

CR

COMPUTER UND RECHT

Heft 8

15. August 2007
S. 481–548
PVSt 9892

Zeitschrift
für die Praxis
des Rechts
der Informations-
technologien

Mit
CRi 4/2007
und Klausur FA
IT-Recht

Herausgeber:

RA Dr. Thomas Graefe Reg. Dir. Dr. Eugen Ehmann

Computerrecht

Christian Frank/Nicolai Wiegand – Der Besichtigungsanspruch im Urheberrecht der Legeferenda 481

OLG Hamburg – Urheberpersönlichkeitsrechtlicher Auskunftsanspruch – Betriebsrats-Check 487

Telekommunikationsrecht

Volker A. Schumacher/Thorsten Sörup – Diskriminierung von Mobilfunk-Resellern durch verspätete Vorleistungsangebote 490

BVerfG – Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung m. Anm. *Geis* 496

LG Koblenz – Vergütungsansprüche des Verbindungsnetzbetreibers für Mehrwertdienstnutzung 513

Medienrecht

Ulrich Fülber – Web 2.0 – Haftungsprivilegierungen bei MySpace und YouTube 515

BGH – Internet-Versicherung 521

BGH – Internet-Versteigerung II m. Anm. *Rössel* 523

BGH – Widerrufsbelehrung nicht nur über Pflichten des Verbrauchers 529

OLG Hamm – Zulässigkeit eines Spamfilters für Suchmaschinen m. Anm. *Ernst* 530

Report

Thomas Giesen – Datenverarbeitung im Auftrag in Drittstaaten – eine misslungene Gesetzgebung 543

CR aktuell

ojs
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

verabschiedet, der u.a. computergenerierte Kinderpornographie unter Strafe stellt. Die Betreibergesellschaft des Spiels *Linden Lab* reagierte auf die Veröffentlichungen mit der Ankündigung, verdächtige Nutzer zu sperren und mit Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren. Zudem planen die Betreiber die Einführung eines Altersverifikationssystems, über das der Zugang zu bestimmten Bereichen der virtuellen Welt geregelt werden soll.

Quellen: <http://www.swr.de/report/-/id=233454/nid=233454/did=2060062/1h0wega/index.html>; <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>; <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:S.151>. **BV**

Report

Europäisches Parlament: Verbrauchervertrauen im digitalen Umfeld stärken

Am 21.6.2007 hat das *Europäische Parlament* eine Entschließung zur Förderung des Vertrauens der Verbraucher in das digitale Umfeld (2006/2048(INI)) angenommen, in welcher sie die *Europäische Kommission* auffordert, die allgemeinen Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr zu stärken. So könne insbesondere die Einführung fakultativer standardisierter Verträge und freiwilliger standardisierter allgemeiner Geschäftsbedingungen den grenzüberschreitenden elektroni-

schen Geschäftsverkehr unterstützen, da üblicherweise weder Verbraucher noch Unternehmer Rechtsexperten seien. Darüber hinaus wird die *Kommission* aufgefordert, die Möglichkeiten zur Einführung eines „Europäischen Vertrauenssiegels für den elektronischen Geschäftsverkehr“ zu prüfen, um auf diesem Wege die Sicherheit im grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr zu erhöhen. Ein solches Siegel solle jedoch nach Auffassung des *Europäischen Parlaments* dem Selbstregulierungsprinzip unterfallen und nicht von einer offiziellen Stelle vergeben werden. Vielmehr soll nach Auffassung der Parlamentarier eine Nutzung des Siegels bereits dann statthaft sein, wenn der Verwender eindeutig nachweisen kann, dass die erforderlichen Informationen zeitgerecht bereit gestellt werden, die empfohlenen Verträge verwendet, Beschwerden umgehend bearbeitet, alternative Streitbeilegungsverfahren angewandt und andere europäische Normen eingehalten werden.

Auch solle die *Kommission* nach einer vorherigen Konsultation von Verbraucherorganisationen eine europäische Charta der Nutzerrechte vorlegen, welche neben den Rechten der Nutzer an digitalen Inhalten auch die Rechte besonders schutzbedürftiger Nutzer (z.B. besserer Zugang behinderter Menschen zum Internet) und das Nutzer-

recht auf grundlegende Interoperabilitätsstandards festlegt: So ermögliche das Online-Umfeld und die digitale Technologie die Schaffung eines breiten Spektrums an neuen Produkten und Dienstleistungen, von welchen die Verbraucher nur profitieren könnten, sofern sie klare Informationen über die Rechtslage im Zusammenhang mit dem Umgang mit digitalen Inhalten, der Verwaltung digitaler Rechte und technologischen Schutzmaßnahmen erhalten. Die Entschließung basiert auf einem Entwurf des *Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz* vom 12.3.2007, welcher weitgehend unverändert angenommen worden ist.

Zuvor hatte der Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz *Horst Seehofer* im Rahmen der Veranstaltung „Herausforderungen und Chancen in einer digitalen Welt: Beiträge der Verbraucherpolitik“ eine Verbrauchercharta unter dem Titel „Verbrauchersouveränität in der digitalen Welt“ vorgestellt (vgl. CR 2007, R54), welche jedoch nicht vollumfänglich in die Entschließung übernommen worden ist.

Quelle: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20070621+ITEMS+DOC+XML+VO//DE&language=DE#sdocta11>; http://www.futureofeuropa.parliament.gv.at/meetdocs/2004_2009/documents/am/662/662593/662593de.pdf; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-386.317+02+DOC+WORD+VO//DE&language=DE>. **JH**

Tagungsberichte

DGRI: Spamming und § 6 TMG

Der Kampf gegen E-Mail-Spamming stand im Fokus der Fachausschusssitzung Wirtschaft- und Steuerrecht der *Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik DGRI e.V.*, die am 16.5.2007 im Hörsaalzentrum SHZ I der FOM Fachhochschule für Ökonomie und Management in Essen stattfand. „Solange 98% des Spamming aus dem Ausland stammen“, prophezeit Prof. Dr. *Jens M. Schmittmann*, Dekan des Fachbereichs Wirtschaftsrecht und Rechtsanwaltschaft in Essen, „wird die Bußgeldvorschrift aus § 16 TMG ein zahnlöser Tiger bleiben.“

Der kommerzielle Charakter einer Nachricht dürfe weder verschleiert noch verheimlicht werden, § 6 Abs. 2 TMG 2007. Darüber hinaus müssen kommerzielle Kommunikationen gem. § 6 Abs. 1 TMG 2007 klar als solche erkennbar sein. Prof. Dr. *Schmittmann* zeichnete zunächst die Grundlinien der europäischen E-Commerce-Richtlinie und der Datenschutzrichtlinie nach und verwies dann auf die bisherige Rechtsprechung zum deutschen Wettbewerbsrecht. Nunmehr soll Spamming nicht nur wettbewerbsrechtlich, sondern auch als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden können. Dafür wird in Nordrhein-Westfalen zentral die *Bezirksregierung Düsseldorf* zuständig sein. Eine effektive Strafverfolgung ist gleichwohl nicht zu erwarten,

da die Täter im Ausland sitzen und bei Spamming Rechtshilfe mit dem Ausland faktisch nicht stattfindet. Die Teilnehmer forderten daher, der Gesetzgeber möge wirksame Regelungen treffen, die es beispielsweise ermöglichen, bereits beim ersten inländischen Server eine Filterung von offensichtlichen Spam-Mails umzusetzen.

Dr. Bernd Lorenz, Essen.

Grenzüberschreitender Software-Vertrieb

Während die Implementierung von Software dank einheitlicher Datenformate und eines Oligopols für Betriebssysteme einfacher wird, nimmt die Zahl

der möglichen Vertriebskanäle ständig zu. Vorbei sind die Zeiten, da Programme ausschließlich durch Versand von Datenträgern verbreitet wurden. Anbieter wie Kunden können inzwischen aus einer Fülle von Vertriebsstechniken wählen, darunter direkter und mittelbarer Bezug, Pull- und Push-Techniken, Datenträger und Download, Application Service Providing, Pay-per-Use, Neu- und Gebrauchthandel, Kauf und Miete.

Vergleichbare Absatzformen werden dabei keineswegs auch rechtlich gleichbehandelt. Fallstricke tun sich für Hersteller vor allem bei *Software-Produkten in der grenzüberschreitenden Vertriebskette* auf, weshalb sich die *Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.* auf ihrem diesjährigen Drei-Länder-Treffen vom 14.–16.6.2007 in den Räumen der Universität Heidelberg ganz diesem Thema widmete.

1. Wahl des Vertriebswegs als rechtliche Weichenstellung

Marc Strittmatter (IBM) unterstrich im einführenden Vortrag die Bedeutung des Vertriebswegs für die Möglichkeit, Preise und AGB auf der Ebene des Endkunden zu bestimmen. Die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Verbreitungsform hängt zudem von der Produktpolitik ab, z.B. wenn kurze Innovationszyklen einen Direktvertrieb erfordern. Trotzdem orientiert sich die Entscheidung für einen bestimmten Absatzkanal nicht immer an der wirtschaftlichsten Lösung, sondern an den rechtlichen Rahmenbedingungen. Wie auch das Referat von *Gerald Steiner* (Andréewitch & Simon, Wien) zum österreichischen Recht zeigte, kommt die Rechtsprechung gerade bei so wichtigen Fragen wie der Erschöpfung des Verbreitungsrechts trotz vergleichbarer Sachverhalte zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Insofern fehlt es noch an einem rechtlichen Gesamtkonzept.

Robert G. Briner (CMS von Erlach Henrici, Zürich) zufolge können sich viele Software-Hersteller den Fragen des grenzüberschreitenden Vertriebs schon deshalb nicht entziehen, weil ihre Endkunden weltweit tätig sind und sich die Fokussierung auf nationale Märkte in vielen Bereichen wirtschaftlich nicht mehr rechnet. Wenn aber oh-

nehin schon verschiedene Rechtsordnungen zu beachten sind, dann liegt es nahe, auch die steuerlichen Unterschiede nutzbar zu machen. In der Schweiz eignet sich bspw. die Aufspaltung von Lizenz und Wartung dazu, von der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung von Standard-Software und der Einräumung von Nutzungsrechten zu profitieren.

Bei der Vertragsgestaltung ist ein Augenmerk stets auf Kollisionsrecht zu richten. UN-Kaufrecht ist – jedenfalls beim Vertrieb von Standardsoftware mit oder ohne Anpassung – nach den Erfahrungen von *Thomas Pfeiffer* (Univ. Heidelberg) meist anwendbar und scheidet nur dann aus, wenn Individualleistungen überwiegen. Eine elektronische Rechtswahl ist prinzipiell möglich. Formularmäßige Rechtswahlklauseln dagegen werden nach Ansicht von *Pfeiffer* in aller Regel als überraschend i.S.v. § 305c BGB zu werten sein.

2. Steuerliche Implikationen

Abgabenrechtlich liegen die wohl größten Chancen und Risiken in der Verlagerung von Urheberrechten. Verlockend wirkt die Aussicht auf eine Ermäßigung der Umsatzsteuer bei passender Gestaltung der Lizenzverträge. Hinreichend ist in Deutschland bspw. die Einräumung des Rechts zur Veränderung und Weiterentwicklung der Software.

Wie *Jan Ole Luuk* (ww&p, Zürich) herausstellte, drohen im Gegenzug die umsatzsteuerliche Organschaft und vor allem die Gefahr der steuerlichen Realisierung des Wertes von IP-Rechten anlässlich deren Verlagerung über die Grenze. Die Realisierung kann größtenteils dadurch umgangen werden, dass die Urheberrechte frühzeitig in die spätere Lizenzgeberin eingebracht werden. Denn in diesem Falle darf sich der Wert an den bis dahin angefallenen Kosten orientieren und muss nicht den – bei Blockbustern um ein Vielfaches höheren – späteren Marktwert berücksichtigen.

Die Entwicklung in Richtung eines immateriellen Software-Vertriebs konterkariert nach Ansicht von *Hans Werdich* (FH Erfurt) den Ansatz des Gesetzes, die Steuerpflicht an physische Vorgänge zu koppeln. Ein Server taugt bspw.

nur dann als Betriebsstätte, wenn der Steuerpflichtige Verfügungsmacht über das Gerät hat. Bei Web-Hosting etwa ist dies nicht der Fall. Auch die unterschiedliche Behandlung von Online- und Offline-Vertrieb ist aus unternehmerischer Sicht nur eingeschränkt nachvollziehbar.

Steuerlich weniger relevant ist die Frage, ob eine Unterlizenz vergeben oder ein End User License Agreement (EULA) direkt mit dem Inhaber des Urheberrechts vereinbart wird. Gleiches gilt für die Entscheidung zwischen Kauf und Miete, wobei hier allerdings die Problematik der Verrechnungspreise beachtet werden muss. Nach den Beobachtungen von *Werdich* lässt der Fiskus bei einer reinen Vertriebstätigkeit keine hohen Gewinnmargen im Ausland zu. Zudem wird die Auslagerung von IP-Rechten in Gesellschaften in Niedrigsteuerrändern nur bei einem Minimum an personeller, sachlicher und infrastruktureller Ausstattung anerkannt („ein Mitarbeiter, ein Büro, ein Telefon“).

3. Alternativen zum Software-Kauf

Jenseits des klassischen Kauf-Modells bieten sich *Michael Bartsch* (Bartsch & Partner, Karlsruhe) zufolge zahlreiche interessante Optionen des Software-Vertriebs. Mit Pay-per-Use und Application Service Providing stehen Modelle zur Verfügung, bei denen sich die Vergütung, die Geheimhaltung von Programm-Codes und andere Fragen passgenau auf die Bedürfnisse von Kunden und Herstellern zuschneiden lassen.

In jüngster Zeit zugenommen hat auch der Handel mit Gebrauchts-Software, der zu einem Markt mit enormem Potential heranreifen könnte. Hier beschäftigt vor allem die Frage, ob die – mit erheblichen Rabatten gewährten – Paketlizenzen von ihren Erwerbern aufgeschnürt und einzelne Lizenzen herausverkauft werden können. Befürworter sehen ein solches Vorgehen als vom Erschöpfungsgrundsatz gedeckt an. *Bartsch* und andere argumentieren hingegen, bei dem Erwerb einer Mehrfachlizenz handele es sich nicht um den Kauf von z.B. hundert Lizenzen, sondern um den Erwerb von *einer* Lizenz zur hundertfachen Nutzung.

4. Der Vertrieb von Daten

Mit dem Handel von Daten eröffnet sich ein weiteres Problemfeld. Dieser nach Ansicht von *Anselm Brandi-Dohrn* (Stv. Vorsitzender der DGRI, von Boetticher Hasse Lohmann, Berlin) noch völlig unzureichend beleuchtete Raum birgt gänzlich andere Fallstricke als der Software-Vertrieb und erfordert daher spezifische Lösungen.

Schwierigkeiten ergeben sich nach Meinung von *Peter Burgstaller* (Lawfirm, Linz) insbesondere bei der Schutzfähigkeit von Datenbanken, bei der im grenzüberschreitenden Vergleich noch keine vollständige Harmonisierung er-

zielt wurde. Eine Besonderheit beim Vertrieb von Daten liegt auch in der Schutzbedürftigkeit Dritter, die außerhalb der Vertriebskette stehen; deren Interessen sollen durch Datenschutzvorschriften sichergestellt werden. So erläuterte *Astrid Breinlinger* (Freiburg) anhand aktueller Fälle das Missbrauchs- und Diskriminierungspotential einer Vermengung von Daten, Statistiken und Schätzungen. Bei Daten aus öffentlichen Quellen (z.B. Kataster-, Wetter- oder Handelsregisterdaten) ist zudem in allen drei Ländern eine Flut von gesetzlichen Regelungen entstanden, die den Vertrieb, Haftungs- und kartellrechtliche Fragen beeinflussen.

Strukturpolitisch traut *Patrik Häberlin* (Basel) dem grenzüberschreitenden Datenverkehr noch viel zu. Er skizzierte, wie sich ein klassischer Vertriebskanal durch IT-Vernetzung aller Beteiligten zum virtuellen Unternehmen mausert. So gesehen hat der grenzüberschreitende Software-Vertrieb eine kaum zu unterschätzende Bedeutung als entscheidender Schritt auf dem Weg vom klassischen Software-Produkt hin zum Verschmelzen der IT mit dem gesamten Unternehmensprozess.

Dr. Martin Heckelmann, LL.M. (Cornell), von Boetticher Hasse Lohmann, Berlin.

Buchbesprechungen

Ingo Westermann

Handbuch Know-how-Schutz

München (C.H. Beck) 2007, 271 Seiten, 88 €.

Westermann gibt in dem Handbuch, das sich an Praktiker richtet und nach dem Vorwort die Rechtsanwendung in den Mittelpunkt stellt, einen Überblick über den nationalen Know-how-Schutz und – in jeweils kurzen Abschnitten – Hinweise zum internationalen Know-how-Schutz in verschiedenen Ländern. Der redaktionelle Beitrag füllt die ersten ca. 180 Seiten, davon entfallen 134 Seiten auf den deutschen und 44 Seiten auf den internationalen Know-how-Schutz; es folgen ca. 80 Seiten Abdruck der wesentlichen mit dem Know-how-Schutz in Zusammenhang stehenden Vorschriften des deutschen Rechts. Letztere sind sicherlich auch allgemein bzw. anderweit verfügbar, es ist aber eine gute Hilfe, die relevanten Vorschriften unmittelbar beisammen zu haben – mögen sich diese auch gelegentlich ändern. Angesichts des Anhangs erscheint es allerdings unnötig, an verschiedenen Stellen relevante Vorschriften zusätzlich in den Fußnoten auszugsweise zu zitieren.

Im 1. Kapitel geht der Autor auf die Definition des Begriffes „Know-how“ ein, untergliedert diesen in die vier bedeut-

samen Merkmale „Nichtoffenkundigkeit“, „Unternehmensbezug“, „Nichtoffenbarungsinteresse“ und „Nichtoffenbarungswille“ und stellt diese Merkmale im Einzelnen anschaulich und unter Aufzeigen der hierzu ergangenen Rechtsprechung (in Fußnoten) vor. Ferner enthält das Kapitel einen Überblick über die Möglichkeiten des Know-how-Schutzes und die Folgen einer Verletzung im Hinblick darauf, ob das Know-how bei einer Verletzung seinen Know-how-Charakter behält oder nicht.

Sodann wird im 2. Kapitel das Verhältnis des Know-how-Schutzes zu den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht beschrieben. Des Autors Prämisse ist dabei, kurz gefasst, dass mit Schaffung des nicht allgemein zugänglichen technischen/betrieblichen Wissens Know-how entsteht und Schutzrechte dieses Know-how „ablösen“ können und auch ablösen sollten, wo das sinnvoll ist. Dazu geht der Autor sehr kurz auf Voraussetzungen und Wirkung der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts ein; wer sich hierzu umfassend informieren möchte, wird zu entsprechenden Kommentierungen der Gesetze greifen müssen. Eine Schutzablösung wird, da kann man nicht widersprechen, als sinnvoll angesehen, wenn gewerbliche Schutzrechte einen Mehrwert bieten oder know-how-geschützte Informationen durch die Vermarktung offenkundig werden. Im Vordergrund steht in diesem Kapitel die unter Patentrechtlern allgemein bekannte Abwägung zwi-

schen Beibehaltung des bloßen Know-how-Schutzes und Ablösung durch Patent- bzw. Gebrauchsmusterschutz.

Das sehr kurze 3. Kapitel befasst sich mit vorbeugendem Know-how-Schutz (4 Seiten) und der Bewertung von Know-how (1 Seite), man sollte hier nicht zu viel erwarten. Der Autor stellt Möglichkeiten vor, betriebliches Know-how zu identifizieren, klassifizieren und zu überwachen, um Know-how vorbeugend zu schützen. Er beschreibt, wie der Umgang mit Know-how gehandhabt werden kann und zählt einige Schutzmechanismen auf; diese hätten im Hinblick auf die vom Autor vorgestellte Zielgruppe näher vorgestellt und detaillierter beschrieben werden können.

Wie das Know-how durch gesetzliche Vorgaben oder vertragliche Absprachen geschützt ist bzw. werden kann, stellt der Autor gut strukturiert und übersichtlich in den Kapiteln 4 und 5 auf den Seiten 50–103 vor. Dabei erläutert er im Wesentlichen die Vorschriften des UWG und nennt umfassend die weiteren Regelungen betreffend Vertraulichkeitspflichten und Wettbewerbsverbote. Anschließend geht der Autor auf den vertraglichen Know-how-Schutz ein, untergliedert diesen in allgemeine Vertraulichkeitspflichten, besonders geregelte Vertraulichkeitspflichten und die Vertraulichkeitsvereinbarungen. Auch die Besonderheiten bei Handelsvertretern, Gesellschaftern, Organen oder Geschäftspartnern finden Beachtung. In einem „Handbuch“, das sich an die