6
12
Juni
Seiten 121–144
PVSt 45904

Der IT Rechts-Berater

Informationsdienst
für die EDV-, Multimedia-
und TK-rechtliche
Beratungspraxis

In Kooperation mit
DAV IT-RECHT
davit.de
Arbeitsgemeinschaft
Informationstechnologie

Aktuelle Kurzinformationen

- Schadensersatz für Fotonutzung
- Betreiberhaftung für Kommentar
- USA: Oracle vs. Google

Rechtsprechung

- regierung-oberfranken.de
- Read-only bei Intranetklausel
- Zulässigkeit eines Webradiorekorders
- Nachahmung eines Tablet-Computers
- GEMA ./. YouTube
- E-Mail-Veröffentlichung trotz Disclaimers

IT-Rechtsfragen aus der Praxis

- Grundlagen des Crowdsourcing und Crowdfunding *Witte*
- Dürfen soziale Netzwerke auf die Adressbücher ihrer Nutzer zugreifen? *Wittern/Wichmann*

Hinweise zur Vertragsgestaltung

- Auswirkungen von Lizenzregelungen zu Standardsoftware auf Projekte *Grützmacher*
- Vorbereitung einer Ausschreibung *Bischof*

Literaturempfehlung

- Abwehr von „Shitstorms“ auf Social Media-Plattformen *Minnerup*

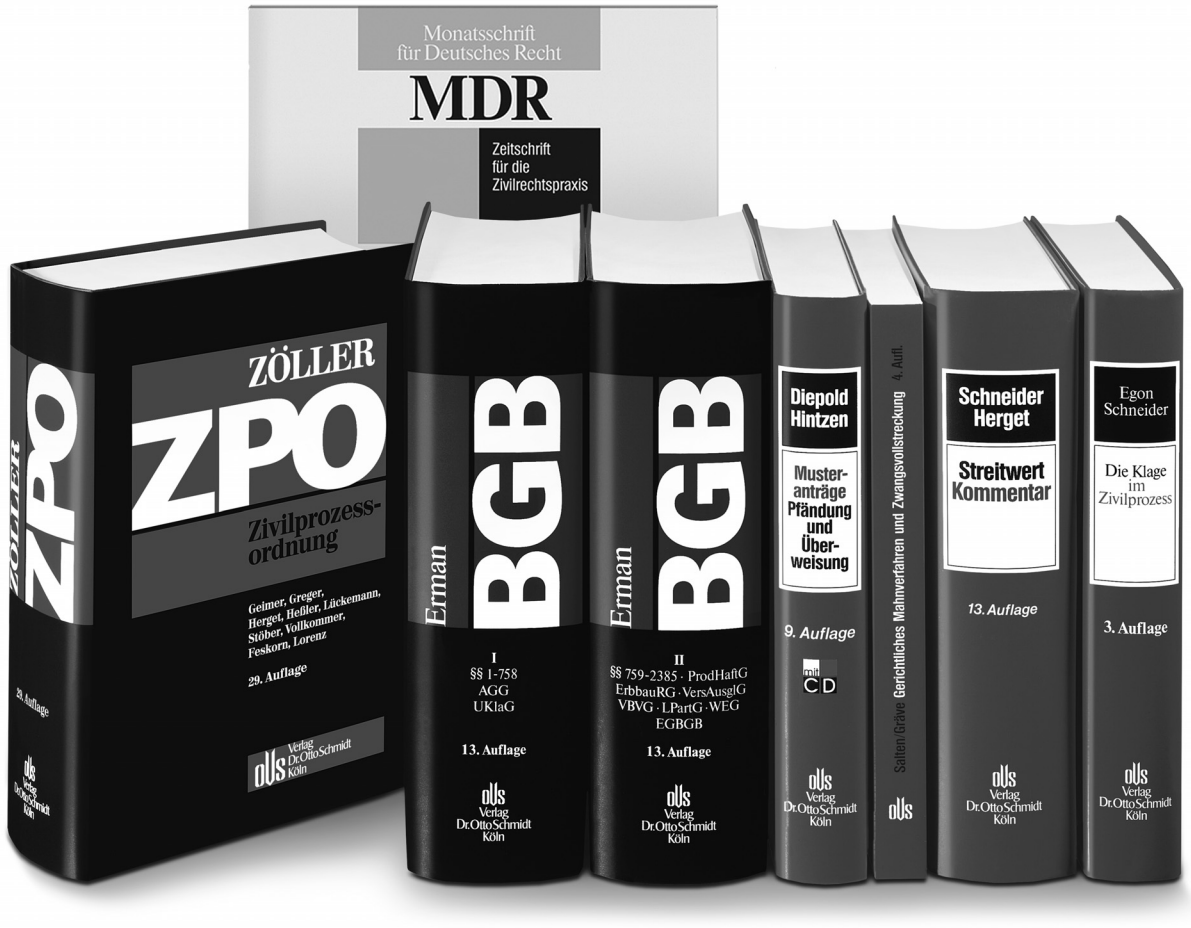
www.itrb.de

Online
Volltext aller Entscheidungen

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Zöller*online*

Neu bei juris.



Endlich gibt es den **Zöller**, das große Meisterwerk der Prozessrechtsliteratur, auch online. In einem Modul mit echtem Mehrwert.

Das heißt: mit Erman, MDR und noch vier praxisrelevanten **Premium-Werken** aus dem **Verlag Dr. Otto-Schmidt** – zur Klage im Zivilprozess, zum Streitwert, zu Mahnverfahren und Vollstreckung und mit Musteranträgen für Pfändung und Überweisung.

Kurzum mit allem, was Sie für eine Erfolg versprechende Fallbearbeitung brauchen. Komfortabel verlinkt mit der bekannten Gesetzes- und Rechtsprechungsdokumentation von juris. **Zöller***online*. Am besten einfach testen! **4 Wochen kostenlos**. Nur bei **www.otto-schmidt.de/zoeller-online**

juris®

juris GmbH · Gutenbergstraße 23 · 66117 Saarbrücken

In diesem Heft

Neues unter ***www.cr-online.de***: Redeker, Kündigung per E-Mail wirksam

IT-Report

Aktuelle Kurzinformationen

- EU-Generalanwalt zu Gebrauchtsoftwarehandel 121
- OLG Braunschweig: Eingeschränkter Schadensersatz für urheberrechtswidrige Fotonutzung bei eBay 121
- LG Berlin: Betreiberhaftung für Kommentar 121
- USA: Oracle vs. Google 122
- Freedom online: Aus für ACTA? 122
- EP-Berichterstatter im Dialog: EU-Datenschutzverordnung 122

Rechtsprechung

- Nutzungsrechte eines Online-Archivs
  BVerfG, Beschl. v. 17.11.2011 – 1 BvR 1145/11 123
- Störerhaftung der DENIC – regierung-oberfranken.de
  BGH, Urt. v. 27.10.2011 – I ZR 131/10 123
- Read-only bei Intranetklausel
  OLG Stuttgart, Urt. v. 4.4.2012 – 4 U 171/11 125
- Zulässigkeit eines Webradiorekorders
  KG, Urt. v. 28.3.2012 – 24 U 20/11 126
- Unlautere Nachahmung eines Tablet-Computers
  OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2012 – I-20 U 175/11 127
- Störerhaftung einer Videoplattform – GEMA ./. YouTube
  LG Hamburg, Urt. v. 20.4.2012 – 310 O 461/10 128
- Zulässige Feedbackanfrage
  LG Coburg, Urt. v. 17.2.2012 – 33 S 87/11 129
- E-Mail-Veröffentlichung trotz Disclaimers
  LG Saarbrücken, Urt. v. 16.12.2011 – 4 O 287/11 129

IT-Recht kompakt

IT-Rechtsfragen aus der Praxis

Andreas Witte
- **Grundlagen des Crowdsourcing und Crowdfunding** – Rechtsfragen bei der Ressourcenbeschaffung über die Internetöffentlichkeit 130

Dr. Felix Wittern/Maria Wichmann
- **Dürfen soziale Netzwerke auf die Adressbücher ihrer Nutzer zugreifen?** – Eine Positionsbestimmung unter Berücksichtigung von LG Berlin, Urt. v. 6.3.2012 – 16 O 551/10 133

Hinweise zur Vertragsgestaltung

Dr. Malte Grützmacher
- **Auswirkungen von Lizenzregelungen zu Standardsoftware auf Projekte** – Ein exemplarischer Überblick mit Hinweisen zur Vertragsgestaltung aus Kundensicht 135

Elke Bischof
- **Vorbereitung einer Ausschreibung** – Fehlerquellen und Vermeidungsstrategien bei IT-Ausschreibungen 140

Literaturempfehlung

Silke Minnerup
- **Abwehr von „Shitstorms“ auf Social Media-Plattformen** 143

shoppen gehen

Alle Neuerscheinungen und Neuauflagen werden portofrei geliefert, und vorab gibt's auch noch eine Leseprobe. In Ruhe aussuchen, bestellen und dann kommen lassen. Von **www.otto-schmidt.de**

Bearbeiter

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

Herausgeber: RA Prof. Dr. Jochen Schneider

Redaktion: RAin Stefanie Fuchs-Galilea, LL.M. (Informationsrecht) (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlages, Tel. 0221/9 37 38-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/9 37 38-903 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: itrb@otto-schmidt.de, Internet: www.itrb.de

Aktuelle Kurzinformationen: RA German von Blumenthal, Berlin · RAin Silke Minnerup, Hannover · RAin Vilma Niclas, Berlin

Rechtsprechung: RA Ludwig Antoine, Schneider Schiffer Weihermüller, München · RA Dr. Jochen Dieselhorst, LL.M., Freshfields Bruckhaus Deringer, Hamburg · RA Thomas Elteste, LL.M., Frankfurt/M. · RA Dr. Thomas Engels, LL.M., Terhaag & Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf · RA Dr. Carsten Intveen, Höcker Rechtsanwälte, Köln · RA Dr. Niclas Kunczik, Zürich · RA Markus Rössel, LL.M., Köln · 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, München · 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, München · RA Dr. Mathias Lejeune, München · RA Dipl.-Inform. Dr. Helmut Redeker, Heinle Felsch Baden Redeker & Partner GbR, Bonn · RAin Birgit Roth-Neuschild, Bender Harrer Krevet, Karlsruhe · Detlef Ulmer, Ulmer Ulbricht und Partner, Hildesheim · 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 Dr. Thomas Lapp, IT-Kanzlei dr-lapp.de, Frankfurt/M. · RA Prof. Dr. Jochen Schneider, Schneider Schiffer Weihermüller, München · RA Adi Seffer, Heymann und Partner, Frankfurt/M. · RAin Michaela Witzel, LL.M., Schneider Schiffer Weihermüller, München

Literaturempfehlungen: RAin Silke Minnerup, Hannover

Jetzt abonnieren!

Der IT Rechts-Berater

Sie wollen regelmäßig vom Know-how des ITRB profitieren? Dann bestellen Sie jetzt Ihr Probe-Abo und Sie erhalten die nächsten **3 Hefte und 3 Monate Zugang zum Volltext-Archiv kostenlos!**

Weitere Infos und Bestellung unter Telefon 02 21/9 37 38-997 oder **www.cr-online.de**

Vorschau auf die nächste Ausgabe

Beiträge zu folgenden Themen sind geplant:

- **Aktuelle Serie** ByoD: Interne und externe Datenschutzaufsicht *Conrad*
- Sind Lizenzen kündbar? *Scholz*

IT-Report

Aktuelle Kurzinformationen

EU-Generalanwalt zu Gebrauchtsoftwarehandel

In dem Rechtsstreit zwischen UsedSoft und Oracle, in dem der BGH beim EuGH um eine Entscheidung ersucht hat (BGH, Beschl. v. 3.2.2011 – I ZR 129/08, CR 2011, 223 = ITRB 2011, 75), hat der EU-Generalanwalt am 24.4.2012 seine Schlussanträge vorgelegt *(http://curia.europa.eu)*. Kernpunkt der Streitigkeit ist die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes. Oracle hatte mehrfach gegen UsedSoft geklagt, weil das Unternehmen von Oracle-Kunden erworbene Lizenzen weiter verkauft hatte. In seinen Schlussanträgen geht der Generalanwalt davon aus, dass auch im Weg des Onlinevertriebs verkaufte Software weiter veräußert werden kann. Die Anträge sind für die Richter des EuGH nicht bindend, jedoch folgen sie ihnen recht häufig. Voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte soll die Entscheidung des EuGH fallen (Rs. C-128/11).

RAin Silke Minnerup, Hannover

OLG Braunschweig: Eingeschränkter Schadensersatz für urheberrechtswidrige Fotonutzung bei eBay

Sofern Privatpersonen urheberrechtlich geschützte Fotos bei eBay ohne Lizenz verwenden, sind für die Berechnung der Lizenzgebühren nach einer Abmahnung nicht automatisch die Honorarempfehlungen der MFM (Mittelstandsgemeinschaft Foto-Marketing) anzuwenden. So entschied das OLG Braunschweig und lehnte zudem einen Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten für die Abmahnung wegen der Urheberrechtsverletzung vollständig ab (OLG Braunschweig, Urt. v. 8.2.2012 – 2 U 7/11, *www.cr-online.de*).

Eine Privatperson hatte das Angebot eines gebrauchten Bildschirms bei eBay durch vier Produktfotos eines Versandhändlers ergänzt, ohne über eine Lizenz zu verfügen. Der Rechteinhaber verlangte wegen des Verstoßes 150 € pro Foto sowie einen Verletzerzuschlag von 100 % wegen fehlender Bildquellenangabe. Der Privatnutzer gab eine Unterlassungsverpflichtungserklärung ab, zahlte aber insgesamt nur 400 € Schadensersatz und lehnte die Übernahme der Rechtsanwaltskosten für die Abmahnung ab.

Laut Gericht besteht vorliegend keine Erstattungspflicht für die Anwaltskosten, da es in derart einfach gelagerten Fällen nicht erforderlich ist, einen Rechtsanwalt einzuschalten. Der Rechteinhaber hätte die Abmahnung ohne Weiteres auch ohne anwaltliche Hilfe vornehmen können. Er sei zwar ein juristischer Laie, habe aber mitgeteilt, dass er in den Jahren zuvor gleichgelagerte Fälle mittels Abmahnschreiben verfolgt habe, zunächst ohne Anwalt, dann mit Anwalt. Die Tatsache, dass seine früheren Abmahnschreiben ohne Anwalt nicht erfolgreich gewesen seien, führe zu keiner anderen Beurteilung, denn er hätte auch in einem späteren Stadium einen Anwalt hinzuziehen können.

Als Schadensersatz könne der Rechteinhaber nach Lizenzanalogie nicht mehr als 20 € pro Foto verlangen, also insgesamt bei vier Bildern 80 €. Es sei nicht nachgewiesen, dass die Tarife aus der MFM-Tabelle dem üblichen Tarif für eine Bildnutzung bei einem privaten eBay Verkauf entsprächen. Im Mittelpunkt der Empfehlungen stehe die gewerbliche Nutzung, zudem habe eine Zeugenaussage ergeben, dass diese Empfehlungen die private Nutzung bei eBay gerade nicht berücksichtigten. Der übliche Aufschlag wegen der Verletzung von § 13 UrhG sei abzulehnen, denn die fehlende Nennung des Namens habe vorliegend keine wirtschaftlich nachteiligen Auswirkungen für den Rechteinhaber. Auch eine Entschädigung für eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts sei nur aus Billigkeitsgründen zu gewähren. Dabei seien aber insb. die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, der Anlass und Beweggrund des Handelns sowie der Grad des Verschuldens zu berücksichtigen, was in dem vorliegend zu beurteilenden, einfach gelagerten, unerheblichen Rechtsverstoß zu einer Ablehnung der Entschädigung führe. Das Gericht ließ die Revision nicht zu.

RAin Vilma Niclas/RA German von Blumenthal, Berlin

LG Berlin: Betreiberhaftung für Kommentar

Das LG Berlin hat entschieden, dass ein Internetdienst für Rechtsverletzungen durch anonyme Erfahrungsberichte haftbar gemacht werden kann (LG Berlin, Urt. v. 5.4.2012 – 27 O 455/11).

Ein anonymer Nutzer hatte mittels der Kommentarfunktion bei Google Maps vor einem bestimmten Arzt gewarnt. Der Beitrag war über die Suche nach dem Begriff „plastische Chirurgie“ zu finden und lautete: „Vorsicht! Fuscher! Schlimmer kann man einen Menschen nicht verunstalten: seit dieser ‚Behandlung‘ kann ich nicht mehr anziehen, was ich will (...) Seid vorsichtig! Seid gewarnt! Er ist furchtbar!“. Der Arzt verlangte die Entfernung durch den Seitenbetreiber und klagte, nachdem dieser nicht reagierte.

Das Gericht sah in der beanstandeten Äußerung keine meinungsäußernde Kritik, sondern wertete den Eintrag letztendlich als Tatsachenbehauptung. Daher wendete es

die vom BGH entwickelten Maßstäbe (BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, CR 2012, 103 = ITRB 2012, 28) für die Inanspruchnahme eines Hostproviders unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung für das Persönlichkeitsrecht verletzende, lediglich technisch zur Verfügung gestellte Internetseiten an. Danach treffe den Betreiber des Internetdiensts zwar keine vorsorgliche Prüfungspflicht, er sei aber gehalten gewesen, nach Eingang der Beschwerde den Sachverhalt zu prüfen und eine Stellungnahme des für den Eintrag verantwortlichen Nutzers einzuholen. Da dies vorliegend unterlassen worden sei, hafte Google nach den Grundsätzen der Störerhaftung.

RA German von Blumenthal/RAin Vilma Niclas, Berlin

USA: Oracle vs. Google

Im Rechtsstreit Oracle vs. Google ist in den USA Anfang Mai eine Entscheidung gefallen (The United States District Court for the Northern District of California v. 11.5.2012 – C 10-03561 WHA, *www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1123.pdf*). Google soll für das mobile Betriebssystem Android Programmierschnittstellen (API) aus dem Java-Programm von Oracle übernommen haben. Die Geschworenen entschieden in den meisten Punkten zugunsten von Oracle, wobei keine Einigkeit darüber bestand, ob das Verhalten von Google über die Fair Use-Klausel des § 107 des Copyright Act (17 U.S.C.) gedeckt ist. Die Entscheidung darüber, ob die APIs genauso kopiert werden dürften wie Java selbst, oder gar nicht schützbar sind, behielt sich der Richter in dem Verfahren vor.

Nach aktuellen Meldungen hat dieser inzwischen einen Teil der Entscheidung der Jury aufgehoben. Die Jury habe bei acht Dateien keine Rechtsverstöße gesehen. Der Richter vertrete hingegen die Ansicht, dass Google nachweisbar Java-Dateien dekompiliert und vollständig kopiert habe und dies nicht von der „de minimis"-Klausel gedeckt sei. Hingegen lehnte der Richter den Antrag, die Entscheidung der Jury zugunsten der Fair Use-Argumente von Google zu überstimmen, ab. Die jetzige Entscheidung basiere auf einem „Judgement as a Matter of Law".

RAin Silke Minnerup, Hannover

Freedom online: Aus für ACTA?

EU-Kommissarin *Neelie Kroes* beruhigte auf der Internet-Konferenz re:publica am 4.5.2012 in Berlin im Rahmen ihres Vortrags mit dem Titel „Freedom online" die zumeist kritischen Teilnehmer mit der Aussage „Macht euch keine Sorgen mehr wegen ACTA". Sie lobte die Aktivisten, die für ein freieres Internet kämpften. Das Netz sei im weltweiten Kampf um Freiheit das neue Grenzgebiet. Die Proteste gegen ACTA nannte sie eine „Abstimmung mit den Füßen", die ein Weckruf für die Politik gewesen seien. Die Kommissarin forderte, dass weiterhin über die Themen von ACTA diskutiert werden müsse. Die anstehenden Probleme müssten gelöst werden. So sei das Urheberrecht mit Blick auf die neuen Technologien anzupassen. Kreativen stehe eine angemessene Vergütung für ihre Leistung zu. Das Netz müsse offen und frei sein, aber das sei laut *Kroes* „nicht dasselbe wie ein gesetzloser Wilder Westen."

Schon kurz nach der Rede relativierte ein Sprecher in Brüssel und wies darauf hin, dass *Kroes* ebenso wie die gesamte Kommission weiterhin von der Richtigkeit des internationalen Handelsabkommens ACTA überzeugt ist. Allerdings habe sie offenbar auch die politische Realität gesehen. Auch andere Stellen der EU beschäftigen sich weiterhin mit ACTA: Die Kommission hat das ACTA-Abkommen an den EuGH verwiesen. Auch dem Europaparlament liegt es vor. In der gegenwärtigen Form soll es das Parlament allerdings nicht passieren, so dass von dort mit Änderungen zu rechnen ist.

Der vollständige Text der Rede findet sich unter *http://tinyurl.com/Kroes120504*.

RA German von Blumenthal/RAin Vilma Niclas, Berlin

EP-Berichterstatter im Dialog: EU-Datenschutzverordnung

Die Europäische Kommission hat im Januar 2012 den Entwurf einer EU-Datenschutzverordnung vorgelegt *(www.cr-online.de). Jan Philipp Albrecht,* Abgeordneter im Europäischen Parlament (EP) und Berichterstatter für die Datenschutz-Grundverordnung im Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE), erläuterte den Entwurf am 4.5.2012 in der Veranstaltungsreihe des Netzwerks EBD und des EP-Informationsbüros „EP-Berichterstatter im Dialog" in Berlin. Vor Vertretern aus Verwaltung und Interessensgruppen äußerte er sich zum derzeitigen Stand der Verhandlungen, schilderte die Beweggründe für den Entwurf, den wesentlichen Inhalt und informierte über den Fahrplan des Verordnungsentwurfs.

Das EU-Parlament stehe hinter der Initiative der Kommission. Die bisherige EU-Datenschutzrichtlinie von 1995 sei veraltet und überholungsbedürftig. Das Parlament strebe keine „Revolution des Datenschutzrechts" an, sondern Ziel sei es, die Vorschriften an das digitale Zeitalter anzupassen und eine bessere Durchsetzung des Datenschutzes auf nationaler und internationaler Ebene zu gewährleisten. Es sei eine stärkere Harmonisierung im Inland, im Ausland und bei Behörden erforderlich. Immer mehr Daten würden im Zuge des Cloud Computing im Ausland verarbeitet. Es müsse zwingend ein internationaler allgemein verbindlicher Standard geschaffen werden; es werde aber zu keiner Vollharmonisierung im Datenschutz kommen. Einige Bereiche seien aus dem Verordnungsvorschlag ausgenommen, etwa die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit und der Datenschutz bei den EU-Institutionen. In Deutschland bestehe ein relativ hoher Datenschutzstandard, der durch die Verordnung nicht verwässert werden solle. Aufgrund des mit der Verordnung geplanten „Rechts, vergessen zu werden" hätten Nutzer die Möglichkeit, im Kindes- oder Ju-

gendalter eingestellte Meldungen später wieder aus dem Netz zu löschen.

In der anschließenden Fragerunde wurden verschiedene Aspekte angesprochen: Regle man das Gebiet weiterhin mit einer Richtlinie, müsse man sich bei Datenschutzbeschwerden an den nationalen Datenschutzbeauftragten wenden und eine internationale europäische Durchsetzung könne so nicht gewährleistet werden. Das EU-Parlament habe beschlossen, dass kein Absenken des Datenschutzstandards unter den der aktuellen EU-Richtlinie gewünscht sei. Eine Trennung des Datenschutzes für den öffentlichen und den privaten Bereich sei nicht mehr zeitgemäß, denn diese Bereiche vermischen sich oft, wenn z.B. die Polizei bei Facebook ermittle. Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, der laut Verordnungsentwurf nur noch bei einer Mitarbeiterzahl ab 250 vorgesehen sei, müsse gestärkt werden; es komme nicht nur auf die Mitarbeiteranzahl an, sondern auch auf die Art und Weise der Datenverarbeitung. Die deutschen Grundrechte seien weiterhin anwendbar, richtig sei jedoch auch, dass mit einer EU-Datenschutzverordnung der Bürger das BVerfG nicht mehr anrufen könne, nationale Gerichte aber dem EuGH vorlegen könnten. Auch IP-Adressen könnten personenbezogene Daten sein.

Klarstellungsbedarf bestehe bei drei Fragen: Wie weit soll in der Breite harmonisiert werden? Wie kann ein sachgerechter Ausgleich zwischen Informations- und Meinungsfreiheit auf der einen und Datenschutz auf der anderen Seite erfolgen? Wie soll eine Einwilligung des Nutzers im Detail je nach Kategorie der abgefragten Daten aussehen?

Informationen zur Veranstaltungsreihe „EP-Berichterstatter im Dialog“ finden sich unter *www.europaeische-bewegung.de/aktuelles/unsere-termine/*.

RAin Vilma Niclas/RA German von Blumenthal, Berlin

Rechtsprechung

Nutzungsrechte eines Online-Archivs

Die Anwendung von § 50 UrhG dahingehend, einem Online-Archiv grundsätzlich nur ein zeitlich beschränktes Nutzungsrecht an urheberrechtlich geschützten Werken zuzubilligen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

BVerfG, Beschl. v. 17.11.2011 – 1 BvR 1145/11
GG Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 14 Abs. 1; UrhG §§ 19a, 50

Das Problem: Ein Zeitungsverlag betreibt u.a. ein Online-Archiv, das verschiedene digitalisierte Fassungen der Printmedien des Verlags bereithält. U.a. finden sich dort auch Berichte über Kunstausstellungen inkl. Fotografien der dort ausgestellten urheberrechtlich geschützten Werke. Nachdem der Verlag letztinstanzlich vom BGH zur Zahlung von Schadensersatz an die Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst verurteilt wurde (BGH, Urt. v. 5.10.2010 – I ZR 127/09, CR 2011, 283 = ITRB 2011, 153 *[Wolff]*), legte er Urteilsverfassungsbeschwerde ein.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Verfassungsbeschwerde wurde **nicht zur Entscheidung angenommen.**

Fehlende Annahmevoraussetzungen: Die grundsätzlichen Verfassungsfragen zur Abwägung des Verhältnisses von Pressefreiheit und Urheberrecht bei der Verwendung von Online-Archiven seien ausreichend geklärt. Die Verfassungsbeschwerde habe keine Aussicht auf Erfolg.

Grundrechtspositionen: Der Betrieb eines Online-Archivs unterfalle zwar der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG geschützten Pressefreiheit. Die Berufung des Verlags auf die Urheberrechte, namentlich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG, stehe jedoch ebenfalls unter dem Schutz der Verfassung (Art. 14 Abs. 1 GG). Der Ausschluss eines Vergütungsanspruchs – wie dies bei § 50 UrhG der Fall sei – könne somit nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden. Die Zivilgerichte hätten hierbei im Weg der **praktischen Konkordanz** die konkurrierenden Grundrechtspositionen in Einklang zu bringen.

Abwägung: Der BGH habe aus Sicht des BVerfG das Spannungsverhältnis zwischen Pressefreiheit und Eigentumsrecht nicht fehlerhaft beurteilt. Vielmehr regle **§ 50 UrhG verfassungskonform** das Verhältnis zwischen den besagten Grundrechten. Diese Auslegung sei vom Gesetzgeber vorgegeben. Somit habe sich die Abwägung des BGH nur auf Auslegung und Anwendung von § 50 UrhG zu beschränken. Die Auslegung und Anwendung von § 50 UrhG als „allgemeines Gesetz“ i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG auf der einen und als Ausdruck von Art. 14 Abs. 1 GG auf der anderen Seite seien verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Konsequenzen für die Praxis: Nachdem bereits letztinstanzlich die Anwendung von § 50 UrhG geklärt wurde, stellt das BVerfG kurz und knapp klar, dass diese Regelung und die durch die Gerichte getroffene Auslegung auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind.

Beraterhinweis: Betreiber von Online-Archiven sind somit weiterhin gezwungen, **technische Maßnahmen** zu ergreifen, um Schadensersatzansprüchen von Urhebern zu entgehen, deren im Archiv abgebildete Werke im Laufe der Zeit an Tagesaktualität eingebüßt haben (zu alledem s. auch BGH, Urt. v. 5.10.2010 – I ZR 127/09, CR 2011, 283 = ITRB 2011, 153 *[Wolff]*).◁

RA Dr. Niclas Kunczik, Zürich

Störerhaftung der DENIC – regierung-oberfranken.de

Eine die DENIC zur Domainlöschung verpflichtende Namensrechtsverletzung liegt vor, wenn es sich bei dem als verletzt geltend gemachten Namen um die offizielle Bezeichnung der für die Verwaltung eines Regierungsbezirks zuständigen

Behörde handelt und der beanstandete Domainname von einem in Panama ansässigen Unternehmen registriert worden ist.

BGH, Urt. v. 27.10.2011 – I ZR 131/10
(OLG Frankfurt, Urt. v. 17.6.2010 – 16 U 239/09, ITRB 2010, 225; LG Frankfurt/M., Urt. v. 16.11.2009 – 2-21 O 139/09, ITRB 2012, 30)
BGB § 12

Das Problem: Nachdem der Freistaat Bayern festgestellt hatte, dass bei der DENIC zugunsten von mehreren in Panama ansässigen Unternehmen sieben aus den Bezeichnungen seiner Regierungsbezirke gebildete Domainnamen nach dem Muster „regierung-oberfranken.de“ registriert worden waren, nahm er gerichtlich erfolgreich den für die Domains eingetragenen, in Hamburg wohnhaften Admin-C auf Unterlassung und Freigabe in Anspruch. Dieser gab daraufhin seine Funktion auf, so dass neue Personen als Admin-C eingetragen wurden. Der Freistaat erwirkte schließlich Versäumnisurteile gegen die Inhaber der bis dahin noch nicht freigegebenen Domainnamen, die allerdings unter der angegebenen Anschrift des jeweiligen Admin-C nicht zugestellt werden konnten.

Die Entscheidung des Gerichts: Der danach vom Freistaat gerichtlich gegen die DENIC geltend gemachte **Freigabeanspruch** aus § 12 BGB wurde bestätigt.

Namensrechtsverletzung: Aus § 12 Satz 1 Alt. 2 BGB könne sich ein Anspruch auf Löschung eines Domainnamens unter dem Gesichtspunkt der Zuordnungsverwirrung ergeben, weil die den Berechtigten ausschließende Wirkung bei der unbefugten Verwendung des Namens als Domainadresse nicht erst mit der Benutzung des Domainnamens, sondern bereits mit der Registrierung eintrete (zuletzt BGH, Urt. v. 24.4.2008 – I ZR 159/05 – afilias.de – Rz. 19, 25, GRUR 2008, 1099).

Störerhaftung der DENIC: Der DENIC seien für die Phase der automatisierten ursprünglichen Registrierung keinerlei Prüfungspflichten zuzumuten. Aber auch dann, wenn die DENIC von einem Dritten auf eine angebliche Verletzung seiner Rechte hingewiesen werde, sei sie lediglich gehalten, eine Registrierung zu löschen, wenn die Rechtsverletzung für sie ohne weiteres feststellbar sei. Dies sei bei Kennzeichenrechtsverletzungen der Fall, wenn ein rechtskräftiger gerichtlicher Titel vorliege oder wenn die Rechtsverletzung derart eindeutig sei, dass sie sich ihr aufdrängen müsse (BGH v. 17.5.2001 – I ZR 251/99 – ambiente.de, CR 2001, 850 = ITRB 2001, 280).

Offizielle Behördenbezeichnung: Bei den als verletzt geltend gemachten Namen handle es sich um offizielle Bezeichnungen der Regierungsbezirke des Freistaats. Die Verwendung der Bezeichnung „Regierung“ in Verbindung mit dem Zusatz allgemein bekannter geografischer Regionen weise auch für einen Sachbearbeiter der DENIC, der über keine namensrechtlichen Kenntnisse verfüge, eindeutig darauf hin, dass der Name allein einer staatlichen Stelle zugeordnet sein könne. Zugleich werde für einen Sachbearbeiter der DENIC deutlich, dass aufgrund der Verwendung des Namens durch ein – noch dazu in Panama ansässiges – **privates Unternehmen** eine Zuordnungsverwirrung ausgelöst werde.

Kein Erfordernis identischer Markenverwendung: Eine Verpflichtung der DENIC, aufgrund der Anzeige eines Prätendenten tätig zu werden, sei grundsätzlich auf Fälle der identischen Verwendung berühmter Marken beschränkt, weil die Beurteilung einer Markenverletzung besondere Kenntnisse im Markenrecht voraussetze, die bei den Sachbearbeitern der DENIC nicht vorausgesetzt werden dürften. Im vorliegenden Fall sei für den Sachbearbeiter die Rechtsverletzung aber eindeutig ersichtlich. Durch das Weglassen der Präposition „von“ in den Domainnamen werde – für DENIC-Mitarbeiter erkennbar – weder ein neuer Begriff oder Name geschaffen noch verlöre der Name derart seine Prägung, dass eine fehlende Identität angenommen werden müsse.

Konsequenzen für die Praxis: Vorliegende Sachverhaltskonstellation bildet den noch selteneren Einzelfall einer ohnehin äußerst seltenen substantiellen Prüfungspflicht der DENIC (vgl. auch zur eingeschränkten Störerhaftung des Admin-C BGH, Urt. v. 9.11.2011 – I ZR 150/09, CR 2012, 179 = ITRB 2012, 51 – Basler Haar-Kosmetik). Deshalb bleibt es dabei, dass eine eigenverantwortliche Domainfreigabe grundsätzlich nur bei der identischen Verwendung **berühmter Bezeichnungen** infrage kommt (OLG Frankfurt, Urt. v. 13.2.2003 – 6 U 132/01 – viagratip.de, CR 2003, 607; LG Frankfurt/M., Urt. v. 15.1.2009 – 2/3 O 411/08 – huk-coburg24.de, ITRB 2009, 224; LG Frankfurt/M., Urt. v. 15.4.2009 – 2-06 O 706/08 – Lufthansa-Domains, MMR 2009, 704).

Erkennbarkeit: Da allerdings auf die leichte Erkennbarkeit für die Sachbearbeiter abzustellen ist, sind andere Sachverhalte, die zu einer eigenverantwortlichen Freigabe durch die DENIC führen können, nicht von vornherein ausgeschlossen. Mit der Entscheidung ist daher keine Sonderbehandlung der öffentlichen Hand verbunden. Denkbar sind auch Ausnahmekonstellationen zugunsten von Personen des Privatrechts.

Zustellungsprobleme: Da die mittelbare Störerhaftung grundsätzlich kein vorrangiges Vorgehen gegen den unmittelbaren Störer voraussetzt, ist auch im vorliegenden Ausnahmefall nicht davon auszugehen, dass Voraussetzung für eine Prüfung durch die DENIC ein erfolgloser Zustellungsversuch beim Domaininhaber oder Admin-C ist. Gleichwohl hätte sich hier die Gelegenheit geboten, in grundsätzlicher Weise auf die viel häufiger auftretende Problematik einer mangelnden Zustellungsfähigkeit beim eingetragenen Admin-C unter Vereitelung der Zustellungsbevollmächtigung i.S.v. § 184 ZPO nach Ziff. VIII Satz 5 Halbs. 1 der DENIC-Domainrichtlinien einzugehen.

Beraterhinweis: Hier bietet sich insb. bei Domaininhabern mit Sitz im Ausland eine Kündigung wegen Zustellungsvereitelung aufgrund unzureichender ladungsfähiger Anschrift des Admin-C an, zumal ein Dispute-Eintrag gegen einen Wechsel des Admin-C oder Zustellungshindernisse beim Domaininhaber keinen Schutz bietet (vgl. aber zum möglichen Rechtsschein aufgrund der Whois-Datenbank OLG Hamburg, Beschl. v. 6.9.2005 – 5 W 71/05, MMR 2006, 409). Zwar ergibt sich aus den die Zustellungsvollmacht und Adressmängel regelnden AGB der DENIC keine vertragliche Wirkung

unmittelbar zugunsten Dritter i.S.d. §§ 328 ff. BGB (vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 16.11.2009 – 2-21 O 139/09, ITRB 2010, 30; LG Hamburg, Urt. v. 26.3.2009 – 315 O 115/08, MMR 2009, 708). Die AGB berechtigen die DENIC jedoch insb. bei zweimal aufeinander folgendem Scheitern einer Zustellung zur Freigabe der Domain (vgl. § 7 Abs. 2 lit. g und i der DENIC-Domainbedingungen), so dass im Rahmen der Mitstörerhaftung der DENIC eine Kündigung als zumutbare Maßnahme gegen die **Verhinderung einer gerichtlichen Klärung** der gegenüber der DENIC plausibel zu machenden Rechtsbeeinträchtigung dem Rechteinhaber zugute kommen muss. ◁

RA Markus Rössel, LL.M. (Informationsrecht), Kaldenbach & Taeter, Brühl

Read-only bei Intranetklausel

Nach § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG darf Unterrichtsliteratur nicht in der Weise zugänglich gemacht werden, dass Studenten sie ausdrucken können.

OLG Stuttgart, Urt. v. 4.4.2012 – 4 U 171/11, nrkr.
(LG Stuttgart, Urt. v. 27.9.2011 – 17 O 671/10, CR 2012, 276 = ITRB 2011, 279)
UrhG §§ 15, 16, 19a, 52a, 97 Abs. 1

Das Problem: Eine Fernuniversität macht ein Nachschlagewerk auszugsweise auf der elektronischen **Lernplattform** den rd. 4.000 Teilnehmern eines Studienkurses zugänglich. Einen von der Verlegerin angebotenen Lizenzvertrag hat die Fernuniversität abgelehnt.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Fernuniversität habe das Zugänglichmachen der Werkteile unabhängig von deren Speicher- oder Ausdruckbarkeit mangels Zulässigkeit nach § 52a UrhG zu **unterlassen**.

Intranetklausel: § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG erlaube die öffentliche Zugänglichmachung von kleinen Teilen eines Werks, Werken geringen Umfangs sowie einzelnen Beiträgen aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht u.a. an Hochschulen für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sei.

Keine kleinen Teile eines Werks: Bei der Bewertung des kleinen Teils sei der jeweilige **Gesamtumfang** eines Werks zugrunde zu legen, weil Inhaltsverzeichnis, Stichwortregister und Literaturverzeichnis Urheberrechtsschutz genießen könnten und eine stoffliche Vertiefung und weitere Recherchen ermöglichten. Durch die Übernahme von inhaltlich eigenständigen Kapiteln werde vorliegend kein kleiner Werkteil veröffentlicht, sondern jeweils 100 % des konkreten Ausschnitts. Bei aufeinander bezogenen und einem schöpferischen Gesamtkonzept folgenden Kapiteln würden die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar beeinträchtigt, wenn die einzelnen Kapitel als Werke geringen Umfangs qualifiziert würden.

Keine Veranschaulichung im Hochschulunterricht: Zur Veranschaulichung diene die öffentliche Zugänglichmachung von Werken, wenn dadurch der Lehrstoff verständlicher dargestellt und leichter erfassbar werde, was bspw. nicht der Fall sei, wenn die Zugänglichmachung nur für verwaltungsmäßige Aufgaben oder gar nur zur Unterhaltung diene. Nach den Studienbriefen und diesbezüglichen Erläuterungen diente die Lektüre der fraglichen Werkteile vorliegend nicht der Verdeutlichung, sondern die Wiedergabe sei in unterrichtsersetzender Weise als **bloße Ergänzung** um einen anderen Blickwinkel gedacht.

Abgegrenzter Teil von Unterrichtsteilnehmern: Dass sich nicht kontrollieren lasse, welche und wie viele Studierende an der Lerneinheit tatsächlich teilnähmen, sei der hinzunehmenden besonderen Organisation der Fernuniversität geschuldet. Der Nutzerkreis werde auch nicht unbestimmt, weil die Fernuniversität ihr Studienangebot über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus zur Verfügung stellte.

Eigenständiger Drei-Stufen-Test: Eine gesonderte Prüfung nach Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG sei im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung erforderlich, da dessen Vorgaben nicht durch § 52a UrhG, der sich auf die Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 RL 2001/29/EG beschränke, umgesetzt seien (vgl. BT-Drucks. 16/1828, 21). Für den Studierenden komme es im Rahmen des Pflichtstoffs lediglich noch darauf an, sich näher mit den zugänglich gemachten Werkteilen zu beschäftigen, und es entfalle der Ausnahmecharakter eines **Sonderfalls** (Stufe 1). Das den Prüfungsgegenstand umfassend abdeckende Zugänglichmachen seitens der Fernuniversität beeinträchtige die **normale Verwertung** des Werks durch die Verlegerin (Stufe 2), denn dadurch sei ein Erwerb des Buchs für die Studierenden zum Bestehen der Klausur nicht mehr erforderlich. Hiermit sei eine ungebührliche **Verletzung der Interessen** der Verlegerin verbunden (Stufe 3).

Keine Gebotenheit bei Lizenzvertragsangebot: Der Vorrang der Regelung in § 52a Abs. 4 UrhG könne – ebenso wie nach § 52b UrhG und § 53a Abs. 1 Satz 3 UrhG – nicht erst durch den vorliegend bislang nicht rechtswirksamen Verwertungsvertrag mit der VG Wort beseitigt werden, sondern bereits durch ein angemessenes Lizenzvertragsangebot des Urhebers bzw. Verwertungsberechtigten, dem die Übertragung von Verwertungsrechten unbenommen bleibe (Erwgrd. 30, 51 RL 2001/29/EG; OLG München, Urt. v. 24.3.2011 – 6 WG 12/09 – Gesamtvertrag für Hochschulen, ZUM-RD 2011, 603; a.A. zu § 52b UrhG LG Frankfurt/M., Urt. v. 16.3.2011 – 2-06 O 378/10 – elektronische Leseplätze, GRUR 2011, 614).

Read-only: Die von der Fernuniversität eingeräumte Speicher- und Ausdruckmöglichkeit sei nicht vom engen Wortlaut und der Zwecksetzung des § 52a Abs. 3 UrhG gedeckt (vgl. Erwgrd. 24 RL 2001/29/EG), der nur die für die **digitale Zugänglichmachung** erforderliche Vervielfältigung erfasse, zumal § 53 Abs. 2 und 3 UrhG eine eigenständige Regelung enthalte (BT-Drucks. 15/837, 34).

Konsequenzen für die Praxis: Die 2003 eingeführte und wiederholt – derzeit bis Ende 2012 – befristete Regelung der sog. Intranetklausel beruht auf Art. 5 Abs. 3a RL 2001/29/EG. Im Rahmen des „Dritten Korbs" sollte endgültig entschieden werden, ob sich die Regelung bewährt oder ohnehin zugunsten von Lizenzmodellen mit den Verwertungsberechtigten, denen das OLG Stuttgart vorliegend bereits Vorrang einräumt, aufgegeben wird (vgl. zu laufenden Konsultationen BReg. v. 26.7.2011, BT-Drucks. 17/6678, 4 f.). Wegen der mit der drohenden gerichtlichen Prüfung des Lizenzangebots verbundenen Rechtsunsicherheit ist zu befürchten, dass bis zur Revisionsentscheidung zum Urteil des OLG München (BGH – I ZR 84/11) von der im öffentlichen Interesse liegenden Klausel kein Gebrauch gemacht wird (OLG Frankfurt, Urt. v. 24.11.2009 – 11 U 40/09, ITRB 2010, 100).

Beraterhinweis: Das OLG Stuttgart beschneidet den Wert der Intranetklausel auch dadurch empfindlich, dass es abweichend vom LG Stuttgart eine Ausdruckmöglichkeit als analoge Nutzung, die mit dem zulässigen Fotokopieren nach Übersendung vergleichbar ist, ausschließt (vgl. BT-Drucks. 15/38, 20). Auch die Differenzierung zwischen von der Intranetklausel gedeckter Unterrichtsergänzung einerseits und nicht erfasster Unterrichtsersetzung andererseits erscheint nicht praktikabel. Gleichfalls problematisch ist die Klassifizierung einzelner Kapitel als eigenständige Werke zur Verschiebung des Maßstabs für die Größe eines Werkteils, welche sich nicht mit der gesetzgeberischen Wertung einer u.U. zulässigen Übernahme ganzer Monographien in Übereinstimmung bringen lässt (so BT-Drucks. 15/837, 34). Ferner dürfte auf der Grundlage der Auffassung des OLG Stuttgart kaum ein Fall denkbar sein, in dem die Primärmarktbeeinträchtigung nicht als unangemessen erscheint. ◁

RA Markus Rössel, LL.M. (Informationsrecht), Kaldenbach & Taeter, Brühl

Zulässigkeit eines Webradiorekorders

Ein Onlinedienst, der es ermöglicht, automatisiert Webradioprogramme nach vom Nutzer vorgegebenen Titeln zu durchsuchen, und ihm diese Titel dann als mp3-Dateien zur Verfügung stellt, verletzt nicht die Leistungsschutzrechte der davon betroffenen Tonträgerhersteller und Künstler.

KG, Urt. v. 28.3.2012 – 24 U 20/11, rkr.
(LG Berlin, Urt. v. 11.1.2011 – 16 O 494/09, ITRB 2011, 105)
UrhG §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16, 53, 77 Abs. 2, 85 Abs. 1

Das Problem: Ein Diensteanbieter hält einen Onlineservice bereit, mit dem Nutzer nach ihrer Wahl mp3-Dateien von Musiktiteln erhalten, die im Internet von Webradiosendern gespielt wurden. Der Dienst durchsucht die Streams der Webradiosender und fertigt bei Treffern entsprechende mp3-Dateien von den Titeln. Die Dateien werden dann unmittelbar auf der Festplatte des beauftragenden Nutzers abgespeichert. Ein Tonträgerhersteller nimmt den Diensteanbieter wegen Verstoßes gegen sein Leistungsschutzrecht auf Unterlassung in Anspruch.

Die Entscheidung des Gerichts: Das KG bestätigte die Vorinstanz und **wies die Klage** mangels einer Vervielfältigung durch den Diensteanbieter **ab**.

Technische Betrachtung: Nicht der Diensteanbieter, sondern der Nutzer sei Hersteller der Vervielfältigungsstücke, d.h. der mp3-Dateien. Der Diensteanbieter liefere lediglich das **technische Hilfsmittel** zur Herstellung der Endnutzerkopie. Nach dem BGH sei eine technische Betrachtung vorzunehmen, wonach Hersteller derjenige sei, der die körperliche Festlegung bewerkstellige (BGH v. 22.4.2009 – I ZR 216/06 – Internet-Videorecorder, CR 2009, 598 = ITRB 2009, 245). Es komme darauf an, wer die **Sachherrschaft und Organisationshoheit** über die Vervielfältigungen habe. Dies liege im zu entscheidenden Fall beim Nutzer, der durch seine Vorgaben allein über die Vervielfältigungen entscheide. Die vielfältigen Einstell- und Vorauswahlmöglichkeiten der Software seien lediglich ein Leistungsmerkmal, vermittelten aber nicht dem Hersteller die Herrschaft über den Kopiervorgang.

Kein ausufernder Privatgebrauch: Der Diensteanbieter stelle nur die Software zur Verfügung, deren Einsatz die Anfertigung zulässiger Privatkopien gem. § 53 Abs. 1 UrhG ermögliche. Soweit die Arbeitsweise der Software, die lediglich technisch nicht geschützte Deep-Links auf die Webradiostreams eröffne, schon nicht das Recht der öffentlichen Wiedergabe berühre (unter Verweis auf u.a. BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00 – Paperboy, CR 2003, 920 = ITRB 2004, 26; Urt. v. 22.4.2009 – I ZR 216/06 – Internet-Videorecorder, CR 2009, 598 = ITRB 2009, 245), verbiete sich auch eine abweichende Betrachtung im Hinblick auf eine Vervielfältigungshandlung des Diensteanbieters.

Keine untragbare Schutzlücke: Der Gesetzgeber habe schließlich bewusst die digitale Vervielfältigung von Musik für den Privatgebrauch im Hinblick auf die bekannte Möglichkeit, Webradioprogramme mitzuschneiden, nicht verboten. Die Software des Diensteanbieters erweitere zwar **Umgehungsmöglichkeiten** der Erstverwertungsrechte des Tonträgerherstellers; dies genüge jedoch nicht, um richterlich eine gesetzgeberische Grundentscheidung zu revidieren.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung steht stellvertretend für den Kampf der Musikindustrie gegen Onlinegeschäftsmodelle, die eine mögliche Gefährdung der Erstverwertung durch die Tonträgerhersteller darstellen. Sie macht deutlich, dass nach wie vor Unsicherheiten in der Bemessung der Reichweite von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen und der Verwertungsrechte der Rechteinhaber bestehen.

Bedeutung des Geschäftsmodells: Webradioangebote (s. zu entsprechenden Rechtsfragen im Umgang mit Webradioangeboten auch *Wolff*, ITRB 2009, 177) haben zwischenzeitlich einen erheblichen Stellenwert eingenommen. An der grundsätzlichen urheberrechtlichen Einordnung dieser Angebote als Sendung i.S.v. § 20 UrhG bestehen mittlerweile keine Zweifel mehr. Jedoch stellt sich auch im Lichte der Entscheidung des KG die

Frage, ob es die Webradiobetreiber hinnehmen müssen, dass ihre **Sendeleistungen** unentgeltlich und ungefragt für Geschäftsmodelle entsprechender Diensteanbieter genutzt werden. Dem eher beiläufigen Hinweis, dass die Arbeitsweise der Software keine öffentliche Wiedergabe darstellt, lässt sich entnehmen, dass das Gericht von der Zulässigkeit der Nutzung ausgeht. Hierauf deuten auch die Verweise auf die Paperboy-Entscheidung des BGH hin. Dies wiederum dürften **Aggregatoren** im Internet, also Plattformanbieter, die Linksammlungen auf Webradioangebote vorhalten, mit Interesse zur Kenntnis nehmen.

Privatkopie als Schutzlücke: Das KG verneint eine Schutzlücke und stärkt damit auch das **Recht auf Privatkopie**. Kann man mit guten Argumenten der Verneinung des Herstellerstatus des Diensteanbieters noch folgen, drängt sich jedoch die Frage nach einer Umgehung der Verletzung von Vervielfältigungsrechten – und damit der Ausnutzung einer Schutzlücke – auf. Es ist eben doch etwas grundlegend Unterschiedliches, ob Titel quasi auf Bestellung auf der heimischen Festplatte abgelegt werden oder ob man persönlich unter erheblicher Investition von Mühe und Zeit sowie ohne Garantie auf einen Erfolg nach geeigneten Webradioquellen sucht, um dann einzelne Titel mitzuschneiden.

Beraterhinweis: Die Schranken urheberrechtlicher Nutzungen stellen nach wie vor eine Herausforderung sowohl für neue Geschäftsmodelle im Internet als auch für die Musikindustrie dar. Das Urteil des KG sorgt hier vorerst und im Sinne innovativer Geschäftsmodelle für mehr Klarheit, macht aber zugleich deutlich, dass der Gesetzgeber gefragt ist, wenn es um die rechtssichere Definition und Bestimmung der Reichweite geistiger Eigentumsrechte in Verbindung mit neuartigen Nutzungsmöglichkeiten im Internet geht. ◁

RA, FA IT-Recht, FA Urheber- und Medienrecht
Dr. Christian Wolff, Brock Müller Ziegenbein, Kiel

Unlautere Nachahmung eines Tablet-Computers

Der Tablet-Computer „Galaxy Tab 10.1“ fällt nicht in den Schutzbereich des Verfügungsgeschmacksmusters „iPad“, weil er beim informierten Betrachter einen anderen Gesamteindruck erweckt. Durch die weithin identische Übernahme sämtlicher bei gewöhnlicher Benutzung sichtbarer Gestaltungsmerkmale wird jedoch die Wertschätzung der Produkte „iPad“ und „iPad2“ unlauter ausgenützt.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.2012 – I-20 U 175/11, rkr.
(LG Düsseldorf, Urt. v. 9.9.2011 – 14c O 194/11)
GGV Art 89 Abs. 1 lit. a; UWG §§ 3, 4 Nr. 9b, 8 Abs. 1
CR 2012, 224

Das Problem: Apple wirft Samsung vor, mit dem Tablet-Computer „Galaxy Tab 10.1“ den Geschmacksmusterschutz für seine Geräte „iPad“ und „iPad 2“ zu verletzen bzw. jedenfalls deren Ruf durch Nachahmung unlauter auszunutzen. Per einstweiliger Verfügung hat Apple deshalb beim OLG Düsseldorf beantragt, der deutschen Samsung-Tochtergesellschaft und der südkoreanischen Samsung-Muttergesellschaft den Vertrieb des „Galaxy Tab 10.1“ zu untersagen. Zu Recht?

Die Entscheidung des Gerichts: Ja, der Vertrieb des „Galaxy Tab 10.1“ verletze zwar nicht das Verfügungsgeschmacksmuster, sei aber als unlautere Nachahmung wettbewerbswidrig. Es bestehe ein europaweites Vertriebsverbot für die deutsche Tochtergesellschaft; das Vertriebsverbot für die südkoreanische Muttergesellschaft sei auf Deutschland zu begrenzen.

Internationale Zuständigkeit: Die gemeinschaftsweite gerichtliche Zuständigkeit für die Klage wegen Verletzung des Geschmacksmusters sei auch hinsichtlich der südkoreanischen Muttergesellschaft gegeben. Die deutsche Tochter sei zumindest dem Anschein nach als „Niederlassung“ des südkoreanischen Unternehmens zu sehen.

Keine Geschmacksmusterverletzung: Eine Geschmacksmusterverletzung liege jedoch nicht vor. Das Verfügungsgeschmacksmuster sei neu und habe aufgrund des unterschiedlichen Gesamteindrucks gegenüber den vorbekannten Mustern Eigenart. Dem Verfügungsgeschmackmuster komme trotz der älteren, auf die „Ozolins-Design“ Patentanmeldung zurückgehende deutsche Geschmacksmusteranmeldung für einen rahmenlosen Flachbildschirm ein normaler Schutzbereich zu, den das angegriffene „Galaxy Tab 10.1“ aber nicht verletze, weil es, u.a. aufgrund des nicht zwei- sondern dreiteiligen Aufbaus der Gehäuseschale, beim informierten Betrachter einen **anderen Gesamteindruck** erwecke.

Wettbewerbswidrigkeit: Der Vertrieb des „Galaxy Tab 10.1“ sei aber wettbewerbswidrig, weil es Apples „iPad“ in unlauterer Weise nachahme. Die „iPads“ wiesen eine aus den übereinstimmenden Merkmalen beider Geräte hergeleitete, sich deutlich vom vorbekannten Formenschatz abhebende, durch Benutzung und Wertschätzung gesteigerte, im Ergebnis **herausragende wettbewerbliche Eigenart.** Alle die wettbewerbliche Eigenart des „iPads“ ausmachenden Merkmale fänden sich beim „Galaxy Tab 10.1“ in nahezu identischer Form wieder. Alle Geräte zeichneten sich durch ein rechteckige Form mit vier gleichmäßig gerundeten Ecken und eine flache klare Oberfläche aus, die die gesamte Vorderseite bedecke und die lediglich vom oberen Rand der die Seiten bildenden dünnwandigen Metallschale umfasst werde. Durch die weithin identische Übernahme sämtlicher bei gewöhnlicher Benutzung sichtbarer Gestaltungsmerkmale nütze Samsung die Wertschätzung der Produkte „iPad“ und „iPad2“ unlauter aus. Eine **Ausnützung der Wertschätzung** liege vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise die Wertschätzung für das Original auf die Nachahmung übertrügen. Das sei auch der Fall, wenn nicht die Käufer, wohl aber das Publikum, das bei den Nutzern die Nachahmung sehe, zu irrigen Vorstellungen über die Echtheit verleitet werde. Das Fehlen eines relevanten Qualitäts- und Preisunterschieds stehe dem nicht entgegen.

Konsequenzen für die Praxis: Die sich nur auf wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz stützende Ver-

fügung ist Teil des weltweit eskalierten Streits rund um Googles offenes Android-Betriebssystem. Vor dem Hintergrund der verfügungs- und patentfreundlichen Entscheidungspraxis insb. des LG Düsseldorf wird eine weitere Zunahme entsprechender Streitigkeiten in Europa bzw. Deutschland erwartet. Beide Parteien haben Berufung eingelegt. An das Eilverfahren schließt sich damit das Hauptsacheverfahren an. Für das von Samsung optisch veränderte „Galaxy Tab 10.1 N" hat das LG Düsseldorf Apples Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen (LG Düsseldorf, Urt. v. 9.2.2012 – 14c O 292/11, CR 2012, 230).

Beraterhinweis: Für ein von möglichen Verfügungsansprüchen betroffenes Unternehmen ist – neben der Frage der Wahrung des notwendigen Abstands zu einem besonders innovativen und trendbegründenden Produkt – nicht die Hinterlegung von Schutzschriften bei Gericht, sondern auch die Gestaltung der Vertriebs- und Logistikkette insgesamt zu prüfen, um die Auswirkung möglicher Verfügungsansprüche zu begrenzen. Der im nationalen Recht begründete wettbewerbsrechtliche Anspruch besteht (anders als der Gemeinschaftsgeschmacksmusteranspruch) nur in Deutschland. ◁

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

Störerhaftung einer Videoplattform – GEMA ./. YouTube

Die Videoplattform YouTube haftet als Störer für Urheberrechtsverletzungen der Nutzer, wenn sie trotz Kenntnis von einer Rechtsverletzung nicht ihren Kontroll- und Verhaltenspflichten nachkommt. Ab Kenntniserlangung hat der Betreiber rechtsverletzende Videos unverzüglich zu sperren und Vorsorge bezüglich künftiger Uploads zu treffen. Dafür muss er das eigene Content-ID-Programm sowie eine ergänzende Wortfiltersoftware einsetzen. Eine Kontrollpflicht hinsichtlich des gesamten vorhandenen Datenbestands besteht hingegen nicht.

LG Hamburg, Urt. v. 20.4.2012 – 310 O 461/10, nrkr.
UrhG §§ 3, 19a, 97; TMG §§ 7 ff., 13

Das Problem: Der Entscheidung liegt die Frage zugrunde, ob und inwieweit YouTube für Handlungen der Nutzer, die urheberrechtsverletzende Videos hochladen, haftet. YouTube hatte auf Hinweise der GEMA erst mit zweimonatiger Verspätung mit der Sperrung der inkriminierten Musikvideos reagiert und wurde daraufhin auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Die Entscheidung des Gerichts: Der auf eine Haftung als Täterin abzielende Hauptantrag sei nicht begründet, ein **Unterlassungsanspruch** ergebe sich aber aus der hilfsweise geltend gemachten Störerhaftung der Plattformbetreiberin.

Keine Täterhaftung: Im Gegensatz zu einem früheren Urteil der 8. Zivilkammer des LG Hamburg (LG Hamburg, Urt. v. 3.9.2010 – 308 O 27/09, CR 2010, 818 m. Anm. *Klingebiel* = ITRB 2011, 58) geht die 10. Kammer davon aus, dass YouTube nicht als Täterin hafte, da die Plattform die Videos weder selbst veröffentliche noch sich den Inhalt zu eigen mache (ähnlich bereits OLG Hamburg, Urt. v. 29.9.2010 – 5 U 9/09, ITRB 2011, 103 – Videoplattformbetreiber). Auf der Grundlage der vom BGH aufgestellten Kriterien (BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07 – marions-kochbuch.de, CR 2010, 468 = ITRB 2010, 174) sei ein Zueigenmachen abzulehnen, da mangels inhaltlicher Prüfung vor der Freischaltung der Videos **keine redaktionelle Kontrolle** stattfinde. Auch führe die Lizenz, die sich YouTube von den Nutzern einräumen lasse, nicht zu einer täterschaftlichen Haftung. Denn die Lizenz sei frei widerruflich und erlösche automatisch, sobald der Nutzer das Video entferne. Es liege damit trotz der von YouTube erzielten Werbeeinnahmen **keine „wirtschaftliche Vereinnahmung"** der Videos vor.

Störerhaftung: YouTube hafte jedoch als Störerin, denn durch das Bereitstellen und den Betrieb der Videoplattform werde ein Beitrag zu den Rechtsverletzungen geleistet, so dass Kontroll- und Verhaltenspflichten bestünden. Diese habe YouTube verletzt, indem sie die Videos trotz Hinweisen auf konkrete Rechtsverletzungen erst nach zwei Monaten, also nicht unverzüglich i.S.d. § 10 S. 1 Nr. 2 TMG, gelöscht habe.

Prüfpflichten: Das Gericht entwickelt sodann in einem ausführlichen *obiter dictum* konkrete Prüfpflichten für YouTube. Dem Betreiber der Videoplattform dürften zwar keine Verpflichtungen auferlegt werden, die seine grundsätzlich zulässige Tätigkeit unverhältnismäßig erschwerten. Zuzumuten sei YouTube jedoch, nach Erhalt eines Hinweises auf eine Urheberrechtsverletzung durch den Einsatz einer Software künftige Uploads des gleichen geschützten Werkes zu verhindern. Eine dazu geeignete Software stehe YouTube in Form des selbst entwickelten **Content-ID-Programms** zur Verfügung. YouTube müsse dieses Programm selbst anwenden und könne dies nicht den Rechteinhabern überlassen. Es bestehe hingegen keine Verpflichtung, den gesamten Datenbestand präventiv auf Urheberrechtsverletzungen zu durchsuchen. Die Prüfungspflichten eines als Störer in Anspruch Genommenen begönnen immer erst ab Kenntnis von einer konkreten Rechtsverletzung. Eine Verpflichtung zur Vorsorge gelte nur für die Zukunft. Als Ergänzung zu dem Content-ID-Programm, das nur identische Tonaufnahmen entdecken könne, sei ein **Wortfilter** zu verwenden. Um schließlich der Gefahr zu begegnen, dass automatisch herausgefilterte Dateien keine rechtsverletzenden Inhalt hätten und die Informationsfreiheit eingeschränkt würde, sei darüber hinaus ein Verfahren ähnlich dem vorhandenen **Dispute-Verfahren** einzusetzen, das den Nutzer auf die mögliche Rechtsverletzung hinweise und die Möglichkeit einer Stellungnahme einräume.

Konsequenzen für die Praxis: Die Diskussion um ACTA, das Strafverfahren gegen die Betreiber des illegalen Filmportals *www.kino.to, Sven Regeners* flammendes Plädoyer für das Urheberrecht und sein Angriff gegen das Geschäftsmodell YouTubes, der Aufruf „Wir sind die Künstler" in der Wochenzeitung „Die Zeit" oder der Aufstieg der Piratenpartei – um das Urheberrecht im In-

ternet tobt derzeit ein Kampf, an dessen vorderster Front die Verwertungsgesellschaften kämpfen. Das mit Spannung erwartete Hamburger Urteil reiht sich hier ein, ohne Änderungen gegenüber der bisherigen deutschen Rechtsprechung zur Störerhaftung von Host-Providern (z.B. BGH, Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 57/09 – Stiftparfüm, CR 2011, 817 = ITRB 2012, 3) vorzunehmen. Mit seiner Argumentation setzt sich das LG auch nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urt. v. 16.2.2012 – Rs. C-360/10 – Netlog/SABAM, CR 2012, 265 = ITRB 2012, 75). Dieser hatte eine Verpflichtung von Host-Providern, auf eigene Kosten ein Filtersystem einzurichten, das die Untersuchung der Daten sämtlicher Kunden auf das Vorliegen möglicher Urheberrechtsverletzungen ermöglicht, für unzulässig erachtet. Beide Parteien haben nach der Verkündung des Urteils angekündigt, an den Verhandlungstisch zurückzukehren, den YouTube anders als die Streaming-Dienste Spotify oder Simfy verlassen hatte. Während YouTube eine pauschale Mindestvergütung als Werbebeteiligungspauschale befürwortet, fordert die GEMA zusätzlich eine Vergütung von 0,6 Cent pro geklicktem Musikstück. Parallel dazu haben sowohl die GEMA als auch YouTube **Berufung** gegen das Urteil eingelegt.

Beraterhinweis: **Plattform- und Forenbetreiber** sind für den von ihren Nutzern eingestellten Inhalt dann unmittelbar wie für eigenen Inhalt verantwortlich, wenn sie ihn redaktionell oder wirtschaftlich in ihr eigenes Angebot integrieren und sich damit zu Eigen machen. Ihnen ist zu raten, ein Zueigenmachen i.S.d. BGH-Rechtsprechung zu vermeiden.

Um auch eine Störerhaftung auszuschließen, muss eine **schnelle Reaktion** auf Hinweise auf konkrete Rechtsverletzung erfolgen und ggf. eine Filtersoftware zum Einsatz kommen.

Für **Rechteinhaber** bringt die Entscheidung die Gewissheit, dass sie keine Pflicht zur aktiven Nutzung der von den Providern angebotenen Filtersoftware trifft. Bei konkreten Rechtsverletzungen ist zu empfehlen, den Provider umgehend in Kenntnis zu setzen, um dessen Handlungspflichten auszulösen. ◁

RA Dr. Hauke Hansen, LL.M.,
FPS Rechtsanwälte & Notare, Frankfurt/M.

Zulässige Feedbackanfrage

Auch bei ausdrücklichem Widerspruch des Empfängers gegen den Erhalt von Werbung stellt der Versand einer E-Mail, mit der der Käufer um Feedback zur Abwicklung eines Kaufvertrags gebeten wird, keine unerwünschte Werbung i.S.d. § 7 UWG dar.

LG Coburg, Urt. v. 17.2.2012 – 33 S 87/11, rkr.
(AG Coburg, Urt. v. 3.11.2011 – 15 C 260/11)
UWG § 7

Das Problem: Ein Rechtsanwalt wurde versehentlich in den Newsletterverteiler eines Onlinehändlers eingetragen. Er widersprach, meldete sich wieder ab und erklärte gegenüber dem Händler per E-Mail:

Sehr geehrte Damen und Herren, liefern Sie mir einfach die bestellten Stühle und verschonen Sie mich mit weiterer Werbung.

Im Anschluss erhielt er eine Feedbackanfrage des Händlers.

Die Entscheidung des Gerichts: Eine Feedbackanfrage stelle **keine Werbung** dar, sondern diene als Zufriedenheitsanfrage dem **Kundenservice** und ziele auf Verbesserung der Abläufe beim Verkäufer und Mangelvermeidung ab. Vom objektiven Empfängerhorizont aus sei eine solche Feedbackanfrage im Zusammenhang mit einem vorangegangenen Geschäftskontakt keineswegs offenkundig als Werbung anzusehen. Die Intensität des Eingriffs sei vergleichsweise gering, die Gefahr einer Summierung nach Abwicklung des Kaufs nicht geben. Es handelte sich lediglich um eine einmalige Abfrage nach Vertragsabwicklung, die heute allgemein üblich sei.

Konsequenzen für die Praxis: Im vorliegenden Fall ist eigentlich die Einordnung richtiger, dass die Feedbackanfrage nach erfolgtem Kauf primär der **Kundenbindung** und damit der **Werbung** dient. Die eigentliche, zu verhindernde Gefahr des „Zumüllens“ des E-Mail-Postfachs besteht jedoch in solchen Konstellationen nicht. Auch wenn hier die E-Mail-Adresse fälschlicherweise zunächst auch zur Versendung des Newsletters genutzt wurde, erlangte der Händler sie doch letztlich bei Abwicklung eines Warenverkaufs, was gem. § 7 Abs. 3 UWG die Nutzung rechtfertigt.

Beraterhinweis: Hier hatte es der klagende Rechtsanwalt versäumt, sich schon erstinstanzlich gegen das Aufnehmen in den Verteiler des Newsletters zu wehren, woraufhin er in der konkreten Klage auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten unterlag, nachdem der Händler mit der Kostenfolge des § 93 ZPO den Unterlassungsanspruch anerkannt hatte. Dem vorsichtigen Unternehmen muss jedoch geraten werden, in Fällen, bei denen ein ausdrücklicher, auch auszulegender Wille des Kunden ersichtlich ist, keine E-Mails zu erhalten, die nicht unmittelbar zur Abwicklung des Kaufs gehören, solche Anfragen zu vermeiden. Eine Feedbackanfrage mag heute üblich sein, hat aber mit dem originären Kaufvertrag nichts mehr zu tun. ◁

RA, FA IT-Recht Dr. Carsten Intveen,
HÖCKER Rechtsanwälte, Köln

E-Mail-Veröffentlichung trotz Disclaimers

Die Veröffentlichung einer E-Mail im Internet, die einen vorformulierten Vertraulichkeitsvermerk enthält, ist rechtswidrig und stellt einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Absenders dar.

LG Saarbrücken, Urt. v. 16.12.2011 – 4 O 287/11, nrkr.
BGB §§ 823, 1004

Das Problem: Beim Versand einer E-Mail muss damit gerechnet werden, dass der Empfänger diese weiterleitet

oder an Dritte verbreitet. Das LG Saarbrücken hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob in der Veröffentlichung einer E-Mail, die mit einem vorformulierten Vertraulichkeitsvermerk (sog. Disclaimer) versehen war, im Internet eine Rechtsverletzung zu sehen ist.

Die Entscheidung des Gerichts: Das LG Saarbrücken schließt sich der Beurteilung des LG Köln (LG Köln, Urt. v. 2.10.2008 – 28 O 558/06) und des OLG Stuttgart (OLG Stuttgart, Urt. v. 10.11.2010 – 4 U 96/10) an und sieht in einer solchen Veröffentlichung von E-Mails einen **Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** des Absenders.

Persönlichkeitsrecht: Das Persönlichkeitsrecht umfasse auch das Recht am geschriebenen Wort. Hierzu zähle auch die E-Mail, die nur an einen bestimmten abgegrenzten Personenkreis übersandt werde. Hier habe der Einzelne ein grundsätzliches Recht darauf, nicht den Blicken der Öffentlichkeit ausgesetzt zu sein und selbst zu bestimmen, wem bestimmte Äußerungen zugänglich gemacht würden. Der Schutz könne nur entfallen oder im Rahmen einer Interessenabwägung zurücktreten, wo der Betroffene selbst seinen Willen erklärt habe oder an die Öffentlichkeit getreten sei.

Entgegenstehender Wille: Durch die Verwendung eines **Disclaimers** in der Mail trete hier aber ohnehin ein erkennbarer entgegenstehender Wille des Absenders zutage. Der Vermerk enthalte zwar nur einen Hinweis auf eine „Urheberrechtsverletzung", wenn die E-Mail vervielfältigt werde. Dieser Hinweis sei aber der Auslegung zugänglich. Eine solche Formulierung sei auch nicht als – möglicherweise unwirksame – AGB zu verstehen und enthalte auch keinen Haftungsausschluss. Entscheidend sei hier nur, dass **eine pauschale, aber dennoch eindeutige Erklärung** zur Vertraulichkeit der Äußerung vorliege, die vom Adressaten zu beachten sei.

Interessenabwägung: Auch die Interessenabwägung falle zugunsten des Absenders aus. Zwar bestehe aufgrund des in Rede stehenden Sachverhalts – Verstöße gegen das BDSG aufgrund eines bestimmten Geschäftsmodells – ein großes Interesse der betroffenen Personen. Hier sei die E-Mail aber nicht nur den auch nur potentiell Betroffenen zugänglich gemacht worden, sondern einer unbegrenzten Zahl von Personen auf einer global zugänglichen Internetseite.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung des LG Saarbrücken stärkt den Schutz der Persönlichkeitsrechte von E-Mail-Absendern. Bemerkenswert ist hier vor allem die Bedeutung, die das Gericht der vorformulierten Erklärung am Ende der E-Mail beigemessen hat. Den oft belächelten Disclaimern kommt damit eine erhebliche Praxisrelevanz zu (vgl. etwa *Hoeren*/*Sieber*, Multimedia-Recht, 30. Erg.-Lfg. 2011, Teil 8, Rz. 29).

Beraterhinweis: Die Entscheidung zeigt, dass neben Aufforderungen zum Schutz der Umwelt und zum Löschen bei unbeabsichtigtem Erhalt von E-Mails in derartigen Disclaimern auch Erklärungen enthalten sein können, die eine rechtliche Außenwirkung haben. Daher ist anzuraten, derartige Vertraulichkeitsvermerke standardisiert aufzunehmen, um sie einer ungewünschten Veröffentlichung von E-Mails entgegenhalten zu können. ◁

RA Dr. Thomas Engels, LL.M., Terhaag & Partner Rechtsanwälte, Köln – www.aufrecht.de

IT-Recht kompakt

IT-Rechtsfragen aus der Praxis

Grundlagen des Crowdsourcing und Crowdfunding
Rechtsfragen bei der Ressourcenbeschaffung über die Internetöffentlichkeit

*von Andreas Witte**

In jüngster Zeit gewinnen neuartige, juristisch nur teilweise erschlossene Formen der Beschaffung von Ressourcen über die Internetöffentlichkeit an Bedeutung. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit deren Grundlagen und der Einordnung in das bestehende rechtliche Gefüge.

1. Definitionen

Die massenhafte Erreichbarkeit von Zielgruppen („Crowd" oder Schwarm genannt, gemeint ist stets die Allgemeinheit der Internetnutzer) über das Internet macht es prinzipiell möglich, jede „zerlegbare" Aufgabe wie bspw. die Lösung eines Problems oder die Finanzierung eines Projekts auf eine Vielzahl von Köpfen mit hoher Spezialisierung bei gleichzeitiger Minimierung der Risiken für den Einzelnen zu verteilen.

* RA, FA IT-Recht Andreas Witte, München.

a) Crowdsourcing

In der Praxis liegt im Crowdsourcing eine Erweiterung bereits bekannter **Arbeitsteilungsmodelle** um den Faktor Motivation, die hier häufig nicht durch klassische Gegenleistungen, sondern mit der Gewährung „emotionaler und sozialer Rendite" gefördert wird.[1]

Beispiele

- Aufbau von Wissensdatenbanken wie „Wikipedia"
- Bewertungsportale, Frage-Antwort-Portale
- Entwicklung von Open Source Software
- Unternehmenswettbewerbe wie die GoldCorp-Challenge[2]

Der Unterschied zum klassischen **Outsourcing** besteht darin, dass dort regelmäßig nur ein einzelner Vertragspartner eine vorab definierte Leistung erbringt, während sich beim Crowdsourcing die Möglichkeit bietet, bspw. die Aufgabenteilung, Fristenpläne und sogar die Festlegung des Ziels den Beteiligten, die im Extremfall sogar anonym tätig werden können, selbst zu überlassen.

Bei **Unternehmenswettbewerben** öffnen Unternehmen zuweilen ihre Innovationsprozesse der Öffentlichkeit, um diese an der Lösung eines Problems zu beteiligen.[3] Dies macht die Unternehmen zwar für feindliche Übernahmen angreifbar, scheint aber bisher hocheffektiv zu sein.[4]

b) Crowdfunding

Beim Crowdfunding geht es um die **Beschaffung von Geld**. Streng genommen fällt hierunter jede Form des Anbietens von Beteiligungen gegenüber der Öffentlichkeit, so dass hier gesellschafts-, kapitalmarkt- und verbraucherschutzrechtliche Regelungen einschlägig sein können. Auch bloß vorausbezahlte Bestellungen einer noch zu entwickelnden Ware können hierunter fallen.

Beispiele

- Aufruf zur Bestellung von Ware
- Aufruf zur Vornahme von Schenkungen
- Aufruf zur Gewährung von Darlehen
- Aufruf zur Zeichnung von Anteilen

2. Rechtliche Beziehungen der Beteiligten

Je nach Geschäftsmodell können dabei Regelungsbedürfnisse in folgenden Bereichen entstehen:

- Übertragung der Rechte an den Arbeitsergebnissen der Mitglieder der Crowd auf den Anbieter oder Dritte;
- Definition der Gegenleistung, die als Motivationsanreiz nicht zwingend eine rechtliche Verpflichtung darstellen muss;
- Aufgabenteilung innerhalb des gewissermaßen „offen" definierten Projekts;
- Definition der Pflichten des „Veranstalters", der das Projekt koordiniert;
- je nach Geschäftsmodell Erreichen einer „kritischen Masse" innerhalb einer Sunrise-Phase, ohne die die Verwirklichung des Projekts in einer zweiten Phase nicht beginnt und ggf. Rückübertragungs- oder Rückzahlungsansprüche entstehen. Dies wäre nach deutschem Recht eine aufschiebende Bedingung.

Die Vertragsautonomie der Parteien kann durch **zwingende gesetzliche Rahmenbedingungen** limitiert sein. Hier kommen in Betracht:

- §§ 305 ff. BGB,
- weitere Vorschriften zum Verbraucherschutz,
- gesellschaftsrechtliche Vorschriften,
- finanzmarktrechtliche Vorschriften.

3. Vertragsrecht

a) Prüfung des Vertragsstatuts

Derartige Vorhaben werden regelmäßig mittels **Nutzungsbedingungen** in Form allgemeiner Vertragsbedingungen geregelt und sind damit nach §§ 305 ff. BGB überprüfbar. Soweit die Bestimmungen in ein fremdes Recht verweisen, ist zuvor zu prüfen, welche Klauseln aufgrund zwingender Bestimmungen noch nach deutschem Recht zu beurteilen sind. Bei Verträgen ohne Verbraucherbeteiligung ist hierfür außerhalb des ordre public wegen des Grundsatzes freier Rechtswahl nach Art. 3 ROM I-VO in deren Anwendungsbereich kaum Raum.

Da der **Verbraucherbegriff** in Art. 6 ROM I-VO sehr eng ist, dürften bspw. Nutzer sozialer Netzwerke, die auf einen beruflichen Austausch zugeschnitten sind, bereits nicht mehr hiervon erfasst sein.

Im Übrigen ergibt sich die Anwendung deutschen Rechts auch im Hinblick auf die spätere Frage der Wirksamkeit der beanstandeten Klausel bei Beteiligung eines Verbrauchers nach §§ 305 ff. BGB aus Art. 29 Abs. 2, Art. 29a EGBGB a.F. (für bis zum 17.12.2009 geschlossene Verträge, vgl. Art. 28 Rom I-VO) oder aus Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom I-VO, Art. 46b EGBGB (für nach dem 17.12.2009 geschlossene Verträge).[5] Art. 6 ROM I-VO verweist schon dann in das Recht des Verbraucherstaats, wenn die Tätigkeit des Anbieters „auf irgendeine Weise" von außen in dieses Land hineinwirkt. Das ist unabhängig vom Standort des Servers vor allem bei einem aufgrund der Sprache und des konkreten Inhalts auf den inländischen Verbraucher zugeschnittenen Angebot wie bspw. dem Reiseinformations- und -bewertungsportal *tripadvisor.de* der Fall.

Der für die Anwendung deutschen Rechts notwendige Inlandsbezug ist nach Auffassung des BGH bereits dann gegeben, wenn der ausländische Anbieter seine Geschäftsbedingungen in Deutschland verwendet, indem er sie auf Internetseite gestellt hat.[6]

Nach deutschem Recht stellt die Verwendung unwirksamer AGB stets einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG

1 Bei juris fanden sich unter dem Stichwort „Crowdsourcing" am 14.5.2012 nur zwei Einträge.
2 Ein Bergbauunternehmen veröffentlichte Daten über Probebohrungen, um durch die Crowd Goldvorkommen lokalisieren zu lassen und hatte damit großen Erfolg.
3 Vgl. auch *Söbbing*, ITRB 2011, 206 ff.
4 Vgl. die GoldCorp Challenge.
5 Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08 – Half Life 2, CR 2010, 565 = ITRB 2010, 222.
6 Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08 – Half Life 2, CR 2010, 565 = ITRB 2010, 222.

dar.[7] Der Anknüpfungspunkt für Klagen von Verbraucherschutzvereinen nach § 1 UKlaG ergibt sich dabei nicht aus dem Vertragsrecht, sondern aus Delikt (vgl. Art. 40 Abs. 1 EGBGB, Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO).[8]

b) Pflichtenprogramm

Nach dem anwendbaren Recht ist anschießend zu beurteilen, ob die wechselseitigen Pflichtenprogramme wirksam vereinbart wurden. Der Anbieter wird häufig eine kostenlose Recherche anbieten, für deren Inhalt aber keinerlei Haftung übernehmen wollen, da er lediglich die Plattform zur Verfügung stellt.

Vertragsrechtlich stellt sich die Frage, ob der **Anbieter** dem Nutzer für fehlerhafte, vor allem gefälschte Bewertungen haftet. Bei einer kostenlosen Dienstleistung wird dies nach deutschem Recht nur bei grober Fahrlässigkeit gem. § 521 BGB der Fall sein. Sobald die Recherchemöglichkeit aber mit einer Gegenleistung verbunden ist, etwa der Preisgabe persönlicher Daten im Gegenzug zu einer Registrierung und Einwilligung in deren Nutzung (§ 4a BDSG), haftet der Anbieter entweder nach Dienst- oder Werkvertragsrecht und natürlich für den rechtstreuen Umgang mit den so erworbenen Daten.

Die Haftung des **Nutzers** für die Richtigkeit der von ihm eingestellten Daten ist regelmäßig ebenfalls über die allgemeinen Vertragsbestimmungen geregelt, lässt sich aber auch über das Deliktsrecht herleiten. Nicht ehrverletzende Meinungsäußerungen oder die Mitteilung wahrer Tatsachen sind danach regelmäßig zulässig, so dass weder der Nutzer selbst als Täter noch der Betreiber als mittelbarer Störer auf deren Unterlassung haftet.[9] Ein Schlechthinverbot hinsichtlich der Bewertung kann schon wegen Art. 5 GG nicht gefordert werden.[10]

c) Geistige und gewerbliche Schutzrechte

Bei Projekten oder Portalen, die die Mitwirkung bei der Zurverfügungstellung oder Schaffung immaterieller Wirtschaftsgüter zum Gegenstand haben, müssen die Rechte an den Arbeitsergebnissen wirksam auf den Betreiber übertragen werden. Auch dies geschieht regelmäßig mittels allgemeiner Vertragsbedingungen. Ein plakatives Beispiel für derartige Bestimmungen ist die General Public License (GPL) in ihren verschiedenen Versionen.

Hier können intransparente und überraschende Klauseln auftreten.[11]

Stellt ein Plattformbetreiber der Öffentlichkeit rechtsverletzenden Inhalt zur Verfügung, gelten die allgemeinen Grundsätze der unmittelbaren oder mittelbaren Störerhaftung, wobei nach derzeitiger Rechtsprechung keine vorbeugenden Prüfpflichten bestehen,[12] jedoch eine Garantenstellung mit der Kenntniserlangung entstehen kann.[13]

4. Gesellschaftsrecht

Die Anwendung deutschen Rechts kann für gesellschaftsrechtliche Fragen nicht über die ROM I-VO hergeleitet werden, weil Art. 1 Abs. 2 lit. f das Gesellschaftsrecht hiervon ausnimmt, weshalb das nicht vereinheitlichte Recht fortgilt.[14] Im Übrigen setzt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§705 ff. BGB keinen schriftlichen Vertrag voraus. Es reicht die Vereinbarung eines fremdnützigen Zwecks, bspw. die Förderung des Vorhabens des Veranstalters. Allerdings muss der Zweck ein gemeinsamer sein, bei dem jeder Gesellschafter die Mitwirkung des anderen verlangen kann.[15] Verfolgt hingegen jeder Beteiligte einen eigenen Zweck, auch wenn die Beiträge eine abgestimmte Leistung voraussetzen, liegt allenfalls ein partiarisches Rechtsverhältnis vor.[16] Das wird bei einer Vielzahl der „Projekte" der Fall sein. In einem solchen Rechtsverhältnis bestehen vertragliche Ansprüche nur zwischen dem Nutzer und dem Betreiber, während alle anderen Ansprüche – etwa bei Miturheberschaft – allenfalls eine Rechtsgemeinschaft (§ 741 BGB) begründen können.

5. Kapitalmarktrecht

Beim Crowdfunding kommen praktisch alle zulässigen Finanzierungsvarianten in Betracht.

Die einfachste Möglichkeit ist ein Angebot zum **Erwerb** der noch herzustellenden Ware[17] zu günstigen Konditionen, etwa einer Vorzugsbehandlung oder mit besonderen Eigenschaften unter der aufschiebenden Bedingung, dass eine Mindestanzahl an Bestellern als „kritische Masse" erreicht wird. Dabei empfiehlt es sich zur Vermeidung einer Treuhandkonstruktion, die Zahlungen erst mit dem Eintritt der Bedingung fällig zu stellen. Hier ist dann lediglich Kaufrecht anwendbar.

Eine weitere Möglichkeit wäre die Einwerbung von **Schenkungen**, für die die geltenden Freibeträge (§ 16 ErbStG) in Anspruch genommen werden können. Ist jedoch die Schenkung eine gemischte, weil eine – wenn auch geringwertige – Gegenleistung versprochen wird, etwa eine Anerkennung oder ein Gutschein, handelt es sich bei der Einnahme um einen Umsatz i.S.d. § 1 UStG. Für die Berechnung der Umsatzsteuer ist der gemeine Wert anzusetzen. Er gilt als Mindestbemessungsgrundlage. Liegt der Wert des entgeltlichen Teils der gemisch-

---

7 Vgl. *Köhler* in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 4 Rz. 11.156 ff.
8 Vgl. BGH, Urt. v. 11.2.2010 – I ZR 178/08 – Half Life 2, CR 2010, 565 = ITRB 2010, 222.
9 Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 8.3.2012 – 16 U 125/11 – Ärzteportal.
10 Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 18.1.2012 5 U 51/11 – Hotelbewertung, CR 2012, 183 = ITRB 2012, 101.
11 Das Literaturportal *mister-wong.de* suchte per Crowdsourcing nach Eingaben für ein neues Logo, wobei die Nutzer die Haftung für Schutzrechtsverletzungen übernehmen sollten; diese sahen mit dem Argument der „Unfairness" von einer Teilnahme ab.
12 EuGH, Urt. v. 16.2.2012 – Rs. C 360/10 – Sabam, CR 2012, 265 = ITRB 2012, 74; danach ist es mit EU-Recht nicht vereinbar, wenn Mitgliedsstaaten von Plattformbetreibern die Einrichtung präventiver Filtersysteme verlangen.
13 BGH, Urt. v. 22.7.2010 – I ZR 139/08 – Kinderhochstühle, CR 2011, 259 = ITRB 2011, 26; OLG Hamburg, Urt. v. 4.11.2011 – 5 U 45/07, ITRB 2012, 53.
14 Vgl. *Thorn* in Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, ROM-I Art. 1 Rz. 12.
15 Vgl. *Sprau* in Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 705 Rz. 20.
16 Vgl. *Sprau* in Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 705 Rz. 9.
17 Vgl. das Projekt „Pebble Smart Watch".

ten Schenkung, also hier die Hingabe des Geldbetrags, über dem gemeinen Wert der Anerkennung als Gegenleistung, ist ersterer zu berücksichtigen, d.h. der ganze Betrag unterliegt der Umsatzsteuerpflicht.

Eine andere Möglichkeit ist die Einwerbung von **Darlehen**, wobei es aufgrund der vielfältigen Möglichkeiten der Ausgestaltung als Eigen- oder und Fremdkapital genauer Kenntnisse der kapitalmarktrechtlichen und auch steuerrechtlichen Varianten bedarf. In diesem Beitrag soll nur auf eine typische Variante eingegangen werden: Für die Ausgabe von **Wertpapieren** nach dem Wertpapierprospektgesetz (WpPG) kann bei einem an die Öffentlichkeit gerichteten Angebot zum Erwerb von Anteilen bei Erfüllung der dort in § 3 näher bezeichneten Kriterien eine Prospektpflicht gegeben sein. Dabei wird bei kleineren Vorhaben die untere Anwendungsschwelle von 100.000 € häufig nicht erreicht, so dass die in Deutschland derzeit beliebteste Methode die Emission von Genussscheinen mit dieser Obergrenze ist. Ob sie für den Emittenten als Eigenkapital zählen, hängt von der Bilanzierungsmethode ab. Sie geben dem Anleger kein Mitbestimmungsrecht und stellen in der Insolvenz nur nachrangiges Kapital dar. Alle anderen Formen von Beteiligungen sind an höhere Hürden geknüpft.

Die Vereinigten Staaten haben diese neuartige Finanzierungsform bereits gesetzlich im „Crowdfunding Act“ (Capital Raising Online While Deterring Fraud and Unethical Non-Disclosure Act) geregelt. Das Gesetz reguliert und ermöglicht die Schaffung sog. SEC-zertifizierter Crowdfunding-Plattformen, die bis zu einer Obergrenze von 1 Mio. USD pro Jahr Anteile an neu gegründeten Unternehmen vermitteln dürfen. Das Gesetz sieht dabei zum Schutz von Anlegern Beteiligungsgrenzen vor, die vom jeweiligen Gehalt abhängig sind.

Beraterhinweis: Soweit es um die Gestaltung oder die Beurteilung von Nutzungsbedingungen geht, kann bereits auf eine breite Judikatur zurückgegriffen werden. Geht es um das Einsammeln von Kapital, sind profunde Kenntnisse der gesellschafts- und steuerrechtlichen Grundlagen erforderlich. Dies gilt umso mehr in Fällen mit Auslandsberührung. ◁

Dürfen soziale Netzwerke auf die Adressbücher ihrer Nutzer zugreifen?

Eine Positionsbestimmung unter Berücksichtigung von LG Berlin, Urt. v. 6.3.2012 – 16 O 551/10

*von Dr. Felix Wittern/Maria Wichmann**

Social Networks bieten ihren Nutzern verschiedene Funktionen zur Erweiterung des Netzwerks. Bei Einsatz des „Freundefinders“ wird das Adressbuch der Nutzer importiert und auf bekannte E-Mail-Adressen gefiltert. Bis Anfang 2011 hatte das soziale Netzwerk Facebook seinen Freundefinder so eingerichtet, dass standardmäßig auch Adressen von Nichtmitgliedern angeklickt, exportiert und für den Versand von E-Mails genutzt wurden. Das LG Berlin entschied kürzlich, dass dieses Prozedere unzulässig war und einen Verstoß gegen Verbraucherschutzrechte darstellte (LG Berlin, Urt. v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, CR 2012, 270). Die Autoren betrachten die gängige Praxis der sozialen Netzwerke bei der Einbindung der Adressbücher ihrer Nutzer im Lichte dieser Entscheidung und gehen der Frage nach, wie viel Datenschutz hier sinnvoll ist.

1. Der Facebook-Fall

Der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände verklagte Facebook wegen der bis Anfang 2011 bestehenden Konfiguration des „Freundefinders“ und der verwendeten allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzrichtlinien unter *www.facebook.de* auf Unterlassung. Das LG Berlin gab der Klage in vollem Umfang statt (LG Berlin, Urt. v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, nrkr., CR 2012, 270).

Der Entscheidung liegt folgender Registrierungsprozess zugrunde: Der neue Nutzer wird bei der Anmeldung gefragt, ob seine Freunde schon bei Facebook registriert sind. Um diese Frage zu beantworten, kann er unter Angabe seiner E-Mail-Adresse und des entsprechenden Passworts den Button „Freunde finden“ anklicken. Daraufhin durchsucht Facebook das entsprechende E-Mail-Konto auf bei Facebook registrierte E-Mail-Adressen. Die Adressinhaber, die bereits Mitglieder bei Facebook sind, werden in einem ersten Schritt als Liste aufgeführt. In einem zweiten Schritt werden die Adressen, deren Inhaber nicht bei Facebook registriert sind, importiert und einzeln aufgelistet. Unter der Liste befanden sich im streitgegenständlichen Verfahren die Buttons „Einladungen versenden“ und „Überspringen“. Durch Anklicken von „Einladung versenden“ erhielten alle Kontakte, die automatisch voreingestellt durch ein Häkchen aktiviert waren, eine E-Mail-Einladung zur Mitgliedschaft bei Facebook. Empfänger, die sich darauf nicht bei Facebook registrierten, erhielten einige Monate später eine Erinnerungs-E-Mail.

2. Die Entscheidung des LG Berlin

Das LG Berlin entschied, dass dem Verband hinsichtlich dieser Ausgestaltung des Registrierungsprozesses Unterlassungsansprüche zustehen. Anspruchsgrundlage bezüg-

* Dr. Felix Wittern ist Fachanwalt für IT-Recht und Partner bei Field Fisher Waterhouse, Maria Wichmann ist Rechtsanwältin bei Field Fisher Waterhouse in Hamburg.

lich des Versands der Einladungs- und Erinnerungsmails sei danach § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG. Der Versand der E-Mails sei gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unlauter. Die Auswahl der Empfänger durch den einladenden Nutzer führe nicht zu der erforderlichen Einwilligung der Empfänger in die Zusendung. Es handle sich vielmehr um unerbetene Werbung des Netzwerkbetreibers. Die Einladung, dem sozialen Netzwerk beizutreten, diene zwar auch einem sozialen Zweck, gleichzeitig aber der Förderung des Absatzes der Seite, da die Einladungen auf eine Vergrößerung der Nutzergemeinschaft gerichtet seien. Da der soziale Charakter aus Sicht des E-Mail-Empfängers nicht überwiege, sei dieser E-Mail-Versand unlauter i.S.d. UWG. Ferner beruhe die Versendung nicht allein auf dem Entschluss des Nutzers. Dieser gebe lediglich die Adresse ein, Facebook dagegen versende die E-Mail, so dass beide als Mittäter handelten.

Im Hinblick auf die Nutzung der Daten durch Facebook liege ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG vor. Die Anwendbarkeit des deutschen Datenschutzrechts ergebe sich aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Einwilligung des Nutzers stelle einen Verstoß gegen § 4a BDSG dar und sei damit unlauter gem §§ 3, 4 Nr. 11 UWG. Der Netzwerkbetreiber werde den Voraussetzungen an eine informierte Einwilligung nicht gerecht. Der Nutzer werde nicht darauf hingewiesen, dass auch Daten von Personen, die nicht Mitglied bei Facebook seien, verwendet würden, dennoch werde im Rahmen des „Freundefinders“ gerade auf diese Daten zugegriffen.

3. Der zulässige Einsatz von Adressfindern

Bereits Anfang 2011 hat Facebook den dem Verfahren vor dem LG Berlin zugrunde liegenden Registrierungsprozess verändert. Seither müssen bei Nutzung des „Freundefinders“ die Kontakte vom Nutzer selbst aktiviert werden und sind nicht mehr als Voreinstellung angeklickt. Das Urteil und die damit verbunden Rechtsfragen sind dennoch für die Zukunft interessant, denn soziale Netzwerke verwenden Adressfinder in unterschiedlicher Form. Dies entspricht dem Sinn der Netzwerke, dass Nutzer ihre Kontakte dort bündeln und pflegen können. Jeder, der Mitglied in einem sozialen Netzwerk ist, unterwirft sich dieser Zielsetzung und nutzt das angebotene Instrumentarium bewusst.

a) Das Beispiel XING

Anders gestaltet ist das Verfahren z.B. bei dem deutschen Anbieter XING. Dort kann jedes Mitglied über die Funktion „Einladung zu XING per Mail“ individualisiert Kontakte in das Netzwerk einladen. Im Gegensatz zu dem von Facebook verwendeten Verfahren kann hier der registrierte Nutzer eine persönliche Mail an einzelne seiner Kontakte schicken. Damit ist er selbst Urheber der Mail und nicht der Betreiber des Netzwerks. Auch das Hochladen von Adressen aus dem Adressbuch ist möglich. Es erfolgt der ausdrückliche Hinweis „Zum Schutz Ihrer Daten werden wir weder Ihr Passwort speichern noch E-Mails ohne ihre Genehmigung versenden.“

Dieses Verfahren hält einer rechtlichen Prüfung stand: Unter Berücksichtigung des Urteils des LG Berlin kann hier bereits nicht von einer Täterschaft von XING ausgegangen werden. Anders als bei Facebook stellt XING lediglich den Service zur Verfügung, sendet aber selbst keine Nachricht an den Betroffenen. Der Speicherungsvorgang der E-Mail unterscheidet sich jedoch nicht vom Facebook-Verfahren. Aus datenschutzrechtlicher Sicht sind diese Verfahren gleich zu bewerten.

b) Der Zugriff auf bereits vorhandene Daten

Rechtlich zulässig sind alle Verfahren, bei denen Daten mit Einwilligung des Betroffenen vom Anbieter gespeichert werden, § 4 Abs. 1 BDSG. Dies entspricht auch dem in § 4 Abs. 2 BDSG festgelegten Grundsatz der **Direkterhebung**. Die Übermittlung der E-Mail-Adressen von bereits registrierten Nutzern ist demnach zulässig, denn insoweit kann von einer Einwilligung der Nutzer ausgegangen werden. So entschied das OLG Köln, dass die Personensuchmaschine von Facebook rechtmäßig ist (LG Köln, Urt. v. 9.2.2010 – 15 U 107/09, CR 20120, 530 = MMR 2011, 323 = ITRB 2010, 201). Mit der Erstellung eines Profils und dem Einstellen eines Profilbilds habe der Benutzer konkludent seine Einwilligung in den Zugriff von Suchmaschinen erklärt. Funktionen, mit denen neue Nutzer bereist im jeweiligen Netzwerk aktive Kontakte auffinden können, sind demnach rechtlich unbedenklich.

c) Die Datenübermittlung im Interesse des Netzwerks

Die Nutzung von Adressbüchern ist außerdem zulässig, wenn die gesetzliche Rechtfertigung gem. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG greift. Danach ist eine Datenübermittlung zulässig, soweit sie zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Nutzung überwiegt. Dabei muss es sich bei den berechtigten Interessen um **eigene Interessen des Datenverarbeiters** handeln (*Simitis*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 28 Rz. 105). Zweck aller sozialen Netzwerke ist es, den Nutzern eine möglichst umfangreiche Vernetzung mit seinen Kontakten zu ermöglichen. Es liegt daher in seinem berechtigten Interesse, die Anzahl der registrierten Mitglieder zu vergrößern und ihnen damit die Möglichkeit zu bieten, mit realen Freunden auch über das Netzwerk in Kontakt zu stehen.

Dabei liegt es in der Verantwortung des Nutzers, eine E-Mail-Adresse nicht zu übertragen, sofern ihm ein entgegenstehender Wille bekannt ist. Problematisch ist dabei jedoch ein Prozedere, nach dem zunächst das komplette Adressbuch hochgeladen und übermittelt wird, bevor der Nutzer anklicken kann, welche Kontakte Einladungsmails erhalten sollen. Soziale Netzwerke müssen daher das Verfahren so gestalten, dass erst die Kontakte selektiert und dann gespeichert und verarbeitet werden.

Darüber hinaus müssten Soziale Netzwerk in den Nutzungsbedingungen darauf hinweisen, dass der Nutzer lediglich solche E-Mail-Adressen übermitteln soll, die er für den **persönlichen Gebrauch** eingerichtet hat.

4. Ausblick: Die Anpassung an die Erfordernisse des Datenschutzes als Herausforderung

Das geltende deutsche Datenschutzrecht stammt aus einer Zeit, in der die Nutzung von sozialen Netzwerken keine Rolle spielte. Mit der Anpassung an den Wandel der Technik, an Nutzungsgewohnheiten und mögliche Bedrohungsszenarien (ob echt oder gefühlt) gibt es viele neue Fallkonstellationen und Rechtsprobleme. Die Rechtsprechung versucht, manche Fragen zivil- und wettbewerbsrechtlich zu lösen. Dies greift sicher im Fall des Zugriffs auf Adressbücher etwas kurz und verspielt die Möglichkeit einer wirklichen Auseinandersetzung mit dem Problem. Das Datenschutzrecht bedarf der unaufgeregten Anpassung an die geänderten Rahmenbedingungen. Es wäre sinnvoll, die weite Verbreitung und große Präsenz der social Networks im Alltagsleben zu akzeptieren und darauf basierend eine moderne Grenzziehung zu gestalten. Transparenz und Eigenentscheidung der informierten Nutzer sollten hierfür die Orientierungspunkte sein.

Dabei ist stets die datenschutzrechtliche Signifikanz der betroffenen Daten zu berücksichtigen. Im Kontext mit social Networking kann die Eingriffsintensität durch das Erheben einer E-Mail-Adresse geringer sein als bspw. durch das Hochladen eines Fotos derselben Person. Die individuelle Entscheidung des Nutzers, der Adressbücher einstellt, ist – bei entsprechender Transparenz des Angebots – zu respektieren. Wenn allerdings ein Empfänger eine Ansprache nicht wünscht, sollte er in die Lage versetzt werden, Widerspruch einzulegen – entweder beim Absender oder auf der Internetseite des Netzwerks. Angesichts der verhältnismäßig geringen Beeinträchtigung scheint ein Verbot übertrieben. Sinnvoller wäre es, auf eine **datenschutzgerechte**, **transparente Gestaltung** hinzuwirken und bei Problemen eine **gute Erreichbarkeit** sicherzustellen. Die Ressourcen sollten darauf verwandt werden.

Hinweise zur Vertragsgestaltung

Auswirkungen von Lizenzregelungen zu Standardsoftware auf Projekte

Ein exemplarischer Überblick mit Hinweisen zur Vertragsgestaltung aus Kundensicht

*von Dr. Malte Grützmacher**

In aller Regel liegt der Schwerpunkt bei Vertragsverhandlungen in Softwareprojekten auf den Vereinbarungen über die individuelle Erstellung der Software. Dabei können, was oft übersehen wird, auch die Regelungen über die Einräumung der Rechte an der Standardsoftware einen nicht unerheblichen Einfluss auf das Softwareprojekt haben. Dies soll in der Folge exemplarisch beleuchtet werden.

1. Zeitpunkt der Nutzungsrechtseinräumung

a) Fragestellung

Nach ganz h.M.[1] werden die Nutzungsrechte an Standardsoftware regelmäßig mit dem Kauf bzw. genauer mit der Lieferung eingeräumt. Erste Zweifel mit Blick auf den Zeitpunkt der Einräumung der Nutzungsrechte kommen auf, wenn die Standardsoftware im Rahmen des Gesamtprojekts möglicherweise als Teil der übergeordneten Leistung überlassen wird. Dann steht nämlich zur Diskussion, ob sich nicht die Einräumung der Rechte insgesamt nach dem „übergeordneten" Projektvertrag richtet und dieser als Werkvertrag zu bewerten ist.[2] Bei der werkvertraglichen Überlassung von Software erfolgt die Nutzungsrechtseinräumung nach h.M. aber erst im Zeitpunkt der Abnahme.[3] Schon dieses birgt für den Kunden Risiken vor der Abnahme des Projekts.[4]

* RA Dr. Malte Grützmacher, LL.M. (London), Hamburg.

1 *Karger*, ITRB 2001, 67 (69 f.); *Karger*, CR 2001, 357 (363 f.).

2 S. zur vertragsrechtlichen Einordnung von Projektverträgen BGH v. 4.3.2010 – III ZR 79/09 – Internet-Systemvertrag, CR 2010, 327 (328 f.), und BGH v. 25.3.2010 – VII ZR 224/08, CR 2010, 422 = CR 2010, 777 (Ls.) m. Anm. *Bartsch* = ITRB 2010, 204, sowie auch *Bräutigam*/*Rücker*, CR 2006, 36 mit Nachweisen zum Streitstand; s. zur Frage des einheitlichen Geschäfts i.S.e. Gesamtvertrags im Kontext sog. Systemverträge die Nachweise bei *Schneider* in Lehmann/Meents, Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 4 Rz. 144 (insb. Fn. 165), 186, unter Hinweis u.a. auf BGH v. 23.1.1996 – X ZR 105/93, CR 1996, 467.

3 *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 69a Rz. 67; *Karger*, ITRB 2001, 67 (69 f.); *Karger*, CR 2001, 357 (363 f.); *Schneider* in Lehmann/Meents, Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 4 Rz. 643; allgemein OGH Österreich v. 23.3.1993 – 4 Ob 121/92, GRUR-Int. 1994, 758; s. aber auch BGH v. 21.12.2010 – X ZR 122/07, NJW 2011, 989 sowie dazu *Bartsch*, CR 2012, 141 (144).

4 Es steht die Frage im Raum, ob die Rechte an der Software bereits eingeräumt sind, was aber erforderlich ist, um, etwa beim Einsatz von autorisierten Implementierungspartnern eines Standardsoftwareanbieters, die Softwareentwicklung notfalls von einem Dritten zu Ende führen lassen zu können (dazu unten unter 7.).

Nicht selten findet sich zudem die Regelung, dass die Rechte an der Standardsoftware erst mit vollständiger Zahlung (oder gar mit Abnahme) übergehen sollen, z.B.:

„Sofern nicht anders vereinbart, räumt [S] dem Kunden mit Zahlung der vollständigen Lizenzgebühr ein nicht ausschließliches (einfaches), zeitlich unbeschränktes, nicht übertragbares Nutzungsrecht an der von [S] gelieferten Software (im Folgenden auch ‚Lizenz' genannt) ein."[5]

Hier steht zwar infrage, ob eine derartige Regelung AGB-rechtlich zulässig ist.[6] Im Rahmen individuell verhandelter Verträge allerdings ist an der Zulässigkeit dieser Vertragsgestaltung nicht zu zweifeln.

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Der Kunde begibt sich also schon hinsichtlich der Frage, wann Nutzungsrechte an der Standardsoftware im Projekt eingeräumt wurden, in eine nicht unerhebliche Abhängigkeit vom Implementierungspartner.

Nicht ohne Risiko ist insofern eine Regelung, mit der die Rechte auch an der Standardsoftware erst spät im Projekt, zumindest im gewünschten Nutzerumfang, eingeräumt werden; aus Kundensicht kann das dann sinnvoll sein, wenn damit auch die entsprechende Vergütung erst im fortgeschrittenen Projektstadium erfolgt.[7]

2. Anbindung von Vor- und Drittsystemen sowie von technischen Usern

a) Fragestellung

Softwarelösungen agieren in der heutigen Systemwelt selten autark, d.h. unabhängig von sonstigen Programmen. Sie tauschen vielmehr mit Drittsystemen Daten aus. Regelmäßig geschieht dies über komplexe Schnittstellen oder mehr oder minder aufwendig strukturierte Dateien. Schnittstellen können aber im Einzelfall – trotz § 69a Abs. 2 UrhG – urheberrechtlich geschützt sein.[8] Bei Datenstandards steht die Frage im Raum, inwieweit diese als Datenbankwerk gem. § 4 UrhG Urheberrechtsschutz genießen.[9] Letztlich sind hier die technischen Einzelheiten entscheidend sowie die Frage, ob nicht freie, genormte Schnittstellen genutzt werden.

Softwarehersteller ihrerseits befürchten – nicht ganz ohne Grund –, dass durch die Anwendung von Vor- und Drittsystemen die Lizenzierung ihrer Software auf Basis von Concurrent User- oder Named User-Modellen[10] unterminiert wird. Denn Vor- und Drittsysteme können die Dateneingabe und die Nutzung von Usern durch einen entsprechenden Datenimport und/oder -export übernehmen, so dass das mitunter mächtigere Hauptsystem (etwa die ERP-Software des Softwareprojekts) nicht mehr im gleichen Umfang lizenziert werden müsste wie ohne derartige vorgeschaltete Systeme. Softwarehersteller haben auf diese aus ihrer Sicht bestehende Lizenzproblematik derart reagiert, dass sie die sog. mittelbare Nutzung zum lizenzpflichtigen Tatbestand erklären. Als Beispiel für derartige Regelungen in Lizenzverträgen zu Standardsoftware sei etwa auf die folgende Regelungen verwiesen:

„Zusätzlich zu den Serversoftwarelizenzen müssen Sie für die Gesamtzahl der Nutzer, die direkt oder indirekt auf die Systemdatenbank zugreifen, Nutzerlizenzen erwerben."[11]

„Die Lizenz für die Software umfasst eine Lizenz für ein Datenbank-Interface."

Unabhängig von der Frage, inwieweit derartige Lizenzklauseln wirksam sind oder nicht,[12] stellt allein die Tatsache, dass es sie in Standardlizenzverträgen gibt, eine Herausforderung für die Verhandlung von Projektverträgen dar. Denn Lösungen lassen sich oft in unterschiedlicher Weise realisieren, nämlich mit oder ohne derartige Vor- und Drittsysteme.

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Um hier nicht unliebsam überrascht zu werden, ist es daher aus Sicht des Anwenders zu empfehlen, auch diese Frage der Lizenzierung im Vorfeld zu adressieren.

Sinnvoll erscheint zum einen eine Garantie, dass über ein bestimmtes Set von Softwareprodukten hinaus weitere Vor- und Drittsysteme für die Realisierung der Leistungsbeschreibung nicht erforderlich sind.

Zum anderen ist im Projektvertrag dringend zu regeln, wer für die Lizenzierung zusätzlicher Anwendungen verantwortlich ist. So gibt es Vor- und Drittsysteme, welche vom Hersteller der Hauptsoftware als Ergänzungssoftware autorisiert und damit lizenziert worden sind. Teils ist dies aber nicht der Fall und der Implementierungspartner stellt sich auf den Standpunkt, dass die Lizenzierung vom Kunden zu übernehmen ist.

Ähnliches gilt im Übrigen für sog. technische User, d.h. die Einbindung von originär beim Kunden vorhandenen IT-gestützten Drittsystemen. Auch bei diesen fragt sich, inwieweit für deren Einbindung im Einzelfall „echte" User zu lizenzieren sind.[13] Gleichzeitig ergibt sich oft das Problem, dass der Implementierungspartner zu Pro-

---

5 *www.betasystems.de/export/sites/betasystems/downloads/corporate/AGB_Beta_Systems_Group__Lizenzbedingungen_07_2011_D.pdf*.

6 Dazu *Redeker*, ITRB 2005, 70 (71 f.); *Schneider* in Lehmann/Meents, Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 4 Rz. 642.

7 Dazu auch *Schneider* in Lehmann/Meents, Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 4 Rz. 639 f.

8 S. dazu *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 69a Rz. 31, aber auch jüngst die Schlussanträge des Generalanwalts *Yves Bot* v. 29.11.2011 – Rs. C-406/10 sowie EuGH v. 2.5.2012 – Rs. C-406/10, Rz. 31, 39 – 46 – SAS Institute Inc. ./. World Programming Ltd.

9 Skeptisch *Leistner* in Wiebe/Leupold, Recht der Datenbanken, Teil II.A., Rz. 22: „Mangels einer separaten Zugänglichkeit der Einzeldaten eines Programm-Interfaces unterfallen diese Schnittstellen folglich nicht dem Datenbankbegriff der Richtlinie."

10 Zu deren urheberrechtlicher Beurteilung *Grützmacher*, CR 2011, 697 f. m.w.N.

11 Aus den Lizenzbedingungen für Microsoft Dynamics (s. *www.navax.com/Media/490856a6-ee37-422f-bff2-0e5e02dd34f0/InfoCenter/dynamicsslt_german_march_2010.pdf*).

12 S. zum artverwandten Problem der CALs *Koch*, ITRB 2011, 42; dazu allgemein *Grützmacher*, CR 2011, 485 m.w.N.

13 Von den Herstellern wird dies in der Praxis oft unterstellt.

jektbeginn noch nicht überschaut oder einfach nicht ausreichend analysiert hat, welche technischen User es potentiell gibt. Auch hier hilft daher im Zweifel nur das Einfordern einer weitergehenden Zusicherung bzw. Garantie. Zumindest wird dies für eine genauere Analyse zu Projektbeginn sorgen.

3. Nutzungsintensitätsabhängige Vergütung

a) Fragestellung

Nicht selten kommt es vor, dass die Lizenzbedingungen von Standardsoftware abhängig von der Nutzungsintensität zu vergüten sind. Die Lizenzierung und/oder Vergütung kann sich dabei auf die Leistungsfähigkeit der Hardware, z.B. sog. CPU-Klauseln,[14] oder etwa – eher selten – auf verarbeitete Datenvolumina beziehen,[15] so z.B.:

„1.5 Software, die auf eine bestimmte MIPS-Anzahl beschränkt ist, darf nur auf der im Haupt- und/oder Basisvertrag aufgeführten Hardware eingesetzt werden. In der Regel darf die CPU die Rechenleistung der gemäß Haupt- und/oder Basisvertrag lizenzierten Rechenleistung nicht überschreiten. Die Lizenzkeys sind hardwarebezogen."[16]

Schwierigkeiten bereiten derartige Lizenzregelungen zur Standardsoftware bei Softwareprojekten dann, wenn die Hardware bzw. die sonstigen technischen Parameter oder nutzungsintensitätsabhängigen Faktoren nicht eingangs des Projekts verbindlich auch mit Blick auf die Lizenzierung festgelegt wurden. Stellt sich dann, etwa wegen erhöhter Hardwareanforderungen (oder größeren Datenbedarfs), erst im Laufe des Projekts heraus, dass die ursprünglich geplante Softwarelizenz unzureichend sein wird, erhöht oder sprengt dieses mitunter das Projektbudget. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob eine urheberrechtliche oder lediglich eine vertragliche/vergütungsrelevante Restriktion vorliegt.

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Insofern empfiehlt es sich, auch diese Punkte in Projektverträgen abzusichern:

Im Sinne einer Gewährleistung zu beschreiben ist zumindest die vor dem Hintergrund einer bestimmten Performance erforderliche, aber auch hinreichende Hardware. Ähnliches gilt mit Blick auf den festzuschreibenden Datenbedarf.

Schwierig zu regeln ist, in welchem Umfang Projektrisiken in diesem Bereich den Kunden treffen und treffen sollten (etwa bei echten Change Requests, CRs) bzw. gerade auf den Auftragnehmer abzuwälzen sind. Für die Vereinbarung des CR-Verfahrens ist dabei etwa zu empfehlen, im CR die Frage der Hardwarerelevanz als Rubrik vorzusehen.

4. Preisbildungsmodelle für Lizenzen und Gefahr unkalkulierbarer Zusatzvergütungen

a) Fragestellung

Preisbildungsmodelle für Lizenzen sind heute auch im Übrigen komplex. So findet sich bei Wikipedia eine umfassende Übersicht möglicher, marktüblicher Anknüpfungspunkte (Metriken). Genannt werden dort neben üblichen Kenngrößen wie Named und Concurrent Usern u.a. folgende eher technische Lizenzparameter: die Leistung des verwendeten Betriebssystems, die Anzahl der benannten Maschinen, die Anzahl der Prozessoren (teilweise der Prozessor-Kerne), die Anzahl der Standorte oder der Netzwerksegmente, an bzw. in denen die Software eingesetzt wird, sowie Sessions.[17]

Schon dieser Auszug aus der Übersicht zeigt, welch mannigfaltige Auslöser für erhöhte Lizenzgebühren denkbar sind. Gelegentlich auch zu finden – und hinsichtlich der Wirksamkeit zweifelhaft – ist die Anknüpfung an den Unternehmenserfolg des Lizenznehmers beschreibende Faktoren.[18]

Hinzu kommen weitere potentielle Kostentreiber für Projekte – so etwa

- gesonderte Vergütung für Testlizenzen,
- gesonderte Vergütung für Teilpakete bzw. den branchenspezifischen Einsatz einer Gesamtlösung (etwa „Industry Packages") oder
- spezifische Lizenzen für Objekte „Objects".

Der Anwender wird – anders als der Implementierungspartner – oft mit dem Lizenzmodell der für das Projekt vorgesehenen Standardsoftware nicht vertraut sein. Erst recht weiß er beim Vertragsschluss nicht, wie der Implementierungspartner das Projekt technisch umzusetzen gedenkt.[19]

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Im Rahmen von Softwareprojekten sollten Absicherungen mit Blick auf derartige Parameter geschaffen werden. Erforderlich sind dafür Garantien bzw. Zusicherungen, dass das Lastenheft bzw. ein Pflichtenheft (Blue Print) sich im Rahmen des Lizenzmodells und auf Basis der gekauften Lizenzen umsetzen lässt, die Lizenzen also ausreichend sind. Das gilt insb., wenn die Lizenzen direkt vom Hersteller erworben wurden.

---

14 S. zu deren Wirksamkeit BGH v. 24.10.2002 – I ZR 3/00 – CPU-Klausel, CR 2003, 323 = ITRB 2003, 262; OLG Frankfurt v. 14.12.1999 – 11 U 7/99, CR 2000, 146; LG Frankfurt/M. v. 17.12.1998 – 2/3 O 266/97, CR 1999, 147 (148) = ITRB 1999, 80; *Grützmacher*, CR 2011, 697 (698 f.) m.w.N.; *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 69d Rz. 42 f.

15 S. dazu *Bartsch* CR 1994, 667 (669, 672); *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 69d Rz. 44.

16 *www.betasystems.de/export/sites/betasystems/downloads/corporate/AGB_Beta_Systems_Group__Lizenzbedingungen_07_2011_D.pdf*.

17 *http://de.wikipedia.org/wiki/Lizenzmanagement#cite_note-2*. S. dazu auch *Bartsch*, CR 1994, 667; *Grützmacher* in Wandtke/Bullinger, UrhR, 3. Aufl. 2008, § 69d Rz. 30 ff.

18 Kurios etwa die Begrenzung einer Lizenz auf X „BOEPD" (Barrels of Oil Equivalent Per Day) beim Einsatz einer Software in der Ölindustrie.

19 Ein Lastenheft enthält diese Information nicht. Bei Prototyping-Ansätzen liegen die Informationen zu diesem Zeitpunkt ebenfalls nicht vor.

5. Verweis auf Lizenzbedingungen von Drittherstellern

a) Fragestellung

Gerade bei mächtigen Softwarelösungen, wie sie größeren Softwareprojekten regelmäßig zugrunde liegen, wird regelmäßig Drittsoftware ausgeliefert. Oft wird dann „beiläufig" und ohne weitere Wiedergabe auf die Lizenzbedingungen des Drittherstellers verwiesen. Dabei handelt es sich nicht selten um zeitlich begrenzte Run-Time-Lizenzen für Software, die Teil der im Projekt genutzten Standardsoftware ist (z.B. Datenbanksoftware). Ggf. sind diese Drittlizenzen durch den Hersteller kündbar. Im Worst Case gefährdet dieses die Investitionen des gesamten Softwareprojektes.

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Es stellt sich zwar die Frage, ob derartige Verweise auf weitere Lizenzbedingungen in AGB wirksam sind. Letztlich gibt es aber keinen gutgläubigen Erwerb von Nutzungsrechten. Und die Rechtsmängelhaftung ist zeitlich in der Regel auf 1 bis 2 Jahre begrenzt.[20]

Bleibt im Rahmen der Vertragsverhandlungen keine Zeit, die Lizenzbedingungen im Einzelnen zu prüfen und nachzuverhandeln oder sind diese unüberschaubar, sollte zumindest eine (langlaufende) Garantie für die unbegrenzte Laufzeit der zugrunde liegenden Lizenzen eingefordert werden.

6. Bearbeitungsrechte unter spezifischen Bedingungen

a) Fragestellung

Softwareprojekte lassen sich oft nur unter Bearbeitung der Standardsoftware realisieren. Dies gilt mitunter auch für Fälle des sog. Customizings.[21] Aber Bearbeitungsrechte werden oft nur unter ganz spezifischen Bedingungen eingeräumt. Dabei kann es sich um die Einräumung einer Rücklizenz bei ganz spezifischer Registrierung der Änderungen und Überlassung derselben an den Hersteller oder die Erlaubnis der Bearbeitung nur durch spezifische Anwender bzw. autorisierte Implementierungspartner handeln.

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Soweit die Einschränkungen im Einzelfall wirksam sind,[22] lässt sich hier im Projektvertrag mit dem Implementierungspartner nur regeln, dass die entsprechenden „Prozesse zur Softwareüberlassung" eingehalten werden.

Ist dieses nicht gewünscht oder fehlt dem Partner die nötige Qualifikation (Autorisierung), muss notfalls im Rahmen des Softwarelizenzvertrags mit dem Hersteller nachverhandelt werden.

7. Standardlizenzen und Projektabbruch

a) Fragestellung

Wird ein Projekt vorzeitig, etwa ordentlich nach § 649 BGB oder außerordentlich, sei es nach § 650 BGB, § 314 BGB oder § 323 BGB, beendet, fragt sich jeweils, ob sich dieser Projektabbruch lediglich auf den Projektvertrag im engeren Sinne oder auch auf die Standardsoftware bezieht und wie sich dies auf die Lizenzierung auswirkt.

Softwareanbieter bzw. deren Implementierungspartner neigen naturgemäß dazu, einen vom Projektvertrag unabhängigen Kaufvertrag über die Standardsoftware abschließen zu wollen.[23] Will der Kunde die Standardsoftware in einer solchen Situation „zurückgeben", fragt sich, ob er hierzu – getrennte Verträge unterstellt – ein Recht hätte. Erforderlich wäre dann ein umfassendes Rücktrittsrecht.[24] Entscheidend ist dafür, ob ein *einheitli-*

---

20 So spricht sich die ganz h.M. bei Kaufverträgen für die Anwendung der Zwei-Jahres-Frist des § 434 Abs. 1 Nr. 3 BGB aus (etwa auch *Redeker?*, ITRB 2004, 69 [70]; *Koch*, Computervertragsrecht, 7. Aufl. 2009, S. 615). Von einer Mindermeinung wird zwar vertreten, § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BGB könne analog angewendet werden (so etwa *Westermann* in MünchKomm/BGB, 4. Aufl., § 438 2004, Rz. 13; *Spindler* in FS Bartsch, S. 6, jeweils m.w.N). Aus der BGH-Entscheidung zu einer Klausel in Einkaufs-AGB, die bei Rechtsmängeln eine Fristverlängerung auf 10 Jahre vorsah und vom BGH in Ansehung des § 434 Abs. 1 Nr. 3 BGB (Zwei-Jahres-Frist) als unwirksam erachtet wurde (BGH v. 5.10.2005 – VIII ZR 16/05 – Baumarkt, CR 2006, 221), lässt sich aber erkennen, dass der BGH dieser Mindermeinung nicht folgen wird.

21 S. dazu auch *Koch*, ITRB 2005, 140.

22 In Betracht kommt insb. eine AGB- und Kartellrechtskontrolle.

23 Dazu *Schneider* in Lehmann/Meents, Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 4 Rz. 643.

24 Bei der Kündigung besteht mangels Rückgewährschuldverhältnis ohnehin allenfalls die Möglichkeit, den Kaufpreis über den Schadensersatz zurückzuerlangen. Allerdings stellen sich insoweit zwei Fragen:
(1) Bei Standardsoftware, die von einem anderen Implementierungspartner möglicherweise ebenfalls zur Grundlage des fortgesetzten bzw. eines späteren Projekts gemacht werden könnte, fragt sich bereits, inwieweit ein Schaden entstanden ist (so auch der Rechtsgedanke des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB). Das gilt insb., wenn dies fest geplant wird. Dabei ist in der Praxis nicht zu verkennen, dass auch im Bereich der Softwarelizenzen mitunter erhebliche Preisnachlässe gewährt werden, mithin eine Mischkalkulation zwischen Projekt und Lizenzen stattfindet, die als Schaden zu betrachten wäre, wenn entsprechende Preisnachlässe im Folgeprojekt nicht zu erreichen wären.
(2) Über den Schadensersatzanspruch selber ist der Kaufpreis oft auch aus einem anderen Grund nicht zu realisieren. Denn regelmäßig enthalten Projektverträge Haftungsbeschränkungen. Die entsprechende Lizenzsumme ginge als Teil des Gesamtschadens zu Lasten der Haftungsbeschränkung. Demgegenüber greift die Haftungsbeschränkung mit Blick auf einen Rücktritt vom Vertrag oftmals nicht. Insofern bieten sich folgende vertragliche Lösungsmöglichkeiten an:
– Als Haftungsbeschränkung ist zumindest immer die Gesamtsumme der Vergütung aus Projekt und Lizenzierung der Standardsoftware zu vereinbaren.
– Es könnte im Rahmen des Kaufvertrags ein gesondertes vertragliches Rücktrittsrecht für den Fall des auf einer schuldhaften Pflichtverletzung des Anbieters bzw. Implementierungspartners beruhenden Projektabbruchs vereinbart werden. Problematisch erscheint insofern allerdings, dass eine derartige Regelung im Zweifelsfall dem Bestreben des Anbieters entgegenläuft, die Software bereits mit der Lieferung und Zahlung als Einnahme bilanzieren zu können. Hinzu kommt, dass diese Lösung versagt, wenn die Lizenzierung der Standardsoftware durch einen anderen Vertragspartner als den Implementierungspartner erfolgt.

ches Geschäft vorliegt[25] und dass § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB nicht entgegensteht.

Andersherum, d.h. wenn die Standardsoftware noch weiter genutzt werden soll, wäre in diesen Fällen beim Projekt Vorsicht geboten, den Rücktritt auf den eigentlichen Projektvertrag zu beschränken (vgl. auch § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB). Für einen einheitlichen Vertrag stellt sich die Frage der Zulässigkeit des teilweisen Rücktritts bzw. der Zulässigkeit der Teilkündigung.[26]

Im Übrigen ist, sofern die Software weiter genutzt werden soll, das oben unter 1. Gesagte zu beachten. Werden auch die Rechte an der Standardsoftware erst mit der Abnahme eingeräumt, führt der vorzeitige Projektabbruch im Zweifel dazu, dass die Rechte, die noch gar nicht eingeräumt sind, auch nicht mehr eingeräumt werden.[27]

Ein spezifisches Problem ergibt sich bei sog. Branchenlösungen oder Frameworks, die oftmals vom Implementierungspartner angeboten und für ein Projekt vorgesehen werden. Während sie ihre eigene Lösung naturgemäß bearbeiten dürfen, darf ein im Fall des Projektabbruchs übernehmender, nachfolgender Implementierungspartner dies nicht zwingend. Das gilt im Zweifel selbst dann, wenn er über das Vertriebssystem des Softwareherstellers berechtigt ist, den zugrunde liegenden Standard zu modifizieren.

b) Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Vor diesem Hintergrund ist Folgendes für den Fall des Projektabbruchs sicherzustellen:

Es sind aus Anwendersicht spezifische Regelungen zu schaffen, die beim vorzeitigen Projektabbruch dafür sorgen, dass er die Wahl hat, die Lizenzen an der Standardsoftware zu er- bzw. behalten. Idealerweise werden die Lizenzen gleich mit Vertragsschluss eingeräumt, zumindest aber gegen Zahlung der Lizenzgebühr für die Standardsoftware.

Dasselbe ist für Branchenlösungen zu bedenken. Hier ist mit Blick auf einen möglichen Projektabbruch zudem für die Einräumung von Bearbeitungsrechten (auch durch Dritte) und inhaltlich (User, Nutzungsarten etc.) unlimitierten sonstigen Nutzungsrechten zu sorgen.

---

25 *Koch*, ITRB 2004, 157; dazu hat der BGH ausgeführt (BGH v. 23.1.1996 – X ZR 105/93, CR 1996, 467 [Ls. 2]): „Kauft der Erwerber eine von den bestellten Programmen vorausgesetzte spezielle Hardware trotz ihm vorliegender günstigerer Alternativangebote deshalb bei dem Hersteller der gleichzeitig in Auftrag gegebenen Software, weil Lieferung von Soft- und Hardware in einer Hand liegen sollen, liegt in der Regel ein einheitliches Geschäft vor, bei dem nach BGB § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Form des großen Schadenersatzes unter Einschluß der Hardware auch dann verlangt werden kann, wenn eine Leistungsstörung lediglich hinsichtlich der Programmierarbeiten eingetreten ist.“ sowie in der Begründung weiter:
„Eine solche Berechnung des Ersatzanspruchs setzt, wovon das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung ausgegangen ist, ein als unteilbare Einheit anzusehendes Rechtsverhältnis voraus. Ob ein solches vorliegt, richtet sich in erster Linie nach der Verkehrsanschauung, nicht nach dem Willen der Vertragsparteien (vgl. BGH, Urt. v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 409 für die Rückabwicklung im Rahmen einer Wandelung
vgl. auch Urt. v. 1.10.1992 – V ZR 36/91, MDR 1992, 1123 = WM 1993, 168). Der zu einem einheitlichen Geschäft führende Verkauf mehrerer Sachen als in diesem Sinne zusammengehörend kann sich jedoch auch aus der Absicht der Vertragsteile und dem Vertragszweck ergeben (BGH, Urt. v. 25.1.1989 – VIII ZR 49/88, MDR 1989, 537 = WM 1989, 575). Das wird insbesondere dann angenommen, wenn es sich um die Herstellung spezieller Individualsoftware zur Bewältigung typischer Aufgaben unter Verwendung bestimmter Hardware handelt (vgl. dazu BGH, Urt. v. 20.6.1984 – VIII ZR 131/83, MDR 1985, 315 = NJW 1985, 129). Einen solchen Sachverhalt hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler bejaht. Zwar ist Gegenstand der Softwareleistung nur die Anpassung der vorhandenen Programme an einen neuen Rechner. Bei ihr sind Hard- und Software nach dem Willen der Parteien und dem Vertragszweck jedoch eng miteinander verbunden. Nach den im Einklang mit dem Parteivortrag getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich nicht um eine eher zufällige, allein auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhende Zusammenfassung von die Programmierarbeiten und den Erwerb des Rechners betreffenden Vereinbarungen. Die Klägerin hat die hier in Frage stehende Hardware trotz anderweitiger günstigerer Angebote allein deshalb bei der Beklagten erworben, weil diese die Federführung bei der Anpassung der vorhandenen Software übernehmen und deshalb das gesamte Geschäft in eine Hand gelegt werden sollte, und auf diese Motivation im Zuge der Vertragsverhandlungen gegenüber der Beklagten ausdrücklich hingewiesen.“

26 S. dazu auch *Grützmacher*, ITRB 2011, 133.

27 Dieser Aspekt wird von *Hoeren*, CR 2005, 773 mit Blick auf individuell erstellte Software offenbar übersehen. Ob sich aus BGH, v. 21.12.2010 – X ZR 122/07, NJW 2011, 989 etwas anderes ergibt, erscheint zweifelhaft (dazu *Bartsch*, CR 2012, 141 [144] sowie oben unter 1.).

Ihr Newsletter
Der IT Rechts-Berater
Kostenlos, alle zwei Wochen per E-Mail
Einfach abonnieren unter
www.cr-online.de

Vorbereitung einer Ausschreibung

Fehlerquellen und Vermeidungsstrategien bei IT-Ausschreibungen

*von Elke Bischof**

Die Vorbereitung einer öffentlichen Ausschreibung ist sowohl für die Ausschreibung selbst als auch für die nach Zuschlag erfolgende Durchführung der Beschaffungsmaßnahme von essentieller Bedeutung. Je komplexer der Ausschreibungsgegenstand ist, wie bspw. die Durchführung eines IT-Projekts, die Beschaffung von IT-Systemen oder Outsourcing, umso bedeutender sind die Vorbereitungsmaßnahmen für den Erfolg und die Qualität des späteren Projekts. Versäumnisse bei der Vorbereitung, die ihrerseits auch Vergaberechtsverstöße darstellen und damit die Ausschreibung selbst gefährden können, rächen sich spätestens im Projektalltag und können u.a. zu erheblich steigenden Kosten und Streitigkeiten der Vertragspartner führen, die es zu vermeiden gilt.

I. Wesentliche vergaberechtliche Anforderungen

1. Grundsätze der Vorbereitung

Jede öffentliche Ausschreibung bedarf der Vorbereitung, die üblicherweise in folgenden Schritten erfolgt:

- Anlegen einer sog. Vergabeakte,
- Feststellung und Beschreibung des Beschaffungsbedarfs,
- Schätzung des Auftragswerts und Berechnung des Schwellenwerts samt Marktanalyse,
- Sicherstellung der Finanzierung/Haushaltsfragen,
- ggf. Unterstützung bei der Vorbereitung durch externe Berater,
- Erstellung der Vergabeunterlagen (s. im Detail Ziff. 4),
- Festlegung der Verfahrensart sowie Entscheidungen zur Losaufteilung.

2. Schätzung des Auftragswerts/Schwellenwert

Zur ordnungsgemäßen Planung einer Ausschreibung muss zu Beginn festgestellt werden, ob der EU-weite Schwellenwert (derzeit 200.000 € ohne USt. für Liefer- und Dienstleistungen gem. § 2 Nr. 3 VgV) überschritten wird oder nicht. Davon hängt auch der Umfang der Vorbereitungsarbeiten, insb. der Vergabeunterlagen ab, da die EU-Vorschriften umfassendere Vorgaben enthalten als das nationale Recht. Diese Schätzung des Auftragswerts gem. § 3 VgV wiederum ist ohne seriöse Marktkenntnis schwer möglich.[1]

3. Unterstützung bei der Vorbereitung

Öffentliche Auftraggeber verfügen oft über die für die Durchführung von IT-Ausschreibungen erforderliche Expertise in fachlicher, IT-technischer, IT-rechtlicher und vergaberechtlicher Hinsicht, teils ist dies jedoch auch nicht der Fall. Dann bedarf es bereits bei der Vorbereitung der Ausschreibung externer Unterstützung, was in der Praxis anerkannt ist und regelmäßig praktiziert wird.

Ihre Grenzen findet die externe Unterstützung u.a. in den Regelungen des § 16 VgV (wg. vermuteter Voreingenommenheit „ausgeschlossene Personen") und der sog. **Projektantenproblematik**. Wer den öffentlichen Auftraggeber bei der Vorbereitung einer Ausschreibung unterstützt und selbst zum potentiellen Kreis der Bewerber/Bieter der vorbereiteten Ausschreibung gehört, kann aus der Vorbefassung wertvolle Informationen gewinnen. Um einen solchen Wissensvorsprung auszugleichen, wird der Auftraggeber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Wettbewerb der Ausschreibung nicht verfälscht wird (§ 6 Abs. 6 VOL/A bzw. § 6 EG Abs. 7 VOL/A).[2] Der öffentliche Auftraggeber sollte daher die Projektantenleistung bei der Vorbereitung selbst sorgfältig protokollieren und in der späteren Ausschreibung dafür sorgen, dass alle Bewerber/Bieter mit den gleichen Informationen versorgt werden und die gesetzten Fristen ausreichend lang sind, damit sich keine zeitlichen Vorteile ergeben können.[3]

4. Vergabeunterlagen

Die Regelungen der VOL/A[4] geben für europaweite und nationale Ausschreibungen den rechtlichen Rahmen für die Erstellung der Unterlagen vor, die Kernstück und Grundlage einer Ausschreibung sind. § 9 EG Abs. 1 VOL/A (ähnlich § 8 Abs. 1 VOL/A) bestimmt, dass die sog. Vergabeunterlagen in der Regel aus Folgendem zu bestehen haben:

- **Anschreiben** (Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen);
- Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (**Bewerbungsbedingungen**), einschließlich der Angabe der **Zuschlagskriterien** und deren Gewichtung, sofern nicht in der Bekanntmachung bereits genannt und
- **Vertragsunterlagen**, die aus Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen bestehen.

---

* Elke Bischof ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Informationstechnologierecht und Partnerin der Kanzlei SSW Schneider Schiffer Weihermüller in München.

1 S. hierzu auch *Bischof* in Auer-Reinsdorff/Conrad, Beck'sches Mandatshandbuch IT-Recht, § 30 Rz. 86 ff. m.w.N.

2 S. vertiefend zur Projektantenproblematik u.a. *Diringer*, VergabeR 2010, 361; *Kolpatzik*, VergabeR 2007, 279; *Ohle/von dem Bussche*, CR 2004, 791.

3 Vgl. *Müller-Wrede* in Müller-Wrede, VOL/A-Kommentar, § 6 EG Rz. 89 ff. m.w.N.

4 Vorliegend wird ausschließlich die VOL/A betrachtet, die für einen Großteil von IT-Ausschreibungen zur Anwendung gelangt (Sektorenverordnung, VOF und VOB/A bleiben außer Betracht).

a) Anschreiben

Mit dem Anschreiben werden die Unternehmen aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Die weiteren Bezeichnungen ergeben sich aus den unterschiedlichen Verfahrensarten. Bei Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb werden die ausgewählten Bieter nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs zur Abgabe eines Angebots aufgefordert, während in anderen Verfahrensarten die Vergabeunterlagen mit Begleitschreiben an alle Bieter übermittelt werden.

b) Bewerbungsbedingungen

In diesem Dokument sind sämtliche Verfahrensvorgaben enthalten, die die Bieter bei der Erarbeitung und Abgabe der Angebote beachten müssen, so u.a. Fristen, Vorgaben für die Form der Angebote, Umgang mit unvollständigen Angeboten u.Ä. Die Bewerbungsbedingungen ermöglichen es dem öffentlichen Auftraggeber, den Beschaffungsprozess zu standardisieren und zu rationalisieren, indem häufig vorkommende Standardvorgaben zusammengefasst werden.

Dieses Dokument sollte daher von den Bietern mit besonderer Aufmerksamkeit gelesen werden, um z.B. nicht bereits aus formalen Gründen ausgeschlossen zu werden.

c) Zuschlagskriterien

Die vorgenannten Bewerbungsbedingungen schließen alle Zuschlagskriterien mit ein, die – sofern nicht bereits in der Vergabebekanntmachung veröffentlicht – in den Vergabeunterlagen angegeben sein müssen. Nur diese Kriterien samt ihrer Gewichtung dürfen bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden (vgl. § 19 EG Abs. 8 VOL/A). § 19 EG Abs. 9 VOL/A nennt einige Beispiele für Zuschlagskriterien, wie Qualität, Preis, technischer Wert, Zweckmäßigkeit u.Ä.. In der Praxis hat sich vielfach die Verwendung einer **Bewertungsmatrix** bewährt, aus der sich das Verhältnis der Zuschlagskriterien zueinander wie auch die Anwendung der einzelnen Kriterien ergibt[5] und die den Bietern bekannt gegeben wird.

Das Team des Auftraggebers, das für die Bewertung und damit auch die Zuschlagskriterien-Erstellung verantwortlich ist, sollte frühzeitig benannt und im Team rechtzeitig das konkrete Vorgehen bei der Bewertung besprochen werden. Dies erleichtert später eine schnelle und effiziente Angebotsbewertung.

d) Leistungsbeschreibung

Das Vergaberecht fordert von den Auftraggebern grundsätzlich eine **eindeutige und erschöpfende** Leistungsbeschreibung, damit alle Bewerber diese Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (§ 8 EG Abs. 1 VOL/A). Es ist anerkannt, dass der Auftraggeber die Verantwortung für die Ermittlung aller für den Auftrag wesentlicher Angaben trägt. Er darf vom Bieter nichts Unmögliches verlangen. Ein weiteres wesentliches Gebot ist die Produkt- und Lösungsneutralität der Leistungsbeschreibung, wovon nur ausnahmsweise abgewichen werden kann wenn der Auftragsgegenstand dies rechtfertigt (vgl. § 8 EG Abs. 7 VOL/A).[6]

Bei der Gestaltung der Leistungsbeschreibung kann auch das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse[7] zum Tragen kommen, dessen Anwendbarkeit nach ausdrücklichem Wegfall der Regelung in der geltenden VOL/A in der Rechtsprechung heftig umstritten ist.[8]

In der Praxis zeigt sich bei der Beschaffung immer wieder sehr deutlich, dass nicht nur die rein funktionalen Anforderungen an ein IT-System/eine Software, sondern auch die nicht-funktionalen Anforderungen sowie sonstige Nebenleistungen (wie Betreibbarkeit, Wartung und Support, Projektmanagement, Projektvorgehen) in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden müssen. Aufgrund der Anforderung des Vergaberechts, dass eine Leistungsbeschreibung zwingender Bestandteil der Vergabeunterlagen ist, finden sich nur selten lediglich pauschale Leistungsanforderungen wie z.B. die 1:1-Ablösung eines Altsystems.[9]

Insb. im Bereich der Migration/Altdatenübernahme sind möglichst detaillierte Vorgaben für alle Beteiligten sinnvoll, da gerade dieser Leistungsbereich erheblich die Kosten beeinflusst. Geklärt sein sollte v.a. die klare Abgrenzung der Verantwortlichkeiten der Vertragspartner z.B. zu folgenden Fragen: Welche Qualität und Konsistenz haben Altdaten? Wer extrahiert diese Altdaten in welcher Form? Wer ist für ein Daten-Mapping und das Einspielen in das neue System verantwortlich? Wer entwickelt automatisierte Migrationstools?

e) Vertragsbedingungen

Der öffentliche Auftraggeber legt bereits im Rahmen der Vorbereitung die rechtlichen Bedingungen fest, die Bestandteil des durch Zuschlag zustande kommenden Vertrags werden. Ob Verhandlungen zu diesen rechtlichen Bedingungen stattfinden, hängt von der Verfahrensart (nur bei Verhandlungsverfahren bzw. freihändiger Vergabe) sowie von der Gestaltung ggf. zulässiger Verhandlungen durch den öffentlichen Auftraggeber ab. Gemäß § 11 EG Abs. 1 VOL/A sind die Vorschriften der VOL/B grundsätzlich zum Vertragsbestanteil zu machen. Die für IT-Leistungen bedeutsamen **EVB-IT** können gem. § 11 EG Abs. 1 S. 3 VOL/A Vertragsbedingung werden.[10] Denkbar sind zudem zusätzliche allgemeine Vertragsbedingungen (sog. ZVB) oder auch besondere Vertrags-

5 Vgl. zur Gestaltung einer Bewertungsmatrix u.a. UfAB V; s.a. *Goodarzi* in Lehmann/Meents, Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, Kapitel 24, Rz. 76.

6 S. zur Gestaltung der Leistungsbeschreibung u.a. *Bischof*, ITRB 2010, 192 m.w.N. sowie UfAB V.

7 Verbot, Bietern oder Auftragnehmern in der Leistungsbeschreibung oder in sonstigen Vergabeunterlagen ungewöhnliche Wagnisse für Umstände oder Ereignisse aufzubürden, auf die sie keinen Einfluss haben und deren Einfluss auf die Preise und Fristen sie nicht im Voraus schätzen können.

8 Bejahend noch OLG Dresden (OLG Dresden, Beschl. v. 2.8.2011 – WVerg 4/11) und OLG Jena (OLG Jena, Beschl. v. 22.8.2011 – 9 Verg 2/11); verneinend nun OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011 – VII-Verg 54/11); s.a. *www.vergabeblog.de* und *www.dvnw.de*.

9 S. hierzu *Witzel*, ITRB 2011, 164 (165).

10 Zu EVB-IT (bzw. BVB) u.a. *Bischof*, ITRB 2008, 90; *Feil/Leitzen*, EVB-IT, 2003; *Müller-Hengstenberg*, BVB/EVB-IT-Computersoftware, 7. Aufl. 2008.

bedingungen für die Erfordernisse des jeweiligen Einzelfalls. Werden mehrere solcher Vertragsbedingungen verwendet, regelt § 1 Nr. 2 VOL/B die Geltungsreihenfolge, wobei umstritten ist, ob diese Reihenfolge geändert werden kann oder nicht.[11]

Von wesentlicher Bedeutung ist es, die für die konkrete Ausschreibung passenden Vertragsbedingungen festzulegen; nicht immer entsprechen die EVB-IT oder die bei öffentlichen Auftraggebern vorhandenen ZVB den Anforderungen ohne Weiteres. Insofern muss der Vertragsgestaltung besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

5. Wahl der Verfahrensart

Die Wahl der richtigen Verfahrensart ist eine der wesentlichen Entscheidungen bei Vorbereitung der Ausschreibung. Bekanntermaßen ist vorrangig das Offene Verfahren (bzw. die Öffentliche Ausschreibung) anzuwenden und nur bei Vorliegen einer der in §§ 3, 3 EG VOL/A genannten Ausnahmetatbestände auf die anderen Verfahrensarten (Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog bzw. Beschränkte Ausschreibung, Freihändige Vergabe) zurückzugreifen.[12]

Je weniger Wettbewerb stattfindet bzw. je mehr dieser eingeschränkt wird, desto strenger und enger sind die Ausnahmeregelungen auszulegen. Insb. ein Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung stellt im Hinblick auf die Begründung der Zulässigkeit dieser Verfahrensart hohe Anforderungen an den öffentlichen Auftraggeber. Hervorgehoben sei hier für den IT-Bereich die Ausnahmeregelung des § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A, wonach die direkte Vergabe an ein Unternehmen möglich ist, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten (z.B. Patent-, Urheberrecht) nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann. Dass solche Gründe vorliegen, muss der öffentliche Auftraggeber mittels sorgfältiger europaweiter Markterforschung feststellen und dokumentieren. Immer bedarf es der konkreten Einzelfallprüfung.[13]

II. Sonstige Anforderungen

1. Organisation des öffentlichen Auftraggebers

Welche Entscheidungen im Rahmen der Vorbereitung getroffen werden und welche Unterlagen als Grundlage der Ausschreibung erstellt werden müssen, ist durch die VOL/A klar vorgegeben.

Dies gilt jedoch nicht für die Regelung der Zuständigkeiten und der Organisation des öffentlichen Auftraggebers zur Durchführung der Ausschreibung sowie des nachfolgenden Projekts. Anders formuliert stellen sich vielfach folgende Fragen:

- Wer hat die „Hoheit“ über die Beschaffungsmaßnahme? Oder anders gefragt: Handelt es sich eher um ein Projekt der IT-Abteilung oder der Fach-Abteilung?
- Wer sind die maßgeblichen Projektbeteiligten?
- Wie ist die hausinterne Kommunikation gestaltet?
- Von welcher Abteilung bzw. von wem werden bis wann welche der erforderlichen Unterlagen für die Ausschreibung erstellt?
- Welche hausinternen Abstimmungen sind zur Finalisierung der einzelnen Unterlagen erforderlich?
- Welche externen Beteiligten müssen berücksichtigt werden (z.B. technische und organisatorische Schnittstellen)?

Jedem öffentlichen Auftraggeber muss dringend geraten werden, sich mit den obigen Fragestellungen eingehend und rechtzeitig zu beschäftigen. Nur wenn diese Fragen vorab eindeutig beantwortet werden und hierüber ein hausinternes einheitliches Verständnis herrscht, kann die Ausschreibung und die Projektumsetzung nach Zuschlagserteilung gelingen.

2. Einbindung der Mitarbeiter/Anwender

Entsprechend den vorstehend unter Ziff. II.1 genannten Fragestellungen ist es sehr entscheidend, welche Mitarbeiter wie in eine Ausschreibung mit einbezogen werden.

Gerade wenn es sich um die Einführung neuer Software handelt, die den täglichen Arbeitsprozess wesentlich berührt, empfiehlt es sich zur Steigerung der Akzeptanz der Mitarbeiter, diese rechtzeitig über solche Maßnahmen zu informieren (unabhängig von etwa bestehenden arbeits-/beamtenrechtlichen Informationspflichten) und Mitarbeiter aus allen betroffenen Abteilungen in die Vorbereitung der Ausschreibung einzubeziehen. Ohne entsprechende Beteiligung der betroffenen Fachabteilungen kann keine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung entstehen; allein die Einbindung der IT-Abteilung zur Einarbeitung der IT-seitigen Anforderungen genügt nicht. Wer die Leistungsbeschreibung mit gestalten kann, ist zudem gegenüber dem neuen Produkt aufgeschlossener eingestellt als derjenige, dem die neue Software für seine tägliche Arbeit einfach „verordnet“ wird.

Viele Auftraggeber haben gegenüber der umfassenden Einbindung der Mitarbeiter insofern Bedenken, als dies zu ggf. ausufernden Forderungen an ein neues Produkt führen kann (Stichwort „Wunschkonzert“ bzw. „alles wie bisher, aber besser und schöner“). Dem kann jedoch durch ein strukturiertes und geplantes Herangehen an die Erstellung der Leistungsbeschreibung, ggf. begleitet durch neutrale externe Dritte, entgegengewirkt werden.

3. Einbindung der Entscheidungsträger und des Haushalts

Gerade größere IT-Beschaffungen, insb. IT-Projekte, können nur dann gelingen, wenn sie hausintern beim öffentlichen Auftraggeber auf Führungs- und Haushaltsebene unterstützt werden. Gerade Projekte, die die Kernberei-

11 S. *Gnittke*/*Hattig* in Müller-Wrede, VOL/A Kommentar, § 11 EG Rz. 11 ff. m.w.N.

12 S. zum Verhandlungsverfahren u.a. *Bischof*, ITRB 2005, 181; *Byok*, Das Verhandlungsverfahren, Praxishandbuch für die sichere Auftragsvergabe, 2006; *Müller*/*Veil*, VergabeR 2007, 298.

13 S. u.a. *Kaelble* in Müller-Wrede, VOL/A Kommentar, § 3 EG Rz. 132 ff. m.w.N.

che des öffentlichen Auftraggebers betreffen, werden nur initiiert, wenn sie auch entsprechend „von oben“, teils bis hin zur politischen Führung, getragen werden. Die Einbindung der Haushaltsebene erscheint an dieser Stelle wesentlich einfacher, da sie im Hinblick auf die Sicherstellung der Haushaltsmittel zur Finanzierung eines Beschaffungsvorhabens ohnehin erforderlich ist.

4. Terminplanung

Unabhängig vom rein vergaberechtlichen Ablauf und den vergaberechtlich vorgeschriebenen Fristen für die verschiedenen Verfahrensarten einer Ausschreibung bedarf es einer vorausschauenden Terminplanung. Oftmals werden Ausschreibungen viel zu spät begonnen, was entsprechenden Druck auf das gesamte Vergabeverfahren ausübt und auch für die Realisierung erhebliche Probleme mit sich bringen kann.

Unumgänglich wird die Prüfung der Terminlage im Hinblick auf etwaige bestehende gesetzlichen Termine und Fristen sein, d.h. die Prüfung, ob gesetzliche Anforderungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zwingend umgesetzt sein müssen, auf den sowohl die Ausschreibung als auch deren Vorbereitung hin geplant werden müssen. Die Vergabepraxis wird hier durch gesetzgeberische und teils auch politische Vorgaben oft vor große Herausforderungen gestellt, die häufig nur pragmatisch lösbar sind. Unabhängig von solchen gesetzlichen und/oder politischen Vorgaben muss geprüft werden, zu welchem Zeitpunkt die Leistungserbringung beginnen soll/muss, da das Vergabeverfahren mit **Zuschlag** zuvor abgeschlossen sein muss. Nach Ansicht der Rechtsprechung soll die öffentliche Hand bei ihrer Terminplanung durch entsprechende Pufferzeiten berücksichtigen müssen, dass ggf. ein **Nachprüfungsverfahren** eingeleitet wird.

Vielfach geht die mangelnde Zeit für Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibung zu Lasten der Zeiträume, die für die Leistungserbringung selbst zu Verfügung stehen. Gerade bei IT-Projekten kann nur davon abgeraten werden, die Projektlaufzeit zu „sportlich“ zu planen. Kaum ein IT-Projekt wird „in time and budget“ abgeschlossen.[14]

14 S. a. *Witzel*, ITRB 2011, 164 (168).

5. Mitwirkung des Auftraggebers

IT-Projekte sind nur dann erfolgreich, wenn auch der Auftraggeber seiner Mitwirkungspflicht nachkommt, die – je nach konkreter Konstellation – durchaus umfangreich sein kann. Auch diese sollte bereits bei der Vorbereitung der Ausschreibung berücksichtigt und mitgeplant werden, damit die Planung von Anfang an auf realistischen Grundlagen basiert und keine unzutreffende Erwartungshaltung entstehen.

Über die vertragliche Gestaltung solcher Mitwirkung, insbesondere im Werkvertragsrecht, wird zu diskutieren sein. Die im Werkvertragsrecht vorgesehene Einordnung der Mitwirkung als bloße Obliegenheit und nicht als Neben- oder Hauptpflicht wird – v.a. aus Sicht der Auftragnehmer – den Anforderungen von IT-Projekten wohl nicht gerecht. Hier gilt es oftmals einen vernünftigen Kompromiss zu finden, der beiden Vertragspartnern gerecht wird und nicht nur die Risikoverlagerung auf einen Vertragspartner vorzusehen.

III. Fazit

Die gute Vorbereitung einer Ausschreibung trägt maßgeblich zum Erfolg der späteren Leistungserbringung bei, insb. bei Durchführung von IT-Projekten zur Einführung, Anpassung und Implementierung von Standardsoftware. Realistische Zeit- und Budgetvorstellungen für die Leistungserbringung sind auch und gerade für öffentliche Auftraggeber von wesentlicher Bedeutung. Gerade der öffentlichen Hand kommt es bei IT-Leistungen primär auf die Leistungserbringung an, um den eigentlichen Aufgaben des jeweiligen Auftraggebers IT-gestützt nachkommen zu können. Es darf bezweifelt werden, ob Vertragsstrafen allein der richtige „Leistungsanreiz“ sind; der alleinige Garant für ein erfolgreiches Projekt sind sie sicherlich nicht.

Für den Projekterfolg erscheinen in der Praxis vielmehr realistische und gemeinsame Vorstellungen zu Projektvorgehen, Projektorganisation, Terminplanung und Change Request-Verfahren entscheidend. Gleiches gilt für angemessene und faire Vertragsbedingungen, die die jeweiligen, durchaus konträren Positionen beider Vertragspartner berücksichtigen.

Literaturempfehlung

*Silke Minnerup**

Abwehr von „Shitstorms“ auf Social Media-Plattformen

Social Media-Plattformen werden immer mehr auch von Unternehmen genutzt, um eine Kommunikation mit den Kunden aufzubauen. Ein besonderes Risiko stellt dabei ein sog. „Shitstorm“ dar, also eine Vielzahl negativer Nutzerbeiträge, die die Präsenz des Unternehmens nahezu vollständig blockieren können. *Thomas Schwenke* behandelt in seinem Beitrag in K&R 2012, 305, das virtuelle Hausrecht als Abwehrmaßnahme gegen „Shitstorms“ insb. auf Fanseiten.

Es kann passieren, dass Proteste von Nutzern plötzlich zu einer Empörungswelle ansteigen, die neben unsachlichen häufig auch rechtswidrige Äußerungen enthalten

* RAin Silke Minnerup, Hannover.

und den Betrieb der Seite behindern. Eine Reaktionsmöglichkeit seitens des betroffenen Unternehmens besteht in der Ausübung des virtuellen Hausrechts. Es geht dabei um die tatsächliche Herrschaftsmacht in virtuellen Bezugsräumen im digitalen Medium. Bereits in länger zurückliegenden Entscheidungen zu Chatrooms und Diskussionsforen wird das Hausrecht auf eine entsprechende Anwendung sachenrechtlicher Vorschriften – §§ 903 bzw. 858, 862 BGB – gestützt und mit dem Eigentum an der Hardware begründet, auf der die Einträge gespeichert sind. Beim Vorliegen eines klar definierten virtuellen Raums, der durch tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten beherrschbar ist, wird eine analoge Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften auch in der Literatur anerkannt. Entsprechendes dürfte mithin auch für Fanseiten innerhalb von Social Media-Plattformen gelten, da diese der Herrschaft des Betreibers unterliegen und vom Rest der Plattform abgegrenzt sind. Teilweise wird darüber hinaus das Hausrecht auf eine vertragliche Grundlage gestützt. Zwar erfolgt die Registrierung und damit der Vertragsschluss zunächst zwischen Nutzer und Plattformbetreiber. Aufgrund der Nutzungsbedingungen ist aber erkennbar, dass dem Betreiber der Fanseite die Verantwortung übertragen wurde und dieser Verwaltungsfunktionen wie das Blockieren von Nutzern oder Löschen von Beiträgen ausüben kann. Eine Auslegung des Vertragsangebots des Nutzers bei der Registrierung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt, dass der Nutzer auch das Hausrecht des Unternehmens, also des Betreibers der Fanseite, akzeptiert.

Dieses Hausrecht erfährt gleichwohl sowohl in den vertraglichen Regelungen als auch durch gesetzliche Vorgaben und nicht zuletzt aus Billigkeitserwägungen Grenzen. Bspw. bei Facebook umfassen die Nutzungsbedingungen Vorgaben an den Nutzer wie das Gebot, sich gesetzeskonform zu verhalten und das Verbot, andere zu schikanieren etc. Entsprechend ist der Betreiber einer Fanseite berechtigt, mit diesen Vorgaben nicht konforme Beiträge zu löschen oder den jeweiligen Nutzer zu sperren. Allerdings findet sich keine Grundlage dafür, das Hausrecht auf die Abwehr von unverhältnismäßig vielen, ansonsten nicht zu beanstandenden Beiträgen und damit verbundene Störungen ausdehnen. Zudem ist das Verbot widersprüchlichen Verhaltens relevant. Stellt der Betreiber keine Hausregeln auf oder bezieht er sie nicht wirksam ein, überlässt er den Nutzern das Abstecken eines Verhaltensspielraums. In Betracht kommt auch eine Verletzung von Grundrechten der Nutzer. Maßnahmen von Fanseitenbetreibern könne als Eingriff in die Meinungs- und Versammlungsfreiheit gewertet werden. Rechtsverstöße können in aller Regel nicht als Rechtfertigung für einen solchen Eingriff herangezogen werden. Die Störung des Betriebs durch aktiven und unmittelbaren physischen, wirtschaftlichen oder ähnlichen Druck könnte hingegen als Rechtfertigung dienen. Besonderes Augenmerk muss dabei jedoch auf die Verhältnismäßigkeit und Transparenz der Maßnahme gelegt werden.

Fundstelle: *Schwenke*, K&R 2012, 305

Impressum

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

Herausgeber: RA Prof. Dr. Jochen Schneider

Redaktion: RAin Stefanie Fuchs-Galilea, LL.M. (Informationsrecht) (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlages, Tel. 0221/9 37 38-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/9 37 38-903 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (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.

Anzeigenleitung: Thorsten Deuse, Anschrift des Verlags, Tel. 02 21/9 37 38-4 21, Fax 02 21/9 37 38-9 42, E-Mail: anzeigen@otto-schmidt.de, gültig ist die Preisliste 12 vom 1.1.2012.

Satz: Boyens Offset GmbH & Co. KG, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide

Druck: msk marketingservicekoeln gmbh, www.marketing-service-koeln.de

Erscheinungsweise: Jeweils zum 1. eines Monats.

Bezugspreis: Jahresabonnement 194,– € (für Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Informationstechnologie im Deutschen Anwaltverein [davit] jährlich 169,– €), Einzelheft 19,40 €. Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. 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.

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Das perfekte Duo für Ausbildung und Praxis.

Das Recht der Informationstechnologie hat sich – mit den Schwerpunkten Vertragsrecht und Internet- und Kommunikationsrecht – als eigenes Rechtsgebiet etabliert. Universitäten bieten inzwischen gezielte Lehrgänge zum IT-Recht an, Rechtsanwälte können den Fachanwalt Informationstechnologierecht erwerben.

Die beiden Praxis-Lehrbücher „IT-Vertragsrecht“ und „Internet- und Kommunikationsrecht“ von Prof. Dr. Thomas Hoeren wurden für die 2. Auflage umfassend überarbeitet und aktualisiert. Damit decken sie wieder den entstandenen Informationsbedarf ab und behandeln nahezu die gesamten durch die Fachanwaltsordnung für die entsprechende Ausbildung vorgesehenen Inhalte. Auch der Praktiker, der sich neu in die Materie einarbeiten will, findet in den Werken die praxisrelevanten Fragen wissenschaftlich fundiert beantwortet, im Einzelnen ebenso wie im Zusammenhang.

Der erfahrene Autor, Referent und Prüfer, Prof. Dr. Thomas Hoeren, hat die Entwicklung des IT-Rechts in seinen verschiedenen Ausprägungen von Anfang an begleitet.

Hoeren, **IT-Vertragsrecht** und **Internet- und Kommunikationsrecht.** Das perfekte Duo für Ausbildung und Praxis. Leseprobe gefällig? **www.otto-schmidt.de**

Bestellschein ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943**

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht plus Versandkosten

☐ Hoeren **IT-Vertragsrecht** Praxis-Lehrbuch. Von Prof. Dr. Thomas Hoeren. 2. Auflage 2012, 436 Seiten Lexikonformat, brosch., 49,80 €. ISBN 978-3-504-42050-5.

☐ Hoeren **Internet- und Kommunikationsrecht** Praxis-Lehrbuch. Von Prof. Dr. Thomas Hoeren. 2. Auflage 2012, 566 Seiten Lexikonformat, brosch. 49,80 €. ISBN 978-3-504-42052-9.

Name Straße PLZ Ort

Telefon Fax Datum Unterschrift 3/12

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Höchste Zeit für ein scharfes Profil.

Der Trend zur Fachanwaltschaft ist ungebrochen: Nicht nur die Zahl der Fachanwaltschaften hat sich mit denen für Bank- und Kapitalmarktrecht sowie Agrarrecht auf nun stolze 20 erhöht. Inzwischen gibt es mehr als 40.000 Fachanwälte in Deutschland – damit ist die Fachanwaltsquote seit 2007 von 16% auf nunmehr 23% gestiegen.

Die Vorteile einer Fachanwaltschaft liegen auf der Hand: Die Bezeichnung hilft dem Anwalt, effizient zu arbeiten und seine Marktchancen zu verbessern – Umsatzsteigerungen von bis zu 40% sind belegt –, außerdem finden potenzielle Mandanten leichter den richtigen Anwalt für ihr Anliegen.

Um diese deutlichen Wettbewerbsvorteile zu nutzen, wird es also höchste Zeit, das „Projekt Fachanwalt" zu starten – am besten mit dem Buch von Offermann-Burckart: Hier wird der Anwalt auf sicherem Weg durch die Klippen des bürokratischen Verfahrens ans Ziel geführt.

Offermann-Burckart **Fachanwalt werden und bleiben.** *Von RAin Dr. Susanne Offermann-Burckart. 3., neu bearbeitete Auflage 2012, 384 Seiten Lexikonformat, brosch. inkl. CD mit Falllistenmustern, 39,80 €*
ISBN 978-3-504-18058-4.

Als „Gebrauchsanleitung" begleitet das Werk den Leser von der Entscheidung, welche Fachanwaltschaft überhaupt angestrebt werden soll, über die Schaffung der Voraussetzungen, durch das Antrags- ebenso wie durch das Rechtsmittelverfahren bis hin zu den Fragen, wie mit einer Fachanwaltsbezeichnung geworben werden kann und was getan werden muss, um sie auf Dauer zu behalten. Zugleich liefert es einen Überblick über den aktuellen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur, so berücksichtigt die 3. Auflage z.B. die geänderte Fortbildungspflicht für angehende Fachanwälte, Aktuelles zum Fallbegriff und zur Fallgewichtung, die Verlängerung des Drei-Jahres-Zeitraums um Mutterschutz- und Elternzeiten, Klarstellungen in § 15 FAO u.v.m.

Höchste Zeit für ein scharfes Profil. Offermann-Burckart **Fachanwalt werden und bleiben**. Erst einmal Probe lesen? **www.otto-schmidt.de**

Bestellschein ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943**

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Offermann-Burckart **Fachanwalt werden und bleiben.** Systematische Darstellung der Fachanwaltsordnung mit Praxis-Tipps, *3.Auflage 2012, broschiert, 39,80 € plus Versandkosten.*
ISBN 978-3-504-18058-4

Name | Straße | PLZ | Ort

Telefon | Fax | Datum | Unterschrift | 11/11

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Sicherheits-paket.

Internetrecht ist eine Querschnittsmaterie in ständigem Wandel. Der Rechtsanwender ist darauf angewiesen, den Überblick über Gesetzgebung und Rechtsprechung zu behalten. Er benötigt dazu einen gründlichen und praxisnahen Leitfaden, der schnelle Hilfe bietet.

All dies leistet die 4. Auflage des Handbuchs von Niko Härting. Es enthält eine umfassende und systematische Darstellung aller wesentlichen Gebiete des Privatrechts, die bei Mandaten mit Bezug zum Internet zu berücksichtigen sind. Dabei stützt sich das Buch auf eine detaillierte Auswertung der Rechtsprechung – von allen Land- und Amtsgerichten bis zum Europäischen Gerichtshof. Viele Checklisten, Übersichten und Praxistipps erleichtern das Verständnis und untermauern den Praxisbezug.

Die neue Auflage wurde um ein neues Kapitel „Datenschutz und Schutz der Privatsphäre“ erweitert und erläutert im Weiteren alle wichtigen Themen: von Vertragsrecht über Fernabsatzrecht, Urheberrecht und Wettbewerbsrecht bis hin zu Domainrecht und Kollisionsrecht. Einen zusätzlichen Mehrwert erhält das Werk durch den umfangreichen Anhang: die Rechtsprechungsübersicht mit Angaben zu hunderten von wichtigen Entscheidungen des BGH, des BVerfG, des EuGH und aller Oberlandesgerichte aus den Jahren 1998 bis 2010.

An gesetzlichen Neuregelungen wurden z.B. die Reformen des UWG, des BDSG und des Fernabsatzrechts sowie die Rom I- und Rom II-Verordnungen aufgenommen. Außerdem zahlreiche neue Urteile des EuGH, des BVerfG und des BGH.

Sicherheitspaket. Härting, **Internetrecht.** Leseprobe gefällig? **www.otto-schmidt.de**

Härting **Internetrecht.** Von RA Niko Härting, *4. Auflage 2010, 732 Seiten, gbd. 79,80 €. ISBN 978-4-504-56085-0.*

---------- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-943** ----------

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht. Härting **Internetrecht** *Von RA Niko Härting, 4. Auflage 2010, 732 Seiten, gbd. 79,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-56085-0.*

Name | Straße | PLZ | Ort

Telefon | Fax | Datum | Unterschrift | 12/10

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

63. Deutscher Anwaltstag

Die Kunst Anwalt zu sein – Kunst, Kultur und Anwaltschaft

14.–16. Juni 2012 in München

DAV IT-RECHT davit.de

Unter dem Motto des diesjährigen Anwaltstages stellt die Arbeitsgemeinschaft Informationstechnologierecht (davit) ihre Veranstaltung mit „Kunst und Anwaltschaft im Netz" in das digitale Zeitalter. Die Vorträge der Veranstaltung beschäftigen sich mit den modernen Themen von Anwalt, Kunst und Kultur im Medium des 21. Jahrhunderts, dem Internet. Wie bereits in den vergangenen Jahren werden aktuelle Rechtsthemen im Rahmen des Leitthemas des DAT mit Bezug zum IT-Recht in prägnanter Weise in den einzelnen Vorträgen aufbereitet. Das Spektrum reicht dabei vom Thema Kunst und Kultur im Netz im Allgemeinen bis zum Thema „Der Anwalt im Netz" sowie „Anwalt und Kunst."

14. Juni 2012

Kunst und Anwaltschaft im Netz - Moderation: Rechtsanwalt beim BGH Axel Rinkler, Karlsruhe

Ort: Holiday Inn, Forum 3, **Veranstalter:** Arbeitsgemeinschaft Informationstechnologie, **FAO:** 2,5 Zeitstunden

15.10 – 15.15	**Begrüßung** Rechtsanwältin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, Berlin
15.15 – 15.45	**Das Google Art Projekt – Praktische und rechtliche Aspekte der Digitalisierung von Kunst** Rechtsanwalt Dennis Schultz, Hamburg
15.45 – 16.00	**Fragen und Diskussion**
16.00 – 16.30	**Zentrale Pause**
16.30 – 16.50	**eBooks, Downloads, DRM-Systeme und Datenschutz** Rechtsanwalt Christian R. Kast, München
16.50 – 17.10	**Digitale Verwertung von Filmen und Fotos im Netz** Rechtsanwalt Andreas Crone, LL.M, Nürnberg
17.10 – 17.30	**Der Anwalt in Sozialen Netzwerken** Rechtsanwalt Dr. Thomas Lapp, Frankfurt/Main
17.30 – 17.50	**Der Anwalt und die Kunstnamen – keine Kunst?** Rechtsanwalt Dr. Ulrich Luckhaus, Köln
17.50 – 18.00	**Fragen und Ausklang**

15. Juni 2012

Kunst und Anwaltschaft im Netz - Moderation: Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn

Ort: Gasteig, Kleiner Konzertsaal, **Veranstalter:** Arbeitsgemeinschaft Informationstechnologie und Ausschuss Informationstechnologie, **FAO:** 2 Zeitstunden

11.00 – 13.00	**Vom Buch zum E-Book -** **Aus kulturwissenschaftlicher Sicht:** Prof. Peter Weibel, Vorstand des ZKM, Zentrums für Kunst und Medientechnologie, Karlsruhe **Aus urheberrechtlicher Sicht:** Rechtsanwalt Prof. Dr. Rupert Vogel, Karlsruhe
13.00 – 13.30	**Zentrale Pause**
13.30 – 15.30	**Digitales Erbe – Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht im Erbfall** **Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht im Erbfall** Prof. Dr. Gerald Spindler, Universität Göttingen **Digitaler Nachlass** Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Bräutigam, München

Anmeldung über Deutscher Anwalt Verein
http://jurevent.de/dat/2012.html

Die Arbeitsgemeinschaft IT-Recht (davit) wurde im Jahre 1999 gegründet. Ihr gehören rund 750 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte an, die sich dem Rechtsgebiet der Informationstechnologiene und der Telekommunikation verschrieben haben. Inhaltlich beschäftigt sich davit mit sämtlichen Fragen des IT-Rechts. Hierzu bietet sie eine eigene Webseite www.davit.de sowie regelmäßige Veranstaltungen und Seminare, insbesondere in Kooperation mit der DeutschenAnwalt-Akademie den Fachanwaltskurs IT-Recht mit dem im Herbst 2011 erschienen Beck'schen Mandatshandbuch IT-Recht an sowie den fachlichen Austausch mit Verbänden und Institutionen der IT-Branche und der interessierten Öffentlichkeit. Ein Mitgliedervorteil ist der vergünstigte Bezug des davit-Signaturbundles.

Weitere Informationen zu Mitgliedervorteilen und –aktivitäten unter **www.davit.de**