

Aktuelle Entwicklungen und Problempunkte im IT-Recht

Rechtsanwaltskammer Koblenz

07.03.2019

Dr. Thomas Lapp, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt und Mediator,

Fachanwalt für Informationstechnologierecht

IT-Kanzlei
dr-lapp.de



Themen

- Urheberrecht bei Software und Telemedien
- wettbewerbsrechtliche Bezüge bei E-Commerce und Telemedien
- Lizenzverträge und Standardklauseln, AGB-Kontrolle und Individualvereinbarung
- Außergerichtliche Konfliktbeilegung und Besonderheiten des Verfahrensrechts

Aktuelle Entwicklungen und Problempunkte im IT-Recht

URHEBERRECHT BEI SOFTWARE UND TELEMEDIEN

Youtube - Urheberrechtsverletzung

- Anfang November 2008 wurden Musikstücke aus dem **Weihnachtsalbum A Winter Symphony** von **Sarah Brightman** und Konzertmitschnitte ihrer **Symphony Tour** mit Bildern und Videos auf YouTube eingestellt. Das LG Hamburg hat im Hinblick auf drei Musikstücke, das OLG Hamburg im Hinblick auf sieben Musikstücke der Klage stattgegeben.

OLG Hamburg

- Das hanseatische Oberlandesgericht Hamburg hat YouTube verurteilt, diese Stücke nicht mehr zum Download bereitzuhalten und außerdem Auskunft über Namen, Anschriften und E-Mail-Adressen der Nutzer, die die Inhalte eingestellt hatten, zu erteilen.

BGH – EuGH

- Im Revisionsverfahren hat der **Bundesgerichtshof** die Sache dem **Europäischen Gerichtshof** vorgelegt
- BGH, EuGH-Vorlage vom 13. September 2018 – I ZR 140/15 –, juris
- MMR 2019, 37-42 (Leitsatz und Gründe)
- CR 2019, 100-107 (Leitsatz und Gründe)
- Wagner/Weis, jurisPR-ITR 22/2018 Anm. 4



Vorlagefragen

1. Nimmt der Betreiber einer Internetvideoplattform, auf der Nutzer Videos mit urheberrechtlich geschützten Inhalten ohne Zustimmung der Rechtsinhaber öffentlich zugänglich machen, eine Handlung der Wiedergabe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG (Urheberrechtsrichtlinie) vor, wenn er keine konkrete Kenntnis von der Verfügbarkeit urheberrechtsverletzender Inhalte hat oder nach Erlangung der Kenntnis diese Inhalte unverzüglich löscht oder unverzüglich den Zugang zu ihnen sperrt und ...



Frage 1

- er mit der Plattform Werbeeinnahmen erzielt,
- der Vorgang des Hochladens automatisch und ohne vorherige Ansicht oder Kontrolle durch den Betreiber erfolgt,
- der Betreiber nach den Nutzungsbedingungen für die Dauer der Einstellung des Videos eine weltweite, nicht-exklusive und gebührenfreie Lizenz an den Videos erhält,

Frage 1

- der Betreiber in den Nutzungsbedingungen und im Rahmen des Hochladevorgangs darauf hinweist, dass urheberrechtsverletzende Inhalte nicht eingestellt werden dürfen,
- der Betreiber Hilfsmittel zur Verfügung stellt, mit deren Hilfe Rechtsinhaber auf die Sperrung rechtsverletzender Videos hinwirken können,

Frage 1

- der Betreiber auf der Plattform eine Aufbereitung der Suchergebnisse in Form von Ranglisten und inhaltlichen Rubriken vornimmt und registrierten Nutzern eine an von diesen bereits angesehenen Videos orientierte Übersicht mit empfohlenen Videos anzeigen lässt,

Frage 2

- Falls Frage 1 verneint wird, fragt der BGH, ob die Tätigkeit des Betreibers einer Internet Video Plattform unter den beschriebenen Umständen überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 Urheberrechtsrichtlinie fällt.

Frage 3

- Für den Fall, dass die Frage 2 bejaht wird: Muss sich die tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information und das Bewusstsein der Tatsachen oder Umstände, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, nach Art. 14 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie auf konkrete rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen beziehen?

Frage 4

Weiter für den Fall, dass die Frage 2 bejaht wird: Ist es mit Art. 8 Abs. 3 der [Richtlinie 2001/29/EG](#) vereinbar, wenn der Rechtsinhaber gegen einen Diensteanbieter, dessen Dienst in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht und von einem Nutzer zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt worden ist, eine gerichtliche Anordnung erst dann erlangen kann, wenn es nach einem Hinweis auf eine klare Rechtsverletzung erneut zu einer derartigen Rechtsverletzung gekommen ist?

Frage 5

- Für den Fall, dass die Fragen 1 und 2 verneint werden: Ist der Betreiber einer Internetvideoplattform unter den in Frage 1 beschriebenen Umständen als Verletzer i.S.v. Art. 11 Satz 1 und Art. 13 der Urheberrechtsrichtlinie 2004/48/EG anzusehen?

Frage 6

Für den Fall, dass die Frage 5 bejaht wird: Darf die Verpflichtung eines solchen Verletzers zur Leistung von Schadensersatz nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG davon abhängig gemacht werden, dass der Verletzer sowohl in Bezug auf seine eigene Verletzungshandlung als auch in Bezug auf die Verletzungshandlung des Dritten vorsätzlich gehandelt hat und wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass Nutzer die Plattform für konkrete Rechtsverletzungen nutzen?

Öffentliche Wiedergabe i.S.d. Art. 3 Abs. 1

- Stellt allein das Öffnen der Plattform YouTube für den Publikumsverkehr bereits eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Urheberrechtsrichtlinie dar, auch wenn YouTube später von der Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung erfährt.

Art. 3 Abs. 1 Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.

Ansicht des BGH

- Öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 nur:
 - Kenntnis von rechtswidrigem Upload und
 - Löschung oder Sperrung nicht oder nicht rechtzeitig(aaO. Rn 27)

EuGH bejaht:

Weites Verständnis von Art. 3 Abs. 1 Urheberrechtsrichtlinie

- anklickbare Links auf Internetseite GRUR 2014, 360 Rn. 18
- Bereitstellung v. Medienabspielgerät GRUR 2017, 610, Rn. 38 ff.
- Filesharing-Plattform im Internet mit Indexierung von geschützten Werken und Anbieten einer Suchmaschine GRUR 2017, 790 Rn. 35 ff.



BGH verlangt konkrete Kenntnis, weil

- YouTube verbietet in den Nutzungsbedingungen, rechtsverletzende Inhalte einzustellen
- YouTube stellt für Rechtsinhaber Mittel bereit, rechtsverletzende Inhalte wieder zu entfernen

Andererseits ...

- YouTube hat (zumindest abstrakt) Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen
- betreibt den Dienst weiterhin
- erzielt Werbeeinnahmen auch mit rechtswidrigen Videos
- erlaubt es, Videos auf Social Media Plattformen wie Facebook oder Twitter zu teilen – was innerhalb kürzester Zeit weltweite Verbreitung ermöglicht

Andererseits ...

- YouTube lässt sich weltweite, nicht exklusive und gebührenfreie Lizenz einräumen
- Bereitet rechtmäßige und rechtswidrige Videos auf für:
 - Ranglisten
 - Rubriken
 - Empfehlungen
- Ausreichend bei Filesharing-Plattform laut EuGH, Urteil vom 14.06.2017, C-610/15, CR 2017, 813-816, Rn. 38

Host-Provider-Privileg

- Art. 14 Abs. 1 RiLi 2000/31/EG (E-Commerce) – keine Haftung des Hostproviders für die vom Nutzer gespeicherten Informationen, wenn:
 - Keine Kenntnis von rechtswidriger Tätigkeit oder rechtswidrigem Inhalt
 - Unverzügliche Tätigkeit zur Entfernung oder Sperrung nach Kenntnis bzw. Bewusstsein

Host-Provider-Privileg

- Unklare Abgrenzung von E-Commerce Richtlinie zu Urheberrechts-Richtlinie
- nur bei technischer und automatischer Verarbeitung, nicht aber bei aktiver Rolle und aktiven Zugriff auf die vom Nutzer gespeicherten Daten (EuGH, Urt. v. 12.07.2011 - C-324/09 Rn. 112 f.) anzunehmen
- Genügt abstrakte Kenntnis oder braucht es konkrete?
- Notice-And-Take-Down-Praxis – ok?

Urheberrechtsrichtlinie

- Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 12.9.2018 angenommen im Rechtsausschuss des europäischen Parlaments am 25.02.2019
- <http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20190226IPR28811/reform-des-eu-urheberrechts-ep-rechtsausschuss-billigt-einigung-mit-rat>
- <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Upload-Filter-und-Artikel-13-EU-Rechtspolitiker-befuerworten-Copyright-Reform-4320546.html>

Art. 13

- Ermöglichung von öffentlichem Zugriff ist nach Abs. 1 als Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit anzusehen
- Ist der Provider berechtigt, beispielsweise aufgrund Lizenz, gilt das auch für die Nutzer
- Host-Provider-Privileg nach Art. 14 E-Commerce Richtlinie gilt nicht

Art. 13 Abs. 4

- Provider haftet für unberechtigte öffentliche Zugänglichmachung, außer wenn
 - nach besten Kräften Erwerb der Berechtigung versucht wurde
 - ...

Art. 13 Abs. 4 lit aa)

- Ausnahmeregelung für Provider
 - weniger als drei Jahre
 - Umsatz unter 10 Millionen €
- Pflicht der »bestmöglichen Anstrengung«, den Upload von urheberrechtlich geschützten Werken zu verhindern

Schadensersatz bei GPL-Verletzung

- Software wurde in Version 1.1.3 von der Berechtigten unter GPL bereitgestellt, jetzt nur noch Versionen 2.X und 3. X als proprietäre Software
- v. 1.1.3 wird unter anderer Bezeichnung **ohne** Quellcode und „GNU General Public License“ zum Download bereitgestellt

OLG Hamm, Urt. v. 13.6.2017 – 4 U 72/16

(GRUR-RR 2017, 421, beck-online)

GPL

- § 3 S. 1 Vertrieb der Software ist zulässig, wenn
 - Vollständiger maschinenlesbarer Quellcode nach §§ 1 und 2 oder Variante nach § 3 S. 1 b)/c)
- § 1 – Kopie der GPL-Lizenz muss mitgegeben werden
- Verstoß dagegen ist Urheberrechtsverletzung
- Wegfall der Nutzungsrechte § 4 S. 2 der GPL bedeutet eine auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB

Kein Schadensersatz bei GPL-Verletzung

- Nutzungsrechte fallen weg
- Abmahnkosten iHv 1384,34 Euro – Streitwert 50.000 € statt 100.000 €, Gebührensatz 1,3
- Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde, keine Stufenklage
- Feststellungsinteresse ist gegeben

Kein Schadensersatz bei GPL-Verletzung

- Feststellungsantrag ist unbegründet, weil kein Schadensersatzanspruch gegeben ist.
- Schadensberechnung hier nur nach der Lizenzanalogie
- Maßgebend, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung in Kenntnis aller Umstände vereinbart hätten, also der objektive Wert der Nutzungsberechtigung
- Software wurde unentgeltlich und unter Verzicht auf monetäre Verwertung vertrieben

Geräteabgabe

- USB-Sticks und Speicherkarten werden ebenso wie PCs mit eingebauter Festplatte von der Geräteabgabe nach § 54 UrhG erfasst
- BGH, Beschluss vom 17.5.2018 – I ZR 54/15, MMR 2018, 663

Urheberrechtliche Haftung von Domain-Registralaren

- Domain-Registrar bietet das Anmelden von Domains bei verschiedenen Vergabestellen (Registries) an, teilweise über Reseller, ca. 3 Mio. Domainregistrierungen jährlich
 - Online-Filesharing-Plattform A
 - eine der größten BitTorrent-Webseiten der Welt
 - 2011 und 2014 waren Titel aus der Top 100-Liste zu 99% (2011) bzw. 97,5% (2014) illegal.

Dekonnektierung

Die Kl. forderte die Bekl. vergeblich auf, die streitgegenständlichen Domains zu dekonnectieren (die Verbindung des Domainnamens mit der konkreten numerischen IP-Adresse zu entfernen, sodass die Internetseite des Domaininhabers über die aus dem Antrag ersichtlichen Domainnamen nicht mehr erreichbar sind) und zu sperren, solange der Film X auf A verfügbar sei.

Ablehnung

Die Bekl. verwies die Kl. an den verantwortlichen Webhosting-Provider und erklärte zugleich ihre Bereitschaft, in einem Gerichtsurteil oder -beschluss festgelegte Forderungen umzusetzen. In der Folge war der streitgegenständliche Film über die oben stehenden Domains weiterhin abrufbar.

Pflichten des Registrars

- Registrar kann nicht alleine dekonnectieren
- Registrar kann aber an Registry herantreten,
- Registrar kann Dekonnectierung veranlassen
- Nach Hinweis auf konkrete und klare, ohne Probleme erkennbare Rechtsverletzung haftet Registrar, weil eine Verletzung von Prüf- und Handlungspflichten vorlag

Registrar

- nur in einem eng begrenztem Umfang Prüfungspflichten
- Rechtsverletzung offenkundig und ohne weiteres feststellbar
- weitergehende Prüfungspflichten als der Vergabeeinrichtung von Domainnamen (Registry)
- In vertraglichen Beziehung zu dem Registranten (Domaininhaber) stehen und
- mit Gewinnerzielungsabsicht handeln

Verhältnis zwischen KUG und DS-GVO

- § 22 KUG: Bildnisse dürfen nur dann verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden, wenn eine Einwilligung des Abgebildeten vorliegt. Ausnahmen nach § 23 KUG:
 - Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte
 - Abgebildete Personen als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit
 - Teilnehmer von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen

DS-GVO - KUG

- Anwendungsbereich Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DS-GVO
- Fotografien von erkennbaren Personen sind personenbezogene Daten nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO
- Ausnahme: Ausübung ausschließlich persönlicher und familiärer Tätigkeiten
- KUG erfasst nur die „Verbreitung“ und „öffentliche Zurschaustellung“ von Bildnissen, nicht die Herstellung



Art. 85 DS-GVO

Abs. 1: Mitgliedstaaten sollen Regelungen schaffen *um das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten nach der DS-GVO mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang zu bringen*

Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

- Zugunsten der journalistischen Zwecke oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erforderlichen Abweichungen von:
 - Kapitel II Grundsätze
 - Kapitel III Rechte der betroffenen Person
 - Kapitel IV Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter
 - Kapitel V, VI, VII und IX



Praktische Konkordanz

- Zumindest im journalistischen Bereich gilt nach Inkrafttreten der DS-GVO weiterhin das KUG. Dies gilt es, vor allem i.R.v. Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO, bei der Güterabwägung zu Gunsten der Presse im Hinblick auf die Erstellung und Verwendung von Bildern zu beachten.
- (OLG Köln, Beschluss vom 18.6.2018 – 15 W 27/18 ZD 2018, 434)

Abgrenzung KUG und DS-GVO

- Reichweite von Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DS-GVO
- Art. 85 Abs. 1 DS-GVO Öffnungs- oder bloße Anpassungsklausel
- Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Abs. 1 – über journalistische, ... Zwecke hinaus?
- Notifizierungspflicht nach Abs. 3 nur für später erlassenen Normen?
- Informationspflicht nach DS-GVO für Fotografen?

Offene Fragen

- Enger Regelungsauftrag in Art. 85 DS-GVO, soweit Anpassungen erforderlich sind, um Einklang herzustellen
- Älteres Gesetz kann durchaus Umsetzung eines Regelungsauftrag sein, bei KUG trotzdem fraglich

Benedikt/Kranig: DS-GVO und KUG – ein gespanntes Verhältnis

ZD 2019,4; *Hoeren*, Anm. zu OLG Köln ZD 2018, 434;

Krüger/Wiencke: Bitte recht freundlich – Verhältnis zwischen

KUG und DS-GVO – MMR 2019, 76

Museumsfotos

- Reiss-Engelhorn-Museum in Mannheim
- Kunstwerke aus den Jahren und 1660-1900 wurden 1992 fotografiert und in einem Katalog veröffentlicht
- ehrenamtlicher Wikipedia-Autor hat Fotos gescannt, 2007 weitere Fotos im Museum angefertigt und die Fotos in Wikipedia veröffentlicht

BGH, Urteil vom 20. Dezember 2018 – I ZR 104/17 –, juris;

Keye/Niclas/von Blumenthal, ITRB 2019, 29

Lichtbildschutz nach § 71 UrhG

- Schutz des § 72 UrhG bezieht sich auf Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden
- Rein technisch kommt jedes Verfahren zur Erzeugung von Lichtbildern in Betracht

Lichtbildschutz

- Technische Reproduktion allein begründet keinen Lichtbildschutz
- Mindestmaß an – zwar nicht schöpferischer, aber doch – persönlicher geistiger Leistung erforderlich
- Schon bei einfachen Fotografien regelmäßig erreicht
- Fehlt, wenn das Original-Lichtbild für getreu wie möglich lediglich reproduziert (kopiert) wird



Lichtbildschutz

- Lichtbildschutz erfordert, dass das Lichtbild als solches originär, d. h. als Urbild, geschaffen worden ist
- Schutz der Fotografien von Kunstwerken
- Fotografie von zweidimensionalen Werken erfordert Entscheidungen über Standort, Entfernung, Blickwinkel, Belichtung und Ausschnitt der Aufnahme sowie weiterer gestalterischer Umstände

Lichtbildschutz

- Auch wenn der Fotograf diese Entscheidungen an handwerklich-technischen Fragestellungen ausrichtet und das Ziel einer möglichst originalgetreuen Abbildung verfolgt, spricht das nicht gegen eine persönliche geistige Leistung
- Auch handwerkliche Leistung ohne künstlerische Aussage kann in den Schutzbereich des §§ 72 UrhG fallen
- Gesetzgeber schützt auch die rein technische Leistung, die keine besonderen Fähigkeiten voraussetzt

Fotografie eines Gemäldes

- Fotografie eines Gemäldes erreicht daher regelmäßig das für den Schutz nach § 72 UrhG erforderliche Mindestmaß an persönlicher geistiger Leistung
- Dies entspricht auch der Wertung des Gesetzgebers in der Neufassung von § 51 S. 3 UrhG, wonach auch Abbildungen oder sonstige Vervielfältigungen umfasst sind.
- Auch Fotografien von gemeinfreien Kunstwerken sind vom Schutz des § 72 UrhG umfasst

Schutzdauer

- Bei Schaffung der Fotografien galt 1992 eine Schutzdauer von 25 Jahren
- Ab 01.07.1995 ehrlich das Recht 50 Jahre nach dem Erscheinen des Lichtbilds, was nach § 137f Abs. 1 S. 2 UrhG auf alle Lichtbilder anwendbar ist, die zu diesem Zeitpunkt noch geschützt waren

Fotografieverbot

- Fotografieverbot durch Piktogramme im Museum sind
Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Piktogramme mit durchgestrichenen Kamera als generelles
Fotografieverbot für Museumsbesucher interpretiert
- Kein Verstoß gegen Transparenzgebot, da klar und
verständlich
- Keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken einer
gesetzlichen Regelung des Mietvertragsrechts

Fotografieverbot

- Kein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr 2 BGB
- Natur des Vertrages über die Besichtigung eines Museums besteht in der Bereitstellung der Räumlichkeiten und Exponate zur Wahrnehmung durch den Besucher und wird durch das Verbot, die Werk zu fotografieren, nicht gefährdet
- Keine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Argumente der Beklagten

- Zweck des Museums, der Öffentlichkeit Zugang zur Sammlung zu verschaffen
- Großes Interesse daran, Gemälde auch über Internet wahrzunehmen
- Sozialbindung des Eigentums

Entscheidung des BGH

- Berechtigtes Interesse des Museumsbetreibers, Regeln aufzustellen, auch Fotografieverbot
- Fotografieverbot kann dienen dem Schutz der Kunstwerke, dem ordnungsgemäßen Ablauf des Museumsbetriebs, der Einhaltung rechtlicher Verpflichtungen des Museums gegenüber Dritten (Leihgebern) oder eigenen Interessen des Museums

Aktuelle Entwicklungen und Problempunkte im IT-Recht

WETTBEWERBSRECHTLICHE BEZÜGE BEI E-COMMERCE UND TELEMEDIEN

IT-Kanzlei
dr-lapp.de



Testkäufe im Internet

- Testkäufer bestätigt zunächst im Einklang mit einem objektiv verfolgten gewerblichen Geschäftszweck einen Kauf als Unternehmer vorzunehmen
- Gibt sich dann im Online-Bestellformular als Verbraucher aus
- Vertragsstrafe kann daraus nicht begehrt werden
- BGH, Urt. v. 11.5.2017 – I ZR 60/16 – GRUR 2017, 1140



Verkäufer auf Online-Verkaufsplattform als Gewerbetreibender

Natürliche Person, die gleichzeitig eine Reihe von Anzeigen, in denen neue und gebrauchte Waren zum Verkauf angeboten werden, auf einer Website veröffentlicht, ist nur dann als „Gewerbetreibender“ bzw. „Unternehmer“ einzustufen und eine solche Tätigkeit stellt nur dann eine „Geschäftspraxis“ dar, wenn diese Person im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit handelt.



Gewerbetreibender

- gleichzeitig acht Anzeigen veröffentlicht, in denen neue und gebrauchte Waren zum Verkauf angeboten wurden – Rn. 37
- Begriff „Gewerbetreibender“ bzw. „Unternehmer“ in den RL 2005/29 und 2011/83 nahezu identisch definiert
- Unionsgesetzgeber hat den Begriff „Gewerbetreibender“ besonders weit konzipiert und weder Einrichtungen, die eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen, noch öffentlich-rechtliche Einrichtungen Rn. 30

Verbraucher

- Im Vergleich zum Gewerbetreibenden in einer unterlegenen Position
- Wirtschaftlich schwächer
- Rechtlich weniger erfahren als ein Vertragspartner

EuGH Rn. 34

Prüfkriterien – Rn. 38

- Ob der Verkauf über die Onlineplattform planmäßig erfolgte
- Ob mit diesem Verkauf Erwerbszwecke verfolgt wurden
- Ob der Verkäufer über Informationen oder technische Fähigkeiten hinsichtlich der von ihm zum Verkauf angebotenen Bar verfügt, über die der Verbraucher nicht notwendigerweise verfügt

Prüfkriterien – Rn. 38

- Ob der Verkäufer eine Rechtsform hat, die die Vornahme von Handelsgeschäften erlaubt
- In welchem Ausmaß der online Verkauf mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Verkäufers zusammenhängt
- Ob der Verkäufer mehrwertsteuerpflichtig ist
- Ob der Verkäufer neue oder gebrauchte Waren zum Zweck des Wiederverkaufs erwirbt und dieser Tätigkeit dadurch eine gewisse Regelmäßigkeit, Häufigkeit etc. verleiht

Prüfkriterien Rn. 39 ff.

- Kriterien sind weder abschließend noch ausschließlich
- Bloße Tatsache, dass mit dem Verkauf ein Erwerbsszweck verfolgt wurde oder dass gleichzeitig eine Reihe von Anzeigen für neue und gebrauchte Waren veröffentlicht wurden, reicht nicht aus, die Person als Gewerbetreibenden einzustufen
- zu prüfen, ob gewerblichen Natur gegeben ist und Gewerbetreibender handelt

Kundenzufriedenheitsbefragung als Werbung

- Verkauf über Amazon-Marketplace
- Abwicklung über Amazon ohne Rechnung
- Rechnung per E-Mail verknüpft mit der Bitte, 5-Sterne-Bewertung bei Zufriedenheit abzugeben, bei Unzufriedenheit Kontakt aufzunehmen und die Bewertung über den beigefügten Link durchzuführen
- Unerlaubte unaufgeforderte Werbung?

Wettbewerbsrecht

- Kein Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 iVm 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG
- Kunde ist weder Mitbewerber noch aus § 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG berechtigt

Unterlassungsanspruch

- Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog wegen rechtswidrigem Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht
- Art. 13 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation verlangt vorherige Einwilligung für Zwecke der Direktwerbung per elektronischer Post
- Kundenzufriedenheitsbefragung ist Direktwerbung

Unterlassungsanspruch

- Werbung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind.
- Auch mittelbare Absatzförderung einschließlich Imagewerbung zählt dazu,
- jede Äußerung mit dem Ziel der Absatzförderung

Unterlassungsanspruch

- Übersendung der Rechnung ist keine Werbung
- Elektronische Post wird neben der zulässigen Übersendung der Rechnung auch für Zwecke der Werbung genutzt
- Rechnung nimmt der E-Mail nicht den Werbecharakter

Interessenabwägung

- Jede Werbung ohne Einwilligung ist unzumutbare Belästigung
- Kundenzufriedenheitsbefragungen nicht anders zu werten
- Kundenzufriedenheitsbefragung konnte einfach ignoriert werden, beeinträchtigt die Interessen nur geringfügig
- Dennoch ist es keine Bagatelle, Empfänger muss sich zumindest gedanklich damit beschäftigen
- Nachahmungseffekt muss vorgebeugt werden
- Widerspruchsmöglichkeit für Verbraucher ist zumutbar

Facebook-Posting, Aprilscherz

- Die Schuldnerin hat wegen eines vom Gläubiger beanstandeten, von der Schuldnerin als Aprilscherz gedachten Facebook-Auftritts eine notariell beurkundete Unterlassungserklärung abgegeben. Sie beantragte dafür beim AG den Erlass eines Androhungsbeschlusses gem. § 890 Absatz 2 ZPO.
- BGH, Beschluss vom 7.6.2018 – I ZB 117/17 - MMR 2019, 109

Antragsberechtigung

- Die Systematik der gesetzlichen Regelung sowie Sinn und Zweck der mit dem Antrag begehrten Anordnung sprechen dafür, die Antragsbefugnis nach § 890 Abs. 2 ZPO allein dem Gläubiger und nicht dem Schuldner einzuräumen.
- Sinn und Zweck der Zwangsvollstreckung ist es, dem Gläubiger die Durchsetzung seines titulierten Anspruchs zu ermöglichen.

Antragsberechtigung

- Wahl der angemessenen Form der Rechtsdurchsetzung ist Sache des Gläubigers
- Wunsch des Gläubigers, lieber der Staatskasse ein Ordnungsgeld als dem Gegner eine Vertragsstrafe zu zahlen, muss zurückstehen
- Gläubiger kann auf besondere Abschreckung einer Vertragsstrafe oder eines gerichtlichen Unterlassungstitels bestehen

Influencer

- Abmahnung wegen der fehlenden Kennzeichnung der Beiträge als Werbung
- Der journalistische Gehalt der verfahrensgegenständlichen Beiträge beschränkt sich auf einen Satz, der die Situation bzw. den Bildinhalt kurz anreißt, sodann folgen die Links auf die Instagram-Auftritte der mittels der dargestellten Produkte beworbenen Unternehmen.
- KG, Beschluss vom 27.7.2018 – 5 W 149/18 (LG Berlin)
- (MMR 2019, 114, beck-online)



Influencer

- Keine Pflicht, bestimmte Produkte bestimmter Unternehmen zu bewerben
- Bezahlung wird bestritten
- Aber zugestanden wird: „grundsätzlich Einnahmen aus der Zusammenarbeit mit Dritten als PR-Beraterin, Model und zuletzt auch werbliche Beiträge in sozialen Netzwerken“
- Überwiegen eines nichtkommerziellen Tätigkeitshintergrunds fernliegend

Beispiele

- So schließt etwa die Äußerung zum „Kempinski“-Beitrag, das Bild sei „nicht im Rahmen einer Zusammenarbeit mit Ralph Lauren oder dem Kempinski Hotel München geschuldet“ gewesen, keineswegs aus, dass die Ag. für den Auftritt gleichwohl belohnt worden ist.
- Oder die Äußerung, das Kleidungsstück von Ralph Lauren sei „kein Geschenk“ gewesen, kann dahingehend verstanden werden, dass das Kleidungsstück eine Gegenleistung für den Werbeauftritt war.

Werbung

- Datenschutzerklärung im Impressum, Stand 22.5.2018, lässt schließlich erkennen, dass für den Dienst „o...“ eine werbewirtschaftliche Reichweitenmessung vorgenommen wird
- Der *Senat* hält es in der Gesamtbetrachtung für unwahrscheinlich, dass die Ag. aus persönlichen nichtkommerziellen Interessen geldwerte Leistungen in einem erheblichen Umfang, nämlich ihre fortlaufenden werbewirksame Auftritte in ihrer Eigenschaft als bekannter Bloggerin, an Hersteller verschenkt.

Verlinkung/Instagram

Der *Senat* sieht bzgl. der Absatzförderung keinen maßgeblichen Unterschied zwischen einer Verlinkung unmittelbar auf einen Internetshop der jeweiligen Hersteller und einer Verlinkung auf den jeweiligen Instagramauftritt der Hersteller (der i.Ü. wiederum eine Verlinkung auf den allgemeinen Internetauftritt der Hersteller erkennen lässt). In beiden Varianten liegt Absatzförderung vor.

Hashtag

- Der Hashtag # ist keine ausreichende Kennzeichnung als Werbebeitrag
- kommerzielle Zweck muss auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar sein
- Bei den verfahrensgegenständlichen Blogbeiträgen liegt der Werbecharakter nicht offen zu Tage, mag er sich auch nach kurzer Prüfung erschließen.

Influencerin II

Beiträge einer Influencerin, die Links auf Internetauftritte zu
Produktanbietern enthalten, sind nicht generell als
kennzeichnungspflichtige Werbung anzusehen. Zu prüfen ist
vielmehr stets der konkrete Inhalt und die besonderen Umstände
des jeweiligen Einzelfalles. Weltanschauliche, wissenschaftliche,
redaktionelle oder verbraucherpolitische Äußerungen von
Unternehmen oder anderen Personen, die nicht in funktionalem
Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung stünden,
unterfallen nicht dem Wettbewerbsrecht.

Beiträge einer Influencerin als Werbung

Im vorliegenden Fall hat die Influencerin mit den beanstandeten Posts auf Instagram nicht zu privaten Zwecken, sondern als Unternehmerin gehandelt. Die von ihr gesetzten Links mit Weiterleitungen zu Instagram-Accounts anderer Unternehmen waren geeignet, den Absatz der von diesen Unternehmern angebotenen Waren zu fördern.

KG v. 08.01.2019 - 5 U 83/18 - JurPC-Web-Dok. 0021/2019

Abmahnung

- Rechtsanwalt und Sportgeschäft mit Onlineshop haben beide wirtschaftliche Probleme und suchen Einnahmequellen
- Abmahnung von eBay-Verkäufern von Sport- und Freizeitartikeln wg angeblicher Verschleierung der Unternehmereigenschaft
- Eingehende Erstattung von Anwaltsgebühren sollte geteilt, im Übrigen sollten keine Anwaltsgebühren erhoben werden
- Durchsetzung weitergehender wettbewerblicher Ansprüche war nicht beabsichtigt

Abmahnungen

- 377 Abmahnung gegen eBay Verkäufer
- Abmahnkosten 555,60 € bzw. 755,80 € netto bei Gegenstandswerten von 8000 € bzw. 15.000 €
- 25 Zahlungen insgesamt 13.173,20 €
- Weitere 1149 Abmahnungen zunächst ohne Kosten, nach Kostenforderung 31 Zahlungen über 16.289,70 €

Urteil

- Abmahn schreiben enthalten die zumindest konkludente Erklärung, dass ein abmahnfähiger Verstoß vorliegt
- Klassischer Fall des Rechtsmissbrauchs, wenn Rechtsanwalt mit Mandant vereinbart, dass dieser keine Rechtsanwaltskosten zu tragen habe
- Betrug – Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten
- BGH, Beschluss v. 8.2.2017 – 1 StR 483/16 - MMR 2019, 42

Grundpreisangabe bei eBay-„Minigalerie“- Ansicht

- Unterlassungserklärung, Werbung in eBay nicht mehr ohne gleichzeitige Angabe des Preises die Mengeneinheit einschließlich Ust etc. (Grundpreis) vorzunehmen
- Automatisiert von eBay erzeugte „Minigalerie“ ohne Angaben zu Material und Verwendungszweck ist kein Angebot im Sinne von § 2 Abs. 1 PAngV, das zur Angabe des Grundpreises verpflichtet

Auslegung Unterlassungserklärung

Maßgebend für die Reichweite einer vertraglichen Unterlassungsverpflichtung ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien, zu dessen Auslegung neben dem Inhalt der Vertragserklärungen auch die beiderseits bekannten Umstände, insb. die Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung, ihr Zweck, die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Vertragsparteien und ihre Interessenlage heranzuziehen sind.

OLG Stuttgart, Urteil vom 15.2.2018 – 2 U 96/17 - MMR 2019, 55

Auslegung Unterlassungserklärung

- Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit der Abgabe der Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr ausgeräumt werden soll
- auch die Begehung zwar leicht abgewandelter, aber in ihrem Kern gleicher Handlungen soll abgedeckt sein

OLG Stuttgart, Urteil vom 15.2.2018 – 2 U 96/17 - MMR 2019, 55

Auslegung Unterlassungserklärung

- Die Minigalerie enthält nicht alle notwendigen Merkmale, um den Kunden in die Lage zu versetzen, eine Kaufentscheidung zu treffen. Schon wegen der sehr geringen Größe ...
- Keine Angaben zu Material und Einsatzzweck
- Kein Angebot, da wesentliche Informationen fehlen
- Abmahnung nur für Galerieansicht nicht Minigalerie

OLG Stuttgart, Urteil vom 15.2.2018 – 2 U 96/17 - MMR 2019, 55

OLG Jena, Urteil vom 27.9.2017 – 2 U 765/16

- Die Header, die den Versandweg der E-Mails wiedergeben, lassen einen Rückschluss auf den Absender der E-Mails zu.
- Der Empfänger von – ohne dessen ausdrückliche Einwilligung versandten – Werbe-E-Mails hat keinen Beweis darüber zu führen, dass eine Fälschung der Header-Daten ausgeschlossen werden kann. Für den Einwand einer Datenmanipulation trägt vielmehr der Absender der Werbe-E-Mails die sekundäre Beweislast.
- (MMR 2019, 68, beck-online)

Widerruf für Matratze ohne Schutzfolie

- von einem Verbraucher im Online-Shop bestellte Matratze
- Versiegelung entfernt, um die Matratze testen zu können
- Widerruf erklärt und Matratze zurückgesendet
- Verkäufer verweigert Rückabwicklung
- Ausnahme vom Widerrufsrecht bei Waren, die aus Hygiene-
gründen versiegelt sind und deren Versiegelung nach der
Lieferung entfernt wurde – Art. 16 e RiLi 2011/83/EU
- § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB

Schlussanträge des Generalanwalts

- Widerrufsrecht grundsätzlich auch bei Waren, die bestimmungsgemäß in direkten Kontakt mit dem menschlichen Körper kommen können
- Vergleich mit Kleidungsstücken
- Bei übermäßiger Prüfung besteht die Möglichkeit zum Wertersatz
- Wöbbeking, CR 2019, R17-R18



Suchmaschine

- Bei Eingabe eines Suchwortes in der Suchmaschine werden Suchergebnisse angezeigt, die neben dem jeweiligen Link („URL“) auch sog. „Snippets“ (= „Schnipsel“, Textauszüge) enthalten
- Äußerungen auf Facebook, unter anderem „was bliebe, wäre diesen Genderlesben jeweils 8x9 mm ins Gehirn zu jagen“
- OLG Saarbrücken 11.04.2018 - 5 U 49/17 - CR 2019, 113-117

Prüfpflichten

- erst nach konkretem Hinweis Kenntnis von einer offensichtlichen und auf den ersten Blick klar erkennbaren Rechtsverletzung
- konkrete Bezeichnung der beanstandeten URL
- eindeutige Mitteilung,
 - welche konkrete Äußerung in einer aufgefundenen und verlinkten Veröffentlichung
 - welcher rechtswidriger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht
 - welche Maßnahme er fordert.

Fashion ID - „Gefällt mir“

- Generalsanwalt zur Verbandsklagebefugnis
- Keine Gefährdung datenschutzrechtlicher Harmonisierung
- Kein Umkehrschluss aus der Kodifizierung der Klagebefugnis in Art. 80 Abs. 2 DSGVO
- Klagebefugnis gegeben
- Diercks, CR 2019, 95-100

DSGVO und UWG

- Keine ausdrückliche Aussage des Generalanwalts
- Generalanwalt wird das Argument, jede von einer Privatperson oder einem Verbraucherschutzverband erhobene Klage setze die mit der Durchsetzung betrauten Behörden einem Druck aus und dürfe daher nicht neben einem System öffentlicher Durchsetzung bestehen für derart abwegig, dass es keiner weiteren Auseinandersetzung bedürfe

- Diercks, CR 2019, 95-100

Generalanwalt

- Unabhängige Kartellbehörden werden auch nicht durch wettbewerbsrechtliche Klagen in ihrer Unabhängigkeit bedroht
- Wenn verbraucherschutzrechtliche Abmahnung von Verbänden die Unabhängigkeit nicht berührt, gilt das auch für wettbewerbsrechtliche Abmahnungen

Harmonisierung

- Eigenständigkeit des UWG
- Grundlage der Abmahnung im Wettbewerbsrecht
- Wettbewerbsrecht ist nicht Regelungsgegenstand der DS-GVO
- DS-GVO wird nach Erwägungsgrund eins auf Art. 8 Abs. 1 Grundrechte Charta und Art. 16 Abs. 1 AEUV gestützt, nicht auf Art. 114 AEUV (Binnenmarkt)

Abmahnung nach DS-GVO

- Weder die RL 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie) noch die VO (EU) 2016/679 (Datenschutzgrundverordnung) enthalten ein abgeschlossenes Sanktionssystem und stehen deshalb der Klagbefugnis von Wettbewerbern nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG wegen Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen entgegen.
- (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 3 U 66/17 –, juris)

Abmahnung DS-GVO

- Nicht jegliche datenschutzrechtliche Norm hat marktverhaltensregelnden Charakter i.S. des § 3a UWG. Vielmehr muss die jeweilige Norm konkret darauf überprüft werden, ob gerade jene Norm eine Regelung des Marktverhaltens zum Gegenstand hat.
- (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 3 U 66/17 –, juris und CR 2019, 33-35)

Abmahnung DS-GVO

- ✓ LG Würzburg, Beschluss vom 13. September 2018 – 11 O 1741/18 UWG –, juris, Ingemar Kartheuser, ITRB 2018, 278-279 (Anmerkung)
- LG Bochum, Urteil vom 07. August 2018 – I-12 O 85/18 –, juris - Mandy Hrube, jurisPR-ITR 1/2019 Anm. 4 (Anmerkung)

Rechtsmissbrauch

- Die Kenntnis der Klägerin von dem streitgegenständlichen Wettbewerbsverstoß beruht auf privat im Zusammenhang mit der Nutzung des eigenen E-Mail-Postfachs bei T-Online erlangten Wissen des Klägervertreeters. Der Klägervertreter entfaltete sodann - nachdem er diese Werbung feststellte - Eigeninitiative bei der Erlangung der Mandate.
- Klägervertreter holte proaktiv die Vollmachten für das Mandatsverhältnis ein

Rechtsmissbrauch

- Klägervertreter macht auch persönlich wegen vergleichbarer Werbung ein Unterlassungsanspruch in einem anderen Verfahren geltend
- kann nicht angenommen werden, dass die Rechtsverfolgung der Erzielung von Einnahmen aus der Abmahnungstätigkeit dient

Kein Rechtsmissbrauch

Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs zielt nicht vorrangig auf die Wahrnehmung seiner eigenen persönlichen Interessen ab, sondern dient dem wirtschaftlichen Interesse der Klägerin an der Unterbindung der Abwerbung ihrer Kunden (OLG Nürnberg, Urteil vom 15. Januar 2019 – 3 U 724/18 –, Rn. 40, juris)

„bald“

- Hinweis:

„Der Artikel ist bald verfügbar. Sichern Sie sich jetzt Ihr Exemplar!“

- bei Fernabsatzverträgen ist der Unternehmer verpflichtet
- über die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie über den Termin, bis zu dem der Unternehmer die Waren liefern oder die Dienstleistung erbringen muss, zu informieren ist. § 312d Abs. 1 BGB



Der Artikel ist bald verfügbar

- Vorstellung, dass eine Lieferung der Ware in naher Zukunft versprochen werde
- Kein Termin im Wortsinne
- Kein hinreichend bestimmbarer Lieferzeitzeitraum
- Eine in zeitlicher Hinsicht nicht näher bestimmbare Terminsangabe „bald“ ist weder hinreichend klar verständlich, noch ausreichend transparent für den Verbraucher

Ausnahme für nicht lieferbare Ware?

- keine Anwendung von § 312d Abs. 1 BGB auf im Zeitpunkt des (online-)Bestellvorgangs nicht lieferbare Ware, da nach § 312j Abs. 1 BGB Lieferbeschränkungen anzugeben sind?
- § 312j Abs. 1 BGB nicht vorrangig
- Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel i.S.v. § 3 , § 3a UWG, Werbung ist nicht irreführend i.S.v. § 5 UWG
- OLFG München, 17.05.2018, 6 U 381/17, CR 2019, 54, 56

Kosten bei Zahlung mit PayPal oder Sofortüberweisung

- Firma FlixBus GmbH vertreibt Zug- und Busfahrten über die Marken FlixBus und -bus im Internet
- Zahlung über PayPal oder Sofortüberweisung nur gegen zusätzliches Zahlungsgeld
- § 270a BGB untersagt es den Händlern seit dem 13.1.2018, zusätzliche Gebühren für gängige Zahlungsmethoden zu erheben

Verbot zusätzlicher Kosten

- Zahlungsentgelte für eine Zahlung mit PayPal sind mit der Regelung des § 270a BGB unvereinbar
- gängige Online-Zahlungsmethode, die nicht mit weiteren Kosten belegt werden dürfe
- LG München I - Urteil vom 13.12.2018

Aktuelle Entwicklungen und Problempunkte im IT-Recht

LIZENZVERTRÄGE UND STANDARDKLAUSELN, AGB- KONTROLLE UND INDIVIDUALVEREINBARUNG

IT-Kanzlei
dr.lapp.de



Indirekte Nutzung von Software

- Zugriff auf eine lizenzierte Software über ein externes, vor- oder zwischengeschaltetes System
- Drittanbietersoftware kommt in der Betriebsumgebung des ERP-Systems zur Ausführung und bringt Programmfunktionalität der ERP-Software zur Ausführung
- Zugriff auf zugrunde liegende Datenbank Software bzw. darin enthaltene Daten

Pooling oder Multiplexing

Beispiel: Auf eine Datenbank greifen **100 Personen** direkt zu und **3.000 Lieferanten** über ein Web-Portal. Das Web-Portal meldet sich aber an der Datenbank nur einmal an und hält diese Verbindung anschließend andauernd, während die Datenbank von beliebigen Lieferanten genutzt wird. Nach den Vorstellungen des Datenbank-Herstellers und dessen Lizenzbedingungen sind **3.100 Zugriffslizenzen** zu erwerben und **nicht etwa nur 101**.

(Metzger/Hoppen, CR 2017, 625, 626)

Daten-Objekte als Benutzer

Beispiel: 300 Mitarbeiter erfassen täglich ihre Kommt-Geht-Zeiten über fünf elektronische Zeiterfassungsterminals, die an eine externe Zeiterfassungs-Software angeschlossen sind. Jedes Terminal der Zeiterfassungs-Software überträgt seine Daten stündlich an das ERP-System. An dem ERP-System arbeiten außerdem aktiv 50 User, die per User-Lizenz lizenziert sind.

→ Frage: 51 User oder 350 User?

(Metzger/Hoppen, CR 2017, 625, 626)

Architektur von Software

- Software ist heute modular und mehrschichtig aufgebaut und wird niemals komplett in den Arbeitsspeicher geladen
- Zunächst wird ein Startmodul geladen
- Anschließend werden sukzessive die benötigten Module in den Arbeitsspeicher geladen
- Komponenten sind häufig unabhängig voneinander

Vervielfältigungen

- Erneutes Ablaufenlassen: Komponente ist bereits im Arbeitsspeicher und muss nur erneut ablaufen.
- Erneute Vervielfältigung: Komponente muss erneut in den Arbeitsspeicher geladen werden
- Zusätzliche Vervielfältigung: Komponente ist installiert, wird von der Drittsoftware erstmals geladen und gestartet
- Gesonderte Software-Installation erforderlich
- Indirekte Nutzung kann zu Vervielfältigung führen, muss dies aber nicht

Drittsoftware nutzt Schnittstellen der ERP-SW

- Ablaufenlassen des ERP-Programms ist keine Vervielfältigung nach § 69c Nr 1 UrhG
- Vervielfältigung wäre bestimmungsgemäße Benutzung nach 69d Abs. 1 UrhG

(Metzger/Hoppen, CR 2017, 625, 626)

Vertragsgestaltung

- Kann die Nutzung der Schnittstellen ausgeschlossen oder an höhere Vergütung geknüpft werden?
- § 69d Abs. 1 UrhG ist dispositives Recht
- Kern der bestimmungsgemäßen Benutzung ist aber zwingend und kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden
 - Art. 5 Abs. 1 und Erwägungsgrund 13 - 2009/24/EG
- CPU-Klauseln, Outsourcing



Interoperabilität

- Interoperabilität ist nach § 69e UrhG Kernfunktion von Software, für die deren Herstellung sogar Dekompilieren eines Programms erlaubt ist
- Gilt insbesondere für Schnittstelleninformationen
- Einfache Verwendung von offen liegenden Schnittstellen dürfte Teil der bestimmungsgemäßen Benutzung sein
- Dafür spricht auch der Lock-In-Effekt für Nutzer komplexer ERP-Programme

Grenzen

- Besitzt das Drittanbieter Programm keine eigene Funktionalität und ist nur dazu bestimmt, die Nutzerzahl zu vergrößern („Multiplexing“, „Pooling“), ist in der Nutzung der Schnittstellen keine bestimmungsgemäße Nutzung mehr zu sehen

(Metzger/Hoppen, CR 2017, 625, 630)

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV

- kann allein aus der Monopolstellung, welche sich aus dem Urheberrechtsschutz eines lizenzierten Immaterialgutes ergibt, nicht auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden
- EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015 – C-170/13 –,

Vertragsrecht: Verstoß gegen AGB-Vorschriften

- Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung
- Urheberrechtliche Grenzen der Vertragsfreiheit können sich auch aus §§ 69c ff. UrhG ergeben
- Verstoß gegen § 69d Abs. 1 UrhG Indiz für unangemessene Benachteiligung – Unwirksamkeit
- Inrteroperabilität zentrales Anliegen von §§ 69a ff UrhG



Literatur

Grützmacher, ITRB 2017, 141-147

Metzger/Hoppen, CR 2017, 625-639

Schneider, ITRB 2017, 286-291

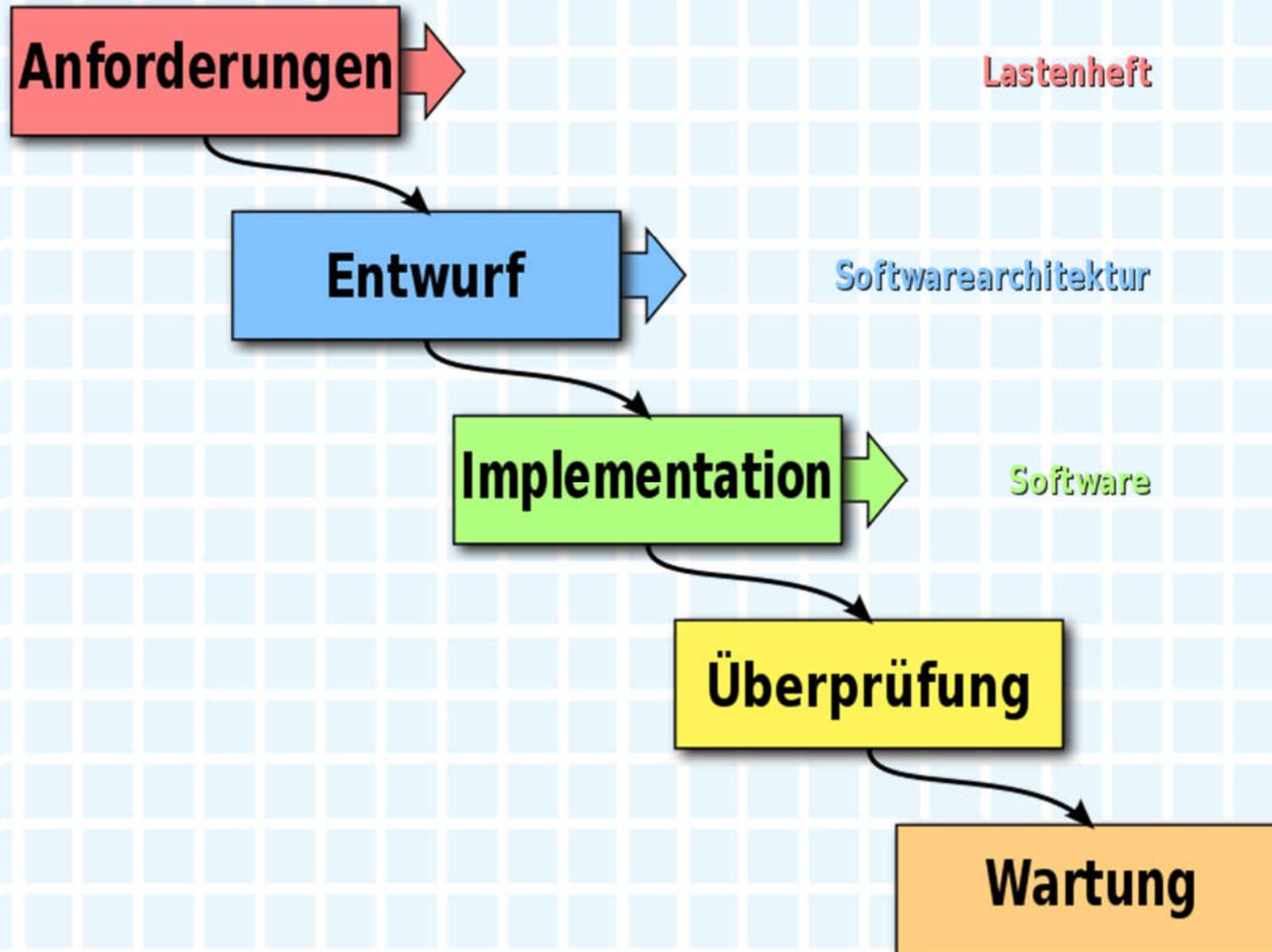
Schneider in Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, R.

Rz. 91 ff., 93 und v.a. 97.

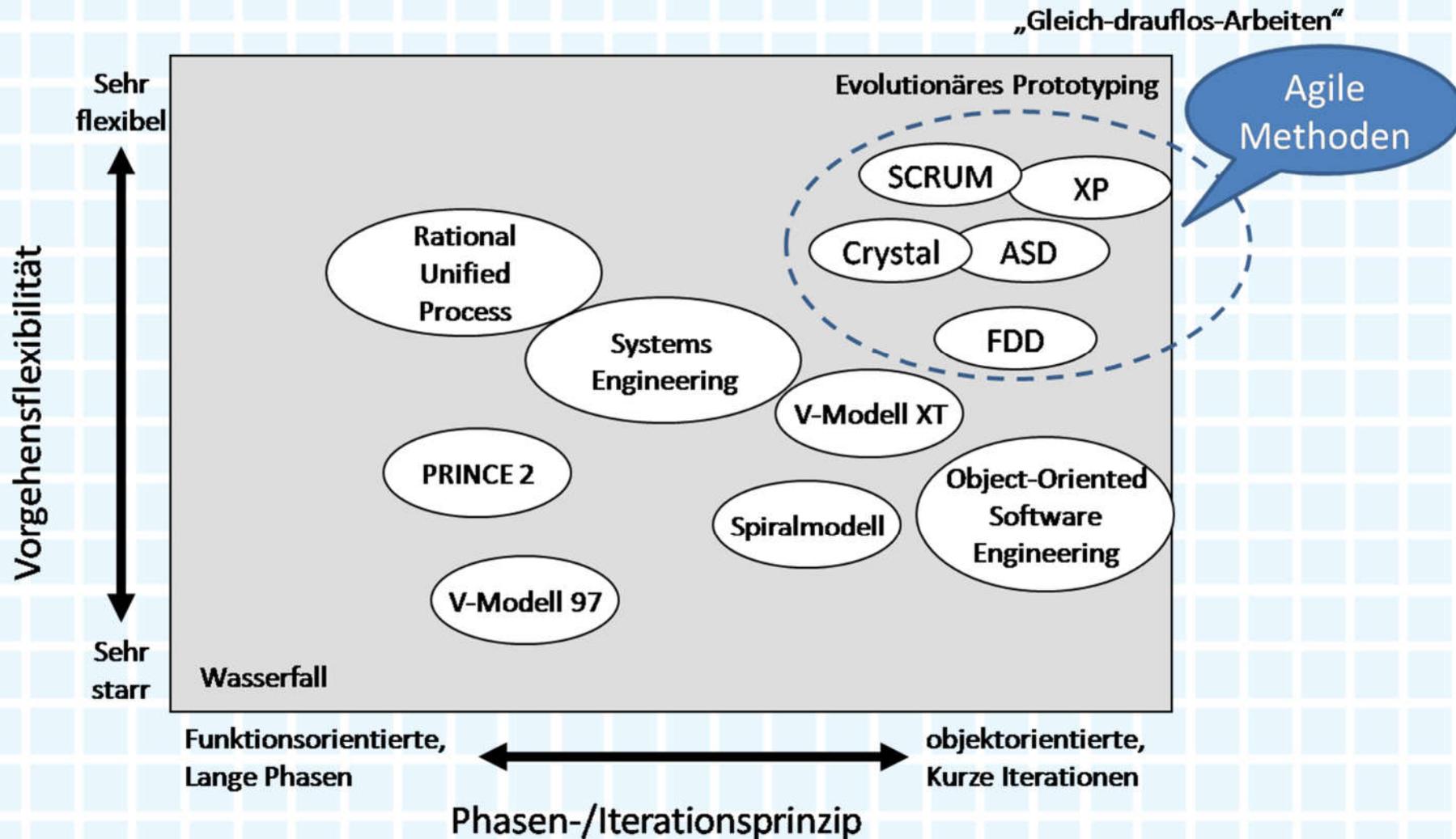
Agile Projekte auf dem Prüfstand

- Erkenntnisse aus OLG Frankfurt v. 17.8.2017 – 5 U 152/16
- Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Wasserfallmodell zur Softwareentwicklung



Vorgehensmodelle im Überblick



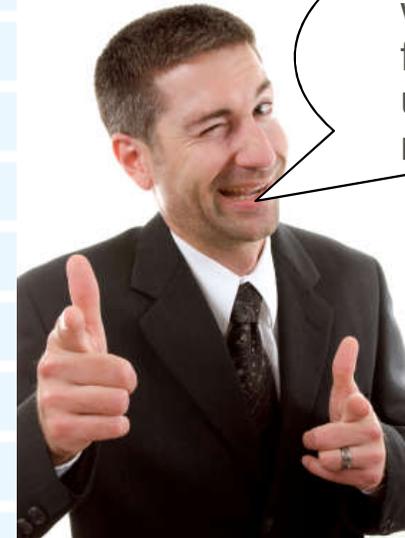
XP: extreme Programming; ASD: Adaptive Software Development; FDD: Feature Driven Development



Anforderungskonflikt zwischen Business und Produktentwicklung



Nie liefert Ihr ein Produkt, das meinen Wünschen entspricht.



Liefert mir schnell die wichtigsten Features, fragt mich jederzeit und ich rede Euch nicht mehr rein.

Nie wisst Ihr, was Ihr wollt und ändert ständig Eure Anforderungen.



Alles klar, in 4 Wochen gibt es jede Menge brauchbare Innovationen.



Probleme in Projekten

- fehlende oder unzureichende IT-Kompetenz beim Auftraggeber
- Fachsprachen mit Begriffen der Alltagssprache
 - Prozess: für Informatiker, Chemiker, Juristen ...
 - ...
- Zeitmangel, andere Prioritäten

Änderungen (Change Request)

- Zeitgewinn
- Zusätzliche Vergütung
- Streitpotential, Abgrenzung Anforderungen von Fehlern

Agiles Manifest unterstützt Innovationen

- Die beteiligten Individuen und deren **Interaktionen** sind wichtiger als Prozesse und Werkzeuge.
- **Funktionierende Lösungen** (Programme) sind wichtiger als eine ausführliche Dokumentation.
- Die permanente **Zusammenarbeit mit dem Kunden** ist wichtiger als ein Vertrag.
- Der Mut und die **Offenheit für Änderungen** sind wichtiger als das Befolgen eines festen Plans.

Der kleine Prinz

- Ordnung um der Ordnung willen beraubt den Menschen seiner wesentlichen Kräfte.
 - Antoine de Saint-Exupery – Der kleine Prinz

OLG Frankfurt v. 17.8.2017

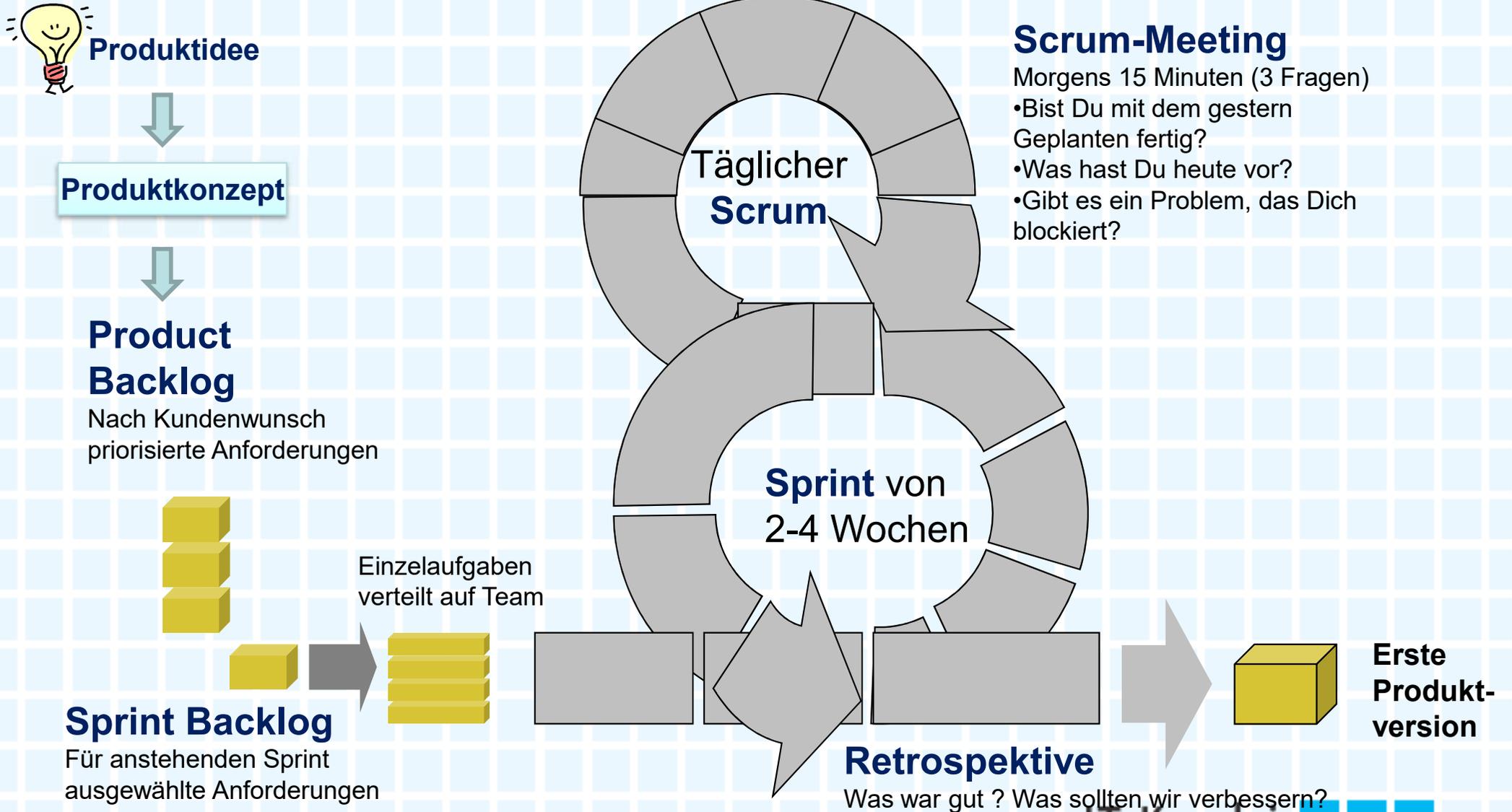
- IT-Projekt - mit SCRUM umzusetzen
- Letter of Intent abgeschlossen
- Projektvertrag lediglich verhandelt, nicht geschlossen
- Projekt wurde von der Auftraggeberin abgebrochen
- unstreitig erbrachte Leistungen der Auftragnehmerin wurden in Rechnung gestellt
- Ratenzahlung auf Wunsch der Auftraggeberin vereinbart

Dienstvertrag oder Werkvertrag

- Einordnung als Dienstvertrag oder
- (ganz oder teilweise) Werkvertrag
 - LG Wiesbaden => vollständig **Werkvertrag**,
 - OLG Frankfurt am Main => teilweise **Werkvertrag**
- Mischformen denkbar



Agiles Vorgehen (Scrum)



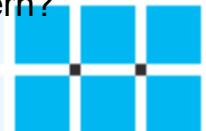
Scrum-Meeting

Morgens 15 Minuten (3 Fragen)

- Bist Du mit dem gestern Geplanten fertig?
- Was hast Du heute vor?
- Gibt es ein Problem, das Dich blockiert?

Retrospektive

Was war gut ? Was sollten wir verbessern?



SCRUM

- Produktidee, Produktkonzept
- Product Backlog
- Sprint Backlog
- Definition of Done



Abnahme

- keine förmliche Abnahme
 - auch nicht vereinbart
 - ausdrückliche Regelung der Abnahme sinnvoll
 - agilen Projektmethoden zielen darauf, dem Kunden möglichst schnell funktionierende und wertvolle Software zu übergeben

SCRUM

- testgetriebene Entwicklung, am Ende jedes Sprint
 - Abnahme
 - Verschiebung
 - Verzicht (you aint gonna need it)
- Je mehr du nach Plan arbeitest, desto mehr bekommst du das, was du geplant hast, aber nicht das, was du brauchst.
(https://de.wikipedia.org/wiki/Agile_Softwareentwicklung#Agile_Methoden – Stand: 22.08.2018)

Abnahme

- Teilabnahmen
- Endabnahme mit allen Konsequenzen
 - Interessen der Parteien berücksichtigen
 - Sinnvoll nutzbare Teile kann man abnehmen



Letter of Intent und Vertragsentwurf

- IT-Projektvertrag verhandelt, aber nicht abgeschlossen
 - Vor Vertragsabschluß kein Anspruch auf Vergütung
 - Abbruch der Verhandlung jederzeit ohne Gründe zulässig
- Vorvertrag (Letter of Intent)
 - Regelung für die Zeit der Verhandlungen
 - Vergütung, Nutzung der Arbeitsergebnisse, Rechte
 - Im Urteil nicht thematisiert



Ratenzahlungsvereinbarung als Anerkenntnis

- Vereinbarung von Ratenzahlung durch die Parteien:
 - Leistungen als vertragsgerecht geleistet akzeptiert
 - Anerkenntnis des geltend gemachten Vergütungsanspruchs

Fehlende Dokumentation

- Sachverständiger:
 - Quellcode äußerst knapp kommentiert
 - aber kein erheblicher Mangel
 - Fehlen einer Dokumentation der Systemarchitektur und der Systemkomponenten (sowie des Zusammenspiels der Systemkomponenten) = erheblicher Mangel

Vorvertrag

- Kein Projektvertrag
- Verantwortung der Auftragnehmerin für die vollständige Erbringung des vereinbarten Erfolges nicht vereinbart
- Vergütung nach Vorvertrag (noch) nicht von diesem Erfolg und der Abnahme abhängig
- Vielmehr ausdrückliche Vereinbarung typischerweise:
Vergütung der erbrachten Leistung

Hypothetische Frage: Projektvertrag?

- vorzeitige Beendigung des Projekts nur als Kündigung mit den Rechtsfolgen des § 648 BGB
- Anspruch auf die vollständige Vergütung
- Anrechnung des Ersparten
- ohne Rücksicht auf Teilabnahmefähigkeit der bisherigen Leistungen, durch Abbruch bedingte Unvollständigkeit des Werks nicht als Mangel zu werten



Fristsetzung zur Beseitigung

- § 634 BGB - Frist zur Nacherfüllung
 - Nach Fristablauf Minderung etc.
 - Keine Fristsetzung
 - Keine Minderung geltend gemacht
 - Erstellung der Dokumentation nicht verlangt – wäre zu vergüten gewesen



Interessewegfall

- keine Entbehrlichkeit der Fristsetzung
- Auftraggeberin hatte offenbar mitgeteilt, dass die ihr angebotene Dokumentation "nun, nachdem das Projekt von ihr neu vergeben und neu aufgesetzt wurde, nicht mehr behilflich" sei

Entbehrlichkeit der Fristsetzung

- wegen ernsthafter und dauerhafter Verweigerung einer Mangelbeseitigung erfordert, dass:
 - Erklärung des Schuldners als sein letztes Wort anzusehen ist,
 - von dem er auch durch Androhung einer Klage nicht abgebracht werden kann

Reform des Bauvertragsrechts

- § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB Abnahmefiktion
 - wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber nach Fertigstellung des Werks eine Frist zur Abnahme setzt
 - und dieser nicht unter Angabe zumindest eines Mangels die Abnahme verweigert

Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

- Ende jedes Sprints funktionsfähige und einsetzbare Software
- Möglichkeit des Auftraggebers zur Kündigung zunächst um die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB
- erweitert auf abgrenzbaren Teil der geschuldeten Leistung

Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

- Regelung zusätzlicher Ausstiegsmöglichkeiten, wenn Projekt mit anderem AN fortgesetzt werden kann
 - Open Source Software OSS,
 - Standardsoftware

Rechtsfolgen des § 648 BGB

- Oft nicht angemessen
- Kein fairer Ausgleich der Interessen
- Ausstiegsklausel mit angemessenen Übergangsfristen, wie lange braucht
 - der Auftraggeber für neuen Vertragspartner,
 - der Auftragnehmer für ein neues Projekt



Konkret: Dokumentation o.ä.

- fehlende Dokumentation ist oft besser und kostengünstiger durch den bisherigen Auftragnehmer zu erstellen
- in Anlehnung an § 648a Abs. 2 BGB sollte dem Auftraggeber daher die Möglichkeit Teilkündigung vertraglich eingeräumt werden
- Option, den Auftragnehmer zur Vervollständigung begonnener, abgrenzbarer Teilprojekte zu verpflichten

SCRUM o.ä.

- Festlegung der agilen Methode mit genauer Beschreibung, zum Beispiel agiles Festpreisprojekt:
 1. Annahmen bezüglich Geschäftswert, Umsetzungsrisiko, Aufwand und Kosten
 2. Testphase (Checkpoint-Phase), in der die Umsetzung bereits beginnt
 3. Danach Abgleich der Erkenntnisse

Agiler Festpreis

4. Umsetzung des Gesamtprojektes auf Basis der Checkpointphase
5. Regelung der Bedingungen, unter denen Änderungen stattfinden dürfen
 - Auswirkungen auf Vergütung, Termine,
 - weitere Leistungen
6. Ausstiegspunkte definieren



Weitere Informationen

- Lapp. ITRB 2018, 263

Aktuelle Entwicklungen und Problempunkte im IT-Recht

AUßERGERICHTLICHE KONFLIKTBEILEGUNG UND BESONDERHEITEN DES VERFAHRENSRECHTS

IT-Kanzlei
dr-lapp.de



Einteilung von IT-Streitigkeiten

- Softwareprojekte; Outsourcing-Projekte
- Softwarelizenzen, gewerbliche Schutzrechte
- Support- und Pflegeverträge
- Wettbewerbsrecht



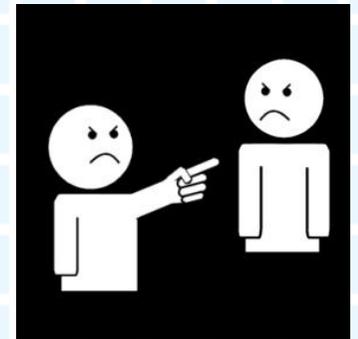
Ursachen für Krisen in IT-Projekten

- Spezifikationsprobleme
- Organisationsprobleme
- Technische Probleme
- Umgebungsprobleme



Mögliche Streitpunkte

- Verzug des Auftragnehmers
- Eingeschränkte/fehlende Funktionalität
- Pflichtenheft/Lastenheft
- Fehlgeschlagene bzw. verweigerte Abnahme



Vermeidung von Konflikten

- Vorsicht mit wolkigen Formulierungen und Absichtserklärungen
- Präambel und Ziele sind nur ergänzend im Vertrag sinnvoll
- klare Sprache und Vermeidung von Unklarheiten und Missverständnissen
- Beispiel Mr. Wolfe – gute Kommunikation



METHODEN DER KONFLIKTBEWÄLTIGUNG

IT-Kanzlei
dr-lapp.de



Methoden der Konfliktbewältigung

- Verhandlung zwischen den Beteiligten
- Schiedsverfahren, Schiedsgutachten, Privatgutachten
- Schlichtungsverfahren, andere außergerichtliche Verfahren
- Mediation
- Ordentliche Gerichte – ggfls. mehrere Instanzen
- Internationales Zivilverfahren (Gerichte)

Ursachen für Streitigkeiten

Ursachen für
Streitigkeiten

Vertragliche und
rechtliche Vorgaben



VERHANDLUNG

IT-Kanzlei
dr-lapp.de



Verhandlung zwischen den Beteiligten

- Bewährtes und nach wie vor beliebtes Mittel
- Verhandlungsphasen, Ablauf der Verhandlung
- Harvard Verhandlungskonzept
- BATNA (Best Alternative to Negotiated Agreement)
- Vier Botschaften einer Nachricht

Goethe: Konfliktbewältigung durch Dritte

Nichts ist bedeutender in jedem Zustande, als die **Dazwischenkunft eines Dritten.**

Ich habe Freunde gesehen, Geschwister, Liebende, Gatten, deren Verhältnis durch den zufälligen oder gewählten Hinzutritt einer neuen Person ganz und gar verändert, deren Lage völlig umgekehrt wurde.

Goethe, Wahlverwandtschaften (1809), 1. Kapitel (Charlotte)

Schiedsverfahren als Konfliktlösung

- Schiedsverfahren §§ 1025-1048 ZPO
- Schiedsvereinbarung § 1029 Abs. 1 ZPO (nicht mehr Schiedsvertrag):
 - Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nicht vertraglicher Art entstanden sind oder künftigen entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.

Schiedsverfahren

- Forderung 3,569 Mio. € wegen Nutzung von Software
- Schiedsklage: unter anderem Zahlung von 10.757.274,90 € für zusätzliche Lizenzgebühren und Schadensersatz
- Softwarevertrag enthält eine Schiedsvereinbarung
- Software wurde gelöscht bis auf zwei Komponenten
- Einwand des Mitverschuldens nicht beachtet
- Schiedsgericht verurteilte zur Zahlung von 2.609.249,97 €



Gebot rechtlichen Gehörs ...

- verpflichtet das Gericht unter anderem dazu, den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und - soweit er eine zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft - in den Gründen zu bescheiden
- BGH, Beschluss v. 07. Juni 2018 – I ZB 70/17 –, Rn. 6

Leerformeln

- ... setzt sich das Gericht mit dem Parteivortrag nicht inhaltlich auseinander, sondern mit Leerformeln über diesen hinweg, ist das nicht anders zu behandeln als ein kommentarloses Übergehen des Vortrags.
- BGH, Beschluss v. 07. Juni 2018 – I ZB 70/17 –, Rn. 6

Pflichtverletzung/Mitverschulden

- Im Softwarevertrag gegen eine Vergütung von 500.000 € die Pflicht übernommen, an der Migration auf ein Nachfolgesystem mitzuwirken und dabei zu unterstützen
- wiederholt gebeten, schriftlich zu bestätigen, dass auch aus ihrer Sicht keine Nutzung der Software mehr stattfindet
- ausgelagerte IT-Abteilung, Zugriff auf die verbliebenen Restkomponenten, eventuell alleine löschbefugt



Aufhebung

- Aufhebungsgrund § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b ZPO-Vollstreckung des Schiedsspruchs würde zu einem Ergebnis führen, das der öffentlichen Ordnung widerspricht.
- Die Nichtgewährung rechtlichen Gehörs durch das Schiedsgericht wird von § 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b ZPO erfasst

BGH: Ersatzlieferung für Kfz mit Softwarefehler

„**△ Kupplungstemperatur** Vorsichtig anhalten und Kupplung abkühlen lassen. Der Vorgang kann bis zu 45 Minuten dauern. Nach Erlöschen der Meldung ist die Weiterfahrt möglich. Die Kupplung ist nicht beschädigt.“

Sachmängel

- Neufahrzeug bei Gefahrübergang schon aufgrund der irreführenden Warnmeldung nicht frei von Sachmängeln.
- Es eignete sich weder für die gewöhnliche Verwendung noch wies es die Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann
- BGH v. 24.10.2018, VIII ZR 66/17, CR 2019, 78-85

MEDIATION

IT-Kanzlei
dr-lapp.de

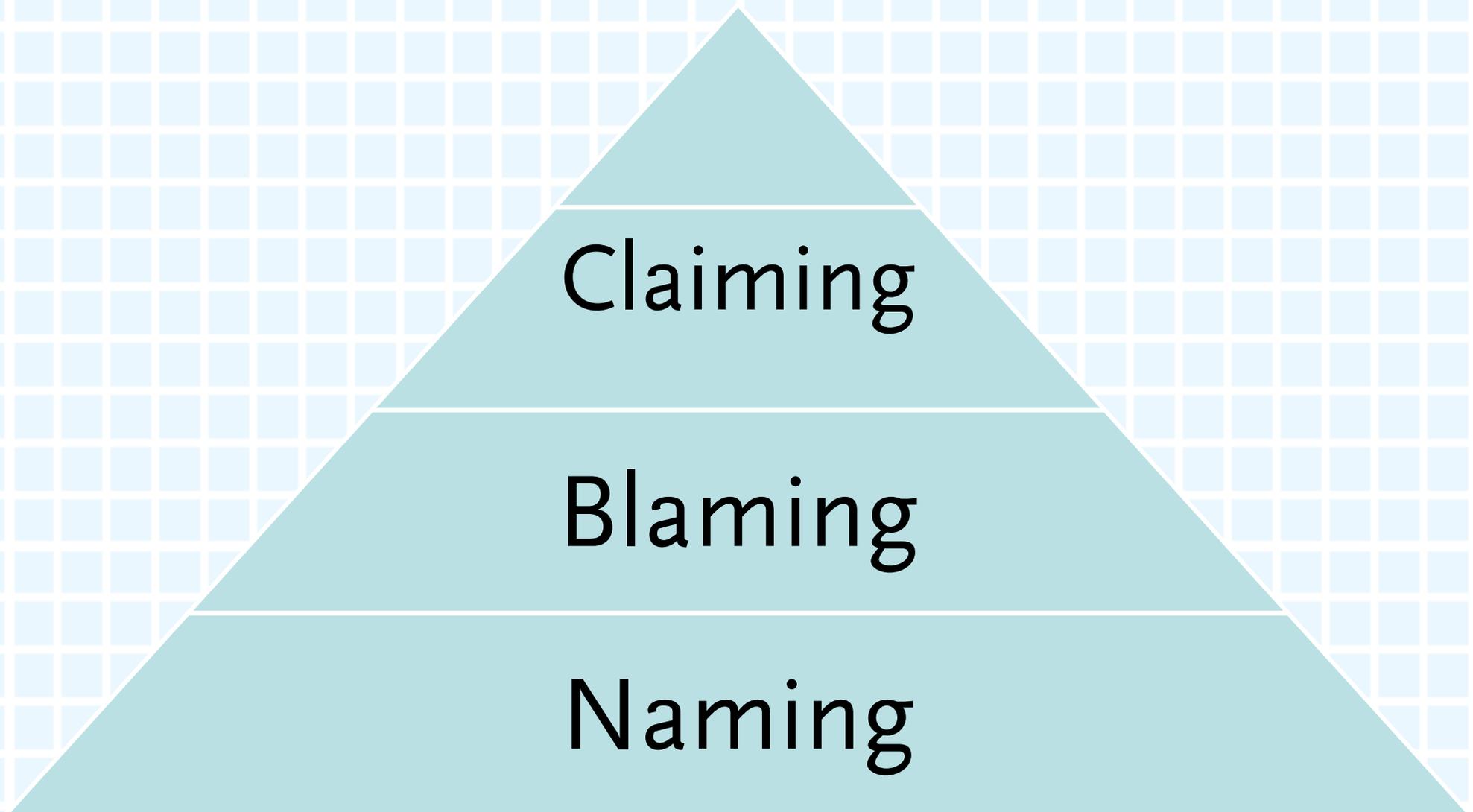


Konfliktlösung bei Goethe

- Götz. Das Gescheitste war, daß ihr euern Zwist so glücklich und fröhlich durch eine Heirat endigt.
- Brautvater. Besser, als ich mir's hätte träumen lassen. In Ruh und Fried mit meinem Nachbar, und eine Tochter wohl versorgt dazu!
- Bräutigam. Und ich im Besitz des strittigen Stücks, und drüber den hübschsten Backfisch im ganzen Dorf. Wollte Gott, Ihr hättet Euch eher drein geben.
- Selbitz. Wie lange habt ihr prozessiert?
- Brautvater. An die acht Jahre. Ich wollte lieber noch einmal so lang das Frieren haben, als von vorn anfangen. Das ist ein Gezerre, Ihr glaubt's nicht, bis man den Perücken ein Urteil vom Herzen reißt; und was hat man darnach?



Mutation von Krisen zu Konflikten



Nutzen der Phasen der Mediation

- Insbesondere in streitigen Auseinandersetzungen sind Menschen von der **Komplexität** der Materie oft überfordert
- Reduktion der Komplexität bessert die Chancen auf eine einvernehmliche Lösung
- Insbesondere wird unterschieden,
 1. worüber man streitet,
 2. warum man streitet und
 3. wie man den Streit lösen könnte.

Grundsätze

- Eigenverantwortlichkeit der Parteien
- Allparteilichkeit des Mediators
- fehlende Entscheidungskompetenz des Mediators
- Vertraulichkeit des Verfahrens
- Informiertheit
- Zukunftsorientierung
- Ergebnisoffenheit



Phasen, Ablauf

1.

- Vorbereitung, Vereinbarung

2.

- Themen (worüber?)

3.

- Interessen/Ziele (warum?)

4.

- Lösungsmöglichkeiten

5.

- Abschlussvereinbarung



Kommunikation in der Mediation

- Kommunikation über den Mediator
- Selbstbild <-> Fremdbild auf beiden Seiten
- Einzelgespräche in der Wirtschaftsmediation
 - Blockaden aufbrechen
 - Versteckte Probleme erkennen
- **Arbeiten am Konflikt** statt vorzeitiger Harmonie

Mediationsgeeignete Fälle

- Komplexe Auseinandersetzung, viele Detailfragen
- Parteien stehen beide unter Zeitdruck
- Parteien können sich gegens. nutzen und schaden
- Keine Partei kann alleine durch Aussitzen Vorteile erlangen

Mediationsgeeignete Fälle

- Beide Parteien sind (jedenfalls grundsätzlich) einigungsbereit
- Eine gemeinsame Zukunft bzw. ein Projektabschluss ist noch möglich
- Auseinandersetzung der Parteien wird im Markt wahrgenommen und beobachtet

Nicht mediationsgeeignete Fälle

- Eine Partei (glaubt), Probleme aussitzen zu können
- Reine Rechtsfragen sind zu entscheiden (?)
- Ziel ist Pilotwirkung für viele andere Verfahren (?)
- Fälle ohne weitere Berührungspunkte
- Fälle reiner Schadensverteilung

Vorteile der Mediation

Vertraulichkeit

Zeitersparnis

Größere
Sachkunde der
Mediatoren

Kosten/Nutzen

Zukunftsrichtung



Nachteile

- Nicht unbedingt abschließend
- Freiwilligkeit ermöglicht jederzeitigen Abbruch
- Unterschiedliche Verhandlungsstärke und Machtungleichgewichte
- Möglicher Missbrauch der Mediation zur Verschleppung



Mediationsklausel

- Widerspruch zwischen verbindlicher Regelung und freiwilligem, offenem Verfahren?
- Gefahr der Unwirksamkeit der Klausel
- Konkrete Festlegung der Pflichten der Parteien, mindestens eine Sitzung konstruktiv zu begleiten
- § 309 Nr. 14 BGB beachten



Mediationsgesetz

§ 253 III Nr. 1 ZPO

Die Klageschrift soll ferner enthalten:

- die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen;

Mediationsgesetz

- ❖ Zertifizierter Mediator, Rechtsverordnung
- ❖ Definition Mediation im Gesetz
- ❖ Tätigkeitsverbote
- ❖ Verschwiegenheitspflichten



Anwälte in der Mediation

- Vertretung der Parteien in Mediationen
- Abweichende Rolle gegenüber Prozessanwalt
- Honorarfrage
- Vorteile für Anwalt und Mandant
- Mandatsbeziehung, Verhältnis zum Mediator

Fälle aus der Praxis

- ❖ Westphale
- ❖ Chaotisches Lager
- ❖ 2nd Generation Outsourcing nach Ausschreibung
- ❖ Mobiltelefone HTC Touch
- ❖ Vergütungsvereinbarung Blockheizkraftwerk

IT-Kanzlei dr-lapp.de GbR

- **Dr. Thomas Lapp**
Rechtsanwalt und Mediator
Fachanwalt für Informationstechnologierecht
- **Corinna Lapp**
Rechtsanwältin und Mediatorin
Fachanwältin für Informationstechnologierecht

Berkersheimer Bahnstraße 5, 60435 Frankfurt
Tel.: 069/9540 8865 anwalt@dr-lapp.de