

## Download-Fallen im Internet aus der Perspektive der Software-Hersteller

Auch wenn die Quellen-Telekommunikationsüberwachung das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme nicht unmittelbar betrifft, so ist dennoch bei der Beurteilung des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG durch Infiltration eines informationstechnischen Systems zu Zwecken der Telekommunikationsüberwachung das Schutzinteresse an der Unverletzlichkeit des genutzten Systems zu berücksichtigen. Danach bedeutet bereits die bloße Infiltration eines Computers einen schwerwiegenden Eingriff. Mit der Infiltration des informationstechnischen Systems ist die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen (BVerfG v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, NJW 2008, 822 – Rz. 188). Die bei der Einschleusung eines Telekommunikationsüberwachungsprogramms zum Einsatz kommenden Techniken sind mit denen bei einer unzulässigen Onlinedurchsuchung vergleichbar (BT-Drucks. 16/6535, 16/6885). Auch wenn das zur Infiltration eingesetzte Instrument im konkreten Fall nicht geeignet ist, weitergehende Erkenntnisse aus Datenbeständen des informationstechnischen Systems zu ziehen oder überhaupt nicht-kommunikationsbezogene Daten zur Kenntnis zu nehmen, so ist doch schon durch die heim-

liche Installation eine Grenzverletzung im Bereich der Integrität des informationstechnischen Systems vorgenommen, die das Vertrauen des Nutzers in das System erheblich zu beeinträchtigen vermag. Angesichts der Sensibilität und Fülle, die der Datenbestand eines (erst recht eines an einem Netzwerk angeschlossenen) informationstechnischen Systems aufweisen kann und angesichts der weitreichenden Rückschlüsse auf die Persönlichkeit seines Nutzers, die dieser Datenbestand ermöglichen kann, ist schon die Infiltration des Systems als schwerwiegender Grundrechtseingriff zu bewerten. Er ist ohne spezielle gesetzliche Eingriffsregelung nicht hinnehmbar. Das vom Nutzer in die Unverletzlichkeit eines informationstechnischen Systems gesetzte Vertrauen darf angesichts der Sensibilität der dort auffindbaren Daten nicht ohne parlamentarische Regelung unterlaufen werden.

**Anm. d. Red.:** Die redaktionellen Informationen zum Sachverhalt wurden vom Einsender verfasst.

*Eingesandt von Dr. Szebrowski, RiAG Hamburg.*



## Medienrecht

*Daniel Hövel/Hauke Hansen*

### Download-Fallen im Internet aus der Perspektive der Software-Hersteller

#### Eine Analyse marken-, urheber- und wettbewerbsrechtlicher Ansprüche

*Kosten- oder Abofallen im Internet bedienen sich fremden geistigen Eigentums, um die eigenen Angebote mit attraktiven Inhalten zu füllen. Diese Übernahme fremder Leistungen ist ein grundlegender Teil ihres Geschäftsmodells. Ungeachtet dessen sind bei der rechtlichen Bewertung dieser Angebote die zugunsten der Hersteller streitenden marken-, urheber- und wettbewerbsrechtlichen Normen im Gegensatz zu verbraucherschützenden Regelungen weitgehend unbeachtet geblieben. Dabei bieten gerade diese Rechtsgebiete effiziente Möglichkeiten, um zivil- und strafrechtlich gegen die Betreiber vorzugehen. Am Beispiel der Download-Fallen untersuchen die Autoren die Rechtswidrigkeit von Kostenfallen im Internet aus der Perspektive des Immaterialgüterrechts und zeigen strafrechtliche Sanktionsmöglichkeiten auf.*

#### I. Hintergrund

Download-Fallen bieten im Internet das Herunterladen von Computerprogrammen an. Angeboten werden von den Betreibern keine selbst entwickelten Programme, sondern ausschließlich Freeware-Programme, die über

die Websites der Hersteller oder von Computer-Zeitschriften kostenlos zur Verfügung gestellt werden.<sup>1</sup> Für die Kunden der Download-Fallen ist der Download der Software mitnichten kostenlos. So haben tausende Internetautoren unbemerkt ein meist zweijähriges Abonnement abgeschlossen und werden durch die Betreiber, ihren Inkasso-Unternehmen bzw. Inkasso-Anwälten massiv bedrängt, die Jahresgebühr im Voraus zu bezahlen.

Ogleich zahlreiche Varianten von Kostenfallen im Internet<sup>2</sup> bereits seit mehreren Jahren ihre Betreiber bereichern, sieht sich ihr ebenso zweifelhaftes wie profitables Geschäftsmodell bislang keinen ernsthaften Bedrohungen ausgesetzt. Weder Gesetzgeber noch Rechtsprechung haben der Internet-Abzocke in der gebotenen Klarheit eine Grenze gesetzt. Engagierte Verbraucherschützer konnten zwar bereits Punktsiege erreichen<sup>3</sup> und

▷ Die Autoren Daniel Hövel und Hauke Hansen, LL.M., sind Rechtsanwälte bei FPS Rechtsanwälte & Notare in Frankfurt/M.

1 Zu nennen sind z.B. die Freeware-Programme OpenOffice, Mozilla Firefox, DivX Player, Windows Live Messenger, Adobe Flash Player oder Adobe Reader.

2 Zeitweise zählten entsprechende Listen mehr als 500 Internetangebote, vgl.: [www.echte-abzocke.de/computer-internet/131-liste-bekanntest-abofallen-seiten.html](http://www.echte-abzocke.de/computer-internet/131-liste-bekanntest-abofallen-seiten.html).

3 OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008 – 6 U 186/07, GRUR-RR 2009, 265 ff.; LG Mannheim, Urt. v. 19.5.2009 – 2 O 269/08. Allein die Verbraucherzentrale Bundesverband führt aktuell 40 Verfahren gegen Abo-

## Download-Fallen im Internet aus der Perspektive der Software-Hersteller

die Neufassung des § 312d BGB<sup>4</sup> erleichtert es den Opfern, sich von ungewollten vertraglichen Verpflichtungen freizumachen. Auch stärkte die Rechtsprechung zuletzt die Position der Opfer, indem sie die Betreiber von Kostenfallen bzw. sogar ihre mit dem Inkasso beauftragten Rechtsanwälte zur Erstattung der Rechtsverfolgungskosten für die Rückforderung der an sie gezahlten Beträge verurteilte.<sup>5</sup> Doch letztlich dürften diese Nadelstiche den Zahlungseingängen<sup>6</sup> auf den Konten der Betreiber kaum einen Abbruch getan haben.

Während sich die zivilrechtliche Behandlung der Thematik ganz der Perspektive der Betroffenen hingab und sich auf Fragen von Vertragsbindung und -lösung sowie auf verbraucherschützende Normen konzentrierte<sup>7</sup>, lehnt die Strafrechtspflege eine Strafbarkeit des Verhaltens der Betreiber der Abo-Fallen gem. § 263 StGB mit der Begründung ab, dass die Verbraucher nicht getäuscht würden.<sup>8</sup>

Neben den Kunden, die auf die Mahnschreiben zahlen, weil sie sich fälschlicherweise für verpflichtet halten oder angesichts der relativ kleinen Beträge eine gerichtliche Auseinandersetzung scheuen, wenden sich auch zahlreiche Kunden, die sich betrogen fühlen, mit Beschwerden an die Softwarehersteller: Entweder weil sie die Rechteinhaber mit den Download-Fallen in Verbindung bringen oder ihnen vorwerfen, nicht gegen die Betreiber vorzugehen. In jedem Fall erleidet das positive Image, dass die Hersteller mit dem kostenlosen Zurverfügungstellen der Freeware-Programme zu erlangen versuchen, einen Schaden.

Für die Softwarehersteller stellt sich daher die Frage, ob sie die Tätigkeit der Download-Fallen aus eigenem Recht verhindern können. In Anbetracht der zahlreichen Verstöße gegen das Wettbewerbs-, das Marken- und das Urheberrecht durch die Angebote der Download-Fallen ist dies zu bejahen. Darüber hinaus machen sich die Betreiber gem. §§ 143 MarkenG, 106, 108a UrhG strafbar.

## II. Zivilrechtliche Würdigung

Als zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen kommen wettbewerbsrechtliche Regelungen unter dem Gesichtspunkt des Schmarotzens und der Behinderung in Betracht; des Weiteren eine unberechtigte Markennutzung sowie eine Rufausbeutung und in urheberrechtlicher Sicht schließlich ein unbefugtes öffentliches Zugänglichmachen.

### 1. Wettbewerbsrecht

Die Download-Fallen richten sich dabei an die gleichen Zielgruppen, nämlich alle Internetbenutzer. Sie stehen damit in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis zu den eigenen Downloadangeboten der jeweiligen Freewa-

re-Hersteller.<sup>9</sup> Somit kommen Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Betracht.<sup>10</sup>

#### a) Schmarotzen an fremder Leistung

Eine illustrativ benannte Rechtsfigur, die der BGH zum Schutz vor der unmittelbaren Leistungsübernahme entwickelt hat, ist das „Schmarotzen an fremder Leistung“.<sup>11</sup> Ein solches Schmarotzen liegt immer dann vor, wenn die unmittelbare Ausnutzung fremder Leistung zur Förderung des eigenen Erwerbs unter Schädigung der wettbewerbslichen Position desjenigen erfolgt, der diese Leistung erbracht hat. So heißt es in einem Urteil des BGH:

„Denn derjenige, der die fremde Leistung ohne Einholung einer Erlaubnis des Leistenden oder Zahlung eines Entgelts benutzt, um damit eine Wettbewerbsposition zu erringen, die ihm ohne Ausnutzung dieser Leistung nicht erreichbar wäre, bereichert nicht etwa die Allgemeinheit um eigene Leistungsergebnisse, die auf früheren Erkenntnissen aufbauen, wie dies bei der Nachbildung der Fall sein kann. Er nutzt vielmehr ohne eigene Zutat kostenlos im eigenen Erwerbsinteresse die Vorteile aus, die ihm die unmittelbare Benutzung der fremden Leistung bietet.“<sup>12</sup>

Diese Formel ist auf die Tätigkeit der Download-Fallen ohne weiteres anwendbar: Das Anbieten von Freeware gegen Entgelt ohne Erlaubnis der Hersteller stellt eine Leistungsübernahme dar, die den Betreibern eine Wettbewerbsposition verschafft, die auf fremder Leistung beruht. Einzig fraglich ist, ob die Betreiber von Download-Fallen aus der Sicht des durchschnittlich informierten und situationsadäquat aufmerksamen Verbrauchers<sup>13</sup> eine eigene Leistung erbringen. Die Betreiber selbst sehen ihre eigene Leistung in der Zusammenstellung der Links, also in dem Betreiben einer Datenbank, sowie in einem redaktionellen Betrag, der in der aus einigen Zeilen bestehenden Beschreibung der Programme liegen soll. Aber schon eine einfache Suchmaschinen-Recherche zeigt, dass die angeblichen „Downloadlink-Datenbanken“ vom Verkehr keineswegs als solche wahrgenommen werden und die Verbraucher in dem Angebot keinen Mehrwert wie z.B. in einem Restaurant-Führer sehen, für den man bewusst und gerne Geld bezahlt. Im Gegenteil, die Mehrheit der Kunden fühlt sich betrogen. Dies zeigt sich auch daran, dass die mit den Ermittlungen im Fall „opendownload.de“ befasste Staatsanwaltschaft Darmstadt bereits mitteilen ließ, dass „aufgrund der Vielzahl der zu bearbeitenden Strafanzeigen Nachfragen zum jeweiligen Verfahrensstand nicht beantworten wer-

4 Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen BGBl. I 2009, Nr. 49, 2413 ff.

5 LG Mannheim, Urt. v. 14.1.2010 – 10 S 53/09; AG Karlsruhe, Urt. v. 24.6.2009 – 9 C 93/09, GRUR-RR 2009, 398.

6 Die Staatsanwaltschaft Hannover stellte allein € 850.000 auf den Konto der Betreiber von *www.mega-downloads.net* sicher.

7 KG, Urt. v. 18.9.2009 – 5 U 81/07, WRP 2010, 164; OLG Frankfurt, Urt. v. 4.12.2008 – 6 U 186/07, GRUR-RR 2009, 265; OLG Koblenz, Urt. v. 18.3.2009 – 4 U 1173/08, GRUR-RR 2009, 262; LG Mannheim, Urt. v. 12.5.2009 – 2 O 268/08, CR 2009, 818; Berger, ZGS 2009, 252; Blasek, GRUR-RR 2009, 241.

8 So etwa LG Frankfurt/M., Beschl. v. 5.3.2009 – 5/27 Kls 3330 Js 212484/07 Kls, MMR 2009, 421.

9 Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis kann auch bestehen, wenn der Hersteller die Freeware auf dem deutschen Markt nicht selbst vertreibt, vgl. LG Hamburg, Urt. v. 15.7.2009 – 312 O 260/09.

10 Ausdrücklich nicht dargestellt werden gerichtlich bereits festgestellte UWG-Verletzungen, insbesondere § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit Verstößen gegen PAngV, Widerrufsbelehrungspflichten und AGB (s. dazu Fn. 6).

11 OLG Köln, Urt. v. 5.6.2009 – 6 U 223/08, CR 2009, 576 m. Anm. Poleacov = GRUR-RR 2009, 339; BGH, Urt. v. 21.11.1958 – I ZR 61/57, MDR 1959, 273 = GRUR 1959, 240 (243) – Nelkenstecklinge; Urt. v. 27.2.1962 – I ZR 118/60, GRUR 1962, 470 (475) – AKI; Urt. v. 24.5.1963 – Ib ZR 62/62, GRUR 1963, 575 (576) – Vortragsabend; Urt. v. 2.7.1969 – I ZR 118/67, GRUR 1969, 618 (620) – Kunststoffzähne; Traub, GRUR 1973, 186. Nach heutiger Rechtslage liegt der Anspruch in einem unbenannten Fall des § 3 UWG begründet. Ebenfalls kommt eine Behinderung gem. § 4 Nr. 10 UWG in Betracht.

12 BGH, Urt. v. 27.2.1962 – I ZR 118/60, GRUR 1962, 470 (475) – AKI.

13 Zum Verbraucherleitbild vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 1 Rz. 21 ff.

## Download-Fallen im Internet aus der Perspektive der Software-Hersteller

den“ und „aus diesem Grund auch darum gebeten (wird), von Akteneinsichtsgesuchen abzusehen“.<sup>14</sup>

Zutreffender für die Bestimmung des Verkehrsverständnisses dürfte die Annahme sein, dass die Verbraucher auf der Suche nach einem bestimmten Programm über eine Suchmaschine zufällig – und oftmals durch unbedarftes Klicken auf Werbebanner – auf die Internetseiten einer Download-Falle stoßen. In diesem Moment kommt es also nicht darauf an, dass dieses Internetangebot eine Datenbank mit Downloadlinks anbietet.<sup>15</sup> Es ist den Nutzern in diesem Moment vielmehr egal, ob neben dem gesuchten Programm auf weiteren Unterseiten kostenpflichtig noch weitere Links zu anderen Programmen abrufbar sind.<sup>16</sup> Gegen eine bewusste Inanspruchnahme der Download-Fallen als Leistung spricht auch der Umstand, dass diese augenscheinlich darauf ausgerichtet sind, von den angesprochenen Kunden „versehentlich“ in Anspruch genommen zu werden.<sup>17</sup> Das LG Hamburg bezeichnete die Download-Fallen mit deutlichen Worten als einen „Nutzlosdienst“, der darauf aufbaut, dass eine eigentlich kostenlose Ware oder Dienstleistung von unaufmerksamen Kunden entgeltlich in Anspruch genommen wird.<sup>18</sup>

Zu berücksichtigen ist auch, dass den Internetnutzern der Zugriff auf die angebotenen Freewareprogramme durch die Download-Fallen nicht erleichtert, sondern eher erschwert wird. Nachdem der Nutzer über eine Suchmaschine den Namen des Programms eingegeben hat, kann er über die Internetseiten der Hersteller oder der Computerzeitschriften die Software regelmäßig mit zwei oder drei Klicks heruntergeladen werden. Der von den Download-Fallen verkaufte Link ermöglicht hingegen erst nach zahlreichen weiteren Klicks durch Untermenüs, Eingabemasken sowie nach Eingabe persönlicher Daten und kostenpflichtiger Registrierung den Download.

Die von den Betreibern der Download-Fallen reichlich übertrieben als „redaktioneller Beitrag“ bezeichnete Kurzbeschreibung der angebotenen Programme stellt ebenfalls keine eigene Leistung dar. Denn diese Beschreibung erschöpft sich in aller Regel in dem Abschreiben der entsprechenden Inhalte von Internetseiten der Hersteller oder Computerzeitschriften bzw. der Übernahme von Wikipedia-Einträgen.

Im Internet sind zudem eine Vielzahl von Software-Datenbanken abrufbar, die tagesaktuelle Downloadlinks bereithalten, wesentlich ausführlichere Informationen zu den verlinkten Programmen enthalten und zudem vollkommen kostenlos sind.<sup>19</sup>

Damit bleibt festzustellen, dass die Betreiber von Download-Fallen ohne eigene Zutat kostenlos im eigenen Erwerbsinteresse die Vorteile ausnutzen, die ihnen die unmittelbare Benutzung der fremden Freeware-Programme bietet und die Allgemeinheit nicht bereichert. Damit sind die Voraussetzungen des Schmarotzens an fremder Leistung im Sinne der zitierten BGH-Rechtsprechung erfüllt, gegen das den Softwareherstellern ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zu steht.

### b) Gezielte Wettbewerbsbehinderung

In Betracht kommt weiterhin der Tatbestand der gezielten Wettbewerbsbehinderung gem. § 4 Nr. 10 UWG, indem die marktbekannten und kostenlosen Computerprogramme dazu missbraucht werden, die Attraktivität der kostenpflichtigen Download-Fallen zu steigern. Eine Wettbewerbsbehinderung ist jede Einschränkung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers. Sie kann sich auf alle Wettbewerbsparameter wie beispielsweise Absatz, Bezug, Werbung, Produktion, Finanzierung und Personal beziehen.<sup>20</sup>

Vorliegend kommt die Absatzbehinderung in Form des unlauteren Kundenfangs in Betracht. Ein unlauterer Kundenfang ist immer dann gegeben, wenn sich der Werbewerbetreibende bildlich gesprochen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden schiebt, um ihm so eine Änderung seines Kaufentschlusses aufzudrängen.<sup>21</sup> Download-Fallen hindern Verbraucher, die sich für die Inanspruchnahme einer kostenlosen Software interessieren, durch eine gezielte Benutzerführung daran, diese ohne die Zahlung eines Entgelts herunterzuladen. Vielmehr drängen sie ihnen den Entschluss auf, ihr eigenes kostenpflichtiges Angebot in Anspruch zu nehmen. Dies geschieht indem die Betreiber von Download-Fallen durch gezielte Werbung – etwa mit Hilfe von Keywords – ihr eigenes Internetangebot zwischen das Nachfrageinteresse der Internetnutzer und das Internetangebot der Software-Hersteller schieben. Die Kunden wollen in der Regel das Freeware-Programm direkt beim Hersteller oder bei vom Hersteller autorisierten Seiten herunterladen, um sicherzustellen, dass sie funktionierende, virenfreie Programme erhalten, landen jedoch bei den Download-Fallen. Dass dies „versehentlich“<sup>22</sup> geschieht bzw. geschehen soll, zeigen die bereits erwähnten tausenden von Strafanzeigen und Stellungnahmen in Internetforen. Diese Kunden gehen den Herstellern auch als eigene Kunden verloren, da eine Zustimmung zu den Lizenzbedingungen gerade nicht erfolgt und die Nutzung der Freeware damit unberechtigt erfolgt.

## 2. Markenrecht

Je bekannter die angebotene Freeware ist, desto mehr Opfer werden angelockt. Schon auf den Startseiten werben Download-Fallen daher mit besonders gefragten Freeware-Programmen, die sich gleichzeitig auf den vordersten Rängen der veröffentlichten „Top Downloads“ befinden.<sup>23</sup> Für viele dieser bekannten Freeware-Produkte besteht kennzeichenrechtlicher Schutz – entweder aufgrund entsprechender Markeneintragungen (§ 4 Nr. 1 MarkenG) oder infolge Benutzung (§ 4 Nr. 2 MarkenG). Somit ist auch eine Verletzung dieser Markenrechte durch die Betreiber von Download-Fallen nicht auszuschließen.

14 Siehe Internetpräsenz der Staatsanwaltschaft Darmstadt, „Aktuelles“: [www.sta-darmstadt.justiz.hessen.de/irj/STA\\_Darmstadt\\_Internet?uid=afb025b5-fe79-b11f-3efe-f97ccf4e69f2](http://www.sta-darmstadt.justiz.hessen.de/irj/STA_Darmstadt_Internet?uid=afb025b5-fe79-b11f-3efe-f97ccf4e69f2).

15 So auch das LG Hamburg, Urt. v. 15.7.2009 – 312 O 260/09.

16 Zustimmend LG Hamburg, Urt. v. 15.7.2009 – 312 O 260/09.

17 LG Hamburg, Urt. v. 5.11.2009 – 327 O 196/09.

18 LG Hamburg, Urt. v. 15.7.2009 – 312 O 260/09.

19 Hierzu zählen u.a.: [www.freeware.de](http://www.freeware.de); [www.softonic.de](http://www.softonic.de); [www.chip.de](http://www.chip.de) oder [www.cnet.de](http://www.cnet.de).

20 BGH, Urt. v. 24.6.2004 – I ZR 26/02, CR 2004, 760 = MDR 2005, 44 (Ls.) = GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker.

21 BGH, Urt. v. 30.10.1962 – I ZR 128/61, GRUR 1963, 197 (200 f.) – Zahnprothesen-Pflegemittel; Urt. v. 27.2.1986 – I ZR 210/83, GRUR 1986, 547 (548) – Handzettelwerbung; Urt. v. 15.1.1987 – I ZR 215/84, GRUR 1987, 532 (533) – Zollabfertigung; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rz. 10.25.

22 So das LG Hamburg, Urt. v. 5.11.2009 – 327 O 196/09.

23 Es handelt sich dabei z.B. um Computerprogramme wie OpenOffice, Mozilla Firefox, DivX Player, Windows Live Messenger, Adobe Flash Player und Adobe Reader.

## Download-Fallen im Internet aus der Perspektive der Software-Hersteller

## a) Markenverletzung, § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG

Möglich erscheint zunächst die Verletzung der ausschließlichen Berechtigung des Markeninhabers, die Marken zur Kennzeichnung der geschützten Waren und Dienstleistungen zu verwenden. Voraussetzung einer Markenverletzung ist, dass die Verwendung der Marke einen kennzeichenmäßigen Gebrauch i.S.d. § 14 Abs. 2 MarkenG darstellt. Hier lässt sich vertreten, dass im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes dies schon deshalb der Fall ist, weil die Verwendung der Marken auch der Unterscheidung der Waren/Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer dient.<sup>24</sup> Genau die Bezugnahme auf die bekannten und beliebten Produkte ist das Ziel der Markenverwendung, denn dies ermöglicht es den Betreibern erst, eine erhebliche Anzahl von Verbraucher zu ihrem Angebot zu locken.

Auch über die Benutzung als Unterscheidungszeichen hinaus wird man unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH von einer Markenverletzung ausgehen müssen. In der Rechtsprechung des EuGH hat sich ein markenfunktionales Verständnis von der Benutzung eines Zeichens als Marke herausgebildet.<sup>25</sup> Beurteilungskriterien sind die Benutzung als Produktzeichen, die Benutzung als Unterscheidungszeichen, die Funktionsstörung der Marke im Sinne einer Interessenbeeinträchtigung des Markeninhabers und der Zweck der Produktvermarktung.<sup>26</sup> Zu diesen Funktionen gehören nach der *L'Oréal/Bellure*-Rechtsprechung des EuGH nicht mehr nur die Hauptfunktionen der Marke wie Herkunfts- und Kennzeichnungsfunktion, sondern auch die erweiterten Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktionen der Marke.<sup>27</sup> Der Schutz dieser Funktionen blieb bislang im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG allein Marken von besonderer Bekanntheit vorbehalten. Nach der *L'Oréal/Bellure*-Entscheidung wird diese Einschränkung kaum aufrecht zu erhalten sein.<sup>28</sup> Insoweit könnten die nachfolgenden Ausführungen zur Markenausnutzung und -beeinträchtigung auch im Rahmen des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG geltend gemacht werden.

## b) Markenausnutzung und -beeinträchtigung, § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG

Ganz überwiegend befinden sich im Angebot der Download-Fallen beliebte Freeware-Programme, die über eine besondere Bekanntheit verfügen. Damit kommt die Ausnutzung der Wertschätzung (Rufausbeutung) oder Beeinträchtigung der Wertschätzung (Rufgefährdung) gem. § 14 Absatz Abs. 2 Nr. 3 MarkenG in Betracht.<sup>29</sup>

Eine Rufausbeutung kann insbesondere durch eine kommerzielle Verwertung des guten Rufs einer bekannten Marke zum eigenen Nutzen vorliegen.<sup>30</sup> Gerade den

Nutzen, den ein Dritter aus der Benutzung der Marke zieht, misst der EuGH bei der Auslegung der Rufausbeutung besondere Bedeutung bei. So konkretisierte der EuGH die Auslegung der Rufausbeutung, die er auch als „parasitäres Verhalten“, und „Trittbrettfahren“, bezeichnet<sup>31</sup>, ausdrücklich dahingehend, dass mit ihr nicht die Beeinträchtigung der Marke verknüpft ist, sondern auch der Vorteil, den ein Dritter aus der Benutzung des identischen oder ähnlichen Zeichens zieht.<sup>32</sup> Die Art und Weise der Rufübertragung hängt dabei von den Vorstellungsinhalten der Wertschätzung im Verkehr ab.<sup>33</sup> Mit Freeware verbindet der Verkehr positive Merkmale wie Innovation und Qualität, aber besonders auch den Umstand, dass diese zur kostenlosen Nutzung erhältlich ist. Die Vorstellung über die unentgeltliche Nutzungsmöglichkeit der Computerprogramme steht untrennbar und in unmittelbarem Zusammenhang mit der Wertschätzung des Verkehrs für die jeweilige Marke. Indem die Betreiber der Download-Fallen die Vorstellung eines unentgeltlichen Angebots auf ihre kostenpflichtigen Internetportale übertragen, bedienen sie sich des guten Rufs der jeweiligen Marke. Da dieser Imagetransfer zudem dem Zweck dient, einen wirtschaftlichen Nutzen zu erwirtschaften, liegt eine Rufausbeutung i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG vor.

Mit der Rufausbeutung geht, wie bereits beschrieben, für die Inhaber der Marken eine unmittelbare Rufschädigung einher. Oft bemerken die Internetnutzer erst im Nachhinein, dass sie mit der für den Download erforderlichen Registrierung einen kostenpflichtigen Vertrag abgeschlossen haben. Nicht selten richtet sich der Verdross der Verbraucher ebenso wie die Berichterstattung der Medien undifferenziert auch gegen die Hersteller und das konkrete Freeware-Produkt.<sup>34</sup> Als Folge dessen erleiden die betreffenden Marken einen Image-Schaden, der nur mit hohem Aufwand wieder zu korrigieren ist.

## c) Einwendungen

Gegen den Vorwurf der Markenrechtsverletzung lassen sich im Wesentlichen drei Einwendungen vorbringen: Nach Auffassung der Betreiber stellen die Angebote eine Dienstleistung in Form einer Datenbank mit Downloadlinks dar, wobei die angebliche Leistung in der „redaktionellen Bewertung“ sowie in der Zusammenstellung und Aktualisierung der Linksammlung bestehen soll. Damit könnte die Verwendung der Marken auch als neutral in Form der „redaktionellen Markennennung“ zu sehen sein. Ferner ließe sich einwenden, dass die Markennennung im Rahmen des Werberechts erfolge. Letztlich ist an eine Erschöpfung der Markenrechte zu denken.

Hinsichtlich der neutralen Markenverwendung bestehen schon in tatsächlicher Hinsicht erhebliche Bedenken. Die „redaktionelle Bewertung“ beschränkt sich auf einige wenige Zeilen, in denen die Kernfunktionen der Programme benannt werden. Hier bieten vergleichbare

24 BGH, Urt. v. 6.12.2001 – I ZR 136/99, MDR 2002, 1264 = GRUR 2002, 814 (815) – Festspielhaus; Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 14 Rz. 133.

25 EuGH, Urt. v. 12.11.2002 – Rs. C-206/01 – Arsenal Football Club, GRUR-Int. 2003, 229; s. dazu *Dyrberg/Skylv*, E.I.P.R. 2003, 229.

26 Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 14 Rz. 76.

27 EuGH, Urt. v. 18.6.2009 – Rs. C-487/07 – *L'Oréal/Bellure*, WRP 2009, 930; *Hacker*, MarkenR 2009, 333 (334).

28 In der Regel sind von Download-Fallen gerade bekannte Marken betroffen, so dass die Fragen der Rufausbeutung und -schädigung im Rahmen von § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG abgehandelt werden. Mit der angeführten EuGH-Rechtsprechung sind die dort gemachten Ausführungen bezüglich nicht bekannter Marken aber auf § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG übertragbar.

29 *Büscher* in *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Gewerblicher Rechtsschutz, 1. Aufl., § 14 MarkenG Rz. 444 f.

30 BGH, Urt. v. 29.11.1984 – I ZR 158/82, MDR 1985, 552 – Dimpel; Urt.

v. 29.11.1990 – I ZR 13/89, MDR 1991, 747 = GRUR 1991, 465 (466) – Salomon; Urt. v. 6.12.1990 – I ZR 297/88, MDR 1991, 745 = GRUR 1991, 609 (612) – SL; Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 14 Rz. 800.

31 EuGH, Urt. v. 18.6.2009 – Rs. C-487/07 – *L'Oréal/Bellure*, WRP 2009, 930.

32 EuGH, Urt. v. 18.6.2009 – Rs. C-487/07 – *L'Oréal/Bellure*, WRP 2009, 930.

33 Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 14 Rz. 801.

34 Siehe etwa die Schlagzeile „Abzocke: 96 € für ein Adobe Reader-Update“: [www.shortnews.de/id/779925/Abzocke-96-Euro-für-Adobe-Reader-Update](http://www.shortnews.de/id/779925/Abzocke-96-Euro-für-Adobe-Reader-Update).

## Download-Fallen im Internet aus der Perspektive der Software-Hersteller

kostenlose Angebote weitaus bessere redaktionelle Inhalte.<sup>35</sup> Die Zusammenstellung und Aktualisierung der Downloadlinks, die ebenfalls zur Rechtfertigung der Entgeltlichkeit ins Feld geführt wird, bietet keinen Mehrwert gegenüber Suchmaschinen, die kostenlos innerhalb weniger Klicks zum gewünschten Download führen. Aus guten Gründen sind die angeblichen Leistungen daher als „Nutzlosdienste“<sup>36</sup> entlarvt worden.

Selbst wenn man davon ausginge, dass die unberechtigte Verwendung der Marken beschreibend als Hinweis auf die Bestimmung einer Dienstleistung gem. § 23 MarkenG erfolgen würde, so scheiterte die Anwendung dieser Norm an ihrem ausdrücklichen Redlichkeitsvorbehalt. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt unabhängig von der Bejahung der unter Ziff. II. 1. schon durch die zahlreichen Verstöße gegen AGB und Verbraucherschützende Normen.<sup>37</sup>

Ebenso wenig können sich die Betreiber auf das Werberrecht oder den Erschöpfungsgrundsatz berufen. Das Werberrecht besteht ebenfalls nur im Rahmen der üblichen Werbeformen innerhalb der Branche und verfolgt den Zweck, der Öffentlichkeit den Weitervertrieb der Waren anzukündigen.<sup>38</sup> Seine Grenzen findet es, sobald die Marke in kennzeichenrechtlich missbräuchlicher Weise verwendet wird.<sup>39</sup> Zu den Fallgruppen des Missbrauchs zählen insbesondere die Rufschädigung<sup>40</sup> sowie die Rufausbeutung der Marke.<sup>41</sup> Da die Verwendung der Marken – wie bereits darlegt – eine Rufschädigung und eine Rufausbeutung darstellt, bleiben den Markeninhabern auch ihre Abwehrensprüche des § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 3 MarkenG erhalten.

Auch der Erschöpfungsgrundsatz hindert die Ansprüche der Markeninhaber nicht. Ungeachtet der Frage, ob der Erschöpfungsgrundsatz auf unkörperliche Software überhaupt Anwendung finden kann, ist die gekennzeichnete Freeware zum Zeitpunkt der unberechtigten Markenverwendung jedenfalls noch nicht in Verkehr gebracht, sondern befindet sich noch auf den Downloadservern der Hersteller. Zudem können die Markeninhaber gem. § 24 Abs. 2 MarkenG dem Erschöpfungsgrundsatz entgegenstehen. So hat der EuGH in *Dior/Evora*-Entscheidung die Schädigung des Rufes der Marke als einen berechtigten Grund des Markeninhabers i.S.v. § 24 Abs. 2 MarkenG anerkannt.<sup>42</sup>

### 3. Urheberrecht

Das Anbieten von Software, die vom Hersteller zur kostenlosen Nutzung bereit gestellt wird, gegen Entgelt könnte in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung der Urheberrechte darstellen. Zu denken ist insbesondere an das Recht des Urhebers auf öffentliche Zugänglichmachung seines Werks gem. § 69c Nr. 4 UrhG. Ausreichend hierfür ist bereits das Zugänglichmachen eines Computerprogramms zum interaktiven Abruf. Damit soll ein möglichst frühzeitiger Schutz sichergestellt

werden<sup>43</sup>, also schon gegen das unerlaubte Bereithalten zur bzw. das Anbieten der Online-Übertragung.<sup>44</sup>

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Download-Fallen das Herunterladen fremder Freeware regelmäßig nicht über ihre eigenen Server anbieten, sondern lediglich einen Link auf den Downloadserver des jeweiligen Herstellers zur Verfügung stellen. Nach der „Paperboy“-Rechtsprechung kann der Inhaber eines Werks nicht verhindern, dass Dritte durch Verlinkung den einmal eröffneten und technisch ungeschützten Zugang zu seinem Werk erleichtern.<sup>45</sup> Die „Paperboy“-Entscheidung kann indes nicht ohne Vorbehalt auf jede Form der Linksetzung angewendet werden. Unbestreitbar besteht ein gewichtiges Allgemeininteresse an der freien Verlinkung öffentlicher Inhalte im Internet. Insofern schützt die „Paperboy“-Entscheidung eines der Grundprinzipien des Internets. Wird diese Freiheit missbraucht, um unter Verletzung von Verbraucherschützenden Vorschriften sowie unter Verstoß gegen das Marken- und Wettbewerbsrecht kostenlose Inhalte im Internet weiterzuverkaufen, sollte den Rechtsverletzern auch hinsichtlich möglicher Urheberrechtsverletzungen die Berufung auf das „Paperboy“-Privileg verwehrt bleiben. Berücksichtigt man die hinter der Entscheidung liegende Ratio einer freien Verlinkung, nämlich die „Ermöglichung einer sinnvollen Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im Internet“<sup>46</sup>, drängt sich der Gedanke an einen Redlichkeitsvorbehalt förmlich auf. Eine solche Auslegung des Urteils ließe hinreichenden Spielraum, um den Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls hinreichend Rechnung zu tragen, ohne die Entscheidung insgesamt in Frage zu stellen.

Weitere Bedenken gegen die Anwendung der „Paperboy“-Rechtsprechung zugunsten der Betreiber von Download-Fallen ergeben sich auch aus den erheblichen Abweichungen des Sachverhalts. Die Suchmaschine Paperboy<sup>47</sup> durchsucht die Webseiten von Zeitungen und Zeitschriften nach Artikeln und bietet einen direkten Link zu den so recherchierten Artikeln. Beim Aufrufen des Links öffnet sich ein neues Browserfenster und der Nutzer wird auf eine konkrete Unterseite des Internetangebots der jeweiligen Publikation weitergeleitet. Der Paperboy-Nutzer wird dabei zum Leidwesen der Betreiber zwar an der Startseite der Publikation – und, was von höherer Relevanz sein dürfte, auch an deren Werbung – vorbeigeleitet, doch bleibt anhand der grafischen Darstellung jederzeit deutlich erkennbar, dass der konkrete Artikel nicht von Paperboy, sondern von der jeweiligen Zeitschrift bzw. Zeitung bereitgestellt wird. Die Unterschiede zu den Angeboten der Download-Fallen sind augenscheinlich: Zunächst ist die Inanspruchnahme der Paperboy-Suchmaschine im Gegensatz zu den Download-Fallen für den Benutzer vollkommen kostenlos.<sup>48</sup> Weiterhin geriert sich Paperboy nicht als Herausgeber der Artikel, sondern macht kenntlich, dass fremde Inhalte dargestellt werden. Letztlich handelt es sich bei den verlinkten Inhalten um unmittelbar im Browser darstellbare Daten wie Texte, Bilder, Animationen oder Filme – nicht hingegen um ausführbare Installationsdateien.

35 Vgl. etwa: [www.freeware.de](http://www.freeware.de) oder [www.softonic.de](http://www.softonic.de).

36 LG Hamburg, Urt. v. 15.7.2009 – 312 O 260/09.

37 So auch LG Hamburg, Urt. v. 15.7.2009 – 312 O 260/09; Beschl. v. 15.1.2010 – 327 O 18/10; Urt. v. 5.11.2009 – 327 O 196/10.

38 Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 14 Rz. 82.

39 BGH, Urt. v. 30.4.1987 – I ZR 39/85, CR 1987, 675 – Anknüpfungsrrecht I, MDR 1988, 25.

40 EuGH, Urt. v. 4.11.1997 – Rs. C-337/95 – Dior/Evora, GRUR-Int. 1998, 140 – Rz. 44.

41 Sack, WRP 1998, 549 (575).

42 EuGH, Urt. v. 4.11.1997 – Rs. C-337/95 – Dior/Evora, GRUR-Int. 1998, 140 – Rz. 43.

43 Begr. BRReg BR-Drucks. 684/02, 36 zu §§ 15, 19a, 22.

44 v. Lewinski, MMR 1998, 115 (116); Reinbothe, GRUR-Int. 2001, 733 (736 f.); Grützmacher in Wandtke/Bullinger, UrhG, 3. Aufl., § 69c Rz. 52.

45 BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, CR 2003, 920 = MDR 2004, 346 = GRUR 2003, 958 – Paperboy.

46 BGH, Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00, CR 2003, 920 = MDR 2004, 346 = GRUR 2003, 958 – Paperboy.

47 [www.paperboy.de](http://www.paperboy.de).

48 Das Angebot ist werbefinanziert.

## E-Mails als Marketinginstrument im Rahmen neuer Geschäftskontakte

Die Rechtsprechung ist mit Abweichungen von der „Paperboy“-Rechtsprechung denkbar zurückhaltend. Mut zur Differenzierung zeigte sich bislang insbesondere in der „Framing“-Entscheidung des LG München. Nach dieser liegt ein urheberrechtswidriges Framing vor, wenn sich der Ersteller eines Webauftritts fremde Inhalte in einer Weise zu Eigen macht, dass für den gewöhnlichen Nutzer die Fremdheit nicht mehr in Erscheinung tritt.<sup>49</sup> Gemessen an diesen Kriterien stellt die Linksetzung durch Download-Fallen einen Urheberrechtsverstoß dar. Weder leiten diese ihre Kunden auf die Internetseiten mit den entsprechenden Downloadangeboten der Hersteller weiter, noch machen sie in sonstiger Weise kenntlich, dass die Dateiübertragung unmittelbar von den Servern der Hersteller erfolgt. Da lediglich ein kleines Download-Fenster auf dem Bildschirm erscheint, der Name der Download-Falle aber groß im Hintergrund erscheint, erwecken sie vielmehr gezielt den Eindruck, der

49 LG München I, Urt. v. 10.1.2007 – 21 O 20028/05, CR 2007, 810 – Framing m. Anm. Ott; Beschl. v. 10.7.2009 – 7 O 9642/09. Es ist durchaus zweifelhaft, ob das Abstellen auf die Erkennbarkeit der Fremdheit der Inhalte ein zutreffendes urheberrechtliches Unterscheidungskriterium ist (vgl. dazu Ott, MMR 2007, 264, der der Entscheidung des LG München I im Ergebnis zustimmt, aber einen Verstoß gegen ein unbenanntes Verwertungsrecht i.S.d. § 15 Abs. 2 UrhG annimmt.

von ihnen initiierte Download erfolge über ihre eigenen Internetangebote. Für den Nutzer ist nicht erkennbar, woher die übertragenen Datei stammt. Folglich verletzen nach den Grundsätzen der „Framing“-Entscheidung die Angebote der Download-Fallen auch das Urheberrecht der jeweiligen Freeware-Hersteller.

### III. Strafrechtliche Würdigung

Mit den Schutzrechtverletzungen gehen entsprechende Strafandrohungen gegenüber den verantwortlich handelnden Personen einher.<sup>50</sup> Die unerlaubte markenmäßige Verwendung geschützter Zeichen und die Markenausbeutung ist §§ 143, 143a MarkenG unter Strafe gestellt, die Verletzung von Urheberrechten ist gem. §§ 106, 108a UrhG strafbar. In beiden Fällen ist von der Gewerbsmäßigkeit des Handelns der Betreiber auszugehen. In Anbetracht der gezielten Verwendung fremder Marken und der Verwertung urheberrechtlich geschützter Computerprogramme liegt eine bewusste und gewollte Verwirklichung dieser Straftatbestände nahe.

50 Zur strafrechtlichen Bewertung von Abo-Fallen ausführlich Ellbogen/Sauerbeck, CR 2009, 131.

Matthias Rudolph

## E-Mails als Marketinginstrument im Rahmen neuer Geschäftskontakte

### Eine Bestandsaufnahme im Lichte der UWG-Novelle 2008 und der Datenschutz-Novelle 2009

*Nicht selten werden im Nachgang zu neu geknüpften Geschäftskontakten E-Mails mit Unternehmens- oder Produktinformationen versandt. Durch die sog. UWG-Novelle 2008 („Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“ vom 22.12.2008, BGBl. I 2008 Nr. 64, 2949 ff. wurde das UWG 2004 zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Richtlinie 2005/29/EG v. 11.5.2005, ABl. EG Nr. L 149, 23–39) geändert. Hiermit einher gingen auch Änderungen im Hinblick auf E-Mail-Werbung (das „Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“, das am 4.8.2009 in Kraft getreten ist, führt zu keiner Änderung der Rechtslage im Hinblick auf Werbung per E-Mail). Darüber hinaus wurde die Novelle des BDSG (das BDSG wurde in folgenden Gesetzen reformiert: 1. BT-Drucks. 16/12011 in der Änderung der BT-Drucks. 16/13657; dieses Gesetz trat am 1.9.2009 in Kraft; 2. BT-Drucks. 16/10529 in den Änderungen der BT-Drucks. 16/13219; dieses Gesetz tritt am 1.4.2010 in Kraft) im Jahr 2009 auf den Weg gebracht, die zu Änderungen beim Direktmarketing und beim Adresshandel (diese Änderungen sind durch BT-Drucks. 16/12011 in der Änderung der BT-Drucks. 16/13657 eingeführt worden) führte. Welche Konsequenzen sich aus den beiden Gesetzesnovellen für die wettbewerbs- und datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Werbe-Mails im*

*Nachgang zu neuen Geschäftskontakten ergeben, wird in dem vorliegenden Beitrag näher untersucht.*

### I. Einleitung

E-Mail-Werbung richtet sich nicht nur an Verbraucher. Gerade im B2B-Bereich erweisen sich E-Mails als wichtiges Marketinginstrument. Oft verfügen Unternehmen über eine langjährig, unter beachtlichem – auch finanziellen – Aufwand aufgebaute und sorgsam gepflegte Kunden- und Kontakt-Datenbank. Neben Daten von bestehenden und beendeten Kundenbeziehungen fließen in die Datenbanken die E-Mail-Adressen potentieller Neukunden ein, zu denen die Unternehmensmitarbeiter durch „Networking“ beispielsweise auf Messen, Veranstaltungen usw. persönliche Kontakte knüpfen. Aufgrund der konkreten Umstände existieren in den zuletzt genannten Fällen freilich keine schriftlichen Einwilligungen der Gesprächspartner in das Zusenden von Unternehmens- oder Produktinformationen. Aus Unternehmenssicht ist der Wunsch gleichwohl verständlich, auch diese neu gewonnenen Kontakte zur Akquisition zu nutzen. Daher werden nicht selten die derart gewonnenen Kontakte durch E-Mails mit Unternehmens- oder Produktinformationen angesprochen. Ob und inwieweit diese Praxis wettbewerbs- und datenschutzrechtlich insbesondere im Lichte der UWG-Novelle 2008 und der Datenschutz-Novelle 2009 zulässig ist, soll in dem vorliegenden Beitrag untersucht werden.

▷ Dr. Matthias Rudolph ist Rechtsanwalt in Köln.