

MiKaP
2008/07

Juli 2008 / 1. Jg.
Seite 73 bis 84

Herausgeber: Jochen Papenhausen
Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht

Inhalt

S. *IT- und Online-Recht / Internetrecht / Providerrecht / E-Commerce-Recht / Wettbewerbsrecht / Abmahnungsrecht*

74 KG Berlin: Willkürliche Gerichtsstandswahl rechtsmissbräuchlich

75 BGH: Verbotene Telefax-Werbung und E-Mail-Werbung / Begriff der Werbung

77 BGH: Unerlaubte E-Mail- und SMS-Werbung an Verbraucher / "Opt-out"-Erklärung

81 RA Papenhausen: Der Fachanwalt für IT-Recht (FA IT)

>> BGH: Unternehmen dürfen für Abmahnung Anwälte einschalten, s. [MiKaP 2008/06](#), S. 62

>> LG München I: Gegenabmahnungen ggf. rechtsmissbräuchlich, s. [MiKaP 2008/06](#), S. 64

S. *Markenrecht / Urheberrecht / Domainrecht / sonstiges Kennzeichenrecht / Softwarerecht / gewerblicher Rechtsschutz*

80 RA Papenhausen: Beschränkung der Gebühren einer Abmahnung auf 100 Euro / § 97a UrhG

>> Deutscher Bundestag: Abmahnung bei Urheberrechtsverletzungen, s. [MiKaP 2008/06](#), S. 70

S. *Telekommunikationsrecht / IT-Strafrecht / Vertragsrecht / AGB-Recht / Presserecht / Sonstiges Medienrecht*

83 OLG Hamburg: Namentliche Berichterstattung über Straftäter

>> Bundesregierung: Telekommunikations-Überwachung, s. [MiKaP 2008/05](#), S. 57

S. *Arbeitsrecht / Arbeitsvertragsrecht / Kündigungsrecht / Kündigungsschutzrecht / Arbeitszeugnis-Recht*

>> LG München I: Keine Haftung des Arbeitgebers für Filesharing, s. [MiKaP 2008/02](#), S. 21

Impressum:

MiKaP® ist eine Online-Veröffentlichung mit fortlaufenden Seiten für IT- und Medienrecht unter der Website <http://www.mikap.de>.

MiKaP® ist als Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt, München (DPMA), eingetragen.

Deutsche Bibliothek, Frankfurt am Main: ISSN 1866-1092. Zitiervorschlag: MiKaP® [Jahr], [Seite].

Verantwortlicher Herausgeber: Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht Jochen Papenhausen,
Ritterstr. 2, D-49074 Osnabrück, Telefon: 0541 - 99 899 788, Telefax: 0541 - 99 899 789,

E-Mail: post@kanzlei-papenhausen.de, Internet: <http://www.kanzlei-papenhausen.de>.

Das ausführliche Impressum können Sie unter der folgenden URL einsehen: <http://www.mikap.de>.

Sämtliche Publikationen sind dauerhaft abrufbar unter <http://www.mikap.de>.

Bitte beachten Sie auch die wichtigen Hinweise am Ende dieser Ausgabe inkl. Haftungsausschluss.

KG Berlin: Willkürliche Gerichtsstandswahl rechtsmissbräuchlich

Das KG Berlin¹ hat entschieden, dass eine willkürliche Gerichtsstandswahl rechtsmissbräuchlich sein kann.

Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der sogenannte fliegende Gerichtsstand ausgenutzt wird:

Zum Beispiel wenn mehrere Verfahren gegen Gegner fortwährend bei einem Gericht anhängig gemacht werden, welches jeweils eine erhebliche Entfernung zum Sitz des Gegners aufweist, ohne dass sachliche Gründe ersichtlich sind und offenbar nur aus dem Grunde, um beim Gegner hohe Reisekosten zu verursachen.

Eine solche Vorgehensweise lässt nach dem KG auf eine Schädigungsabsicht seitens des Klägers (oder des Antragstellers) schließen und stellt eine unverhältnismäßige Ausnutzung des § 32 ZPO² und der bei unerlaubten Handlungen deutschlandweiten Gerichtswahl dar (§ 32 ZPO definiert den besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Haftung).

Zu beanstanden sei es allerdings nicht, wenn der Kläger das Gericht mit der für ihn am günstigsten erscheinenden Rechtsprechung auswählt. Dies sei in der Regel eine zulässige Rechtsausübung.

Anmerkung von RA Papenhausen: Zu Recht wird der fliegende Gerichtsstand hier vom KG Berlin³ eingeschränkt.

Es wird heutzutage im Bereich von behaupteten Internetverstößen (derzeit noch) zumeist unter Heranziehung des § 32 ZPO an dem Gerichtsort geklagt, an dem eine für den Kläger (vermeintlich) günstige Rechtsprechung besteht.

§ 32 ZPO bestimmt den besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, d. h. dass für Klagen aus einer unerlaubten Handlung das Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Handlung begangen worden ist.

So kommt es zu einem sogenannten „fliegenden“ Gerichtsstand:

§ 32 ZPO wird hierbei mit der Argumentation ausgenutzt, dass ein behaupteter Rechtsverstoß im Internet *bundesweit* abgerufen werden kann. Daher sei auch eine bundesweite Zuständigkeit aller deutschen Zivilgerichte gegeben.

Gegen eine solche Ausuferung einer Allzuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit wenden sich jedoch immer mehr Gerichte:

¹ KG Berlin, Beschluss vom 25.01.2008, Az. 5 W 371/07, WRP 2008, 511.

² § 32 ZPO bestimmt den besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.

³ KG Berlin, Beschluss vom 25.01.2008, Az. 5 W 371/07, siehe oben.

Gerichte wie etwa das OLG Bremen⁴, OLG Celle⁵, OLG Köln⁶, LG Hannover⁷, LG Potsdam⁸, LG Krefeld⁹, LG Mosbach¹⁰, AG Charlottenburg¹¹, AG Luckenwalde¹² und auch die juristische Fachliteratur¹³ und ZPO-Kommentare¹⁴ schränken mit unterschiedlichen Begründungen den fliegenden Gerichtsstand ein (weiter als der oben besprochene Beschluss des KG Berlin¹⁵):

Der Verletzungsort für behauptete unerlaubte Handlungen im Internet sei auf solche Gebiete zu beschränken, in denen sich die Verletzungshandlung bestimmungsgemäß¹⁶ auswirken sollte; die Auffassung, wonach der Erfolgsort überall sei, da das Internet weltweit abrufbar ist, führe zu einer Sinnentleerung¹⁷ des § 32 ZPO, da es in solchen Fällen an der für § 32 ZPO erforderlichen räumlichen Bestimmbarkeit des besonderen Gerichtsstands der unerlaubten Handlung fehlen würde¹⁸.

BGH: Verbotene Telefax-Werbung und E-Mail-Werbung

Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs¹⁹ (u. a. zuständig für das Wettbewerbsrecht) hatte in zwei Fällen über unerwünschte Werbung per Telefax und per E-Mail zu entscheiden und dabei zu klären, ob eine Nachfrage nach Dienstleistungen oder Waren auch bereits eine unerlaubte Telefax-Werbung oder einen E-Mail-SPAM darstellt:

Laut der Pressemitteilung Nr. 136/2008²⁰ des Bundesgerichtshofes lagen dem Urteil folgender Sachverhalt und folgende rechtliche Aspekte zu Grunde:

„In dem ersten Fall hatte ein Fahrzeughändler per Telefax bei einer Toyota-Vertretung sein Interesse zum sofortigen Ankauf von drei bestimmten Toyota-Modellen - neu oder gebraucht - bekundet. Im zweiten Fall hatte der Anbieter eines Online-Fußballspiels per E-Mail bei einem kleineren Fußballverein angefragt, ob er auf der Website des Vereins ein Werbebanner für sein Produkt gegen Umsatzprovision platzieren dürfe.

⁴ OLG Bremen, Urteil vom 17.02.2000, Az. 2 U 139/99, EWiR 2000, 651.

⁵ OLG Celle, Beschluss vom 17.10.2002, Az. 4 AR 81/02, OLGR Celle 2003, 47.

⁶ OLG Köln, Beschluss vom 30.10.2007, Az. 6 W 161/07, GRUR-RR 2008, 71, WRP 2008, 144.

⁷ LG Hannover, Beschluss vom 28.04.2006, Az. 9 O 44/06.

⁸ LG Potsdam, Urteil vom 04.07.2001, Az. 52 O 11/01, MMR 2001, 833.

⁹ LG Krefeld, Urteil vom 14.09.2007, Az. 1 S 32/07, K&R 2007, 596, MMR 2007, 344.

¹⁰ LG Mosbach, Beschluss vom 28.06.2007, Az. 1 T 22/07, K&R 2007, 486.

¹¹ AG Charlottenburg, Beschluss vom 19.12.2005, Az. 209 C 1015/05, MMR 2006, 254.

¹² AG Luckenwalde, Beschluss vom 16.04.2007, Az. 12 C 19/07, K&R 2007, 344.

¹³ Danckwerts, Örtliche Zuständigkeit bei Urheber-, Marken- und Wettbewerbsverletzungen im Internet - Wider einen ausufernden "fliegenden Gerichtsstand" der bestimmungsgemäßen Verbreitung, in: GRUR 2007, 104 ff.

¹⁴ Zöller, ZPO-Kommentar, 25. Auflage, § 32, Rn. 17: Bei Internet-Werbung genüge der Abrufort als solcher noch nicht.

¹⁵ KG Berlin, Beschluss vom 25.01.2008, Az. 5 W 371/07, siehe oben.

¹⁶ So. u. a. OLG Bremen, Urteil vom 17.02.2000, Az. 2 U 139/99, EWiR 2000, 651; LG Krefeld, Urteil vom 14.09.2007, Az. 1 S 32/07; LG Mosbach, Beschluss vom 28.06.2007, Az. 1 T 22/07; LG Mosbach, Beschluss vom 28.06.2007, Az. 1 T 22/07; siehe oben.

¹⁷ So. u. a. OLG Bremen, Urteil vom 17.02.2000, Az. 2 U 139/99, EWiR 2000, 651.

¹⁸ OLG Bremen, Urteil vom 17.02.2000, Az. 2 U 139/99, EWiR 2000, 651.

¹⁹ BGH, Urteil vom 17.07.2008, Az. I ZR 75/06, „Royal Cars“ und BGH, Urteil vom 17.07.2008, Az. I ZR 197/05, „FC Troschenreuth“; siehe auch Pressemitteilung des BGH Nr. 136/2008 (folgende Fußnote).

²⁰ Pressemitteilung Nr. 136/2008 des Bundesgerichtshofes unter <http://www.bundesgerichtshof.de/>; die Urteile werden in Kürze auf der Internetseite des BGH veröffentlicht.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine Werbung unter Verwendung von Faxgeräten oder E-Mail als unzumutbare Belästigung verboten, wenn keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Das Gesetz unterscheidet dabei nicht zwischen privaten und gewerblichen Adressaten. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr entschieden, dass auch gewerbliche Anfragen nach Waren oder Dienstleistungen "Werbung" im Sinne dieser Vorschrift sind.

Für das Schutzbedürfnis des Inhabers eines Telefax- oder E-Mail-Anschlusses sei es unerheblich, ob er unaufgefordert Kaufangebote für Waren oder Dienstleistungen erhält oder ihm Anfragen zugehen, in denen etwa Immobilien oder Antiquitäten nachgefragt werden. Der Bezug von Waren und Dienstleistungen, die ein Unternehmen für seine Geschäftstätigkeit auf dem Markt benötige, diene zudem mittelbar der Förderung seines Absatzes.

Damit kam es auf die Frage an, ob die Adressaten in den beiden Fällen sich damit einverstanden erklärt hatten, dass ihnen über das Telefaxgerät oder per E-Mail Angebote zugehen. Der Bundesgerichtshof ist im Fall der Toyota-Vertretung davon ausgegangen, diese habe mit der Veröffentlichung der Nummer des Telefaxanschlusses in allgemein zugänglichen Verzeichnissen ihr Einverständnis erklärt, dass Kunden den Anschluss bestimmungsgemäß für Kaufanfragen nutzten, die sich auf die übliche Verkaufstätigkeit des Unternehmens bezögen. Sofern sich nicht im Einzelfall etwas anderes aus den Umständen ergebe, erstrecke sich dieses Einverständnis auch auf Anfragen gewerblicher Nachfrager. Entsprechendes gelte, wenn ein Unternehmen seine E-Mail-Adresse - etwa auf seiner Homepage -veröffentliche. Die Faxnummer und die E-Mail-Adresse eines Unternehmens seien gerade dazu bestimmt, Anfragen hinsichtlich des Waren- oder Leistungsangebots entgegenzunehmen.

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Bundesgerichtshof die Anfrage des Fahrzeughändlers an die Toyota-Vertretung nicht als wettbewerbswidrig angesehen, weil insofern von einer konkludenten Einwilligung auszugehen sei. Hingegen hat der Bundesgerichtshof in der Anfrage hinsichtlich des Werbebanners für ein Online-Fußballspiel eine belästigende Werbemaßnahme gesehen, die zu untersagen sei. Weder gehöre das Angebot von Bannerwerbung gegen Entgelt auf der eigenen Homepage zum typischen Vereinszweck eines Fußballvereins, noch sei die von einem Fußballverein auf seiner Homepage zur Kontaktaufnahme angegebene E-Mail-Adresse für derartige Anfragen bestimmt.“

Anmerkung von RA Papenhausen: Zu Recht differenziert der BGH in den beiden o. g. Urteilen im Bereich der zu vermutenden Einwilligung und geht dabei insbesondere darauf ein, für welchen Zweck ein Telefax-Anschluss bestimmungsgemäß der Öffentlichkeit angeboten wird.

Der BGH hatte ferner entschieden, dass eine unaufgeforderte Faxwerbung gegenüber Gewerbetreibenden grundsätzlich rechtswidrig ist, auch wenn Telefaxsendungen immer häufiger unmittelbar auf einen PC geleitet und daher nicht mit einem herkömmlichen Faxgerät ausgedruckt

würden²¹, vgl. hierzu auch [MiKaP 2008/01](#), S. 11, mit weiterer Rechtsprechung u. a. des OLG Hamm²².

Eine per Telefax unaufgefordert übermittelte Werbung sei grundsätzlich als wettbewerbswidrig anzusehen²³.

BGH: Unerlaubte E-Mail- und SMS-Werbung an Verbraucher / "Opt-out"-Erklärung teilunwirksam

Der 8. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs²⁴ hatte über SMS- und E-Mail-Werbung an Verbraucher zu entscheiden und dabei zu klären, ob die sog. "Opt-out"-Erklärung wirksam ist.

Laut der Pressemitteilung Nr. 135/2008²⁵ des Bundesgerichtshofes lagen dem Urteil folgender Sachverhalt und folgende rechtliche Aspekte zu Grunde:

„Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Der Beklagte unterhält das Kundenbindungs- und Rabattsystem "Payback". Der Kläger nimmt den Beklagten im Wesentlichen auf Unterlassung der Verwendung dreier Klauseln in Anspruch, die dieser in Papierformularen verwendet, mit denen sich Verbraucher zur Teilnahme am Rabattprogramm anmelden können. Das Berufungsgericht²⁶ hat die Verwendung der Klauseln nicht beanstandet.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers hatte zum Teil Erfolg.“

Daher hat der BGH laut seiner Pressestelle „eine vom Beklagten verwendete Klausel, die die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post, E-Mail und SMS betrifft, für unwirksam erklärt, soweit sie E-Mail und SMS betrifft (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Eine Klausel, wonach die Angabe des Geburtsdatums für die Teilnahme am "Payback"-Programm benötigt werde, sowie eine Formularbestimmung, die die Meldung der Rabattdaten für die Verwaltung und Auszahlung der Rabatte zum Gegenstand hat, hat der Bundesgerichtshof nicht beanstandet, weil sie keine von Rechtsvorschriften abweichenden Regelungen enthalten (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).

1. Die mit "Einwilligung in Werbung und Marktforschung" überschriebene Einwilligungsklausel lautet:

"Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete Werbung (z. B. Informationen über Sonderangebote,

²¹ BGH, Urteil vom 01.06.2006, Az. I ZR 167/03, WM 2006, 2280, NJW 2006, 3781.

²² OLG Hamm, Beschluss vom 22.05.2007, Az. 27 W 58/06, OLGR Hamm 2007, 660.

²³ BGH, Urteil vom 01.06.2006, Az. I ZR 167/03, WM 2006, 2280, NJW 2006, 3781.

²⁴ BGH, Urteil vom 16.07.2008, Az. VIII ZR 348/06; siehe auch Pressemitteilung des BGH Nr. 135/2008 (folgende Fußnote).

²⁵ Pressemitteilung Nr. 135/2008 des Bundesgerichtshofes unter <http://www.bundesgerichtshof.de>; die Urteile werden in Kürze auf der Internetseite des BGH veröffentlicht.

²⁶ Anmerkung Red.: Das Berufungsgericht war das OLG München, Urteil vom 28.09.2006, Az. 29 U 2769/06, VuR 2006, 449.

Rabattaktionen) per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der Marktforschung ausschließlich von der L. Partner GmbH und den Partnerunternehmen gemäß Nummer 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz gespeichert und genutzt werden. ... Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird. ..."

Die verwendete Klausel unterscheidet zwischen Werbung per Post, E-Mail und SMS. Im Hinblick auf die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post war die Bestimmung an den §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu messen, die besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung aufstellen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Einwilligungsklausel unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden ist. Aus § 4a BDSG ergibt sich insbesondere nicht, dass die Einwilligung nur dann wirksam sein soll, wenn sie in der Weise "aktiv" erklärt wird, dass der Verbraucher eine gesonderte Einwilligungserklärung unterzeichnen oder ein für die Erteilung der Einwilligung vorzusehendes Kästchen ankreuzen muss ("Opt-in"-Erklärung). Vielmehr folgt aus § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG,²⁷ dass die Einwilligung auch zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden kann, sofern sie – wie hier – besonders hervorgehoben wird.

Dagegen ist die hier verwendete Einwilligungsklausel unwirksam, soweit sie sich auf die Einwilligung in die vom Beklagten erstrebte Datennutzung für Werbung durch E-Mail oder SMS bezieht. Insoweit greift zusätzlich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ein. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG²⁸ stellt unter anderem Werbung unter Verwendung elektronischer Post (E-Mail und SMS) eine unzumutbare Belästigung dar, sofern keine Einwilligung des Adressaten vorliegt.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat - in Abstimmung mit dem für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zuständigen I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs - entschieden, dass Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post nicht erteilen will ("Opt-out"-Erklärung), mit dieser Vorschrift nicht vereinbar sind. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt, dass die Einwilligung durch eine gesonderte Erklärung erteilt wird ("Opt-in"-Erklärung).

Das Erfordernis einer gesonderten Erklärung ergibt sich aus der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG), die der deutsche Gesetzgeber mit der Regelung des § 7 UWG umsetzen wollte. Nach dieser Richtlinie kann die Einwilligung in jeder geeigneten Weise gegeben werden, durch die der Wunsch des Nutzers in einer "spezifischen Angabe" zum Ausdruck kommt. Diese Formulierung macht deutlich, dass eine gesonderte, nur auf die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Zustimmungserklärung des Betroffenen erforderlich ist. Eine solche Erklärung ist nicht schon in

²⁷ Anmerkung laut Pressestelle des BGH: „§ 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG lautet: "Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.“

²⁸ Anmerkung laut Pressestelle des BGH: „§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bestimmt: "Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen bei einer Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post, ohne dass eine Einwilligung der Adressaten vorliegt.“

der Unterschrift zu sehen, mit der der Kunde das auf Rabattgewährung gerichtete Vertragsangebot annimmt.

Eine gesonderte Einwilligungserklärung sieht das von dem Beklagten verwendete Anmeldeformular nicht vor. Der Verbraucher kann in dem Formular zwar seine E-Mail-Adresse oder Mobilfunknummer angeben. Damit willigt er nach der Formulargestaltung aber nur in die elektronische Information über "Extra-Punktechancen, Top-Aktionen und Neuigkeiten zu Payback ..." ein, nicht aber in die Zusendung von Werbung jeglicher Art durch elektronische Post.

2. Die zweite, vom Kläger allerdings ohne Erfolg angegriffene Klausel sieht vor:

"Wenn Sie am Payback Programm teilnehmen, werden ... Ihr Geburtsdatum ... benötigt. ..."

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass diese Bestimmung gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle unterliegt. Die Angabe des Geburtsdatums dient der Zweckbestimmung des Vertrags des Beklagten mit dem Verbraucher (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BDSG).²⁹ Schon angesichts der Vielzahl der Teilnehmer am Payback-Programm gehört eine praktikable und gleichzeitig sichere Methode der Identifizierung der Programmteilnehmer zu den Vertragszwecken. Die Angabe des vollständigen Geburtsdatums ist bei einem Bonusprogramm, welches nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rund dreißig Millionen Teilnehmer hat, zur Vermeidung von Identitätsverwechslungen in besonderer Weise geeignet.

3. Die dritte Klausel, die Gegenstand des Revisionsverfahrens war, lautet:

"Setzen Sie Ihre Payback-Karte bei einem Partnerunternehmen ein, so meldet dieses die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen ...) an L. Partner zur Gutschrift, Abrechnung gegenüber den Partnerunternehmen, Verwaltung und Auszahlung der Rabatte."

Der Bundesgerichtshof hat die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, dass auch diese Formularbestimmung nicht der Inhaltskontrolle unterliegt (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die Mitteilung der Rabattdaten durch das Partnerunternehmen dient, auch soweit es um eine Mitteilung der von den Teilnehmern unter Einsatz der Payback-Karte erworbenen Waren und Dienstleistungen geht, ebenfalls der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses des Beklagten mit den Teilnehmern des Rabatsystems (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BDSG). Die dem Bonusprogramm angeschlossenen Partnerunternehmen können von einer Vielzahl unterschiedlicher Rabattierungsmöglichkeiten Gebrauch machen, die speziell von der jeweiligen Ware bzw. Dienstleistung abhängen können. Angesichts dessen bedarf der Beklagte der Kenntnis der vom Kunden bei dem Partnerunternehmen erworbenen Waren bzw. in Anspruch genommenen Dienstleistungen, um den Kunden über deren Punktestand vollständig, richtig, verständlich und nachprüfbar Auskunft geben zu können."

²⁹ Anmerkung laut Pressestelle des BGH: „§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG regelt: "Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses ... mit dem Betroffenen dient."

Anmerkung von RA Papenhausen:

Zur unerlaubten Werbung siehe bereits Anmerkung in dieser Ausgabe ab Seite 76 sowie [MiKaP 2008/01](#), S. 11, mit weiterer Rechtsprechung des OLG Hamm³⁰ u. a.

RA Papenhausen: Beschränkung der Gebühren einer Abmahnung auf 100 Euro / § 97a UrhG

Nach dem neuen § 97a Urhebergesetz (UrhG) werden die Gebühren einer urheberrechtlichen Abmahnung auf EUR 100,00 beschränkt.

Der neue § 97a UrhG wird ab dem 01.09.2008 Anwendung finden³¹ und lautet wie folgt:

„§ 97a Abmahnung

(1) Der Verletzte soll den Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungserklärung beizulegen. Soweit die Abmahnung berechtigt ist, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden.

(2) Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung beschränkt sich in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 100 Euro.“

Der Abs. 2 des neuen § 97a UrhG macht deutlich, dass der Anwendungsbereich nur sehr eingeschränkt gilt. Der Verletzer hat dem Verletzten nur dann EUR 100,00 an Abmahnungskosten zu zahlen

- bei der erstmaligen Abmahnung,
- in einem einfach gelagerten Fall,
- bei einer unerheblichen Rechtsverletzung und
- außerhalb des geschäftlichen Verkehrs.

Der neue § 97a UrhG kommt daher grundsätzlich nur Verbrauchern zu Gute, die gegenüber dem Rechte-Inhaber einmalig einen nicht wesentlichen Urheberrechtsverstoß begangen haben, der zumal noch einfach gelagert sein muss.

Zu den weiteren Einzelheiten und zu interessanten Beispielen seitens des Justizministeriums wird auf den [MiKaP 2008/06](#), ab Seite 70, verwiesen.

³⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 22.05.2007, Az. 27 W 58/06, OLGR Hamm 2007, 660.

³¹ Das vom Deutschen Bundestag beschlossene „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ ist am 11.07.2008 verkündet worden und tritt ab dem 01.09.2008 in Kraft, s. a. BGBl. I 2008, 1191 ff. (1202).

RA Papenhausen: Der Fachanwalt für IT-Recht (FA IT)

Der Fachanwalt für Informationstechnologierecht (Fachanwalt für IT-Recht) wurde als neue Fachanwaltsbezeichnung im Jahre 2006 eingeführt.

Insgesamt bestehen derzeit 19 Fachanwaltschaften, u. a. der Fachanwalt für Arbeitsrecht, für gewerblichen Rechtsschutz, für IT-Recht, für Urheber- und Medienrecht etc.

Von den 146.910 Rechtsanwälten in Deutschland sind 32.747 Fachanwälte³², d. h. gut 20 % der Anwälte haben einen Fachanwaltstitel erworben, wobei manche Rechtsanwälte auch mehrfach Fachanwälte sind.

Anfang 2008 waren bundesweit erst 71 Fachanwälte für IT-Recht zugelassen. Zum Vergleich: Zu diesem Zeitpunkt gab es 7.669 Fachanwälte für Arbeitsrecht und 7.474 Fachanwälte für Familienrecht³³.

Die Fachanwaltsordnung (FAO) bestimmt die Zulassungs-Voraussetzungen für die Fachanwälte:

So muss ein Anwalt besondere theoretische Kenntnisse und besondere praktische Erfahrungen nachweisen.

Diese liegen nach § 2 FAO vor, wenn sie auf dem Fachgebiet erheblich das Maß dessen übersteigen, das üblicherweise durch die berufliche Ausbildung und praktische Erfahrung im Beruf vermittelt wird.

Konkret muss der Bewerber einer Fachanwaltschaft grundsätzlich

- innerhalb der letzten drei Jahre im Fachgebiet als Rechtsanwalt tätig gewesen sein,
- an einem fachspezifischen Lehrgang mit mindestens 120 Zeitstunden teilnehmen,
- mindestens drei schriftliche Leistungskontrollen (Aufsichtsarbeiten) erfolgreich absolvieren,
- die mindestens 15 Zeitstunden umfassen (daher zumeist 3 Klausuren á 5 Stunden),
- und besondere praktische Erfahrungen nachweisen.

Ein Bewerber für den Fachanwalt IT-Recht muss als besondere praktische Erfahrungen insgesamt 50 Fälle aus bestimmten IT-rechtlichen Bereichen nachweisen, vgl. § 14k FAO:

- Vertragsrecht der Informationstechnologien, einschließlich der Gestaltung individueller Verträge und AGB,
- Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs, einschließlich der Gestaltung von Provider-Verträgen und Nutzungsbedingungen (Online-/Mobile Business),
- Grundzüge des Immaterialgüterrechts im Bereich der Informationstechnologien, Bezüge zum Kennzeichenrecht, insbesondere Domainrecht,

³² Stand 01.01.2008, Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer (kurz: BRAK-Mitteilungen) 3/2008, Seite 116.

³³ BRAK-Mitteilungen 3/2008, Seite 117.

- Recht des Datenschutzes und der Sicherheit der Informationstechnologien einschließlich Verschlüsselungen und Signaturen sowie deren berufsspezifischer Besonderheiten,
- Das Recht der Kommunikationsnetze und -dienste, insbesondere das Recht der Telekommunikation und deren Dienste,
- Öffentliche Vergabe von Leistungen der Informationstechnologien (einschließlich e-Government) mit Bezügen zum europäischen und deutschen Kartellrecht,
- Internationale Bezüge einschließlich Internationales Privatrecht,
- Besonderheiten des Strafrechts im Bereich der Informationstechnologien,
- Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung.

Jede Rechtsanwaltskammer bildet einen Ausschuss³⁴, der die Voraussetzungen der besonderen praktischen Erfahrungen, d. h. insbesondere die Fallliste der Bewerber für den Fachanwalt für IT-Recht überprüft.

Es ist aber auch möglich, einen gemeinsamen kammerübergreifenden Ausschuss zu bilden:

Die Rechtsanwaltskammern Braunschweig, Bremen, Celle, Oldenburg und Schleswig-Holstein zum Beispiel haben einen gemeinsamen Ausschuss für die Zulassung der Berufsbezeichnung „Fachanwalt für IT-Recht“ gebildet.

Diesem Fachausschuss gehört (für die Rechtsanwaltskammer Oldenburg) als stellv. Mitglied der Herausgeber dieser Online-Veröffentlichung MiKaP an³⁵.

Wer eine Fachanwaltsbezeichnung führt, muss sich jährlich fortbilden, d. h. nach § 15 FAO jährlich auf diesem Gebiet wissenschaftlich publizieren oder mindestens an einer anwaltlichen Fortbildungsveranstaltung dozierend oder hörend mit mindestens zehn Zeitstunden teilnehmen.

Manche Rechtsanwälte nennen sich daneben auch „Spezialist für IT-Recht“ o. ä.

Eine solche Bezeichnung hat mit einer Fachanwaltschaft nichts zu tun und stellt ggf. eine irreführende Werbung in der Öffentlichkeit dar³⁶:

Eine solche Werbung verstößt gegen § 7 Abs. 1 Satz 2 BO³⁷ i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG, wenn der Rechtsanwalt keine entsprechenden Nachweise über Kenntnisse erbringen kann, die sich nicht nur vom Durchschnitt abheben, sondern den Durchschnitt zudem *weit* übersteigen.

Das Gleiche gilt für die praktischen Erfahrungen auf dem fraglichen Fachgebiet³⁸.

³⁴ Ausschuss für die Zulassung der Berufsbezeichnung Fachanwalt für Informationstechnologierecht (IT-Recht).

³⁵ Stand 01.07.2008.

³⁶ OLG Stuttgart, Urteil vom 24.01.2008, Az. 2 U 91/07, BRAK-Mitteilungen 3/2008, Seite 141: „Spezialist für Mietrecht“.

³⁷ BO ist die Abkürzung für die Berufsordnung der Rechtsanwälte, auch BORA abgekürzt.

³⁸ OLG Stuttgart, Urteil vom 24.01.2008, Az. 2 U 91/07, BRAK-Mitteilungen 3/2008, Seite 141.

Die Begriffe wie „Spezialist für IT-Recht“, „Experte für IT-Recht“, „Fachjurist für IT-Recht“ o. ä. sind daher geeignet, die Öffentlichkeit über die tatsächlichen Befähigungen oder über Berufszulassungen zu täuschen, da eine Assoziation zum Fachanwalt nahe liegt.

Sofern sich ein Rechtsanwalt tatsächlich in einem Fachgebiet spezialisiert hat, steht es ihm natürlich frei, die Zulassung zum Fachanwalt regulär zu durchlaufen.

OLG Hamburg: Berichterstattung über Straftäter

Das OLG Hamburg³⁹ hatte im Rechtsbereich Presse, Funk und Fernsehen zu entscheiden, ob über einen Straftäter unter dessen Namensnennung Bericht erstattet werden darf.

Das OLG Hamburg meint hierzu, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht einem verurteilten Straftäter keinen Anspruch gebe, dass nach einem gewissen Zeitraum die Tat überhaupt nicht mehr in der Öffentlichkeit angesprochen werden darf.

Wenn eine Haftentlassung des Straftäters noch nicht absehbar ist, dann könne eine Gefahr, die durch die Berichterstattung unter der Namensnennung des Straftäters, für dessen Resozialisierung nur als gering einzustufen sein.

Die Möglichkeit der Kenntnisnahme von anderen Insassen oder Bediensteten der Strafanstalt rechtfertigt grundsätzlich kein Verbot der Berichterstattung.

Wichtige Hinweise:

MiKaP ist als Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt, München (DPMA), angemeldet und genießt mit der Veröffentlichung im deutschen Markenblatt entsprechenden Markenschutz.

Die in der Publikation enthaltenen Inhalte, Anmerkungen und Beiträge sind ferner urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Speicherung etc. auch nur auszugsweise ist außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ohne Zustimmung des Herausgebers unzulässig und ggf. strafbar. Soweit die Leitsätze der Gerichtsentscheidungen vom Herausgeber oder von sonstigen Autoren bearbeitet wurden, genießen auch diese urheberrechtlichen Schutz.

³⁹ OLG Hamburg, Urteil vom 18.12.2007, Az. 7 U 77/07, OLG Hamburg 2008, 214.

Mit Namen gekennzeichnete Inhalte und sonstige Gastbeiträge stellen nicht unbedingt die Ansicht des Herausgebers dar.

Eine konkrete rechtliche Beratung kann diese Publikation nicht ersetzen. Alle Angaben sind ohne Gewähr und ohne Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit.