

IT-Recht

Herausgeber: Prof. Dr. Dirk Heckmann, Universität Passau
Dr. Peter Bräutigam, RA, München

www.AnwaltZertifikat.de

Erscheinungsdatum:
30.04.2010

Erscheinungsweise:
vierzehntäglich

Bezugspreis:
8,- € monatlich
zzgl. MwSt.
(6,- € für DAV-Mitglieder)
inkl. Online-Archiv und
Prüfungsgebühr

8/2010

Inhaltsübersicht:

AUFSÄTZE

Anm. 1

Editorial

von Prof. Dr. Dirk Heckmann

Anm. 2

BDSG-Novelle-II: Neue Regeln zum Scoring und zu Auskunftfeien

von Dr. Matthias Wenn, RA, Anwaltskanzlei Dr. Matthias Wenn, Stuttgart

Anm. 3

Höchststrichterliche Rechtsprechung zu Preissuchmaschinen und dem Leitbild des Internetnutzers

von Focke Höhne, Akademischer Rat auf Zeit, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Prof. Dr. Heckmann, Universität Passau

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Anm. 4

Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Klagen gegen Internetveröffentlichungen der New York Times

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 02.03.2010, VI ZR 23/09
von Thorsten Feldmann, LL.M., RA und FA für Urheber- und Medienrecht, JBB Rechtsanwälte

Anm. 5

Anforderungen an Belehrungspflichten über Rückgaberecht bei über Internethandelsplattform eBay abgeschlossenen Kaufverträgen

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.12.2009, VIII ZR 219/08
von Julian Höppner, LL.M., RA, JBB Rechtsanwälte

Anm. 6

Verträge über IT-Projekte als Werkverträge

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23.07.2009, VII ZR 151/08
von Dr. Thomas Lapp, RA und Mediator, IT-Kanzlei dr-lapp.de

Zitiervorschlag: AnwZert ITR 8/2010, Anm. 1, Heckmann
ISSN 1865-5289

AUFSÄTZE

1

Editorial

von Prof. Dr. Dirk Heckmann

Die Liste der Verbunddateien, die auf § 8 BKAG gestützt werden, ist lang. Sie reicht von „Gewalttäter Links“ und „Gewalttäter Rechts“ über den „Kriminalaktennachweis“ bis hin zur „Sachfahndung“. Die wohl bekannteste ist jedoch die „Gewalttäter Sport“-Datei. Im Juni 2009 waren in ihr über 11.200 Personen gespeichert, die sich in und um Sportstätten oder „sportrelevant“ verdächtig gemacht haben. Gut ein halbes Jahr zuvor waren es noch rund 10.700 Betroffene (bei weit über 13.000 Datensätzen). Ein Grund für den Zuwachs: In vielen Fällen werden die Daten trotz Antrags des Betroffenen nicht vor Ablauf der grundsätzlichen fünfjährigen Speicherfrist gelöscht. Das gilt selbst dann, wenn die Betroffenen „nur“ wegen Nötigung oder Beleidigung, wegen eines Platzverweises oder einer Feststellung der Personalien in die Datei aufgenommen wurden. Und es kann selbst dann gelten, wenn das Ermittlungsverfahren eingestellt wurde. Das VG Karlsruhe trat dem nun entgegen und gab einem Antrag auf Löschung aus der „Gewalttäter Sport“-Datei statt¹: Es fehle an einer ausreichenden Rechtsverordnung für die bundesweite Datei.

Damit bewegen sich die Karlsruher Verwaltungsrichter auf einer Linie mit dem Niedersächsischen OVG². Auch dieses leitete aus § 7 Abs. 6 BKAG sowie der Systematik des BKAG das Erfordernis einer Rechtsgrundlage ab. Dort müsse Näheres zur Art der speicherbaren Daten geregelt werden. § 34 BKAG sei keine ausreichende Rechtsgrundlage, die einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen könne. Schließlich handle es sich dabei nur um eine Einzelfallregelung einer Bundesbehörde und gerade nicht um ein materielles Gesetz³. Die Datenspeicherung sei daher rechtswidrig. Löschanträgen sei stattzugeben. Vor allem aber setzt das VG Karlsruhe ein eindeutiges Signal. Denn noch in diesem Jahr steht die Entscheidung des BVerwG über die „Gewalttäter Sport“-Datei an, wurde doch gegen die Entscheidung des Niedersächsischen OVG die Revision zugelassen⁴. Und auch die Bundesregierung

nahm das Urteil des Niedersächsischen OVG zum Anlass, die Erforderlichkeit einer Rechtsverordnung zu prüfen. Da § 7 Abs. 6 BKAG dabei nicht nach den einzelnen Verbunddateien differenziert, kommt der Prüfung durch Judikative und Exekutive weit reichende Bedeutung zu: Ob eine Rechtsverordnung für die Errichtung von Verbunddateien konstitutiv ist, kann nur einheitlich für sämtliche Dateien beantwortet werden⁵.

Klarheit in Sachen Zulässigkeit von Datenspeicherung und -verwendung brachte demgegenüber die jüngste Novelle des BDSG. Am 01.04.2010 traten die datenschutzrechtlichen Neuregelungen zu Auskunftfeien und Scoring in Kraft. Für die Praxis, insbesondere die der Kreditvergabe, das Wichtigste vorweg: Scoring bleibt in weitem Umfang möglich. Wie bisher richtet sich die rechtliche Zulässigkeit des internen Scoring nach § 28 BDSG, die des externen Scoring nach § 29 BDSG. Auch werden nicht a priori bestimmte Daten von der Erhebung ausgeschlossen. Eine nennenswerte Verbesserung aus Sicht der Betroffenen stellt hingegen der Auskunftsanspruch nach § 34 Abs. 2 BDSG dar. Einen umfassenden Überblick über die Neuerungen gibt RA Dr. Matthias Wenn (Aufsatz 2).

Besonders wichtig ist die Sicht des Betroffenen im Verbraucherschutzrecht. Was kann von einem durchschnittlich informierten Verbraucher erwartet werden? Oder um es internetspezifisch auszudrücken: Welche Maßstäbe kann man an den durchschnittlichen Internetnutzer anlegen? In zwei Entscheidungen hat der BGH diese in Bezug auf die Preisangabenverordnung konkretisiert. Anhand der Anforderungen, die an Preiswahrheit und Preisklarheit zu stellen sind, erklären die obersten Zivilrichter, dass der durchschnittlich informierte Internetnutzer trotz Kenntnis der Besonderheiten und technischen Grenzen des Internet Aktualität erwarten darf. Was das für die Anbieter von Preisvergleichsportalen in rechtlicher wie praktischer Hinsicht bedeutet, erläutert Focke Höhne (Aufsatz 3).

Damit verbleibt mir, Ihnen eine aufschlussreiche, mehr als nur durchschnittlich informierende Lektüre zu wünschen.

¹ VG Karlsruhe, Urt. v. 14.04.2010 - 3 K 1988/09 u.a.

² OVG Niedersachsen, Urt. v. 16.12.2008 - 11 LC 229/08.

³ Für Nachweise zu früheren anderslautenden Urteilen vgl. Heckmann, jurisPR-ITR 5/2009, Anm. 1.

⁴ BVerwG 6 C 5.09.

⁵ So auch BT-Drs. 16/13563.

2

BDSG-Novelle-II: Neue Regeln zum Scoring und zu Auskunfteien

von Dr. Matthias Wenn, RA, Anwaltskanzlei Dr. Matthias Wenn, Stuttgart

A. Einleitung

Am 01.04.2010 sind die datenschutzrechtlichen Neuregelungen zu Auskunfteien (wie z.B. der SCHUFA) und zum so genannten Scoring, insbesondere §§ 28a, 28b, 34 BDSG, in Kraft getreten. „Scoring“ bezeichnet ein mathematisch-statistisches Verfahren, das dazu dienen soll, das künftige Verhalten einer natürlichen Person zu prognostizieren. Im Rahmen dieses Verfahrens werden bestimmte Daten des Betroffenen (z.B. Geschlecht, Beruf, Alter, Adresse, Häufigkeit von Wohnortwechseln) genutzt, um – unter Heranziehung anonymer „Altdaten“ – eine Vergleichsgruppe zu bilden, für die sich dann aufgrund der bislang gesammelten Erfahrungen das Risiko bestimmen lässt, dass Forderungen aus Verträgen, die mit Mitgliedern dieser Gruppe geschlossen werden, ausfallen. Seinen mathematischen Ausdruck findet das auf diese Weise ermittelte Ausfallrisiko in einem Wahrscheinlichkeitswert („Scorewert“). Scorewerte werden stets aktuell berechnet.

Der derzeit wichtigste Anwendungsfall ist das Kreditscoring, das Kreditinstitute und Kreditversicherer zu einer Objektivierung ihrer Entscheidungen über die Vergabe oder Versicherung von Krediten nutzen. Aber auch Versandhändler greifen auf Scoringssysteme zurück, z.B. um zu entscheiden, ob Kunden Waren auf Rechnung oder nur gegen Vorkasse erhalten können. Scorewer-

ten kommt daher eine erhebliche Bedeutung für die Betroffenen zu.

Entwickelt wurde das Scoring in den USA. Nachdem die SCHUFA 1996 den „Auskunft-Scoring-Service“ eingeführt hatte, rückte das Scoring nach und nach in den Blickpunkt auch der deutschen Öffentlichkeit und juristischen Fachliteratur¹. Nach Veröffentlichung des – überaus kritischen – Abschlussberichts des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz in Schleswig-Holstein über sein Forschungsprojekt „Scoringssysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern“ im Jahr 2005 sah sich die Politik veranlasst, sich des Scorings anzunehmen. Erste Beratungen fanden im Jahr 2007 statt, doch scheiterte ein erster Regelungsentwurf an der massiven Kritik aller Betroffenen.²

Nach den Beiträgen zu § 28a BDSG³ und zum Auskunftsrecht des Betroffenen nach § 34 Abs. 1 BDSG⁴ sollen im Folgenden die neuen Regelungen zum Scoring, insbesondere § 28b BDSG, näher beleuchtet werden.

B. Die Rechtslage

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

§ 28b BDSG knüpft die Zulässigkeit der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten für Scoringverfahren an folgende Voraussetzungen:

- Das eingesetzte mathematisch-statistische Verfahren muss wissenschaftlich anerkannt sein (§ 28b Nr. 1 BDSG).
- Die im Rahmen dieses Verfahrens genutzten Daten müssen nachweislich für die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswertes erheblich sein (§ 28b Nr. 1 BDSG).
- Das Scoring darf nur zum Zwecke der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses eingesetzt werden.
- Auch Anschriftendaten dürfen für das Scoring erhoben und verwendet werden, allerdings darf sich das Scoring nicht ausschließlich auf Anschriftendaten stützen (§ 28b Nr. 3 BDSG) und ist der Betroffene vor einer entsprechenden Verwendung seiner Anschriftendaten zu unterrichten (§ 28b Nr. 4 BDSG).

§ 28b BDSG regelt sowohl das interne Scoring (durch die über die Begründung, Durchführung oder Beendigung entscheidende verantwortliche Stelle) als auch das externe Scoring (durch beauftragte Auskunftsteile). Dementsprechend knüpft es die Zulässigkeit der Datenverarbeitung im Fall des internen Scoring an die Voraussetzungen des § 28 BDSG und im Fall des externen Scoring an die Voraussetzungen des § 29 BDSG (§ 28b Nr. 2 BDSG).

Ergänzt wird die Regelung des § 28b BDSG zum einen durch das Auskunftsrecht des Betroffenen gemäß § 34 Abs. 2 BDSG, aufgrund dessen der Betroffene z.B. Auskunft darüber verlangen kann, welche Datenarten für die Berechnung seines Scorewerts herangezogen wurden. Das Auskunftsrecht besteht – auch in Fällen des externen Scoring – grundsätzlich gegenüber der „für die Entscheidung“ (über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses) verantwortlichen Stelle. Die für die Berechnung des Scorewerts im Falle des externen Scoring verantwortliche Stelle hat die Schuldnerin des Auskunftsanspruchs zu unterstützen (§ 34 Abs. 2 Satz 3 BDSG) oder die Auskünfte dem Betroffenen unentgeltlich selbst zu erteilen, sollte die für die Entscheidung verantwortliche Stelle den Betroffenen an sie weiterverwiesen haben (§ 34 Abs. 2 Satz 4, 5 BDSG).

In einen Zusammenhang mit dem Scoring ist zum anderen auch die Ergänzung der Regelung zu automatisierten Einzelfallentscheidungen, die Einfügung von Satz 2 in § 6a Abs. 1 BDSG, zu sehen.

II. Rechtliche Würdigung

Bereits unter der bisherigen Rechtslage erkannte die h.M. an, dass Scoringverfahren automatisierte Verfahren i.S.v. § 6a BDSG darstellen.⁵ Dementsprechend war und ist es auch weiterhin verboten, den errechneten Scorewert einer für den Betroffenen nachteiligen Entscheidung zugrunde zu legen, wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat. Die Ergänzung von § 6a Abs. 1 BDSG um Satz 2 dient insoweit lediglich der Klarstellung.

Die Zulässigkeit des internen Scoring bestimmt sich – wie bislang – nach § 28 BDSG und die des externen Scoring nach § 29 BDSG; insoweit

ergeben sich aus § 28b BDSG keine Änderungen zur bisherigen Rechtslage.

Umstritten war allerdings, ob der Scorewert ein personenbezogenes Datum i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG darstellt⁶ und ob die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zum Zwecke des Scoring im Rahmen der nach §§ 28, 29 BDSG vorzunehmenden Interessenabwägungen zu rechtfertigen ist.⁷ Gegen die Möglichkeit einer solchen Rechtfertigung wandten verschiedene Autoren ein, dass angesichts der mangelnden Transparenz der eingesetzten Verfahren sowie der Nutzung auch ungeeigneter oder nur bedingt geeigneter Daten (wie z.B. Adressdaten) schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer Nutzung ihrer Daten für das Scoring entgegenstünden. Als problematisch erachteten die Kritiker des Scoring zudem die mangelnde Möglichkeit der Betroffenen, Auskunft über die in ihrem Fall genutzten Daten sowie das angewandte Verfahren zu verlangen.⁸

Diesen letztgenannten Streitpunkt der mangelnden Transparenz hat der Gesetzgeber offensichtlich dadurch zu entschärfen versucht, dass er zum einen in § 28b Nr. 1 BDSG die nachweisliche Erheblichkeit der Daten und die wissenschaftliche Anerkennung für das eingesetzte mathematisch-statistische Verfahren verlangt und die Nutzung speziell von Adressdaten an besondere Voraussetzungen knüpft. Zum anderen kann die Einführung des Auskunftsanspruchs gemäß § 34 Abs. 2 BDSG als Reaktion auf die Kritik verstanden werden, dass der Betroffene sich im Einzelfall mangels ausreichender Hintergrundinformationen über die Berechnung seines Scorewerts gegen fehlerhafte Berechnungen nicht effektiv zur Wehr setzen kann.⁹

C. Auswirkungen für die Praxis

Welche Auswirkungen § 28b BDSG auf die künftige Praxis haben wird, bleibt abzuwarten. § 28b BDSG kommt den Unternehmen, die Scoringssysteme einsetzen, jedenfalls stark entgegen, während diese Regelung etwaige Hoffnungen auf eine deutliche Beschränkung des Scoring enttäuscht haben dürfte.

Die Beschränkung des Scoring auf Zwecke der Begründung, Durchführung und Beendigung eines Vertragsverhältnisses dürfte sich in der Praxis nicht auswirken, da Scoringssysteme derzeit nicht zu vertragsunabhängigen Zwecken einge-

setzt werden. Im Übrigen hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, die Nutzung bestimmter Daten(arten) für das Scoring generell zu untersagen. Das allgemein gehaltene Verbot der Nutzung unerheblicher Daten eröffnet einen weiten Beurteilungsspielraum; ähnliches gilt auch für das Erfordernis, nur wissenschaftlich anerkannte mathematisch-statistische Verfahren anzuwenden. Zum Ausdruck kommt hierin die grundsätzliche Anerkennung des Scoring als eines aus betriebs- und volkswirtschaftlichen Gründen nicht zu beanstandenden Verfahrens¹⁰.

Eine prinzipielle Verbesserung der Rechtslage aus Sicht der Betroffenen stellt demgegenüber ohne Zweifel die Einführung des Auskunftsanspruchs gemäß § 34 Abs. 2 BDSG dar. Der bezweckte und wünschenswerte Zuwachs an Transparenz des Scoring wird sich auf dieser Grundlage allerdings nur einstellen können, wenn die Betroffenen in ausreichendem Maße von ihrem Auskunftsrecht Gebrauch machen.

D. Literaturempfehlungen

Beckhusen, Das Scoring-Verfahren der Schufa im Wirkungsbereich des Datenschutzrechts, BKR 2005, 335.

Braunsfeld/Richter, Bonitätsprüfung mittels DV-gestützter Verfahren, CR 1996, 775.

BT-Drs. 16/10529.

Klein, Zur datenschutzrechtlichen Relevanz des Scorings von Kreditrisiken, BKR 2003, 488.

Koch, Scoring-Systeme in der Kreditwirtschaft, MMR 1998, 458.

Mackenthun, Datenschutzrechtliche Voraussetzung der Verarbeitung von Kundendaten beim zentralen Rating und Scoring im Bank-Konzern, WM 2004, 1713.

Möller/Florax, Datenschutzrechtliche Unbedenklichkeit des Scoring von Kreditrisiken?, NJW 2003, 2724.

Piltz/Holländer, Scoring als modernes Orakel von Delphi – Wie die geplante Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) Transparenz und Rechtssicherheit schaffen will, ZRP 2008, 143.

Roßnagel, Die Novellen zum Datenschutzrecht – Scoring und Adresshandel, NJW 2009, 2716.

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz in Schleswig-Holstein, Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern, zum Download zur Verfügung gestellt auf www.datenschutzzentrum.de/scoring.

Weichert, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Verbraucher-Kredit-Scoring, DuD 2005, 582.

Wolber, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit automatisierter Kreditentscheidungen, CR 2006, 623.

Wuermeling, Scoring von Kreditrisiken, NJW 2002, 3508.

¹ S.u. D. Literaturempfehlungen.

² Piltz/Holländer, ZRP 2008, 143, 144.

³ Maisch, AnwZert ITR 3/2010, Anm. 3.

⁴ Albrecht/Habermalz, AnwZert ITR 4/2010, Anm. 3.

⁵ Z.B. Möller/Florax, NJW 2003, 2724, 2725; Klein, BKR 2003, 488, 489; Mackenthun, WM 2004, 1713, 1716; Gola in: Gola/Schomerus, BDSG, 9. Aufl., 2007, § 6a Rn. 13; a.A. Wolber, CR 2003, 623 ff.

⁶ So die ganz h.M. z.B. Klein, BKR 2003, 488, 489 f.; Beckhusen, BKR 2005, 335, 337; Gola in: Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn. 3a; a.A.: Wuermeling, NJW 2002, 3508, 3509; AG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.2002 - 232 C 5842/02; Wolber, CR 2003, 623, 626.

⁷ Pro z.B. Wuermeling, NJW 2002, 3508, 3510; Klein, BKR 2003, 488, 491; Mackenthun, WM 2004, 1713, 1715 (mit näheren Ausführungen auch zu § 25a Abs. 1 Nr. 1 KWG); contra z.B. Möller/Florax, NJW 2003, 2724; Beckhusen, BKR 2005, 335, 341 f.

⁸ Piltz/Holländer, ZRP 2008, 143, 144.

⁹ Roßnagel, NJW 2009, 2716, 2716.

¹⁰ Piltz/Holländer, ZRP 2008, 143, 144.

3

Höchststrichterliche Rechtsprechung zu Preissuchmaschinen und dem Leitbild des Internetnutzers

von Focke Höhne, Akademischer Rat auf Zeit, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Prof. Dr. Heckmann, Universität Passau

A. Einleitung

Der Jagdtrieb fördert die Internetnutzung. Schnäppchenjäger wie auch die Jagd auf unlauter agierende Mitbewerber fördern noch dazu die rechtskonforme Ausgestaltung von Internetplattformen. Nach einer repräsentativen Umfrage der BITKOM schauen 29% der Gesamtbevölkerung und 41% der Internetnutzer als Entscheidungshilfe auf Preisvergleichsseiten.¹ Der Preis ist nur ein Faktor unter vielen. Der Kunde möchte auch unterhalten oder umfassend informiert werden, sei es durch die Produktinformationen des Herstellers, mittels Bewertungen anderer Nutzer oder spielerisch durch die Jagd auf vermeintliche Schnäppchen auch bei nicht gelisteten, kleinen Onlineshops bzw. durch originelle Produktbeschreibungen.²

Mit einer derartig erweiterten Werbewirkung erhöht sich indes auch das rechtliche Risiko. Dies mussten aktuell Onlinehändler erfahren. In zwei Entscheidungen hat der BGH die Anforderungen an die Preiswahrheit und die Preisklarheit hinsichtlich der Treffer in den Online-Vergleichsportalen und damit auch sein Leitbild des durchschnittlichen Internetnutzers verdeutlicht.³ Den an Preisvergleichsportalen teilnehmenden Onlinehändlern wurden dabei die (technischen bzw. gestalterischen) Mängel der Vergleichsportale zum Verhängnis.

B. Die Rechtslage

I. Objektive Darstellung der Rechtslage

Preisvergleichsportale und Preissuchmaschinen stellen eine Werbung unter Angabe von Preisen zum Abschluss eines Fernabsatzvertrages dar. Anwendbar ist daher § 1 Abs. 2 PAngV. Angegeben werden müssen die Endpreise (§ 1

Abs. 1 Satz 1 PAngV) sowie ob Liefer- und Versandkosten anfallen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 PAngV) sowie gegebenenfalls deren Höhe (§ 1 Abs. 2 Satz 3 PAngV). Nach § 1 Abs. 6 Satz 1 PAngV müssen die Angaben der allgemeinen Verkehrsauffassung und den Grundsätzen von Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen. Sie müssen leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar gemacht werden (§ 1 Abs. 6 Satz 2 PAngV).

Die Verkehrsauffassung im Sinne des PAngV bestimmt sich nach den Kenntnissen und Erwartungen eines Durchschnittsnutzers. Dieser muss die Angaben ohne nennenswerten Aufwand wahrnehmen können. Sind die Informationen selbst nicht vollständig, so kommt es darauf an, ob bei objektiver Betrachtung die Angaben scheinbar schon vollständig sind. Wenn kein Grund für eine vertiefende „Suche“ besteht, ist nicht relevant, dass die vollständigen und aktuellen Informationen nur einen Mausklick entfernt sind.⁴

Internetbasierte Preisvergleichsportale sortieren die „Treffer“, also beispielsweise die das gesuchte Produkt anbietenden Händler oder die Produkte selbst, nach bestimmten Kategorien, die vom Nutzer gewählt werden können. Solche Kategorien sind beispielsweise Name, Preis (auf- oder absteigend), Produktbewertung, Neuheiten, Ersparnis oder Anzahl der Tests. Die Ergebnisliste beispielsweise bei idealo.de, guenstiger.de, geizhals.at enthält alle notwendigen Angaben zu Preisen. Um ein Produkt zu bestellen, muss der Nutzer zwar notwendig auf die Webseiten eines Onlinehändlers wechseln. Er erhält durch das Preisvergleichsportal zuvor indes eine Übersicht, welcher Händler besonders günstig ist.

Eine „Vorläufigkeit“ oder Unverbindlichkeit der Preise wird in der Regel nicht besonders hervorgehoben. Zwar gibt idealo.de an, dass „Alle Angaben ohne Gewähr!“ sein sollen. Diese Angabe ist aber nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Sie steht im untersten Teil der Webseite, aber nicht neben den Preisen. Zudem konterkariert sie die beim Benutzer hervorgerufene Erwartung, dass ein vollständiger Preisvergleich ermöglicht wird. idealo.de begründet die gewünschte Unverbindlichkeit mit der Unmöglichkeit der Aktualisierung in Echtzeit.⁵ Allerdings hat das Preisvergleichsportal inzwischen die Aktualisierungen beschleunigt und auf wenige Minuten verkürzt. Teilweise erfolgt sogar eine Echtzeitaktualisierung. Damit ist die von den Betrei-

bern von idealo.de im Prozess angeführte Begründung der mangelnden technischen Umsetzbarkeit auch inhaltlich nicht überzeugend oder zumindest durch technische Weiterentwicklungen überholt.

Inwieweit diese von dem Preisvergleichsportal angezeigten Angebote aktuell sein müssen, beispielsweise wenn der referenzierte Onlinehändler den Preis ändert, ob sie die Versandkosten für den konkreten Gegenstand selbst ausweisen müssen oder es genügt, wenn diese durch einen weiteren Klick auf das Angebot angezeigt werden, und von welchem Erwartungshorizont auszugehen ist, hat der BGH in zwei grundlegenden Entscheidungen nunmehr verdeutlicht. Wesentlich sind insbesondere drei Aussagen dazu:

1. Preisangaben in Preisvergleichsportalen müssen aktuell sein.
2. Die zum Kaufpreis hinzukommenden Versandkosten dürfen nicht erst auf der eigenen Internetseite des Werbenden genannt werden, sondern müssen bereits vom Preisvergleichsportal ausgewiesen werden, und
3. der durchschnittliche Nutzer eines Internetpreisvergleichsportals darf ein Höchstmaß an Aktualität der präsentierten Angebote erwarten.

1. Aktualität der Preisangabe

Der BGH fordert „eine höchstmögliche Aktualität“.⁶ Damit lässt er noch Spielraum für technische Unzulänglichkeiten, wenn die Preise nicht quasi sekundlich aktualisiert werden können. Jedenfalls aber innerhalb einiger Minuten müsste eine Preisänderung dargestellt werden. Noch weitergehende Forderungen als der BGH stellte das OLG Stuttgart, welches in Zeiten von „Realtime-Kursen“ die Verbrauchererwartung nach „Realtime-Preisen“ als berechtigt ansah.⁷ Anders entschied im Jahr 2006 noch das Hanseatische OLG.⁸ Damals meinten die Hamburger Richter noch, dem Nutzer einer Suchmaschine müsse bekannt sein, dass Veränderungen der Preise innerhalb der letzten Stunden erfolgt sein könnten, welche erst bei einem Update der Preissuchmaschine angezeigt würden.

Wenn aber soziale Netzwerke und selbst Internetseiten (mit Tools wie Google Analytics) es bewerkstelligen, aktuelle Nutzerdaten quasi in Echtzeit zu erfassen und zu verwalten, dann dür-

fen an Preisvergleichsportale gleiche Anforderungen gestellt werden. Zumal diese ihre Programme so einrichten können und teilweise auch bereits so eingerichtet haben, dass sie von den Händlern zeitgleich zur Preisänderung informiert werden. Der Onlinehändler muss sein System so organisieren, dass sein Angebot korrekt dargestellt wird. Das Preisvergleichsportal dient nur der erweiterten Breitenwirkung der Onlinewerbung. Gerade eine Preissuchmaschine im Internet gewinnt das Interesse der Verbraucher nur daraus, dass sie die genannten Preise als aktuell ansehen dürfen.⁹

Anders kann der Fall indes bei Preissuchmaschinen liegen, die nicht von Onlineshops gebucht werden. Ebenfalls eine andere – hier nicht behandelte Frage – ist die nach der Preisparität, welche derzeit insbesondere von Amazon eingeführt wird. Damit sollen die auf Amazon Marketplace agierenden Händler vertraglich gebunden werden, in ihren Onlineshops keine günstigeren Konditionen, insbesondere Preise anzubieten als bei ihren Angeboten auf dem Amazon Marketplace.

2. Vollständigkeit der Preisangabe; insbesondere hinsichtlich der Versandkosten

Zweck der Preisangabenverordnung ist es, durch eine sachlich zutreffende und vollständige Verbraucherinformation Preiswahrheit und Preisklarheit zu gewährleisten und durch optimale Preisvergleichsmöglichkeiten die Stellung der Verbraucher gegenüber Handel und Gewerbe zu stärken und den Wettbewerb zu fördern.¹⁰ Bei einer Werbung für Waren in Preisvergleichslisten einer Preissuchmaschine dürfen die zum Kaufpreis hinzukommenden Versandkosten nicht erst auf der eigenen Internetseite des Werbenden genannt werden, die mit dem Anklicken der Warenabbildung oder des Produktnamens erreicht werden kann.¹¹

3. Leitbild des Verbrauchers

Der BGH geht davon aus, dass ein durchschnittlich informierter Nutzer eines Preisvergleichsportals damit ein Höchstmaß an Aktualität verbindet. Er sei mit den Besonderheiten und technischen Grenzen des Internets weitgehend vertraut. Er dürfe aber dennoch mit aktuellen Preisen rechnen. Preiserhöhungen, die bereits mehrere Stunden zurückliegen und vom Preisvergleichsportal nicht angezeigt werden, müsse er nicht erwar-

ten. Insbesondere die Aussage, dass der durchschnittliche Nutzer eines Preisvergleichsportals mit den technischen Grenzen des Internets vertraut ist, kann als „internetfreundliche Rechtsprechung“ verstanden werden. Viele Durchschnittsnutzer werden mit den technischen Grenzen gerade nicht vertraut sein. Der BGH postuliert ein Leitbild eines verständigen Durchschnittsnutzers, der schon recht spezifische Kenntnisse haben soll. Andererseits darf die Aussage, dass der durchschnittliche Internetnutzer die technischen Grenzen kenne, gerade keinen Freibrief für falsche Werbeanzeigen im Internet darstellen.

II. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidung zur notwendigen Aktualität ist richtig. Sie entspricht dem Wortlaut der Preisanlagenverordnung und dem Verbraucherschutz. Die technische Umsetzbarkeit wird zwar teilweise bestritten.¹² Allerdings wird eine nahezu minutengenaue Aktualität bereits von Preissuchmaschinen wie preisroboter.de und Preisvergleichsportalen wie idealo.de und geizhals.at umgesetzt. Eine wirtschaftliche oder technische Unmöglichkeit besteht somit nicht. Vielmehr wird lediglich der Forderung an die Software bzw. Technik, rechtskonform zu arbeiten, Nachdruck verliehen. Das Risiko ist für E-Commerce-Händler tragbar, weil kein Zwang zur Nutzung von Preisvergleichsportalen besteht.

Die teilweise an dem Urteil geäußerte Kritik¹³, es sei für den Händler, der der Preissuchmaschine die Änderungen gemeldet hat, unbefriedigend, weil nicht mehr von ihm erwartet werden könne, ist zurückzuweisen. Der Verbraucher erhält eine Vorauswahl und darf auf diese vertrauen. Gerade damit werben die Vergleichsportale.

C. Auswirkungen für die Praxis

Für Onlinehändler bestehen zumindest zwei Möglichkeiten: Sie können abwarten und sich von der Preissuchmaschine über die Zeit der Aktualisierung informieren lassen oder sie üben wirtschaftlichen Druck auf den Betreiber der Preissuchmaschine aus, damit dieser seine Anzeige rechtzeitig aktualisiert. Die Preisvergleichsportale haben ein ureigenes Interesse, das Urteil technisch umzusetzen, da sie sonst ihre Kundschaft verlieren. Damit wirkt das Urteil indirekt viel stärker als die Bindung inter partes vermuten ließe.

Zumindest die Preisvergleichsportale idealo.de, geizhals.at, evendi.de, geizkragen.de und andere haben die Aktualisierungen inzwischen verbessert. Sie setzen nun Informationen zu Preisänderungen spätestens innerhalb von wenigen Minuten um und zeigen das Datum und die Uhrzeit des Preises vom Händler an. Damit dürfen sie nun der Forderung nach der „höchstmöglichen Aktualität“ nachkommen. Beispielsweise die Preissuchmaschine geizhals.at bietet sogar eine Direktauslesung der Daten beim Händler an.¹⁴ Dies erspart dem Händler die Übermittlung von Preislisten oder Preisänderungen.

Softwaretechnisch umsetzbar ist die (nahezu) sofortige Aktualisierung durch Preissuchmaschinen und Preisvergleichsportale. So bietet beispielsweise preisroboter.de die Funktion Sofortscan für Händler an. Damit werden die Produktinformationen, insbesondere Preis und Verfügbarkeit, in Echtzeit abgeglichen.¹⁵

Auswirkungen könnte die Rechtsprechung auch auf die Anzeige der Verfügbarkeit der Waren haben. Auch hier wird zu fordern sein, dass der Händler das Portal über nicht mehr verfügbare Waren unmittelbar informiert und dieses die Information weitergibt (sofern zur Verfügbarkeit Angaben auf dem Preisvergleichsportale existieren). Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁶ erwartet der Verkehr bei Angeboten im Internet, die anders als Angebote in einem Versandhauskatalog ständig aktualisiert werden können, mangels anderslautender Angaben die sofortige Verfügbarkeit der beworbenen Ware. Die Rücksichtnahme auf diese Erwartung des Verkehrs belastet den Unternehmer, der einen Versandhandel betreibt und sein Warenangebot im Internet bewirbt, nicht in unzumutbarer Weise. Es bleibt ihm unbenommen, durch geeignete Zusätze auf einen bestimmten Angebotszeitraum oder Lieferfristen hinzuweisen, wenn er nicht in der Lage ist, eine Nachfrage tagesaktuell zu erfüllen.

Technisch machbar, aber rechtlich (noch?) nicht gefordert wäre auch eine Angabe der Versandkosten in Abhängigkeit des Staates, aus dem die Anfrage stammt. Mittels Geolokalisation kann mit einer hohen Wahrscheinlichkeit der Herkunftstaat des Anfragenden bestimmt werden. Die Anzeige der Versandkosten könnte bei Anfragen von Ausländern um den Passus erweitert werden, ob und gegebenenfalls wie hoch die Versandkosten für den jeweiligen Staat sind. Al-

so praktisch: „Versandkosten inlands: 4,90 EUR, sollte die Ware nach Österreich versandt werden, betragen dafür unsere Versandkosten 6,90 EUR.“

Onlinehändler sind gut beraten, fachlich kompetente Hilfe in Anspruch zu nehmen oder sich zumindest regelmäßig selbst zu informieren, welche rechtlichen Fehler aktuell ausgeurteilt werden. Damit haben sie es in der Hand, den Jagdtrieb auf wettbewerbsrechtlich unzulässige Internetpräsenzen einzuschränken. Die Jagd auf Schnäppchen wird derweil weitergehen.

D. Literaturempfehlungen

Albrecht/Maisch, Pflicht zum Hinweis auf zusätzliche Versandkosten bei Werbung über Preissuchmaschine („Versandkosten bei Froogle“), jurisPR-ITR 5/2010, Anm. 2.

¹ BITKOM „Mehrheit informiert sich vor einem Kauf im Web, Presseinformation vom 10.03.2010, abrufbar unter http://www.bitkom.org/de/presse/8477_62717.aspx(Stand: 30.03.2010).

² Vgl. Kunde, Dealen und klönen, in: ZEITONLINE vom 30.04.2009 abrufbar unter: http://www.zeit.de/2008/19/Dealen_und_kloenen (Stand: 30.03.2010).

³ BGH, Urt. v. 11.03.2010 - I ZR 123/08 und BGH, Urt. v. 16.07.2009 - I ZR 140/07 m. Anm. Albrecht/Maisch, jurisPR-ITR 5/2010 Anm. 2 sowie Ernst, jurisPR-WettbR 3/2010 Anm. 3.

⁴ Wekwerth, MMR 2008, 378, 380.

⁵ <http://www.ideal.de/preisvergleich/Gewaehrleistung.html>.

⁶ BGH, Urt. v. 12.03.2010 - I ZR 123/08.

⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 17.01.2008 - 2 U 12/07.

⁸ Hanseatisches OLG, Beschl. v. 11.09.2006 - 3 W 152/06 - OLGR Hamburg 2007, 922.

⁹ So auch OLG Stuttgart, Urt. v. 17.01.2008 - 2 U 12/07.

¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 04.10.2007 - I ZR 143/04 und noch zum UWG a.F. BGH, Urt. v. 03.07.2003 - I ZR 211/01 - BGHZ 155, 301 „Telefonischer Auskunftsdienst“.

¹¹ BGH, Urt. v. 16.07.2009 - I ZR 140/07.

¹² Vgl. die Kommentare zu Rätze, BGH: Preisangaben in Preissuchmaschinen müssen aktuell sein, shopbetreiber-blog.de vom 12.03.2010 abrufbar unter: <http://www.shopbetreiber-blog.de/2010/03/12/bgh-preisangaben-preissuchmaschinen-mussen-aktuell-sein/> (Stand: 30.03.2010).

¹³ Rätze, BGH: Preisangaben in Preissuchmaschinen müssen aktuell sein, shopbetreiber-blog.de vom 12.03.2010 abrufbar unter: <http://www.shopbetreiber-blog.de/2010/03/12/bgh-preisangaben-preissuchmaschinen-mussen-aktuell-sein/> (Stand: 30.03.2010).

¹⁴ Vgl. z.B. für geizhals.at, Technische Details der Preisübernahme abrufbar unter: <http://unternehmen.geizhals.at/about/de/sales/technisches/> (Stand : 30.03.2010).

¹⁵ http://www.preisroboter.de/preisroboter_info_anbieterinfos.php#aktualitaet (Stand: 30.03.2010).

¹⁶ BGH, Urt. v. 07.04.2005 - I ZR 314/02 - NJW 2005, 2229 m. Anm. Hoeren, EWiR 2005, 615; Ernst, BGHReport 2005, 1127.

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

4

Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Klagen gegen Internetveröffentlichungen der New York Times

Leitsätze:

1. Die deutschen Gerichte sind zur Entscheidung über Klagen wegen Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch im Internet abrufbare Veröffentlichungen international zuständig, wenn die als rechtsverletzend beanstandeten Inhalte objektiv einen deutlichen Bezug

zum Inland in dem Sinne aufweisen, dass eine Kollision der widerstreitenden Interessen - Interesse des Klägers an der Achtung seines Persönlichkeitsrechts einerseits, Interesse des Beklagten an der Gestaltung seines Internetauftritts und an einer Berichterstattung andererseits - nach den Umständen des konkreten Falls, insbesondere aufgrund des Inhalts der beanstandeten Meldung, im Inland tatsächlich eingetreten sein kann oder eintreten kann.

2. Dies ist dann anzunehmen, wenn eine Kenntnisnahme von der beanstandeten Meldung nach den Umständen des konkreten Falls im Inland erheblich näher liegt als es aufgrund der bloßen Abrufbarkeit des Angebots der Fall wäre und die vom Kläger behauptete Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts durch Kenntnisnahme von der Meldung (auch) im Inland eintreten würde.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 02.03.2010, VI ZR 23/09

von Thorsten Feldmann, LL.M., RA und FA für Urheber- und Medienrecht, JBB Rechtsanwälte

A. Problemstellung

Die Internetveröffentlichung ist ein echter Kosmopolit. Technisch betrachtet sind Online-Inhalte im Internet an jedem Ort der Welt zu Hause und dies auch noch zur selben Zeit. Erst durch den Einsatz zusätzlicher Technologien lässt sich die Abrufbarkeit eines Inhalts auf bestimmte Gebiete beschränken. Hiervon machen – auf Seiten des Anbieters – etwa Websitebetreiber Gebrauch, um territoriale Lizenzbeschränkungen einzuhalten, oder – auf Seiten der Nutzer auf der Ebene Internetzugang – Staaten wie China. Wenn derartige Mechanismen nicht zum Einsatz kommen, stellt sich die Frage, ob bei deliktischen Tatbeständen die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Ubiquität der Veröffentlichung folgt, ob also im Verletzungsfall ein Gerichtsstand in allen Staaten der Welt angenommen werden muss, oder welche Kriterien stattdessen zu einer Verneinung des Gerichtsstands an einem bestimmten Ort führen. Diese Frage wird von Staat für Staat nach der jeweiligen lex fori separat zu prüfen sein. Ausgangspunkt im deutschen Recht ist § 32 ZPO. Jüngst hatte der VI. Zivilsenat des BGH die Norm auf einen nach Auffassung des Klägers persönlichkeitsrechtsverletzenden Onli-

ne-Beitrag einer U.S.-amerikanischen Website anzuwenden. Anders als beide Vorinstanzen behauptete der BGH eine Zuständigkeit der deutschen Gerichte.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand des Verfahrens war – und ist – ein englischsprachiger Artikel des Lokalteils der New York Times. Der Beitrag handelte u.a. ein in New York betriebenes Ermittlungsverfahren gegen den in Deutschland wohnhaften Kläger ab. Über diesen wurde in dem Beitrag behauptet, amerikanische und deutsche Sicherheitsbehörden ordneten das von ihm beherrschte Unternehmen einem Teil der russischen organisierten Kriminalität zu. Deswegen sei dem Kläger die Einreise in die USA versagt worden. Die Klage richtete sich auch gegen die Internet-Version des Artikels auf der Website der New York Times, wo der Beitrag aus dem Jahr 2001 in ein Online-Archiv eingestellt worden war. Auf der Website der New York Times können sich Leser unter Angabe des Staats, in dem sie leben, registrieren. Zum Zeitpunkt der Erstveröffentlichung des Artikels auf der Website im Jahre 2001 hatten 14.484 Nutzer Deutschland als country of residence angegeben. Dies entspricht 0,5% aller registrierten Nutzer der Online-Ausgabe der New York Times. Das Landgericht und das Oberlandesgericht Düsseldorf verneinten eine Zuständigkeit der deutschen Gerichte unter Rückgriff auf die für Zeitungen und Zeitschriften geltenden Grundsätze, wonach die Veröffentlichung sich nach der Intention des sich Äußernden „bestimmungsgemäß“ oder „gezielt“ an Leser in Deutschland richten müsse. Der BGH erteilte einer dergestalt einschränkenden Auslegung von § 32 ZPO eine Absage. Er nahm die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte an und verwies den Streit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG Düsseldorf zurück.

In seiner Entscheidung setzt sich der VI. Zivilsenat ausführlich mit den in Bezug auf Internetveröffentlichungen vertretenen Auffassungen zur Auslegung von § 32 ZPO auseinander. Hierbei stellt er im Ausgangspunkt klar, dass entgegen einzelner Stimmen in Literatur und Rechtsprechung die bloße Abrufbarkeit eines Inhalts in Deutschland nicht für die Begründung eines Gerichtsstands nach § 32 ZPO ausreicht. Eine solche weite Auslegung widerspreche dem Sinn und Zweck des § 32 ZPO, der eine besondere Beziehung der Streitigkeit zum Forum verlan-

ge. Die bloße Abrufbarkeit eines Inhalts in einem Staat bewirke diese besondere Beziehung nicht, denn aufgrund der technischen Rahmenbedingungen des Internets sei sie in jedem Staat gegeben. Würde man einen Gerichtsstand allein aufgrund der Abrufbarkeit eines Inhalts bejahen, bedeutete dies zudem eine uferlose Ausweitung der Gerichtspflichtigkeit des Beklagten, die nicht in Einklang zu bringen sei mit den zuständigkeitsrechtlichen Leitprinzipien der Vermeidung beziehungsarmer Gerichtsstände, der Reduzierung konkurrierender Zuständigkeiten und der Vorhersehbarkeit und präventiven Steuerbarkeit der potenziellen Gerichtspflichtigkeit.

Im Folgenden würdigt der BGH die Kriterien, die bislang in Literatur und Rechtsprechung diskutiert wurden und die jenseits der Abrufbarkeit des Inhalts den erforderlichen Inlandsbezug begründen könnten. Im Ergebnis verwirft der BGH zwei der vertretenen Ansätze: Zum einen lehnt er die reine Anzahl tatsächlicher Abrufe als entscheidendes Kriterium ab, wie sie die französische Rechtsprechung als ausschlaggebendes Moment favorisiert. Die Zahl der Abrufe sei lediglich ein Indiz für einen spezifischen Inlandsbezug, zumal die Feststellung der Abrufe nicht mit Gewissheit erfolgen könne und sie dem Kläger aus Datenschutzgründen nur eingeschränkt zugänglich sei. Ferner lehnt der VI. Zivilsenat auch den von Literatur und Rechtsprechung (BGH, Urte. v. 03.05.1977 - VI ZR 24/75 - NJW 1977, 1590) für die Printmedien angelegten Maßstab ausdrücklich ab, wonach der Inlandsbezug bloß an jenem Ort gegeben ist, an den die Zeitung oder Zeitschrift nach der Bestimmung des Verbreiters und nicht bloß zufällig gelangt ist. Diese Auffassung wurde auch in Bezug auf die Veröffentlichung von Äußerungen im Internet vertreten (OLG Düsseldorf, Urte. v. 30.12.2008 - I-15 U 17/08 - AfP 2009, 159), unter anderem mit der zusätzlich einschränkenden Maßgabe, dass noch eine tatsächliche Auswirkung des Verstoßes im Gerichtsbezirk erforderlich ist (Zöller, ZPO, § 32 Rn. 17). Persönlichkeitsrechtsverletzungen – so der BGH – setzen keine Marktbeeinflussung voraus und treten unabhängig von der Intention des sich Äußernden ein. Stattdessen setzt der VI. Zivilsenat die Schwelle wesentlich niedriger an. Nach seiner Rechtsauffassung, die er der Entscheidung nachfolgend zugrunde legt, favorisiert er unter Hinweis auf die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung des I. Zivilsenats (BGH, Urte. v. 13.10.2004 - I ZR 163/02 - NJW 2005, 1435, 1436) als das den Inlandsbezug begründende

Kriterium die „Möglichkeit der Interessenkollision“ bzw. die „konkrete Eignung zur Störung“. Danach soll entscheidend sein, ob die als rechtsverletzend beanstandeten Inhalte objektiv einen deutlichen Bezug zum Inland in dem Sinne aufweisen, dass eine Kollision der widerstreitenden Interessen – das Interesse des Klägers an der Achtung seines Persönlichkeitsrechts einerseits, das Interesse des Beklagten an der Gestaltung seines Internetauftritts und an einer Berichterstattung andererseits – nach den Umständen des konkreten Falls, insbesondere aufgrund des Inhalts der beanstandeten Meldung, im Inland tatsächlich eingetreten ist oder jedenfalls eintreten kann. Dies sei dann der Fall, wenn die Kenntnisnahme von der beanstandeten Meldung nach den Umständen des konkreten Falls im Inland erheblich näher liegt, als dies aufgrund der bloßen Abrufbarkeit des Angebotes der Fall wäre, und die von dem Kläger behauptete Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts durch Kenntnisnahme der Meldung (auch) im Inland eintreten würde. Dies erfordert nach Auffassung des Senats aber gerade nicht, dass sich die Website „gezielt“ oder „bestimmungsgemäß“ an Internetnutzer in Deutschland richten muss.

Im zu entscheidenden Fall bejahte der BGH diese Voraussetzungen. Die streitgegenständliche Meldung weise bereits inhaltlich einen deutlichen Inlandsbezug auf, ein erhebliches Interesse inländischer Leser liege nahe. Wegen der internationalen Anerkennung der New York Times liege es auch nahe, dass der Inhalt in Deutschland zur Kenntnis genommen werde. Die New York Times wolle einen weltweiten Interessentenkreis ansprechen und erreichen. Dies folge daraus, dass im Rahmen der Nutzerregistrierung im Menüpunkt „country of residence“ Deutschland angegeben sei und im Zeitpunkt der Veröffentlichung auch 14.484 Internetnutzer registriert gewesen seien, die Deutschland dergestalt angegeben haben. Der Inlandsbezug sei der Veröffentlichung nicht deswegen abzusprechen, weil sie ursprünglich im Lokalteil der New York Times, dem „Metropolitan Desk“ des Internetauftritts zum Abruf bereit gehalten wurde. Die Onlineausgabe könne nicht mit einer lokalen Zeitung oder Zeitschrift gleichgesetzt werden, die objektiv typischerweise nur auf die entsprechende Region ausgerichtet sei. Ferner befasse sich der Artikel mit Vorgängen von internationalem Interesse, er sei in Washington verfasst worden. Im Rahmen der Bestimmung des Inlandsbezugs der Veröffentlichung komme es im Hinblick auf das

Persönlichkeitsrecht des Betroffenen auf Spürbarkeitsgesichtspunkte nicht an. Denn der soziale Geltungsanspruch des Klägers könne bereits dann hinreichend tangiert sein, wenn auch nur eine Person aus seinem Lebenskreis die für ihn abträgliche Behauptung zur Kenntnis nimmt.

C. Kontext der Entscheidung

Nach dem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGV-VO im November 2009 (BGH, EuGH-Vorlage v. 10.11.2009 - VI ZR 217/08) hat der VI. Zivilsenat des BGH nach vergleichsweise kurzer Zeit mit dem vorliegenden Urteil eine zweite Entscheidung gefällt, die sich mit der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für Veröffentlichungen auf ausländischen Websites befasst. Das Bestreben des Senats, höchststrichterlich für Klarheit zu sorgen, unter welchen Voraussetzungen bei Internetdelikten in der Bundesrepublik Deutschland geklagt werden kann, verdient Lob. Damit die grenzenlose Internetwelt im Medienbereich funktionsfähig bleibt – oder vielleicht: wird –, bedarf es klarer Regeln. Die Medienunternehmen und die von der Medienberichterstattung Betroffenen müssen wissen, welchen Foren sie ausgesetzt sind bzw. welche Foren ihnen zur Verfügung stehen, wenn es um die Rechtmäßigkeit von Internetveröffentlichungen geht. Weil im Bereich der unerlaubten Handlung die Frage des Gerichtsstands in der Praxis zumeist mit der Frage des anwendbaren Rechts (Art. 40 EGBGB bzw. die entsprechenden Vorschriften der ROM II-Verordnung) Hand in Hand geht, haben das bereits ergangene Urteil des BGH und die noch zu erwartende Entscheidung des EuGH Bedeutung über das Zivilprozessrecht hinaus. Auch im materiellen Recht stellt sich die Frage, wo der Erfolgsort der Verletzung liegt. Nach einer Reihe von eher meinungsfreiheitsfreundlichen Entscheidungen betont der VI. Zivilsenat des BGH im hier besprochenen Urteil den Persönlichkeitsschutz bei Internet-Veröffentlichungen auch in prozessualer Hinsicht stärker, indem er zugunsten des Persönlichkeitsschutzes die Zuständigkeit deutscher Gerichte sehr rasch annimmt.

Im Rahmen der Einordnung der Entscheidung darf nicht außer Acht bleiben, dass im internationalen Vergleich, insbesondere im Vergleich zur Rechtslage in den USA, der Schutz des Persönlichkeitsrechts in Deutschland sehr stark ausgeprägt ist und daher mit der Begründung eines Gerichtsstandes in der Bundesrepublik die

grundsätzlichen Weichen für eine „verbotsge-neigtere“ Entscheidung in der Sache gestellt werden. Wenn ein Gerichtsstand in Deutschland angenommen werden kann, drängt sich aufgrund der Regelung in Art. 40 EGBGB auch die Anwendung deutschen Äußerungsrechts auf den streitgegenständlichen Sachverhalt auf. Vor dem Hintergrund des Rechtsschutzgefälles zwischen den USA und der Bundesrepublik in Bezug auf den verfassungsrechtlichen Rang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen und den damit einhergehenden Möglichkeiten, in Deutschland die in den USA fast als Heiligtum verehrte Meinungsfreiheit einzuschränken, liegt es nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass die vorliegende Entscheidung Aufsehen erregen wird. Verstärkt wird dies dadurch, dass mit der New York Times eine ur-amerikanische Institution betroffen ist, die in ihrer langen Geschichte vor Gericht zahlreiche Kämpfe für ein starkes First Amendment ausgetragen und höchststrichterlich gewonnen hat (vgl. etwa New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)). Sollte das OLG Düsseldorf die New York Times antragsgemäß zur Unterlassung verurteilen, wird dies in den USA auf Unverständnis stoßen. Für eine solche Verurteilung spricht auch einiges, denn eine personalisierte und den Beschuldigten namentlich identifizierende Berichterstattung über Ermittlungsverfahren ist in Deutschland nicht ohne weiteres zulässig (BGH, Urt. v. 15.11.2005 - VI ZR 287/04). In den USA ist sie hingegen üblich und sogar vom Kern der Pressefreiheit umfasst. Es streitet dort eine Vermutung für die freie Rede; ein Right of Privacy, das dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Bundesrepublik entspricht und als verfassungsrechtliches Gegengewicht zur Meinungsfreiheit Wirkung entfaltet, ist verfassungsrechtlich nicht anerkannt. In den USA geht die Meinungsfreiheit, das First Amendment, grundsätzlich vor. Vor allem für wahre Tatsachenbehauptungen – der Umstand, dass der Kläger einem Ermittlungsverfahren in der USA ausgesetzt gewesen ist, ist eine solche wahre Tatsachenbehauptung – greift in den USA das Prinzip des Marketplace of Ideas (Tribue, Constitutional Law, § 12-1, Se. 785 f.), wonach auf rechtmäßige Weise erlangte („lawfully obtained“) Informationen stets in den Meinungsmarkt eingebracht werden dürfen. Aufgrund dieses Prinzips kann sogar die Veröffentlichung der Namen minderjähriger Vergewaltigungsoffer nicht untersagt werden (Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524, 1989; Cox Broadcasting v. Cohn 420 U.S. 469 (1975)), so dass man schon aus verfassungs-

rechtlichen Gründen annehmen muss, dass Namen von Tätern oder Verdächtigen erst recht veröffentlicht werden dürfen. Schon in diesem Punkt muss den amerikanischen Betrachter die Entscheidung des BGH verwundern, der die Beeinträchtigung der Interessen eines der Straftat Verdächtigen zumindest faktisch als relevant und gegebenenfalls stärker als das Veröffentlichungsinteresse geschützt anerkennt. Der Täter oder der Verdächtige hat im amerikanischen Recht kein verfassungsrechtlich anerkennenswertes Interesse gegenüber der freien Medienberichterstattung. Daher wirkt das stark regulierte deutsche Äußerungsrecht auf US-Amerikaner fast wie ein Kulturschock.

Das Urteil des VI. Zivilsenats lässt aber nicht nur wegen der Gräben zwischen dem deutschen und dem U.S.-amerikanischen Recht und wegen des prominenten Beklagten aufhorchen. Auch bei isolierter Betrachtung des deutschen Zivilprozessrechts bedarf die Auslegung des § 32 ZPO durch den BGH einer kritischen Hinterfragung. Zunächst sticht ins Auge, dass Internetveröffentlichungen offensichtlich strenger behandelt werden als Zeitungs- und Zeitschriftenartikel. Sofern der BGH im Nachgang der hiesigen Entscheidung nicht auch die Kriterien anpasst, unter denen ausländische Printtitel in Deutschland verklagt werden können, werden Printerzeugnisse gegenüber Online-Medien dadurch privilegiert, dass der Inlandsbezug bei „klassischen“ Medien erst bei einer entsprechenden Bestimmung des Zielgebiets des Verlegers besteht. Offensichtlich gilt bei Printmedien der durch den BGH für Internetveröffentlichungen postulierte Grundsatz nicht, dass eine Interessenbeeinträchtigung nicht von der Intention des sich Äußernden abhängt. Demnach ist die Bestimmung des Zielgebiets des Websitebetreibers für den Inlandsbezug irrelevant. Eine solch unterschiedliche Behandlung von Print- und Online-Medien erscheint fragwürdig und vor allem aufgrund der Tatsache unangebracht, dass sich infolge der weltweiten Abrufbarkeit der Internetveröffentlichung die durch Einführung doch eher schwammiger Kriterien außerhalb belegbarer subjektiver Elemente die Gefahr eines nicht vorhersehbaren Gerichtsstands gerade realisiert, die der BGH nach seinen eigenen Worten zu vermeiden sucht. Zwar ist es dem § 32 ZPO zugrunde liegenden System der Gerichtsstandsbestimmung in gewissem Maße inhärent, dass international mehrere Gerichte zuständig sein können. Andererseits stellt § 32 ZPO – dies erkennt auch der BGH

– eine Ausnahme des Grundsatzes *actor sequitur forum rei* dar, wonach eine Klage grundsätzlich am Gerichtsstand des Beklagten zu erheben ist. Als Ausnahmenvorschrift wären daher die Voraussetzungen des § 32 ZPO, soweit sie diesen Grundsatz aufweichen, eng auszulegen. Für Internetveröffentlichungen hätte man daher durchaus auf das bei Printveröffentlichungen bewährte Kriterium der Bestimmung des Zielgebiets und die Intention des sich Äußernden abstellen können. Der subjektive Einschlag dieses Kriteriums bedeutete dabei nicht notwendigerweise einen Bruch mit der deliktischen Haftungssystematik. Wie eingangs erwähnt, sind im Recht der unerlaubten Handlung die materiellrechtlichen Voraussetzungen und die prozessualen Kriterien zur Bestimmung des Gerichtsstands im Ergebnis meist kongruent. Den offenen Tatbeständen des § 823 BGB ist es nicht gänzlich fremd, dass subjektive Elemente bereits im Rahmen des (an und für sich objektiv zu beurteilenden) Eingriffs in ein geschütztes Rechtsgut Berücksichtigung finden. Dies gilt beispielsweise bei der Frage, ob ein etwaiger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als betriebsbezogen angesehen werden kann. Dabei wird die „Stoßrichtung“ der Handlung des Verletzers beurteilt (BGH, Urt. v. 10.12.1991 - VI ZR 53/91). Der Eingriff muss sich „gegen den Betrieb richten“ (Sprau in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 823 Rn. 128), weswegen faktisch-objektive Effekte oder Reflexe allein den haftungsbegründenden Tatbestand nicht erfüllen können. Das mit subjektivem Einschlag versehene Erfordernis der Betriebsbezogenheit dient im Rahmen des § 823 BGB als einschränkendes Korrektiv zur Ausklammerung diffuser Schadensbilder (Wagner in: MünchKomm BGB, 4. Aufl., § 823 Rn. 185). Es wäre daher nicht systemfremd gewesen, auf vergleichbare Art und Weise im Äußerungsrecht das anhand objektiver Merkmale belegte Zielgebiet der Veröffentlichung eines Internetanbieters bei der Frage des Inlandsbezugs als maßgeblich anzuerkennen.

Außerdem übersieht der BGH die Spezifika der Internetveröffentlichung, die sich durch eine im klassischen Medienbereich gänzlich unbekannte Vernetzung von Informationen und der damit einhergehenden Unvorhersehbarkeit des Informationsflusses auszeichnet. Gerade bei Internetveröffentlichungen prominenter Organe wie der New York Times lässt sich im Zeitpunkt der Erstpublikation – also in dem Zeitpunkt, in dem der ausländische Verleger spätestens die Meldung auch

nach deutschem Recht hätte überprüfen müssen – kaum prognostizieren, wie sich die Publikation weltweit auswirken wird. Denkbar ist daher, dass im Zeitpunkt der Veröffentlichung, beispielsweise wegen ihres primär lokalen Bezugs, eine Interessenbeeinträchtigung des Betroffenen in einem anderen Staat zu verneinen ist, dann aber nachträgliche Umstände hinzutreten, die im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor Gericht eine solche nach den durch den BGH aufgestellten Kriterien begründen. Offen wäre danach nicht nur, ob etwa in dem vom BGH entschiedenen Fall ein Inlandsbezug auch dann anzunehmen gewesen wäre, wenn der Betroffene nach der Veröffentlichung freiwillig seinen Wohnsitz von den USA in die Bundesrepublik verlegt hätte. Auch ohne Zutun des Betroffenen und des sich Äußernden kann sich ein lokaler Effekt einer Veröffentlichung erst im Nachhinein einstellen. Oftmals führen erst das „Wabern“ der Information durch die Blogosphäre, Verlinkungen auf die Meldung aus anderen, lokalen Portalen und Medienwebsites oder das Posten von News in sozialen Netzwerken, auf Twitter und in Foren zu einer gewissen Reichweite und Breitenwirkung der Erstveröffentlichung in einem bestimmten Land. Wann in solchen Fällen eine Kenntnisnahme im Inland „erheblich näher liegt als dies aufgrund der bloßen Abrufbarkeit des Angebots der Fall ist“, ist im Internet sehr häufig dem reinen Zufall überlassen.

Schließlich wirft die Subsumtion des BGH unter die von ihm aufgestellten Voraussetzungen Zweifel auf. Mit guten, vielleicht den besseren Argumenten hätte sich ein Inlandsbezug verneinen lassen. Eine Interessenbeeinträchtigung gerade in Deutschland lässt sich nicht per se deswegen bejahen, weil über einen Vorgang berichtet wird, der sich auch in Deutschland abspielt oder dessen Protagonisten in Deutschland ansässig sind. Dass die New York Times ein populäres Angebot mit weltweiter Strahlkraft ist, liegt auf der Hand. Sie gilt als Hort der amerikanischen Pressefreiheit und dient als erste Quelle, wenn sich der interessierte Leser über eine aufgeklärte amerikanische Sicht der Dinge informieren will. Dies gilt nicht nur für deutsche Leser, sondern für Leser überall auf der Welt. Die weltweite Attraktivität ihrer Website folgt für die New York Times aus ihrem guten Namen und der weltweiten Abrufbarkeit, also aus dem Kriterium, das der BGH im Hinblick auf die Begründung eines Inlandsbezugs gerade ablehnt. Mit dem Argument, dass das Bedürfnis des aufgeklärten Lesers an einem Blick

über den Tellerrand nationaler Berichterstattung hinaus und an einer Berichterstattung im amerikanischen Ausland dazu führen soll, dass ein Deliktserfolg in Deutschland eintritt, lässt sich ein weltweiter Gerichtsstand nicht begründen, weil diese Umstände an jedem Ort der Welt mit freiem Internetanschluss gegeben sind. Ein spezifischer Bezug zum deutschen Inland fehlt jedoch.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die vielleicht wichtigste Botschaft, die von der Entscheidung des VI. Zivilsenats ausgeht, lautet: Die bloße Abrufbarkeit eines Inhalts im Internet genügt nicht für die Begründung eines deutschen Gerichtsstands gemäß § 32 ZPO. Damit trägt der BGH einem der Grundcharakteristika der Verbreitung von Inhalten über das Internet Rechnung, deren Wesen gerade die Ubiquität ist. Allerdings werden die Ablehnung des Kriteriums der anhand objektiver Merkmale untermauerten „zielgerichteten Bestimmung des Betreibers“ der Website und die stattdessen vom BGH als ausschlaggebend erachtete „Möglichkeit der Interessenkollision“ und die „konkrete Eignung zur Störung“ ausländischen Medien noch viele Probleme bereiten, deren Folgen unabsehbar sind. Nicht nur die mit der Schwammigkeit und Flexibilität des Kriteriums einhergehende Rechtsunsicherheit wird Unbehagen hervorrufen. Besonders prominente und zugleich empfindliche ausländische Websitebetreiber, die das strenge deutsche Äußerungsrecht ohnehin mit Argwohn beobachten, werden vielleicht faktische Konsequenzen ziehen, um einen Gerichtsstand in Deutschland aufgrund ihrer allein ins Inland zielenden Berichterstattung zu umgehen.

So wird mit Spannung zu erwarten sein, wie die New York Times reagieren wird, wenn sie tatsächlich durch das OLG Düsseldorf zur Unterlassung der streitgegenständlichen Äußerungen verurteilt werden sollte. Drei Handlungsalternativen bieten sich für die New York Times dann an: Die Zeitung könnte, erstens, den Versuch unternehmen, künftig deutsches Recht bei jeder Berichterstattung zu beachten, die deutsche Belange „in erheblichem Maße“ berühren könnte. Wie geschildert, liegt die Wahrscheinlichkeit nahe, dass für Medienveröffentlichungen auch deutsches Äußerungsrecht gilt, wenn ein deutscher Gerichtsstand gegeben ist. Sofern die New York Times überhaupt faktisch dazu in der Lage ist, eine Prüfung deutschen Äußerungsrechts vorzunehmen, hätte dies zur Folge, dass

die Zeitung ihren Berichterstattungsstil („All the News that's Fit to Print“) ändern und sich von einigen Prinzipien des U.S.-amerikanischen Journalismus verabschieden müsste. In Online-Veröffentlichungen müssten Klarnamen gestrichen werden, eine Verdachtsberichterstattung dürfte nur mit gezogener Handbremse erfolgen, das in den USA unbekannte Konzept des Schutzes der Privatsphäre nach deutschem Muster würde ganze Schneisen in Internetversionen bereits erschienener Printbeiträge schlagen. Zudem würde von der den Journalisten unbekannten deutschen Rechtsordnung ein gerade in den USA verfassungsrechtlich fragwürdiger chilling effect ausgehen. Als zweite Alternative böte sich der New York Times an, eine etwaige Verurteilung in Deutschland nicht zu beachten und stattdessen darauf zu vertrauen, dass im sich anschließenden Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren in den USA die Safeguards des First Amendment greifen. So könnte sich die New York Times ggf. im Rahmen einer action upon the foreign judgement auf den U.S.-amerikanischen Ordre Public berufen, wie dies auch im umgekehrten Fall – etwa bei einer amerikanischen Verurteilung zu Strafschadensersatz – in Deutschland gemäß § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO möglich wäre und auch bereits geschehen ist. Es ist nicht fernliegend, dass mangels verfassungsrechtlicher Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den USA und der deswegen aus dortiger Sicht unberechtigten, gar verfassungswidrigen Einschränkung der Meinungsfreiheit ein amerikanisches Gericht einen Verstoß gegen grundlegende Rechtsprinzipien annimmt. Als dritte, zugleich leider leichteste und effektivste Alternative bietet sich der New York Times als Option an, auf IP-Basis den Zugriff aus Deutschland auf die Website www.nytimes.com zu sperren und dadurch die Abrufbarkeit in Deutschland zu verhindern oder zumindest so zu erschweren, dass eine Interessenbeeinträchtigung in Deutschland und die konkrete Eignung zur Störung ausgeschlossen sind. Sollte die New York Times tatsächlich diese Konsequenz ziehen, hätte der BGH mit seiner Entscheidung tatkräftig dabei geholfen, eine technische Informationsmauer zu errichten, die Deutschland vom freien Nachrichtenfluss im Internet abschottet.

5

Anforderungen an Belehrungspflichten über Rückgaberecht bei über Internethandelsplattform eBay abgeschlossenen Kaufverträgen

Leitsätze:

1. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die in mit Verbrauchern über die Internethandelsplattform eBay zu schließenden Kaufverträgen verwendet werden, hält folgende Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand:

"[Der Verbraucher kann die erhaltene Ware ohne Angabe von Gründen innerhalb eines Monats durch Rücksendung der Ware zurückgeben.] Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung."

2. Aus dem Erfordernis einer möglichst umfassenden, unmissverständlichen und aus dem Verständnis der Verbraucher eindeutigen Rückgabebelehrung lässt sich keine Pflicht ableiten, für jeden im Fernabsatz angebotenen Artikel gesondert anzugeben, ob dem Verbraucher insoweit ein Rückgaberecht zusteht.

3. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen der vorgenannten Art hält folgende Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand:

"[Im Falle einer wirksamen Rückgabe sind die beiderseits empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggf. gezogene Nutzungen (z.B. Gebrauchsvorteile) heraus zu geben.] Bei einer Verschlechterung der Ware kann Wertersatz verlangt werden. Dies gilt nicht, wenn die Verschlechterung der Ware ausschließlich auf deren Prüfung - wie sie dem Verbraucher etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre - zurückzuführen ist."

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.12.2009, VI-II ZR 219/08

von Julian Höppner, LL.M., RA, JBB Rechtsanwälte

A. Problemstellung

Den Verbraucher bei Fernabsatzgeschäften zutreffend und in der richtigen Form über das ihm zustehende Widerrufs- oder Rückgaberecht zu belehren, bleibt in der Praxis eine schwierige Aufgabe. Besonders häufig sind unternehmerische Angebote auf eBay Gegenstand von Abmahnungen und gerichtlichen Verfahren. Die gerichtlichen Entscheidungen sind Legion, und auch die jüngsten gesetzgeberischen Bemühungen um die so genannte Musterwiderrufsbelehrung haben die Ausgangslage nur teilweise vereinfacht. Das Urteil des BGH fügt dem Mosaik der Rechtsprechung aus diesem Bereich nun ein weiteres interessantes Steinchen hinzu.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Tatsächlicher Ausgangspunkt der Entscheidung waren verschiedene, an Verbraucher gerichtete Angebote eines Unternehmers auf der Internethandelsplattform eBay. Der Anbieter wählte die Option des § 356 BGB und belehrte über das Rückgaberecht in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen, die – inhaltsgleich – für jedes seiner Verkaufsangebote Anwendung fanden. Der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände griff die Rückgabebelehrung auf Basis des UKlaG in dreierlei Hinsicht an. Zum einen hieß es zum Beginn der Rückgabefrist lediglich, diese beginne „frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung“ (im Folgenden „Klausel 1“). Zum anderen enthielt die Belehrung einen Absatz, wonach das Rückgaberecht „entsprechend § 312d Abs. 4 BGB unter anderen nicht bei Verträgen zur [Es folgen der Gesetzestext von § 312d Abs. 4 Nr. 1, 2 und 3 BGB, letzterer jedoch ohne Hinweis auf die Rückkaufnahme für den telefonischen Vertragsschluss]“ bestehe (im Folgenden „Klausel 2“). Zuletzt belehrte die Beklagte zu den Rückgabefolgen unter anderem dahin gehend, dass bei einer Verschlechterung der Kaufsache – wie in § 357 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB vorgesehen – Wertersatz verlangt werden könne (im Folgenden „Klausel 3“).

Nach Auffassung des BGH benachteiligten die Klauseln 1 und 3 den Verbraucher in der Tat unangemessen, da sie die Gefahr einer Irreführung des Verbrauchers mit sich brächten. Während das OLG München die Beklagte jedoch noch vollumfänglich zur Unterlassung verurteilt hatte,

hob der BGH das Berufungsurteil hinsichtlich der Klausel 2 auf.

Die Klausel 1 sei zum einen nicht unmissverständlich, da der Verbraucher nicht darauf hingewiesen werde, dass eine Belehrung erst dann erfolgt sei, wenn sie in Textform mitgeteilt worden sei. Zum anderen sei die Belehrung nicht umfassend gewesen, da zwar ersichtlich war, dass es neben den genannten noch andere Voraussetzungen für den Fristbeginn gibt („frühestens“), jedoch nicht darüber aufgeklärt wurde, um welche Voraussetzungen es sich handelt. Es sei zwar „der Revision zuzugeben, dass die Formulierung einer [umfassenden] Belehrung [...] Schwierigkeiten bereitet“. Wenn es möglich sei, aber wenigstens die gesetzlichen Voraussetzungen durch Hinweis auf die §§ 312c, 312e BGB zu nennen, müsse der Anbieter dies tun. Die Pflicht, auch auf die (weiteren) Voraussetzungen des Beginns der Rückgabefrist hinzuweisen, gelte für die Beklagte im Übrigen auch insofern, als der streitgegenständliche Belehrungstext in der Zeit vor der Neufassung der „Musterwiderrufsbelehrung“ vor dem 01.04.2008 verwendet wurde, weil die Belehrung auch nicht der vor dem 01.04.2008 geltenden Fassung der „Musterwiderrufsbelehrung“ entsprach.

Die Klausel 3 entspreche nicht der gesetzlichen Regelung, weil die Wertersatzpflicht auch bei (nur) bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme nach § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB eines entsprechenden Hinweises in Textform spätestens bei Vertragsschluss bedürfe. Das sei bei eBay aber von vornherein ausgeschlossen. Im Übrigen sei es für das abstrakte Klauselkontrollverfahren auch unerheblich, ob der Anbieter die Voraussetzung des § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB gegebenenfalls noch rechtzeitig anderweitig erfüllen könne. Denn dies sei „ein Merkmal der konkreten Fallgestaltung“ und daher nicht Bestandteil der zu prüfenden allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die Klausel 2 hingegen sei mit den Anforderungen des Gesetzes an die Rückgabebelehrung vereinbar. Die Beklagte habe, anders als der Kläger meinte, keineswegs bei jedem einzelnen Artikel gesondert angeben müssen, ob dem Verbraucher für diesen Artikel ein Widerrufsrecht zusteht. Anders als vom Kläger vertreten, habe die Beklagte in den Belehrungstext auch keine außerhalb des Notwendigen liegenden Erklärungen eingefügt, da auch die Informationen über die Ausschlussstatbestände mit Blick auf § 1 Nr. 10

der BGB-InfoV („Bestehen und Nichtbestehen“ des Rechts) ein Teil der Belehrung seien. Zudem erhalte der Verbraucher, würde ihm nur knapp mitgeteilt, dass hinsichtlich des betreffenden Produkts kein Widerrufsrecht bestehe, „deutlich weniger Informationen“, als wenn die Ausschlussstatbestände aufgeführt werden. Auf der anderen Seite müssten aber auch nicht alle gesetzlichen Ausschlussstatbestände aufgeführt werden, sofern bestimmte Tatbestände angesichts der Produktpalette von vornherein nicht relevant werden können. Gerade § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB könne im Übrigen schnell zu Missverständnissen führen. Zuletzt sei die Beklagte auch nicht deshalb zu verurteilen, weil sie nicht auf den neuen § 312d Abs. 4 Nr. 3 HS. 2 BGB hingewiesen habe. Schließlich ginge es im Verfahren nur um Vertragsschlüsse auf eBay, die grundsätzlich nicht per Telefon geschlossen werden.

C. Kontext der Entscheidung

Die Ergebnisse der Urteilsfindung sind sicherlich wenig überraschend. Dennoch sind die Urteilsgründe in einer Reihe von Aspekten von großem Interesse für die Praxis.

Bemerkenswert sind bereits die Ausführungen des BGH zu der nach wie vor relevanten Frage, wie die Widerrufsbelehrung vor der Einführung der „neuen Musterbelehrung“ im April 2008 auszusehen hatte. Nach einer Reihe von instanzgerichtlichen Entscheidungen, nach denen die Verwendung des alten Musters aus der Anlage zur BGB-InfoV nicht vor einer Verurteilung schützte (vgl. z.B. OLG Naumburg, Ur. v. 13.07.2007 - 10 U 14/07 - CR 2008, 247), äußert sich der BGH nun leider ein wenig kryptisch. Deutlich wird der 8. Zivilsenat nur insofern, als dass sich die Frage eines Schutzes durch die „alte“ Musterwiderrufsbelehrung nach seiner Auffassung jedenfalls dann nicht stellt, wenn das Muster gar nicht „1 zu 1“ verwendet wurde – also auch dann nicht, wenn die Belehrung über den Fristbeginn im konkreten Fall nicht von der Musterwiderrufsbelehrung abwich.

Weiterhin offen ist aber die interessantere Frage danach, was denn gilt, wenn das alte Muster tatsächlich exakt eingesetzt wurde. Hier lässt sich der BGH leider nicht in die Karten blicken, auch wenn man die entsprechende Passage der Urteilsbegründung vielleicht als vorsichtigen Hinweis zu Gunsten einer Schutzwirkung werten kann. Die Ausführungen des BGH enthal-

ten weiterhin zwar einen deutlichen Hinweis darauf, dass auch die „neue“ Musterwiderrufsbelehrung in der Anlage zur BGB-InfoV jedenfalls hinsichtlich des Fristbeginns in Wirklichkeit kaum als für den durchschnittlichen Verbraucher verständliche Belehrung gesehen werden kann. Gleichzeitig jedoch dürfen sich die Verwender des „neuen“ Musters nach dem Urteil wohl sicher sein, dass sie – anders als dies bei dem „alten“ Muster der Fall war – einen Belehrungstext nutzen, der von Wettbewerbern und Verbänden nicht angegriffen werden kann.

Die Entscheidung zu Klausel 3 ist entlang des Gesetzeswortlauts von § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB in Bezug auf das Ergebnis wohl zu erwarten gewesen. Schließlich wird bei Geschäften auf eBay jedenfalls bislang allenfalls nach Vertragsschluss in Textform belehrt. In einem Detail verdienen die Urteilsgründe dennoch besondere Erwähnung: Der 8. Zivilsenat untersagte der Beklagten die Nutzung der Klausel 3 grundsätzlich, und dies ausdrücklich eingedenk der Möglichkeit, dass die Beklagte die von § 357 Abs. 3 Satz 1 BGB geforderte rechtzeitige Hinweiserteilung in Textform tatsächlich leisten könnte. Dieses Ergebnis entspricht zwar der ständigen Rechtsprechung des BGH, nach welcher der Beklagte sich ja in etwaigen Folgeverfahren nach § 890 ZPO oder § 11 UKlaG darauf berufen könne, im Einzelfall keinen Verstoß gegen die dem Verbot zu Grunde liegende gesetzliche Vorschrift begangen zu haben (vgl. ausführlich BGH, Ur. v. 15.10.1991 - XI ZR 192/90 - NJW 1992, 179). Dieses Argument vermag indes nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen, dass der Verwender der Klausel, der bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls „alles richtig“ gemacht hat, dennoch die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat. Hier manifestiert sich die Gefahr, dass der Abstraktheit des Klauselkontrollverfahrens zu Lasten des jeweiligen Beklagten ein übergebührlig hohes Gewicht beigemessen wird. Schließlich wird der Beklagte die Verfahrenskosten über drei Instanzen sehr konkret erfahren.

Die Entscheidungsgründe zu Klausel 2 bieten für die Anbieter von Waren und Dienstleistungen im Internet jedoch Grund zum Aufatmen. Der BGH spricht die Anbieter zum einen von der Pflicht frei, abhängig vom angebotenen Einzelprodukt verschiedene allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden zu müssen. Hätte der Kläger auch in diesem Punkt obsiegt, hätte jeder Anbieter stets die rechtliche Wertung vorneh-

men müssen, ob ein bestimmter Ausschlussstatbestand für ein bestimmtes Produkt einschlägig ist oder nicht. Diese Wertung muss der Anbieter natürlich auch dann treffen, wenn ein Kunde ein Widerrufsrecht geltend macht, im Einzelfall möglicherweise aber einer der Fälle des § 312d Abs. 4 BGB einschlägig ist. Dieser Fall betrifft jedoch nur das Verhältnis zum jeweiligen Kunden. Der Kläger im vorliegenden Verfahren wollte dem Anbieter hingegen das generelle Risiko aufbürden, bestimmte gesetzliche Tatbestände auszuweisen – bei Gefahr von Abmahnungen und gerichtlichen Verfahren. Die daraus folgenden Risiken hätten für die Anbieter erhebliche Belastungen mit sich gebracht – während der Verbraucher sich bei der Einschätzung der ihm zustehenden Rechte in aller Regel an der rechtlichen Wertung des Anbieters orientiert hätte, was, wie der BGH zutreffend feststellt, für den Verbraucher im Zweifel sogar eher nachteilig wäre. Der Kläger hätte den Anbietern geschadet und dem Verbraucherschutz einen Bärendienst erwiesen.

Zum anderen ließ der 8. Zivilsenat in seiner Entscheidung zu Klausel 2 nun doch in gewisser Weise die Umstände des Einzelfalls einfließen. Es ist erfreulich, dass der – im Ergebnis abstrakte – Hinweis auf den 2. Halbsatz in § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB entbehrlich ist, wenn tatsächlich keine Bestellungen per Telefon vorgesehen sind. Ebenso zu begrüßen ist, dass nicht auch diejenigen Ausschlussstatbestände aufgeführt werden müssen, die mit Blick auf die Angebotspalette des Verwenders von vornherein nicht einschlägig sein können. Auch die Klarstellung, dass die abstrakte Möglichkeit des Missbrauchs von Klauseln nicht zu deren Unwirksamkeit führt, werden Verwender von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu schätzen wissen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Für Altfälle, die ihren Ausgangspunkt in der Zeit vor der Einführung der neuen „Musterwiderrufsbelehrung“ haben, wird ein wenig mehr Klarheit geschaffen. Sofern man damals nicht die „alte“ Musterwiderrufsbelehrung exakt wie vorgegeben verwendete, wird man zur Unterlassung verurteilt werden. Hinsichtlich der Ausschlussstatbestände nach § 312d Abs. 4 BGB werden die Anbieter auf der anderen Seite die weitgehend übliche Praxis fortsetzen können, in den Widerrufsbelehrungen alle für ihre Angebotspalette in Betracht kommenden Tatbestände zu nennen – wobei der BGH es natürlich keineswegs ausgeschlossen

hat, dass der Anbieter auch (zutreffend) erklären kann, es bestehe für den betreffenden Artikel kein Widerrufsrecht.

Hinsichtlich Klausel 3 wird das Urteil für viele der zu dieser Frage immer noch rechtshängigen Verfahren das Ergebnis vorgeben. Zu beachten ist jedoch, dass zum 11.06.2010 einer neuer Satz 2 in § 357 Abs. 3 BGB eingefügt wird, wonach ein Hinweis in Textform unverzüglich nach Vertragsschluss einem Hinweis bei Vertragsschluss gleichsteht, sofern zuvor in der Form des § 312c Abs. 1 BGB informiert wurde. Damit will der Gesetzgeber den „eBay-Vertragsschluss“ dem Einkauf in „normalen“ Onlineshops angleichen. Zudem wird sich in der Praxis erst noch zeigen müssen, was von § 357 Abs. 3 BGB nach dem Urteil des EuGH vom 03.09.2009 (C-489/07) noch bleiben wird. In dem vorliegenden Urteil waren die entsprechenden Fragen nicht zu prüfen (vgl. aber AG Mitte, Urt. v. 05.01.2010 - 5 C 7/09).

6

Verträge über IT-Projekte als Werkverträge

Leitsätze:

- 1. Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.**
- 2. Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.**
- 3. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszugehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.**

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Ob der Vertragsgegenstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erst noch herzustellen oder zu erzeugen ist, spielt für die Einord-

nung als Werkvertrag oder Kaufvertrag keine Rolle. Maßgebend ist nach dem Wortlaut des § 651 BGB allein, ob die Lieferung dieser Sache die wesentliche Vertragspflicht ist. Auch für Softwareprojekte gilt nicht per se etwas anderes.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23.07.2009, VII ZR 151/08

von Dr. Thomas Lapp, RA und Mediator, IT-Kanzlei dr-lapp.de

A. Problemstellung

Die Neuregelung des § 651 BGB im Zuge der Reform des Schuldrechts hat zu einer grundlegenden Änderung der Abgrenzung von Werkvertrag und Kaufvertrag geführt. Dies bleibt auch für das IT-Recht nicht ohne Folgen. Diese Frage hat sich inzwischen zu einem Klassiker unter den IT-rechtlichen Fragen herausgebildet. § 651 BGB a.F. regelte Verträge über die Herstellung eines Werkes aus einem vom Hersteller zu beschaffenden Stoff. Dafür gab es drei Alternativen (vgl. Schwenker in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 651 Rn. 2). Soweit Vertragsgegenstand eine vertretbare Sache war, wurde der Vertrag nach Kaufrecht behandelt. Soweit es um die Herstellung nicht vertretbarer Sachen ging, handelte es sich um einen Werklieferungsvertrag, also Werkvertragsrecht mit kaufrechtlichen Elementen. Soweit der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet war, fanden nach § 651 Abs. 2 BGB a.F. ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.

Seit 2002 gilt nunmehr die Neuregelung, die darauf abstellt, ob die Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden Sache Gegenstand des Vertrages ist. Die Norm bietet nur noch zwei Alternativen. Handelt es sich um vertretbare Sachen, gilt reines Kaufrecht, handelt es sich um nicht vertretbare Sachen, gelten bestimmte Modifikationen des Kaufrechts. Allerdings wurden nicht nur die Rechtsfolgen geändert, sondern auch die Tatbestandsvoraussetzungen. Maßgebend ist nun nicht mehr die Herstellung, sondern die Lieferung. Nur wenn die Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sache Vertragsgegenstand ist, kommt § 651 BGB zur Anwendung.

IT-Projekte als Kaufverträge anzusehen, widerstrebt den IT-Juristen, die darin stets Werkverträge gesehen haben. Verschiedene Ansätze wurden entwickelt, um beim gewohnten Werkvertrag verbleiben zu können.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin hatte für einen Auftraggeber in Russland eine Siloanlage zur Einlagerung von Gras pellets zu erstellen und auf einem von diesem zu errichtenden Fundament zu montieren. Die für die Erstellung der Siloanlage erforderlichen Teile und Materialien bestellte die Klägerin einschließlich einer prüffähigen Statik bei der Beklagten. Die Anlage wurde von der Klägerin in Russland errichtet. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die von der Beklagten gelieferten Silozellen eine zu geringe Blechdicke aufweisen und deshalb nicht hinreichend beulsicher sind. Das Landgericht hat dem Anspruch auf Nacherfüllung auf Basis des Werkvertragsrechts stattgegeben, die Berufung war ohne Erfolg. Der BGH beurteilt den Vertrag als Kaufvertrag mit der Folge, dass gemäß §§ 377, 381 Abs. 2 HGB eine Untersuchungs- und Rügepflicht bestanden habe, deren Nichtbeachtung zum Ausschluss der Gewährleistung führen kann.

Der BGH stellt zunächst den Wortlaut der neuen Fassung von § 651 BGB an den Anfang seiner Entscheidung. Die Bestimmung der Anlagenteile, von der Klägerin zusammengefügt und dann auf einem Grundstück fest installiert zu werden, steht der Einstufung als bewegliche Sachen nach der Entscheidung nicht entgegen (Rn. 13). Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind gemäß § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen (Rn. 14, m.w.N.). Der Erwägung, die Lieferung herzustellender beweglicher Sachen nicht nach Kauf-, sondern nach Werkvertragsrecht zu beurteilen, wenn sie zum Einbau in Bauwerke bestimmt sind, erteilt der BGH eine Absage (Rn. 15), da sich für eine an der Zweckbestimmung der beweglichen Sache orientierende Einschränkung des Anwendungsbereichs weder nach nationalem deutschem Recht noch aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Anhaltspunkte ergeben. Die daran geäußerte Kritik weist der BGH unter Verweis auf den klaren Wortlaut zurück, da der Wille des Gesetzgebers eindeutig dahin gehe, diejenigen „Werklieferungsverträge“, die nach altem Recht noch dem Werkvertrags-

recht unterstellt waren, nunmehr als Kaufverträge einzuordnen, was auch mit einer Angleichung an das UN-Kaufrecht begründet worden ist (BT-Drs. 14/6040, S. 268). Der BGH zeigt Verständnis dafür, dass es als Wertungswiderspruch empfunden wird, dass ein Vertrag mit demjenigen, der die Errichtung des Bauwerks schuldet und dazu die Bauteile herstellt und anliefert, nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist, während ein Vertrag mit demjenigen, der die Bauteile herstellt und lediglich anliefert, grundsätzlich nach Kaufrecht zu beurteilen ist. Dieser Widerspruch sei aber in § 651 BGB angelegt und gebe keinen Anlass, von der Anwendung abzuweichen (Rn. 17).

Auch die vereinbarten Planungsleistungen hat der BGH nicht als Argument für werkvertragliche Einordnung gelten lassen (Rn. 18). Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts sollte nicht nur die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber einen Mangel der alten Rechtslage beseitigen wollen, den er in der Unterscheidung zwischen der Herstellung und Lieferung von vertretbaren und unvertretbaren Sachen mit einer unübersichtlichen Verweisung auf einzelne Vorschriften des Kauf- und Werkvertragsrechts gesehen hat. Der Gesetzgeber wollte eine starke Vereinfachung des Rechts über die Werklieferung, die für sämtliche Verträge der in § 651 BGB bezeichneten Art gelten soll (Rn. 19). Dem Gesetz kann nach Ansicht des BGH keine Beschränkung derart entnommen werden, dass lediglich Verträge über die Lieferung von typischen Massengütern oder zum Verbrauch bestimmten Gütern erfasst sein sollten (Rn. 20).

Ob beispielsweise IT-Projektverträge, die wesentliche andere Leistungen, wie etwa Planungs-, Konstruktions-, Integrations- und Anpassungsleistungen umfassen (Rn. 22, m.w.N.), anders zu beurteilen seien, konnte der BGH offenlassen. Schließlich waren im aktuellen Fall Planungsleistungen im Wert von 1.500 € gegenüber den zu liefernden Anlagenteilen im Wert von 166.500 € nicht geeignet, das Gepräge des Vertrages nachhaltig zu bestimmen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung klärt einige Fragen der Abgrenzung von Werkvertrag und Kaufvertrag. Schweinow hat in zwei Beiträgen (CR 2009, 640; CR 2010, 1) vertreten, dass für Verträge über Software stets § 651 BGB angewendet wer-

de, was bei vertretbaren Sachen zur reinen Anwendung von Kaufrecht, bei nicht vertretbaren Sachen zur nach § 651 BGB modifizierten Anwendung der Regelungen des Kaufrechts führt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH hat etlichen Ansätzen zur Anwendung von Werkvertragsrecht für Verträge über Softwareprojekte oder Softwareerstellung den Boden entzogen. Der BGH hat sehr deutlich formuliert, dass der neue Wortlaut des Gesetzes für die Auslegung maßgebend ist und nicht umgedeutet werden soll. Wie ein roter Faden zieht sich die Betonung des Wortlauts durch die Entscheidung. Allerdings nimmt in der Entscheidung des BGH, wie auch im Wortlaut des § 651 BGB, die „Lieferung“ die zentrale Stelle ein. Demgegenüber stellen Schweinow (CR 2009, 640; CR 2010, 1), aber auch Schneider (ITRB 2010, 18) auf die „Herstellung“ als Kriterium ab. Entgegen dieser Ansicht ist der Entscheidung des BGH nicht zu entnehmen, dass Verträge über Softwareerstellung oder IT-Projekte nunmehr generell als Kaufverträge einzuordnen seien.

Hoeren (in: Festschrift Bartsch, S. 3) weist zu Recht auf die Verjährungsregel des § 634a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BGB für ein Werk hin, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht. Wäre bei allen Verträgen über die Herstellung von Sachen nach der Neufassung des § 651 BGB Kaufrecht (gegebenenfalls mit Modifikationen) anwendbar, bliebe dafür kein Anwendungsbereich mehr. Dem von Hoeren vorgeschlagenen Ausweg „gebt den Verbrauchern das Kauf- und den Unternehmern das Werkvertragsrecht!“ hat der BGH allerdings jetzt einen Riegel vorgeschoben. Es gibt weder im Wortlaut der Norm noch in der Entstehungsgeschichte einen Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber den neuen § 651 BGB nur auf Verbraucherverträge, nicht aber auf Verträge zwischen Unternehmern hätte anwenden wollen.

Mit dem BGH ist jedoch der Wortlaut stärker in den Blick zu nehmen, als dies in der bisherigen Diskussion geschehen ist. Verträge über die „Lieferung“ beweglicher Sachen sind nach dem neuen § 651 BGB Kaufverträge, auch wenn diese Sachen erst noch hergestellt bzw. erzeugt werden müssen. Typisches Beispiel für einen solchen Vertrag wäre die Bestellung eines neuen Pkws. Angesichts der umfangreichen Zubehörli-

ste insbesondere bei hochwertigen Fahrzeugen wird es nicht schwer fallen, ein Fahrzeug zusammenzustellen, welches es trotz Massenproduktion kein zweites Mal geben wird. Dennoch steht im Vordergrund des Vertrages die Lieferung, so dass der Vertrag ein Kaufvertrag ist. Ähnlich wird die Lieferung einer Einbauküche zu beurteilen sein. Demgegenüber wird bei einem Vertrag über eine Zahnkrone oder ein Implantat eindeutig die medizinische Leistung und nicht die Lieferung der herzustellenden Sache dem Vertrag das Gepräge (als Werkvertrag) geben.

Der BGH hat eindeutig Bestrebungen widersprochen, einzelne Branchen, wie etwa die Baubranche, aus dem Anwendungsbereich des § 651 BGB herauszunehmen. Auch für die Erstellung von Software und für IT-Projekte ist § 651 BGB daher grundsätzlich anwendbar. Dies bedeutet allerdings noch nicht die Anwendung von Kaufrecht. Vielmehr ist zu prüfen, was die wesentlichen vertraglichen Leistungen sind und insbesondere welche vertraglichen Leistungen dem Vertrag das Gepräge geben. Typische IT-Projekte sind dadurch gekennzeichnet, dass 30-50% des Gesamtaufwandes für den Projekterfolg als Mitwirkungsleistung vom Auftraggeber zu erbringen sind. Von den verbleibenden 50-70% sind oft nur 50% oder weniger für die Lieferung der Software anzusetzen, während die übrigen Leistungsanteile für Beratung, individuelle Anpassung, Schulung, Workshops zur Ermittlung der Anforderungen, etc. verwendet werden. Noch deutlicher wird das Problem bei Open Source Software. Im Gegensatz zu dem vom BGH entschiedenen Fall ist dann die Lieferung mit einem Anteil von weniger als 1/3 kaum als die den Vertrag prägende Leistung anzusehen.

Wer als Vertragspartner sichergehen möchte, dass sein Vertrag über die Erstellung von Software oder über ein IT-Projekt nicht als Kaufvertrag beurteilt wird, muss daher in erster Linie darauf achten, dass die vertraglichen Regelungen ausdrücklich diejenigen Leistungen benennen und zumindest in der Dimension quantifizierbar machen, die nicht die Lieferung einer herzustellenden Sache zum Gegenstand haben. Darüber hinaus sollten diejenigen Regelungen des Werkvertragsrechts, die im Einzelfall als wesentlich oder zumindest wünschenswert angesehen werden, ausdrücklich im Vertrag geregelt werden.

Ein Beispiel dafür ist die Abnahme. Auch bisher ist es in Projektverträgen üblich, eine Abnah-

me vorzuschreiben und zumindest deren grundsätzlichen Ablauf zu regeln. Eine solche Regelung wird auch in AGB durchaus möglich sein. § 307 Abs. 1 BGB erklärt Allgemeine Geschäftsbedingungen für unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Ist nach § 651 BGB Kaufrecht maßgebend, würde die gesetzliche Regelung im Regelfall die Übergabe und bei Handelskauf die Prüfpflicht nach § 377 HGB vorschreiben. Diese Abweichung wird eher für den Auftragnehmer nachteilig sein und damit in AGB eines Softwarehauses schon gar nicht der Klauselkontrolle unterliegen. In Einkaufsbedingungen wie den EVB-IT wird sich die Frage stellen, ob eine Regelung, die einhellig von der gesamten Literatur als angemessen angesehen wird, als unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners aufgefasst werden kann. Nach meiner Auffassung wird man eine unangemessene Benachteiligung zumindest bei einer umfassenden Abnahmeregelung, die die Definition von Testfällen, die gemeinsame Abnahmeprüfung, Qualifikation von Fehlern etc. regelt, nicht ohne weiteres begründen können.