter Instanz vor dem KG – hatte der klagende Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv) Facebook wegen der Funktion „Freunde finden“, der Ausgestaltung der AGB sowie der Datenschutzrichtlinien auf Unterlassung in Anspruch genommen.⁵

Gegenstand der BGH-Entscheidung war noch die in den mittlerweile geänderten Registrierungsprozess eingebettete Funktion „Freunde finden“. Im Verlauf dieses Registrierungsprozesses wurde der neue Nutzer gefragt, ob seine Freunde schon bei Facebook registriert sind. Es wurde erläutert, dass der schnellste Weg, dies festzustellen, das Durchsuchen des E-Mail-Accounts des Nutzers ist:

„Viele deiner Freunde sind schon hier: Das Durchsuchen deines E-Mail-Kontos ist der schnellste Weg, um deine Freunde bei Facebook zu finden.“

* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei der Kanzlei lindenpartners in Berlin.

¹ Allgemein zum Umgang mit Daten durch Facebook unter dem Blickwinkel des BDSG und des UWG: Buchner in Alexander u.a., FS Köhler, 2014, S. 51.

² BGH v. 14.1.2016 – I ZR 65/14, CR 2016, 596 = GRUR, 2016, 946, gekürzt in MDR 2016, 1033.

³ Hierzu Micklitz/Schirnbacher in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 7 Rz. 140 ff.; Solmecke in Hoeren/Sieber/Holzsnagel, Multimedia-Recht, 42. Erg.-Lfg. 2015, Teil 21.1 Rz. 59 ff.

⁴ Zuvor BGH v. 20.5.2009 – I ZR 218/07 – E-Mail-Werbung II, MDR 2009, 1234 = CR 2009, 733 = ITRB 2010, 56, und BGH v. 12.9.2013 – I ZR 208/12 – Empfehlungse-Mail, CR 2013, 797 = ITRB 2014, 27.

⁵ KG v. 24.1.2014 – 5 U 42/12, CR 2014, 319 = ITRB 2014, 154; LG Berlin v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, GRUR-RS 2012, 05714; gekürzt in CR 2012, 270.

Sodann konnte der Nutzer unter Angabe seiner E-Mail-Adresse und seines Passworts sowie durch Betätigung des Buttons „Freunde finden“ das Durchsuchen seines E-Mails-Kontos veranlassen. Unterhalb des Buttons befand sich der als Link ausgestaltete Hinweis „Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert“. Erst wenn der Nutzer diesen Link betätigte, erschien ein Pop-up-Fenster mit folgender Information:

„Wir können die E-Mail-Adressen, die Du mithilfe des Importeurs hochgeladen hast, dazu benutzen, um dir bei der Vernetzung mit deinen Freunden zu helfen. Dies beinhaltet auch das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für dich und deine Kontakte auf Facebook.“

Nach Anklicken des „Freunde finden“-Buttons wurden in einem ersten Schritt E-Mail-Kontakte des Nutzers, die bereits Mitglieder bei Facebook waren, aufgelistet. Die E-Mail-Adressen seiner Kontakte, die nicht Mitglieder waren, wurden importiert und ebenfalls in einer Liste angezeigt. Dort befand sich vor jedem Kontakt ein Feld mit einem voreingestellten Häkchen, welches der Nutzer manuell entfernen konnte (Opt-out). Unterhalb dieser Liste sah der Nutzer zwei Buttons mit der Bezeichnung „Einladungen versenden“ bzw. „Überspringen“. Die ursprüngliche Klage stützte sich auf mehrere Einladungs-E-Mails, die Dritte nach Aktivierung der „Freunde finden“-Funktion erhielten, ohne dass sie in den Erhalt dieser E-Mails eingewilligt hatten.

III. Entscheidung

Der BGH nahm zugunsten der vzbv einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch an und stützte diesen auf § 8 Abs. 1, 3 Nr. 3, § 7 Abs. 1, 2 Nr. 3 Fall 3 bzw. §§ 3, 5 Abs. 1 UWG. Dabei hatte er zum einen über die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit des Versendens der Einladungs- und Erinnerungs-E-Mails zu entscheiden (hierzu unter 1.). Dieser Komplex berührt das Verhältnis zum Empfänger derartiger E-Mails. Zum anderen ging es – im Hinblick auf das Verhältnis zum jeweiligen Facebook-Nutzer – darum, ob die (damalige) Ausgestaltung der „Freunde finden“-Funktion diesem gegenüber eine irreführende geschäftliche Handlung darstellte (hierzu unter 2.).

1. Wettbewerbsrechtliche Maßstäbe für den Versand von Empfehlungsfunktionen

Im Mittelpunkt des ersten Komplexes der Entscheidung stand die Frage, ob die beanstandeten Einladungs-E-Mails gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG verstoßen. Nach dieser Vorschrift sind geschäftliche Handlungen unzulässig, durch die Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt werden. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 Fall 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung dabei stets anzunehmen bei Werbung in Form von elektronischer Post, die ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten erfolgt.

Da es an einer solchen Einwilligung fehlte, musste der BGH untersuchen, ob die im Rahmen der „Freunde finden“-Funktion versandten E-Mails unter den Begriff der Werbung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu fassen sind (hier-

zu unter 1.1.). Ferner galt es zu klären, ob Facebook für die Versendung der Einladungs-E-Mails als Täterin haftet (hierzu unter 1.2.).

a) Belästigende Werbung

Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung von Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung versteht der BGH unter Werbung⁶ „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerkes oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern“. Bereits aus der Rechtsprechung des EuGH⁷ folge, dass diese besonders weite Definition ganz unterschiedliche Werbeformen erfasse und keinesfalls auf „klassische“ Fälle von Werbung beschränkt werden könne.

Gemessen daran handele es sich bei den Einladungs-E-Mails um Werbung i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 3 UWG (Tz. 29 ff.).⁸ Aus Sicht des angesprochenen Verkehrskreises (§ 3 Abs. 4 Satz 1 UWG) diene die E-Mail *auch* dazu, den Adressaten auf das Angebot von Facebook aufmerksam zu machen und damit jedenfalls *zugleich* dazu, den Absatz von Facebook zu fördern. Denn neben der Information über die Facebook-Registrierung des Nutzers enthalte die E-Mail einen Hinweis auf die Möglichkeit einer Registrierung bei Facebook und einen Link zur Registrierungsseite.

Nach Auffassung des BGH wird der werbliche Charakter der Einladungs-E-Mail nicht dadurch in Frage gestellt, dass ihre Versendung letztlich auf dem Willen des jeweiligen Facebook-Nutzers beruht. Zwar könne es an einer belästigenden Werbung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fehlen, wenn bei einer durch einen Dritten ausgesprochenen Empfehlung der private Charakter der Mitteilung im Mittelpunkt stehe. Hiervon sei aber grundsätzlich nicht auszugehen, wenn der Versand einer entsprechenden Mitteilung mithilfe einer vom Unternehmer auf der eigenen Internetseite **bereitgestellten Empfehlungsfunktion** erfolge. Da eine derartige Funktion offensichtlich dazu diene, Dritte auf das eigene Leistungsangebot aufmerksam zu machen, sei der werbliche Charakter hier nicht anders zu beurteilen als bei vom Unternehmen unmittelbar selbst versandten Werbe-E-Mails. Auch die streitgegenständliche „Freunde finden“-Funktion stelle insoweit keine Ausnahme dar. Sie zielle zumindest auch darauf ab, die Adressaten der Einladungs-E-Mails auf die Leistungen der Netz-

6 So schon BGH v. 20.5.2009 – I ZR 218/07 – E-Mail-Werbung II, MDR 2009, 1234 = CR 2009, 733 = ITRB 2010, 56; BGH v. 12.9.2013 – I ZR 208/12 – Empfehlungsfunktion, CR 2013, 797 = ITRB 2014, 27.

7 EuGH v. 11.7.2013 – Rs. C-657/11 – Best/Visys, CR 2013, 794 (795) = GRUR 2013, 1049, 1050, Tz. 35.

8 So schon zu Empfehlungsfunktionen BGH v. 12.9.2013 – I ZR 208/12 – Empfehlungsfunktion, CR 2013, 797 = ITRB 2014, 27; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 7 Rz. 201; Schöler in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 7 Rz. 335; Ohly in Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rz. 67.

werkbetreiberin aufmerksam zu machen. Dass der Nutzer möglicherweise zugleich ein rein privates Interesse daran habe, seinen Freundeskreis bei Facebook zu erweitern, ändere an diesem Ergebnis nichts.

Der BGH stellt in seiner Argumentation also nicht darauf ab, ob bei der Funktion private oder kommerzielle Zwecke im Vordergrund stehen. Vielmehr soll bereits die Tatsache, dass die Funktion *auch* der Absatzförderung der Facebook-Dienstleistungen dient, dazu führen, dass die über die Funktion versandten Einladungen unter § 7 Abs. 2 Nr. 3 Fall 3 UWG fallen.

b) Täter

Wie schon die Vorinstanz geht auch der BGH davon aus, dass Facebook als Täterin für die belästigende Werbung haftbar ist (Tz. 39 ff.). Allerdings weicht er in seiner Begründung von der Argumentation des KG ab.

aa) KG

Das KG hatte geprüft, ob Facebook nach den vom BGH in der Entscheidung „Empfehlungs-E-Mail“ entwickelten Grundsätzen als Täterin anzusehen ist. Nach diesen Grundsätzen haftet ein Unternehmen für von einem Dritten versandte Empfehlungen, wenn der Versand auf eine gerade zu diesem Zweck zur Verfügung gestellte **Weiterempfehlungsfunktion** des Unternehmens zurückgeht und das Unternehmen beim Empfänger einer Empfehlungs-E-Mail als **Absender** erscheint.⁹ Nach Auffassung des KG fehlte es im vorliegenden Fall allerdings an der zweiten Voraussetzung. Nicht Facebook erscheine beim Empfänger der Einladungs-E-Mail als Absender, sondern der jeweilige Nutzer, der bei seiner Registrierung die E-Mail-Anschrift zur Verfügung gestellt habe.¹⁰

Eine solche Einladung sei jedenfalls dann dem privaten Nutzer zuzurechnen, wenn dieser sich eigenverantwortlich zu ihrer Versendung entschließe. Der werbende Effekt werde dann durch den **privaten Zweck** der Einladungs-E-Mail verdrängt. Eine **eigenverantwortliche Entscheidung** könne aber nur angenommen werden, wenn der Nutzer sich in Kenntnis der wesentlichen Umstände zur Versendung der Einladungs-E-Mails entschließe. Dem Nutzer sei die entsprechende Kenntnis durch die streitgegenständliche Registrierungsfunktion jedoch gerade nicht vermittelt worden. Er habe nicht erkennen können, dass mithilfe der von ihm zur Verfügung gestellten E-Mail-Adressen auch Personen kontaktiert werden sollten, die noch nicht Nutzer von Facebook seien. Aufgrund der im Verlauf der Registrierung mitgeteilten Informationen sei dies nicht hinreichend deutlich erkennbar. Da es somit an einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Nutzers fehle, hafte Facebook als Täterin.

In der Sache begründet das KG die Verantwortlichkeit von Facebook danach mit den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft. Indem Facebook den Nutzer über den Kreis der potentiellen Empfänger der Einladungs-E-Mails im Unklaren lässt, steuert es den Geschehensablauf.¹¹

bb) BGH

Der BGH gelangt mit geringerem Aufwand zum selben Ergebnis. Nach seiner Auffassung muss sich Facebook die Einladungs-E-Mails bereits nach den in der Entscheidung „Empfehlungs-E-Mail“¹² entwickelten Grundsätzen zu-rechnen lassen. Anders als die Vorinstanz angenommen habe, sei unter Berücksichtigung des maßgeblichen Verkehrsverständnisses davon auszugehen, dass die Adressaten der Einladungs-E-Mails erkennen würden, dass der Versand auf den Betreiber des sozialen Netzwerks zurückgehe, der mit der Mitteilung auf seine Dienstleistungen aufmerksam machen wolle. Hierzu sei auf den **Gesamteindruck** der Einladungs-E-Mail abzustellen.¹³ Neben den Angaben des Absenders seien die Mitteilung über die Einrichtung eines Facebookprofils durch den Absender, die weiteren Textbestandteile der Nachricht sowie ihre äußere Gestaltung einzubeziehen. Dafür, dass die Empfänger der Einladungs-E-Mails die Netzbetreiblerin als Absenderin wahrnehmen, spreche bereits, dass in der Nachricht nicht die private E-Mail-Adresse des jeweiligen Nutzers, sondern lediglich ein Funktionspostfach angegeben sei. Auch sei die Einladungs-E-Mail nur vordergründig als persönliche Nachricht des Nutzers ausgestaltet. Der Adressat einer solchen Nachricht werde aber schon wegen der deutlichen Hinweise auf das Angebot von Facebook und angesichts des erkennbar vorformulierten Texts davon ausgehen, dass der Versand der E-Mail auf Facebook zurückgehe.

In tatsächlicher Hinsicht dürfte dies der Erfahrung der meisten Internetnutzer entsprechen: Kaum jemand, der schon einmal eine von einer Empfehlungsfunktion generierte Einladungs-E-Mail erhalten hat, wird wohl ernsthaft davon ausgegangen sein, dass es sich dabei um eine vom jeweiligen Nutzer individuell erstellte Einladung handelte. Rechtlich wird man das Urteil an dieser Stelle als Fortentwicklung der in der Entscheidung „Empfehlungs-E-Mail“ aufgestellten Grundsätze begreifen müssen. **Absender** und damit Täter i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist nicht nur derjenige, in dessen Namen eine Einladungs-E-Mail versendet wird. Absender kann vielmehr auch sein, wer aus Sicht des Durchschnittsempfängers maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung einer solchen Mitteilung nimmt, um hierdurch auf die von ihm angebotenen Dienstleistungen aufmerksam zu machen.

9 BGH v. 12.9.2013 – I ZR 208/12 – Empfehlungs-E-Mail, Tz. 23, CR 2013, 797 = ITRB 2014, 27.

10 KG v. 24.1.2014 – 5 U 42/12, CR 2014, 319, 321 = ITRB 2014, 154.

11 Im Entscheidungstext wird der Rückgriff auf die Figur der mittelbaren Täterschaft allerdings nur angedeutet, vgl. KG v. 24.1.2014 – 5 U 42/12, CR 2014, 319 (321 f.) = ITRB 2014, 154.

12 BGH v. 12.9.2013 – I ZR 208/12 – Empfehlungs-E-Mail, CR 2013, 797 = ITRB 2014, 27.

13 So schon BGH v. 18.1.2012 – I ZR 104/10, GRUR 2012, 942.

2. Wettbewerbsrechtliche Anforderungen an Kontaktfunktionen

Soweit der BGH darüber zu entscheiden hatte, ob die damalige Ausgestaltung der „Freunde finden“-Funktion wettbewerbswidrig war, kam ein Anspruch des vzbv aus § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 3, §§ 3, 5 Abs. 1 UWG in Betracht.

a) Geschäftliche Handlung

Hierzu war zunächst zu klären, ob es sich bei der Bereitstellung der „Freunde finden“-Funktion im Rahmen des Registrierungsvorgangs um eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG handelt. Nach der dortigen Legaldefinition umfasst diese „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens [...] vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt“. Richtigerweise war bei der Subsumtion unter diesen Zentralbegriff des Lauterkeitsrechts¹⁴ allein das Merkmal des „**objektiven Zusammenhangs**“ näher in den Blick zu nehmen. Weil der Begriff der „geschäftlichen Handlung“ den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht abgrenze, sei er funktional zu verstehen.¹⁵ Demnach müsse die Handlung darauf gerichtet sein, „durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern.“¹⁶

Dem BGH zufolge zielt die hier fragliche Handlung – insb. die Angaben zu Gegenstand und Funktionsweise der „Freunde finden“-Funktion im Rahmen des Registrierungsprozesses – gleich in zwei Richtungen auf die **Förderung des Absatzes** von Dienstleistungen (Tz. 69): Zum einen solle sie den Nutzer dazu veranlassen, durch Betätigung der „Freunde finden“-Funktion eine weitere Leistung der Betreiberin in Anspruch zu nehmen, nämlich die Auswertung seines E-Mail-Kontos im Hinblick auf Kontaktdaten. Neben der Auswertung stellten auch der Import der Kontaktdaten sowie das Generieren von Freundschaftsvorschlägen Dienstleistungen des Netzwerks dar, deren Absatz gefördert werden sollte. Zum anderen bezwecke die so ausgestaltete „Freunde finden“-Funktion, den Absatz der Dienstleistungen gegenüber Dritten – den Kontakten des Nutzers, die noch nicht Facebook-Mitglieder sind – zu fördern.

Auch wenn diese Absatzförderung erst in einem zweiten Schritt möglich ist und davon abhängt, dass der Nutzer die „Freunde finden“-Funktion und den „Einladungen versenden“-Button betätigt, ändert dies nichts an der Zielsetzung der Handlung. Damit ist klargestellt, dass ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und der Absatzförderung nicht erforderlich ist.¹⁷ Zweck der hier relevanten Handlung ist es, Dritten **werbliche Nachrichten**¹⁸ zukommen zu lassen und damit den Absatz zu fördern. Dies ist angesichts der Ausführungen des

BGH im ersten Teil der Entscheidung nur konsequent. Sofern man die Versendung von Einladungs-E-Mails an Dritte als Werbung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG begreift,¹⁹ wird man auch die der Versendung vorgeschaltete Bereitstellung der entsprechenden Funktion als geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ansehen müssen.

b) Unlautere Irreführung

Problematischer war die Frage, ob das beanstandete Verhalten eine unlautere Irreführung i.S.d. § 5 Abs. 1 Sätze 1, 2 Nr. 1 UWG darstellt (Tz. 71 ff.). Dies ist nach ständiger Rechtsprechung der Fall, wenn die Handlung „geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irriige Vorstellungen hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen“.²⁰

Bei der Subsumtion stellt der BGH zu Recht darauf ab, ob der Facebooknutzer irreführt wird. Das KG hatte zusätzlich noch einen Irrtum des Empfängers der Empfehlung-E-Mail angenommen.²¹ Diese Frage war nach Auffassung des BGH nicht vom entsprechenden Klageantrag umfasst, da dieser sich allein auf den Registrierungsprozess bezog. Angaben im Zusammenhang mit dem Registrierungsprozess könnten aber denotwendig nur eine Fehlvorstellung beim Facebooknutzer, nicht beim Empfänger der E-Mail auslösen.

Im Folgenden stellt der BGH anhand der einzelnen Schritte bei Betätigung der „Freunde finden“-Funktion fest, dass der Nutzer nicht hinreichend darüber unterrichtet wurde, dass die Betreiberin die Daten nutzt, um nicht bei Facebook registrierten Dritten Einladungs-E-Mails zukommen zu lassen. Wie schon das KG geht auch der BGH davon aus, dass der Hinweis im ersten Schritt des Registrierungsprozesses unter der Überschrift „Sind deine Freunde schon bei Facebook?“ bereits aufgrund seines Wortlauts vom Verkehr so aufgefasst wird, dass es nur um die Suche nach schon bei Facebook registrierten Kontakten geht. Die hierdurch hervorgerufene **Fehlvorstellung** des Nutzers werde im weiteren Verlauf des Registrierungsprozesses nicht ausgeräumt. Der unter dem „Freunde finden“-Button angebrachte Hinweis, „Dein Passwort wird von Facebook

14 Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 2 Rz. 3.

15 BGH v. 14.1.2016 – I ZR 65/14 – Tz. 67, GRUR 2016, 946, 952 = CR 2016, 596; zuvor BGH v. 10.1.2013 – I ZR 190/11, CR 2013, 592, Tz. 17; BGH v. 11.12.2014 – I ZR 113/13 – Bachblüten, MDR 2015, 782, Tz. 21 = CR 2015, 540 = ITRB 2015, 228 = GRUR 2015, 694, 969.

16 BGH v. 14.1.2016 – I ZR 65/14 – Tz. 67, CR 2016, 596 = GRUR 2016, 946, 952.

17 Zum Begriff des Kausalzusammenhangs Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 2 Rz. 47.

18 Zum Begriff der Werbung s. BGH v. 14.1.2016 – I ZR 65/14 – Tz. 26 ff., CR 2016, 596 = GRUR 2016, 946 (949) = MDR 2016, 1033, hier unter II.1.1.1.

19 S.o. unter II.1.1.1.

20 Vgl. nur BGH, v. 10.4.2014 – I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114, m.w.N.

21 KG v. 24.1.2014 – 5 U 42/12, CR 2014, 319 (322) = ITRB 2014, 154.

nicht gespeichert“, könne nicht als Hinweis über den tatsächlichen Umgang mit den E-Mail-Kontaktdaten verstanden werden. Deshalb könne schon nicht angenommen werden, dass der Nutzer diesen Hinweis betätige. Doch selbst wenn er dem nachgehe, könne er den folgenden Angaben nicht entnehmen, dass an nicht bei Facebook registrierte Personen Einladungs-E-Mails versendet würden. Soweit die Datenschutzrichtlinien des Netzwerks darüber aufklärten, sei nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sie dem Nutzer – sollte er sie überhaupt gelesen haben – während des Registrierungsvorgangs nicht gegenwärtig seien. Schließlich erfahre der Nutzer auch anhand der Liste mit seinen Kontakten nicht, dass an nicht bei Facebook registrierte Personen E-Mails versendet würden. Denn in dem Fall, dass keiner seiner Kontakte bei Facebook registriert sei, sehe er nur eine Liste. Diese räume den Eindruck, es werde nur nach Facebook-Mitgliedern gesucht, nicht aus.

Letztlich sei die so hervorgerufene Fehlvorstellung über die Art und den Umgang mit den Kontaktdaten von nicht Facebook-Mitgliedern auch **wettbewerbslich relevant**. Denn sie sei geeignet, die Entscheidung des Nutzers über die Preisgabe von Kontaktdaten zu beeinflussen. Art und Umfang der zu erwartenden Nutzung der eigenen Daten und solcher Daten, aus denen Rückschlüsse auf Kontakte zu Dritten geschlossen werden könnten, stellten ein für die Inanspruchnahme von Leistungen eines Social-Media-Dienstes wie Facebook wesentliches Kriterium dar, das für die Entschließung des potentiellen Nutzers, die angebotene Leistung in Anspruch zu nehmen, von erheblicher Bedeutung sei.²² Die Ansicht, dass die angenommene Nutzung eigener und fremder Daten für die Entscheidung eines Nutzers bei seiner Entscheidung für eine Dienstleistung von maßgeblicher Bedeutung ist, dürfe angesichts ihrer Allgemeinheit weit über den Komplex der Empfehlung-E-Mails und der „Tell a friend“-Funktionen hinaus Auswirkungen zugunsten des **Verbraucherschutzes** haben.

Auffällig ist hier, dass der BGH – anders als das KG²³ und das LG²⁴ – ausdrücklich offen lässt, ob die Entscheidung bezüglich der Ausgestaltung der „Freunde finden“-Funktion auch auf datenschutzrechtliche Erwägungen gestützt werden könnte.²⁵

IV. Bewertung und Empfehlungen für die Praxis

Im Mittelpunkt des Urteils stehen Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, die der BGH genau durchdekliniert.

Den Begriff der Werbung legt er in Festigung seiner Rechtsprechung zur Empfehlung-E-Mail weit aus. Insbesondere spielt es für ihn keine Rolle, ob die E-Mail teils auch privaten Charakter hat, solange sie werbliche Elemente umfasst. Kurz: Enthält eine generierte Empfehlung-E-Mail auch **werbliche Anteile**, stellt sie in aller Regel Werbung i.S.d. UWG dar, ohne dass es darauf ankommt, ob ihre werbliche oder private Natur im Vordergrund steht. Dieser Ansatz lässt sich ohne weiteres auf ähnliche Marketingformen übertragen, bei denen Kunden angehalten werden, Dritte mit dem Angebot eines Unternehmens in

Berührung zu bringen. Es kann damit gerechnet werden, dass es hier künftig zu einer verstärkten Überprüfung durch Verbraucherschützer und Gerichte kommen wird. Ob dabei der häufig auch private Charakter solcher Funktionen wirksam in Stellung gebracht werden kann, erscheint fraglich.²⁶ Zwar soll es nach dem BGH an einem Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fehlen, wenn bei einer Empfehlung der private Charakter einer Mitteilung im Vordergrund steht. Bei Empfehlungsfunktionen dürfte das aber nur selten anzunehmen sein.

Auch einer Haftung als Täter werden sich Unternehmen, die auf ihren Webseiten Empfehlungsfunktionen bereithalten, künftig nur noch schwer entziehen können. Insbesondere reicht es – anders als noch nach dem KG – nicht länger aus, eine solche Funktion für den Nutzer transparent zu gestalten. Vielmehr muss sichergestellt sein, dass der betroffene Adressatenkreis die entsprechende Nachricht als Mitteilung des jeweiligen Nutzers begreift. Auch hier sind die Anforderungen hoch. Es kommt etwa nicht allein darauf an, wer als Absender der E-Mail erscheint.

Die **transparente Ausgestaltung** von Empfehlungsfunktionen ist nach dem BGH hingegen unter dem Aspekt der unlauteren Irreführung des Nutzers zu berücksichtigen. Der Nutzer muss vor Abgabe seiner Empfehlung über Art und Umfang der Datennutzung informiert werden. Die Angaben dürfen nicht hinter missverständlichen Verlinkungen versteckt werden. Ausführungen in den Nutzungsbedingungen oder in der Datenschutzerklärung reichen hierzu alleine nicht aus.

Möchte ein Unternehmen trotz dieser strengen Vorgaben eine entsprechende Funktion einrichten, sollten mit Blick auf das Lauterkeitsrecht²⁷ folgende Punkte berücksichtigt werden:

Checkliste

- Die Empfehlung-E-Mail sollte keine eindeutig werblichen Aspekte enthalten (etwa Verlinkungen auf Registrierungsseiten, Versprechungen etc.).
- Als Absender der Empfehlung-E-Mail sollte zumindest auch der Nutzer mit seiner privaten Adresse erscheinen.
- Der Nutzer sollte Einfluss auf die Gestaltung des Texts und die Auswahl des Adressatenkreises haben. Auf die automatische Vorgabe der Empfängeradressen sollte verzichtet werden. Wird ein vorformulierter Text verwendet,

22 BGH v. 14.1.2016 – I ZR 65/14 – Tz. 63, CR 2016, 596 = GRUR 2016, 946.

23 KG v. 24.1.2014 – 5 U 42/12, CR 2014, 319 (322 ff.) = ITRB 2014, 154.

24 LG Berlin v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, GRUR-RS 2012, 05714, Tz. 32 ff.; gekürzt in CR 2012, 270 (272); hierzu s.a. *Wieczorek*, WRP 2012, 539 (540).

25 BGH v. 14.1.2016 – I ZR 65/14 – Tz. 63, CR 2016, 596 = GRUR 2016, 946 (952).

26 Dazu *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rz. 67.

27 Darüber hinaus berühren Empfehlungsfunktionen auch verschiedene datenschutzrechtliche Fragestellungen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann. Vgl. hierzu insb. KG v. 24.1.2014 – 5 U 42/12 = CR 2014, 319 (325) = ITRB 2014, 154.

sollte der Nutzer diesen ändern oder zumindest zwischen Alternativtexten wählen können.

- Der Nutzer sollte vor Abgabe seiner Empfehlung vollständig und verständlich über die Verwendung seiner Daten und den Ablauf der Empfehlungsfunktion informiert werden. Ein entsprechender Hinweis sollte unmittelbar im Zusammenhang mit der Betätigung der Funktion erteilt werden.

Insgesamt hat der BGH durch ein weites Verständnis der hier relevanten Begriffe des Lauterkeitsrechts den Verbraucherschutz gestärkt. Für die Betreiber von Webseiten gilt, dass sie weiter innovative Werbeformen wie „Tell a friend“-Funktionen anbieten können, dabei aber strenge Anforderungen beachten müssen.

Hinweise zur Vertragsgestaltung

Gestaltung von Pflegeverträgen für Individualsoftware

Vertragliche Unterschiede zur Standardsoftwarepflege aus Anbieter- und Anwendersicht

von Dr. Bernhard Hörl/Stefan Braun*

Softwarepflege wird in aller Regel auf der Basis von Verträgen vereinbart, die auf die Pflege von Standardsoftware zugeschnitten sind. Solche Pflegeverträge aus dem Standardsoftwarebereich werden in der Praxis mangels passender Muster oft auch als Vorlage für die Individualsoftwarepflege herangezogen. Das führt sowohl für den Anwender als auch für den Anbieter zu rechtlichen Unsicherheiten, weil es zwischen der Standardsoftwarepflege und der Pflege von kundenspezifischer Individualsoftware wesentliche Unterschiede gibt. Der Beitrag zeigt getrennt aus Anbieter- und Anwendersicht auf, worin diese Unterschiede bestehen und welchen Einfluss sie auf eine interessengerechte Vertragsgestaltung haben. Die Unterschiede und ihre vertraglichen Auswirkungen hängen entscheidend von zwei zentralen Weichenstellungen ab, die in der Praxis viel zu selten ausreichend thematisiert werden.

1. Interessenlage der Parteien und zentrale Weichenstellungen

a) Anbieterinteressen

Zur geschäftlichen Nutzung einer Software (Individual- wie Standardsoftware) ist der Anwender darauf angewiesen, dass sein aufgrund des Softwareüberlassungsvertrags erworbenes Produkt auf Dauer die mit der Software verbundenen Geschäftsvorgänge für seine Zwecke zuverlässig abdeckt und damit seine Investition in die Software schützt. Der Vorteil der Standardsoftwarepflege liegt für den Anbieter in der Standardisierung seiner Prozesse für eine Vielzahl von Kunden, bei der dem einzelnen Anwender im Regelfall nur die vom Anbieter einseitig festgelegte und standardisierte Pflegeleistung (Hotfixes, Updates und optional Upgrades und neue Releases) als Dienstleistung angeboten wird. Demgegenüber handelt es sich bei der Pflege von Individualsoftware um die Wartung einer nicht releasefähigen Software, deren Code individuell auf einen speziellen Anwender zugeschnitten ist. Pflegeleistungen für solche Individualsoftware sind genauso **kundenspezi-**

fisch und individuell wie die ursprüngliche Planung und Programmierung der Individualsoftware.

Während bei Standardsoftware Dritte durchaus in der Lage sein können – z.B. basierend auf einer offenen Plattform – bestimmte Softwarepflegeleistungen anzubieten oder als Zwischenhändler solche Produkte zu verkaufen, sind **Pflegevertragspartner** (Anbieter und Anwender) einer Individualsoftware dieselben, die auch die Individualsoftwareerstellung miteinander kontrahiert haben. Pflegeanbieter bei der Individualsoftware ist mit anderen Worten also der Softwareersteller selbst, nicht nur ein Zwischenhändler. Die zentrale Herausforderung für ihn ist, auf welche Weise er das für die Individualsoftwarepflege erforderliche Know-how und mit welchen Ressourcen er die nötigen Arbeitskapazitäten vorhält. Schließlich ist die Pflege von Individualsoftware eine langfristige, oft viele Jahre andauernde Aufgabe, die aber kein kontinuierliches, sondern eher fallbezogen projekthaftes Tätigwerden für nur einen einzigen Anwender erfordert. Diese **individuelle Ressourcen- und Kapazitätsplanung** des Anbieters stellt Weichen nicht nur für den verfügbaren Leistungsumfang der Pflegeleistungen, sondern bestimmt auch das Vergütungsmodell, die Vertragsdauer und andere zentrale Punkte.

b) Anwenderinteressen

Ein Anwender greift zu maßgeschneiderter Individualsoftware entweder, wenn er am Markt keine kommerziell erhältliche Standardsoftware findet, die seinen Bedürfnissen hinreichend gerecht wird. Dieser Anwender ist der **Erstkunde**, von dem aus die für ihn entwickelte Individualsoftware vielleicht später zum Standard weiterentwickelt

* Dr. Bernhard Hörl ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht in Stuttgart. Stefan Braun ist General Counsel EMEA bei Diebold Nixdorf und Fachanwalt für IT-Recht in Paderborn.

wird. Oder der Anwender entscheidet sich bewusst gegen Standardsoftware und trotz potentiell höherer Gesamtkosten für eine individuelle Lösung, weil er sich davon einen Wettbewerbsvorteil oder den Schutz seines **Geschäftsprozess-Know-hows** verspricht.

Dieser Unterschied in der Motivation der Anwender ist wichtig, denn nur die Erstkunden können mit der Standardisierung und Verbreitung ihrer Individualsoftware leben, die Know-how-Beschützer hingegen nicht. Diese Weichenstellung spielt sowohl für die Pflegekosten der Individualsoftware als auch für die Pflegevertragsgestaltung eine ganz entscheidende Rolle, denn schließlich verteilt die Überführung einer Individualsoftware in eine Standardsoftware die Pflegekosten auf die Schultern aller Anwender.

2. Leistungsbeschreibung

a) Anbietersicht

Im Zentrum jeder Softwarepflege steht die **Fehlerbehebung** durch den Anbieter. Bei der Pflege von geschäftskritischer Standardsoftware sind vertragliche Zusagen zur Reaktion und Fehlerbeseitigung (sog. **Service Level**) des Anbieters marktüblich. Die unterschiedlichen Reaktions- und Fehlerbehebungszeiten in diesen Service Levels werden von der Schwere des Fehlers bestimmt. Um solche Zusagen eingehen zu können, muss der Anbieter ein qualifiziertes Mitarbeiterteam vorhalten, das Fehlermeldungen entgegennimmt, analysiert und zur Fehlerkorrektur bei Bedarf den Softwarecode ändert. Demgegenüber verfügt der Anbieter der Individualsoftware nur für den Zeitraum eines konkreten Softwareerstellungsjahrs über ein qualifiziertes Team von Entwicklern, das sich kurzfristig um solche Belange kümmern könnte. Nach Abschluss des Softwareentwicklungsprojekts ist mit der Gesamtanbahnung dieser Umfang an qualifizierten Ressourcen nicht mehr verfügbar und nur für einen einzelnen Anwender auf Abruf auch nicht wirtschaftlich tragbar, weil kaum ein Anwender bereit ist, die anfallenden Vorhaltekosten komplett zu übernehmen.

Hier sollten Anbieter darauf achten, dass unter einer festen monatlichen Servicepauschale nur die Überlassung der Bug Fixes und maximal das Ausarbeiten von Workarounds zum Standardleistungsinhalt zählen. Sobald der Anbieter an einer konkreten qualitätsgesicherten Behebung eines Softwarefehlers und der Migration in die Individualsoftwareumgebung des Anwenders arbeitet, sollte dies unter einem gesondert zu vergütenden **Projektauftrag** erfolgen und gesondert vergütet werden. Während bei der Standardsoftware eine kundenunabhängige Umgebung zur Reproduzierbarkeit einer Fehlermeldung für eine schnelle Identifikation von echten Softwarefehlern möglich ist, kann eine solche klare Trennung in der Migrationsumgebung der Individualsoftware beim Anwender häufig nicht durchgeführt werden.

Beraterhinweis

Die Fehlerbeseitigungen stellt funktional immer eine Fortschreibung der Individualsoftware dar, welche der **Abnahme** durch den Anwender unterliegen kann und

aus Sicht des Anbieters auch unter eine Prüfungs- und Abnahmeverpflichtung des Anwenders gestellt werden sollte. Die Abnahme führt hierbei zu einer klaren Beendigung des kleinen Softwareprojekts, welches zur Fehlerbeseitigung oder Erweiterung der Funktionalitäten im Rahmen eines neuen Releases aufgesetzt wurde. Die rechtliche Wirkung der Abnahme ist aber auch die unverzügliche Kontrolle der Leistung. Hierdurch wird der Anwender im Rahmen des § 640 BGB in die Lage versetzt, eventuelle Fehler zur Kenntnis zu nehmen, so dass die Verjährungsfristen der Mangelhaftung zu laufen beginnen.

b) Anwendersicht

Neben der Fehlerbehebung können Pflegeleistungen auch die **Weiterentwicklung** der Individualsoftware umfassen. Anders als bei Standardsoftware muss das bei der Pflege von Individualsoftware jedoch immer ausdrücklich vereinbart werden, denn der Anbieter wird die individualisierte Software nicht ohne einzelnen Auftrag des Anwenders funktional erweitern. Ist für den Anwender absehbar, dass seine Individualsoftware während der Pflegedauer weiterentwickelt werden muss (z.B. in Form von zusätzlichen Modulen, Plattformerweiterungen, Mehrsprachigkeit), so ist er gut beraten, das als gemeinsames Ziel im Pflegevertrag so konkret wie möglich zu fixieren. Zugleich sollte er den Anbieter vertraglich verpflichten, diese Weiterentwicklungen auf Wunsch umzusetzen, denn der Anwender ist auf den Anbieter angewiesen.

Erstkunden sollten zudem darauf achten, dass sie von künftigen Weiterentwicklungen profitieren können, die der Anbieter bei der Überführung der ursprünglich individualisierten Software in eine Standardsoftware erstellt. Das heißt zum einen, dass sich der Erstkunde ein Recht (aber nicht die Pflicht) zur – möglichst kostenfreien – Nutzung künftiger standardisierter Softwareversionen einräumen lässt. Zum anderen sollte der Erstkunde wirtschaftlich davon profitieren,¹ dass der Anbieter sich durch die Standardisierung weitere Umsatzquellen für die Software erschließt, deren Erstentwicklung ihm der Erstkunde voll bezahlt hat.

Beraterhinweis

Weiterentwicklungsaufträge sind in aller Regel nicht mit Pflegepauschalen abgegolten, sondern müssen vom Anwender zusätzlich vergütet werden. Weil der Anwender vom Anbieter abhängig ist, sollte er versuchen, im Pflegevertrag zumindest **Vergütungsgrundsätze** (Pauschalpreise, Tagessätze oder ähnliches) **auch für Zusatzaufträge** wie Erweiterungen der Individualsoftware zu verankern. Wichtig ist es zudem, den Anbieter zur Anpassung der Software an neue gesetzliche oder regu-

¹ In Frage kommt dafür z.B. eine Rückvergütung vom Anbieter an den Erstkunden, deren Höhe von den Softwareumsätzen des Anbieters mit anderen Anwendern abhängt. Denkbar ist auch die Reduktion der Softwarepflegekosten für den Erstkunden, sobald der Anbieter seine Pflegeaufwände auf die Schultern mehrerer Anwender verteilen kann.

latorische Bedingungen zu verpflichten, so dass der Anbieter hier das volle Leistungsrisiko der rechtlichen Nutzbarkeit der Software für den vereinbarten Einsatzzweck während der gesamten Pflegedauer trägt.

3. Vergütung

a) Anbietersicht

Die Softwarepflege ist zunächst als Nachfolgeleistung zu einem abgeschlossenen Erstellungsvertrag von Individualsoftwareprogrammierung mit einem neuen eigenen **Vergütungsmodell** anzubieten. Hierzu eignen sich sowohl die regelmäßige monatliche oder jährliche Vergütung unter einer Dienstverpflichtung mit entsprechender Laufzeit als auch die Kalkulation nach tatsächlichem Aufwand oder projektbezogener Pauschalvergütung pro Überarbeitung mit werkvertraglichem Charakter. Der Anbieter kann hier nach seiner eigenen Interessenlage das passende Angebot für den Anwender zusammenstellen, abgestimmt auf seine jeweilige Ressourcen- und Kapazitätsplanung.

Dem Anbieter stehen auf rechtlicher Seite bereits während der Gewährleistungsfrist genügend Gründe zur Seite, die Leistung unter einem Wartungsvertrag als einen erheblichen Mehrwert gegenüber der gesetzlichen Gewährleistungsverpflichtung anbieten zu können. Dies beginnt bereits bei der Möglichkeit des Anwenders zur **Fehlermeldung**. Eine gesetzliche Vorgabe für die Art, wie der Fehler schnellstmöglich angenommen werden muss, gibt es nicht. Im Rahmen der gesetzlichen Gewährleistung gelten nur die offiziellen vom Anbieter angegebenen Kontaktadressen, also zunächst Post und Fax für den wirksamen Zugang einer Fehlermeldung. Bei der telefonischen Meldung eines Fehlers im Rahmen der Gewährleistung hat der Anwender keinen Anspruch auf einen kompetenten Ansprechpartner und eine weitere Bearbeitung. Dies ist bei der Softwarepflege mit Erreichbarkeit eines telefonischen Helpdesks oder einer softwaregestützten Kontaktaufnahme zur Fehleranzeige mit den entsprechenden Tools ganz anders und für den Anwender wesentlich komfortabler.

b) Anwendersicht

Vom Ansatz her möchte der Anwender nur konkret erbrachte Pflegeleistungen vergüten. Für Fehlerbehebung in der Individualsoftware will der Anwender also dem Anbieter **keine Vorhaltekosten** erstatten und wird argumentieren, dass die Vorhaltekosten bspw. für ein Team, das Fehler entgegennimmt und behebt, nur anfallen, weil in der ursprünglich erstellten Software noch Fehler enthalten sind. Über diesen Punkt wird oft intensiv verhandelt, bis ein Kompromiss gefunden ist, mit dem beide Parteien wirtschaftlich leben können.

Umfasst die Individualsoftwarepflege nur die Fehlerbehebung, so hat der Anwender gute Argumente, während der Gewährleistungsdauer des ursprünglichen Softwaregewerks keine Pflegevergütung für die eigentlichen Arbeiten des Anbieters an gemeldeten Fehlern zu zahlen. Schließlich kann der Anwender aus dem Softwareerstellungsvertrag die unentgeltliche Behebung dieser Fehler verlangen, denn vom Ansatz her ist jeder Fehler in der

Software ein gewährleistungspflichtiger Mangel im Sinne des Erstellungsvertrags. Als **Nacherfüllungsanspruch** ist das mit der Vergütung für die Softwareerstellung abgegolten, und aus Sicht des Anwenders ist nicht einzusehen, dass dieselbe Leistung ein zweites Mal in Form von Pflegevergütung bezahlt werden soll. In diesen Konstellationen wird der Anwender im Rahmen der Pflege allenfalls für das Vorhalten eines Helpdesks o.Ä. bezahlen wollen.

Beraterhinweis

Hier sind beim Pflegevertrag die Interessengegensätze der Parteien denkbar groß und Kompromisse schwer zu erzielen. Deshalb ist es für alle Beteiligten ratsam, das Verhältnis der Gewährleistung aus dem Erstellungsvertrag zu den Pflegeleistungen und ihrer Vergütung nicht erst zu später Zeit im Pflegevertrag zu thematisieren, sondern gleich zu Beginn im **Erstellungsvertrag**. Sinnvollerweise werden der Erstellungsvertrag und der Pflegevertrag zeitgleich geschlossen und gerade in diesem Punkt sorgfältig **synchronisiert**, so dass ein wirtschaftlicher Kompromiss in beiden Verträgen verankert ist.

4. Rechteregeung

Die Regelung der Nutzungsrechte an Updates, Upgrades und anderen Pflegeergebnissen einer Individualsoftware folgt in aller Regel der Einigung über die **Nutzungsrechte aus dem Softwareerstellungsvertrag**. Welche Rechteregeung für Pflegeergebnisse im konkreten Fall angemessen und sachgerecht ist, hängt zentral von der Weichenstellung ab, ob die erstellte Individualsoftware über die gesamte Pflegedauer für den einen Anwender maßgeschneidert bleiben soll (das ist zentral für den Know-how-Schutz dieses Anwenders) oder ob sie vom Anbieter in einen Softwarestandard überführt und sukzessive auch anderen Anwendern zugänglich gemacht werden soll. Letzteres ist bei Erstkunden das Ziel.

Beachten Sie: In der Praxis werden zum Teil Pflegevertragsmuster verwendet, die überhaupt keine Nutzungsrechtsklauseln beinhalten. Das ist nicht empfehlenswert, weil dann die Nutzungsrechte der Parteien an den Pflegeergebnissen durch Auslegung (des Pflegevertrags und auch des ursprünglichen Beschaffungsvertrags) ermittelt werden müssen. Diese Auslegung bringt Unsicherheiten und Streitpotential. Jeder Softwarepflegevertrag sollte eine eigene Nutzungsrechtsklausel enthalten, und sei es auch nur in Form eines einfachen klarstellenden Verweises auf die Rechteregeung des vorangehenden Softwareerstellungs- oder -überlassungsvertrags, soweit diese auch für sämtliche nachfolgenden Pflegeergebnisse passt.

a) Anbietersicht

Der Anwender hat sich u.U. im Erstellungsvertrag mit den ausschließlichen Nutzungsrechten an der Individualsoftware einen Wettbewerbsvorteil gesichert und will damit verhindern, dass die von ihm bereits bezahlten Arbeitsergebnisse anderen Mitbewerbern ebenfalls zur Verfügung gestellt werden. Auch diese Konstellation sollte dem Anbieter die Möglichkeit belassen, an verwendeten Zwischenergebnissen, Tools und Werkzeugen ein weitergehendes eigenes Verwertungsrecht zu behalten und diese

in die eigene Standardsoftware für andere Anwender integrieren zu dürfen, soweit dadurch kein schützenswertes Know-how des ersten Anwenders offenbart wird. Der Anbieter einer Individualsoftware stellt dem Anwender im Rahmen ausschließlicher Nutzungsrechte im Regelfall nur die endgültigen Arbeitsergebnisse zur Verfügung und sollte sich deshalb immer vorbehalten, alle Zwischenergebnisse, Methoden, Ideen, eigenes Know-how und seine Tools auch für andere Anwender einsetzen zu können. Diese anderen Anwendern überlassenen Elemente dürfen, auch aus Gründen der Vertraulichkeit der Geschäftsgeheimnisse des Anwenders, keine 1:1-Kopie der individuellen Arbeitsergebnisse für den Anwender sein, sondern allenfalls eigenständige Ableitungen aus Zwischenergebnissen und eigenem Know-how des Anbieters.

Einem Erstkunden sollte der Anbieter anbieten, die Individualsoftware mit jeder Lieferung der Updates und Upgrades immer mehr **in einen Standard zu überführen** und damit die Migrationsaufwände des Erstkunden zu reduzieren, sobald die Software ihre Marktreife als Standardprodukt erreicht hat und der Anbieter andere Pflegekunden gewonnen hat. Entscheidend für den Anbieter ist es, diesen Standard möglichst weitgehend selbst bestimmen zu können und diese Freiheit auch im Pflegevertrag zu verankern. Je freier der Anbieter den künftigen Standard selbst definieren kann, desto flexibler ist er in der **Ausrichtung der Standardsoftware**, etwa bei Entscheidungen zu Plattform, Systemanforderungen, Funktionalität, Softwarearchitektur, Schnittstellen usw. Im Gegenzug muss der Erstkunde auf die ausschließlichen Nutzungsrechte an den Weiterentwicklungen verzichten, so dass der Anbieter für alle Anwender hieraus einen Mehrwert ziehen kann. Nur über eine solche Überführung in den Standard kann der Anwender von der Möglichkeit regelmäßiger Upgrades profitieren, da diese vom Anbieter nur für die Standardsoftware im Rahmen seiner marktabhängigen Software-Roadmap angeboten werden können. Unverzichtbar für den Anbieter ist deshalb im Pflegevertrag mit einem Erstkunden eine präzise Rechterege lung, die den Übergang der Individualsoftware in eine künftige Standardsoftware in der Rechtheohheit des Anbieters vorbereitet und ermöglicht.

b) Anwendersicht

Aus Anwendersicht muss die Rechterege lung im Pflegevertrag die Investitionsentscheidung des Anwenders für seine maßgeschneiderte Individualsoftware und gegen Standardsoftware schützen. Das bedeutet konkret, dass der Softwarepflegevertrag die Nutzungs- und Verwertungsrechte nicht aushebeln oder schmälern darf, die der Anwender im ursprünglichen Erstellungsvertrag an der Individualsoftware erworben hat.

Wer als Anwender sein schützenswertes Know-how in die Individualsoftware eingebracht hat und es darin dauerhaft schützen will, muss darauf bestehen, dass keine Pflegeleistung die **Exklusivität** seiner ursprünglichen Nutzungsrechte beeinträchtigt. Dazu können auch Mitspracherechte bei der Pflege und Fortentwicklung der Individualsoftware gehören, etwa bei der Entscheidung, ob Open Sour-

ce-Elemente in den Softwarecode integriert werden dürfen oder ob eine neue Schnittstelle oder Funktion individuell programmiert oder über einen zugekauften Standardbaustein realisiert wird. Solche Mitspracherechte und Vorgaben sind natürlich Kostentreiber, weil sie die Flexibilität des Anbieters in der Arbeit am Softwarecode mehr oder weniger stark einschränken. Wer sich als Anwender dessen bewusst ist und sich gerade für eine maßgeschneiderte Individualsoftware entscheidet, hat mit der Rechterege lung im Erstellungsvertrag und im Pflegevertrag die passenden Stellschrauben, um sein eingebrachtes Know-how und seinen Wettbewerbsvorteil dauerhaft zu schützen. Das kann im Extremfall so weit gehen, dass der Anbieter zugunsten des Anwenders **spezielle Arbeitsvertragszusätze** mit seinen angestellten Softwareentwicklern vereinbart, um die Rechteübertragung an den Anwender und dessen Know-how-Schutz bestmöglich abzusichern.

Für den Erstkunden ist der umfassende Schutz seiner erworbenen Softwarerechte nicht so wichtig. Im Gegenteil ist der Erstkunde daran interessiert, im Rahmen der Pflege möglichst rasch und gut wirtschaftlich davon zu profitieren, dass die Individualsoftware in einen Softwarestandard für viele Anwender überführt wird.² Der Erstkunde muss in diesem Fall aber gleichzeitig sicherstellen, dass trotz nachfolgender Standardisierung und Marktausrichtung die Software auch seine Bedürfnisse dauerhaft erfüllt. Das ist nicht nur ein Thema der Rechterege lung im Pflegevertrag, sondern sollte auch in der Leistungsbeschreibung verankert werden, bspw. durch Festschreibung von Mindestfunktionalitäten, Schnittstellen, Performancewerten, die der Anbieter trotz Standardisierung dauerhaft beibehalten muss.

5. Fazit

Die dargestellten Besonderheiten der Individualsoftwarepflege, welche nach dem Abschluss des Softwareentwicklungsprojekts zwischen den gleichen Parteien zu einer Überleitung in ein Dauerschuldverhältnis führt, verlangen im Vergleich mit dem Pflegevertrag für Standardsoftwarepflege zusätzliche und abweichende Regelungen. Diese Regelungen müssen für jeden Pflegevertrag maßgeschneidert werden und sind maßgeblich bestimmt von den Weichenstellungen, wie der Anbieter die Pflegeleistungen operativ erbringt und kalkuliert und warum sich der Anwender für eine Individuallösung anstelle einer Standardsoftware entschieden hat. Diese Weichenstellungen müssen die Parteien vor dem Vertragsabschluss offen miteinander besprechen, sonst sind Missverständnisse und unpassende Verträge vorprogrammiert. Sind die Entscheidungen erst einmal transparent getroffen, lassen sich auch scheinbar gegensätzliche Interessen der Parteien in den kommerziellen Kernpunkten der Softwarepflege (Leistungsbeschreibung und Service Level, Vergütung, Rechterege lung) zu tragfähigen Kompromissen zusammenführen, die einer langfristigen Pflegebeziehung die nötige Stabilität geben.

² S. dazu oben 2.b).

Mehr zum Thema: Die Überlassung bzw. Erstellung und die Pflege von Standard- und Individualsoftware werden, jeweils aus Anbieter- und aus Anwendersicht, von verschiedenen Autoren ausführ-

lich dargestellt in *Intveen/Gennen/Karger* (Hrsg.), Handbuch des Softwarerechts – Softwareverträge aus Anbieter- und Anwendersicht, das 2017 im Deutschen AnwaltVerlag erscheinen wird.

§ 15 FAO Selbststudium Rechtliche Grenzen der Suchmaschinenoptimierung

SEO: Rechtsprechung und Konsequenzen für die Praxis

von Dr. Thomas Engels*

Die Bedeutung von Suchmaschinen für den Erfolg einer Internetseite ist groß. Es gibt kaum eine gewerblich betriebene Internetpräsenz, wie z.B. einen Webshop, der nicht darauf angewiesen ist, in Suchmaschinen zu den einschlägigen Suchbegriffen auf den vorderen Rängen aufzutauchen. Neben bezahlten Suchmaschinenanzeigen sind die sog. organischen Suchergebnisse eine sichere Möglichkeit, um Besucher auf die eigene Internetseite zu lenken. Der Beitrag zeigt einige vertragliche und gesetzliche Hürden auf dem Weg in die oberen Suchmaschinenplätze.

I. Ausgangssituation

Unter dem Begriff des Suchmaschinenmarketings werden eine Vielzahl von Maßnahmen verstanden, die in ihrer Gesamtheit dazu dienen sollen, mehr Besucher auf eine Internetseite zu bringen. Unterteilt werden diese Maßnahmen zunächst in den Bereich der **Suchmaschinenwerbung** (Search Engine Advertising, SEA) und den hier behandelten Bereich der **Suchmaschinenoptimierung** (Search Engine Optimization, SEO). Daneben existieren noch eine Vielzahl von Hilfsmaßnahmen, wie bspw. das **Tracking** von Besuchern, um deren Verhalten besser nachvollziehen und die eigene Internetseite optimal darauf abstimmen zu können. Diese Leistungen werden am Markt von einer unüberschaubar großen Zahl an Agenturen angeboten, die sich darauf spezialisiert haben.

II. Verträge über Suchmaschinenoptimierung

Die Positionierung in den Ergebnissen einer Suchmaschine basiert auf der Relevanz, die eine Suchmaschine der jeweiligen Seite beimisst, und ist das Ergebnis eines geheim gehaltenen Algorithmus. Bemessungsgrundlage ist dabei der Inhalt der Seite (On-Page) und die Wahrnehmbarkeit der Seite aufgrund von Hyperlinks, die zu ihr führen (Off-Page).¹

1. Vertragstypologie

a) Off-Page-Maßnahmen

Mit den Off-Page-Maßnahmen hat sich das LG Amberg auseinandergesetzt und die Frage beurteilt, welchem Typus ein Vertrag zuzuordnen ist, der das Setzen von sog. Backlinks, also Verweisen auf eine bestimmte Internetseite, vorsieht.² Das Gericht hat diesen Vertrag als **Werkvertrag** i.S.d. § 631 BGB angesehen und dazu ausgeführt,

dass die Verpflichtung, über einen Zeitraum von drei Monaten hinweg 684 Backlinks zu einem monatlichen Entgelt von 177 € zu setzen, in der Herbeiführung eines Erfolgs besteht und nicht nur ein bloßes Bemühen geschuldet ist. Unerheblich sei, ob das Setzen dieser Backlinks ohne weiteres möglich sei oder ob die jeweiligen Seitenbetreiber, bei denen die Links anzubringen seien, dem noch hätten zustimmen müssen.

Das OLG Köln ist bei seiner Bestimmung des Vertragstypus' eines SEO-Vertrags zu einem abweichenden Ergebnis gekommen und hat entschieden, dass ein solcher Vertrag dem **Dienstvertragsrecht** unterfällt.³ Allerdings war der Leistungsumfang auch ein anderer. Ausweislich des Vertrags hätten sich die Verpflichtungen nicht allein auf eine Optimierung des Webshops beschränkt. Vielmehr hätten die Parteien einen Marketingvertrag geschlossen, der den Webshop über verschiedene Vertriebswege habe bewerben und vermarkten sollen. So sei auch die Schaltung von Suchmaschinenanzeigen vereinbart worden. Auch die Leistungsinhalte Affiliate Marketing und die Listung bei den einschlägigen Preissuchmaschinen würden vor allem in der Zusammenschau mit der Vereinbarung des monatlich zu entrichtenden Pauschalhonorars Marketingaktivitäten beschreiben, bei denen nicht etwa der Entwurf einer Anzeige oder eines Vertragswerks mit dem Werbepartner als werkvertragliche Leistung im Vordergrund stehe, sondern die eine Dienstleistung zum Inhalt hätten. Das Bündel der einzelnen unterschiedlichen Elemente war hier ausschlaggebend um Dienstvertragsrecht anzunehmen.

b) On-Page-Maßnahmen

Die Durchführung von On-Page-Maßnahmen war Gegenstand einer Entscheidung des LG Köln, das ebenfalls über die vertragstypologische Einordnung zu entscheiden hatte.⁴

* Dr. Thomas Engels, LL.M., ist Fachanwalt für IT-Recht und als Rechtsanwalt in Köln tätig.

1 Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, UWG, § 4 Rz. 299.

2 LG Amberg, Urt. v. 22.8.2012 – 14 O 417/12.

3 OLG Köln, Hinweisbeschl. v. 16.1.2014 – 19 U 149/13.

4 LG Köln, Urt. v. 20.2.2015 – 12 O 186/13.

Neben den unstreitig zu erbringenden Leistungen im Bereich der Erstellung von Texten für eine Internetseite und dazugehörigen Programmierleistungen war aber auch eine Vielzahl anderer Leistungen Gegenstand des Vertrags, nämlich die Beratung, das Schalten von Online-Werbemitteln (z.B. Banner), die Suchmaschinenwerbung (SEA, z.B. Google-Adwords/Facebook), das Affiliate und Newsletter Marketing sowie eine umfassende Beratung und Analyse. Zudem wurden die Leistungen als „Flatrate“ zu einem Pauschalpreis erbracht.

Neben der Bezeichnung des Vertrags als Dienstvertrag, der allerdings nur Indizwirkung zukomme, begründe auch die Vertragsstruktur eine Einordnung als **Dienstvertrag**. Ein wesentlicher Teil dieser Leistungen bestehe aus Onlinemarketingmaßnahmen, die dienstvertraglich zu qualifizieren seien, weil lediglich ein Tätigwerden – etwa allgemeines Projektmanagement, Beratung, Suchmaschinenoptimierung und -werbung – geschuldet sei. Die Verfügbarkeit auch werkvertraglich zu qualifizierender Leistungen begründe hingegen nicht eine Einordnung als Werkvertrag insgesamt.

2. Urheberrecht

Unabhängig von der Einordnung als Dienst- oder Werkvertrag spielt auch die Einordnung des jeweiligen Arbeitsergebnisses eine Rolle. Soweit nämlich On-Page-Maßnahmen, vor allem also die Erstellung von suchmaschinenoptimierten Texten, geschuldet sind, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung dieser Texte.

Das OLG Rostock hat solchen Texten Werkqualität beigemessen und daher einen urheberrechtlichen Schutz für diese Art von Texten angenommen.⁵ Sie unterstünden als Sprachwerke dem Schutz des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG. Zwar weise die auf den Webseiten verwendete Alltagssprache an sich keine Besonderheiten auf. Die **sprachliche Gestaltung** führe jedoch dazu, dass die Webseiten bei Eingabe der entsprechend plakativen Suchwörter in die Suchmaschine Google unter den ersten Suchergebnissen erscheine. Weil die Suchmaschinen im Internet ihre Ergebnisse auf der Grundlage der in den Quelltexten enthaltenen sog. Metatags sowie dem Auftreten der Suchbegriffe im Dokumententitel oder in Überschriften sortierten, komme der zielführenden Verwendung der Sprache bei der Suchmaschinenoptimierung erhebliche Bedeutung zu.

Um gleichwohl für eine gewisse Dauer die Auflistung der Webseiten an der Spitze der Suchergebnisse zu erreichen, bedürfe es daher besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Gestaltung des Internetauftritts. Darin liege die persönliche geistige Schöpfung gem. § 2 Abs. 2 UrhG. Die **Auswahl, Einteilung und Anordnung der Suchbegriffe** aus der Alltagssprache auf den Webseiten und im Quelltext bildeten hier die individuelle schöpferische Eigenheit des gestalteten Internetauftritts. Die Gestaltung mit Mitteln der Sprache erreiche die für die Urheberrechtsschutzfähigkeit hinreichende Gestaltungshöhe, denn sie übersteige deutlich das Schaffen eines durchschnittlichen Webdesigners.

In ähnlicher Weise argumentierte auch das OLG Düsseldorf zu einem Internetwerbetext für Roben.⁶

3. Vertragsgestaltung

Die einschlägigen Entscheidungen haben erhebliche Folgen für die Gestaltung der Verträge mit der jeweiligen Agentur. So muss verhandelt werden, was genau geschuldete Leistung sein soll und wie diese Leistung rechtlich zu bewerten ist. Insb. ist darauf zu achten, dass die häufig anzutreffende Zusage, dass man unter die ersten Suchtreffer gelangt, auch tatsächlich verankert und ggf. mit entsprechenden Pönalen versehen ist, wenn das Dienstvertragsrecht auf anderem Wege keine Ansprüche bietet.

Der Aspekt der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Texten muss auch bei der Vertragsgestaltung beachtet werden; sinnvollerweise lässt sich der Seitenbetreiber umfassende Rechte einräumen, die es ihm ermöglichen, im eigenen Namen gegen mögliche Mitbewerber vorzugehen, die sich bei den spezifischen Texten bedienen und diese einfach kopieren.

III. Grenzen der Suchmaschinenoptimierung

Im Ergebnis beruht die Technik der Suchmaschinenoptimierung auf der Beeinflussung eines unbekannt arbeitenden Algorithmus' und damit auf dem Ausnutzen bestimmter Techniken, die sich bekanntermaßen positiv auswirken. Dieses Ausnutzen von Techniken ist jedoch rechtlichen Grenzen unterworfen, die im Wettbewerbsrecht, aber auch – und vor allem – im Markenrecht liegen.

1. Wettbewerbsrecht

Das OLG Hamm hatte in einer wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung darüber zu entscheiden, ob das Einsetzen von suchmaschinenbeeinflussenden Techniken zu einem Unterlassungsanspruch führen kann.⁷ Konkret ging es um das Erstellen einer Vielzahl von vermeintlich leeren Internetseiten, die nur für Suchmaschinen sichtbaren Text enthielten, um den Mitbewerber von den ersten Positionen zu bestimmten Suchbegriffen zu verdrängen. Hierin könne eine **gezielte wettbewerbsrechtliche Behinderung** liegen, die jedoch nicht allgemein auf die verwendete Technik gestützt werden könne. Vielmehr könne das Verwenden von allgemeinen Begriffen noch als zulässig angesehen werden. Unzulässig sei aber das Verwenden von Namen eines Konkurrenten, um diesen aus den ersten Suchergebnisrängen zu verdrängen.

2. Markenrecht

In markenrechtlicher Hinsicht hatte der BGH vor zehn Jahren schon ähnliche Fragestellungen zu entscheiden. So wurde das Verwenden von fremden Marken in Metatags, also den nicht sichtbaren Steuerbegriffen für Suchmaschinen, als Markenverletzung angesehen.⁸ Gleiches entschied

⁵ OLG Rostock, Beschl. v. 27.6.2007 – 2 W 12/07.

⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.5.2014 – I-20 U 174/12.

⁷ OLG Hamm, Urt. v. 18.6.2009 – 4 U 53/09.

⁸ BGH, Urt. v. 18.5.2006 – I ZR 183/03.

der BGH auch für die „weiße Schrift auf weißem Grund“, die auch nur dazu eingesetzt wurde, um Suchmaschinen zu beeinflussen.⁹ Auch andere Techniken, wie z.B. die Verwendung von Marken im Alternativtext für Bilder, die bei barrierefreien Internetseiten und bei rein textbasierter Betrachtung zum Einsatz kommen, wurden als Markenverletzung angesehen.¹⁰

Neuere gerichtliche Entscheidungen setzen sich jedoch mit wesentlich ausgeklügelteren Techniken auseinander als der bloßen Nennung von fremden Marken im Quelltext.

a) Kombinierte Trefferliste

Das OLG Frankfurt hatte über On-Page-Maßnahmen, nämlich über die Beeinflussung des Verhaltens eines auf der eigenen Webseite eingesetzten Suchalgorithmus, zu entscheiden.¹¹ Die Beeinflussung führte dazu, dass bei Eingabe eines bestimmten Markenbegriffs und Betätigung der Suchfunktion der Seite unter einer die Marke wiederholenden Überschrift eine Trefferliste erschien, in der auch Angebote nicht vom Markeninhaber stammender Waren erschienen. Sie wurden nicht abgesetzt, sondern im Rahmen einer einheitlichen Ergebniszusammenstellung angezeigt und ließen sich nicht unschwer als Wettbewerbsprodukte erkennen.

Hierin liege eine **Verletzung der Herkunftsfunktion** einer Marke. Die Verwendung einer Marke als Suchwort habe, anders als die Verwendung eines Gattungsbegriffs, dem Wesen nach die Funktion, Produkte dieser Marke als Suchergebnis herauszufiltern. Wer in einem Kaufhaus nach Produkten einer Marke frage, der erwarte, dass ihm der Verkäufer auch diese Markenprodukte und nicht deren Konkurrenzprodukte zeige. Die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion liege dann sowohl beim virtuellen wie auch beim physischen Einkauf darin, dass dem Interessenten auf die konkrete Frage nach dem Markenprodukt ungefragt die Wettbewerbsprodukte präsentiert würden.

b) Lenkung auf andere Hersteller

In gleicher Weise urteilte auch das OLG Köln.¹² Durch den Einsatz eines Algorithmus, mit dessen Hilfe interessierte Kunden auf bestimmte Angebote gelenkt würden, nach denen sie nicht direkt gesucht hätten, verlasse die Betreiberin der Seite die Rolle einer reinen Plattformbetreiberin und könne sich daher nicht darauf zurückziehen, die betreffenden Angebote seien nicht von ihr, sondern Dritten in die Plattform eingestellt worden. Sie hafte daher jedenfalls als Mittäterin für die aufgrund ihres Algorithmus eintretenden Rechtsverletzungen.

Internetnutzer, die auf einer Verkaufsplattform, von der sie wüssten, dass dort Produkte unterschiedlicher Hersteller angeboten würden, ein ihnen geläufiges Zeichen als Suchwort eingäben, erwarteten in erster Linie, dass ihnen Produkte, die unter diesem Zeichen vertrieben würden, angeboten würden. Sie kämen nicht ohne weiteres auf den Gedanken, dass ihnen ausschließlich Produkte anderer Hersteller, die zu dem Markeninhaber keinerlei Beziehung aufwiesen, vorgeschlagen würden, solange sie keinen **aus-**

drücklichen Hinweis in dieser Richtung erhielten. Wiederrum in Analogie zum Kaufhausbesuch geht das Gericht davon aus, dass der Kunde, der einen Verkäufer nach dem Stuhl „X“ fragt, vielleicht noch damit rechnet, dass ihm der Verkäufer auch „Y“ und „Z“ anbietet. Er erwarte aber nicht, dass ihm der Verkäufer stillschweigend nur die Stühle „Y“ und „Z“ vorstellt, ohne zumindest einleitend darauf hinzuweisen: „X“ haben wir leider nicht. Aber, Y“ und, Z“ sind vergleichbar.“. Insoweit gibt das OLG Köln aber auch einen Ausblick, wie die Gestaltung hätte aussehen können, indem es ausführt, dass etwa sinngemäß ein Hinweis wie folgt angebracht gewesen wäre: „Ihre Suche ergab keine Treffer. Folgende Produkte könnten Sie auch interessieren: ...“.

c) Zwischenspeicherung von Suchanfragen

Mit Off-Page-Maßnahmen hatte sich der BGH in der Entscheidung „Poster-Lounge“ auseinandersetzen.¹³ Betroffen war der Betreiber einer Onlineverkaufsplattform, der eine Technik eingesetzt hatte, mit der auf der Plattform durchgeführte Suchen von Benutzern zwischengespeichert wurden. Diese **Zwischenspeicherung** führte dazu, dass die Seiten von Google in den Suchindex aufgenommen und angezeigt wurden, wenn der gesuchte Begriff darin vorkam. So wurde die Plattform unter den vorderen Ergebnissen in der Suchmaschine aufgeführt, ohne dass auf der damit verlinkten Seite oder an anderer Stelle auf der Plattform die Waren des Markeninhabers erhältlich waren.

Dieses Verhalten hat der BGH als ausreichend angesehen, um eine Haftung des Plattformbetreibers sogar als Täter der Markenverletzung anzunehmen. Die aktive Beeinflussung des Ergebnisses des Auswahlverfahrens einer Internetsuchmaschine im eigenen wirtschaftlichen Interesse führe zu einer Tatherrschaft über den Lebenssachverhalt, der zu der streitgegenständlichen Markenverletzung geführt habe.

Die Entscheidung des BGH erfasst nicht nur das Betätigungsfeld von Marktplatzbetreibern, sondern kann auch ganz normale Onlineshops betreffen. Schon das OLG Hamburg hatte im Jahr 2007 angenommen, dass eine leere Kategorie in einer Versteigerungsplattform als „Nicht-Angebot“ zu werten ist und damit eine Markenverletzung darstellt.¹⁴ Dies lässt sich nahtlos auch auf Webshops mit nicht (mehr) verfügbaren Waren übertragen oder auf die vom OLG Köln ins Spiel gebrachte Möglichkeit der „auch interessanten“ Angebote. Erfolgt hier kein konkretes Angebot und ist die Seite trotzdem darunter in Suchmaschinen auffindbar, liegt eine Rechtsverletzung nahe.

9 BGH, Urt. v. 8.2.2007 – I ZR 77/04.

10 OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.11.2011 – I-20 U 68/11.

11 OLG Frankfurt, Urt. v. 11.2.2016 – 6 U 16/15.

12 OLG Köln, Urt. v. 20.11.2015 – 6 U 40/15.

13 BGH, Urt. v. 30.7.2015 – I ZR 104/14.

14 OLG Hamburg, Urt. v. 21.6.2007 – 3 U 302/06.

IV. Fazit

Die Bestandsaufnahme zeigt, dass der Bereich der Suchmaschinenoptimierung und der damit verbundenen Techniken in der Rechtsprechung keine wesentliche Rolle spielt.

Der Bereich der Vertragsgestaltung ist durch von Agenturen vorgegebene Standardverträge geprägt, die, wie die oben skizzierten Entscheidungen zeigen, für den Auftraggeber durchaus nachteilig ausfallen können. Nicht zuletzt aus urheberrechtlicher Sicht ist bei der Vertragsgestaltung Vorsicht geboten.

Die Grenzen der Optimierung in Form des Wettbewerbs- und vor allem Markenrechts zeigen jedoch, dass gut bera-

ten ist, wer die Verträge mit der Agentur auch dahingehend überprüft, ob diese bei Verletzungen als haftungsrechtlicher Ansprechpartner zur Verfügung stehen.

Mehr zum Thema: Umfassend zur Gestaltung des SEO-Vertrags s. das neue Muster (Juni 2016) von *Schirmbacher* in Redeker (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, Kap. 3.6.



Selbststudium nach § 15 FAO mit ITRB und davit: Zu diesem Beitrag finden Sie die Lernerfolgskontrolle bis 30.6.2017 online unter www.itrb.de/15FAO.

Literaturempfehlungen

Julia Höltge*

»» Schadensersatz wegen illegaler Teilnahme an Internetaustauschbörsen

Mit seinem zweiten Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes v. 21.7.2016 (BGBl. I 2016, 1766) hat der Gesetzgeber die in Deutschland bisher geltende Störerhaftung des Anschlussinhabers zumindest für den Bereich der sog. Hotspots zum 27.7.2016 faktisch aufgehoben. Mit dem neuen § 8 Abs. 3 TMG wird klargestellt, dass der in § 8 Abs. 1 TMG geregelte Haftungsausschluss von Access Providern auch für WLAN-Betreiber gilt. In seinem Aufsatz in MDR 2016, 1117, untersucht *Dr. Christopher Woitke-witsch*, inwieweit Rechteinhaber ihre Ansprüche vor dem Zivilgericht geltend machen können und ob künftig die Haftung von Privatpersonen bei Missbrauch ihres WLAN-Zugangs durch Dritte ausgeschlossen ist.

Sobald der Anschlussinhaber ermittelt ist, erhält er zunächst eine vorgerichtliche Abmahnung. Neben einer strafbewehrten Unterlassungserklärung wird er aufgefordert, Verletzungshandlungen künftig zu unterlassen (§ 97 Abs. 1 UrhG), Schadensersatz zu leisten (§ 97 Abs. 2 UrhG) sowie die Kosten der Abmahnung zu zahlen (§ 97a UrhG). Zu beachten ist, dass eine vom Schuldner unterzeichnete strafbewehrte Unterlassungserklärung noch kein Schuldanerkenntnis nach §§ 780, 781 BGB darstellt. Allenfalls könnte dies zu einer Beweislastumkehrung bzgl. der Haftung führen.

Im Verletzungsverfahren muss der Kläger hinreichend beweisen, dass ihm zum fraglichen Zeitpunkt die ausschließliche Nutzungs- und Vermarktungsrechte für den deutschen Raum zustanden. Zudem muss es sich um ein schutzwürdiges Werk i.S.d. §§ 94, 2 Abs. 2 UrhG handeln.

Auch obliegt dem Kläger die Pflicht nachzuweisen, dass die dynamische IP-Adresse und die Hashwerte zutreffend ermittelt wurden und die Zuordnung zum Inhaber des Anschlusses und dem streitgegenständlichen Werk fehlerfrei erfolgt ist. Dies kann mittels Screenshots oder vom Internetprovider durchgeführter Zuordnung anhand des Filesharings erfolgen. Ebenso kann mit dem Nachweis kleinster Datensplitter die Teilnahme an der Tauschbörse bzw. der Rechtsverletzung belegt werden. Regelmäßig ergibt sich der zwingende Rückschluss auf weitergehende Datenübertragungen i.S.d. § 286 ZPO.

In der Praxis sind zudem Beweislastverteilung und sekundäre Darlegungslast bei der Frage nach Täter und Teilnehmer von Bedeutung. In Filesharing-Fällen ist zuerst zu klären, ob die Voraussetzungen für die tatsächliche Vermutung vorliegen, dass der Anschlussinhaber auch der Täter ist. Erfüllt der Anschlussinhaber die dagegen gerichtete sekundäre Darlegungslast, trifft den Anspruchssteller die Beweislast. Andernfalls muss der Anschlussinhaber den Gegenbeweis erbringen. Er kann vortragen, dass er zum Tatzeitpunkt keine internetfähigen Geräte bzw. keinen Router besessen hat oder dass andere Personen selbständigen Zugang zu seinem Internetanschluss hatten. Im Rahmen des Zumutbaren ist der Anschlussinhaber zu Nachforschungen verpflichtet. Abhängig vom Zeitpunkt der Abmahnung kann ein allgemeiner Hinweis auf die Personen genügen, die zum Tatzeitpunkt in der fraglichen Wohnung lebten oder zugegen waren und Zugang zum Anschluss hatten. Unzumutbar ist das Ausspähen fremder Computer oder Auskünfte zum Verhalten der eigenen

* Dipl. iur. Julia Höltge, LL.M., Berlin.

Kinder, wenn der Inhaber die Tat nicht beobachtet hat. Nach § 138 Abs. 1 ZPO muss der Anschlussinhaber explizit und wahrheitsgemäß vortragen, dass er die Tat zum behaupteten Zeitpunkt nicht begangen hat. Nachdem er die in Frage kommenden Personen namentlich bezeichnet hat, muss der Anspruchsteller dies wiederum bestreiten. Die benannten Personen sind sodann als Zeugen anzubieten, um zu beweisen, dass sie Zugriff auf den Netzanschluss hatten. Der Anspruchsteller seinerseits sollte die Personen als Zeugen anbieten, um zu beweisen, dass sie die Tat nicht begangen haben. Familienangehörige können von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 1-3, 2 ZPO und sonstige Zeugen von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 384 Nr. 1, 2 ZPO Gebrauch machen. Lebten zum Tatzeitpunkt mehrere Volljährige und Minderjährige im Haushalt, ist die Klage im Zweifel auch bei nicht nachweisbarer Belehrung abzuweisen. Der Nachweis der unerlaubten Handlung i.S.e. Mittäterschaft gem. § 830 BGB wird nicht geführt.

Rechtsfolge ist in der Praxis ein Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie gem. §§ 97 Abs. 2 S. 1, 2, 97a Abs. 1 UrhG.

Mit der Novellierung des § 8 TMG besteht auch im privaten Bereich keine Obliegenheit zur Ergreifung von Sicherheitsmaßnahmen. Der Anschlussinhaber haftet nur dann, wenn der Anspruchsteller nachweisen kann, dass er selbst als Täter oder Teilnehmer an der unerlaubten Handlung beteiligt war. Hingegen bleibt es bei der Haftung der Eltern für unerlaubte Urheberrechtsverstöße ihrer minderjährigen Kinder, da sich die Belehrungspflicht primär aus dem Obhutsverhältnis ergibt. Auch für den gewerblichen bzw. öffentlichen Bereich entfällt die Störerhaftung mangels Nachweismöglichkeiten des Rechteinhabers.

Fundstelle: Woitkewitsch, MDR 2016, 1117

Impressum

Der IT-Rechtsberater (ITRB),

ehemals Computerrecht Intern (CI) 1998–2000

Herausgeber: RA Prof. Dr. Jochen Schneider

Redaktion: RAIN Stefanie Fuchs-Galilea, LL.M. (verantw. Redakteurin), Veronika Schindhelm (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlages, Tel. 02 21/9 37 38-1 89 (Redaktions-Sekr.) bzw. -9 97 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 02 21/9 37 38-9 03 (Redaktions-Sekr.) bzw. -9 43 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung),

E-Mail: itrb@otto-schmidt.de, Internet: www.itrb.de

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Anzeigenverkauf: sales friendly Verlagsgesellschaft, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Tel. 02 28/9 78 98-0, Fax 02 28/9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de, gültig ist die Preisliste 16 vom 1.1.2016.

Satz: Griebsch & Rochol Druck GmbH, Gabelsberger Straße 1, 59069 Hamm

Druck: msk marketingservice köln gmbh, www.mzsued.de

Erscheinungsweise: Jeweils zum 1. eines Monats.

Bezugspreis: Jahresabonnement 234,- € (Print-Anteil 223,- €/Online-Anteil 11,- €**), für Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im Deutschen Anwaltverein (davit) jährlich 204,- € (Print-Anteil 193,- €/Online-Anteil 11,- €**), Einzelheft 22,30 €*. Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. *7 % oder **19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).

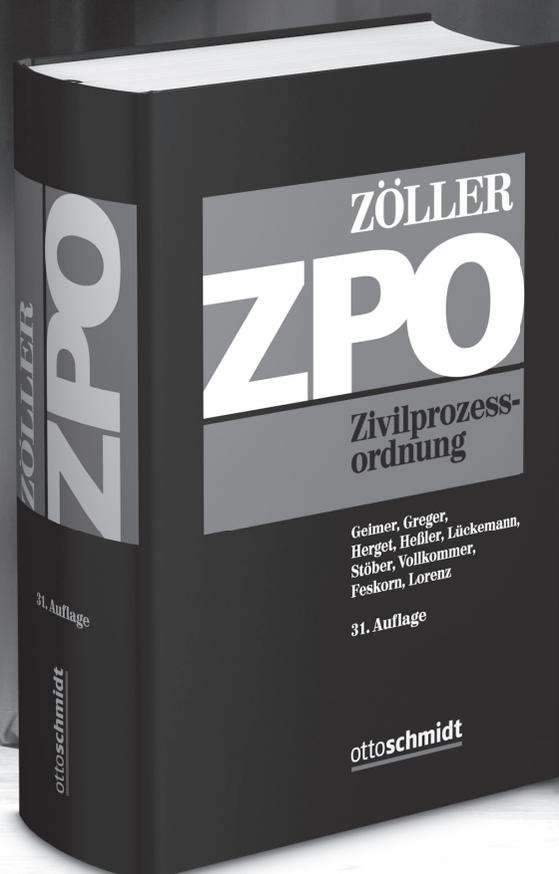
ISSN 1617-1527

Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

Hinweis für den Leser: Der Zeitschrifteninhalt wird nach bestem Wissen erstellt, Haftung und Gewähr müssen jedoch wegen der Komplexität und des ständigen Wandels der Rechtslage ausgeschlossen werden.

Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten. Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt.

Danke für den Applaus!



Zöller ZPO

31., neu bearbeitete

Auflage 2016, 3.502 Seiten Lexikonformat,

gbd., im Schuber 169,- €.

ISBN 978-3-504-47022-7

Vergessen Sie nicht, den aktuellen Zöller zu bestellen! Das Meisterwerk der Prozessrechtsliteratur. Richtungweisend, meinungsbildend, kritisch, argumentativ.

„Die Verlässlichkeit und Homogenität eines Kommentars, die ihn zum unverzichtbaren Werkzeug der Rechtsanwendung (und Rechtswissenschaft) macht, wird im Falle des Zöller eben nicht zuletzt durch personelle Kontinuität und perfekte Abstimmung gesichert.“ *Professor Dr. Wolfgang Hau in MDR 01/2016*

Überzeugen Sie sich selbst. Mit einer Leseprobe und anschließender Bestellung bei:
www.der-zoeller.de

ottoschmidt

Ihr Einmaleins zur DSGVO.

Das ändert sich. Das bleibt. Das ist zu beachten.



NEU!

Härting

Datenschutz-Grundverordnung

Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis.

Von RA Prof. Niko Härting, 2016,
212 Seiten, brosch., 39,80 €.
ISBN 978-3-504-42059-8

Im April wurde das erste europäische Datenschutzrecht offiziell verabschiedet, verbindlich wird die DSGVO im Frühjahr 2018. Bis dahin müssen Betriebe handeln und auf das neue Recht umstellen.

Welche organisatorischen und technischen Maßnahmen sollten auf den Weg gebracht werden? Was ändert sich bei den Datenschutzrecht-Grundlagen? Gibt es Lösungen für Cloud Computing und Big Data? Was gilt für Betroffenenrechte, Datenschutzaufsicht und Selbstregulierung?

Prof. Niko Härting stellt altes und neues Recht einander gegenüber und zeigt, was bleibt und was sich ändert. Zu den zentralen betriebspraktischen Themenkomplexen bringt er auf den Punkt, was rund um die DSGVO zu beachten ist – als Informationsquelle, Leitfaden und Checkliste unverzichtbar!

Leseprobe unter www.otto-schmidt.de/dsgvo

otto schmidt



INDUSTRIE 4.0 UND DIGITALISIERUNG

6. Dezember 2016 – Düsseldorf

DAVIT GOES BARCAMP!

Ein neues dynamisches Format der Davit für angehende Juristen, Studierende, Referendare und junge (sowie auch ältere) Rechtsanwälte und Juristen. Bringen Sie Ihren eigenen Vortrag mit und diskutieren Sie Ihre Thesen mit Gleichgesinnten.

Das Barcamp wird sich von A-Z mit Themen der Digitalisierung beschäftigen, mögliche Vorträge können also insbesondere folgende Themen betreffen:

Autonomes Fahren, Big Data, Block Chain Technology, Cloud, Datenbankherstellerrecht, Datenschutz, Eigentum an Daten, E-Person, FinTech, InsurTech, Haftung, Robotics und Willenserklärung/Zivilprozess im digitalen Umfeld.

Folgende Referenten sind schon fest vorgesehen: Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, Prof. Dr. Peter Bräutigam, Dr. Thomas Lapp, Prof. Dr. Ulrich Luckhaus und Jörn Erbguth.

10:00 – 10:30 Uhr	Registrierung und Begrüßung Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, Vorsitzende davit, Prof. Dr. Peter Bräutigam
10:30 – 12:30 Uhr	Vorstellung der Teilnehmer und Themen
12:30 – 13:30 Uhr	1. Session
13:30 – 14:00 Uhr	Networking Break (Imbiss und Erfrischungen)
14:30 – 15:00 Uhr	2. Session
15:00 – 15:30 Uhr	Networking Break (Imbiss und Erfrischungen)
15:30 – 16:30 Uhr	3. Session
16:30 – 17:00 Uhr	Verabschiedung

Programmänderung vorbehalten. Die jeweils aktuelle Fassung ist unter www.davit.de abrufbar. Die Teilnehmerzahl ist begrenzt. Die im Zusammenhang mit der Teilnahme an der Veranstaltung gemachten Fotos, Filmaufnahmen und Interviews des Teilnehmers in Rundfunk, Fernsehen, Printmedien, Büchern, fotomechanischen Vervielfältigungen können von den Veranstaltern ohne Anspruch auf Vergütung verbreitet und veröffentlicht werden.

www.barcampdavit.de

Veranstaltungsort:

NOERR LLP · Speditionsstraße 1 · 40221 Düsseldorf

Anmeldung:



itr
IT-Rechts-
berater

Noerr



MMR
MultiMedia und Recht

Zwei auf einen Streich.



NEU!

Plath

BDSG/DSGVO

*Kommentar zum BDSG und zur DSGVO
sowie den Datenschutzbestimmungen
des TMG und TKM*

*Herausgegeben von Dr. Kai-Uwe Plath.
Bearbeitet von 13 erfahrenen Praktikern
des Datenschutzrechts, 2. neu bearbeitete
und erweiterte Auflage 2016, 1.648
Seiten DIN A5, gbd., 139,- €.
ISBN 978-3-504-56074-4*

Er ist der erfrischend innovative Praxiskommentar zum Bundesdatenschutzgesetz – jetzt topaktuell auch mit der neuen DSGVO in einem Band.

Bis Mai 2018 müssen sich Unternehmen und Betriebe auf das künftige europäische Datenschutzrecht einstellen. Zuverlässige Orientierungshilfe bieten Ihnen Dr. Kai-Uwe Plath und das erfahrene Autorenteam mit einer ersten Kommentierung der offiziell verabschiedeten Fassung der DSGVO.

Wie aber mit dem geltenden Datenschutzrecht verfahren? Das erfahren Sie aus der umfassend aktualisierten Kommentierung des BDSG. Offene Fragen werden hier pragmatisch, lösungsorientiert und bewusst unternehmensfokussiert angepackt – Ihr Mehrwert, um handlungsfähig zu bleiben.

Heute schon die Zukunft gestalten: www.otto-schmidt.de/bdsg

ottoschmidt