

Die vertragliche Haftung von Anbietern im Internet

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Universität Regensburg

vorgelegt von Rechtsanwältin

Asia Ahmed Said Ahmed

Erstberichterstatter: Professor Dr. Jörg Fritzsche

Zweitberichterstatter: Frau Professor Dr. Monika Schlachter

Tag der mündlichen Prüfung: 11. März 2008

Meiner Tochter

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2007/08 von der juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

An dem Promotionsverfahren haben Professor Dr. Jörg Fritzsche sowie Frau Professor Dr. Monika Schlachter als Gutachter mitgewirkt.

Ich bin Herrn Prof. Dr. Fritzsche zu besonderen Dank verpflichtet. Er hat mich zur Bearbeitung des Themas „Die vertragliche Haftung von Anbietern im Internet“ angeregt und meine Arbeit betreut.

Hannover, April 2008

Asia Ahmed Said Ahmed

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XII
A. Einleitung.....	1
A. I. Problemstellung	1
A. II. Stand der Forschung.....	4
A. III. Ziel der Untersuchung.....	5
A. IV. Gang der Untersuchung	5
B. Die vertragliche Haftung des Access Providers.....	8
B. I. Typen des Access-Provider-Vertrages	8
B. I. 1. Dauerhafte Zugangsgewährung.....	8
B. I. 2. Internet-by-Call	9
B. II. Hauptleistungspflichten des Access Providers	9
B. III. Vertragstypologische Einordnung des Access-Provider-Vertrags	11
B. III. 1. Miet- oder Pachtvertrag	11
B. III. 2. Zwischenergebnis	13
B. III. 3. Werk- oder Dienstvertrag	13
B. III. 3. a. Die Vergütung als Abgrenzungskriterium	15
B. III. 3. b. Die Erfolgsbezogenheit als Abgrenzungskriterium.....	16
B. III. 4. Ergebnis	17
B. IV. Leistungsstörungen.....	17
B. IV. 1. Leistungsstörungen bei dauerhafter Zugangsgewährung	21
B. IV. 2. Leistungsstörungen beim Internet-by-Call.....	28
B. V. Schadensersatzansprüche des Nutzers gegen den Access Provider	29
B. V. 1. Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB	31
B. V. 1. a. Voraussetzungen Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB	31
B. V. 1. a. aa. Wirksames Schuldverhältnis	31
B. V. 1. a. bb. Anfängliche Befreiung von der Leistungspflicht	32
B. V. 1. a. cc. Pflichtverletzung.....	32
B. V. 1. a. dd. Kennen oder Kennenmüssen.....	32
B. V. 1. a. ee. Darlegungs- und Beweislast	33
B. V. 2. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB	35
B. V. 2. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 283 BGB	35
B. V. 2. a. aa. Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses	35
B. V. 2. a. bb. Nachträgliche Leistungsbefreiung.....	35
B. V. 2. a. cc. Pflichtverletzung.....	36
B. V. 2. a. dd. Darlegungs- und Beweislast	37
B. V. 2. a. ee. Vertretenmüssen	38

B. V. 2. b. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität.....	39
B. V. 2. c. Teilleistung	40
B. V. 2. d. Rechtsfolgen	41
B. V. 3. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Schlechterfüllung	42
B. V. 3. a. Voraussetzungen Schadensersatzanspruchs	43
B. V. 3. a. aa. Bestehendes Schuldverhältnis	43
B. V. 3. a. bb. Pflichtverletzung.....	43
B. V. 3. a. cc. Vertretenmüssen.....	43
B. V. 3. a. dd. Beweislast.....	44
B. V. 3. a. ee. Fristsetzung	44
B. V. 3. a. ff. Schaden und Kausalität.....	44
B. V. 3. b. Rechtsfolgen	45
B. V. 4. Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB wegen Verletzung von Nebenpflichten.....	46
B. V. 4. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	48
B. V. 4. b. Rechtsfolgen.....	50
B. V. 5. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten	51
B. V. 5. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruch aus den §§ 280 I, III, 281 BGB	51
B. V. 5. b. Rechtfolgen	53
B. V. 6. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 282 BGB wegen Schutzpflichtverletzung.....	53
B. V. 6. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 282 BGB.....	54
B. V. 6. b. Rechtsfolgen.....	56
B. V. 7. Ergebnis	57
B. VI. Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse	60
B. VI. 1. Haftungsausschluss und -begrenzung durch AGB	60
B. VI. 1. a. Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.....	62
B. VI. 1. b. Änderungsvorbehalt.....	64
B. VI. 1. c. Verfügbarkeitsklausel	67
B. VI. 2. Haftungshöchstsummenklauseln	69
B. VI. 2. a. Summenmäßige Haftungsbegrenzung durch AGB	69
B. VI. 2. b. Summenmäßige Haftungsbegrenzung durch TKG	69
B. VI. 3. Haftungsprivilegierung durch TMG	72
B. VII. Zusammenfassendes Ergebnis.....	74
C. Die vertragliche Haftung des Content Providers	79
C. I. Allgemeines.....	79
C. II. Unentgeltliche Informationsabrufe	81
C. II. 1. Zwischenergebnis.....	84
C. II. 2. Vertragstypologische Einordnung.....	84
C. II. 2. a. Auftrag.....	84
C. II. 2. b. Schenkung	85
C. II. 2. c. Ergebnis.....	86
C. II. 3. Haftung des Content Providers nach § 521 BGB	86
C. II. 4. Haftung des Content Providers nach §§ 523, 524 BGB	86
C. II. 4. a. Rechtsmängelhaftung nach §§ 523 I, 435 BGB	87
C. II. 4. b. Sachmängelhaftung nach §§ 524, 434 BGB.....	88
C. II. 4. c. Rechtsfolgen	90
C. II. 4. d. Ergebnis.....	91
C. III. Entgeltliche Informationsabrufe	91
C. III. 1. Vertragstypologische Einordnung	91
C. III. 1. a. Einmaliger entgeltlicher Informationsabruf	92
C. III. 1. b. Mehrfacher entgeltlicher Informationsabruf	92
C. III. 2. Zwischenergebnis	94
C. IV. Die dauerhafte Bereitstellung der Datenbank	94

C. IV. 1. Leistungsstörungen bei der Bereitstellung der Datenbank	94
C. IV. 2. Schadensersatzansprüche des Nutzers	96
C. IV. 2. a. Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB	96
C. IV. 2. aa. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 280 I BGB	97
C. IV. 2. bb. Rechtsfolgen	98
C. IV. 3. Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 282 BGB.....	98
C. IV. 3. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 282 BGB	99
C. IV. 3. a. aa. Bestehendes Schuldverhältnis.....	99
C. IV. 3. a. bb. Schutzpflichtverletzung.....	99
C. IV. 3. a. cc. Vertretenmüssen	99
C. IV. 3. a. dd. Unzumutbarkeit.....	100
C. IV. 3. a. ee. Schaden und Kausalität.....	100
C. IV. 3. b. Rechtsfolgen	100
C. IV. 4. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB.....	101
C. IV. 4. a. aa. Wirksames Schuldverhältnis.....	101
C. IV. 4. a. bb. Nachträgliche Leistungsbefreiung.....	101
C. IV. 4. a. cc. Pflichtverletzung.....	101
C. IV. 4. a. dd. Vertretenmüssen.....	102
C. IV. 4. a. ee. Schaden und Kausalität.....	102
C. IV. 4. b. Rechtsfolgen	102
C. IV. 5. Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB.....	103
C. IV. 5. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus § 311a II BGB	104
C. IV. 5. a. aa. Wirksames Schuldverhältnis.....	104
C. IV. 5. a. bb. Anfängliche Befreiung von der Leistungspflicht	104
C. IV. 5. a. cc. Kenntnis oder Kennenmüssen	104
C. IV. 5. a. dd. Schaden und Kausalität	105
C. IV. 5. b. Rechtsfolgen	105
C. IV. 6. Ergebnis.....	105
C. V. Entgeltliche einzelne Informationsabrufe	106
C. V. 1. Pflicht zur Übergabe	106
C. V. 2. Pflicht zur Eigentumsverschaffung	107
C. V. 3. Pflicht zur mangelfreien Verschaffung	107
C. V. 3. a. Sachmangel	107
C. V. 3. b. Rechtsmangel	108
C. V. 4. Rechte des Nutzers wegen Mängeln aus §§ 437 ff. BGB	109
C. V. 4. a. Nacherfüllungsanspruch gem. § 437 Nr. 1 i. V. m. § 439 BGB	110
C. V. 4. a. aa. Voraussetzungen der Nacherfüllung	111
C. V. 4. a. bb. Rechtsfolgen	114
C. V. 4. b. Rücktrittsrecht nach § 437 Nr. 2 Alt. 1 i. V. m. §§ 440, 323, 326 V BGB	115
C. V. 4. b. aa. Voraussetzungen des Rücktritts	115
C. V. 4. b. bb. Rechtsfolgen des Rücktritts	117
C. V. 4. c. Minderungsrecht nach § 437 Nr. 2 Alt. 2 BGB i. V. m. § 441 BGB	118
C. V. 4. c. aa. Voraussetzungen	118
C. V. 4. c. bb. Berechnung der Minderung	119
C. V. 4. c. cc. Rechtsfolgen der Minderung	119
C. V. 4. d. Ergebnis hinsichtlich der Gewährleistungsrechte nach § 437 Nr. 1 bis 2 BGB	119
C. V. 5. Schadensersatzansprüche aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 440, 311a II BGB	121
C. V. 5. a. Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I BGB	122
C. V. 5. a. aa. Voraussetzungen	124
C. V. 5. a. bb. Rechtsfolgen	127
C. V. 6. Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, I, III, 281 I, 283, 440, 311a II BGB	128
C. V. 6. a. Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, I, III, 281 I 1 Alt. 2, 440 BGB.....	128
C. V. 6. a. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs.....	128
C. V. 6. a. bb. Rechtsfolgen.....	130
C. V. 6. b. Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB	131
C. V. 6. b. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	132
C. V. 6. b. bb. Rechtsfolgen.....	133
C. V. 6. c. Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB	134

C. V. 6. c. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches	134
C. V. 6. c. bb. Rechtsfolgen	136
C. V. 6. d. Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 282 BGB	136
C. V. 6. d. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 282 BGB	137
C. V. 6. d. bb. Rechtsfolgen.....	139
C. V. 6. e. Ersatz von Verzögerungsschäden nach § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II, 286 BGB	140
C. V. 6. e. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs.....	142
C. V. 7. Ergebnis	143
C. VI. Entgeltliche Informationsbeschaffung.....	145
C. VI. 1. Vertragstypologische Einordnung	145
C. VI. 1. a. Einordnung als Kaufvertrag	146
C. VI. 1. b. Einordnung als Miet- oder Pachtvertrag	146
C. VI. 1. c. Einordnung als Dienstvertrag.....	147
C. VI. 1. d. Einordnung als Werkvertrag	147
C. VI. 2. Ergebnis	148
C. VI. 3. Pflicht zur mangelfreien Verschaffung.....	148
C. VI. 4. Rechte des Nutzers wegen Mängeln aus §§ 634 ff. BGB	150
C. VI. 4. a. Nacherfüllungsanspruch gem. § 634 Nr. 1 BGB i. V. m. § 635 I BGB	151
C. VI. 4. a. aa. Voraussetzungen.....	151
C. VI. 4. a. bb. Rechtsfolgen.....	154
C. VI. 4. b. Aufwendungersatz nach Selbstvornahme gem. § 634 Nr. 2 i. V. m. § 637 BGB.....	155
C. VI. 4. b. aa. Voraussetzungen.....	155
C. VI. 4. b. bb. Rechtsfolgen.....	155
C. VI. 4. c. Rücktritt gem. § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m §§ 636, 323, 326 V BGB	156
C. VI. 4. c. aa. Voraussetzungen des Rücktritts.....	156
C. VI. 4. c. bb. Rechtsfolgen des Rücktritts.....	158
C. VI. 4. d. Minderung nach § 634 Nr. 3 Alt. 2 i. V. m. 638 BGB	159
C. VI. 4. d. aa. Voraussetzungen der Minderung.....	159
C. VI. 4. d. bb. Berechnung der Minderung gem. § 638 III BGB	159
C. VI. 4. d. cc. Rechtsfolgen.....	160
C. VI. 4. e. Ergebnis hinsichtlich der Gewährleistungsrechte nach § 634 Nr. 1 bis 3 BGB	160
C. VI. 5. Schadensersatzansprüche des Nutzers aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 636, 311a II BGB	162
C. VI. 5. a. Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 i. V. m. § 280 I BGB	164
C. VI. 5. a. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	165
C. VI. 5. a. bb. Rechtsfolgen.....	167
C. VI. 5. b. Schadensersatz statt der Leistung aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 283, 636 und 311a II BGB.....	169
C. VI. 5. b. aa. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 636 BGB	169
C. VI. 5. b. bb. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 283 BGB	170
C. VI. 5. b. cc. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB	172
C. VI. 5. c. Rechtsfolgen der Schadensersatzansprüche aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 283, 636 und 311a II BGB	173
C. VI. 5. d. Verzögerungsschaden aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II, 286 BGB.....	174
C. VI. 5. d. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	174
C. VI. 5. d. bb. Schaden und Kausalität	175
C. VI. 5. e. Rechtsfolgen der §§ 280 I, II, 286 BGB	175
C. VI. 6. Ergebnis.....	176
C. VII. Haftungsausschlüsse und -beschränkungen.....	178
C. VII. 1. Gesetzliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen.....	179
C. VII. 1. a. Haftungseinschränkung bei unentgeltlicher Informationsüberlassung	179
C. VII. 1. b. Haftungsausschluss bei Kenntnis des Nutzers nach § 442 BGB	179
C. VII. 1. c. Haftungsausschluss bei Kenntnis des Nutzers nach § 640 II BGB.....	180
C. VII. 2. Grenzen der vertraglichen Haftungsbeschränkungen aus §§ 444 und 639 BGB.....	181
C. VII. 3. Grenzen aus dem AGB-Recht.....	182
C. VII. 4. Haftungshöchstsummenklauseln	184

C. VII. 4. a. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch AGB	184
C. VII. 4. b. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch TKG.....	185
C. VIII. Zusammenfassendes Ergebnis	186
D. Vertragliche Haftung des Host Providers.....	196
D. I. Allgemeines.....	196
D. II. Varianten des Presence-Providing-Vertrages.....	197
D. II. 1. Webhosting-Vertrag.....	197
D. II. 2. Webhousing-Vertrag	198
D. II. 3. Server-Housing-Vertrag.....	198
D. III. Der Webhosting-Vertrag	198
D. IV. Typologische Einordnung	199
D. IV. 1. Webhosting-Vertrag als Dauerschuldverhältnis	199
D. IV. 2. Webhosting-Vertrag als Werk- oder Dienstvertrag	200
D. IV. 3. Webhosting-Vertrag als Typenkombinationsvertrag.....	201
D. IV. 4. Webhosting-Vertrag als Miet- oder Pachtvertrag.....	203
D. IV. 5. Zwischenergebnis.....	206
D. V. Hauptleistungspflichten	206
D. VI. Leistungsstörungen.....	207
D. VII. Gewährleistungsrechte des Content Providers.....	207
D. VII. 1. Mängelbeseitigung	209
D. VII. 2. Selbstvornahme nach § 536a II BGB	210
D. VII. 3. Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln	210
D. VII. 4. Ergebnis	213
D. VIII. Schadensersatzansprüche aus § 536a I BGB	214
D. VIII. 1. Schadensersatzanspruch aus § 536a I Fall 1 BGB	215
D. VIII. 2. Schadensersatzanspruch des Content Providers aus § 536a I Fall 2 BGB	216
D. VIII. 3. Schadensersatzanspruch aus § 536a I Fall 3 BGB	218
D. VIII. 4. Umfang des Schadensersatzanspruchs aus § 536a I BGB	219
D. VIII. 5. Ergebnis	220
D. IX. Gewährleistungs- und Haftungsausschluss bzw. Haftungsbegrenzung	221
D. IX. 1. Gesetzliche Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse	222
D. IX. 1. a. Gewährleistungs- und Haftungsausschluss nach § 536b BGB	222
D. IX. 1. b. Gewährleistungs- und Haftungsausschluss nach § 536c BGB	223
D. IX. 1. c. Ergebnis	224
D. IX. 2. Grenzen des Gewährleistungs- und Haftungsausschlusses	224
D. IX. 2. a. Grenzen der vertraglichen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse durch § 536d BGB	224
D. IX. 2. b. Grenzen der Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse durch AGB-Recht	225
D. IX. 2. b. aa. Gewährleistungsausschluss	226
D. IX. 2. b. bb. Haftungsausschluss für anfängliche Mängel.....	226
D. IX. 2. b. cc. Haftungsbegrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.....	227
D. IX. 2. b. dd. Änderungsvorbehaltsklausel	228
D. IX. 2. b. ee. Verfügbarkeitsklausel.....	230
D. IX. 2. c. Haftungshöchstsummenklauseln.....	231
D. IX. 2. c. aa. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch AGB.....	231
D. IX. 2. c. bb. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch TKG	232
D. IX. 2. d. Ergebnis	234
D. IX. 3. Haftungsprivilegierung nach §§ TMG	238
D. IX. 4. Ergebnis.....	239

D. X. Zusammenfassendes Ergebnis.....	240
E. Kurze Zusammenfassung der Ergebnisse	245

Literaturverzeichnis

Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 610, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § ..., Rn.).

Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 611 – 1296, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 2, § ..., Rn.).

Bartsch, Michael, Rechtsmängel bei der Überlassung von Software, CR Heft 1/2005, S. 1 ff.

Briner, Robert G., Die Rechtsstellung des Access Providers, S. 489 ff., in: *Information Highway: Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen*. Herausgegeben von Hilty, Retro. M., Bern [u. a.] 1996.

Cichon, Caroline, Internet-Verträge, Verträge über Internet-Leistungen und E-Commerce, 2. Aufl., Köln 2005.

Canaris, Claus-Wilhelm, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 10/2001, 499 ff.

Dauner-Lieb, Barbara, Das Leistungsstörungsrecht im Überblick, in: *Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard* (Hrsg.), *Das Neue Schuldrecht*, Ein Lehrbuch, Heidelberg 2002.

Ehmann, Horst/Sutschet, Holger, Modernisiertes Schuldrecht: Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002.

Emmerich, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage, München 2005.

Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Auflage, Heidelberg 1998.

Fritzsche, Jörg, Juristische Fall-Lösungen, Fälle zum Schuldrecht I, Vertragliche Schuldverhältnisse, München 2003.

Fritzsche, Jörg, Haftung und Haftungsfreizeichnung in Informationsbeschaffungsverträgen, CR 7/1999, S. 462 ff.

Fritzsche, Jörg, Informationsbeschaffungsverträge, CR 10/1998, 632 ff.

Freytag, Stefan M., Haftung im Netz: Verantwortlichkeit für Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen nach § 5 TDG und § 5 MDStV, Beck, 1999, München.

Freytag, Stefan M., Providerhaftung im Binnenmarkt, CR 9/2000, S. 600ff.

Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfer, Carsten/Wendtland, Holger, Das neue Schuldrecht, München 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, ... Kap., Rn.).

Härtig, Niko, Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, CR 1/2001, S. 37 ff.

Heun, Sven-Erik: Rechtsbeziehungen zu Access-Providern, in: Bartsch, Michael/Lutterbeck, Bernd, Neues Recht für neue Medien, S. 249 ff., Köln 1998.

Hilty, Retro M., Die Rechtsbeziehungen rund um den Information Highway, S. 437 ff., in: Information Highway: Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen. Herausgegeben von Hilty, Retro. M., Bern [u. a.] 1996.

Hoeren, Thomas/Pichler, Rufus: Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich, S. 381 ff., in: Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank A., Praxis des Online-Rechts, München 2001.

Imhof, Ralf: Providerverträge, in: Weitnauer, Wolfgang (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch E-Commerce, München 2003.

Imping, Andreas, Vertragsgestaltung von Telefonanschlußverträgen im Festnetz, CR 7/1999, S. 425 ff.

Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Auflage, München 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § ..., Rn....).

Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § ..., Rn....).

Koch, Frank A., Internet-Recht, Praxishandbuch mit dem neuen Medien- und Telediensterecht, München [u. a.] 1998.

Koch, Frank A., Wirtschaftsrecht: Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, CR 4/1997, 193 ff.

Köhler, Markus/Arndt, Hanswolfgang, Recht des Internet, 4. Auflage, Heidelberg 2003.

Komarnicki, Bettina: Webhosting-Verträge, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia Recht, Teil 12.2 , Loseblatt-Sammlung, Stand: Mai, 2003, München 2006.

Kubala, Birge, Medienkonzentration im Internet, Verlag C. H. Beck, 2004, München.

Kurt, Rebmann/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Rolland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 611 – 704, 4. Auflage, München 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB, Schuldrecht, BT, § 611 BGB, Rn., § ..., Rn....).

Lehmann, Michael (Hrsg.): Rechtsgeschäfte im Netz - Electronik commerce, Stuttgart 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz).

Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002.

Mattheus, Daniela: Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, 67 ff. in: JuS 2002, Einführung in das neue Schuldrecht. Herausgegeben von Schwab, Martin/Witt, Carl-Heinz, München 2002.

Mehrings, Josef, Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online- und CD-ROM Datenbanken, NJW 1993, 3102 ff.

Müller, Hengstenberg, Nationale und internationale Rechtsprobleme im Internet, NJW 1996, S. 1777 ff.

Müller, Ulf: Internet-Verträge mit Inhalte-Dienstleistungen, in: Schuster, Fabian (Hrsg.), Vertragshandbuch Telemedia, Vertragspraxis im Telekommunikations-, Multimedia und Internetrecht, Siebter Teil, Kap. 15, München 2001.

Münster, Daniel, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg von 11.1.2002, MMR 4/2002, S. 258 ff.

Oechsler, Jürgen, Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs, NJW 2004, Heft 26, S. 1825 ff.

Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Auflage, München 2007 (zitiert: Bearbeiter, in: Palandt, § ..., Rn....).

Petri, Axel/Göckel, Andreas: Der Weg zum Netz - Netzbetreiber, Teil B, in: Rechts-Handbuch zum E-Commerce, herausgegeben von Moritz, Hans-Werner und Dreier M. C., Thomas, 2. Auflage, Köln 2005.

Piepenbrock, Hermann-Josef/Attendom, Thorsten/Schuster, Fabian/Wittern, Felix, Teil 1. Allgemeine Vorschriften, § 3, Begriffsbestimmungen, in: Beck'scher TKG-Kommentar, Telekommunikationsgesetz. Herausgegeben von Ceppert, Martin/Piepenbrock, Hermann-Josef et al., 3. Aufl., München 2006.

Redeker, Helmut, IT-Recht in der Praxis, 3. neubearbeitete Aufl. des unter dem Titel „Der EDV-Prozeß“ begründeten Werkes, München 2003.

Roth, Birgit, Verträge zur Netznutzung – wichtige Regelungsinhalte S. 57 ff., in: Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank A., Praxis des Online-Rechts, München 2001.

Runte, Christian, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg von 11.1.2002, CR 2002, S. 297 ff.

Satzger, Helmut: Strafrechtliche Providerhaftung, S. 161 ff., in: Verantwortlichkeit im Netz. Wer haftet wofür? Herausgegeben von Heermann, Peter W. und Ohly, Ansgar, Stuttgart [u. a.] 2003.

Schlechtriem, Peter, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Mohr Siebeck, 2003, Tübingen.

Schmitz, Dirk: Die vertraglichen Pflichten und die Haftung der Informationsanbieter im Internet, Stuttgart [u. a.] 2000.

Schmitz, Peter, Inhalt und Gestaltung von Telekommunikationsverträgen, MMR 2/2001, S. 150 ff.

Schmitz, Peter/Netzer, Axel von: Internet-Verträge ohne Inhalte-Dienstleistungen, Internet-Zugangsverträge in: Schuster, Fabian (Hrsg.), Vertragshandbuch Telemedia, Vertragspraxis im Telekommunikations-, Multimedia und Internetrecht, Sechster Teil, Kap. 12, München 2001.

Schmoll, Andrea, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland, Frankreich, England und den USA, Frankfurt am Main [u. a.] 2001.

Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet- Access, München 2001.

Schneider, Jochen, Handbuch des EDV-Rechts: IT-Vertragsrecht, Rechtsprechung, AGB, Vertragsgestaltung, Datenschutz, Rechtsschutz, 3. Auflage, Köln 2003.

Schulze, Reiner [et al.], Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-BGB, § ..., Rn.).

Schubel, Christian: Das neue Kaufrecht, S. 123 ff., in: JuS 2002, Einführung in das neue Schuldrecht, herausgegeben von Schwab/Witt, 2002 München.

Schuppert, Stefan, Web-Hosting-Verträge, CR 4/2000, 227 ff.

Schuster, Fabian/Müller, Ulf: Internet-Verträge ohne Inhalte-Dienstleistungen, Web-Hosting, in: Schuster, Fabian (Hrsg.), Vertragshandbuch Telemedia, Vertragspraxis im Telekommunikations-, Multimedia und Internetrecht, Sechster Teil, Kap. 14, München 2001.

Schwerdtfeger, Armin/ Gottschalk, Sascha: Vertragsrecht, in: Schwarz, Mathias (Hrsg.), Recht im Internet, Augsburg Stand 2002.

Soergel, Hs. Theodor (Begr.)/Siebert, W (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Schuldrecht I, §§ 241 – 432, 12. Aufl., Stuttgart [u. a.] 1990 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel, Kom. zum BGB, Band 2, § ..., Rn....).

Spindler, Gerald, Verantwortlichkeit von Diensteanbietern im Internet, in: Recht und neue Medien, Band 1, Vernetztes Recht: Das Internet als Herausforderung an eine moderne Rechtsordnung, herausgegeben von Hohl, Michael, Stuttgart [u. a.] 2002.

Spindler, Gerald: Haftungsrecht, Teil 29, in: Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, herausgegeben von Hoeren, Thomas; Sieber, Ulrich, München 1999.

Spindler, Gerald: Haftung für fehlerhafte Informationen, S. 145 ff., in: Bartsch, Michael/Lutterbeck, Bernd, Neues Recht für neue Medien, Köln 1998.

Spindler, Gerald, Haftungsklauseln in Provider-Verträgen, CR 1999, 626 ff.

Spindler, Gerald, Neues im Vertragsrecht der Internet-Provider, CR 2004, 203 ff.

Spindler, Gerald (Hrsg.): Vertragsrecht der Internet-Provider, Köln 2004 (zitiert bei weiteren Bearbeitern: *Bearbeiter*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil ..., Rn.).

Stadler, Thomas, Haftung für Information im Internet, Berlin 2005.

Stadler, Thomas: Verträge über den Zugang zum Internet in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia Recht, Loseblatt-Sammlung, Teil 12. 1, Stand: April, 2004.

Stork, Karlgeorg, Allgemeine Geschäftsbedingungen von Zugangsdiensten im Internet (Access Provider), München, 2001.

Strömer, Tobias H, Online-Recht, Rechtsfragen im Internet, 3. Aufl. Heidelberg 2002.

Teichmann, Cristoph: Der Werkvertrag nach der Schuldrechtreform, S. 150 ff., in: JuS 2002, Einführung in das neue Schuldrecht, herausgegeben von Schwab/Witt, München 2002.

Tellis, Nikolaos: Haftet Juris für fehlerhafte Online-Informationen?, CR 4/1990, 290 ff.

Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether [et al.]: AGB-Recht Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB, 10. Auflage, Köln 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § ..., Rn. ...).

Waldner, Uwe, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung (Dissertation), Hannover, 2001.

Westphalen, Friedrich von, AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandaufnahme, NJW 2002, Heft 1, S. 12 ff.

Wichmann, Tim, Rechtsnatur des Access-Providing, MMR 8/2000, S. 461 ff.

Willmowsky, Peter, Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis, Beilage zu JuS Heft 1/2002, S. 3 ff.

Wimmer, Norbert/Michael, Gehard, Online-Provider im neuen Multimedarecht, Baden-Baden 1998.

Wintler, Daniel: Der Weg zum Netz - Anbieter, Teil B, in: Rechts-Handbuch zum E-Commerce, herausgegeben von Moritz, Hans-Werner und Dreier M. C., Thomas, 2. Auflage, Köln 2005.

Wolf, Manfred/Horn, Norbert/Lindacher, Walter: AGB-Gesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 4. Auflage, München 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wolf/ Horn/ Lindacher, § ..., Rn. ...).

Wulf, Hans M., Serververträge und Haftung für Serverausfälle. Eine Analyse der vertragstypologischen Einordnung und des Haftungsumfangs CR 1/2004, S. 43 ff.

Zerrees, Thomas, Bürgerliches Recht: Ein einführendes Lehrbuch in das Zivil- und Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Berlin [u. a.] 2005.

Zimmer, Daniel, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, Heft 1, S.1 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Begr.	Begründer
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT.	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CGI	Common gateway interface
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DSL	Digital Subcriber Line
dt.	deutsch
E-Commerce-RL	Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
engl.	englisch
et al.	und andere
evtl.	eventuell
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
HK-BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
IP	Internet Protocol
i. S. d.	in Sinne des/der/den
ISDN	Integrated Services Digital Network, diensteintegrierendes digitales
i. S. v.	in Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
Kom.	Kommentar
Kom-BGB	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
K&R	Kommunikation und Recht
lit.	litera, literae
m. Anm.	mit Anmerkung
MDStV	Mediendienste Staatsvertrag
m. E.	meines Erachtens
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MünchKomm	Münchner Kommentar

m. Verw.	mit Verweis
m. w. N.	mit weiteren Nachweis
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
PoP	Point of Presence
Rn.	Randnummer
S.	Seite (n)/ Satz
SchuldRMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
sog.	so genannte
TDG	Teledienstegesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKV	Telekommunikationsschutzverordnung
TMG	Telemediengesetz
u. a.	unter anderem
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
u. U.	unter Unständen
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
Vorb	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zutref.	zutreffend

A. Einleitung

A. I. Problemstellung

Das Internet gewinnt in allen Bereichen des heutigen Lebens stetig an Bedeutung. Nach den Internet-Strukturdaten der Forschungsgruppe Wahlen im I. Quartal 2007 nutzen 61 Prozent aller deutschen Erwachsenen das Internet.¹ Die Möglichkeiten, die das Internet und vergleichbare Netze in den Bereichen Kommunikation, Informationsbeschaffung und Absatz bieten, lassen auf weiteres starkes Wachstum schließen.² Die Attraktivität des Mediums Internet ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass Unternehmen mit dem World Wide Web (WWW) eine Möglichkeit geboten wird, Werbung zu vertreiben und ihre Waren, Dienstleistungen und Informationen weltweit schnell und kostengünstig anzubieten. Bei WWW handelt es sich um eines der attraktiven, benutzerfreundlichen und verbreiteten Werkzeuge, das es ermöglicht, von entfernten Servern Daten aufzurufen, die der lokale Client für die Präsentation auf dem Bildschirm aufbereitet.³ Für die Erbringung ihrer Dienstleistungen machen auch die Wirtschaftsauskunfteien von den modernen Kommunikationsmöglichkeiten Gebrauch; der Anteil der in Papierform versendeten Auskünfte gehe gegenüber elektronischen Übermittlungsformen immer mehr zurück; dies ist darauf zurückzuführen, dass elektronisch zugängliche Datenbanken die Kosten der Auskunfteien reduzieren und es ermöglichen, in stärkerem Maße auf dem internationalen Markt tätig zu werden.⁴

Vorteilhaft sind für die Benutzer des Internets die große Angebotsauswahl von Waren und Dienstleistungen und der geringere Kosten- und Zeitaufwand. Nach einer Prognose des Bundesverbands Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien (BITKOM) kauften die Deutschen im Jahr 2006 Waren und Dienstleistungen im Wert von mehr als 40 Milliarden Euro im Internet ein; dies stellt ein Plus von 25 Prozent gegenüber 2005 dar.⁵

Die Vorteile, die das Internet einerseits mit sich bringt, sind auf der anderen Seite insbesondere für die Anbieter von Internetdienstleistungen mit unüberschaubaren vertraglichen und außervertraglichen⁶ Haftungsrisiken verbunden. Eine vertragliche Haftung

¹ Forschungsgruppe Wahlen Online (FGW Online GmbH), I. Quartal 2007; abrufbar Online unter http://www.forschungsgruppe.de/Aktuelles/PM_Strukturdaten. (Stand 1 - 3/2007), abgerufen am 20.05.07.

² Stögmüller, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil II, Rn. 66.

³ Zu dieser Definition siehe Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 61.

⁴ Vgl. Fritzsche, Informationsbeschaffungsverträge, CR 1998, S. 632, 633.

⁵ BITKOM-Presseinformationen von 05.11.2006; abrufbar unter:

http://www.bitkom.de/de/presse/8477_42419.aspx, abgerufen am 20.05.2007.

⁶ Die außervertragliche Haftung wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit ausgeklammert.

kommt in Betracht, wenn zwischen dem Internetanbieter und dem Kunden (Nutzer)⁷ ein Vertrag über die Erbringung von Kommunikations- und/oder Informationsdienstleistungen zustande gekommen ist. Internetanbieter werden i.d.R. Provider genannt⁸. Die Verträge über Internet-Dienstleistungen werden als Providerverträge bezeichnet.⁹ Internetanbieter lassen sich im Hinblick auf ihre Tätigkeitsbereiche und insbesondere auf die Inhaltsverantwortlichkeit in drei Kategorien aufteilen. Nämlich in Access Provider, Content Provider und Host Provider.¹⁰

Die verschiedenen Internet Provider werden in der Literatur teilweise unterschiedlich benannt.¹¹ Die Abgrenzung zwischen Access Provider, Content Provider und Host Provider bedeutet nicht, dass ein und derselbe Provider stets die gleiche Funktion erfüllt,¹² vielmehr sind die großen Online-Dienste wie AOL oder T-Online¹³ gleichzeitig Access Provider, Host Provider und/oder Content Provider.¹⁴

Providerverträge sind nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt. Sie sind in die bereits bestehenden, im BGB geregelten Vertragstypen einzuordnen. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die Internet Provider und Nutzer über das Internet Verträge verschiedenster Art schließen, die eine Vielzahl von Leistungen enthalten, und angesichts der Komplexität dieser Leistungen die unmittelbare Zuordnung »Vertrag = Leistung« nicht möglich ist.¹⁵ Eine eindeutige rechtliche Einordnung der Providerverträge ist aber unerlässlich, da der konkrete Umfang der Leistungspflichten des Providers und insbesondere die Klärung der praktisch relevanten Fragen der Leistungsstörungen, Gewährleistung und Haftung wesentlich von der vertraglichen Einordnung des Providervertrags abhängt.¹⁶ Ferner ist die vertragstypologische Einordnung deshalb wichtig, da zum einen damit das gesetzliche Leitbild nach § 307 II BGB festgelegt wird, zum anderen nur bestimmte Verträge einzelnen Klauselverböten unterliegen.¹⁷ Wird ein Providervertrag z.B. als Dienstvertrag qualifiziert, so finden

⁷ Im Rahmen dieser Arbeit handelt es sich beim Nutzer um Endkunden.

⁸ Vgl. *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Teil D., Rn. 921.

⁹ Siehe *Härtig*, CR 2001, S. 37.

¹⁰ Diese Einteilung findet sich auch z.B. bei *Härtig*, Internetrecht, Teil IV, Rn. 1051; *Störmer*, Online-Recht, S. 9 f.; *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 17 f.

¹¹ Der hier als Host Provider (so auch bei *Hoeren/Pichler*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 381; *Härtig*, Internetrecht, Teil III, Rn. 299) bezeichnete Anbieter wird z.B. bei *Satzger* in: Verantwortlichkeit im Netz, Teil II, Rn. 2 Host- Service-Provider, und bei *Cichon*, Internet-Verträge, XXXIX Presence Provider oder bei *Wimmer/Michael*, 4. Kap., S. 88 ff. Service Provider genannt.

¹² *Härtig*, Internetrecht, Teil IV, Rn. 1052.

¹³ Online-Dienste werden im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt.

¹⁴ Vgl. *Stögmüller*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil II, Rn. 68.

¹⁵ So *Koch*, Internet-Recht, 1998, S. 28.

¹⁶ Vgl. *Stadler*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia Recht, Stand April 2004, Teil 12.1, Rn. 5, in Bezug auf Access Providing Vertrag.

¹⁷ Siehe *Spindler*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 74.

bestimmte Klauselverbote von vornherein keine Anwendung, wie etwa § 309 Nr. 8 lit. b BGB.¹⁸

Es bestehen in der Rechtsliteratur bezüglich der vertragstypologischen Einordnung von Providerverträgen weiterhin Meinungsverschiedenheiten. Eine eindeutige Entscheidung der Rechtsprechung bezüglich der Einordnung der Providerverträge liegt noch nicht vor.¹⁹

Was die Leistungsstörungen im Internet-Bereich angeht, lassen sie sich nicht völlig ausschließen. Denn nach dem gegenwärtigen Stand der Technik dürfte ein völlig unterbrechungs- und generell störungsfreier Betrieb eines Dienstes im Internet nicht möglich sein, da eine gewisse Ausfallwahrscheinlichkeit des Systems immer besteht.²⁰

Des Weiteren könnten technische Probleme oder Netzüberlastung durch zu viele gleichzeitige Zugriffe auf das System des Internetanbieters oder auf den Backbone²¹ zur Verlangsamung der Geschwindigkeit der Datenübertragung führen.

Außerdem ist eine Vielzahl von den im Internet zum Abruf bereitgehaltenen oder infolge einer Nutzeranfrage zusammengestellten und übermittelten²² Informationen darauf ausgerichtet, die Nutzer zu bestimmten Verhaltensweisen anzuleiten, ihnen Ratschläge und Empfehlungen zu geben, die im Falle ihrer Mangelhaftigkeit verheerende wirtschaftliche oder gesundheitliche Schäden bei den Internetnutzern herbeiführen können.²³

Angesichts der hohen Haftungsrisiken wegen internetbedingter technischer Störungen versuchen Internetanbieter in ihren AGB ihre Haftung zu begrenzen oder gar ganz auszuschließen.

Ferner versuchen sie, sich möglichst von Gefahren einer Inanspruchnahme für alle mit Informationen verbundenen Rechtsverletzungen freizuzeichnen und sich Regressmöglichkeiten gegen die eigentlichen Verursacher zu beschaffen.²⁴ Allerdings ist für sie die Möglichkeit, in bestimmten Bereichen die Haftung zu begrenzen oder ganz auszuschließen, denkbar gering.²⁵

Soweit die Leistungen des Internetproviders als Telekommunikationsdienste i. S. d. TKG²⁶

¹⁸ Vgl. Spindler, CR 2004, S. 203, 206.

¹⁹ Siehe Spindler, CR 2004, 203, 206 in Bezug auf den Access Provider-Vertrag; Komarnicki, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 122, in Bezug auf Webhosting-Verträge.

²⁰ Vgl. Koch, Internet-Recht, 1998, S. 36.

²¹ Engl. „Backbone“ = dt. „Rückgrat“. Mit Backbone werden die Teile des Internets bezeichnet, die das „Rückgrat“ des Netzes bilden, also die internationalen und nationalen Verbindungen zwischen den wichtigsten Internet-Knoten. Zum Begriff „Backbone“ siehe Glossar bei Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 467.

²² Zur Abgrenzung der eigenen von fremden Informationen siehe unten unter C. I.

²³ Vgl. Schmoll, Andrea, Die deliktische Haftung des Internet-Service-Provider, S.23.

²⁴ Vgl. Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 321.

²⁵ Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 213.

²⁶ Geltung ab 2004-06-26. Zuletzt geändert durch TKG-Änderungsgesetz v. 18.2.2007, abrufbar unter <http://www.bmwi.de>, abgerufen am 10.5.2007.

zu qualifizieren sind, sieht der Gesetzgeber für sie Haftungsbegrenzungen vor. Gem. § 44a TKG²⁷ ist eine Haftungsbegrenzung der Summe nach selbst für grob fahrlässig verursachte Vermögensschäden möglich.

Ferner sieht der Gesetzgeber für Anbieter von Telemedien²⁸ Haftungsbeschränkungen im Telemediengesetz (TMG)²⁹ vor. Das TMG regelt die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Telemedien. Es wurde mit Artikel 1 des Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz (ElGVG) verkündet.³⁰ Es löst das Teledienstegesetz (TDG), das Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG) sowie weitgehend auch den Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) ab.

Die Haftungsprivilegierungen des TMG ergeben sich aus den §§ 8-10 TMG. Zu klären ist im Rahmen der beabsichtigten Arbeit die Frage, ob die Haftungsprivilegierungen dieser Normen auf die vertragliche Haftung des Internet Providers Anwendung finden.

Angesichts des dargestellten hohen wirtschaftlichen Potentials des Internets und der steigenden Inanspruchnahme von Internet-Dienstleistungen durch die Internetnutzer, nehmen die Vertragsabschlüsse über Internet-Dienstleistungen immer mehr zu. Wie erwähnt, sind solche Verträge im BGB nicht geregelt. Eine vertragstypologische Einordnung solcher Verträge in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches stellt einen Ansatz für die Behandlung solcher Vertragsverhältnisse insbesondere im Hinblick auf die Frage der Gewährleistung und Haftung dar.³¹ Aufgrund der hohen Haftungsrisiken der Provider im Internet-Bereich gewinnt die Frage der vertraglichen Haftung erhebliche praktische Relevanz. Denn durch eine sorgsame Behandlung dieser Frage werden Internetanbieter in die Lage versetzt, ihre Haftungsrisiken zu erkennen und sie bei der Leistungsbeschreibung, bei der Gestaltung ihrer AGB-Klauseln und bei Erbringung ihrer Leistungen zu vermeiden.

A. II. Stand der Forschung

Das Problem der zivilrechtlichen Haftung von Anbietern im Internet ist bereits Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion.

²⁷ Diese Vorschrift ersetzt § 7 TKV. Mit der Änderung vom 18.2.2007 wird die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung in das TKG integriert.

²⁸ Der Begriff „Telemedien“ fasst die Tele- und Mediendienste zusammen. Telemedien gem. §1 TMG sind „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes...oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind“

²⁹ Das Telemediengesetz ist am 01. März 2007 in Kraft getreten.

³⁰ Abrufbar unter <http://www.telemediengesetz.net/index.html>, abgerufen am 09.05.2007.

³¹ Vgl. Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57.

Wiederholt haben Autoren die Problematik der deliktischen Haftung von Internetanbietern eingehend behandelt.³² Von einigen Autoren wurde die Frage der Gewährleistung und Haftung allgemein oder in Bezug auf einzelne Verträge zwischen Internetanbietern und Nutzern thematisiert.³³ Eine umfassende Behandlung der Frage der vertraglichen Haftung von Internetprovidern liegt bislang nicht vor. Dies gewinnt jedoch durch die Schuldrechtsmodernisierung vom 01. 01. 2002 große Bedeutung.

A. III. Ziel der Untersuchung

Im Rahmen der beabsichtigten Arbeit wird die Frage der vertraglichen Haftung von Internetanbietern behandelt. Die Behandlung dieser Frage schafft Klarheit darüber, mit welchen Haftungsrisiken der Internetprovider konfrontiert ist; welche Gewährleistungs- und Haftungsvorschriften in Betracht kommen können; in wieweit können Gewährleistung und Haftung durch AGB des Providers ausgeschlossen oder begrenzt werden können und ob spezialgesetzliche Regelungen in Betracht kommen können, durch welche die Haftung der Anbieter begrenzbar ist. Andererseits haben Internetnutzer ein Interesse daran, ihre Gewährleistungsrechte und Schadensersatzansprüche im Falle von Vertragsverletzungen zu erkennen. Die Klärung dieser Fragen ist dazu geeignet, Rechtsklarheit und -sicherheit im Online-Bereich zu schaffen. Dies dient wiederum der Steigerung der Investitionsbereitschaft und dem Abbau von Investitionshemmnissen im Internet-Bereich. Darin liegt das mit der beabsichtigten Arbeit verfolgte Ziel.

A. IV. Gang der Untersuchung

Im Teil B dieser Arbeit wird die vertragliche Haftung des Access Providers behandelt.

Zunächst werden die gängigen Typen des Access-Provider-Vertrags kurz skizziert. Danach sind die wesentlichen Leistungen des Access Providers kurz darzustellen. Dann ist der Vertrag einem im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelten Vertragstypen zuzuordnen. Anhand der Zuordnung wird die Gewährleistung und Haftung des Access Providers erörtert. Folgend wird die Frage der Haftungsfreizeichnung und -begrenzung behandelt. Hierbei wird

³² U. a. *Schmoll*, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider; *Hoeren/Pichler*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 381 ff.

³³ Siehe z.B. *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57 ff.; *Härtling*, CR 2001, S. 37, 38 ff.; *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung; *Cichon*, Internet-Verträge; *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 181 f. in Bezug auf Webhosting; *Komarnicki*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn 100 f., bezogen auf Webhosting-Verträge.

auf die Möglichkeiten der Haftungsfreizeichnung und der betragsmäßigen Haftungsbegrenzung anhand der AGB des Anbieters sowie die Möglichkeiten der betragsmäßigen Haftungsbeschränkung durch das Telekommunikationsgesetz (§ 44a TKG) eingegangen. Zum Schluss wird die Frage geklärt, ob die Haftungsprivilegierung der §§ 8-10 TMG auf die vertragliche Haftung des Access Providers anwendbar ist.

Im Teil C wird die vertragliche Haftung des Content Providers erörtert. Dabei wird zunächst der Vertrag über unentgeltliche Informationsüberlassung typologisch eingeordnet und dann wird die Haftung des Content Providers im Falle von Leistungsstörungen erörtert. Nachfolgend wird der Vertrag über die entgeltliche Informationsüberlassung, sowohl bei einmaligem, entgeltlichem Informationsabruf, als auch bei mehrfachen entgeltlichen Informationsabrufen im Rahmen einer dauerhaften Bereitstellung einer Datenbank vertragstypologisch eingeordnet. Anhand dieser Einordnungen wird die Frage der Gewährleistung und Haftung des Content Providers bei Leistungsstörungen beantwortet. Im Folgenden wird der Vertrag über die entgeltliche Informationsbeschaffung infolge von Nutzeranfrage dem System des BGB zugeordnet und dann ebenfalls die Gewährleistungs- und Haftung des Content Providers behandelt.

Darauf folgend werden die gesetzlichen Haftungsausschlüsse und -beschränkungen dargelegt. Danach werden die gesetzlichen Grenzen der individualvertraglichen Haftungsausschlüsse und -beschränkungen behandelt. Anschließend werden die Grenzen der formularmäßigen Haftungsausschlüsse und -beschränkungen durch das AGB-Recht erörtert. Schließlich wird die Frage der Haftungshöchstsummenklauseln geklärt, dabei wird geprüft, ob die TKG auf den Content Provider Anwendung findet, bzw. ob für ihn die summenmäßige Haftungsbegrenzung des § 44a TKG gilt.

Im Teil D wird die vertragliche Haftung des Host Providers behandelt. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird der entgeltliche Webhosting-Vertrag zwischen dem Host Provider und dem Content Provider als Endkunden behandelt.

Zur Veranschaulichung der vertraglichen Haftung des Host Providers wird zunächst der Sachverhalt geschildert, der dem Urteil des AG Charlottenburg vom 11. Januar 2002 zugrunde lag.³⁴ Danach wird der Webhosting-Vertrag vertragstypologisch eingeordnet. Nachfolgend werden die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien, v. a. die Leistungspflichten des Host Providers, geschildert. Anschließend werden die Leistungsstörungen kurz beschrieben. Danach werden die Gewährleistungsrechte und darauf die Schadensersatzansprüche des Content Providers behandelt. Dann werden die gesetzlichen

³⁴ AG Berlin-Charlottenburg, CR 2002, 297 f.

Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse diskutiert. Anschließend werden die gesetzlichen Grenzen der individualvertraglichen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse erörtert. Dann werden die Grenzen der formularmäßigen Haftungsausschlüsse und -beschränkungen durch das AGB-Recht diskutiert. Folgend wird die betragsmäßige Haftungsbegrenzung behandelt, dabei wird die Frage geklärt, ob das TKG auf den Host Provider Anwendung findet, bzw. ob für ihn die summenmäßige Haftungsbegrenzung des § 44a TKG gilt. Zuletzt wird die Frage geklärt, ob die Haftungsprivilegierung der §§ 8-10 TMG auf die vertragliche Haftung des Host Providers Anwendung findet.

Schließlich enthält Teil E eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse.

B. Die vertragliche Haftung des Access Providers

Access³⁵Provider (Netzzugangsprovider, auch „Connectivity Provider“ genannt) bieten den Zugang zum Internet an.³⁶ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird das entgeltliche Vertragsverhältnis zwischen dem Access Provider und dem Nutzer als Endkunde erörtert.

Zur Behandlung der Frage der vertraglichen Haftung³⁷ des Access Providers wird folgende Vorgehensweise als sinnvoll erachtet. Zunächst werden die gängigen Typen des Access-Provider-Vertrags kurz skizziert. Danach sind die Hauptleistungspflichten des Access Providers kurz darzustellen. Im Folgenden ist der Vertrag einem im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelten Vertragstyp zuzuordnen. Dann werden die Leistungsstörungen beschrieben. Anschließend werden die Gewährleistungs- und Haftungsmöglichkeiten im Falle von Leistungsstörungen erörtert. Danach wird die Frage der Haftungsfreizeichnung und Haftungsbegrenzung behandelt. Hierbei wird auf die Möglichkeiten der Haftungsfreizeichnung und der betragsmäßigen Haftungsbegrenzung anhand der AGB des Access Providers sowie die der betragsmäßigen Haftungsbeschränkung durch das Telekommunikationsgesetz (§ 44a TKG) eingegangen. Darauf folgend wird die Haftungsprivilegierung durch das TMG erörtert.

Zum Schluss werden die Ergebnisse in einem zusammenfassenden Ergebnis hinsichtlich der vertraglichen Haftung des Access Providers erfasst.

B. I. Typen des Access-Provider-Vertrages

Im Hinblick auf den Access-Provider-Vertrag ist zwischen verschiedenen Vertragstypen zu unterscheiden.³⁸ Die Access-Provider-Verträge unterscheiden sich durch die Abrechnung der Zugangsnutzung, durch die zusätzlich zu erbringenden Leistungen und danach, ob der Nutzer eine dauerhafte Vertragsbindung mit dem Access Provider knüpft oder nicht.³⁹

Im Rahmen dieser Arbeit werden zwei gängige Vertragstypen, nämlich die dauerhafte Zugangsgewährung und Internet-by-Call, behandelt.

B. I. 1. Dauerhafte Zugangsgewährung

³⁵ Engl. „access“ = dt. „Zugang“.

³⁶ Siehe Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 9.

³⁷ Haftung bedeutet Einstehen müssen für eine Verpflichtung; die bedeutsamste Haftungsform ist die Haftung auf Schadensersatz. Zu dieser Definition siehe Schwerdtfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 51.

³⁸ Zu den verschiedenen Erscheinungsformen von Internet-Access, siehe Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Rn. 25 f.

³⁹ Vgl. Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 101.

Hier wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Access Provider und dem Nutzer in Form eines Dauerschuldverhältnisses als langfristige Zugangsgewährung und einzelne Verbindungen, ausgestaltet. Die Vergütung erfolgt meist durch eine monatliche Grundgebühr für die dauerhafte Zugangsgewährung und ein zeitabhängiges Entgelt für die einzelnen Verbindungen.⁴⁰ Im Schrifttum⁴¹ wird dieser Form der Zugangsgewährung der sog. Flatrate⁴² gleichgestellt.⁴³

B. I. 2. Internet-by-Call

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Access Provider und dem Nutzer kann auch in Form von Internet-by-Call ausgestaltet werden. Hier wird kein Dauerschuldverhältnis abgeschlossen, sondern mit jeder Einwahl ein neuer Vertrag abgeschlossen.⁴⁴ Der Vertragsschluss erfolgt mit der Einwahl in den Einwahlknoten des Access Providers durch den Kunden (Angebot) und der Annahme der Verbindung durch den Access Provider (Annahme) und mit dem Ende der Verbindung wird der Vertrag beendet.⁴⁵ Die Gebühren werden dabei über die Telefonrechnung abgerechnet.⁴⁶ Zu berücksichtigen ist hierbei, dass zwar der Nutzer kein Dauerschuldverhältnis mit dem Access Provider eingeht, aber ein Dauerschuldcharakter innerhalb dieser einzelnen Vertragsbindungen angenommen werden könnte. Zwar kann der Vertrag nur für die Dauer der Online-Sitzung abgeschlossen werden,⁴⁷ die Dauer der Online-Sitzung beschränkt sich jedoch nicht auf die einzelnen Transportzeiten, sondern der Access Provider schuldet vielmehr die Gewährung des Internetzugangs über einen bestimmten Zeitraum, die den wiederholten Transport der Daten einschließt.⁴⁸

B. II. Hauptleistungspflichten des Access Providers

Die Hauptleistungspflichten des Access Providers sind das Verschaffen, Gewähren und Aufrechterhalten der technischen Infrastruktur zur Ermöglichung des Zugangs zum Internet

⁴⁰ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 88.

⁴¹ Spindler, CR 2004, S. 203, 207.

⁴² Als Flatrate bezeichnet man Pauschalttarife für Telekommunikationsdienste wie Telefonie oder Internetverbindung.

⁴³ Internet-Flatrate-Angebote werden im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt.

⁴⁴ Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 15.

⁴⁵ Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 106 .

⁴⁶ Cichon, Internet-Verträge, § 1 Rn. 40.

⁴⁷ Vgl. Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 310.

⁴⁸ Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 181.

gegen Vergütung.⁴⁹ Hierfür richtet der Access Provider sog. Einwahlknoten „Point of Presence“ (PoP) ein.⁵⁰ Dies ist ein Eingangsanschluss (i.d.R. mit nur einer Telefonnummer, hinter der sich eine Vielzahl von Telefonanschlüssen verbirgt), zu dem der Nutzer eine Verbindung von seinem Computer aus über das Telefonnetz (i.d.R. ein analoger oder digitaler Telefonanschluss) herstellt.⁵¹ Außerdem trifft den Access Provider die Verpflichtung, eine Schnittstelle zum Internet zu unterhalten, um Daten für den Nutzer in das Internet zu übersenden oder aus dem Internet zu empfangen und an den Kunden weiterzuleiten.⁵² Das provider-eigene Netzwerk wird wiederum mittels Standleitungen an das Internet angeschlossen.⁵³ Dieses Netzwerk (von PoP bis Schnittstelle) stellt den Einflussbereich des Access Providers dar und unterliegt seiner Verantwortung.

Neben der Zurverfügungstellung des Systems stellt die Datenübermittlung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers ein wesentliches Leistungsmerkmal des Netzwerkzugangs dar. Auf die Geschwindigkeit der Datenübermittlung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers hat die sog. Bandbreite unmittelbare Auswirkungen. Sie hat also unmittelbare Auswirkung darauf, wie schnell eine bestimmte Datenmenge in oder aus dem Internet übertragen werden kann und wird deshalb teilweise auch Übertragungsgeschwindigkeit genannt.⁵⁴ Hierbei ist zwischen zwei verschiedenen, miteinander zusammenhängenden Bandbreiten zu unterscheiden.⁵⁵ Diese sind nämlich die Bandbreite, mit der eine Einwahlverbindung⁵⁶ zum Einwahlknoten (PoP) des Access Providers hergestellt werden kann, und die Bandbreite, die tatsächlich bei der Datenübertragung erreicht wird.⁵⁷

Ein Vertrag über den Internet-Zugang kann mit zusätzlichen Nebenleistungen verbunden sein. Als Standard-Nebenleistung schuldet der Access Provider oft die Einrichtung eines E-Mail Accounts; weitere zusätzliche Nebenleistungen sind etwa News-Dienste bzw. Diskussionsforen.⁵⁸ Zu den Nebenleistungspflichten gehören ferner Wartung der Hardware, Pflege, der dem Nutzer zur Verfügung gestellten Software, Netzwerkmanagement und Datensicherungsmaßnahmen.⁵⁹ Der Access Provider muss also i. S. einer nebenvertraglichen Schutz- bzw. Verkehrssicherungspflicht grundsätzliche Anforderungen an die Sicherheit

⁴⁹ Vgl. Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 59.

⁵⁰ Vgl. Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn.3 f.

⁵¹ Vgl. Cichon, Internet-Verträge, Rn. 37; Briner, in: Information Highway, S. 489, 493.

⁵² Siehe Schmitz Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 20.

⁵³ Siehe Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 9.

⁵⁴ Siehe Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragsbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 80.

⁵⁵ Siehe auch die Ausführungen unten unter B. IV.

⁵⁶ Derzeit sind Einwahlverbindungen für Modem, ISDN und DSL üblich.

⁵⁷ Vgl. Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 145.

⁵⁸ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 46.

⁵⁹ Siehe Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 66.

seines Servers und der dort gespeicherten Daten seiner Kunden einhalten.⁶⁰ Die vorliegende Arbeit klammert die Erörterung der Nebenleistungen aus und beschränkt sich auf die prägende Leistung des Access-Provider-Vertrages, also die Zugangsgewährung einschließlich der Datenübertragung.

B. III. Vertragstypologische Einordnung des Access-Provider-Vertrags

Die typologische Einordnung der zentralen Pflicht des Access Providers ist besonders umstritten. Es hat sich noch keine eindeutige rechtliche Einordnung durchgesetzt.⁶¹ Eine eindeutige Stellungnahme der Rechtsprechung bezüglich der Einordnung des Access-Provider-Vertrages liegt noch nicht vor.⁶² In der Rechtsliteratur wird der Access-Provider-Vertrag als Mietvertrag⁶³ bzw. mietvertragsähnlich,⁶⁴ Pachtvertrag,⁶⁵ Werkvertrag⁶⁶ oder Dienstvertrag⁶⁷ qualifiziert. Die Abgrenzung zwischen diesen Vertragstypen sei problematisch, daher seien auch die Kriterien für die Begründung einer Leistungseinordnung schwer handhabbar.⁶⁸ Dennoch wird im Folgenden der Versuch unternommen, die Pflicht des Access Providers zur Zugangsgewährung in die BGB-Vertragssystematik typologisch einzuordnen.

B. III. 1. Miet- oder Pachtvertrag

Beim Mietvertrag regelt § 535 BGB die Hauptpflichten von Vermieter und Mieter. Danach verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren (§ 535 I 1 BGB); der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten (§ 535 II BGB). Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass es sich beim Access-Provider-Vertrag um einen Mietvertrag bzw. einen Vertrag mit mietvertragsähnlichen Elementen oder Pachtvertrag handele.⁶⁹ Die Einordnung als

⁶⁰ Siehe *Spindler*, CR 2004, S. 203, 206

⁶¹ *Wischmann*, MMR 2000, S. 461.

⁶² *Spindler*, CR 2004, 203, 206.

⁶³ *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 79.

⁶⁴ *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, 1777, 1779 ff.

⁶⁵ *Büchner*, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, S. 146, 155.

⁶⁶ *Roth*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 66; *Heun*, in: *Bartsch/Lutterbeck*, Neues Recht für neue Medien, S. 249, 254.

⁶⁷ *Stadler*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 9; *Koch*, Internet-Recht, 1998, S. 36; *Härtig*, Internetrecht, Rn. 296.

⁶⁸ So *Schneider*, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 158.

⁶⁹ *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 79; *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, S.1777, 1780; *Büchner*, in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, S. 146, 155.

Mietvertrag wird damit begründet, dass der Provider bei Access-Provider-Verträgen die Gestaltung des Gebrauchs seiner dem Netzzugang dienenden Anlagen – nämlich Amtsanschlüsse, Netzrechner, Hard- und Software, Anbindungsleitung ans Internet – schuldet.⁷⁰ Für die Annahme eines Mietvertrages oder Pachtvertrages könnte sprechen, dass es sich beim Vertrag über den Internetzugang um eine nach einem Zeitraum bemessene Vertragsbeziehung handelt; dies gilt sowohl für langfristige als auch für Call-by-Call Verträge.⁷¹

Gegen eine miet- oder pachtvertragliche Einordnung der Zugangsgewährung könnte sprechen, dass der Nutzer keinen unmittelbaren Besitz i. S. v. § 854 BGB, also keine tatsächliche Gewalt über die Infrastruktur des Access Providers hat. Dass der Nutzer keinen unmittelbaren Besitz an der Infrastruktur des Access Providers erhält, steht der Einordnung als Mietvertrag bzw. Pachtvertrag nicht entgegen.⁷² Entscheidend ist nicht die Besitzverschaffung, sondern die Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache (§§ 535 I 1, 543 II Nr. 1 BGB). Im Gegensatz zu §§ 535 I 1 und 543 II Nr. 1 BGB, die das Wort „Gebrauchsgewährung“ nutzen, spricht § 535 I 2 BGB von „Überlassung der Mietsache“. Mit „Überlassung“ ist aber hier nichts anderes gemeint als die Ermöglichung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache.⁷³ Auch unterliegen dem Mietrecht solche Verträge, die nicht auf die Besitzeinräumung, sondern nur auf die temporäre Nutzung einer Sache durch Gewährung des ungestörten Eintritts gerichtet sind.⁷⁴

Gleichwohl ist eine solche „Gebrauchsgewährung“ des Systems des Access Providers zugunsten des Nutzers nicht anzunehmen; denn der Access Provider überlässt dem Nutzer nicht den Gebrauch seines Netzes, sondern transportiert bzw. vermittelt durch das von ihm gesteuerte System den Datenverkehr für den Kunden.⁷⁵ Der maßgebliche Leistungsinhalt ist die Gewährung des Zugangs zum Internet und nicht die Gebrauchsüberlassung von Rechnerplatz und Vermittlungstechnik.⁷⁶ Des Weiteren besteht die Leistung des Access Providers im Wesentlichen nicht in der Zurverfügungstellung der Hardware zur Nutzung, sondern vielmehr in der Weiterleitung und Entgegennahme von Datenpaketen, die vom Nutzer versandt wurden bzw. an ihn adressiert sind.⁷⁷ Der Nutzer ist hier an einem „Mehr“ gegenüber der bloßen Nutzung der Infrastruktur interessiert; ohne Zugang zu den anderen

⁷⁰ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 64.

⁷¹ Vgl. *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 129.

⁷² Vgl. *Strömer*, Online Recht, S. 28, in Bezug auf Webhosting.

⁷³ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 81.

⁷⁴ So *Spindler*, CR 2004, S. 203, 207.

⁷⁵ Vgl. *Schmitz/Netzer*, in: *Schuster*, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 36.

⁷⁶ So *Roth*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 66.

⁷⁷ Siehe *Stadler*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 6.

Datennetzen und Inhalten anderer Anbieter sowie den Transport von Inhalten wäre für ihn der reine Gebrauch der Sache „Rechner“ uninteressant.⁷⁸ Aus diesen Überlegungen kann der Schluss gezogen werden, dass die geschuldete Leistungspflicht des Access Providers nicht gebrauchs-, sondern tätigkeitsbezogen ist.⁷⁹ Demzufolge scheidet eine Einordnung des Access-Provider-Vertrages als Mietvertrag aus.

Die Annahme eines Pachtvertrags ist ebenso abzulehnen, da der Access Provider dem Nutzer nicht den Gebrauch seines Servers überlässt. Der Nutzer wirtschaftet also nicht eigenständig in der Einrichtung des Access Providers.⁸⁰ Er ist in der Art und Weise des Gebrauchs der Zugangseinrichtung nicht völlig frei, vielmehr bleibt die „Steuerung der Programmabläufe in der Hand des Access Providers“.⁸¹ Des Weiteren wird der Verpächter gem. § 581 I BGB durch den Pachtvertrag verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstands und den Genuss der Früchte zu gewähren. Ob die vom Nutzer über den Internetzugang erhaltenen Informationen Früchte des Netzwerkzugangs i. S. v. § 581 I BGB sind, ist fraglich. Denn nach § 99 I BGB sind Früchte einer Sache die Erzeugnisse der Sache und sonstige Ausbeute, die aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen werden. Die über den Internetzugang abrufbaren Informationen stammen ursprünglich nicht aus dem Netzwerkzugang. Dieser stellt nur ein Transportmedium für die Informationen dar und ist keine Quelle dieser Informationen.⁸² Die Einräumung der Möglichkeit einer direkten Fruchtziehung nach den Grundsätzen des Pachtrechts fehlt gerade beim Access-Provider-Vertrag.⁸³

B. III. 2. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Access-Provider-Vertrag nicht als Miet- oder Pachtvertrag zu qualifizieren ist, da er nicht auf eine Gebrauchsüberlassung, sondern auf eine Tätigkeit gerichtet ist. Wegen des Tätigkeitsbezugs ist der Access-Provider-Vertrag dem Werk- oder Dienstvertrag zuzuordnen.

B. III. 3. Werk- oder Dienstvertrag

⁷⁸ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 92; ders. CR 2004, 203, 207; Härtig, CR 2001, S. 37, 38.

⁷⁹ So auch Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 164.

⁸⁰ Siehe die Darstellung von Wichmann, MMR 2000, S. 461, 463.

⁸¹ Vgl. Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 166.

⁸² Vgl. Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 135.

⁸³ Sengpiel/Klett/Gottschalk, in: Kröger/Gimmy (Hrsg.), Handbuch zum Internetrecht, S. 237.

Zunächst muss geklärt werden, wie diese beiden Vertragstypen sich voneinander unterscheiden. Während der Unternehmer beim Werkvertrag gem. § 631 BGB die Herstellung eines versprochenen Werkes schuldet, ist der Dienstverpflichtete beim Dienstvertrag gem. § 611 BGB lediglich verpflichtet, tätig zu werden. Der Dienstvertrag unterscheidet sich also vom Werkvertrag dadurch, dass er nicht die Herbeiführung eines Erfolgs verlangt. Unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt muss der Dienstverpflichtete „nur“ tätig werden.⁸⁴ Obgleich die Unterscheidung der beiden Verträge schwierig ist, da sie durchaus nahe beieinander liegen und Abgrenzungskriterien schwer zu handhaben sind,⁸⁵ hat das Schrifttum unterschiedliche Kriterien entwickelt, die der Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag bzw. der Zuordnung des Access-Provider-Vertrages zu dem einen oder dem anderen Vertragstyp dienen könnten.

Typischerweise verpflichtet sich der Access Provider im Rahmen einer dauerhaften vertraglichen Bindung seinem Kunden für eine bestimmte Vertragslaufzeit die Einwahl ins Netz des Access Providers und das Versenden bzw. das Empfangen entsprechender Datenpakete zu ermöglichen; zugleich verpflichtet sich der Kunde eine regelmäßige, meist monatliche Grundgebühr zu entrichten.⁸⁶ Dementsprechend liegt zwischen den Partnern aufgrund dieses Zeitaspektes ein Dauerschuldverhältnis vor.⁸⁷ Die rechtliche Einordnung dieses Dauerschuldverhältnisses ist umstritten. Aufgrund des Dauerschuldcharakters der Leistung wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, dass das Werkvertragsrecht ausscheidet.⁸⁸ Dieser Ansicht wurde zu Recht im Schrifttum widersprochen,⁸⁹ denn der Charakter eines Dauerschuldverhältnisses steht einer werkvertraglichen Zuordnung nicht zwingend entgegen. Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses ist nicht auf konkrete Vertragstypen beschränkt.⁹⁰ Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, ein Dauerschuldverhältnis als Werkvertrag auszustalten. Es könnte gegen die Einordnung als Werkvertrag sprechen, dass es an einer individuellen Leistung fehle. Der Umstand, dass hier kein individuelles Werk hergestellt wird, stehe der Einordnung als Werkvertrag nicht entgegen, ebenso wenig der Umstand, dass der Access Provider nicht selbst tätig werde.⁹¹

⁸⁴ Teichmann, Christoph, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 149, 158 f.

⁸⁵ So Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 65.

⁸⁶ Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil II, Rn. 15.

⁸⁷ Siehe Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 5; Imhof, in: Beck'sches Formularbuch E-Commerce, A. 1, Anmerkung 23.

⁸⁸ Briner, in: Hilty, Information Highway, S. 489, 498.

⁸⁹ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 65; Koch, Internet-Recht, S. 34; Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 41.

⁹⁰ So Tellis, CR 1990, S. 290, 291, obwohl er hinsichtlich des Dialogteilnehmervertrages von JURIS davon ausging, dass angesichts des Dauercharakters des Vertrages ein dem Werkvertrag nahe stehender Vertrag sui generis vorliege.

⁹¹ So zu Recht Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 66.

Eine individuelle Leistung i. S. einer persönlichen Handlung wird weder von den Vorschriften über den Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB noch über den Werkvertrag nach den §§ 631 ff. BGB gefordert.⁹² Zwar liegt den §§ 611 ff. BGB und §§ 631 ff. BGB die Grundvorstellung menschlicher Tätigkeit zu Grunde, dies schließt aber nicht aus, auch das „Tätigwerden“ von Computern hier einzuordnen, sofern es mit dem Grundtypus „menschlicher Tätigkeit“ hinreichend vergleichbar ist.⁹³ Mit der Regelung der Vertragsgrundtypen des BGB wollte der Gesetzgeber das Vertragsrecht nicht abschließend regeln, sondern »die von ihm erlassenen Normen mit den wechselnden Lebensverhältnissen im Einklang erhalten«.⁹⁴ Durch die zunehmende Mechanisierung und Automatisierung werden die vertraglich geschuldeten Leistungen häufiger durch den Einsatz von Maschinen oder Computern erfüllt. Dies steht der Anwendung von Werk- oder Dienstvertragsrecht nicht entgegen.

Folglich unterliegen dem Werk- oder Dienstvertragsrecht solche Dienstleistungen, die keine individuelle Leistung i. S. einer persönlichen Handlung darstellen. Daher muss die Abgrenzung zwischen Werk- oder Dienstvertrag nach anderen Kriterien beurteilt werden.

B. III. 3. a. Die Vergütung als Abgrenzungskriterium

Die Art der Vergütung der Leistungen des Access Providers könnte für deren Qualifizierung als Dienst- und Werkvertrag nützlich sein. Die Vergütungsart könnte der Abgrenzung zwischen Dienst- oder Werkvertrag dienen; dies ist aber nicht entscheidend. Der Dienstverpflichtete beim Dienstvertrag verdient seinen Lohn schon aufgrund der durchgeföhrten Tätigkeit, hingegen kann der Unternehmer beim Werkvertrag kein Entgelt verlangen, falls seine Bemühungen nicht zum versprochenen Erfolg geföhrt haben.⁹⁵ Wie schon erwähnt⁹⁶, werden bei Access-Provider-Verträgen üblicherweise im Rahmen einer langfristigen Vertragsbindung eine monatliche Grundgebühr und ein zeitabhängiges Entgelt vereinbart; beim Internet-by-Call-Verfahren werden die Gebühren über die Telefonrechnung des Nutzers abgerechnet. Die Vergütung wird sowohl für einzelne Verbindungen im Rahmen der langfristigen Verträge als auch für Call-by-Call Verträge meist durch die Dauer der Online-Zeit des Kunden beim Access Provider bemessen, unabhängig von dem Erfolg des

⁹² Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 87; dagegen Briner, in: Hilty, Information Highway, S. 489, 498, bezüglich Dienstvertrag „Arbeitsvertrag“, allerdings ohne nähere Begründung.

⁹³ Siehe Wischmann, MMR 2000, S. 461, 463.

⁹⁴ Siehe Bartsch, CR 2000, S. 3.

⁹⁵ Vgl. Schlechtriem, Schuldrecht, BT, Kapital 10, Rn. 339, Fn. 4.

⁹⁶ Siehe oben B. I. 1. und B. I. 2.

Datentransportes im Einflussbereich des Access Providers.⁹⁷ Hingegen stellt Spindler die Provider-Verträge, deren Vergütung »rein leistungsabhängig« ist, unter das Werkvertragsrecht mit der Begründung, dass der Erfolgsbezug deutlich im Vordergrund stehe.⁹⁸ Die Entrichtung des Entgeltes ist im vorliegenden Zusammenhang typischerweise zeitabhängig und nicht leistungsabhängig. Dies gilt sowohl für langfristige, als auch für Call-by-Call Verträge.⁹⁹ Diese Zeitabhängigkeit steht zwar der Anwendung von Werkvertragsrecht nicht von vornherein entgegen, sie spricht allerdings eher für das Vorliegen eines Dienstvertrags. Ferner trägt der Access Provider bei fehlerhafter Datenübermittlung die Aufwendungen für die Neuübermittlung nicht. Entgegen der Bestimmung des § 635 II BGB erfolgt die Neuübermittlung mit weiteren Kosten für den Nutzer. Folglich spricht die Vergütungsart für die Leistungen des Access Providers bei der Erreichbarkeit des Zugangs sowie bei der Datenübermittlung innerhalb seines Einflussbereiches mehr für die Anwendung des Dienstvertragrechts. Dies gilt für dauerhafte sowie für Call-by-Call Verträge.

B. III. 3. b. Die Erfolgsbezogenheit als Abgrenzungskriterium

Diejenigen, die den Access-Provider-Vertrag als Werkvertrag einordnen wollen, stellen darauf ab, dass der Access Provider nicht nur eine Tätigkeit i. S. des Dienstvertragsrechts, sondern vielmehr einen Erfolg schulden würde.¹⁰⁰ Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich der Leistungsstörungen, die bei der Schaffung des Internetzugangs auftreten können, zwischen Störungen bei der Erreichbarkeit des Providersystems und Störungen bei der Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches zu unterscheiden ist. Bei beiden Störungarten vermischen sich Fehlerquellen, auf die der Access Provider Einfluss hat, eng mit solchen, die sich seinem Einfluss entziehen.¹⁰¹ In der Literatur wird vertreten, dass nach dem gegenwärtigen Stand der Technik ein völlig unterbrechungs- und generell störungsfreier Betrieb eines Dienstes im Internet nicht möglich sein dürfte, da eine gewisse Ausfallwahrscheinlichkeit des Systems immer besteht.¹⁰² Dies spricht gegen die Anwendung von Werkvertragsrecht mit seiner strikten Erfolgshaftung. Denn die verschuldensunabhängige Erfolgsgarantie des Werkvertragsrechts passt nicht auf solche hochkomplexen Systeme, die

⁹⁷ Vgl. Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 175 f.

⁹⁸ Siehe Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 87.

⁹⁹ Bei Grundgebühren mit volumenabhängiger Vergütung könnte man von der Anwendung des Werkvertragsrechts ausgehen. Dazu siehe Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil, IV Rn. 94.

¹⁰⁰ Heun, in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, S. 249, 253; Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 66; Imhof, in: Beck'sches Formularbuch E-Commerce, A. 1, Anm. 23.

¹⁰¹ Siehe Wischmann, MMR 2000, S. 461, 464.

¹⁰² Siehe Koch, Internet Recht, S. 36.

selbst bei Anwendung größtmöglicher Sorgfalt den Dienst versagen können.¹⁰³ Eine Erfolgsgarantie für den einzelnen Verbindungsaufbau würde deshalb bedeuten, dass der Anbieter einen völlig unbestimmten und unkalkulierbaren Leistungsumfang zusagen müsste, welcher weitgehend vom Zufall abhängig sei.¹⁰⁴ Zur Begründung der Einordnung des Access-Provider-Vertrags als Werkvertrag kann nicht angeführt werden, dass als erfolgsbezogenes Kriterium nur ein Wahrscheinlichkeitswert in Betracht käme,¹⁰⁵ denn auch wenn der Begriff des Werkes weit verstanden werde, erfasse er jedoch nicht den Fall, dass der Erfolg weitgehend von Zufall abhänge und nur als Wahrscheinlichkeitswert definiert werden könne.¹⁰⁶

Gegen die Zuordnung des Access-Provider-Vertrages zum Werkvertragsrecht sprechen aber auch dessen Gewährleistungsvorschriften, die für Access-Provider-Verträge nicht sachgerecht angewendet werden können.¹⁰⁷ Dies ist damit zu begründen, dass es sich beim Access-Provider-Vertrag um eine Fixschuld handelt, bei dem durch Zeitablauf eine Unmöglichkeit eintritt.¹⁰⁸ Sowohl bei einzelnen Verbindungen im Rahmen des dauerhaften Access-Provider-Vertrages, als auch bei Internet-by-Call Verträgen kann der Access Provider beim Scheitern den zu einem bestimmten Zeitpunkt gewünschten Zugang nicht mehr nachholen. Dies bedeutet, dass er wegen des Zeitablaufs nicht mehr i. S. v. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB nachbessern kann, ebenso wenig kann der Nutzer den Mangel gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB selbst beseitigen. Sachgerechter ist das außerordentliche Kündigungsrecht des § 626 BGB auch bei einer Schlechterfüllung.¹⁰⁹ All dies spricht für die Angemessenheit der Anwendung des Dienstvertragsrechts beim Access-Provider-Vertrag und gegen die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts.

B. III. 4. Ergebnis

Nach der favorisierten Ansicht ist der Access-Provider-Vertrag überwiegend tätigkeits- und nicht erfolgsbezogen. Dieser Auffassung zufolge ist der Access-Provider-Vertrag nach den Grundsätzen des Dienstvertragsrechts zu beurteilen. Dies gilt auch für Call-by-Call Verträge.

B. IV. Leistungsstörungen

¹⁰³ Vgl. Spindler, CR 2004, S. 203, 207; ders. in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 89.

¹⁰⁴ Vgl. Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 16.

¹⁰⁵ So aber Wischmann, MMR 2000, S. 461, 464.

¹⁰⁶ Zu Recht Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 185.

¹⁰⁷ Siehe Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 7.

¹⁰⁸ So auch Imhof, in: Beck'sches Formularbuch E-Commerce, A. 1, Anmerkung 23.

¹⁰⁹ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 626 BGB, Rn. 43.

Geht man von der Anwendung des Dienstvertragsrechts aus, so beurteilt sich das Vertragsverhältnis zwischen dem Access Provider und Nutzer nach den Regeln der §§ 611 ff. BGB. § 611 I BGB regelt die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien. Danach ist der eine Teil des gegenseitigen Vertrages gem. § 611 I BGB zur Erbringung der versprochenen Dienste (Dienstverpflichteter) verpflichtet, der andere Teil (Dienstberechtigter) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung. Demgemäß ist der Access Provider zur Zugangsgewährung verpflichtet, den Nutzer trifft die Verpflichtung, die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Der Access Provider erfüllt seine Vertragsverpflichtung, indem er dem Nutzer den Zugang zum Internet gewährt und die Datenübertragung innerhalb seiner Einflusssphäre ermöglicht. Der Nutzer erfüllt seine Vertragspflicht, indem er die vereinbarte Vergütung vereinbarungsgemäß entrichtet.

Demzufolge steht die Hauptleistungspflicht des Access Providers zur Zugangsgewährung mit der Vergütungspflicht des Nutzers im Synallagma.¹¹⁰ Dies bedeutet, dass die vom Access Provider geforderte Zugangsgewährung und die vom Nutzer zu zahlende Vergütung im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.¹¹¹

Wird dieser Leistungsaustausch verhindert, weil die geschuldeten Leistungen nicht, nicht rechtzeitig oder nur schlecht erfüllt werden, so spricht man von Leistungsstörungen.

Die Leistungsstörungen bei der Zugangsgewährung beziehen sich auf Störungen bei der Erreichbarkeit des Systems des Access Providers (Nichtverfügbarkeit) oder auf die Datenübertragung innerhalb seiner Einflusssphäre (z.B. der Datentransfer bricht ganz ab oder aber verläuft vom und ins Netz ganz langsam).¹¹²

Diese Störungen bei der Zugangsgewährung können darauf beruhen, dass die vom Access Provider zur Verfügung gestellte Technik fehlerhaft ist, Hard- oder Softwareprobleme auftreten, z.B. der Einwahlpunkt defekt ist oder für Wartungsarbeiten aus dem Netz genommen wurde, oder darauf, dass die vom Provider bereitgestellten Modemanschlüsse alle erschöpft sind.¹¹³ Zu den möglichen systemeigenen Störungen tritt als weiterer Risikofaktor die Abhängigkeit des Access Providers von Dienstleistungen Dritter.¹¹⁴ Diese sind beispielsweise die Netzbetreiber, die dem Access Provider die Infrastruktur zur Datenübertragung zur Verfügung stellen, wie etwa die Deutsche Telekom AG.

¹¹⁰ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 6.

¹¹¹ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 320, Rn. 2, 7.

¹¹² Vgl. Schneider, Anette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 225f.

¹¹³ Siehe Wichmann, MMR 2000, S. 461, 464.

¹¹⁴ Siehe Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 118 f.

Verspricht der Access Provider vertraglich dem Nutzer den Netzwerkzugang zur Verfügung zu stellen und die Datenübermittlung innerhalb seines Einflussbereiches zu ermöglichen, so nutzen diese Versprechungen dem Nutzer nicht viel, wenn er während der Vertragslaufzeit vergeblich die Einwahl in den Netzwerkzugang des Access Providers versucht und dieser stets nicht verfügbar ist. Zu beachten ist hierbei, dass selbst eine Verfügbarkeit von 100 % dem Kunden nicht nutzen würde, wenn die Geschwindigkeit der Datenübertragung zu gering ist, so dass sein Datenverkehr nicht zügig ausgeführt werden kann.¹¹⁵

Daher muss das Leistungsversprechen des Access Providers konkret sein, um feststellen zu können, ob die von ihm erbrachten Leistungen vertragsgemäß sind oder nicht. Enthält der Vertrag beispielsweise keine konkreten Angaben über die Verfügbarkeit seines Systems, so stellt sich die Frage, welche Verfügbarkeit des Dienstes noch vertragsgemäß ist und welche Einschränkung der Verfügbarkeit bereits als Leistungsstörung einzustufen ist. Sofern man – wie der hier vertretenen Auffassung – von der Anwendbarkeit des Dienstvertragsrechts ausgeht, schuldet der Access Provider keine hundertprozentige Verfügbarkeit. Denn auch wenn der Nutzer eine möglichst ununterbrochene Leistungsbereitstellung durch den Access Provider wünscht, sind vielfältige technische Störungen und Probleme denkbar, die eine permanente Leistungserbringung verhindern. Dies folgt aus den technischen Gegebenheiten des Online-Bereichs, die die Gewährung einer hundertprozentigen Garantie für eine ständige ununterbrochene Verfügbarkeit des Netzwerkzuganges tatsächlich verhindern. Daher bedeutet eine kurzfristige Nichtverfügbarkeit des Systems des Access Providers noch nicht, dass eine Nichtgewährung des Internetzugangs bzw. Nichterbringung der Leistung vorliegt. Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut von § 626 I bzw. § 314 I BGB bezüglich des Rechts zur außerordentlichen Kündigung. Danach muss die Vertragsfortsetzung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Kündigenden unzumutbar sein. Wie bereits festgestellt, sind technische Störungen im Online-Bereich nicht gänzlich auszuschließen und der Access Provider ist auch nicht zur hundertprozentigen Leistungserbringung verpflichtet, so dass vereinzelte, kurze Unterbrechungen und Störungen regelmäßig noch keine Unzumutbarkeit begründen, die zur außerordentlichen Kündigung berechtigen würde.¹¹⁶

Es empfiehlt sich daher im Rahmen der Vertragsgestaltung die Verfügbarkeit in einem bestimmten Prozentsatz zu definieren und damit das Leistungsversprechen von vornherein zu beschränken. So kann der Access Provider auch von Dritten verschuldete Netzausfälle und erforderliche Wartungszeiten berücksichtigen, ohne dass durch eine kurzfristige Nichtverfügbarkeit des Systems gleichzeitig Schadensersatzansprüche des Nutzers wegen

¹¹⁵ Petri/Göckel, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Teil B, Rn. 118.

¹¹⁶ Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 28.

Nichtgewährung des Zugangs begründet werden. Hat der Access Provider die Verfügbarkeit seines Systems in einem gewissen Prozentsatz definiert, z.B. 97 % im Monat, so muss er dafür einstehen, wenn dieser Umfang nicht erreicht wird. Der Access Provider kann jedoch seine vertragliche Einsatzpflicht dadurch begrenzen, dass er die von ihm geschuldete Leistung auf sein System beschränkt und fremde Netze oder Systeme von vornherein ausnimmt.

Wie schon festgestellt wurde,¹¹⁷ hat die sog. Bandbreite unmittelbare Auswirkungen auf die Datenübertragungsgeschwindigkeit. Hierbei ist zwischen zwei verschiedenen, miteinander zusammenhängenden Bandbreiten zu unterscheiden. Diese sind nämlich die Bandbreite mit, der eine Einwahlverbindung¹¹⁸ zum Einwahlknoten (PoP) des Access Providers hergestellt werden kann, und die Bandbreite, die tatsächlich bei der Datenübertragung erreicht wird.¹¹⁹

Die Access Provider machen insoweit häufig allgemeine Angaben zur maximal, möglichen Bandbreite,¹²⁰ die für die Datenübermittlung zur Verfügung gestellt werden kann. Zu beachten ist hierbei, dass die tatsächlich erreichbare Datenübertragungsgeschwindigkeit nicht allein von der maximalen Bandbreite zwischen der Einwahlverbindung (Modem, ISDN, DSL) des Nutzers und dem Einwahlknoten (PoP) des Access Providers abhängig ist, sondern vielmehr von der Verbindungsqualität der Anbindung der Schnittstelle des Access Providers an den Backbone.¹²¹ Hierzu enthält der Access-Provider-Vertrag i.d.R. keine Angaben. Es wird daher die Ansicht vertreten, dass der Access Provider einen Zugang mit Datenübertragungsgeschwindigkeit mittlerer Art und Güte schulde.¹²² Der nach dieser Ansicht entsprechend anzuwendende § 243 I BGB bezieht sich seinem Wortlaut nach zwar nur auf Sachleistungsschulden, kann aber auf Dienst- und Werkleistungen angewendet werden.¹²³ Über die Bestimmung der Gattung entscheidet der Wille der Parteien; ergeben sich aus dem Parteiwillen keine Anhaltspunkte, so ist die Verkehrsanschauung Beurteilungsgrundlage für branchenübliche Leistungen.¹²⁴ Hinzuweisen ist darauf, dass die Geschwindigkeit der Datenübertragung nach der Kapazität der Zugangseinrichtung und der durchschnittlichen Systemauslastung¹²⁵ variieren kann; sie variiert etwa nach der Qualität (Größe und Funktionsfähigkeit) der zur Anbindung an den Backbone vom Access Provider

¹¹⁷ Siehe dazu die Ausführungen oben unter B. II.

¹¹⁸ Derzeit sind Einwahlverbindungen für Modem, ISDN und DSL üblich.

¹¹⁹ Vgl. Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 145.

¹²⁰ Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 25.

¹²¹ Vgl. Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 146.

¹²² Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV Rn. 109; Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 25.

¹²³ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 243, Rn. 1.

¹²⁴ Heinrichs, in: Palandt, § 243, Rn. 2.

¹²⁵ Siehe Wischmann, MMR 2000, S. 461, 465.

eingesetzten Technik, nach der vom Nutzer verwendeten Hard- und Software¹²⁶ und danach, wie viele andere Nutzer sich zu dem bestimmten Zeitpunkt gleichzeitig in den Netzwerkzugang des Access Providers einwählen bzw. welche Datenmenge gleichzeitig über denselben Knoten transportiert wird. Demzufolge ist eine branchenbezogene übergreifende Verkehrsanschauung nicht feststellbar.¹²⁷ Zur Bestimmung der Vertragsmäßigkeit der Leistung sollte daher, statt auf mittlere Art und Güte zurückzugreifen, der Vertrag je nach den Umständen des Einzelfalls ausgelegt werden, dabei müssen die Aussagen des Access Providers in der Werbung und in den Prospekten berücksichtigt werden.¹²⁸

Es empfiehlt sich deshalb, dass der Access Provider explizit aus Transparenzgründen darauf hinweist, dass seine Verantwortung für solche nicht in seinem Verantwortungsbereich liegenden „Kapazitätenengpässe“ ausgeschlossen ist.¹²⁹ Denn der Access Provider haftet nicht für eine bestimmte Verbindungsqualität zwischen anderen Internet-Rechnern.¹³⁰

Nachfolgend werden die Leistungsstörungen bei dauerhafter Zugangsgewährung und beim Internet-by-Call kurz erörtert.

B. IV. 1. Leistungsstörungen bei dauerhafter Zugangsgewährung

Im Hinblick auf die dauerhafte Zugangsgewährung sind die Leistungsstörungen folgendermaßen zu konstruieren: Der Nutzer versucht sich ins Netz des Access Providers einzuwählen; die gewünschte Verbindung wurde vom Provider von Anfang an oder während der Vertragslaufzeit für eine gewisse Zeit nicht hergestellt oder in einer bereits hergestellten Netzverbindung bricht die Datenübertragung ganz ab oder verläuft vom und ins Netz zu langsam.

Nimmt man das Bestehen eines Dienstvertrages bei der Gewährung des Netzwerkzugangs an, so ist davon auszugehen, dass i.d.R. eine Dienstleistung nicht nachholbar ist.¹³¹ In den meisten Dienstverhältnissen stellt die Dienstleistungspflicht eine Fixschuld dar,¹³² so dass bei der Versäumung der Leistungszeit eine Unmöglichkeit für den versäumten Leistungsteil eintritt.¹³³ Es handelt sich hierbei um ein sog. absolutes Fixgeschäft, bei dem eine verspätete

¹²⁶ Vgl. Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 25.

¹²⁷ Vgl. Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 190.

¹²⁸ Vgl. Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 146.

¹²⁹ Siehe Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragsbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 652 f.

¹³⁰ Siehe Strömer, Online-Recht, S. 18.

¹³¹ Vgl. Fuchs, Maximilian, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 2, § 611, Rn. 27.

¹³² Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 611 BGB, Rn. 24.

¹³³ Siehe Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, Kap. 10, Rn. 372.

Leistung keine Erfüllung i. S. v. § 362 I BGB darstellt.¹³⁴ Im Hinblick auf die Zugangsgewährung kann der Access Provider bei einem gescheiterten Zugangsversuch des Nutzers den zu einem bestimmten Zeitpunkt vom Nutzer gewünschten Zugang nicht mehr nachholen.¹³⁵ Der Access Provider schuldet somit die einzelnen Verbindungen als absolutes Fixgeschäft, welches nur zum Einwahlzeitpunkt erbracht und nicht nachgeholt werden kann.¹³⁶

Hat der Access Provider die vom Nutzer gewünschte Verbindung nicht hergestellt, so tritt eine Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ein. Demgemäß wird der Access Provider von seiner Leistungspflicht befreit.

Eine Befreiung des Access Providers von der Leistungspflicht kommt auch gem. § 275 II 1 BGB in Betracht, wenn er die Leistungserbringung verweigern kann. Ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem Access Provider nach § 275 II 1 BGB zu, soweit die Leistung einen Aufwand (z.B. Zeit-, Arbeits- oder Kostenaufwand) erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Nutzers steht. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn die tatsächliche Inanspruchnahme des Einwahlknotens durch die Gesamtheit der Kunden, die auf einen Einwahlknoten im Ortsbereich des Nutzers zugreifen, zu gering ist, so dass dessen Bereithalten einen Arbeits-, Zeit- und finanziellen Aufwand erfordert, welcher unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Nutzers steht. Wie schon erwähnt,¹³⁷ richtet der Access Provider für die Zugangsgewährung einen Einwahlknoten ein, zu dem der Nutzer eine Verbindung von seinem Computer aus über das Telefonnetz herstellt. Diese Verbindung wird auf Kosten des anrufenden Nutzers hergestellt.¹³⁸ Daher ist es auf Seiten des Nutzers entscheidend, dass der Access Provider ihm möglichst einen Einwahlknoten zum Ortstarif zur Verfügung stellt, da davon abhängt, ob der Nutzer den Einwahlknoten über das Telefonnetz zum Ortstarif oder zum teureren Ferntarif erreicht. Der Access Provider schuldet andererseits laufende Wartungsmaßnahmen der Hard- und Software, die dem Nutzer zur Verfügung gestellt wird; außerdem schuldet er ein taugliches Netzwerkmanagement zur Gewährleistung der Funktionalität des Zugangs.¹³⁹ Alle diese Maßnahmen erfordern einen Zeit-, Arbeits- und finanziellen Aufwand, der aufgrund der

¹³⁴ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, § 323 BGB, Rn. 19.

¹³⁵ Vgl. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 89.

¹³⁶ Vgl. *Schmitz, Peter*, MMR 2001, S. 150, 154.

¹³⁷ Siehe die Ausführungen oben unter B. II.

¹³⁸ Vgl. *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 37; *Briner*, in: Information Highway, S. 489, 493.

¹³⁹ *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 44.

zu geringen Inanspruchnahme der Dienstleistung in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Nutzers stehen könnte. Der Nutzer kann diese Dienstleistung von einem anderen Anbieter mit einer größeren Anzahl von Nutzern im Ortsbereich des Nutzers unter günstigeren Bedingungen als beim verweigernden Access Provider bekommen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass es sich bei der langfristigen Zugangsgewährung um eine dauerhafte Dienstleistung handelt, der Nutzer also ein Interesse daran hat, dass ihm der Access Provider einen Einwahlknoten zum Ortstarif während der gesamten Vertragsdauer oder zumindest bis zur nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit zur Verfügung stellt. Weiterhin ist zu berücksichtigen, ob der Schuldner (hier der Access Provider) das Leistungshindernis zu vertreten hat (§ 275 II 2 BGB). Bei dem Internet-by-Call gelten diese Überlegungen nicht, denn – wie schon festgestellt – kann der Vertrag hier nur für die Dauer einer Online-Sitzung abgeschlossen werden, da Sinn des Vertragsverhältnisses gerade die freie Wahl zwischen verschiedenen Anbietern ist.¹⁴⁰

Dem Schuldner steht auch ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 III BGB zu. Danach kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Diese Vorschrift findet hier keine Anwendung, da der Access Provider die Leistung nicht höchstpersönlich erbringen muss.

Ausgehend von der Anwendbarkeit von Dienstvertragsrecht bei der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers gelten für die Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers vorübergehend oder für die Zukunft die gleichen Regelungen wie bei dem Ausfall des Netzwerkzugangs (Nichtverfügbarkeit). Hier tritt eine Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ein. Denn der Access Provider schuldet den Transport der vom Nutzer zum bestimmten Zeitpunkt aufgerufenen Daten als absolutes Fixgeschäft. Auch beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung über einen absoluten Fixschuldcharakter der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers kann man bei einer Online-Datenübertragung das Vorliegen eines absoluten Fixgeschäfts annehmen. Denn der Sinn des Online-Abrufs von Daten liegt in der schnellen und zügigen Übermittlung der ersuchten Daten. Beim Scheitern der Übermittlung der zu einem bestimmten Zeitpunkt vom Nutzer abgerufenen Daten wird dieser Sinn vereitelt.

Nach § 275 I BGB wird der Access Provider von seiner Leistungspflicht frei. Eine Befreiung des Access Providers von der Leistungsverpflichtung kommt auch gem. § 275 II 1 BGB bei

¹⁴⁰ Siehe Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 310.

einer Verweigerung der Leistungserbringung in Betracht. Ein Leistungsverweigerungsrecht steht dem Access Provider danach zu, wenn die Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches einen grob unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Dies ist dann anzunehmen, wenn durch übermäßigen Datentransfer innerhalb des Netzes des Access Providers die eigenen Kosten des Access Providers für die Datenübertragung durch die Netzbetreiber (Carrier) erheblich erhöht sind. Die Netzwerkbetreiber (Carrier) stellen nur Übertragungswege oder -kapazitäten zur Verfügung.¹⁴¹ Sie vermieten die zur Datenübertragung erforderlichen Leitungen an Access Provider.¹⁴²

Bei der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers handelt es sich ebenfalls nicht um eine persönliche Dienstleistung, daher findet § 275 III BGB keine Anwendung.

Bei gegenseitigen Verträgen – wie es hier beim Access-Provider-Vertrag der Fall ist – stellt sich die Frage, ob der Nutzer trotz Befreiung des Access Providers von seiner Leistungsverpflichtung (§ 275 BGB) seine Gegenleistung erbringen muss.

Anzumerken ist, dass der Dienstverpflichtete (Access Provider) nach § 614 S. 1 BGB vorleistungspflichtig ist. Danach ist die Vergütung nach der Leistung des Dienstes zu entrichten. Eine Vergütungspflicht besteht hiernach im Grundsatz nur für tatsächlich geleistete Dienstleistungen.

Des Weiteren ist der Dienstberechtigte (Nutzer) nach den allgemeinen Regeln des gegenseitigen Vertrags nur vergütungspflichtig, wenn der Dienstverpflichtete (Access Provider) die versprochenen Dienste tatsächlich leistet (§§ 320, 326 I 1, II BGB).¹⁴³ Aufgrund dieser synallagmatischen (durch Gegenseitigkeitsverhältnis bedingten)¹⁴⁴ Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung entfällt gem. § 326 I 1 HS. 1 BGB grundsätzlich auch die Verpflichtung zur Gegenleistung (Zahlung der Vergütung), wenn der Nutzer seinen Leistungsanspruch nicht realisieren kann.¹⁴⁵ Das Synallagma der §§ 320, 326 I BGB ist im Dienstvertragsrecht durch die speziellen Vorschriften der §§ 615, 616 BGB gelöst.¹⁴⁶

Gerät der Dienstberechtigte (Nutzer) mit der Annahme der Dienste in (Gläubiger-)Verzug i. S. d. § 293 BGB¹⁴⁷, so kann der Verpflichtete (Access Provider) für infolge des Verzugs nicht geleistete Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen (vgl. § 615 S. 1 BGB). Dies ist anzunehmen, wenn der Access Provider für die Erbringung seiner Dienste imstande und

¹⁴¹ Stögmüller, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil II, Rn. 68.

¹⁴² Siehe Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 11.

¹⁴³ Vgl. Eckert, in: HK-BGB, § 611, Rn. 19.

¹⁴⁴ Siehe Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 320, Rn. 2, 7.

¹⁴⁵ Vgl. Schwerdfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2. 1, S. 79.

¹⁴⁶ Vgl. Müller-Glöge, in: MünchKomm BGB, Schuldrecht, BT, § 611 BGB, Rn. 12.

¹⁴⁷ Dazu siehe Schulze, in: HK-BGB, § 293, Rn. 1 ff.

bereit war, d.h. er seinen Netzwerkzugang dem Nutzer zur Nutzung bereithält und seine Infrastruktur für die Datenübertragung zur Verfügung stellt; der Nutzer konnte aber aufgrund technischer Störungen (z.B. Defekt des Nutzerrechners) oder sonstiger Hindernisse in seinem Bereich die von Access Provider zur Verfügung gestellten Dienste nicht in Anspruch nehmen. Nach § 616 BGB behält der Dienstverpflichtete seinen Vergütungsanspruch, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert war. Der Verhinderungsgrund muss in der Person des Dienstverpflichteten (z.B. Krankheit) liegen, sich also speziell auf ihn beziehen.¹⁴⁸ Aufgrund der Personenbezogenheit des Grundes kommt eine Anwendung des § 616 BGB auf Verhinderungen aus dem System des Access Providers nicht in Betracht.¹⁴⁹

Nach § 326 I 1 HS. 2 BGB findet § 441 III BGB bei Teilleistungen Anwendung. Die hier kraft Gesetzes vorgesehene Anwendung des § 441 III BGB (Minderung) ist insbesondere anwendbar, wenn bei Dauerschuldverhältnissen mit Fixcharakter die Leistung vorübergehend oder für die Zukunft unmöglich wird.¹⁵⁰ Dies ist bei dem Access-Provider-Vertrag anzunehmen, wenn die Erreichbarkeit des Zugangs oder die Datenübermittlung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers vorübergehend oder für die Zukunft unmöglich (§ 275 I BGB) oder grob unverhältnismäßig (§ 275 II BGB) ist, so dass keine Leistungspflicht des Access Providers entsteht. Dies hat zur Folge, dass die vom Nutzer geschuldete Vergütung verhältnismäßig gemindert wird.¹⁵¹ Gemindert werden hier die monatlichen Grundgebühren im Verhältnis des Wertes der vollständigen Leistung (d.h. ohne Systemausfälle oder Datenübertragungsunterbrechungen) zum Wert der noch möglichen Teilleistung.¹⁵²

Ist das Leistungshindernis vom Schuldner zu vertreten, so kann der Dienstgläubiger Schadensersatz nach §§ 280 ff. BGB verlangen.¹⁵³ Dies ist insbesondere bei den vom Access Provider verschuldeten vorübergehenden oder dauerhaften Ausfällen seiner Infrastruktur oder der Unterbrechung der Datenübertragung in seinem Einflussbereich der Fall. Der Nutzer kann somit Schadensersatzansprüche nach § 280 I, III, 283, 311a II BGB geltend machen.

Die in den §§ 323 – 326 BGB gewährten Rücktrittsrechte sind bei Dienstverhältnissen nicht gegeben; an ihre Stelle treten Kündigungsmöglichkeiten nach den §§ 621, 622, 626 BGB.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 616 BGB, Rn. 8.

¹⁴⁹ Vgl. *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 201, in Bezug auf Website-Hosting.

¹⁵⁰ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, § 326, Rn. 5.

¹⁵¹ Siehe *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, Teil 2, Rn. 30.

¹⁵² Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, § 326, Rn. 5.

¹⁵³ Siehe *Fuchs, Maximilian*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 2, § 611, Rn. 27.

¹⁵⁴ Vgl. *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar, BT, § 611, Rn. 14.

Gem. § 626 I BGB und § 314 I 1 BGB besteht ein außerordentliches Kündigungsrecht. Der Nutzer kann bei Systemausfällen oder Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers gem. §§ 626 I und 314 I 1 BGB aus wichtigem Grund kündigen. Wichtig ist ein Grund gem. §§ 626 I und 314 I 2 BGB, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Es wäre aber nicht interessengerecht, dem Nutzer bei einzelnen, kurzfristigen Störungen das außerordentliche Kündigungsrecht einzuräumen, da technische Störungen und Unterbrechungen im Online-Bereich sich nicht völlig ausschließen lassen. Schadensersatzansprüche und Kündigung können kumuliert werden.¹⁵⁵

Anzumerken ist, dass das Gesetz im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht bei Mängeln der Kauf-, Mietsache oder des Werkes Gewährleistungsansprüche vorsieht; im Dienstvertragsrecht dagegen existieren keine vergleichbaren Regelungen.¹⁵⁶ Unter Gewährleistung ist die Einstandspflicht einer Vertragspartei für die vertragsgemäße Beschaffenheit¹⁵⁷ des Vertragsgegenstandes oder dessen vertraglich vorausgesetzte bzw. übliche Gebrauchstauglichkeit zu verstehen.¹⁵⁸ Beim Dienstvertrag fehlt somit eine Regelung der Schlechtleistung.¹⁵⁹ Im Falle einer Schlechtleistung wird der Gläubiger auch dann, wenn eine Nacherfüllung gem. § 275 I BGB unmöglich ist oder ein Leistungshindernis i. S. v. § 275 II BGB entgegensteht, nicht von seiner Verpflichtung zur Erbringung der Gegenleistung frei (vgl. § 326 I 2 BGB).¹⁶⁰

Die Verlangsamung der Datenübertragung innerhalb der Einflusssphäre des Access Providers ist als Schlechterfüllung der vertraglichen Hauptleistungspflicht zu qualifizieren, da die mangelhafte Leistung auch Fälle des langsamen Arbeitens umfasst.¹⁶¹ Eine Schlechterfüllung liegt hier vor, wenn die vertraglich festgelegte Geschwindigkeit der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers unterschritten worden ist. Hier wird die Leistung als solche zwar erbracht, aber ganz oder teilweise nur in qualitativ mangelhafter Weise.¹⁶² Ob eine Möglichkeit zur Vergütungsminderung bei Schlechterfüllung von Dienstleistungen besteht, ist umstritten. Es wird in der Rechtsliteratur die Ansicht vertreten, dass eine analoge Anwendung von Gewährleistungsvorschriften aus dem Werkvertragsrecht

¹⁵⁵ Siehe *Schlechtriem*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 611, Rn. 15.

¹⁵⁶ Vgl. *Fuchs, Maximilian*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 2, § 611, Rn. 31.

¹⁵⁷ Zum Begriff Beschaffenheit siehe unten unter C. V. 3. a.

¹⁵⁸ *Schwerdtfeger/Gottschalk*, in: Schwarz (Hrsg.), Recht im Internet, 6-2. 1, S. 52, Stand 2002.

¹⁵⁹ Siehe *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Teil, § 21, Rn. 23.

¹⁶⁰ Siehe *Zimmer*, NJW 2002, S. 1, 4.

¹⁶¹ Vgl. *Schneider, Annette*, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 228.

¹⁶² Vgl. *Mattheus*, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 71.

(und erst recht aus dem Kauf- oder Mietvertrag) nicht in Betracht komme, da es sich bei dem Verzicht auf eine Regelung der Gewährleistung im Dienstvertragsrecht um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handele.¹⁶³ Daher scheidet die Begründung eines verschuldensunabhängigen Minderungsrechts bei Schlechterfüllung in Analogie zum Werkvertragsrecht (§ 638 BGB) aus.¹⁶⁴ Vereinzelt wird die Einführung eines Minderungsrechts bei Schlechterfüllung von Dienstleistungen befürwortet.¹⁶⁵ Von den Befürwortern wird die Schlechtleistung als Teilunmöglichkeit qualifiziert. Die Schlechtleistung steht aber der Teilunmöglichkeit nicht gleich.¹⁶⁶ Denn mangelnde Intensität oder Qualität ist nicht gleich quantatives Minus.¹⁶⁷ Bezüglich der Datenübertragung kann von einer Teilleistung nur die Rede sein, wenn die Datenübermittlung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers vorübergehend oder für die Zukunft total ausgefallen ist; von einer Schlechterfüllung kann gesprochen werden, wenn die Geschwindigkeit innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers geringer ist als die vertraglich geschuldete. Nach einer Meinung müsste zum Zweck der Minderung im Falle einer Schlechterfüllung der Dienstleistung die dienstvertragliche Lösung auf einen (verschuldensabhängigen) Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB ausweichen.¹⁶⁸ Es ist allerdings fraglich, ob die zu geringe Geschwindigkeit der Datenübertragung als solche einen Schaden für den Nutzer darstellt. Nach einer Meinung gehört zu seinem Schaden aber nicht, dass er eine „schlechtere“ Dienstleistung bekommen hat, sondern nur die Vermögensschäden, die sich daraus als Folge ergeben.¹⁶⁹ In Betracht kommt hier als Schaden beispielsweise die Differenz zwischen den Telefonkosten bei ordnungsgemäßer Datenübertragung und denen im Falle einer zu geringen Geschwindigkeit, die eine längere Online-Zeit für die Übertragung der ersuchten Daten bedarf. Anzumerken ist hierbei, dass der Weg zur Vergütungsminderung über einen Schadensersatzanspruch die Entscheidung unnötig von einer künstlichen Erweiterung des Schadensbegriffs abhängig macht.¹⁷⁰

Folglich begründet eine Schlechtleistung beim Dienstvertrag kein Minderungsrecht, daher kann der Dienstberechtigte (Nutzer) bei zu geringer Geschwindigkeit der Datenübertragung

¹⁶³ Siehe Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar, BT, § 611, Rn. 23.

¹⁶⁴ Vgl. Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 228.

¹⁶⁵ Siehe z.B. Schlechtriem, Schuldrecht, BT, Kap. 10, Rn. 378.

¹⁶⁶ Zu Recht Grüneberg, in: Palandt, § 326, Rn. 5.

¹⁶⁷ Vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, BT, Teilband 1, S. 244.

¹⁶⁸ So Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 29.

¹⁶⁹ Vgl. Esser/Weyers, Schuldrecht, Band II, BT, Teilband 1, S. 243.

¹⁷⁰ Siehe Wiedermann, in: Soergel, Kom. zum BGB, Band 2, vor § 275, Rn. 445.

die Einrede des § 320 BGB nicht erheben, da dies im Ergebnis ein Minderungsrecht begründen könnte.¹⁷¹

Bei verschuldeter Schlechterfüllung kann der Nutzer einen Schadensersatz gem. § 280 BGB geltend machen. Dieser bezieht sich in erster Linie auf die einzelnen Leistungen im Rahmen des dauerhaften Zugangs; er kann auch mit seinem Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB gegen den Anspruch des Access Providers auf die monatliche Grundgebühr gem. § 389 BGB aufrechnen, dass beide Forderungen – soweit sie sich decken – erlöschen.¹⁷²

Dem Nutzer steht bei Schlechterfüllung ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 626 BGB zu.¹⁷³ Dies ist anzunehmen, wenn die Unterschreitung der vereinbarten Geschwindigkeit so erheblich ist, so dass das Abwarten bis zum ordentlichen Kündigungstermin dem Nutzer nicht zuzumuten ist. Es wäre aber nicht interessengerecht, dem Nutzer bei einer geringen Unterschreitung der vereinbarten Übertragungsgeschwindigkeit ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen, da Systemüberlastungen sowohl im eigenen System des Access Providers als auch im globalen Internet sich nicht völlig ausschließen lassen.

B. IV. 2. Leistungsstörungen beim Internet-by-Call

Zu Störungen beim Internet-by-Call lässt sich zunächst der folgende Beispieldfall konstruieren: Der Nutzer versucht sich ins Netz des Access Providers einzuwählen; die gewünschte Verbindung wurde nicht hergestellt, brach nach deren Herstellung ab oder in einer bereits hergestellten Verbindung brach die Datenübertragung ab oder verläuft zu langsam.

Bei Call-by-Call Verträgen umfasst der Leistungsumfang lediglich die einzelnen Verbindungen, so dass der Schwerpunkt der Leistung in der Verpflichtung des Access Providers zur Schaffung einer möglichst funktionstüchtigen Internetanbindung und in der Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches liegt.¹⁷⁴ Wie schon erwähnt, kommt der Vertrag für jeden Einzelfall zu Stande, wenn der Kunde sich ins Netz des Anbieters ein wählt (Angebot) und der Anbieter die Verbindung erfolgreich aufbaut (Annahme).¹⁷⁵ Versuchte der Nutzer sich in das Netz des Access Providers einzuwählen und würde die gewünschte Verbindung vom Access Provider nicht hergestellt, so wäre der Vertrag nicht zu Stande

¹⁷¹ Siehe Gruneberg, in: Palandt, § 320, Rn. 9; Fuchs, Maximilian, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 2, § 611, Rn. 32.

¹⁷² Vgl. Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 229.

¹⁷³ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 626 BGB, Rn. 43.

¹⁷⁴ Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 182.

¹⁷⁵ Siehe dazu die Ausführungen unter B. I. 2.

gekommen. Würde die Verbindung erfolgreich hergestellt und bräche danach ab, so wäre dies eine Beendigung des Vertragsverhältnisses. Denn mit dem Ende der Verbindung wird der Vertrag beendet.¹⁷⁶ Bei Systemausfällen muss der Nutzer nur für den gewährten Zugang das Entgelt entrichten.¹⁷⁷ Brach die Datenübertragung in einer bereits hergestellten Verbindung ab, so ist die Lage wie im Falle der Unterbrechung der Datenübertragung bei einzelnen Verbindungen im Rahmen der langfristigen Zugangsgewährung. Hier tritt ebenfalls Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ein. Der Access Provider wird von seiner Leistungspflicht befreit, mit der Folge, dass der diesbezügliche Anspruch des Access Providers auf die Gegenleistung nach § 326 I 1 BGB entfällt.¹⁷⁸ Ist die Geschwindigkeit der Datenübertragung zu gering, so liegt eine Schlechtleistung vor. Der Nutzer wird im Falle einer Schlechtleistung gem. § 326 I 2 BGB auch dann, wenn eine Nacherfüllung wie hier unmöglich ist oder ihr ein Leistungshindernis i. S. v. § 275 II BGB entgegensteht, nicht von seiner Gegenleistungspflicht frei.¹⁷⁹ Bei der Verlangsamung der Datenübertragung hat der Nutzer jederzeit die Möglichkeit, die Verbindung zu beenden. Dies steht ihm auch ohne Schlechterfüllung zu.

B. V. Schadensersatzansprüche des Nutzers gegen den Access Provider

Bei den vom Access Provider verschuldeten vorübergehenden oder dauerhaften Ausfällen seiner Infrastruktur, Unterbrechung der Datenübertragung oder Verringerung der Datenübertragungsgeschwindigkeit innerhalb seines Einflussbereiches kann der Nutzer Schadensersatzansprüche nach §§ 280 ff. BGB geltend machen.

§ 280 I BGB stellt die einzige Anspruchsgrundlage (neben dem § 311a II BGB) für Schadensersatz wegen zu vertretender Pflichtverletzung dar. Eine Pflichtverletzung ist jedes objektiv nicht dem Schuldverhältnis entsprechende Verhalten des Schuldners; erfasst werden sämtliche Formen der Pflichtverletzung.¹⁸⁰ § 311a II BGB gewährt dem Gläubiger einen verschuldensabhängigen Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglicher objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder bei einem Leistungshindernis i. S. v. § 275 II BGB. Für die in § 280 II, III BGB genannten Ansprüche sind zusätzliche Voraussetzungen erforderlich. Für den Schadensersatz wegen Verzögerung müssen gem. §§ 280 II, 286 BGB die Voraussetzungen des Verzugs vorliegen.

¹⁷⁶ Siehe *Schmitz/Netzer*, in: Schuster, Vertragsbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 106.

¹⁷⁷ *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 87.

¹⁷⁸ Vgl. *Stadler*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 29.

¹⁷⁹ Siehe *Zimmer*, NJW 2002, S. 1, 4.

¹⁸⁰ Siehe *Schulze*, in: HK-BGB, § 280, Rn. 8.

Schadensersatz statt der Leistung kann gem. § 280 I, III BGB nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 281 – 283 BGB verlangt werden. § 281 I BGB gewährt Schadensersatz statt der Leistung bei einer Verzögerung der Leistung und bei einer Schlechterfüllung, solange die Leistungserbringung noch möglich ist. Bei Verletzung einer Schutzpflicht i. S. v. § 241 II BGB kommt Schadensersatz statt der Leistung nach § 282 BGB in Betracht. § 283 BGB gewährt einen Schadensersatz statt der Leistung bei nachträglichen Leistungshindernissen. Als Schadensersatz statt der Leistung bezeichnet das Gesetz das, was vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform von 1. 1. 2002 „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ hieß.

Beim Auftreten von Störungen bei der Erreichbarkeit des Netzwerkzugangs oder bei der Datenübertragung, z.B. beim Ausfall des Netzwerkzugangs oder der Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers, ist zwischen anfänglichen und nachträglichen Leistungshindernissen zu unterscheiden. Bei der verschuldeten anfänglichen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) der Erreichbarkeit des Netzwerkzugangs oder der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers oder deren Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB),¹⁸¹ hat der Nutzer einen Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB. Im Falle der nachträglichen Störungen finden die §§ 280 I, III, 283 BGB Anwendung.

Wie schon erwähnt, stellt die zu geringe Geschwindigkeit der Datenübertragung eine Schlechterfüllung dar. Nach der hier favorisierten Ansicht ist der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers dem Dienstvertragsrecht zuzuordnen, Der Nutzer kann bei verschuldeter Verlangsamung der Datenübertragungsgeschwindigkeit Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I 1 HS. 2 BGB verlangen.

§ 280 I BGB gewährt dem Nutzer Schadensersatzansprüche bei Verletzung von Nebenpflichten. In Betracht kommen hier sowohl die Verletzung von leistungsbezogenen Nebenpflichten, z.B. die Verletzung der Pflicht zur Systemsicherung gegen Ausfälle und zur Sicherung der Daten des Nutzers, als auch die Verletzung nichtleistungsbezogener Nebenpflichten (Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB) wie etwa die Verletzung der Verpflichtung zum Schutz des eigenen und des Nutzersystems gegen Computerviren¹⁸² und Hackerattacken. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Abgrenzung zwischen den leistungsbezogenen und nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten bei der Anwendung von

¹⁸¹ Dazu siehe die Ausführungen unter B. IV. 1.

¹⁸² Zur Funktionsweise und Schädigung durch Computerviren siehe die kurze Darstellung oben unter B. V. 3. b.

§ 280 I BGB ohne Bedeutung ist, da diese Vorschrift die Verletzung von Leistungs- und Schutzpflichten gleichbehandelt.¹⁸³

Unter § 280 I BGB fällt weiterhin ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsverhandlungen (früher c.i.c.) gem. §§ 311, 280 I, 241 II BGB.¹⁸⁴

Bei der Verletzung von Nebenleistungspflichten kommt ein Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen der §§ 280, 281 I BGB in Betracht und wegen Verletzung von nichtleistungsbezogenen Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB kann Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 282 BGB verlangt werden.

B. V. 1. Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB

Auf § 311a BGB wird in § 275 IV BGB verwiesen. § 311a II BGB stellt eine eigenständige Anspruchsgrundlage für Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglicher objektiver und subjektiver Unmöglichkeit i. S. d. § 275 I sowie bei anfänglicher Leistungserschwerung i. S. v. § 275 II und III BGB dar. Gem. § 275 II BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit sie einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Überträgt man die Grundsätze dieser Norm auf die Leistung des Access Providers, nämlich auf die Gewährung des Zugangs zum Internet oder die Übertragung der Information innerhalb seines Einflussbereiches, so greift § 311a II BGB ein, sofern die Leistungserbringung „schon bei“ Vertragsschluss subjektiv oder objektiv nicht möglich (§§ 311a II, 275 I BGB) oder grob unverhältnismäßig (§§ 311a II, 275 II BGB)¹⁸⁵ war.

B. V. 1. a. Voraussetzungen Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB

B. V. 1. a. aa. Wirksames Schuldverhältnis

Vorausgesetzt ist nach § 311a I BGB zunächst der Abschluss eines wirksamen Vertrages. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass ein anfängliches Leistungshindernis nach § 275 BGB nicht mehr die Nichtigkeit des Vertrags begründet.¹⁸⁶ Demnach steht der Wirksamkeit eines Vertrags nicht entgegen, dass der Schuldner gemäß § 275 I bis III BGB von seiner

¹⁸³ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 280, Rn. 24.

¹⁸⁴ Die c.i.c. wird im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert, da es sich bei ihr nicht um ein vertragliches Schuldverhältnis handelt.

¹⁸⁵ Dazu die Ausführungen unter B. IV. 1.

¹⁸⁶ Siehe Grüneberg, in: Palandt, § 311a, Rn. 5.

Primärleistungspflicht befreit ist und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt. Der Access-Provider-Vertrag ist nach § 311a I BGB wirksam, auch wenn der Access Provider schon beim Vertragsschluss den Netzwerkzugang nicht verschaffen oder die Informationen innerhalb seines Verantwortungsbereiches nicht übermitteln kann.

B. V. 1. a. bb. Anfängliche Befreiung von der Leistungspflicht

Ein Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB setzt weiterhin voraus, dass der Access Provider aufgrund einer bei Vertragsschluss vorliegenden Unmöglichkeit i. S. d. § 275 I BGB oder groben Unverhältnismäßigkeit nach § 275 II BGB von seiner Leistungspflicht befreit ist. Das bedeutet, dass das Leistungshindernis bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand. Der Access Provider verspricht also die Verschaffung der Verbindung zum Internet oder die Datenübertragung innerhalb seiner Einflusssphäre, obwohl ihm dies bereits bei Vertragsschluss nicht möglich ist (§ 275 I BGB) bzw. er die Leistungserbringung wegen grober Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) verweigern darf. Im Falle des § 275 II BGB müssen die objektiven Voraussetzungen der groben Unverhältnismäßigkeit vorgelegen haben; auf den Zeitpunkt der Einredeerhebung kommt es nicht an.¹⁸⁷ Bei der subjektiven Unmöglichkeit muss im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgestanden haben, dass der Access Provider die Verbindung nicht herstellen oder die Daten nicht übertragen können wird; erschien dies bei Vertragsschluss durchaus möglich, stellt sich aber die Unmöglichkeit der Leistung erst später heraus, so liegt eine nachträgliche Unmöglichkeit vor.¹⁸⁸

B. V. 1. a. cc. Pflichtverletzung

Eine Pflicht zur Verhinderung des Eintritts von Leistungshindernissen, die die Leistungspflicht des Access Providers nach § 275 BGB ausschließen würden, kann vor dem Vertragsschluss noch nicht bestehen.¹⁸⁹ Der Access Provider verletzt hier eine vorvertragliche Pflicht, indem er dem Nutzer die Zugangsgewährung verspricht, obwohl dies schon bei Vertragsschluss unmöglich (§ 275 I BGB) oder grob unverhältnismäßig (§ 275 II BGB) war.

B. V. 1. a. dd. Kennen oder Kennenmüssen

Gem. § 311a II BGB haftet der Schuldner nicht, wenn er das Leistungshindernis nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. § 311a II 2 BGB wird allgemein als Verweis auf § 276 BGB verstanden.¹⁹⁰ Vertretenmüssen beinhaltet nach § 276 I BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Da es vorsätzliche (wissenschaftliche) Unkenntnis nicht gibt, ist der Gesetztext als Kennenmüssen i. S. d. Legaldefinition des § 122 II BGB mithin als fahrlässige Unkenntnis

¹⁸⁷ Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 311 a, Rn. 3.

¹⁸⁸ Vgl. Mattheus, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 91.

¹⁸⁹ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 11.

¹⁹⁰ Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Teil, § 5, Rn.14.

zu interpretieren. Der Access Provider handelt nach § 276 II BGB fahrlässig, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Hier stellt sich die Frage, ob sich der Access Provider vor Vertragsschluss der Funktionsfähigkeit seines Systems zu vergewissern hat. Diese Frage ist zu bejahen. Denn die Störungsgeneigtheit der hochkomplexen Systeme auch im Einflussbereich des Access Providers kann selbst bei Anwendung größtmöglicher Sorgfalt zum Versagen des Dienstes führen.¹⁹¹ Des Weiteren ist der Access Provider auf das Zusammenspiel vieler verschiedener technischer Komponenten angewiesen, die aufeinander abgestimmt werden müssen, aber in den seltensten Fällen ursprünglich für den gemeinsamen Einsatz bestimmt sind; dazu kommt der Umstand, dass immer wieder neue Technologien in ein laufendes System eingebunden werden.¹⁹² Daher ist der Access Provider verpflichtet, sich von der Funktionstüchtigkeit seiner Infrastruktur vor Vertragsschluss zu überzeugen. Dies ist dann erst recht bei häufigem Ausfall des gesamten Systems des Access Providers oder bei häufigen Beschwerden seiner Kunden über die schwere Erreichbarkeit seines Netzwerkzugangs oder bei häufiger Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches erforderlich. Denn hier muss er davon ausgehen, dass die Störungsursache in dem von ihm zu verantwortenden Bereich liegt, so dass er sich vor dem Vertragsschluss mit dem Nutzer seiner Leistungsfähigkeit vergewissern muss. Der Access Provider handelt daher fahrlässig, falls er die Unmöglichkeit oder die grobe Unverhältnismäßigkeit der Leistungserbringung nicht kannte. Da § 311a II BGB die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Access Providers voraussetzt, wird ihm die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis seines Erfüllungsgehilfen durchaus über § 278 BGB und nicht über § 166 BGB zugerechnet, da es sich um eine vorvertragliche Pflichtverletzung handelt.¹⁹³

B. V. 1. a. ee. Darlegungs- und Beweislast

Die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Schuldners wird vermutet. Dies ergibt sich aus der negativen Formulierung des § 311a II 2 BGB. Der Access Provider muss sich entlasten, indem er darlegt und beweist, dass er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss weder kannte noch kennen musste; ausnahmsweise haftet er gem. § 276 I 1 BGB verschuldensunabhängig, wenn er beispielsweise eine Garantie für seine Leistungsfähigkeit übernommen hat. Im Hinblick auf den Access-Provider-Vertrag muss sich die Garantie aus den Erklärungen des Access Providers ableiten lassen. Dies ist dann der Fall, wenn der Access Provider bei Vertragsschluss z.B. eine Garantie für 97,5 % Verfügbarkeit seines Systems übernommen hat (vgl. § 276 I 1 BGB). Die Garantie bezieht sich nicht auf die

¹⁹¹ Siehe Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 89.

¹⁹² Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 176.

¹⁹³ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 311a BGB, Rn. 7.

Unkenntnis des Leistungshindernisses, sondern auf die Leistungserbringung selbst;¹⁹⁴ der Access Provider garantiert – unabhängig von Kenntnis oder Unkenntnis –, dass die Verfügbarkeit des Netzwerkzugangs z.B. 97,5 % im Monat¹⁹⁵ oder die Übertragungsgeschwindigkeit 64000 bit/s über das Telefonnetz/ISDN¹⁹⁶ beträgt.

Gelingt dem Access Provider der Entlastungsbeweis nach § 311a II 2 BGB und hat er keine Garantie i. S. v. § 276 I 1 BGB für seine Leistungsfähigkeit übernommen, scheidet eine Haftung nach § 311a II BGB aus. Fraglich ist, ob der Access Provider aus einer anderen Anspruchsgrundlage wenigstens auf das negative Interesse verschuldensunabhängig in Anspruch genommen werden kann.

In diesem Zusammenhang wird in der Literatur die Meinung vertreten,¹⁹⁷ dass der Schuldner dem Gläubiger den Vertrauensschaden verschuldensunabhängig in Analogie zu § 122 I BGB zu ersetzen habe. Dies hat Canaris damit begründet, dass der Schuldner von seiner vertraglich übernommenen Leistungspflicht Ersatzlos frei werde; dies stelle nach dieser Auffassung einen Wertungswiderspruch zu §§ 119 II, 122 BGB dar, wonach eine solche Entlastung nur durch eine verschuldensunabhängige Haftung auf das negative Interesse zu erlangen ist.

Nach § 122 I BGB haftet der nach § 119 BGB schuldbefreite Irrende seinem Vertragspartner bei Anfechtung auf den Schaden, den der andere dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat. Der Access Provider, der irrtümlich annahm, dass die Erreichbarkeit seines Netzwerkzugangs oder die Übertragung der Daten innerhalb seiner Einflusssphäre objektiv und subjektiv möglich sei, haftet nach dieser Auffassung dem Nutzer verschuldensunabhängig auf das negative Interesse für Schäden, die dadurch entstanden sind, dass der Nutzer im Vertrauen auf die Möglichkeit der Zugangsgewährung durch Access Provider Hard- und Software extra verschafft und seinen Server extra ausgerüstet hat, um eine Kompatibilität mit dem System des Access Providers herzustellen.

Diese Meinung wurde zu Recht weitgehend abgelehnt.¹⁹⁸ Dies wurde damit begründet, dass § 311a II BGB auf § 284 BGB verweise, welcher ein Verschulden (Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis) erfordere, und dass die vergeblichen Aufwendungen des § 284 BGB nichts anderes als Vertrauensschaden seien.¹⁹⁹ Des Weiteren wurde argumentiert, dass eine

¹⁹⁴ Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, § 4, V, b), S. 125.

¹⁹⁵ Siehe Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 88 zu einem Formulierungsvorschlag.

¹⁹⁶ Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 80 zu einem Formulierungsvorschlag.

¹⁹⁷ Vgl. Canaris, JZ 2001, 499, 507 f.

¹⁹⁸ Siehe Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 311 a Rn. 12; Mattheus, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 92; Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Teil, § 5, Rn. 19; Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 13; Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht § 4 V, 7c, S. 126.

¹⁹⁹ Mattheus, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 92.

Garantiehaftung in Anlehnung an § 122 I BGB daran scheitere, dass eine Pflichtverletzung nach den allgemeinen Regeln nur dann eine Haftung begründe, wenn sie schuldhaft begangen wurde (§ 280 I BGB); dies gelte auch für vorvertragliche Schutzpflichtverletzungen i. S. d. §§ 311 II, 241 BGB.²⁰⁰ Weiterhin wurde argumentiert, dass die gesetzliche Regelung für anfängliche Leistungsstörungen bei Berücksichtigung der Vorschriften über die Haftung aus c.i.c. gar keine Lücke aufweise.²⁰¹ Schließlich wurde in der Literatur bemängelt, dass bei einem neu konzipierten Gesetz eine Analogie für ein anerkanntes Problem vorgeschlagen wurde.²⁰²

Folglich ist davon auszugehen, dass eine analoge Anwendung des § 122 I BGB nicht in Betracht kommt, denn der Gesetzgeber ging bei § 311a II BGB von dem Verschuldensgrundsatz aus.

B. V. 2. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB

Ist es dem Access Provider während der Vertragslaufzeit unmöglich, die Verbindung zum Netzwerkzugang herzustellen oder die Daten innerhalb seines Einflussbereiches zu übertragen (§ 275 I BGB), oder verweigert er die Herstellung der Verbindung oder die Datenübertragung wegen grober Unverhältnismäßigkeit i. S. v. § 275 II BGB und tritt das jeweilige Leistungshindernis nach Vertragsschluss ein, so kann der Nutzer unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

B. V. 2. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 283 BGB

B. V. 2. a. aa. Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses

Im Zeitpunkt der schädigenden Handlung oder Unterlassung²⁰³ muss zwischen dem Access Provider und dem Nutzer ein wirksames Schuldverhältnis bestehen. Nach der hier favorisierten Ansicht liegt das von §§ 280 I, III, 283 BGB vorausgesetzte Schuldverhältnis in dem zwischen dem Access Provider und dem Nutzer bestehenden Dienstvertrag i. S. v. § 611 BGB über die Zugangsgewährung.

B. V. 2. a. bb. Nachträgliche Leistungsbefreiung

²⁰⁰ Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 13.

²⁰¹ Vgl. Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Teil, § 5, Rn. 19.

²⁰² Siehe Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, § 4 V, 7c, S. 126.

²⁰³ Dazu siehe die Ausführungen unter B. V. 2. a. cc.

§ 283 S. 1 BGB setzt die nachträgliche Befreiung des Schuldners von seiner Leistungspflicht nach § 275 BGB voraus. Dies ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 283 S.1 BGB, sondern aus dem Umstand, dass der Fall des anfänglichen Leistungshindernisses von der speziellen Haftungs norm des § 311a II BGB erfasst wird. In Betracht kommen beim Access-Provider-Vertrag Fälle der Unmöglichkeit i. S. v. § 275 I BGB oder grober Unverhältnismäßigkeit nach § 275 II BGB. Der Access Provider ist nach dem Vertragsschluss von seiner Primärleistungspflicht zur Herstellung der Verbindung zu seinem Netzwerkzugang gem. § 275 I oder II BGB befreit, wenn die Herstellung der Verbindung dem Access Provider nach Vertragsschluss unmöglich geworden ist (§ 275 I BGB). Dies dann der Fall, wenn das System des Access Providers nach Vertragsschluss wegen eines technischen Defektes geschädigt ist, so dass der Access Provider die Verbindung zu seinem Netzwerkzugang nicht herstellen kann. Ist die Herstellung der Verbindung zum Netzwerkzugang des Access Providers noch möglich, aber mit einem unverhältnismäßigen Zeit-, Arbeits- oder Kostenaufwand im Verhältnis zum Leistungsinteresse des Nutzers verbunden, kann der Access Provider die Erbringung der Leistung wegen nach Vertragsschluss eingetretener grober Unverhältnismäßigkeit gem. § 275 II BGB verweigern.²⁰⁴

B. V. 2. a. cc. Pflichtverletzung

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB setzt eine Pflichtverletzung voraus. Der Access Provider muss eine Pflichtverletzung i. S. v. § 280 I BGB begangen haben. Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass eine Pflichtverletzung auch bei Nichterfüllung wegen eines Leistungshindernisses des § 275 BGB vorliege.²⁰⁵ Gelingt dem Access Provider die Herstellung der Verbindung zu seinem System wegen nachträglicher Unmöglichkeit oder grober Unverhältnismäßigkeit nicht, so liegt nach dieser Auffassung eine Pflichtverletzung vor. Gegen diese Auffassung spricht, dass der Access Provider gem. § 275 BGB ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder der groben Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) nicht mehr zur Primärleistung verpflichtet ist. Eine Pflicht zur Herstellung der Verbindung, die wegen nachträglicher Unmöglichkeit oder grober Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen und damit nicht geschuldet ist, kann vom Access Provider nicht mehr verletzt werden.²⁰⁶ Die Pflichtverletzung liegt nicht in der Nichtleistung, sondern vielmehr in der Handlung, die die Leistungsbefreiung gem. § 275 BGB adäquat-kausal herbeiführt. Der Access Provider verletzt seine vertraglichen Pflichten, wenn eine Leistungsbefreiung nach § 275 I oder II BGB nach Vertragsschluss dadurch entsteht, dass

²⁰⁴ Dazu siehe die Ausführungen unter B. IV. 1.

²⁰⁵ Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 280, Rn. 8, m. Verw. auf BT-Drs.-14/6040, S. 125.

²⁰⁶ Vgl. Mattheus, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 83.

beispielsweise die vom Access Provider zur Verfügung gestellte Technik oder die von ihm an den Nutzer gelieferte Software zur Gewährung des Netzwerkzugangs fehlerhaft ist oder dass der Access Provider mit vielen Nutzern Verträge geschlossen hat und dadurch seine Infrastruktur überlastet ist.

Die Pflichtverletzung kann sowohl in einem Handeln als auch in einem Unterlassen bestehen.²⁰⁷ Sie kann also darin bestehen, dass der Access Provider Maßnahmen unterlässt, durch welche das Leistungshindernis hätte abgewendet werden können. Verspricht der Access Provider dem Nutzer die Verbindung zu seinem Netzwerkzugang herzustellen, muss er verhindern, dass nach Vertragsschluss Leistungshindernisse eintreten, welche die Leistung für ihn unmöglich oder grob unverhältnismäßig machen und dadurch dem Nutzer den Leistungsanspruch entziehen würden. Zu beachten bei dem Unterlassen der Verhinderung des Eintritts des Leistungshindernisses ist, dass dies nur dann als Pflichtverletzung i. S. v. § 280 I BGB angesehen werden kann, wenn der Access Provider überhaupt die Möglichkeit hatte, den das Leistungshindernis herbeiführenden Umstand zu verhindern.²⁰⁸ Im Online Bereich könnte der Eintritt der Leistungsbefreiung auf einem Umstand beruhen, der im Bereich des Nutzers liegt, z.B. fehlerhafte Hard- oder Software des Nutzers, oder auch auf einer Störung im Bereich des Netzbetreibers oder im globalen Internet beruhen. Bei derartigen Störungen fehlt es hier bereits an einer Pflichtverletzung und nicht erst am Vertretenmüssen. Ob der Access Provider die Nichtverfügbarkeit seines Netzwerkzugangs zu vertreten hat, betrifft das Verschulden und hat für die Feststellung der Pflichtverletzung keine Bedeutung. Denn bei dem Begriff der Pflichtverletzung wird nur das objektive Zurückbleiben hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses gemeint, nicht dagegen die Frage, ob der Schuldner dieses Verhalten auch zu vertreten hat.²⁰⁹ Folglich liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn der Access Provider die Verfügbarkeit seines Systems in einem Prozentsatz festgelegt hat, z.B. 97 %, und die Einschränkung der Verfügbarkeit sich im Rahmen der 3 % hält; für solche Ausfälle kann der Access Provider nicht verantwortlich gemacht werden und zwar unabhängig von einem Verschulden.²¹⁰

B. V. 2. a. dd. Darlegungs- und Beweislast

Bei dem Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB trägt der Nutzer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sein Anspruch auf die Leistung gem. § 275 BGB ausgeschlossen ist und das Leistungshindernis erst nach dem Vertragsschluss eingetreten ist. Während im Fall

²⁰⁷ Vg. Wilmowsky, JuS 2002, Heft 1, Beil. S. 3, 14.

²⁰⁸ Mattheus, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 82.

²⁰⁹ Vgl. Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, § 2, Rn. 13, m. Verw. auf Begründung zur Neufassung der §§ 280-288, BT-Drs. 14/6040, S. 134 f.

²¹⁰ Vgl. Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 203.

des § 275 I BGB der Nutzer dartun muss, dass dem Access Provider die Leistungserbringung unmöglich ist, bereitet ihm der Fall des Ausschlusses der Leistungspflicht durch Einredeerhebung (hier § 275 II BGB) kein Problem, da der Access Provider die Einrede der groben Unverhältnismäßigkeit erheben muss.²¹¹

B. V. 2. a. ee. Vertretenmüssen

Der Access Provider schuldet Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 BGB, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Nach § 280 I 2 BGB ist Schadensersatz wegen Pflichtverletzung ausgeschlossen, wenn der Access Provider die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Demgemäß wird das Vertretenmüssen vermutet, solange der Access Provider sich nicht entlastet. Bei § 283 BGB muss dem Access Provider vorgeworfen werden können, dass er die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder die grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) schuldhaft herbeigeführt oder nicht abgewendet hat. Der Access Provider hat nach § 276 I 1 BGB grundsätzlich eigenen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.²¹² Gem. § 278 BGB wird ihm das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Vorsätzlich handelt der Access Provider, wenn er aufgrund seiner fehlerhaften Technik (Hard- oder Software) oder Überlastung seiner Infrastruktur infolge zu vieler Vertragsabschlüsse mit Internetnutzern die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder die grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) verursacht oder billigend in Kauf nimmt. Bewusste Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn er die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder die grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) vorsieht oder für möglich hält, sie aber nicht billigt und dennoch keine Vorkehrungen trifft, um deren Eintritt zu verhindern. Unbewusste Fahrlässigkeit ist dem Access Provider vorzuwerfen, wenn er bei Beachtung der im Verkehr üblichen Sorgfalt den Eintritt der Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder groben Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) hätte voraussehen und vermeiden können. Welche Sorgfaltsanforderungen an den Access Provider gestellt werden können, ist an der verkehrsüblichen Sorgfalt zu messen. Vom Access Provider wird erwartet, dass die von ihm zur Gewährung des Netzwerkzugangs zur Verfügung gestellte Technik und die dem Nutzer für die Nutzung des Netzwerkzugangs gelieferte Software fehlerfrei sind. Weiterhin wird von ihm erwartet, dass er genügend Einwahlanschlüsse für seine Kunden bereitstellt, so dass sich der Nutzer auch zu Stoßzeiten in absehbarem Zeitraum ins Netzwerk des Access Providers einwählen kann. Um die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder die grobe Unverhältnismäßigkeit (275 II) abzuwenden, kann vom Access Provider nicht erwartet werden, dass er seine Infrastruktur auf dem neuesten Stand der Technik

²¹¹ Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 13.

²¹² Zu den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 5 f.

aufrechterhält. Allerdings ist ihm eine Modernisierungspflicht zur Anpassung an infolge der rasanten technischen Entwicklung wesentlich veränderte Standards zuzumuten.²¹³

Nach § 276 I 1 BGB haftet der Access Provider für Vorsatz und Fahrlässigkeit, wenn eine strengere (oder mildere) Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist.

Im Hinblick auf die Garantieübernahme stellt § 276 I 1 BGB klar, dass sich aus einer vom Schuldner übernommenen Garantie eine verschuldensabhängige Einstandspflicht ergeben kann.²¹⁴ Verspricht der Access Provider dem Nutzer eine Mindestverfügbarkeit von etwa 97,5 %²¹⁵ im Monat, so haftet er gem. § 276 I 1 BGB verschuldensunabhängig beim Unterschreiten der zugesagten Mindestverfügbarkeit für sämtliche Folgen, da er eine Garantie für die Erbringung der Leistung in dem versprochenen Umfang übernommen hat.

B. V. 2. b. Schaden und haftungsausfüllende Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch aus § 311a II und §§ 280 I, III, 283 BGB setzt einen Schaden voraus. Zu ersetzen sind alle Schäden, die der Access Provider durch die anfängliche oder nachträgliche Nichtverfügbarkeit seines Netzwerkzugangs oder die Nichtübermittlung der Daten herbeigeführt hat. Unter einem Schaden (im natürlichen Sinne) versteht man jede Einbuße, die jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an seinen Lebensgütern, wie Gesundheit, Ehre, Eigentum oder Vermögen erleidet.²¹⁶ Ersatzfähig sind gem. § 253 I BGB grundsätzlich Vermögensschäden. Aufgrund der zunehmenden Nutzung des Internets und seiner Dienste auch durch Privatnutzer, beispielsweise für Online-Banking, Online-Shopping oder Internetauktionen, könnte die Nichtverfügbarkeit des Systems des Access Providers den Nutzer finanziell erheblich beeinträchtigen, insbesondere, wenn er im Zuge der zunehmenden Nutzung des Internets und seiner Dienste einen großen Teil seiner Kommunikation über das Netz abwickelt. Schäden können dadurch entstehen, dass er aufgrund anfänglicher oder nachträglicher Nichtverfügbarkeit des Systems des Access Providers für einen bestimmten Zeitraum keinen Zugriff auf sein Konto oder sein Depot erhielt und dadurch keine Transaktionen abwickeln konnte mit der Folge, dass er einen finanziellen Schaden erlitt.

Der Access Provider muss dem Nutzer alle Schäden ersetzen, die durch die Nichteinreichbarkeit seines Netzwerkzugangs adäquat-kausal verursacht wurden (haftungsausfüllende Kausalität).

²¹³ Schneider, Annette, Information und Recht: Verträge über Internet-Access, S. 189.

²¹⁴ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 276 BGB, Rn. 29.

²¹⁵ Zu einem Formulierungsvorschlag siehe Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 88.

²¹⁶ Heinrichs, in: Palandt, Vorb vor § 249, Rn. 7.

B. V. 2. c. Teilleistung

Wie schon festgestellt wurde, haben die Herstellung der Verbindung zum Netzwerkzugang und die Datenübermittlung innerhalb der Einflusssphäre des Access Providers einen Fixcharakter, daher tritt bei Verzögerung oder Ausfall der Verbindung oder der Datenübertragung ein Fall der Teilunmöglichkeit bzw. Teilunverhältnismäßigkeit ein.²¹⁷

Der Nutzer kann grundsätzlich gem. § 311a II 1 Alt. 1 und §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB nur für die versäumte Teilleistung Ersatz verlangen (kleiner Schadensersatz). Im Übrigen wird der Vertrag aufrechterhalten, jedoch wird die Gegenleistung (Grundgebühr) nach § 326 I 1 HS. 2 BGB i.V.m. § 441 III BGB verhältnismäßig gemindert.²¹⁸ Dies ist damit zu begründen, dass für den Nutzer „die Menge der insgesamt möglichen Zugänge sich mit jeder Ausfallminute pro Abrechnungszyklus (meist Monat) verringert“.²¹⁹

Die §§ 311a II 3 und 283 S. 2 BGB verweisen auf § 281 I 2, 3 und V BGB. Dies bedeutet, dass der Gläubiger bei einem vom Schuldner zu vertretenden teilweisen Leistungshindernis des § 275 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) nur verlangen kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat (vgl. § 281 I 2 BGB).²²⁰

Überträgt man diese Regelungen auf die vom Access Provider zu vertretende zeitweise anfängliche oder nachträgliche Nacherreichbarkeit dessen Systems oder Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb dessen Einflussbereiches, so kann der Nutzer grundsätzlich gemäß § 311a II 1 Alt. 1 oder §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB nur Schadensersatz statt des versäumten Leistungsteils (kleinen Schadensersatz) verlangen. Hat der Nutzer kein Interesse an der Teilleistung, so kann er gemäß § 311a II 3 BGB i. V. m. § 281 I 2 oder §§ 280 I, III, 283 S. 2 BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) verlangen.

Dies hängt davon ab, ob die versprochene Leistung teilbar ist oder nicht.²²¹ Eine Teilunmöglichkeit bzw. teilweise grobe Unverhältnismäßigkeit kommt in Betracht, wenn der Leistungsgegenstand im „juristischen Sinne“ teilbar ist; d.h. wenn ein Ausschnitt aus dem Leistungsgegenstand seinem Wesen und Wert nach verhältnismäßig oder anteilig der

²¹⁷ Vgl. Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 3. Teil, § 10, Rn. 10.

²¹⁸ Vgl. Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Teil, § 5, Rn. 30.

²¹⁹ Siehe Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 89.

²²⁰ Vgl. Zimmer, NJW 2002, S.1, 9.

²²¹ Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 13.

Gesamtleistung entspricht.²²² Im Hinblick auf den Access-Provider-Vertrag schuldet der Provider die einzelnen Verbindungen im Rahmen des Dauerzugangs als eigenständige Leistungen, die ohne weiteres teilbar sind. Der Nutzer kann somit bei einer anfänglichen oder nachträglichen Teilunmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder teilweiser grober Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz) nur dann verlangen, wenn er an der erbrachten Teilleistung kein Interesse mehr hat (vgl. § 281 I 2 BGB). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Nutzer an dem eingeschränkten Leistungsaustausch nicht interessiert ist, weil es für ihn z.B. günstiger ist, insgesamt einen neuen Vertrag abzuschließen.²²³

Hat der Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, hat er gem. §§ 311a II 3, 281 V BGB i. V. m. §§ 346 – 348 BGB und §§ 280 I, III, 283 S. 2, 281 V BGB i. V. m. §§ 346 – 348 BGB für die erbrachte Teilleistung die vereinbarte „anteilige“ Vergütung zu entrichten.

In diesem Zusammenhang hat der IX. Zivilsenat des BGH zur Frage der Unmöglichkeit bei Dienstverträgen, die Fixcharakter haben, Stellung genommen.²²⁴ Er stellte fest, dass der Beklagte gemäß § 325 I 2 BGB a. F. (nunmehr § 283 S. 2 i. V. m. § 281 I 2 BGB) berechtigt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, wenn die Teilerfüllung des Vertrages für ihn nicht mehr von Interesse ist. Freilich hat er, so der BGH, gemäß § 280 II i. V. m. § 346 S. 2 BGB a. F. (jetzt § 281 V BGB i. V. m. §§ 346 ff. BGB) für die geleisteten Dienste das vereinbarte (anteilige) Entgelt zu entrichten. Verlangt der Nutzer bei gänzlichem Interessewegfall Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so hat er nach § 281 V BGB i. V. m. §§ 346 – 348 BGB für die erbrachten Internetzugänge die vereinbarte (anteilige) Vergütung zu entrichten.

B. V. 2. d. Rechtsfolgen

Die §§ 311a II, 280 I, III, 283 BGB gewähren dem Nutzer „Schadensersatz statt der Leistung“, d.h. das Erfüllungs- bzw. positive Interesse. Der Schadensersatz richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Gem. § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Durch den Schadensersatz ist der Nutzer finanziell so zu stellen, wie er stehen würde, wenn ihm der Netzwerkzugang zum

²²² Siehe Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Teil, § 5, Rn. 27, diese Definition bezieht sich nach Emmerich auf die sog. quantitative Teilunmöglichkeit.

²²³ Schwerdtfeger/Gottschalk, in: Schwarz, 6-2.1, S. 78, unter Berufung auf BGH NJW 1990, 2549, 2550.

²²⁴ BGH, Urt. vom 22.5.1990-IX ZR 208/89, NJW 1990, S. 2549 (2550).

Einwahlzeitpunkt ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt worden wäre. Bei ordnungsgemäßer Erreichbarkeit des Systems des Access Providers hätte der Nutzer z.B. Zugriff auf sein Konto und auf sein Depot gehabt. Er würde in der Lage sein, Transaktionen und Zahlungen via Internet abzuwickeln, so dass er keine Schäden aufgrund der Nichterreichbarkeit erleiden müsste. Hätte ihm der Access Provider ferner einen Einwahlknoten in seiner räumlichen Nähe, d.h. zum „Ortstarif“ zur Verfügung gestellt, müsste er keine erhöhten Kosten für die Einwahl durch den anderen weiter entfernt liegenden Knoten erleiden.

Durch den Verweis in § 311a II 3 BGB und § 283 S. 2 BGB auf § 281 I 2 und 3 und V BGB wird klargestellt, welche Rechtsfolgen ausgelöst werden, wenn sich die Unmöglichkeit auf einen Teil der Leistung beschränkt.²²⁵

Gem. § 311a II Alt. 1 BGB und §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB kann der Nutzer nur für die versäumte Teilleistung Ersatz verlangen (kleiner Schadensersatz).

Im Übrigen wird der Vertrag aufrechterhalten, jedoch wird die Gegenleistung (Grundgebühr) nach § 326 I 1 HS. 2 BGB i.V.m. § 441 III BGB verhältnismäßig gemindert.²²⁶

Hat der Nutzer kein Interesse an der Teilleistung, so kann er gemäß § 311a II 3 i. V. m. § 281 I 2 BGB sowie gem. §§ 280 I, III, 283 S. 2BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) verlangen.

Hat der Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, hat er gem. §§ 311a II 3, 281 V, 346 – 348 BGB und §§ 280 I, III, 283 S. 2, 281 V, 346 – 348 BGB für die erbrachte Teilleistung die vereinbarte „anteilige“ Vergütung zu entrichten.

B. V. 3. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Schlechterfüllung

Das Gesetz beschreibt die Schlechteistung mit den Worten „Leistung...nicht wie geschuldet“ in § 281 I 1 HS. 2 BGB oder „Leistung...nicht vertragsgemäß“ in § 323 I BGB. Bei Dienstverträgen findet § 281 BGB grundsätzlich Anwendung; er kann anwendbar sein, wenn der Dienstverpflichtete, der während eines längeren Zeitraums tätig sein sollte, keine vertragsgemäßen Leistungen erbringt.²²⁷

Wie schon erwähnt, liegt im Hinblick auf die Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers eine Schlechterfüllung vor, wenn die vertraglich festgelegte Geschwindigkeit der Datenübertragung innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers unterschritten worden ist. Erbringt der Access Provider die vereinbarte

²²⁵ Siehe dazu die Ausführungen unter B. V. 2. c.

²²⁶ Vgl. Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Teil, § 5, Rn. 30.

²²⁷ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 44.

Datenübertragungsgeschwindigkeit nicht, kann der Nutzer nach § 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern.

B. V. 3. a. Voraussetzungen Schadensersatzanspruchs

B. V. 3. a. aa. Bestehendes Schuldverhältnis

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Schlechterfüllung ist, dass zwischen dem Access Provider und dem Nutzer ein Schuldverhältnis besteht. Nach der hier favorisierten Ansicht liegt das von § 280 I BGB vorausgesetzte Schuldverhältnis in dem zwischen Nutzer und Access Provider bestehenden Dienstvertrag i. S. v. § 611 BGB über die Zugangsgewährung.

B. V. 3. a. bb. Pflichtverletzung

Der Schuldner muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben.²²⁸ Voraussetzung ist nach § 281 I 1 HS. 2 BGB, dass der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet (d.h. mangelhaft) erbringt.²²⁹ Aufgrund des Dienstvertrages trifft den Access Provider nach § 611 I BGB die Leistungspflicht, die vereinbarte Datenübertragungsgeschwindigkeit zu erbringen. Verspricht der Access Provider dem Nutzer eine Übertragungsgeschwindigkeit von etwa 64 000 bit/s über das Telefonnetz/ISDN, so verletzt er seine Pflicht zur vertragsgemäßen Leistungserbringung, wenn die versprochne Datenübertragungsrate unterschritten wurde.

B. V. 3. a. cc. Vertretenmüssen

§ 280 I 2 BGB gilt auch für den Anspruch aus § 281 BGB. Danach ist Schadensersatz wegen Pflichtverletzung ausgeschlossen, wenn der Access Provider die Pflichtverletzung (hier die Verlangsamung der Übertragungsgeschwindigkeit) nicht zu vertreten hat. Der Access Provider hat nach § 276 I 1 BGB grundsätzlich eigenen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Gem. § 278 BGB wird ihm das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Vorsätzlich handelt der Access Provider, wenn er aufgrund der Übernahme von zu vielen Kunden oder der Bereitstellung von zu geringer Bandbreite²³⁰ die Verlangsamung der Geschwindigkeit der Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches verursacht oder billigend in Kauf nimmt. Bewusste Fahrlässigkeit ist anzunehmen, wenn er die Unterschreitung der vereinbarten Übertragungsgeschwindigkeit voraussieht oder für möglich hält, sie zwar nicht billigt, aber dennoch keine Vorkehrungen trifft, um die Bandbreite zu erhöhen. Unbewusste Fahrlässigkeit ist dem Access Provider vorzuwerfen, wenn er bei

²²⁸ Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 3.

²²⁹ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 5.

²³⁰ Dazu siehe die Ausführungen oben unter B. IV.

Beachtung der im Verkehr üblichen Sorgfalt (§ 276 II BGB) die Unterschreitung der vereinbarten Geschwindigkeitsrate hätte voraussehen und vermeiden können. Welche Sorgfaltsanforderungen an den Access Provider gestellt werden können, sind an der verkehrsüblichen Sorgfalt zu messen. Vom Access Provider wird erwartet, dass er genügend Bandbreite zur Übertragung der Daten seiner Kunden bereitstellt. Es wird von ihm erwartet, dass er nicht zu viele Kunden übernimmt, um zu verhindern, dass es zur Überlastung seines Systems kommt, mit der Folge der Verringerung der Übertragungsgeschwindigkeit innerhalb seines Verantwortungsbereiches.

Bei einer Garantieübernahme haftet der Access Provider gem. § 276 I 1 BGB verschuldensunabhängig. Verspricht er dem Nutzer eine bestimmte Datenübertragungsrate, z.B. 64000 bit/s, so haftet er gem. § 276 I 1 BGB verschuldensunabhängig beim Unterschreiten der zugesagten Datenübertragungsgeschwindigkeit für sämtliche Folgen, da er eine Garantie für die Erbringung der Leistung in dem versprochenen Umfang übernommen hat.

B. V. 3. a. dd. Beweislast

Nach § 280 I 2 BGB wird das Vertretenmüssen für die Pflichtverletzung vermutet. Der Nutzer trägt also nur die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der objektiven Pflichtverletzung, d.h. der Unterschreitung der versprochenen Übertragungsgeschwindigkeit. Der Access Provider muss sich entlasten. Er muss darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, indem er beispielsweise darlegt und beweist, dass die niedrige Übertragungsrate auf die Überlastung des Servers der von dem Nutzer abgerufenen Website oder auf die vom Nutzer verwendete Hard- oder Software zurückzuführen ist.²³¹

B. V. 3. a. ee. Fristsetzung

Nach § 281 I 1 BGB muss der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung erfolglos bestimmt haben. Angemessen ist die Frist, wenn dadurch der Schuldner in die Lage versetzt wird, eine bereits begonnene Leistung zu vollenden.²³² Bei der Bestimmung einer zu kurzen Frist wird eine angemessene Frist in Lauf gesetzt.²³³ Der Nutzer muss dem Access Provider eine angemessene Frist für Bereitstellung genügend Bandbreite zur Übertragung der Daten innerhalb seines Einflussbereiches gesetzt haben und diese Frist muss fruchtlos verstrichen sein. Die Fristsetzung kann gem. § 281 II BGB entbehrlich sein.²³⁴

B. V. 3. a. ff. Schaden und Kausalität

²³¹ Vgl. Schmitz/Netzer, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Kap. 12, Rn. 81.

²³² Vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 323, Rn. 14.

²³³ Vgl. Schulze, in: HK-BGB § 323, Rn. 5, § 281, Rn. 7 m. Verw. auf BT-Drucks 14/6040, 138.

²³⁴ Zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung siehe Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 14 f.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 I BGB vor, so kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung verlangen. In diesem Fall ist sein positives Interesse zu ersetzen.²³⁵ Der Schadensersatzanspruch ist auf Erfüllungsinteresse (in Geld) gerichtet und tritt an die Stelle der Primärleistung.²³⁶ Art und Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Gem. § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der ohne Pflichtverletzung bestehen würde. Der Nutzer ist danach so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung des Access Providers stehen würde.

Der Nutzer kann den kleinen (§ 281 I 1 BGB) oder den großen (§ 281 I 3 BGB) Schadensersatzanspruch wählen. Der große Schadensersatzanspruch scheidet gem. § 281 I 3 BGB aus, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.²³⁷ Wann die Pflichtverletzung unerheblich ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls; unerheblich ist die Pflichtverletzung beispielsweise bei der geringfügigen Unterschreitung der versprochenen Datenübertragungsrate. Bei der geringfügigen Unterschreitung der vereinbarten Datenübertragungsgeschwindigkeit kann der Nutzer die dadurch entstandenen Schäden verlangen (kleiner Schadensersatz); im Übrigen bleibt der Vertrag erhalten. Bei erheblicher Unterschreitung der Datenübertragungsgeschwindigkeit kann der Nutzer den großen Schadensersatz verlangen, indem er einen anderen Access Provider mit der Zugangsgewährung beauftragt und das Mehrentgelt des neuen Access Providers verlangt.²³⁸ Die zu ersetzenen Schäden müssen adäquat-kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen sein.

B. V. 3. b. Rechtsfolgen

Bei schuldhafter (vorsätzlicher oder fahrlässiger, § 276 I, II BGB) Unterschreitung der vertraglich festgelegten Datenübertragungsgeschwindigkeit (Schlechterfüllung) hat der Nutzer einen Schadensersatzanspruch gegen den Access Provider aus §§ 280 I, III, 281 BGB. Er kann den kleinen (§ 281 I 1 BGB) oder den großen (§ 281 I 3 BGB) Schadensersatzanspruch wählen. Bei geringfügiger Unterschreitung der vereinbarten Datenübertragungsgeschwindigkeit kann der Nutzer den dadurch entstandenen Schaden (kleinen Schadensersatz) verlangen; im Übrigen bleibt der Vertrag erhalten. Bei erheblicher Unterschreitung der Datenübertragungsgeschwindigkeit kann der Nutzer den großen

²³⁵ Siehe *Schulze*, in: HK-BGB, § 281, Rn. 11.

²³⁶ Vgl. *Vollkommer*, in: *Jauernig, BGB*, 10. Aufl., § 281, Rn. 16.

²³⁷ Siehe *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 281, Rn. 45, 47.

²³⁸ Vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, § 281, Rn. 44.

Schadensersatz verlangen, indem er einen anderen Access Provider mit der Zugangsgewährung beauftragt und das Mehrentgelt des neuen Access Providers verlangt.²³⁹ Im Falle der Übernahme einer Garantie für die Erbringung einer bestimmten Geschwindigkeit haftet er gem. § 276 I 1 BGB verschuldensunabhängig für sämtliche Folgen des Unterschreitens der zugesagten Datenübertragungsgeschwindigkeit.

B. V. 4. Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB wegen Verletzung von Nebenpflichten

Wie schon erwähnt, erfasst § 280 I BGB sowohl die leistungsbezogenen als auch die nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten (Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB). Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Formen der Nebenpflichten ist bei der Anwendung von § 280 I BGB ohne Bedeutung, da diese Vorschrift die Verletzung von Nebenleistungs- und Schutzpflichten gleichbehandelt.²⁴⁰

Als leistungsbezogene Nebenpflicht trifft den Access Provider die Pflicht zur Sicherung seines eigenen Systems gegen Ausfälle während dieses von dem Nutzer genutzt wird. Des Weiteren ist der Access Provider verpflichtet, geeignete Datensicherungsmaßnahmen zu ergreifen, indem er beispielsweise ein- und ausgehende E-Mails und sonstige Daten des Nutzers zumindest für die erforderliche Dauer gesichert werden, bis mit dem Zugang der Daten gerechnet werden kann. Dies ist deshalb wichtig, damit im Falle eines Datenverlustes auf dem Mailhost des Access Providers oder bei der Datenübertragung eine Neuerstellung möglich wird.²⁴¹ Ferner schuldet der Access Provider Maßnahmen zur Wartung der zur Verfügung gestellten Hard- und Software sowie Netzwerkmanagement. Als weitere Nebenleistungspflicht kommt die Verpflichtung des Access Providers in Betracht, dem Kunden alle notwendigen Auskünfte für einen erfolgreichen Zugang zur Verfügung zu stellen.²⁴² Diese Auskünfte müssen dem Kunden ordnungsgemäß und vollständig erteilt werden.

Als nichtleistungsbezogene Nebenpflichten sind die Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB zu verstehen. Nach § 241 II BGB kann das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zu Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Zu ihnen gehören beispielsweise die Fürsorge und Obhut insbesondere für Leben, Gesundheit, Eigentum und sonstiges Vermögen der anderen Partei.²⁴³ Bei ihnen handelt es sich nicht um

²³⁹ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 44.

²⁴⁰ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 280, Rn. 24.

²⁴¹ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 63.

²⁴² Dazu Briner, in: Information Highway, S. 505 ff.

²⁴³ Vgl. Schulze, in: HK-BGB, § 241, Rn. 6.

Mehrung des Vermögens des Gläubigers, nicht um Erfüllung, sondern sie sind auf Gefahrenabwehr, auf den Schutz der Rechte, Rechtsgüter und sonstiger rechtlich geschützter Interessen des Gläubigers gerichtet.²⁴⁴

Den Access Provider trifft die Verpflichtung, sicherzustellen, dass von seinem System keine Gefahren für Rechtsgüter oder Interessen des Nutzers ausgehen. Ihm obliegt die Pflicht, die notwendigen und technisch möglichen Maßnahmen zu ergreifen, um von seinen Nutzern Schaden abzuwehren; er muss z.B. durch die Verwendung neuster VirensScanner dafür Sorge tragen, dass von seinem System möglichst keine Computerviren übertragen werden.²⁴⁵ Bei vielen Computerviren besteht ein Hauptteil der von ihnen auszuführenden Aufgabe darin, sich selbst zu vervielfältigen und damit das gesamte System des Nutzers durch Überlastung zum Absturz zu bringen; andere löschen (teilweise unauffällig) Daten von der Festplatte des Nutzers.²⁴⁶ Dies kann z.B. zur Zerstörung des Nutzersystems oder zu Datenverlust führen.

Der Access Provider ist weiterhin verpflichtet, sein eigenes System vor unberechtigtem Zugriff Dritter zu schützen. Der Zugriff Dritter auf das System des Access Providers ist immer dann unberechtigt, wenn dem zugreifenden Dritten eine Zugriffsberechtigung nicht erteilt wurde.²⁴⁷ Eine unzureichende Absicherung des eigenen Systems gegen unberechtigten Zugriff kann dazu führen, dass auch das Nutzersystem Angriffen von Unbefugten ausgesetzt wird. Der Access Provider hat im Sinne einer nebenvertraglichen Schutzpflicht fundamentale Anforderungen an die Sicherheit seines Rechners und der dort gespeicherten Daten seiner Kunden gegenüber Ausspähversuchen oder Missbräuchen durch Dritte zu erfüllen.²⁴⁸ In bestimmten sensiblen Bereichen, wie etwa Online-Banking oder Electronic-Commerce, muss der Access Provider dafür Sorge tragen, dass auf keinen Fall ein Zugriff unbefugter Dritter auf Kundendaten möglich ist.

Ferner ist der Access Provider zur Einhaltung des Datenschutzes und der Vertraulichkeit verpflichtet, denn er ist in der Lage, über jeden seiner Kunden umfangreiche Datensammlungen anzulegen und zu analysieren, dadurch können z.B. Einkaufsgewohnheiten, Interessengebiete oder persönliche Daten wie Kreditkarten-Nummern etc. erfasst werden.²⁴⁹

²⁴⁴ Vgl. *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, § 4, S. 82.

²⁴⁵ Siehe *Redecker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 933.

²⁴⁶ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 1020, in Bezug auf Software-Download.

²⁴⁷ Zum Begriff „unberechtigte Zugriffe“ siehe *Koch*, Internet Recht, S. 196 Fn. 16.

²⁴⁸ Vgl. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 81.

²⁴⁹ *Briner*, in: *Hilty*, Information Highway, S. 489, 510; *Roth*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 63.

Schließlich gehören zu den Schutzpflichten i. S. d. § 241 II BGB zahlreiche Aufklärungspflichten.²⁵⁰ Da die anbieterseitige Absicherung keinen vollständigen Schutz bietet, ist es erforderlich, den Nutzer auf Gefahren und Risiken, die mit dem Internet und insbesondere mit dem Herunterladen von Informationen aus dem Internet und der Preisgabe unverschlüsselter²⁵¹ Daten verbunden sind, hinzuweisen und dem Nutzer soweit es möglich ist, eigene Schutzmaßnahmen aufzubürden,²⁵² deren Missachtung die Haftung des Access Providers wegen Mitverschuldens des Nutzers gem. § 254 BGB einschränken oder sogar ausschließen könnte.

B. V. 4. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

B. V. 4. a. aa. Bestehendes Schuldverhältnis

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB ist, dass zwischen dem Access Provider und dem Nutzer ein Schuldverhältnis besteht. Nach der hier favorisierten Ansicht liegt das von § 280 I BGB vorausgesetzte Schuldverhältnis in dem zwischen Nutzer und Access Provider bestehenden Dienstvertrag i. S. v. § 611 BGB.

B. V. 4. a. bb. Pflichtverletzung

Im Falle vom Nebenleistungspflichten liegt die Pflichtverletzung etwa in der Verletzung der Pflicht zur technischen Sicherung seines eigenen Systems gegen Ausfälle während dieses von dem Nutzer genutzt wird oder bei Verletzung seiner Pflicht zur Sicherung der eingehenden und ausgehenden E-Mails und sonstigen Daten, mit der Folge der Beschädigung des Nutzersystems und des Datenverlustes.

Bei Schutzpflichten liegt die Pflicht darin, sich bei Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass andere Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Nutzers nicht verletzt werden. Der Access Provider verletzt diese Pflicht, wenn er beispielsweise dem Nutzer virenverseuchte Programme wie z.B. Internet-Browser oder Software zur Nutzung des Netzwerkzugangs liefert oder wenn ein von ihm eingerichteter Schutzmechanismus zum Schutz des Nutzersystems gegen Hacker-Attacken oder Computerviren unzureichend ist, so dass Hard- oder Software des Nutzers beschädigt wird oder wenn Unbefugte auf Kundendaten, insbesondere in sensiblen Bereichen wie Online-Banking oder Electronic-Commerce, Zugriff hatten.

²⁵⁰ Dazu siehe *Schulze*, in: HK-BGB, § 241, Rn. 7.

²⁵¹ Durch Verschlüsselung lässt sich die Kommunikation mit und zwischen den Kunden erheblich besser gegen unberechtigte Zugriffe Dritter absichern. Zu den Problemen und Risiken der Verschlüsselung siehe *Koch*, Internet Recht, S. 200; siehe auch *Briner*, in: *Hilty, Information Highway*, S. 489, 512, Fn. 59.

²⁵² *Roth*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 63 f.

B. V. 4. a. cc. Vertretenmüssen

Nach § 280 I 2 BGB ist Schadensersatz wegen Pflichtverletzung ausgeschlossen, wenn der Access Provider die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Vertretenmüssen liegt vor, wenn der Access Providers oder sein Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat (§ 276 BGB). Vorsatz ist Wissen und Wollen der Verletzung des „sonstigen“ Rechts, Rechtsguts oder Interesses,²⁵³ d.h. der Access Provider sieht als sicher voraus oder hält es für möglich, dass er mit seinem Verhalten ein Recht, Rechtsgut oder gesetzlich geschütztes Interesse des Nutzers verletzen wird; er ist damit einverstanden. Dies ist dann der Fall, wenn er beispielsweise die von ihm ermittelten und gespeicherten persönlichen Kundendaten, wie etwa Kreditkarten-Nummern oder Passwörter, an Dritte verkauft oder einfach weitergibt.

Bei Fahrlässigkeit ist dem Access Provider vorzuwerfen, dass er die Unzulänglichkeit der System- und Datensicherungsmaßnahmen oder System- und Datenschutzvorkehrungen hätte voraussehen und vermeiden können. Welche Sorgfaltsanforderungen an den Access Provider gestellt werden können, ist an der verkehrsüblichen Sorgfalt des § 276 II BGB zu messen. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte er erkennen müssen, dass er durch die Einrichtung ungeeigneter System- und Datensicherungsmechanismen die Beschädigung des Nutzersystems oder den Datenverlust verursachen und somit dies vermeiden kann; er hätte ferner erkennen müssen, dass er bei Nichteinhaltung des Systems- und Datenschutzes ein Recht, Rechtsgut oder Interesse des Nutzers beinträchtigen und somit dies vermeiden kann.

Ausnahmsweise haftet der Access Provider gem. § 276 I 1 BGB für eine Pflichtverletzung verschuldensunabhängig, wenn er eine Garantie übernommen hat, dass die Pflichtverletzung, wie sie eingetreten ist, nicht eintreten wird. Dies ist der Fall bei einer Garantieübernahme durch den Access Provider für die Sicherung seines eigenen Systems während dieses von dem Nutzer genutzt wird oder bei einer Garantieübernahme, dass von seinem System keine Gefahren für Rechtsgüter oder Interessen des Nutzers ausgehen.

B. V. 4. a. dd. Beweislast

Aus der Negativformulierung des § 280 I 2 BGB folgt, dass der Nutzer grundsätzlich nur die objektive Pflichtverletzung und den daraus entstehenden Schaden darlegen und beweisen muss, der Access Provider aber die Behauptungs- und Beweislast dafür trägt, dass er diese Pflichtverletzung nicht verschuldet hat, d.h. die Pflichtverletzung weder vorsätzlich noch

²⁵³ Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 6.

fahrlässig im genannten Sinne begangen oder unterlassen hat.²⁵⁴ An den Entlastungsbeweis dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden; erforderlich ist im Allgemeinen die Darlegung überwiegender Wahrscheinlichkeit (nicht nur die Möglichkeit), dass die Pflichtverletzung nicht auf einem vom Access Provider zu vertretenden Umstand beruht.²⁵⁵

B. V. 4. a. ee. Schaden und Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB setzt einen Schaden voraus. Zu ersetzen sind nach § 280 I BGB alle unmittelbaren und mittelbaren Schäden, die dem Gläubiger durch die vom Schuldner zu vertretende Pflichtverletzung entstanden sind.²⁵⁶

Als Schaden kommt nach § 280 I BGB der sog. Integritätsschaden in Betracht. Darunter ist die Schaden zu verstehen, den die Pflichtverletzung an solchen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen anrichtet, die den Gläubiger unabhängig von dem Schuldverhältnis zustehen.²⁵⁷

Der Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB besteht neben dem Erfüllungsanspruch.²⁵⁸

Demgemäß muss der Access Provider, unabhängig von der Vertragsmäßigkeit der Herstellung der Verbindung zum Netzwerkzugang, Vermögenseinbußen des Nutzers ersetzen, die durch eine Nebenleistungs- oder Schutzpflichtverletzung entstanden sind. In Betracht kommen etwa Reparaturkosten des Nutzerrechners und Folgeschäden wie Anwaltskosten.

Zu ersetzen sind Schäden, die adäquat-kausal auf die Pflichtverletzung zurückzuführen sind.

B. V. 4. b. Rechtsfolgen

Bei der Verletzung von leistungsbezogenen und nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten ist der Access Provider nach § 280 I BGB dem Nutzer zum Ersatz der daraus entstandenen Schäden verpflichtet, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Als Schaden kommt nach § 280 I BGB das sog. Integritätsinteresse in Betracht. Dieses umfasst Schäden an solchen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen des Nutzers, die ihm unabhängig vom Vertrag zur Zugangsgewährung zustehen. Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Nach § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Danach ist der Schaden grundsätzlich durch sog. Naturalrestitution auszugleichen; d.h. Herstellung des gleichen wirtschaftlichen

²⁵⁴ Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht § 4, V.,2.,b), (2), S. 103, in Bezug auf die Schutzpflichtverletzung.

²⁵⁵ So Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 280, Rn. 25, m. Verw. auf BGH NJW-RR 92, 1338.

²⁵⁶ Vgl. Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 5. Teil, § 22, Rn. 29; zu Ausnahmen siehe Heinrichs, in: Palandt, § 280, Rn. 32, Vorb. 62 ff. vor 249.

²⁵⁷ Wilmowsky, JuS 2002 Beilage zu Heft 1, S. 3, 4.

²⁵⁸ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 280, Rn. 32.; Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 280, Rn. 22.

Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.²⁵⁹ Bei „reinen Sachschäden“ ist die Herstellung i.d.R. die Reparatur.²⁶⁰ Bei Beschädigung des Nutzerrechners infolge ungeeigneter technischer Absicherung des Providersystems oder dessen Kommunikationsverbindung zum Nutzersystem, kann der Nutzer nach § 249 I BGB Reparatur seines Computers verlangen. Gem. § 249 II BGB kann der Nutzer selbst die Reparatur vornehmen und den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Nur wenn die Naturalrestitution i. S. v. § 249 BGB unmöglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (vgl. § 251 I BGB) oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (vgl. § 251 II BGB), besteht ein Anspruch auf Geldersatz.

B. V. 5. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten

Die §§ 280 I, III, 281 BGB betreffen auch die Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten, die eine „nicht wie geschuldete Leistung“ i. S. d. § 281 I 1 HS. 2 BGB darstellen.²⁶¹ Bei Dienstverträgen findet § 281 BGB grundsätzlich Anwendung; er kann anwendbar sein, wenn der Dienstverpflichtete, der während eines längeren Zeitraums tätig sein sollte, keine vertragsgemäßen Leistungen erbringt.²⁶²

B. V. 5. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruch aus den §§ 280 I, III, 281 BGB

B. V. 5. a. aa. Bestehendes Schuldverhältnis

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB setzt Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus. Dies liegt nach der hier favorisierten Ansicht in dem zwischen dem Nutzer und dem Access Provider bestehenden Dienstvertrag i. S. v. § 611 BGB.

B. V. 5. a. bb. Pflichtverletzung

Der Schuldner muss eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben.²⁶³ Voraussetzung ist nach § 281 I 1 HS. 2 BGB, dass der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet (d.h. mangelhaft oder unter Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten) erbringt.²⁶⁴ Dies ist beispielsweise der Fall bei der Verletzung seiner Verpflichtung zur technischen Sicherung

²⁵⁹ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 249, Rn. 2.

²⁶⁰ Vgl. Teichmann, Arndt, in: Jauernig, BGB, 12 Aufl., § 249, Rn. 3.

²⁶¹ Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 3.

²⁶² Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 44.

²⁶³ Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 3.

²⁶⁴ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 5.

seines eigenen Systems gegen Ausfällen während dieses von dem Nutzer genutzt wird oder bei Verletzung der Pflicht zur Sicherung der eingehenden und ausgehenden Nutzerdaten oder bei Nichtlieferung des Benutzerbuches für die dem Nutzer zur Verfügung gestellte Software für die Nutzung des Netzwerkzugangs.

B. V. 5. a. cc. Vertretenmüssen

§ 280 I 2 BGB gilt auch für den Anspruch aus § 281 BGB. Danach kann der Nutzer keinen Schadensersatz verlangen, wenn der Access Provider die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Der Access Provider wird danach von seiner Ersatzpflicht frei, wenn er darlegt und beweist, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.²⁶⁵ Der Provider muss darlegen und beweisen, dass er für die technische Sicherung seines eigenen Systems oder für die Datensicherung ordnungsgemäße Maßnahmen getroffen hat.

B. V. 5. a. dd. Fristsetzung

Nach § 281 I 1 BGB muss der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung erfolglos bestimmt haben. Angemessen ist die Frist, wenn dadurch der Schuldner in die Lage versetzt wird, eine bereits begonnene Leistung zu vollenden.²⁶⁶ Bei der Bestimmung einer zu kurzen Frist wird eine angemessene Frist in Lauf gesetzt.²⁶⁷ Der Nutzer muss dem Access Provider eine angemessene Frist für das Einsetzen funktionsfähiger Mechanismen zur System- und Datensicherung oder zur Nachlieferung des Benutzerbuches gesetzt haben und diese Frist muss fruchtlos verstrichen sein. Die Fristsetzung kann gem. § 281 II BGB entbehrlich sein.²⁶⁸

B. V. 5. a. ee. Schaden und Kausalität

Liegen die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 I BGB vor, so kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung verlangen. In diesem Fall ist sein positives Interesse zu ersetzen.²⁶⁹ Der Schadensersatzanspruch ist auf Erfüllungsinteresse (in Geld) gerichtet und tritt an die Stelle der Primärleistung.²⁷⁰ Art und Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Gem. § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der ohne Pflichtverletzung bestehen würde. Der Nutzer ist danach so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung des Access Providers stehen würde.

Der Nutzer kann den kleinen (§ 281 I 1 BGB) oder den großen (§ 281 I 3 BGB) Schadensersatzanspruch wählen. Der große Schadensersatzanspruch scheidet gem. § 281 I 3

²⁶⁵ Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 16.

²⁶⁶ Vgl. Gruneberg, in: Palandt, § 323, Rn. 14.

²⁶⁷ Vgl. Schulze, in: HK-BGB § 323, Rn. 5, § 281, Rn. 7 m. Verw. auf BT-Drucks 14/6040, 138.

²⁶⁸ Zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung siehe Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn. 14 f.

²⁶⁹ Siehe Schulze, in: HK-BGB, § 281, Rn. 11.

²⁷⁰ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 16.

BGB aus, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.²⁷¹ Wann die Pflichtverletzung unerheblich ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls; erheblich ist die Pflichtverletzung beispielsweise beim Fehlen des Benutzerbuches der dem Nutzer zur Verfügung gestellten Software²⁷² oder bei häufigen Systemausfällen oder Datenverlusten infolge unzulänglicher System- oder Datensicherungsmaßnahmen.

Bei der Nichtlieferung des Benutzerbuches kann der Nutzer die Kosten einer Ersatzsoftware zur Nutzung des Netzwerkzugangs verlangen (kleiner Schadensersatz); im Übrigen bleibt der Vertrag erhalten. Er kann den großen Schadensersatz verlangen, indem er einen anderen Access Provider mit der Zugangsgewährung beauftragt und die dadurch entstandenen Mehrkosten vom Access Provider verlangt.

Die Schäden müssen durch die Verletzung der Nebenleistungspflicht adäquat-kausal verursacht sein.

B. V. 5. b. Rechtfolgen

Bei Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB verlangen. Der Schadensersatzanspruch ist auf das positive bzw. Erfüllungsinteresse gerichtet.²⁷³ Er tritt an die Stelle der Primärleistung.²⁷⁴ Art und Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Gem. § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde. Der Nutzer ist danach so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Leistung des Access Providers stehen würde. Der Nutzer kann den kleinen (§ 281 I 1 BGB) oder den großen (§ 281 I 3 BGB) Schadensersatzanspruch wählen. Der große Schadensersatzanspruch scheidet gem. § 281 I 3 BGB aus, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.²⁷⁵ Die Erheblichkeit der Verletzung der Nebenleistungspflicht ist bei Nichtlieferung des Benutzerbuches oder bei häufigen Systemausfällen oder Datenverlusten infolge unzulänglicher System- oder Datensicherungsmaßnahmen anzunehmen. Der Nutzer kann den großen Schadensersatz verlangen, indem er einen anderen Access Provider mit der Zugangsgewährung beauftragt und die dadurch entstandenen Mehrkosten vom Access Provider verlangt.

B. V. 6. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 282 BGB wegen Schutzpflichtverletzung

²⁷¹ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn.45, 47.

²⁷² Siehe Schulze, in: HK-BGB, § 281, Rn. 18.

²⁷³ Siehe Schulze, in: HK-BGB, § 281, Rn. 11.

²⁷⁴ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 16.

²⁷⁵ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 281, Rn.45, 47.

Die Verletzung von Schutzpflichten i. S. d. § 241 II BGB kann dazu führen, dass der Gläubiger nicht nur den Ersatz des durch die Nebenpflichtverletzung entstandenen Schadens (Integritätsinteresses) nach § 280 I BGB fordert, sondern er an der Erbringung der Hauptleistungspflicht durch den Schuldner kein Interesse mehr hat, so dass er von diesem Schadensersatz statt der Hauptleistung nach §§ 280 I, III, 282 BGB verlangt.²⁷⁶ Bei Verletzung nichtleistungsbezogener Nebenpflichten i. S. v. § 241 II BGB kann der Nutzer nach § 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern, wenn ihm die Leistung durch den Access Provider nicht mehr zuzumuten ist, obwohl der Access Provider seine Hauptpflicht (Zugangsgewährung) und seine leistungsbezogenen Nebenpflichten,²⁷⁷ ordnungsgemäß erfüllen könnte.²⁷⁸

B. V. 6. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 282 BGB

B. V. 6. a. aa.. Bestehen eines Schuldverhältnisses

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 282 BGB setzt das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus. Dies liegt in dem hier favorisierten Dienstvertrag i. S. d. § 611 BGB vor. Im Unterschied zum Ersatz von Integritätsschäden nach § 280 I BGB ist für den Schadensersatz statt der Leistung aus § 282 BGB sogar das Bestehen eines Schuldverhältnisses mit Primärleistungspflicht erforderlich.²⁷⁹ Verletzt der Access Provider eine Pflicht aus § 241 II BGB vor Vertragsschluss, kann der Nutzer keinen Schadensersatz statt der Leistung fordern, da Schadensersatz statt der Leistung nur dort gewährt werden kann, wo eine Leistung vereinbart wurde, was bei vorvertraglichen Schutzpflichtverletzungen nicht der Fall ist.²⁸⁰

B. V. 6. a. bb. Schutzpflichtverletzung

Der Schuldner muss eine Schutzpflicht i. S. v. § 241 II BGB verletzt haben. Er muss seiner Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils nicht nachgekommen sein.²⁸¹ § 282 BGB findet Anwendung, wenn der Schuldner zwar seine Leistung ordnungsgemäß erbringt oder noch nicht erbringen muss, dem Gläubiger aber

²⁷⁶ Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 363.

²⁷⁷ Dazu siehe die Ausführungen unter B. V. 3. b.

²⁷⁸ Vgl. Dauner-Lieb; in: Dauner-Lieb, Das Neue Schuldrecht, § 2, 46.

²⁷⁹ Mattheus, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 120.

²⁸⁰ Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 14 f.

²⁸¹ Siehe Schulze, in: HK-BGB, § 282, Rn. 3.

die weitere Durchführung des Vertrags wegen erheblicher leistungsbegleitender Schutzpflichtverletzungen durch den Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann.²⁸²

Im Vertragsverhältnis zwischen Access Provider und Nutzer kann der Nutzer nach §§ 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern, wenn der Access Provider zwar den Internetzugang gewähren kann und will, er aber eine nichtleistungsbezogene Schutzpflicht i. S. v. § 241 II BGB verletzt hat, so dass ein Festhalten am Vertrag dem Nutzer nicht mehr zuzumuten ist. Dies ist z.B. anzunehmen bei wiederholter Beschädigung der Hard- oder Software des Nutzers durch Hacker-Attacken oder Computerviren oder bei wiederholten Zugriffen unbefugter Dritter auf die Daten des Kunden, insbesondere in sensiblen Bereichen wie Online-Banking oder Electronic-Commerce, infolge der Unzulänglichkeit der von dem Access Provider eingerichteten Schutzmechanismen zum Schutz des Nutzersystems.

B. V. 6. a. cc. Unzumutbarkeit

Die Leistungserbringung durch den Access Provider muss dem Nutzer nicht zugemutet werden können. Nicht jede Verletzung einer Schutzpflicht reicht aus, damit der Nutzer die Leistung durch den Access Provider ablehnen und an deren Stelle Schadensersatz verlangen kann. § 282 BGB setzt die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit dem Access Provider voraus. Diese Unzumutbarkeit lässt sich allgemein nicht genauer bestimmen. Dafür wird die für die positive Vertragsverletzung gebildete Formel „Störung der für das Schuldverhältnis nötigen Vertrauensgrundlage“ herangezogen; die Störung der Vertrauensgrundlage kann sich insbesondere aus der Wiederholungsgefahr ergeben,²⁸³ etwa aus der Gefahr weiterer Vermittlung virenverseuchter Daten, weiterer Beschädigung von Hard- und/oder Software des Nutzers durch fehlerhafte Technik oder Software des Access Providers, weitere Angriffe auf Nutzerdaten durch Dritte aufgrund einer ungesicherten Infrastruktur des Access Providers.

B. V. 6. a. dd. Vertretenmüssen

Der Access Provider schuldet Schadensersatz nur dann, wenn er die Pflichtverletzung gemäß § 280 I 2 BGB i. V. m. § 276 I BGB zu vertreten hat. Sein Verschulden (oder das seines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB) muss sich auf die pflichtwidrige Verletzung des Rechts, Rechtsguts oder Interesses des Nutzers beziehen.²⁸⁴

B. V. 6. a. ee. Beweislast

²⁸² Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 1.

²⁸³ Vgl. Medicus, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 3. Kap., Rn. 132.

²⁸⁴ Zu den Verschuldensformen, den Sorgfaltspflichten bei Fahrlässigkeit und der verschuldensunabhängigen Haftung siehe oben unter B. V. 3. b. aa. ccc.

Der Nutzer ist für alle Voraussetzungen des § 282 BGB beweispflichtig, er muss die Schutzwichtverletzung und die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung durch den Access Provider darlegen und beweisen; der Access Provider muss beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat,²⁸⁵ indem er darlegt und beweist, dass er eine funktionstüchtige Technik zum Schutz des Nutzersystems und dessen Daten eingerichtet und den neuesten Virenschanner verwendet hat und es trotzdem zu Hacker- oder Computerviren-Angriffe kam.

B. V. 6. a. ff. Schaden und Kausalität

Für einen Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 282 BGB kommen vor allem die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts in Betracht.²⁸⁶ Anzumerken ist, dass zahlreiche Internetnutzer auf Online-Dienstleistungen angewiesen sind, so dass im Falle von Störungen bei der Erbringung der Leistung die Einschaltung eines anderen Anbieters, unerlässlich ist. Verletzt der Access Provider beispielsweise seine Schutzwicht dadurch, dass die Hard- und/oder Software des Nutzers durch Hacker- oder Computerviren-Angriffe aufgrund fehlerhafter Schutzmechanismen des Anbietersystems wiederholt beschädigt werden, könnte der Nutzer einen anderen Access Provider mit der Zugangsgewährung beauftragen und die dadurch entstandenen Mehrkosten vom Access Provider verlangen. Die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung durch den Access Provider muss kausal auf der Pflichtverletzung beruhen.²⁸⁷

B. V. 6. b. Rechtsfolgen

Wegen Schutzwichtverletzungen kann der Nutzer vom Access Provider nicht nur Ersatz der Schäden an seiner Hard- und/oder Software oder Daten gem. § 280 I BGB verlangen (Integritätsinteresse), sondern auch nach §§ 280 I, III, 282 BGB anstelle der Hauptleistungspflicht Schadensersatz fordern. Der Umfang des Ersatzanspruchs ist auf das Erfüllungs- bzw. positive Interesse gerichtet und tritt an die Stelle der Primärleistung. Der Schadensersatz der §§ 280 I, III, 282 BGB richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Nutzer ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die Leistung erhalten hätte.²⁸⁸ Geschuldet ist

²⁸⁵ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 282, Rn. 7.

²⁸⁶ Vgl. Dauner-Lieb; in: Dauner-Lieb, Das Neue Schuldrecht, § 2, 46.

²⁸⁷ Siehe Begr. RegE, BT-Dr. 14/6040. S. 142.

²⁸⁸ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 15.

Schadensersatz statt der noch ausstehenden Leistung.²⁸⁹ Die Haftung nach § 280 I, III, 282 BGB richtet sich auf Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung.²⁹⁰

Für den Schadensersatz statt der ganzen Leistung müssen die Voraussetzungen des § 281 I 3 und V BGB erfüllt werden.²⁹¹ Erforderlich ist hiernach die Erheblichkeit der Pflichtverletzung (§ 281 I 3 BGB). Zu berücksichtigen ist, dass nicht jede Verletzung einer Schutzpflicht ausreicht, um die Leistung durch den Access Provider abzulehnen und an deren Stelle Schadensersatz zu verlangen. Um Schadensersatz statt der ganzen Leistung aus §§ 280 I, III, 282 BGB verlangen zu können, muss die Schutzpflichtverletzung erheblich sein. Das Erheblichkeitserfordernis ergibt sich schon aus § 282 BGB.

Als Schadensersatz kommen vor allem die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts in Betracht. Beispielsweise die Gewährung des Internetzugangs durch einen anderen Access Provider bei anhaltenden Hacker-Attacken oder Angriffen von Computerviren infolge unzureichender Schutzmechanismen.

B. V. 7. Ergebnis

Nach der hier favorisierten Auffassung ist der Access-Provider-Vertrag als Dienstvertrag zu qualifizieren. Dies gilt auch für Call-by-Call Verträge.

Die Störungen bezüglich der dauerhaften Zugangsgewährung beziehen sich hauptsächlich auf die Erreichbarkeit des Netzwerkrechners des Access Providers sowie auf die Datenübertragung innerhalb dessen Einflussbereiches. Die Dienstleistungspflicht des Access Providers hat einen Fixschuldcharakter, aufgrund dessen bei Ausfall des Netzwerkrechners und bei Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb der Einflusssphäre des Access Providers die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) einer Teilleistung eintritt.²⁹² Der Access Provider wird von seiner Leistungspflicht teilweise befreit; gem. § 326 I 1 HS. 1 BGB wird der Nutzer grundsätzlich von der diesbezüglichen Vergütungspflicht befreit.

Die Verlangsamung der Datenübertragung im Einflussbereich des Providers stellt eine Schlechterfüllung dar. Der Nutzer wird gem. § 326 I 2 BGB von seiner Verpflichtung zur Entrichtung der Vergütung nicht frei, auch wenn eine Nacherfüllung unmöglich (§ 275 I BGB) oder grob unverhältnismäßig (§ 275 II BGB) ist. Das Dienstvertragsrecht enthält keine

²⁸⁹ Siehe *Vollkommer*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 7.

²⁹⁰ Siehe *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil. Zu Heft 1, S. 3, 27.

²⁹¹ Vgl. *Vollkommer*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 7.

²⁹² Dazu siehe die Ausführungen unter B. IV. 1.

Regelung zur Schlechterfüllung.²⁹³ Eine Minderung der Vergütung in Analogie zum Werkvertragsrecht (§ 638 I BGB) scheidet aus.

Beim Internet-by-Call kommt der Vertrag nicht zustande, wenn der Access Provider die vom Nutzer gewünschte Verbindung nicht herstellt. Der Ausfall einer bereits hergestellten Verbindung stellt eine Beendigung des Vertragsverhältnisses dar. Der Nutzer muss nur für den gewährten Zugang eine Vergütung entrichten. Bei Unterbrechung der Datenübertragung in einer bereits hergestellten Verbindung tritt Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) ein. Sowohl die Leistungspflicht (§ 275 I BGB) als auch der diesbezügliche Anspruch des Access Providers auf die Vergütung (§ 326 I 1 BGB) entfallen. Bei Verlangsamung der Datenübertragung ist die Lage wie bei der dauerhaften Zugangsgewährung. Es handelt sich um eine Schlechterfüllung. Der Nutzer wird gem. § 326 I 2 BGB nicht von seiner Gegenleistungspflicht frei.

Bei den vom Access Provider verschuldeten vorübergehenden oder dauerhaften Ausfällen seiner Infrastruktur oder der Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a II und §§ 280 I, III, 283 BGB geltend machen. Er kann gem. §§ 626 I und 314 I 1 BGB aus wichtigem Grund kündigen.

Die §§ 311a II, 280 I, III, 283 BGB gewähren dem Nutzer „Schadensersatz statt der Leistung“, d.h. das Erfüllungs- bzw. positive Interesse. Der Schadensersatz richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Durch den Schadensersatz ist der Nutzer finanziell so zu stellen, wie er stehen würde, wenn ihm der Netzwerkzugang zum Einwahlzeitpunkt ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt worden wäre.²⁹⁴

Beschränkt sich die Unmöglichkeit auf einen Teil der Leistung, kann der Nutzer gem. § 311a II Alt. 1 BGB und §§ 280 I, III, 283 S. 1 BGB nur für die versäumte Teilleistung Ersatz verlangen (kleiner Schadensersatz). Im Übrigen wird der Vertrag aufrechterhalten, jedoch wird die Gegenleistung (Grundgebühr) nach §§ 326 I 1 HS. 2 BGB i.V.m. § 441 III BGB verhältnismäßig gemindert.²⁹⁵

Hat der Nutzer kein Interesse an der Teilleistung, so kann er gemäß § 311a II 3 BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB sowie gem. §§ 280 I, III, 283 S. 2 BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) verlangen.

²⁹³ Siehe Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 5. Teil, § 21, Rn. 23.

²⁹⁴ Siehe die Ausführungen unter B. V. 2. d.

²⁹⁵ Vgl. Emmerich, Recht der Leistungsstörungen, 2. Teil, § 5, Rn. 30.

Hat der Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, muss er gem. §§ 311a II 3, 281 V, 346 – 348 BGB und §§ 280 I, III, 283 S. 2, 281 V, 346 – 348 BGB für die erbrachte Teilleistung die vereinbarte „anteilige“ Vergütung entrichten.²⁹⁶

Bei schuldhafter Unterschreitung der vertraglich festgelegten Datenübertragungsgeschwindigkeit innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Schlechterfüllung geltend machen. Er kann den kleinen (§ 281 I 1 BGB) oder den großen (§ 281 I 3 BGB) Schadensatzanspruch wählen. Der große Schadensatzanspruch scheidet gem. § 281 I 3 BGB bei Unerheblichkeit aus. Dies ist anzunehmen, wenn die Unterschreitung der versprochenen Datenübertragungsgeschwindigkeit geringfügig ist.

Im Falle der Verletzung von leistungsbezogenen und nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten²⁹⁷ ist der Access Provider nach § 280 I BGB dem Nutzer zum Ersatz der daraus entstandenen Schäden verpflichtet, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

Der Schadensersatz des § 280 I BGB richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Bei Beschädigung des Nutzerrechners infolge ungeeigneter technischer Absicherung des Providersystems oder dessen Kommunikationsverbindung zum Nutzersystem kann der Nutzer nach § 249 I BGB Reparatur seines Computers verlangen. Gem. § 249 II BGB kann er selbst die Reparatur vornehmen und den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Nur wenn die Naturalrestitution i. S. d. § 249 BGB nicht rechtzeitig geschieht (§ 250 BGB), unmöglich oder zur Entschädigung des Nutzers nicht genügend ist (§ 251 BGB), besteht ein Anspruch auf Geldersatz.²⁹⁸

Bei Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB verlangen. Er kann den kleinen (§ 281 I 1 BGB) oder den großen (§ 281 I 3 BGB) Schadensatzanspruch wählen. Der große Schadensatzanspruch scheidet gem. § 281 I 3 BGB bei Unerheblichkeit aus. Die Erheblichkeit der Verletzung der Nebenleistungspflicht ist bei Nichtlieferung des Benutzerbuches oder bei häufigen Systemausfällen oder Datenverlusten infolge unzulänglicher System- oder Datensicherungsmaßnahmen anzunehmen. Als großer Schadensersatz kommen beispielsweise die Mehrkosten in Betracht, die durch die Beauftragung eines anderen Access Provider mit der Zugangsgewährung entstanden sind.

Wegen der Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten kann der Nutzer unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 282 BGB anstelle der Hauptleistungspflicht

²⁹⁶ Siehe dazu die Ausführungen unter B. V. 2. c.

²⁹⁷ Dazu siehe die Ausführungen unter B. V. 3. b.

²⁹⁸ Siehe *Teichmann, Arndt*, in: *Jauernig, BGB*, 12. Aufl., § 249, Rn. 1.

Schadensersatz fordern. Der Umfang des Ersatzanspruchs ist auf das Erfüllungs- bzw. positive Interesse gerichtet. Der Schadensersatz richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Nutzer ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die Leistung erhalten hätte.²⁹⁹ Geschuldet ist Schadensersatz statt der noch ausstehenden Leistung.³⁰⁰ Die Haftung nach § 280 I, III, 282 BGB richtet sich auf Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung.³⁰¹ Als Schadensersatz kommen vor allem die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts in Betracht. Beispielsweise die Gewährung des Internetzugangs durch einen anderen Access Provider bei anhaltenden Hacker-Attacken oder Angriffen von Computerviren als Folge unzureichender Schutzmechanismen.

B. VI. Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse

Im Folgenden werden die Haftungsausschlüsse und -begrenzungen durch AGB behandelt, zu behandeln sind dabei bestimmte AGB-Klauseln des Access Providers, die für die Zugangsgewährung typisch sind, namentlich die Änderungsvorbehaltsklauseln und die Verfügbarkeitsklauseln. Anschließend ist die summenmäßige Haftungsbegrenzung durch AGB und durch das Telekommunikationsgesetz zu erörtern. Schließlich ist die Haftungsprivilegierung durch das Telemediengesetz zu behandeln.

B. VI. 1. Haftungsausschluss und -begrenzung durch AGB

AGB i. S. v. § 305 I 1 BGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Vertragsabschluss stellt. Dies bedeutet, dass die AGB inhaltlich nicht ausgehandelt wurden, sondern dass ihre Geltung lediglich pauschal vereinbart wurde.³⁰² Im Internet-Bereich ist die Bereitschaft des Verwenders zum Verhandeln über das Klauselwerk selbst beim Abschluss von schriftlichen Verträgen zwischen Nutzern und Service- bzw. Access Providern selten anzutreffen.³⁰³ Bezüglich des immer mehr zunehmenden Geschäftsverkehrs im Bereich des E-Commerce, welches ein sog. Massengeschäft darstellt, haben die Anbieter von Dienstleistungen im Internet kaum einen anderen Weg als den Internetnutzern ihre

²⁹⁹ ²⁹⁹ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 15.

³⁰⁰ Siehe Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 7.

³⁰¹ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 27.

³⁰² Vgl. Westphalen, NJW 2002, S.12, 13.

³⁰³ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 11.

Leistungsbeschreibungs- bzw. Haftungsordnungsklausen vorgefertigt in AGB vorzulegen.³⁰⁴ AGB gelten nur, wenn sie Vertragsbestandteil geworden sind. Hierfür müssen sie wirksam in den Vertrag zwischen Anbieter und Nutzer einbezogen worden seien. Die Einbeziehung erfolgt über § 305 II BGB. Danach ist für eine wirksame Einbeziehung ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB (Nr. 1) sowie die zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit (Nr. 2) erforderlich; außerdem muss die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden sein. Für den ausdrücklichen Hinweis ist erforderlich, dass der Hinweis auf die AGB in dem Formular, welches der Nutzer zum Zustandebringen des Vertrages auszufüllen und abzuschicken hat, befindlich ist.³⁰⁵

Nach § 305 a Nr. 2b BGB gibt es jedoch telekommunikationsrechtliche Besonderheiten und Einbeziehungsprivilegierung. Danach werden die AGB ohne Einhaltung der Erfordernissen des § 305 II BGB einbezogen, wenn es sich bei den Leistungen des Anbieters um Telekommunikations-, Informations- und andere Dienstleistungen, die „unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen³⁰⁶ in einem Mal erbracht werden“, handelt. Für die Einbeziehung der AGB bedarf es hiernach nur der Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur und des Bereithaltens der AGB bei den Geschäftsstellen der Anbieter zur Einsichtnahme. Voraussetzung ist, dass die „AGB der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragsschluss zugänglich gemacht werden können“. Es handelt sich hier um das Call-by-Call-Verfahren, aber auch um Verträge über melde- und Informationsdienstleistungen, z. B. 0190-Verbindungen und die Telefonauskunft.³⁰⁷ Hinsichtlich sonstiger Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit³⁰⁸ müssen AGB in Verträgen gem. § 305 II BGB einbezogen werden.

Im elektronischen Geschäftsverkehr (also bei Verträgen im Internet) findet zudem § 312e BGB Anwendung. Nach § 312e I Nr. 4 BGB hat der Unternehmer dem Kunden die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.

³⁰⁴ Vgl. Büchner, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, S. 146, 153.

³⁰⁵ Dazu Spindler, CR 2004, 203, 205, Fn. 26.

³⁰⁶ Das TKG 2004 ersetzt den Begriff der Telekommunikationsdienstleistungen durch den der Telekommunikationsdienste.

³⁰⁷ Vgl. Westphalen, NJW 2002, S.12, 15, m. Verw. auf RE, S. 350.

³⁰⁸ Dazu siehe unten unter B. VI. 2. b.

Die wirksame Einbeziehung setzt also die Möglichkeit zum Download der AGB voraus; darüber hinaus gelten die allgemeinen Regeln, dass auf die AGB hinzuweisen ist und der Kunde in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB nehmen können muss.³⁰⁹

Wurden die AGB rechtswirksam in den Vertrag einbezogen, erfolgt dann die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB. Zu beachten ist, dass die Inhaltskontrolle des § 307 I, II BGB sowie der §§ 308 und 309 BGB nicht alle AGB-Klauseln erfasst. Zu prüfen ist zunächst, ob die Klauseln überhaupt kontrollfähig sind. Gemäß § 307 III 1 BGB unterliegen der Inhaltskontrolle des § 307 I, II BGB sowie der §§ 308 und 309 BGB nur Klauseln in den AGB, durch die von den Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Während die eigentliche Leistungsbeschreibung und Preisgestaltung kontrollfrei sind, unterliegen dagegen Preis- und Leistungsnebenabreden der Inhaltskontrolle.³¹⁰ Die Abgrenzung von kontrollfreier Leistungsbeschreibung und kontrollfähigen Einschränkungen oder Modifikationen der Leistungspflicht bereitet Schwierigkeiten.³¹¹

B. VI. 1. a. Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

In den AGB von Access Providern finden sich kaum Klauseln, die die Haftung für grobes Verschulden (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) eines Providers oder dessen gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen ausdrücklich ausschließen.

Anzutreffen ist folgende Formulierung:

„R. bemüht sich, Störungen im Nachrichtennetz oder in den eigenen Einrichtungen schnellmöglich zu beseitigen oder beseitigen zu lassen. Ansprüche auf Schadensersatz durch direkte oder indirekte Schäden gibt es jedoch nicht.“³¹²

Dieser Haftungsausschluss scheitert daran, dass Fälle grober Fahrlässigkeit und sogar Vorsatz des Anbieters dadurch erfasst werden. Die Bestimmung ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB unwirksam. Im Falle des Vorsatzes ist § 276 III BGB einschlägig. Danach kann die Haftung des Schuldners für Vorsatz auch in Individualverträgen nicht abbedungen werden.³¹³

³⁰⁹ Siehe dazu <http://www.it-rechtsinfo.de/medialib/wulf-einbeziehung.pdf> (Stand November 2005).

³¹⁰ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 12, Fn. 1.

³¹¹ Fuchs, Andreas, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307, Rn. 38.

³¹² Für diese Formulierung siehe Koch, Internet-Recht, S. 103.

³¹³ Siehe Heinrichs, in: Palandt, § 276, Rn. 35.

In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des BGH³¹⁴ von erheblicher Bedeutung. Der 11. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat sich mit der Frage des unzulässigen Haftungsausschlusses für Zugangsstörung beim Online-Banking auseinandergesetzt. Danach gilt für Online-Banking nichts anderes als die im Schrifttum anerkannten Meinungen für Provider- und Webhosting-Verträge sowie Mobilfunkdienstleistungen.³¹⁵

Die vom BGH beanstandete Klausel lautet:

„Aus technischen und betrieblichen Gründen sind zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum Online-Service möglich. Zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen können beruhen auf höherer Gewalt, Änderungen und Verbesserungen an den technischen Anlagen oder auf sonstigen Maßnahmen...“.

Nach den Ausführungen des BGH verstößt der nach dieser Klausel ohne Rücksicht auf ein Verschulden und den Grad dieses Verschuldens vorgesehene Haftungsausschluss für sämtliche technisch oder betrieblich bedingte zeitweilige Zugangsstörungen im Online-Service der Beklagten gegen § 11 Nr. 7 AGBG (nunmehr § 309 Nr. 7 lit. b BGB). Diese Norm setzt keinen ausdrücklichen Haftungsausschluss voraus; es genüge – so das Gericht –, dass die Klausel ihrem Sinn und Zweck nach den Eindruck eines Haftungsausschlusses erwecke.

Im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr kann die Haftung nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit weder ausgeschlossen noch begrenzt werden. Gem. § 310 BGB unterliegen die Haftungsausschlussklauseln im kaufmännischen Geschäftsverkehr nicht der Inhaltskontrolle des § 309 Nr. 7 BGB; dessen Grundsätze sind jedoch anhand von § 307 BGB zu prüfen; die Rechtsprechung tendiert dazu, die Grundsätze des § 309 Nr. 7 BGB wie im nichtkaufmännischen Bereich auch im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten anzuwenden,³¹⁶ allerdings nur dann, wenn es sich um Schäden handelt, die im Zusammenhang mit der Verletzung von vertragswesentlichen Pflichten stehen.³¹⁷ Die Inhaltskontrolle nach § 307 II BGB ist von besonderer Bedeutung. Denn der Verwender kann sich von Pflichten, die für die Durchführung des Vertrags von wesentlicher Bedeutung sind (sog. Kardinalpflichten), nicht freizeichnen, selbst für leichte Fahrlässigkeit gem. § 307 II Nr. 2 BGB weder gegenüber Privaten noch gegenüber Kaufleuten; dies gilt insbesondere im Bereich der grundlegenden Organisation.³¹⁸ Unter Kardinalpflichten sind „die wesentlichen

³¹⁴ BGH Urt. v. 12.12.2000 –XI ZR 138/00, MMR 2001, 225 ff.

³¹⁵ BGH, MMR 2001, 225, 226.

³¹⁶ Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 31, unter Berufung auf BGH, NJW 1985, 3016; BGH NJW – RR 1993, 564.

³¹⁷ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 333.

³¹⁸ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 332.

Vertragspflichten einer Partei zu verstehen, deren Verletzung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet“.³¹⁹ Sie sind nicht nur Hauptpflichten, sondern darüber hinaus solche Nebenpflichten, die für die Erreichung des Vertragszwecks von besonderer Bedeutung sind.³²⁰

Gem. §§ 309 Nr. 7 lit. b, 307 II 2 Nr. 2 BGB erstreckt sich das Verbot der Haftungsfreizeichnung und Haftungsbegrenzung auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Vertragsverletzungen eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Access Providers. Die Erfüllungsgehilfeneigenschaft kommt nur demjenigen zu, den der Vertragspartner konkret zur Erfüllung einer eigenen Leistungsverpflichtung eingesetzt hat.³²¹ Die denkbaren Leistungen anderer Netzbetreiber sind dem Access Provider i.d.R. auch nicht als Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB zuzurechnen, da er diese Leistungen nicht schuldet und er keine vertraglichen Einflussmöglichkeiten auf diese Netzbetreiber hat.³²²

Hinzuweisen ist darauf, dass die Kardinalpflichtenlehre und die daraus folgende grundsätzliche Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses unabhängig vom jeweiligen Vertragstyp gelten.³²³

B. VI. 1. b. Änderungsvorbehalt

Angesichts der rasanten und unvorhersehbaren technischen Entwicklung im Online-Bereich haben Access Provider Interesse daran, den Leistungsumfang angebotener Dienste zu ändern oder diese insgesamt einzustellen.³²⁴ Gerade bei Dauerschuldverhältnissen ist ein Vorbehalt der Änderung der Leistung notwendig, um das Verhältnis an sich ändernde Umstände anzupassen, sie müssen sich allerdings im Rahmen des Angemessenen halten.³²⁵

In der Praxis ist folgende Formulierung anzutreffen:

*„(Der Provider) behält sich das Recht vor, seine Leistungen zu ändern und/oder Verbesserungen vorzunehmen. Soweit (der Provider) unentgeltliche Leistungen erbringt, können diese jederzeit und ohne Vorankündigung eingestellt werden“.*³²⁶

Für die Beurteilung von Änderungsvorbehalten ist § 308 Nr. 4 BGB einschlägig, im kaufmännischen Bereich mittelbar über § 307 II Nr. 1 BGB. Nach § 308 Nr. 4 BGB ist ein

³¹⁹ So *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 467.

³²⁰ *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 132; vgl. *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 467.

³²¹ Ausführlich dazu *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 199.

³²² *Schmitz, Peter*, MMR 2001, S. 150, 155.

³²³ Vgl. *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 467.

³²⁴ Siehe *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 120.

³²⁵ *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil VII, Rn. 20.

³²⁶ Für eine solche Formulierung *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 120.

Vorbehalt zur Änderung der versprochenen Leistung oder Abweichung insbesondere unwirksam, „wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist“. Im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr ist eine Leistungsänderung dem Nutzer nur dann zumutbar, wenn für sie ein triftiger Grund vorliegt.³²⁷ Aus der Formulierung des § 308 Nr. 4 BGB folgt, dass Klauseln, die zugunsten des Access Providers eine Änderung der versprochenen Leistung oder Abweichung von ihr vorsehen, regelmäßig unwirksam sind, wobei der Access Provider diese Unwirksamkeitsvermutung entkräften kann, indem er die Zumutbarkeit für den Nutzer darlegt.³²⁸ Nach dem Wortlaut des § 308 Nr. 4 BGB sind bei der Zumutbarkeitsprüfung nicht nur die Interessen des Nutzers zu prüfen, sondern vielmehr auch die Interessen des Access Providers zu berücksichtigen. Dabei sind die Interessen des Nutzers an die ordnungsgemäße Erbringung der versprochenen Leistung zusammen mit den Nachteilen der abgeänderten Leistung gegen die Interessen des Access Providers an einer Änderung oder Abweichung abzuwägen. Grundsätzlich sind die Interessen des Nutzers an ordnungsgemäßer Zugangsvermittlung vorrangig.³²⁹ Der Provider muss ein erhebliches Interesse darlegen, um die versprochene Leistung abändern oder von ihr abweichen zu dürfen.³³⁰ Im Satz 1 des oben zitierten Beispiels behält sich der Provider das Recht zur Änderung der Leistung ohne weitere Konkretisierung und ohne Begrenzung der Änderung auf das für den Nutzer zumutbare Maß vor. Nach dieser Klausel könnte der Access Provider seine Leistung nach Belieben ändern. Der Nutzer kann damit nicht abschätzen, welche Leistungen in welchem Umfang vom Access Provider geändert werden können. Dieser Teil der Klausel widerspricht § 308 Nr. 4 BGB und ist demgemäß unwirksam. Im Satz 2 des Beispiels behält sich der Access Provider das Recht vor, die sog. unentgeltlichen Leistungen jederzeit und ohne Vorankündigung einzustellen. Hier stellt sich die Frage, welche Leistungen des Access Providers unter die unentgeltlichen Leistungen fallen und ob diese Leistungen wirklich unentgeltlich sind. Am Beispiel eines E-Mail Dienstes, der Teil eines Access-Provider-Vertrags ist und nicht gesondert bepreist wurde, wird das Entgelt für den nicht ausdrücklich bepreisten E-Mail Dienst bei der Gesamtgestaltung der Grundgebühr kalkulatorisch mitberücksichtigt.³³¹ Durch die Einstellung des E-Mail Dienstes wird der Wert des Internetzugangs für den Nutzer erheblich eingeschränkt. Dies stellt eine unangemessene

³²⁷ Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil VII, Rn. 20; Heinrichs, in: Palandt, § 308, Rn. 23, § 310, Rn. 39.

³²⁸ Siehe Schmidt, Harry, in: Ulmer/ Brandner/ Hensen, AGB-Recht, § 308 Nr. 4, Rn. 9.

³²⁹ Vgl. Wolf, in: Wolf/ Horn/ Lindacher, § 10 Nr. 4, Rn. 15.

³³⁰ Siehe Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 121.

³³¹ Siehe Hükbach, Elektronische-Mail, S. 106.

Benachteiligung für den Nutzer dar. Satz 2 des zitierten Beispiels ist gemäß § 307 I 1 BGB unwirksam.

In den AGB des Providers sind Klauseln zu finden, die die Einschränkung enthalten, dass die Leistungen im „Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten“ zur Verfügung stünden.³³² Manche Provider verweisen darauf, dass die Nutzungsmöglichkeiten durch die Überlastung der Einwahlkonten oder durch fortlaufende Wartung des Dienstes und dessen Weiterentwicklung vorübergehend eingeschränkt oder unterbrochen werden, teilweise mit dem Versprechen, den Nutzer darüber zu benachrichtigen; dies ohne etwaige Rechtsfolgen oder Einschränkungen der Ansprüche des Anbieters zu vereinbaren.³³³

Auch bei der Anwendung des Dienstvertragsrechts – nach hier vertretener Auffassung –, unterliegen derartige Klauseln der Inhaltskontrolle als nicht bloße Leistungsbeschreibungen, denn sie räumen dem Access Provider das Recht zu zumindest temporären Einschränkungen der versprochenen Dienste ein.³³⁴ Derartige Klauseln beziehen sich nicht nur auf die für den Provider nicht beherrschbaren Systemausfälle, sondern auch auf geplante, von ihm vorhersehbare und beeinflussbare Einschränkungen und Änderungen des Dienstes.³³⁵ Sie stellen indirekt einen Leistungsänderungsvorbehalt dar, der – wie schon festgestellt – nach § 308 Nr. 4 BGB zu beurteilen ist, dessen Grundsätze auch über § 307 II Nr. 1 BGB für Klauseln im kaufmännischen Verkehr gelten. Gemäß derartiger Klauseln kann der Access Provider nach seinem Willen über die technischen und betrieblichen Möglichkeiten entscheiden. Damit der Nutzer von vornherein abschätzen kann, welche Leistungen und in welchem Ausmaß möglicherweise vom Access Provider geändert werden können, sind möglichst konkrete Angaben über Art, Grund und Ausmaß der vorbehaltenen Änderungen in der Klausel zu machen.³³⁶ Bei derartigen AGB-Klauseln lässt sich ferner nicht erkennen, in welchem Risikobereich die Leistungsunterbrechungen oder -einschränkungen liegen und ob diese vom Access Provider zu vertreten sind.³³⁷ Außerdem stellt ein derartiger Änderungsvorbehalt einen nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB unwirksamen Haftungsausschluss dar, denn das Risiko der Zugangsbeschränkungen und -unterbrechungen würde selbst dann dem Nutzer zugeschoben, wenn die Leistungsstörung vom Anbieter grob fahrlässig verschuldet worden wäre.³³⁸ Bezüglich der Klauseln über Unterbrechungen oder Einschränkungen der

³³² Siehe, *Spindler*, CR 2004, S. 203, 208, Fn. 71.

³³³ Siehe *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil, IV, Rn. 99, Fn. 2, 3 und 4.

³³⁴ Vgl. *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 142.

³³⁵ *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 100.

³³⁶ Vgl. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 104.

³³⁷ Siehe *Schneider, Anette*, Verträge über Internet-Access, S. 189; *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 142; im Ergebnis *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 119.

³³⁸ *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 104; *Spindler*, CR 2004, S. 203, 209.

Leistung wegen Wartungsarbeiten und Weiterentwicklung des Dienstes ist dem Nutzer nicht klar, wann und wie lange diese Leistungsstörungen dauern sollten. Demzufolge sind gem. § 308 Nr. 4 BGB allgemein gehaltene Formulierungen unwirksam, die die vereinbarte Leistung unter den Vorbehalt der technischen und organisatorischen Möglichkeiten stellen oder dem Access Provider das Recht einräumen, die Nutzungsmöglichkeit wegen Wartungsarbeiten und Weiterentwicklung des Dienstes vorübergehend einzuschränken oder zu unterbrechen. Derartige Klauseln verstößen ferner gegen das Transparentgebot des § 307 I 2 BGB, da sie für den durchschnittlichen Nutzer nicht klar und verständlich abgefasst sind. Hinsichtlich der vorhersehbaren Unterbrechungen aufgrund Wartungsarbeiten ist es sinnvoll, die Wartungsarbeiten an einem bestimmten Wochentag innerhalb eines zeitlichen Rahmen von einigen Stunden außerhalb der Hauptnutzungszeiten zu vereinbaren und diese auf eine bestimmte Höchststundenzahl pro Monat zu begrenzen.³³⁹ Der Provider hat den Nutzer über die geplanten Wartungsarbeiten rechtzeitig vorher zu benachrichtigen.³⁴⁰

B. VI. 1. c. Verfügbarkeitsklausel

Aufgrund der technischen Gegebenheiten im Online-Bereich kann der Access Provider eine ununterbrochene Zugangsgewährung nicht garantieren. Wartungsarbeiten und unvermeidbare technische Defekte bedingen eine nicht immer steuerbare Unterbrechung der Leistungserbringung.³⁴¹ Es ist daher empfehlenswert, die Verfügbarkeit in einem bestimmten Prozentsatz für einen gewissen Zeitraum festzulegen. Sofern der Access Provider keine zeitliche Verfügbarkeitsbeschränkung vornimmt, schuldet er eine ständige Verfügbarkeit.³⁴² Der BGH hat in der schon erwähnten Entscheidung³⁴³ die formularmäßige Einschränkung der Verfügbarkeit des Zugangs der Kunden zum Online-Service als unzulässig erklärt. Nach seinen Feststellungen steht dem Kunden der Online-Zugriff auf den Rechner der Bank grundsätzlich unbeschränkt zu, wenn sich aus den Vereinbarungen keine zeitliche Nutzungsbeschränkung ergibt.

In den Access-Provider-Verträgen bzw. AGB findet man häufig Klauseln über die Verfügbarkeit des Systems z.B. mit folgender Formulierung:

³³⁹ Siehe das Formulierungsbeispiel bei *Imhof*, in: Beck'sches Formularbuch, A. 1 (Klausel 3).

³⁴⁰ Vgl. *Stadler*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 23.

³⁴¹ *Imhof*, in: Beck'sches Formularbuch, A. 1, Anm. 10.

³⁴² Dazu *Stadler*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 21.

³⁴³ BGH Urt. v. 12.12.2000 –XI ZR 138/00, MMR 2001, 225, 226.

„(Der Provider) schuldet eine mittlere Verfügbarkeit des Einwahlknoten von 97% im Monat“.³⁴⁴

Wie schon festgelegt, unterliegen derartige AGB-Klauseln der Inhaltskontrolle des § 307 III BGB nicht, sofern es sich ausschließlich um eine Leistungsbeschreibung handelt; solche AGB-Klauseln sind wirksam und auch Providern zu empfehlen, da dadurch ihre vertraglich geschuldete Leistungspflicht eingeschränkt wird.³⁴⁵

Zu beachten ist allerdings, dass derartige AGB-Klauseln dem Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB unterliegen. Sie müssen für den durchschnittlichen Kunden klar und verständlich sein. Ist für den durchschnittlichen Kunden die genaue Ausfallzeit, auf die sich die prozentuale Verfügbarkeit bezieht, nicht erkennbar, verstößt eine solche Klausel gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB und ist damit unwirksam. Legt der Access Provider die Verfügbarkeit in einem relativ hohen Prozentsatz, z.B. von 98,5 % zu einem bestimmten Bezugzeitraum fest, so bestehen enorme Differenzen je nach dem, ob der Bezugszeitraum ein Tag, ein Monat oder ein Jahr ist. Auf ein Jahr bezogen bedeutet dies, dass auch bei Nichtverfügbarkeit der Leistungen von ca. 5½ Tagen eine Nichtleistung durch den Provider nicht vorliegt, wenn in der übrigen Zeit des Jahres die Leistung stets verfügbar wäre; ist der Bezugszeitraum ein Monat, so bedeutet eine Verfügbarkeit von 98,5 %, dass der Provider ohne Pflichtverletzung die Leistung für 10 Stunden nicht erbringen könnte; bei einem Bezugszeitraum von 1 Tag darf der tägliche Ausfall lediglich 22 Minuten betragen.³⁴⁶ Obwohl eine durchschnittliche Verfügbarkeit von 98,5 % zunächst sehr hoch erscheint, ist dennoch eine recht lange Leistungsunterbrechung von ca. 5 Tagen bei einem Bezugszeitraum von einem Jahr zulässig, ohne dass dabei dem Access Provider eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Der Kunde kann sich nicht auf eine mögliche Leistungsunterbrechung einstellen und muss ggf. tagelang auf den Dienst des Providers verzichten. Bei Klauseln mit jährlicher Verfügbarkeit besteht die Gefahr intransparent zu sein und damit gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB zu verstößen, denn der Kunde kann daraus nicht ersehen, wie lange ihm unter Umständen eine Unterbrechung des Dienstes droht; eine derartige Klausel wäre wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam.³⁴⁷ Folglich

³⁴⁴ Dazu die Klauseldarstellungen bei *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 141.

³⁴⁵ Siehe *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 142.

³⁴⁶ Vgl. *Imhof*, in: Beck'sches Formularbuch, A. 1, Anm. 10; *Heun*, in: *Bartsch/Lutterbeck*, Neues Recht für neue Medien, S. 249, 258

³⁴⁷ Vgl. *Spindler*, CR 2004, S. 203, 208.

darf sich eine solche Verfügbarkeitsangabe aus Gründen der Klarheit, Nachvollziehbarkeit und Praktikabilität (§ 307 I 2 BGB) höchstens auf den Zeitraum eines Monats erstreckten.³⁴⁸

B. VI. 2. Haftungshöchstsummenklauseln

B. VI. 2. a. Summenmäßige Haftungsbegrenzung durch AGB

Wie bereits ausgeführt, kann die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner Erfüllungsgehilfen weder ausgeschlossen noch begrenzt werden (§ 309 Nr. 7 lit. b BGB). Dies gilt auch für den unternehmerischen Verkehr, ohne dass es darauf ankommt, ob vertragstypische Schäden erfasst werden.³⁴⁹ Zulässig ist die betragsgemäße Begrenzung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von wesentlichen Vertragspflichten (Kardinalpflichten), wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.³⁵⁰ Eine Haftungsbegrenzung auf eine Höchstsumme kann lediglich in besonderen Fällen zugelassen werden, wenn z.B. dem Vertragspartner zumindest die Möglichkeit einer Versicherung bzw. des anderweitigen Schutzes gegen Schäden offen steht und auf diese Höchstsumme deutlich in den AGB hingewiesen wird.³⁵¹ Würden von Anbietern in ihren AGB Haftungshöchstsummen vorgesehen, die lediglich eine mehrfache monatliche Grundgebühr darstellen, wäre das mögliche Ausmaß an Vermögensschäden im Bereich der wesentlichen Vertragspflichten durch diese Beträge äußerst unzureichend abgedeckt.³⁵²

B. VI. 2. b. Summenmäßige Haftungsbegrenzung durch TKG

In Anbetracht der sehr geringeren Möglichkeiten, die Haftung des Access Providers in seinen AGB auszuschließen oder zu begrenzen, ist die Frage der Haftungsbeschränkung durch TKG³⁵³ besonders wichtig.

³⁴⁸ *Stadler*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 12.1, Rn. 22; *Imhof*, in: Beck'sches Formularbuch, A. 1, Anm. 10; a. A. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 98, der eine Zeitspanne von einer Woche befürwortet.

³⁴⁹ *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 223.

³⁵⁰ Siehe *Heun*, in: Bartsch/Lutterbeck, S. 249, 263.

³⁵⁰ Vgl. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 345, Fn. 3, 4 m. Verweis auf die Rechtsprechung.

³⁵¹ *Imping*, CR 1999, S. 425, 430.

³⁵² Vgl. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 346.

³⁵³ TKG v. 25.6.2004, BGBl. I 2004, S. 1190 ff. zur Umsetzung des EU-Richtlinienpaktes v. 2002. Zuletzt geändert durch TKG-Änderungsgesetz v. 18.2.2007, abrufbar unter <http://www.bmwi.de>, abgerufen am 10.5.2007.

Wichtig ist es zunächst zu klären, ob der Access Provider Telekommunikationsdienste³⁵⁴ für die Öffentlichkeit erbringt. Telekommunikationsdienste sind nach § 3 Nr. 24 TKG i.d.R. gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen.

Für den Zugang zum Internet stellt der Access Provider seinen Kunden neben einem Einwahlknoten (Point of Presence), alle zur Benutzung des Netzes erforderlichen Protokollfunktionen (IP-Adresse, Name-Service, Routing) zur Verfügung.³⁵⁵ Die für die Erbringung der Dienstleistung des Access Providers erforderliche Infrastruktur stellt Telekommunikationsanlagen i. S. v. § 3 Nr. 23 TKG dar. Danach sind Telekommunikationsanlagen „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“. Der breite Begriff der „Telekommunikationsanlagen“ erfasst nicht nur Systeme des Datentransports, sondern auch Systeme des Netzmanagements wie etwa die Sicherungssysteme gegen einen Systemausfall.³⁵⁶ Die für die Erbringung der Leistung des Access Providers erforderliche Infrastruktur ist somit als Telekommunikationsanlage i. S. v. § 3 Nr. 23 TKG zu qualifizieren. Das Aussenden, Übermitteln und Empfangen von Signalen mittels dieser Infrastruktur ist Telekommunikation i. S. d. § 3 Nr. 22 TKG. Dieser definiert Telekommunikation als den „technischen Vorgang des Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“.

Die Dienstleistungen des Access Providers müssen für die Öffentlichkeit zugänglich sein. Der Begriff der Öffentlichkeit wurde im § 3 Nr. 19 TKG a. F. definiert, als „...beliebige natürliche und juristische Person und nicht lediglich Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“. Eine solche Formulierung fehlt im TKG von 2004. Der Begriff ist so zu verstehen, dass die Dienstleistungen des Access Providers grundsätzlich jedermann zugänglich und somit „öffentlicht“ sind.³⁵⁷ Demzufolge ist das Telekommunikationsgesetz grundsätzlich auf Access Provider anwendbar. Dies hat zur Folge, dass für ihn die summenmäßige Haftungsbeschränkung des § 44a TKG³⁵⁸ gilt.

³⁵⁴ Das TKG 2004 ersetzt den Begriff der Telekommunikationsdienstleistungen durch den der Telekommunikationsdienste.

³⁵⁵ Vgl. Schwerdfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 11.

³⁵⁶ Vgl. Piepenbrock/Attendom/Schuster/Wittern, in: Beck'sche TKG-Kommentar, § 3 Nr. 23, Rn. 46.

³⁵⁷ Vgl. Bettinger/Scheffelt, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 113, in Bezug auf Application Service Provider (ASP).

³⁵⁸ Diese Vorschrift ersetzt § 7 TKV. Mit der Änderung vom 18.2.2007 wird die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung in das TKG integriert.

§ 44a TKG enthält für Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit eine gesetzliche Haftungsprivilegierung der Höhe nach selbst für grob fahrlässig verursachte Vermögensschäden.

Nach § 44a S. 1 TKG ist die Haftung des Anbieters selbst für grob fahrlässig verursachte Vermögensschäden auf 12.500 Euro je Endnutzer und nach § 44a S. 2 TKG auf 10 Millionen Euro pro Schaden verursachendes Ereignis gegenüber mehreren Endnutzern beschränkt. Bei vorsätzlich herbeigeführten Schäden ist die Haftungsbegrenzung ausdrücklich ausgenommen (vgl. § 44a S. 1 und 2 TKG). Übersteigen die Entschädigungen, die mehreren Geschädigten auf Grund desselben Ereignisses zu leisten sind, die Höchstgrenze, so wird gem. § 44a S. 3 TKG der Schadensersatz in dem Verhältnis gekürzt, in dem die Summe aller Schadensersatzansprüche zur Höchstgrenze steht.

Gem. § 44a S. 5 TKG kann abweichend von den Sätzen 1 bis 3 die Höhe der Haftung gegenüber Endnutzern, die keine Verbraucher sind, durch einzelvertragliche Vereinbarung geregelt werden.

Zu berücksichtigen ist, dass § 44a TKG nur insoweit Anwendung findet, als der Access Provider Telekommunikationsdienste i. S. d. TKG erbringt. Für alle Leistungen des Anbieters, die nicht als Telekommunikationsdienste i. S. d. TKG zu bewerten sind, kann der Internetanbieter die Haftungsprivilegierung des § 44a TKG nicht genießen. Denn durch diese Haftungsbegrenzung wird nur im Bereich der typischen Netzrisiken ein Ausgleich der Interessen der Anbieter und Nutzer bezweckt; soweit diese unberührt bleiben, bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen.³⁵⁹

Eine dem § 44a TKG entsprechende Regelung in den AGB des Access Providers außerhalb des Anwendungsbereiches des TKG wäre wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB infolge der Haftungsbegrenzung selbst für grob fahrlässig verschuldete Schäden unwirksam.³⁶⁰ Eine Klausel in den AGB des Access Providers, die als Haftungsbegrenzung auch die Regelung des § 44a TKG aufnimmt, muss sorgfältig die einzelnen Leistungen voneinander unterscheiden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Klausel zwar in Teilbereichen dem § 44a TKG entspricht, im Übrigen aber aufgrund der Inhaltskontrolle nach §§ 309 Nr. 7 lit. b, 307 II BGB insgesamt unwirksam ist.³⁶¹

³⁵⁹ Komarnicki, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 108, in Bezug auf Webhosting-Verträge.

³⁶⁰ Siehe Spindler, CR 1999, S. 626, 627; ders., CR 2004, S. 203, 211; ders., in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 326, in Bezug auf § 7 II TK V.

³⁶¹ Vgl. Spindler, CR 1999, S. 626, 627; Bettinger/Scheffelt, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 115, in Bezug auf Application Service Provider (ASP), in Bezug auf § 7 II TK V.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass sich die Haftungsbegrenzung nach § 44a TKG nur auf Vermögensschäden bezieht. Eine Formulierung, die auch andere Schäden erfassen könnte, führt leicht zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel, da sie gegen das Verbot von Haftungsfreizeichnungen für die Schädigung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit gem. § 309 Nr. 7 lit. a BGB verstößt. Auch wenn diese Schäden bei Access-Provider-Verträgen schwer denkbar sind,³⁶² könnte die Nichterwähnung dieser Schäden im Umkehrschluss den Eindruck erwecken, dass die Haftung auch für diese Schäden im Rahmen der Klausel ausgeschlossen ist; dies gilt erst recht, wenn die Klausel eine Haftungsbegrenzung selbst für vorsätzlich verursachte Schäden entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 44a S. 1 und 2 TKG suggeriert.³⁶³

B. VI. 3. Haftungsprivilegierung durch TMG

Im Online-Bereich sind Internetanbieter mit unübersehbaren Haftungsrisiken aus Rechtsverletzungen durch Informationen Dritter konfrontiert, daher sieht der Gesetzgeber für Anbieter von Telemedien³⁶⁴ Haftungsbeschränkungen im Telemediengesetz (TMG)³⁶⁵ vor. Die Haftungsbeschränkungen für Internet Provider ergeben sich aus §§ 8-10 TMG. Die Bedeutung dieser Privilegierungsnormen liegt im Schwerpunkt im außervertraglichen³⁶⁶ Haftungsrecht.³⁶⁷

Die Frage, ob die Haftungsprivilegierungen der §§ 8-10 TMG auf die vertragliche Haftung von Internetprovidern Anwendung finden wurde in der Gesetzesbegründung³⁶⁸ nicht ausdrücklich behandelt.³⁶⁹ In der Rechtsliteratur wurde sie ebenfalls nicht eingehend erörtert. Vereinzelt haben Autoren diese Frage im Rahmen der damaligen TDG und MDStV allgemein thematisiert.³⁷⁰

³⁶² So auch Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 220 f.

³⁶³ Siehe Imhof, in: Beck'sches Formularbuch, A.1, Rn. 25; Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 347, in Bezug auf § 7 II TK V.

³⁶⁴ Der Begriff „Telemedien“ fasst die Tele- und Mediendienste zusammen. Telemedien gem. § 1 TMG sind „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes...oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind“.

³⁶⁵ Das Telemediengesetz ist am 01. März 2007 in Kraft getreten.

³⁶⁶ Die außervertragliche Haftung wird nicht erörtert.

³⁶⁷ Siehe Wimmer/Michael, Online-Provider im neuen Multimediarecht, S. 96.

³⁶⁸ Siehe BT-Drs. 13/7385, Begründung zum § 5 Absatz 2 TDG (a. F.) von 09.04.1997, abrufbar unter <http://www.artikel5.de/archiv/gesetze/iukdg-bg.html#tdg5>, abgerufen am 01.12.2006.

³⁶⁹ Vgl. Wimmer/Michael, Online-Provider im neuen Multimediarecht, S. 95; Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 202.

³⁷⁰ Siehe Wimmer/Michael, Online-Provider im neuen Multimediarecht, S. 95 f.; Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 323; Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 202, ihre Ausführungen beziehen sich auf TDG/MDStV.

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Privilegierungsvorschriften des TMG auf die vertragliche Haftung des Access Providers sowie des Host Providers werden in der Rechtsliteratur verschiedene Meinungen vertreten. Teilweise wird der Eintritt der Haftungsprivilegierung im Vertragsrecht für den Provider bejaht.³⁷¹ Nach anderer Meinung bleibt die vertragliche Haftung des Providers gegenüber seinem Kunden insbesondere von der Regelung der Haftungsbegrenzung unberührt.³⁷²

Grundsätzlich finden die Privilegierungsvorschriften des TMG auf die Vertragsbeziehungen keine Anwendung. Ausnahmsweise sind sie im vertraglichen Bereich anwendbar, wenn der Access-Provider-Vertrag keine besonderen Bestimmungen enthält.³⁷³ Enthält der Vertrag zwischen dem Access Provider und seinen Kunden, z. B. Eltern von minderjährigen Kindern, keine Verpflichtung des Providers zur Kontrolle oder Sperrung des Internetzugangs bei jugendgefährdenden Informationen, ist der Access Provider gem. § 8 I TMG für die Durchleitung von fremden jugendgefährdenden Informationen nicht verantwortlich, sofern er die Übermittlung nicht veranlasst (Nr. 1), den Adressaten der übermittelten Information nicht ausgewählt (Nr. 2) und die übermittelten Information weder ausgewählt noch verändert (Nr. 3) hat. Zu berücksichtigen ist, dass § 7 II TMG eine allgemeine Überwachungs- und Nachforschungspflicht ausschließt.

Die Haftungsprivilegierung des § 8 TMG erstreckt sich ihrem Sinn nach nicht auf die betriebsnotwendigen technischen Voraussetzungen der Netzkommunikation, deren Erfüllung den Kern der Leistung des Access Providers ausmacht und für die er nach den allgemeinen vertraglichen Regeln einstandspflichtig ist.³⁷⁴ Der Sinn dieser Norm besteht darin, die Investitionshindernisse durch unübersehbare Haftungsrisiken des Access Providers aufgrund fremder Information zu mindern, und nicht darin, ihn von seinen Vertragspflichten bezüglich der technischen Anforderungen an die Zugangsvermittlung und Datenübermittlung freizuziehen. § 8 TMG ist daher im vertraglichen Bereich in gleichem Maße dazu geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen und für den Access Provider das Risiko auf das Maß zu begrenzen, das ihm eine sinnvolle wirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht.³⁷⁵

Folglich ist davon auszugehen, dass die Haftungsprivilegierung des § 8 TMG ausnahmsweise auch auf die vertragliche Haftung des Access Providers Anwendung findet.

³⁷¹ *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider ,Teil IV, Rn. 323; ders., CR 1999, 626, 627; *Wimmer/Michael*, Online-Provider im neuen Multimediarecht, S. 95; *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 205.

³⁷² *Stadler*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 12. 1,Rn. 13; *Imhof*, in: Beck'sches Formularbuch E-Commerce, A. 1, Anm. 25; *Stögmüller*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil II, Rn. 171, in Bezug auf Regelungen des TDG/MDStV.

³⁷³ *Spindler*, CR 1999, 626, 627.

³⁷⁴ Vgl. *Wimmer/Michael*, Online-Provider im neuen Multimediarecht, S. 95.

³⁷⁵ So auch *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 205.

B. VII. Zusammenfassendes Ergebnis

Nach der hier favorisierten Auffassung ist der Access-Provider-Vertrag als Dienstvertrag zu qualifizieren. Dies gilt auch für Call-by-Call-Verträge.

Die Störungen bezüglich der dauerhaften Zugangsgewährung beziehen sich hauptsächlich auf die Erreichbarkeit des Netzwerkrechners des Access Providers sowie auf die Datenübertragung innerhalb dessen Einflussbereiches. Die Dienstleistungspflicht des Access Providers hat einen Fixschuldcharakter, aufgrund dessen bei Ausfall des Netzwerkrechners und bei Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb der Einflusssphäre des Access Providers die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) einer Teilleistung eintritt.³⁷⁶ Sowohl die Leistungspflicht (§ 275 I BGB) als auch der diesbezügliche Anspruch des Access Providers auf die Vergütung (§ 326 I 1 BGB) entfallen.

Die Verlangsamung der Datenübertragung im Einflussbereich des Access Providers stellt eine Schlechterfüllung dar. Der Nutzer wird gem. § 326 I 2 BGB von seiner Verpflichtung zur Entrichtung der Vergütung nicht frei, auch wenn eine Nacherfüllung unmöglich (§ 275 I BGB) oder grob unverhältnismäßig (§ 275 II BGB) ist.

Beim Internet-by-Call kommt der Vertrag nicht zustande, wenn der Access Provider die vom Nutzer gewünschte Verbindung nicht herstellt. Der Ausfall einer bereits hergestellten Verbindung stellt eine Beendigung des Vertragsverhältnisses dar. Der Nutzer muss nur für den gewährten Zugang eine Vergütung entrichten.

Bei den vom Access Provider schuldhaften vorübergehenden oder dauerhaften Ausfällen seiner Infrastruktur oder der Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung nach § 311a II BGB und §§ 280 I, III, 283 BGB geltend machen. Er kann gem. §§ 626 I und 314 I 1 BGB aus wichtigem Grund kündigen.

Im Falle der schuldhaften Unterschreitung der vertraglich festgelegten Datenübertragungsgeschwindigkeit innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB wegen Schlechterfüllung geltend machen.

Bei der Verletzung von leistungsbezogenen und nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten³⁷⁷ ist der Access Provider nach § 280 I BGB dem Nutzer zum Ersatz der daraus entstandenen Schäden verpflichtet, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

³⁷⁶ Dazu siehe die Ausführungen unter B. IV. 1.

³⁷⁷ Dazu siehe die Ausführungen unter B. V. 3. b.

Bei Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB verlangen.

Wegen Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten kann der Nutzer unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 282 BGB anstelle der Hauptleistungspflicht Schadensersatz fordern. Der Umfang des Ersatzanspruchs ist auf das Erfüllungs- bzw. positive Interesse gerichtet. Der Schadensersatz richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Nutzer ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die Leistung erhalten hätte.³⁷⁸ Geschuldet ist Schadensersatz statt der noch ausstehenden Leistung.³⁷⁹ Die Haftung nach §§ 280 I, III, 282 BGB richtet sich auf Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung.³⁸⁰ Als Schadensersatz kommen vor allem die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts in Betracht, etwa die Gewährung des Internetzugangs durch einen anderen Access Provider bei anhaltenden Hacker-Attacken oder Angriffen von Computerviren infolge unzulänglicher Schutzmechanismen.

Aufgrund der umfangreichen vertraglichen Haftungsrisiken sind die Versuche des Access Providers seine Haftung auszuschließen oder abzugrenzen, verständlich.

Allerdings darf die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit eines Providers(vgl. § 276 I BGB) oder dessen gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen (vgl. § 278 BGB) weder ausdrücklich noch konkludent ausgeschlossen oder begrenzt werden. Denn dies wäre ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB und daher unwirksam; die Grundsätze des § 309 Nr. 7 lit. b BGB gelten über § 307 II BGB auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr.³⁸¹

Selbst für leichte Fahrlässigkeit kann sich der Verwender von Pflichten, die für die Durchführung des Vertrags von wesentlicher Bedeutung sind (sog. Kardinalpflichten), nicht freizeichnen (vgl. § 307 II Nr. 2 BGB). Dies gilt sowohl im nichtkaufmännischen als auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr, insbesondere im Bereich der grundlegenden Organisation.³⁸²

Für die Beurteilung der Änderungsvorbehaltsklauseln des Providers ist § 308 Nr. 4 BGB einschlägig, im kaufmännischen Bereich mittelbar über § 307 II Nr. 1 BGB.³⁸³

Nach § 308 Nr. 4 BGB sind bei der Zumutbarkeitsprüfung nicht nur die Interessen des Nutzers zu prüfen, sondern vielmehr auch die Interessen des Access Providers zu

^{378 378} Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 15.

³⁷⁹ Siehe Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl. § 282, Rn. 7.

³⁸⁰ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 27.

³⁸¹ Dazu siehe die Ausführungen unter B. VI. 1. a.

³⁸² Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 332.

³⁸³ Dazu siehe die Ausführungen unter B. VI. 1. b.

berücksichtigen. Grundsätzlich sind die Interessen des Nutzers an einer ordnungsgemäßen Zugangsvermittlung vorrangig.³⁸⁴

Auch bei der Anwendung des Dienstvertragsrechts, unterliegen Klauseln der Inhaltskontrolle, nach denen die Leistungen im „Rahmen der bestehenden technischen und betrieblichen Möglichkeiten“ zur Verfügung stünden.³⁸⁵ Derartige Klauseln stellen indirekt einen Leistungsänderungsvorbehalt dar, der nach § 308 Nr. 4 BGB zu beurteilen ist.

AGB-Klauseln, die die Verfügbarkeit des Systems in einem bestimmten Prozentsatz für einen gewissen Zeitraum, z.B. 97% im Monat, festlegen,³⁸⁶ unterliegen der Inhaltskontrolle des § 307 III BGB nicht, sofern es sich ausschließlich um eine Leistungsbeschreibung handelt; sie sind wirksam und auch Providern zu empfehlen, da dadurch ihre vertraglich geschuldete Leistungspflicht eingeschränkt wird.³⁸⁷

Angesichts der geringen Möglichkeiten des Haftungsausschlusses durch die AGB des Providers ist die betragsmäßige Haftungsbegrenzung von Interesse. Jedoch ist § 309 Nr. 7 lit. b BGB zu beachten. Wie schon erwähnt, kann danach die Haftung für grobes Verschulden weder ausgeschlossen noch begrenzt werden. Zulässig ist die betragsgemäße Haftungsbegrenzung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von Kardinalpflichten, wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.³⁸⁸

Interessant ist weiterhin die betragsmäßige Haftungsbeschränkung durch das TKG. Diese kommt in Betracht, soweit der Access Provider Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt. Wie festgestellt wurde, ist das Telekommunikationsgesetz grundsätzlich auf Access Provider anwendbar mit der Folge, dass für ihn die summenmäßige Haftungsbeschränkung des § 44a TKG³⁸⁹ gilt.³⁹⁰

Zu berücksichtigen ist, dass die Haftungsprivilegierung des § 44a TKG nur für Leistungen des Anbieters gilt, die als Telekommunikationsdienste i. S. d. TKG zu bewerten sind. Aufgrund der unübersehbaren Haftungsrisiken aus Rechtsverletzungen durch Informationen Dritter sieht

³⁸⁴ Vgl. *Wolf*, in: *Wolf/ Horn/ Lindacher*, § 10 Nr. 4, Rn. 15.

³⁸⁵ Siehe, *Spindler*, CR 2004, S. 203, 208, Fn. 71.

³⁸⁶ Dazu die Klauseldarstellungen bei *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 141.

³⁸⁷ *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 142.

³⁸⁸ Siehe *Heun*, in: *Bartsch/Lutterbeck*, S. 249, 263.

³⁸⁹ Vgl. *Spindler*, in: *Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil IV, Rn. 345, Fn. 3, 4 m. Verweis auf die Rechtsprechung.

³⁹⁰ Diese Vorschrift ersetzt § 7 TKV. Mit der Änderung vom 18.2.2007 wird die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung in das TKG integriert.

³⁹⁰ Dazu siehe die Ausführungen unter B. VI. 2. b.

der Gesetzgeber für Anbieter von Telemedien³⁹¹ Haftungsbeschränkungen im Telemediengesetz (TMG)³⁹² vor.

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Privilegierungsvorschriften des TMG auf die vertragliche Haftung des Access Providers und Host Providers werden in der Rechtsliteratur verschiedene Meinungen vertreten. Teilweise wird sie bejaht,³⁹³ teilweise abgelehnt.³⁹⁴

Nach der hier vertretenen Auffassung findet die Privilegierungsnorm des § 8 I TMG grundsätzlich im vertraglichen Bereich keine Anwendung. Ausnahmsweise ist sie anwendbar, wenn der Vertrag zwischen dem Access Provider und den Kunden, z. B. Eltern von minderjährigen, keine Bestimmungen zur Sperrung jugendgefährdender Informationen enthält.

Aufgrund der unüberschaubaren vertraglichen Haftungsrisiken und der zu geringen Möglichkeiten zu Haftungsausschlüssen bzw. -begrenzungen, hat der Access Provider bei der Formulierung seiner Leistungsbeschreibungen, bei der Gestaltung seiner AGB-Klauseln sowie bei der Erbringung seiner Leistungen für die Vermeidung dieser Haftungsrisiken Sorge zu tragen.

In seinen Leistungsbeschreibungen muss er den Umfang der geschuldeten Leistungen, etwa den Grad der Verfügbarkeit seines Systems, festlegen. Die Leistungsbeschreibungen müssen also präzise formuliert werden. Das Urteil des BGH³⁹⁵ hat gezeigt, wie wichtig es ist, den Grad der Verfügbarkeit des Systems des Access Providers festzulegen. In dieser Entscheidung hat der BGH die formularmäßige Einschränkung der Verfügbarkeit des Zugangs der Kunden zum Online-Service als unzulässig erklärt. Nach seinen Feststellungen steht dem Kunden der Online-Zugriff auf den Rechner der Bank grundsätzlich unbeschränkt zu, wenn sich aus den Vereinbarungen keine zeitlichen Nutzungsbeschränkungen ergeben.

Auch bei der Gestaltung seiner AGB-Klauseln muss er die Inhaltskontrolle der §§ 307 – 309 BGB beachten. Beispielsweise dürfen Haftungsausschlüsse weder Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit noch vertragswesentliche Pflichten erfassen. Sie sind nur für leichte Fahrlässigkeit bei nicht vertragswesentlichen Pflichten zulässig.

³⁹¹ Der Begriff „Telemedien“ fasst die Tele- und Mediendienste zusammen. Telemedien gem. § 1 TMG sind „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes...oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind“.

³⁹² Das Telemediengesetz ist am 01. März 2007 in Kraft getreten.

³⁹³ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 323; ders., CR 1999, 626, 627; Wimmer/Michael, Online-Provider im neuen Multimediarecht, S. 95; Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 205.

³⁹⁴ Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 12. 1, Rn. 13; Imhof, in: Beck'sches Formularbuch E-Commerce, A. 1, Anm. 25; Stögmüller, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil I, Rn. 171, in Bezug auf Regelungen des TDG/MDStV.

³⁹⁵ BGH Urt. v. 12.12.2000 –XI ZR 138/00, MMR 2001, 225, 226.

Solche Vorkehrungen dienen der Vermeidung späterer Streitigkeiten und sind geeignet, Rechtsklarheit und -sicherheit zu schaffen. Dies hat zur Folge, dass die Investitionsbereitschaft im Internet-Bereich begünstigt wird.

C. Die vertragliche Haftung des Content³⁹⁶ Providers

C. I. Allgemeines

Die Informationen, deren Übermittlung zum Nutzer das Internet übernimmt, werden von den sog. Content Providern in das Netz gestellt, unabhängig davon, ob dies aus kommerziellen oder privaten Gründen geschieht.³⁹⁷ Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird nur das Verhältnis der Content Provider zum Endnutzer, der die Informationen abruft, erörtert. Ausgeklammert wird das Verhältnis zu den Portalanbietern, die Online-Areas etwa für Online-Banking oder Internetauktionen betreiben, um die Attraktivität ihres Portals zu steigern.³⁹⁸

Gem. § 7 I TMG³⁹⁹ sind Diensteanbieter für eigene Information, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich.

Der Begriff Diensteanbieter wird in den § 2 Nr. 1 TMG definiert. Danach ist der „Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien⁴⁰⁰ zur Nutzung bereithält...“.

Im Schrifttum wird vereinzelt vertreten, dass der Content Provider, der seine Information z.B. eine Website auf dem Server eines Host Providers unterbringt, nicht als Diensteanbieter i. S. d. TMG zu qualifizieren ist, da er die Information nicht selbst „bereithält“.⁴⁰¹ Festzustellen ist hierbei, dass unabhängig davon, ob der Content Provider als Diensteanbieter i. S. v. TMG eingestuft wurde oder nicht, er nach den allgemeinen Gesetzen haftet (vgl. § 7 I TMG). Haftungsrechtlich ist diese Frage irrelevant. Sie gewinnt jedoch an Bedeutung, wenn es sich um andere Pflichten wie etwa Impressums- bzw. allgemeine Informationspflichten i. S. d. § 5 TMG handelt.⁴⁰²

Der in § 7 I TMG verwendete Begriff „eigene Information“ bezieht sich nicht auf die tatsächlich eigenhändig erstellten Informationen, sondern die Verantwortungsübernahme des Anbieters für den Inhalt, den er anhand einer Vereinbarung mit den tatsächlichen Urhebern bzw. Rechtsinhabern in sein Angebot einstellt, etwa um seinen Dienst für Internetnutzer

³⁹⁶ Engl. content = dt. Inhalt.

³⁹⁷ Satzger, in: Verantwortlichkeit im Netz, S. 162, 163.

³⁹⁸ Siehe Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil II, Rn. 61; siehe auch Cichon, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XII, Rn. 26 f., 38.

³⁹⁹ Das Telemediengesetz (TMG) ist am 01. März 2007 in Kraft getreten.

⁴⁰⁰ Zur Definition siehe oben unter A. 1., Fn. 28.

⁴⁰¹ So Koch, Internet-Recht, S. 205, seine Ausführungen entsprechen der Rechtslage vor Inkrafttreten des TMG.

⁴⁰² Siehe Stadler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Stand: April 2004, Teil 3, Rn. 60, Fn. 148, seine Ausführungen entsprechen der Rechtslage vor Inkrafttreten des TMG.

interessant zu machen.⁴⁰³ Der Content Provider ist somit derjenige, der zwar fremde Information anbietet, sich diese aber zu eigen macht. Der Begriff des „Zu-Eigen-Machens“ wurde schon im Zusammenhang mit dem Begriff der „eigenen Inhalte“ nach § 5 I TDG a. F. in der Gesetzbegründung zum IuKDG genannt.⁴⁰⁴ Dort hieß es „Eigene Inhalte sind auch von Dritten hergestellte Inhalte, die sich der Anbieter zu eigen macht“. Ein Zu-Eigen-Machen kann dann vorliegen, wenn der Anbieter fremdhergestellte Inhalte derart in sein eigenes Angebot integriert, dass sie nicht mehr als fremd erkennbar sind, oder wenn er sich diese Inhalte für sein eigenes Angebot zunutze macht, ohne sich davon zu distanzieren.⁴⁰⁵

Wie schon erwähnt, sind Providerverträge als solche nicht im BGB geregelt. Die Klärung der Frage der vertraglichen Haftung des Content Providers hängt jedoch von der vertragstypologischen Einordnung des Content-Provider-Vertrages ab. Der Content-Provider-Vertrag ist also in das BGB-System einzuordnen. Für die typologische Einordnung eines bestimmten Vertrags ist auf den jeweiligen Vertragsinhalt abzustellen. Ein wichtiges Kriterium ist hierbei die von den Vertragsparteien zu erbringenden Leistungen. Entscheidend ist in dem vorliegenden Zusammenhang die Hauptleistung des Content Providers, da die Hauptleistung Leistung des Nutzers i.d.R. in der Zahlung der Vergütung besteht. Anhaltspunkte für die Einordnung bieten hierbei die Leistungsbeschreibungen des Content Providers und dessen AGB. Für die vertragstypologische Einordnung ist entscheidend, welche Leistungen vom Content Provider erbracht werden sollen und ob diese Leistungen entgeltlich oder unentgeltlich erbracht werden sollen. Im Hinblick auf die entgeltliche Leistungserbringung ist zu unterscheiden, ob der Content Provider die Information lediglich für Nutzer-Eigenrecherche sammelt und zur Verfügung stellt, d.h. der Nutzer selbst frei seine Information sucht (Informationsüberlassung), oder der Content Provider aufgrund einer konkreten Anfrage des Nutzers die Information individuell zusammenstellt und an den Nutzer übermittelt (Informationsbeschaffung). Im ersten Fall ist wiederum zwischen entgeltlichem, einmaligen Informationsabruft und langfristiger Vertragsbeziehung zu unterscheiden, nämlich, ob der Content Provider auch seine Datenbank dauerhaft gegen Grundgebühr für Nutzer-Eigenrecherche bereitstellt. Der Begriff Content Provider wird in der vorliegenden Arbeit auch für Datenbankanbieter verwendet.

Im Folgenden wird zunächst der Vertrag über unentgeltliche Informationsabrufe typologisch eingeordnet und dann wird die Haftung des Content Providers im Falle von

⁴⁰³ Müller, Ulf, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Rn. 124.

⁴⁰⁴ BT-Drs. 13/7385 vom 9.4.1997, zu § 5, zu Absatz 1, in: <http://www.artikel5.de/archiv/gesetze/iukdg-bg.html#tdg5>. Abgerufen am 11. 04. 2007.

⁴⁰⁵ Siehe Hoeren/Pichler, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 381, 385 f.

Leistungsstörungen erörtert. Nachfolgend wird der Vertrag über entgeltliche Informationsabrufe, sowohl bei einmaligem, entgeltlichem Informationsabruft, als auch bei mehrfachen entgeltlichen Informationsabrufen im Rahmen einer dauerhaften Bereitstellung der Datenbank vertragstypologisch eingeordnet. Anhand dieser Einordnungen wird die Frage der Gewährleistung und Haftung des Content Providers bei Leistungsstörungen geklärt. Im Anschluss daran wird der Vertrag über entgeltliche Zusammenstellung und Übermittlung der Informationen infolge von Nutzeranfrage dem System des BGB zugeordnet und dann ebenfalls die Gewährleistung und Haftung des Content Providers behandelt.

Darauf folgend werden die gesetzlichen Haftungsausschlüsse und -beschränkungen dargelegt. Danach werden die gesetzlichen Grenzen der individualvertraglichen Haftungsausschlüsse und -beschränkungen behandelt. Anschließend werden die Grenzen der formularmäßigen Haftungsausschlüsse und -beschränkungen durch das AGB-Recht erörtert. Schließlich wird die Frage der Haftungshöchstsummenklauseln geklärt. Dabei wird geprüft, ob das TKG auf den Content Provider Anwendung findet bzw. ob für ihn die summenmäßige Haftungsbegrenzung des § 44a TKG gilt.

C. II. Unentgeltliche Informationsabrufe

Die kommerzielle Nutzung des Internet gewinnt immer mehr an Bedeutung.⁴⁰⁶ Es wird aber im Internet eine unüberschaubare Anzahl an Informationen unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Zahlreiche Banken bieten z.B. Auskünfte zu Devisen- und Wertpapierkursen online an; auch kann eine Website eines Hobby-Börsianers z.B. Aktienkurse oder gar konkrete Investment-Empfehlungen enthalten.⁴⁰⁷ Die Mangelhaftigkeit solcher Informationen kann verheerende Folgen haben, falls der Nutzer auf diese Information vertraut und ihr folgt. Ob vertragliche Haftungsansprüche gegenüber dem Content Provider bestehen, hängt davon ab, ob zwischen ihm und dem Nutzer ein unentgeltlicher Gefälligkeitsvertrag (§§ 662, 521, 598, 690 BGB) oder lediglich ein Gefälligkeitsverhältnis besteht. Im Gegensatz zu einem Gefälligkeitsverhältnis setzt ein Gefälligkeitsvertrag das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens voraus. Ein Rechtsbindungswille kann auch bei einem unentgeltlichen und fremdnützigen Handeln angenommen werden.⁴⁰⁸ Der Rechtsbindungswille ist ggf. aus den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln.⁴⁰⁹ Bedeutende Kriterien sind die erkennbare

⁴⁰⁶ Dazu siehe oben unter A. I.

⁴⁰⁷ Siehe Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 239

⁴⁰⁸ Heinrichs, in: Palandt, Einl. v. § 241, Rn. 7.

⁴⁰⁹ Sprau, in: Palandt, Einf. v., § 662, Rn. 4.

wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, ferner Art, Grund und Zweck der Gefälligkeit sowie die Interessenlage.⁴¹⁰ Zur Frage des eigenen wirtschaftlichen Interesses des Content Providers (Gefälligen) ist anzuführen, dass Anbieter von unentgeltlichen Informationen meistens kein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgen. Vielmehr werden Informationen unentgeltlich aus idealistischen Gründen, ehrenamtlich, als Hobby oder von öffentlichen Instituten zur Verfügung gestellt. Bezuglich der Erkennbarkeit wirtschaftlicher Bedeutung der Angelegenheit, insbesondere für Nutzer, ist die Motivation des Nutzers für den Content Provider in den meisten Fällen nicht erkennbar. Ihm ist nicht ersichtlich, ob der Nutzer die Information als Grundlage für wichtige Maßnahmen oder Entschlüsse machen will oder nur einen Überblick über die Information gewinnen will. Aufgrund der unüberschaubaren Anzahl von Nutzern, die die Information weltweit unentgeltlich herunterladen, und das damit verbundene unverhältnismäßige Haftungsrisiko, wäre eine Bindung des Content Providers nicht interessengerecht.⁴¹¹

Bei anonymer Kommunikation zwischen Content Provider und Nutzer ist ein Rechtsbindungswille der Beteiligten nicht anzunehmen. Ist dem Content Provider nicht klar, wer seine Information heruntergeladen hat oder dem Nutzer unklar wer, wann und warum die Information hergestellt hat, wäre eine Bindungswille des Content Providers oder des Nutzers kaum denkbar. Es fehlen hier die für den Vertragsschluss erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärungen (§ 145 BGB). Grundsätzlich liegt bei der Bereitstellung unentgeltlicher Information keine vertragliche Bindung, sondern lediglich ein Gefälligkeitsverhältnis vor. Ausnahmsweise könnte ein konkludenter Vertragsabschluss angenommen werden. Dies ist dann der Fall, wenn der Informationsempfänger sich zunächst identifizieren muss und erst nachdem er detaillierte Nutzungsbedingungen angenommen hat, die Information erhält.⁴¹²

Im Rahmen der unentgeltlichen Bereitstellung von Informationen kommt eine unentgeltliche Rat- oder Empfehlungserteilung in Betracht. Im Grundsatz gilt hier § 675 II BGB. Demgemäß haftet derjenige, der einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, grundsätzlich nicht für die daraus resultierenden Schäden. Entsprechendes gilt für die nicht ausdrücklich genannte Auskunft.⁴¹³ Die Regel, dass bei der Erteilung unentgeltlicher Auskunft, Rat oder Empfehlung keine Haftung besteht, ist damit zu begründen, dass alle drei weder Willenserklärung noch Rechtsgeschäft darstellen.⁴¹⁴ Nach § 675 II BGB kann sich ausnahmsweise eine Haftung aus

⁴¹⁰ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, Einl. v. § 241, Rn. 7.

⁴¹¹ So auch Schmitz, Dirk, Die vertraglichen Pflichten und die Haftung der Informationsanbieter im Internet, S. 135 m.w.Nachw.

⁴¹² Vgl. Schmitz, Dirk, Die vertraglichen Pflichten und die Haftung der Informationsanbieter im Internet, S. 135

⁴¹³ Schulze, in: HK-BGB, § 675, Rn. 7.

⁴¹⁴ Sprau, in: Palandt, § 675, Rn. 27.

einem Vertragsverhältnis, unerlaubter Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergeben. Die vertragliche Haftung greift ein, wenn zwischen dem Rat- oder Auskunftsgeber und dem Empfänger ein ausdrücklicher Vertrag zustande kommt. Ein Rat- oder Auskunftsvertrag ist gerichtet auf Beratung oder Auskunftserteilung als Hauptleistung und bei Unentgeltlichkeit handelt es sich um einen Auftrag.⁴¹⁵ Ein Auskunfts-, Rat- oder Empfehlungsvertrag kann auch konkludent geschlossen werden. Entgegen der Klarstellung des § 675 II BGB wird nach ständiger Rechtsprechung des BGH der stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrages und damit die vertragliche Haftung des Auskunftsgebers für die Richtigkeit seiner Auskunft angenommen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie als Grundlage wesentlicher Entschlüsse machen will, insbesondere wenn der Auskunftsgeber für die Erteilung der Auskunft besonders sachkundig oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse bei ihm in Spiel ist.⁴¹⁶ Die Bedeutung der Auskunft für den Auskunftsempfänger und die Sachkunde des Auskunftsgebers stellen nach Ausführungen des BGH lediglich Indizien dar, die mit erheblichem Gewicht in die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls einzubeziehen sind.⁴¹⁷ Bei unentgeltlicher Auskunfts-, Rat- oder Empfehlungserteilung im Online-Bereich ist – wie erwähnt, bei der Bereitstellung unentgeltlicher Information – die Bedeutung der Auskunft für den Auskunftsempfänger und dessen Intentionen dem Auskunftsgeber i.d.R. nicht erkennbar. Für ihn ist nicht ersichtlich, ob der Auskunftsempfänger sie als Grundlage wesentlicher Maßnahmen und Entschlüsse machen will oder nicht. Das Bestehen eines Rechtsbindungswillens des Rat- oder Auskunftsgebers ist nicht anzunehmen.

Die Sachkunde des Auskunftsgebers könnte aber für den Auskunftsempfänger von größerer Bedeutung sein. Es ist denkbar, dass der Auskunftsempfänger angesichts der Sachkunde des Auskunftsgebers diese als Grundlage wesentlicher wirtschaftlicher Entscheidungen machen will. Sind diese Auskünfte oder Ratschläge fehlerhaft, so könnten für den Auskunftsempfänger verheerende wirtschaftliche Schäden entstehen. Daher ist im Gegensatz zum Auskunftsgeber ein Rechtsbindungswille des Auskunftsempfängers anzunehmen, denn der Auskunftsgeber will sich logischerweise gegenüber einer beliebigen Vielzahl von Internetnutzern nicht vertraglich verpflichten.

Ein weiteres Indiz für einen Rechtsbindungswillen des Content Providers ist bei unentgeltlicher Rat-, Auskunfts- oder Empfehlungserteilung das eigene wirtschaftliche Interesse des Content Providers. Dies ist anzunehmen in den Fällen, in denen er einen Teil der

⁴¹⁵ Sprau, in: Palandt, § 675, Rn. 29.

⁴¹⁶ BGH NJW 1992, 2080, 2082.

⁴¹⁷ BGH NJW 1992, 2080, 2082.

von ihm konventionell erbrachten Dienstleistungsangebote auf sein Online-Angebot verlagert (z.B. Finanzinstitute); hierdurch soll der Kunde oder interessierte Dritte zum Umstieg auf das für den Content Provider kostengünstigere Medium bewegt werden; des Weiteren könnte hinter der Entscheidung des Content Providers, Informationen anonym anzubieten, die Absicht verborgen sein, der Haftung für die Online erbrachten Auskünfte, Ratschläge oder Empfehlungen auszuweichen, für die bisher ebenfalls gehaftet wurde.⁴¹⁸

C. II. 1. Zwischenergebnis

Bei unentgeltlicher Informationsüberlassung sowie Erteilung von Auskünften, Ratschlägen oder Empfehlungen liegt i.d.R. keine vertragliche Bindung des Content Providers, sondern eine unverbindliche Gefälligkeit vor. Anwendbar ist grundsätzlich § 675 II BGB. Ausnahmsweise könnte es zu einem ausdrücklichen oder konkludenten Vertragsschluss kommen.

Liegt ein ausdrücklicher oder konkludenter Vertrag über die unentgeltliche Informationsüberlassung oder Erteilung von Auskünften, Ratschlägen oder Empfehlungen vor, so ist eine vertragstypologische Einordnung erforderlich.

C. II. 2. Vertragstypologische Einordnung

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, den Vertrag über die unentgeltliche Informationsbereitstellung bzw. Rat- oder Auskunftserteilung typologisch einzuordnen.

Aufgrund der Unentgeltlichkeit der Leistung könnte man an einem Auftrag i. S. v. § 662 BGB oder an eine Schenkung i. S. d. §§ 516 ff. BGB denken.

C. II. 2. a. Auftrag

Die Verpflichtung der §§ 662 ff. BGB bezieht sich auf eine persönliche Stellung des Beauftragten. Dies ergibt sich gem. § 664 BGB aus der Verpflichtung des Beauftragten, den Auftrag persönlich auszuführen, und aus der Regelung zum Tod des Beauftragten nach § 673 BGB. Bei unentgeltlichen Online-Leistungen ist diese Stellung des Beauftragten als persönlich verantwortlich kaum vorstellbar. Des Weiteren ist gem. § 665 BGB der Beauftragte verpflichtet den Weisungen des Auftragsgebers zu folgen und gem. § 666 BGB trifft ihn die Verpflichtung dem Auftraggeber Auskunft über den Stand des Geschäfts zu

⁴¹⁸ Vgl. Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 248 f.

erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Angesichts der unüberschaubaren Zahl der Nutzer bei unentgeltlicher Informationsüberlassung bzw. Rat- oder Auskunftserteilung via Internet sind diese Verpflichtungen dem Content Provider unzumutbar.

Folglich ist das Auftragsrecht auf die Online- Leistungen des Content Providers bzw. Rat- oder Auskunftsgebers nicht anwendbar. Zu prüfen ist, ob das Schenkungsrecht Anwendung findet.

C. II. 2. b. Schenkung

Schenkung ist nach § 516 I BGB eine Zuwendung durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert. Gegenstand des Schenkungsvertrags muss eine Zuwendung des Schenkers an den Beschenkten sein. Die Zuwendung erfordert Entreicherung des Schenkers; sie muss das gegenwärtige Vermögen des Zuwendenden mindern.⁴¹⁹ Voraussetzung ist die Bereicherung des Beschenkten durch die Zuwendung.⁴²⁰ § 516 I BGB setzt weiterhin voraus, dass die Zuwendung unentgeltlich d.h. ohne Gegenleistung erfolgt. Durch Überlassung unentgeltlicher Informationen an den Nutzer ist eine Bereicherung des Nutzers gegeben. Fraglich ist, ob dadurch eine Entreicherung des Content Providers vorliegt. Aufgrund der Tatsache, dass Kopien von der Information beliebig reproduzierbar sind, ist eine Entreicherung des Content Providers nicht anzunehmen. Des Weiteren liegt gem. § 517 Alt.1 BGB keine Schenkung vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterlässt. Diese Vorschrift schränkt den Schenkungsbegriff des § 516 I BGB ein, indem die Schenkung auf eine Verminderung des gegenwärtigen Vermögens beschränkt wird.⁴²¹ Der Content Provider unterlässt es eine Vergütung für die überlassene Information zu verlangen, daher liegt nach § 517 Alt. 1 BGB eine Schenkung nicht vor. Weiterhin widerspricht das Formerfordernis des § 518 I BGB (notarielle Beurkundung) dem Sinn der Online-Leistung, denn durch das Formerfordernis wäre der Vorzug der weltweiten prompten Informationsversendung vereitelt. Dementsprechend sind die Regelungen des Schenkungsrechts nicht direkt auf die unentgeltliche Online-Überlassung von Informationen anwendbar.

Ob einzelne Bestimmungen des Schenkungsrechts hierbei übernommen werden können, hängt davon ab, ob sie angemessen für die Online-Leistungen erscheinen.

⁴¹⁹ Vgl. *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 516, Rn. 6.

⁴²⁰ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 516, Rn. 1.

⁴²¹ *Weidenkaff*, in: Palandt, § 517, Rn. 1.

Zur unentgeltlichen Informationsüberlassung im Internet passen die Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen des Schenkungsrechts (§§ 521, 523, 524 BGB). Wegen der Uneigennützigkeit des Schenkers (Content Providers) ist nur eine beschränkte Haftung gerechtfertigt.⁴²² Die Haftungsbeschränkung des § 521 BGB ist für die unentgeltliche Überlassung von Informationen via Internet als angemessen anzusehen. Denn eine Belastung des Content Providers mit umfangreichen Haftungsrisiken gegenüber einer großen Anzahl von Nutzern erscheint unangemessen. Folglich finden bei unentgeltlicher Überlassung der Informationen die Bestimmungen des Schenkungsrechts entsprechend Anwendung.⁴²³

C. II. 2. c. Ergebnis

Auf die unentgeltliche Online-Überlassung von Informationen bzw. Erteilung von Auskünften, Ratschlägen oder Empfehlungen sind die Regelungen der Schenkung entsprechend anwendbar. Angemessen ist die Anwendung von Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen des Schenkungsrechts (§§ 521, 523, 524 BGB).

C. II. 3. Haftung des Content Providers nach § 521 BGB

Gem. § 521 BGB hat der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Der Schenker haftet gem. § 278 auch für Erfüllungsgehilfen.⁴²⁴ § 521 BGB schränkt die Haftung gegenüber § 276 I 1 BGB ein; Grund dieser Haftungsbeschränkung ist die Uneigennützigkeit des Schenkers.⁴²⁵ Aus der Unentgeltlichkeit allein darf jedoch nicht auf eine über § 521 BGB hinausgehende Haftungsbeschränkung geschlossen werden.⁴²⁶ § 521 BGB gilt nur für die Nichterfüllung der Leistungspflicht, nicht für Rechts- oder Sachmängel, soweit die Sonderbestimmungen der §§ 523, 524 BGB Anwendung finden.⁴²⁷

C. II. 4. Haftung des Content Providers nach §§ 523, 524 BGB

Grundsätzlich haftet der Schenker nicht für Rechts- oder Sachmängel. Ausnahmsweise haftet er gem. § 523 BGB für Rechtsmängel und nach § 524 BGB für Sachmängel.⁴²⁸

⁴²² Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 521, Rn. 1.

⁴²³ Siehe *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 74, bezüglich der unentgeltlichen Software-Überlassung.

⁴²⁴ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 521, Rn. 2.

⁴²⁵ Vgl. *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 521, Rn. 1; *Saenger*, in: HK-BGB, § 521, Rn. 1.

⁴²⁶ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 521, Rn. 1.

⁴²⁷ Vgl. *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 521, Rn. 1.

⁴²⁸ *Saenger*, in: HK-BGB, § 523, Rn. 1.

C. II. 4. a. Rechtsmängelhaftung nach §§ 523 I, 435 BGB

Gem. § 523 I BGB haftet der Schenker für Rechtsmängel i. S. v. § 435 BGB nur dann, wenn er den Rechtsmangel arglistig verschwiegen⁴²⁹ hat. Gem. § 435 S. 1 BGB ist die Information frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Information keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Ein Rechtsmangel liegt somit bei Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit durch Rechte Dritter vor, etwa wenn die Information durch das Urheberrecht eines Dritten so geschützt ist, dass er der Benutzung der Information entgegentreten kann. Dies kann etwa bei Raubkopien der Fall sein. Verschweigt der Content Provider den Rechtsmangel arglistig z.B. das Fehlen der Nutzungsberechtigung oder der Weitergabeberechtigung, so haftet er nach § 523 I BGB für die dadurch entstandenen Schäden. Der Rechtsmangel muss zur Zeit des Schenkungsvollzugs (hier das Herunterladen der Information) vorliegen.⁴³⁰ Der Content Provider haftet nach § 523 I BGB nur auf den Vertrauensschaden,⁴³¹ z.B. Aufwendungen für die Ausrüstung der Hardware des Nutzers, die er ohne das Schenkungsversprechen nicht gemacht hätte sowie Folgeschäden, z.B. Regressansprüche des Nutzers wegen Inanspruchnahme durch den Rechtsinhaber.

§ 523 I BGB ist anwendbar, wenn die Information sich im Vermögen des Content Providers befindet.⁴³² Er verspricht, nicht mehr zu leisten, als er selbst hat.⁴³³ Verspricht der Content Provider dem Nutzer die Information unentgeltlich zu überlassen, die er erst erwerben sollte, so kann der Nutzer gem. § 523 II 1 BGB wegen eines Rechtsmangels Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn der Rechtsmangel dem Content Provider beim Erwerb der Information bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 523 II 1 BGB gelten gem. § 523 II 2 BGB die Vorschriften über die Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel.⁴³⁴ Anzumerken ist, dass Rechts- und Sachmängel denselben Rechtsfolgen unterliegen, die sich aus den §§ 437 ff. BGB ergeben.⁴³⁵ Kennt der Benutzer den Rechtsmangel, kann die Ursächlichkeit entfallen.⁴³⁶

⁴²⁹ Zur Definition siehe unten unter C. VII. 1. b.

⁴³⁰ Weidenkaff, in: Palandt, § 523, Rn. 2.

⁴³¹ Weidenkaff, in: Palandt, § 523, Rn. 2; Mansel, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 523, Rn. 1; Saenger, in: HK-BGB, § 523, Rn. 1.

⁴³² Vgl. Saenger, in: HK-BGB, § 523, Rn. 1.

⁴³³ Siehe Mansel, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 523, Rn. 1; auch Schlechtriem, in: Schuldrecht, Besonderer Teil, Rn. 190, Fn. 15.

⁴³⁴ Hier kann auf die Ausführungen bezüglich der Schadensersatz statt der Leistung bei entgeltlichen Informationsüberlassung unten unter C. V. 6. verwiesen werden.

⁴³⁵ Siehe Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 5. Kap. Rn. 35.

C. II. 4. b. Sachmängelhaftung nach §§ 524, 434 BGB

Gem. § 524 I BGB haftet der Schenker für einen Fehler nur dann, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen⁴³⁷ hat. Der Begriff des Fehlers ist unter Rückgriff auf das Kaufrecht zu bestimmen.⁴³⁸ Dieser entspricht dem dort nach SchuldRMG verwendeten Begriff des Sachmangels (§ 434 BGB). Im Hinblick auf Informationen liegt ein Sachmangel i. S. v. § 434 BGB vor, wenn die vereinbarte Beschaffenheit⁴³⁹ nach § 434 I 1 BGB, z.B. die Richtigkeit, Vollständigkeit, Aktualität der Information, fehlt. Beim Fehlen einer solchen Vereinbarung liegt ein Sachmangel vor, wenn die Information sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) oder für die gewöhnliche Verwendung (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB) nicht eignet. Gem. § 434 III BGB steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert, denkbar ist im vorliegenden Zusammenhang die Falsch- und Minderlieferung; dies ist bei falscher und unvollständiger Information anzunehmen. Anzumerken ist, dass § 434 BGB gem. § 453 I BGB bei Rechten und sonstigen Gegenständen entsprechend gilt.⁴⁴⁰ Unter den Begriff „sonstige Gegenstände“ fallen u. a. Informationen.⁴⁴¹

Weiterhin ist anzumerken, dass § 524 I BGB auch für Mängel von individuell bestimmten Schenkungsgegenständen⁴⁴² (Stückschuld) gilt. Für eine Gattungsschuld i. S. v. § 243 BGB gilt § 524 I BGB nur dann, wenn sich der Schenkungsgegenstand zur Zeit des Schenkungsversprechens schon im Vermögen des Schenkers befindet.⁴⁴³ In der Rechtsliteratur wird vertreten, dass es sich bei Verträgen über einen Software-Download stets um ein Gattungsgeschäft i. S. v. § 243 BGB handelt, da der Nutzer nicht die Möglichkeit hat, die Software-Kopie vor Vertragsschluss konkret auszuwählen, zu individualisieren und von ihr durch den Download-Vorgang beliebig viele Exemplare herzustellt werden können.⁴⁴⁴ Diese Ausführungen lassen sich m. E. auch auf eine Informationsdatei übertragen, denn die Informationsdatei lässt sich vor Vertragsschluss ebenfalls nicht konkretisieren und von ihr werden erst durch den Download-Vorgang beliebig viele Exemplare hergestellt. Somit

⁴³⁶ Weidenkaff, in: Palandt, § 523, Rn. 2.

⁴³⁷ Zu dieser Definition siehe unten unter C. VII. 1. b.

⁴³⁸ Vgl. Saenger, in: HK-BGB, § 524, Rn. 1.

⁴³⁹ Zum Begriff Beschaffenheit siehe unten unter C. V. 3. a.

⁴⁴⁰ Weidenkaff, in: Palandt, § 434, Rn. 3.

⁴⁴¹ Siehe Weidenkaff, in: Palandt § 453, Rn. 9, § 433, Rn. 10.

⁴⁴² Vgl. Saenger, in: HK-BGB, § 524, Rn. 1.

⁴⁴³ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 524, Rn. 1.

⁴⁴⁴ So Cichon, Internet-Verträge, Rn. 964, ihre Ausführungen beziehen sich auf den entgeltlichen Software-Download.

handelt es sich bei der Überlassung von Informationsdateien stets um eine Gattungsschuld i. S. d. § 243 BGB.

Nicht als Gattungsschuld gilt hingegen die Informationsbeschaffung,⁴⁴⁵ die sich auf die Zusammenstellung eines Suchergebnisses bezieht, das individuell erst mit der Abfrage des Nutzers hergestellt wird und eher den Charakter eines Werkes trägt.⁴⁴⁶

Die Haftung nach § 524 I BGB setzt das Bestehen eines Fehlers voraus, der zur Zeit des Schenkungsvollzugs (hier Download-Vorgang) vorliegt.⁴⁴⁷ Wie für Rechtsmängel (§ 523 I BGB) trifft den Content Provider die Haftung nach § 524 I BGB, wenn er den Sachmangel (Fehler) arglistig verschwiegen hat. Dies ist etwa denkbar, wenn der Content Provider beispielsweise die Virenverseuchung, Unvollständigkeit oder Inaktualität der überlassenen Information arglistig verschwiegen hat.

Zu ersetzen sind die Vertrauensschäden, z.B. Ersatz der Aufwendungen für die Ausrüstung des Nutzerrechners, die er ohne das Schenkungsversprechen nicht gemacht hätte sowie die Mangelfolgeschäden wie beispielsweise die Schäden, die infolge der Infizierung des Nutzerrechners durch Überlassung virenverseuchter Informationen oder Software entstanden sind (§§ 437 Nr. 3 i. V. m. § 280 I BGB).

§ 524 II BGB gilt nur, wenn sich bei einer Gattungsschuld der Schenkungsgegenstand zur Zeit des Schenkungsversprechen noch nicht im Vermögen des Schenkers befand. Der Schenker muss sich also den Schenkungsgegenstand erst verschaffen, um die Schenkung erfüllen zu können. Der Content Provider muss sich somit die Informationsdatei erst verschaffen, um sie überlassen zu können. Ferner setzt die Haftung nach § 524 II BGB einen Sachmangel (Fehler) voraus, der zur Zeit des Erwerbs der Information vorliegt. Vorausgesetzt wird weiterhin, dass dem Content Provider bei Erwerb der Information der Sachmangel bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (wie bei § 523 II BGB).

Ist die Information z.B. falsch, unvollständig oder inaktiv, kann der Nutzer gem. § 524 II 1 BGB nur Nachlieferung einer mangelfreien Informationsdatei verlangen. Im Falle von § 524 II 2 BGB kann er bei arglistigem Verschweigen wahlweise (statt Lieferung mangelfreier Information) auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Gem. § 524 II 3 BGB finden auf diese Ansprüche die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache

⁴⁴⁵ Siehe unten unter C. VI. 4.

⁴⁴⁶ So zu Recht Spindler, in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, S. 145, 152.

⁴⁴⁷ Weidenkaff, in: Palandt, § 524, Rn. 5.

geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.⁴⁴⁸ Nach einer Ansicht⁴⁴⁹ gelten hier insbesondere § 442 BGB⁴⁵⁰ und die §§ 437 Nr. 1, 439 BGB.⁴⁵¹

C. II. 4. c. Rechtsfolgen

Bei unentgeltlicher Informationsüberlassung sowie Erteilung von Auskünften, Ratschläge oder Empfehlungen liegt i.d.R. keine vertragliche Bindung des Content Providers, sondern eine unverbindliche Gefälligkeit vor. Anwendbar ist grundsätzlich § 675 II BGB. Ausnahmsweise könnte es zu einem ausdrücklichen oder konkludenten Vertragsschluss kommen. In diesem Falle ist von einer entsprechenden Anwendbarkeit des Schenkungsrechts auszugehen. Angemessen ist hier die Anwendung von Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen des Schenkungsrechts nach den §§ 521, 523, 524 BGB.

Die Haftung des Content Providers als Schenker ist vom Gesetz her abgemildert.⁴⁵²

Gem. § 521 BGB haftet der Content Provider nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Diese Norm schränkt die Haftung gegenüber § 276 I 1 BGB ein.⁴⁵³

§ 521 BGB gilt nur für die Nichterfüllung der Leistungspflicht, nicht für Rechts- oder Sachmängel, soweit die Sonderbestimmungen der §§ 523, 524 BGB Anwendung finden.⁴⁵⁴

Bei Rechts- oder Sachmängeln haftet der Content Provider nach §§ 523, 524 BGB für die durch den Rechts- oder Sachmangel entstandenen Schäden nur bei Arglist.

Beim arglistigen Verschweigen eines Rechtsmangels haftet er gem. § 523 I BGB auf Vertrauensschäden (negatives Interesse) wie etwa die Aufwendungen für die Ausrüstung der Hardware des Nutzers, die er ohne das Schenkungsversprechen nicht gemacht hätte, sowie für Mangelfolgeschäden z.B. Regressansprüche des Nutzers wegen Inanspruchnahme durch einen Rechtsinhaber. Er haftet gem. § 523 II I BGB auf Schadensersatz statt der Leistung (positives bzw. Erfüllungsinteresse), wenn er dem Nutzer die Überlassung unentgeltlicher Information verspricht, die er erst erwerben sollte und ihm bei deren Erwerb der Rechtsmangel bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist.

Bei einem Sachmangel, z.B. Unrichtigkeit, Unvollständigkeit, Inaktualität oder Virenverseuchung der Information trifft den Content Provider eine Haftung aus § 524 I BGB, wenn er den Sachmangel arglistig verschwiegen hat. Ausgehend vom Vorliegen einer Gattungsschuld hinsichtlich der Informationsüberlassung findet diese Vorschrift Anwendung,

⁴⁴⁸ Dazu siehe unten unter C. V. 6.

⁴⁴⁹ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 524, Rn. 9.

⁴⁵⁰ Zum Ausschluss der Rechte des Nutzers bei Kenntnis des Mangels siehe unten unter C. VII. 1. b.

⁴⁵¹ Zum vorrangigen Nacherfüllungsanspruch des Nutzers siehe unten unter C. V. 4. a.

⁴⁵² Vgl. *Schlechtriem*, in: *Schuldrecht*, Besonderer Teil, Rn. 190.

⁴⁵³ Vgl. *Mansel*, in: *Jauernig*, BGB, 12. Aufl., § 521, Rn. 1; *Saenger*, in: *HK-BGB*, § 521, Rn. 1.

⁴⁵⁴ Vgl. *Mansel*, in: *Jauernig*, BGB, 12. Aufl., § 521, Rn. 1.

wenn sich die Information zur Zeit des Schenkungsversprechens schon im Vermögen des Content Providers befand. Zu ersetzen sind hier wie bei § 523 I BGB die Vertrauensschäden. Hat der Content Provider die Informationsdatei erst zu erwerben, um sie überlassen zu können, so kann der Nutzer gem. § 524 II 1 BGB bei Überlassung einer mit einem Sachmangel behafteten Information nur die Nachlieferung einer mangelfreien Informationsdatei verlangen. Bei arglistigem Verschweigen des Sachmangels kann der Nutzer gem. § 524 II 2 BGB wahlweise statt der Nachlieferung einer mangelfreien Informationsdatei auch Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Bei der Geltendmachung dieser Ansprüche haftet der Content Provider gem. § 524 II 3 BGB wie ein Verkäufer. Danach finden die für Rechtsmängel geltenden Vorschriften des Kaufrechts entsprechende Anwendung.

C. II. 4. d. Ergebnis

Wie es sich gezeigt hat, bleibt auch der Content Provider, der die Information unentgeltlich als Hobby oder ehrenamtlich im Internet zum Abruf bereitstellt nicht von jeder Haftung frei gezeichnet. Zwar haftet der Content Provider etwa bei Nichtleistung gem. § 521 BGB nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit und bei Mangelhaftigkeit der unentgeltlich überlassenen Information nach §§ 523, 524 BGB sogar nur bei Arglist, ist dies angemessen anzusehen, um das Haftungsrisiko des Content Providers gegenüber einer großen Anzahl von Internetnutzern zu begrenzen.

C. III. Entgeltliche Informationsabrufe

Im Rahmen der entgeltlichen Informationsabrufe kommen vorgefertigte, zum Abruf bereitgestellte Informationen sowie individuell aufgrund Nutzerabfrage zusammengestellte Informationen in Betracht. Im ersten Fall ist zwischen einmaligem Informationsabruft und mehrfachen Informationsabrufen im Rahmen dauerhafter Bereitstellung einer Datenbank zur Online-Recherche zu unterscheiden.

C. III. 1. Vertragstypologische Einordnung

Im Folgenden wird zunächst der Vertrag über einzelne Informationsabrufe, danach der Vertrag über mehrfache Informationsabrufe im Rahmen einer dauerhaften Datenbankbereitstellung vertragstypologisch eingeordnet.

C. III. 1. a. Einmaliger entgeltlicher Informationsabruf

Zum entgeltlichen einmaligen Informationsabruf geht der Nutzer mit dem Content Provider keine langfristige Vertragsbeziehung ein; er schließt mit ihm einen Vertrag z.B. über den Abruf eines bestimmten Dokuments,⁴⁵⁵ welches der Content Provider vorgefertigt zur Verfügung stellt. Es handelt sich hier um den Kauf von Informationen.⁴⁵⁶ Denn der Abruf der vorgefertigten Information stellt sich als zeitlich unbegrenzte Nutzungsüberlassung dar und der Nutzer zahlt für die Überlassung der abgerufenen Information ein Entgelt.⁴⁵⁷ Gem. § 453 I BGB finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen (§§ 433 ff. BGB) auf den Kauf von Rechten und „sonstigen Gegenständen“ entsprechende Anwendung. Unter den Begriff „sonstige Gegenstände“ fallen u. a. Informationen.⁴⁵⁸ Die Anwendung von Kaufrecht wurde auf alle sonstigen Gegenstände des „wirtschaftlichen Tauschverkehrs“ auch bereits vor Einführung des § 453 BGB bejaht.⁴⁵⁹ Gegen die Anwendung von Kaufrecht wurde eingewandt, dass es an einer Entreicherung des Content Providers fehle.⁴⁶⁰ Diesem Einwand ist zu widersprechen. Denn nach § 433 I BGB ist der Verkäufer zur Übergabe und Eigentumsverschaffung an dem Kaufgegenstand verpflichtet. § 433 I BGB setzt also die Entreicherung des Verkäufers nicht voraus. Für die im Kaufrecht verlangte Vermögensverschiebung muss keine Entreicherung auf Seite des Content Providers – also kein endgültiger Datenverlust – eintreten; ausreichend ist, dass auf Seiten des Nutzers ein Vermögenszuwachs durch die Erlangung der Information eintritt.⁴⁶¹ Demzufolge ist der einzelne Informationsabruf als Kaufvertrag zu qualifizieren.

C. III. 1. b. Mehrfacher entgeltlicher Informationsabruf

Der Vertrag über den mehrfachen entgeltlichen Informationsabruf im Rahmen dauerhafter Bereitstellung der Datenbank zu Recherchezwecken wird in der Literatur als Online-Vertrag⁴⁶² oder elektronische Recherche⁴⁶³ bezeichnet. Diese Dienstleistung besteht aus zwei Komponenten, namentlich der dauerhaften Bereitstellung der Datenbank zur Recherche und

⁴⁵⁵ Siehe *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 271.

⁴⁵⁶ Vgl. *Redecker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 952.

⁴⁵⁷ Vgl. *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 91.

⁴⁵⁸ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 453, Rn. 9, § 433, Rn. 10.

⁴⁵⁹ Vgl. *Mehring*, NJW 1993, 3102, 3105.

⁴⁶⁰ Siehe *Schmitz*, *Dirk*, Die vertraglichen Pflichten und die Haftung der Informationsanbieter im Internet, S. 51.

⁴⁶¹ Vgl. *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 92.

⁴⁶² Ein „Online-Vertrag“, ist ein Vertrag , der alle Sachverhalte abdeckt, die „on line“ – also durch Verbindung zweier Endgeräte über ein Kabel, ein Telefonnetz oder spezielles Datennetz – hergestellt sind Zu dieser Definition siehe *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57.

⁴⁶³ Vgl. *Redecker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 957.

den einzelnen Informationsabrufen. Die vertragstypologische Einordnung dieser Dienstleistung ist umstritten.

Im Schrifttum wird sie als Typenkombination⁴⁶⁴ qualifiziert,⁴⁶⁵ mit der Begründung, dass die Bereitstellung der Datenbank eine dienstrechtliche Komponente und der einzelne Informationsabruf eine kaufrechtliche Komponente aufweise. Diese Einordnung ist sachgerecht, denn für die Bereitstellung der Datenbank zur Recherche zahlt der Nutzer häufig eine zeitabhängige Grundgebühr, um bei Bedarf in der Datenbank recherchieren zu können. Diese Grundgebühr dürfte auf der Grundlage eines Dienstvertrages geschuldet sein, der dem Nutzer die Inanspruchnahme der für die Eigenrecherche notwendigen Infrastruktur ermöglicht.⁴⁶⁶ Der Schwerpunkt der Verpflichtung des Datenbankanbieters liegt darin, die vorhandene Information zum Abruf bereit zu stellen, also in der Informationsüberlassung.⁴⁶⁷ Gegen die Einordnung der Bereitstellung der Datenbank als Dienstvertrag wurde eingewendet, dass es an einer persönlichen Beziehung zwischen den Vertragsparteien fehle.⁴⁶⁸ Dieser Personenbezug kann auch formularvertraglich abbedungen werden; er wird von § 613 BGB als Auslegungsregel nicht zwingend vorausgesetzt.⁴⁶⁹ Folglich ist davon auszugehen, dass die dauerhafte Bereitstellung der Datenbank zur Recherche als Dienstvertrag einzuordnen ist.

Was die einzelnen mehrfachen Informationsabrufe im Rahmen der langfristigen Bereitstellung angeht, gilt für sie das schon bei dem einmaligen Informationsabruf Ausgeführte. Es handelt sich also um einzelne, separate Kaufverträge. Der Content Provider erhält für jeden Informationsabruf eine separate Willenserklärung, so dass diese auch separat wegen Irrtums anfechtbar (vgl. § 119 BGB) sein muss, zu denken ist an Fälle, in denen der Nutzer irrtümlich ein sehr teures Dokument aufgerufen hat.⁴⁷⁰ Da es sich bei dem betroffenen Vertrag um einen Typenkombinationsvertrag handelt, ist bei Leistungsstörungen jeweils auf die Vorschriften des entsprechenden Vertragstyps zurückzugreifen, der für die gestörte Vertragspflicht charakteristisch ist.⁴⁷¹ Liegt die Störung im Bereich der Bereitstellung der Datenbank, macht z.B. das Datenbankverwaltungsprogramm Probleme oder stürzt der Rechner ab, finden nach dem Dienstvertragsrecht grundsätzlich die allgemeinen Regeln der

⁴⁶⁴ Zum Begriff Typenkombination siehe *Grüneberg*, in: Palandt, vor § 311, Rn. 21.

⁴⁶⁵ So auch *Sieber*, CR 1992, 518, 523; *Mehrings*, NJW 1993, 3102, 3102.

⁴⁶⁶ So zutref. *Fritzsche*, CR 1998, 632, 638, in Fn. 65 zur Kritik der Anwendung vom Pachtvertragsrecht.

⁴⁶⁷ So auch *Fritzsche*, CR 1998, 632, 638.

⁴⁶⁸ So *Sieber*, CR 1992, 518, 523.

⁴⁶⁹ Vgl. *Koch*, Internet-Recht, S. 33, m. w. Argumentation.

⁴⁷⁰ Siehe *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 279 f.

⁴⁷¹ Vgl. *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 791.

§§ 280 ff, 276, 323 ff, 311a II BGB Anwendung.⁴⁷² Erhält der Nutzer bei seiner Recherche, mangelhafte, z.B. unvollständige, inaktuelle, virenbefallene oder mit Rechten Dritter belastete Informationen, dann ist nach dem Kaufrecht zu prüfen, welche Gewährleistungs- und Haftungsansprüche dem Nutzer zustehen.

C. III. 2. Zwischenergebnis

Es ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Vertrag über einen entgeltlichen, einmaligen Informationsabruft um einen Kaufvertrag handelt. Bei dem Vertrag über entgeltliche, mehrfache Informationsabrufe im Rahmen einer dauerhaften Bereitstellung der Datenbank zu Recherchezwecken gegen Grundgebühr handelt es sich um einen Typenkombinationsvertrag, wobei die dauerhafte Bereitstellung der Datenbank zur Nutzerrecherche als Dienstvertrag und die einzelnen Informationsabrufe als Kaufvertrag zu qualifizieren sind.

C. IV. Die dauerhafte Bereitstellung der Datenbank

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass die Bereitstellung der Datenbank zur Recherche als Dienstvertrag i. S. v. § 611 BGB zu qualifizieren ist, so besteht die Hauptleistungspflicht des Content Providers aus dem Dienstvertrag darin, dass er den Zugang zu seiner Infrastruktur jeder Zeit (oder zu vertraglich vereinbarten Zeit) gewähren muss, so dass der Nutzer bei Bedarf recherchieren kann. Der Nutzer ist zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Diese Leistungspflicht des Content Providers als Datenbankanbieter ähnelt der des Access Providers. Jeden trifft die Verpflichtung, den Zugang zu seiner Infrastruktur jeder Zeit (oder zu vertraglich vereinbarten Zeit) zu gewähren. Zu beachten ist, dass während der Access Provider gem. § 8 I TMG den Zugang zu fremden Informationen vermittelt, der Content Provider nach § 7 I TMG eigene Information bereithält. Diese Unterscheidung ist im Hinblick auf die Haftungsprivilegierung des § 8 TMG maßgeblich.

Wie bei der Gewährung des Zugangs zum Access-Provider-System können bei der Gewährung des Zugangs zur Datenbank für Recherche Leistungsstörungen eintreten.

C. IV. 1. Leistungsstörungen bei der Bereitstellung der Datenbank

⁴⁷² Siehe *Schlechtriem*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 611, Rn. 14.

Im Folgenden werden die Leistungsstörungen bei der dauerhaften Bereitstellung der Datenbank, im Anschluss daran die Haftungsansprüche des Nutzers gegen den Content Provider bei Leistungsstörungen erörtert.

Der häufigste Fall von Leistungsstörungen ist hierbei der Ausfall des Zugangs zur Datenbank, so dass der Nutzer die Datenbank nicht erreichen bzw. nicht recherchieren kann.

Wie schon bezüglich der Zugangsgewährung zum Access-Provider-System festgestellt wurde, ist die Dienstleistungspflicht des Dienstverpflichteten wie die meisten Dienstverhältnisse zeitgebunden und daher nicht nachholbar.⁴⁷³ In den meisten Dienstverhältnissen stellt die Dienstleistungspflicht eine Fixschuld dar,⁴⁷⁴ so dass bei Versäumung der Leistungszeit durch Ausfall des Zugangs zur Datenbank Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) einer Teilleistung eintritt. Unmöglichkeit nach § 275 I BGB ist anzunehmen, wenn das System des Content Providers wegen eines technischen Defektes geschädigt oder das Datenbankverwaltungsprogramm funktionsunfähig ist, so dass der Content Provider die Datenbank (zeitweise) nicht bereitstellen kann. Die grobe Unverhältnismäßigkeit gem. § 275 II BGB ist z.B. anzunehmen, wenn der Content Provider die Datenbank nicht selbst erstellt, sondern mit anderen Datenbankproduzenten Vereinbarungen über Zugriffsmöglichkeiten auf weitere Datenbanken abschließt⁴⁷⁵ und die Leistungen der Vertragspartnern des Content Providers erheblich verteuert bzw. unter ungünstigen Bedingungen ihm weiterhin angeboten werden, mit der Folge, dass die Bereitstellung der Datenbank für ihn in einem grob unverhältnismäßigen Verhältnis zum Leistungsinteresse seiner Kunden bzw. des Nutzers steht. In einem solchen Fall kann der Content Provider die Erbringung der Leistung wegen grober Unverhältnismäßigkeit gem. § 275 II BGB verweigern. Ein Verweigerungsrecht nach § 275 III BGB kommt nicht in Betracht, da er die Leistung nicht höchstpersönlich zu erbringen hat. Nach § 275 I, II BGB wird der Content Provider von seiner Primärleistungspflicht befreit. Dies hat nach § 326 I 1 BGB zur Folge, dass die vom Nutzer geschuldete Vergütung in entsprechender Höhe herabgesetzt wird.⁴⁷⁶ Gemindert werden hier die monatlichen Grundgebühren im Verhältnis des Wertes der vollständigen Leistung (d.h. ohne Datenbankausfälle) zum Wert der noch möglichen Teilleistung.⁴⁷⁷ Der Betrag, um den sich die Vergütung des Content Providers mindert, wird gem. § 326 I 1 HS. 2 BGB nach § 441 III BGB berechnet. Hat der Nutzer die

⁴⁷³ Vgl. *Fuchs, Maximilian*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 2, § 611, Rn. 27.

⁴⁷⁴ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 611 BGB, Rn. 24.

⁴⁷⁵ Dazu siehe die Ausführungen von *Roth*, in Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 85 f.

⁴⁷⁶ Siehe *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, Teil 2, Rn. 30.

⁴⁷⁷ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, § 326, Rn. 5.

vereinbarte Vergütung schon entrichtet, so hat er gem. § 326 IV i. V. m. § 346 I BGB einen Anspruch auf Rückgewähr der nicht geschuldeten Teilvergütung.⁴⁷⁸

Eine weitere Leistungsstörung kommt in Betracht, nämlich die Beschädigung der Hard-, Software und/oder Daten des Nutzers. Dies könnte durch Hackerattacken oder Computerviren-Angriffe infolge unzulänglicher Absicherung des Systems des Providers bzw. des Nutzers während der Kommunikationsverbindung geschehen. Diese Leistungsstörung stellt eine Schlechterfüllung dar. Schlechterfüllung ist insbesondere möglich durch Beschädigung oder Zerstörung von Arbeitsgeräten oder fremden Sachen.⁴⁷⁹ Ferner handelt es sich hier um Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht (Schutzpflicht i. S. d. § 241 II BGB).

Da das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistung kennt, ist der Nutzer bei Schlechterfüllung zur Minderung der vereinbarten Vergütung nicht berechtigt.⁴⁸⁰ Er ist verpflichtet die Vergütung zu zahlen.

Sowohl bei Ausfall der Datenbank, als auch bei Schlechterfüllung bzw. Schutzpflichtverletzung steht dem Nutzer statt Rücktritt ein ordentliches oder außerordentliches Kündigungsrecht zu.⁴⁸¹

C. IV. 2. Schadensersatzansprüche des Nutzers

Bei verschuldeten Schlechterfüllung und Schutzpflichtverletzungen i. S. d. § 241 II BGB steht dem Nutzer ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung aus § 280 I BGB zu.

Bei verschuldeten Leistungshindernissen i. S. d. § 275 I, II BGB kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 I, III i. V. m. § 283 oder § 311a II BGB verlangen.

Im Folgenden wird zunächst der Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB erörtert. Danach wird die Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 I, III i. V. m. § 282 BGB und schließlich der Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 I, III, i. V. m. § 283 sowie § 311a II BGB behandelt.

C. IV. 2. a. Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB

⁴⁷⁸ Dazu siehe oben unter B. IV. 2.

⁴⁷⁹ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 611, Rn. 35.

⁴⁸⁰ Siehe die Ausführungen unter B. IV. 2.

⁴⁸¹ Dazu siehe die Ausführungen unter B. IV. 2.

Bei verschuldeter Schlechtleistung und Verletzung nichtleistungsbezogener Nebenpflichten (Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB) sind die dadurch entstandenen Schäden nach § 280 I BGB zu ersetzen.

C. IV. 2. aa. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 280 I BGB

C. IV. 2. aa. aaa. Bestehen des Schuldverhältnisses

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch auf Grundlage des § 280 I BGB ist stets das Bestehen eines Schuldverhältnisses. Das von § 280 I BGB vorausgesetzte Schuldverhältnis liegt nach der hier favorisierten Ansicht in dem zwischen dem Nutzer und dem Datenbankanbieter bestehenden Dienstvertrag i. S. v. § 611 BGB über die Bereitstellung der Datenbank zur Recherche.

C. IV. 2. aa. bbb. Pflichtverletzung

Weiterhin muss der Datenbankanbieter gem. § 280 I BGB eine sich aus dem Dienstvertrag ergebende Pflicht verletzt haben. Aufgrund des Dienstvertrages ist er gem. § 611 BGB zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Dienstleistung verpflichtet. Ihn trifft die Verpflichtung, seine Infrastruktur ordnungsgemäß bereit zu stellen. Der Datenbankanbieter verletzt diese Pflicht durch die unzulängliche Absicherung seines Systems bzw. der Kommunikationsverbindung zum Nutzersystem. Hat der Datenbankanbieter den Zugang zu seiner Datenbank zwar gewährt, die Absicherung seines Systems bzw. des Nutzersystems war jedoch unzulänglich mit der Folge, dass dies bzw. das System des Nutzers von Hackern oder Computerviren angegriffen worden ist, stellt dies eine Schlechtleistung und zugleich einen Verstoß gegen seine Nebenpflicht aus § 241 II BGB dar, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen seines Vertragspartners Rücksicht zu nehmen.

C. IV. 2. aa. ccc. Vertretenmüssen

Der Schadensersatz aus § 280 I BGB setzt ferner das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung voraus. Nach § 280 I 2 BGB ist der Schadensersatz wegen Pflichtverletzung ausgeschlossen, wenn der Datenbankanbieter die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen wird somit vermutet. Der Datenbankanbieter muss sich entlasten. Er muss darlegen und ggf. beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Er hat gem. § 276 I 1 BGB grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Vorsatz ist normalerweise nicht anzunehmen. Er handelt nach § 276 II BGB fahrlässig, wenn er bei der Bereitstellung der Datenbank die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Bei sorgfältiger Kontrolle seines Systems hätte der Provider bemerken müssen, dass seine

Absicherungsmaßnahmen unzulänglich sind. Gem. § 278 BGB wird ihm das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet.

C. IV. 2. aa. ddd. Schaden und Kausalität

Schließlich muss durch die schuldhafte Pflichtverletzung ein Schaden eingetreten sein. Schaden im natürlichen Sinne ist jede „unfreiwillige“ Einbuße, die jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an Lebensgütern, wie Gesundheit, Ehre, Eigentum oder Vermögen, erleidet.⁴⁸² Aufgrund der unzulänglichen Systemsicherung könnte das System des Nutzers von Hackern oder Computerviren angegriffen werden mit der Folge, dass z.B. seine Festplatte oder Programme zerstört werden und/oder seine Daten verloren gehen. Zwischen der Pflichtverletzung und dem entstandenen Schaden muss eine haftungsausfüllende Kausalität bestehen.

C. IV. 2. bb. Rechtsfolgen

Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach den §§ 249 ff. Nach § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Danach ist der Schaden grundsätzlich durch sog. Naturalrestitution auszugleichen; d.h. Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.⁴⁸³ Bei „reinen Sachschäden“ ist die Herstellung i.d.R. die Reparatur.⁴⁸⁴ Bei Beschädigung des Nutzerrechners infolge ungeeigneter technischer Absicherung des Providersystems oder dessen Kommunikationsverbindung zum Nutzersystem, kann der Nutzer nach § 249 I BGB Reparatur seines Computers verlangen. Gem. § 249 II BGB kann er statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Nur wenn die Wiederherstellung unmöglich ist, z.B. bei Totalbeschädigung des Nutzerrechners (vgl. § 251 I BGB), oder wenn dies nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (vgl. § 251 II BGB), besteht ein Anspruch auf Geldersatz.⁴⁸⁵

C. IV. 3. Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 282 BGB

Bei schwerwiegender Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht i. S. d. § 241 II BGB kann der Nutzer unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 282 BGB auch

⁴⁸² Vgl. Heinrich, in: Palandt, Vorb. v. § 249, Rn. 7.

⁴⁸³ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 249, Rn. 2.

⁴⁸⁴ Vgl. Teichmann, Arndt, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 249, Rn. 3.

⁴⁸⁵ Siehe Teichmann, Arndt, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 249, Rn. 1.

Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der Nutzer kann bei wiederholter Beschädigung der Hard-, Software oder Daten des Nutzers durch Attacken von Hackern oder Computerviren infolge unzureichender Absicherung des Anbietersystems bzw. der Kommunikationsverbindung zum Nutzersystem Schadensersatz anstelle der Hauptleistung fordern, falls er an der Erbringung der Leistung durch diesen Provider kein Interesse mehr hat.

C. IV. 3. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 282 BGB

C. IV. 3. a. aa. Bestehendes Schuldverhältnis⁴⁸⁶

C. IV. 3. a. bb. Schutzpflichtverletzung

Vorausgesetzt ist weiterhin, dass der Content Provider eine nichtleistungsbezogene Nebenpflicht (Schutzpflicht i. S. v. § 241 II BGB) verletzt hat. Er muss seiner Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Nutzers nicht nachgekommen sein.⁴⁸⁷ § 282 BGB findet Anwendung, wenn der Schuldner zwar seine Leistung ordnungsgemäß erbringt oder noch nicht erbringen muss, dem Gläubiger aber die weitere Durchführung des Vertrags wegen erheblicher leistungsbegleitender Schutzpflichtverletzungen durch den Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann.⁴⁸⁸

Der Nutzer kann nach §§ 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern, wenn der Content Provider zwar den Zugang zu seiner Datenbank gewähren kann und will, er aber eine nichtleistungsbezogene Schutzpflicht i. S. v. § 241 II verletzt hat, so dass ein Festhalten am Vertrag dem Nutzer nicht mehr zuzumuten ist.

C. IV. 3. a. cc. Vertretenmüssen

Der Schadensersatz aus § 280 I BGB setzt ferner das Vertretenmüssen der Schutzpflichtverletzung voraus. Nach § 280 I 2 BGB ist der Schadensersatz wegen Pflichtverletzung ausgeschlossen, falls der Content Provider die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen wird somit vermutet. Er muss sich entlasten, indem er darlegt und ggf. beweist, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Der Content Provider hat gem. § 276 I 1 BGB grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Vorsatz ist normalerweise nicht anzunehmen. Er handelt nach § 276 II BGB fahrlässig, wenn er bei Bereitstellung der Datenbank die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Bei sorgfältiger Kontrolle seines Systems, insbesondere bei Rügen des Nutzers wegen

⁴⁸⁶ Dazu siehe oben unter C. IV. 2. aa. aaa.

⁴⁸⁷ Siehe Schulze, in: HK-BGB, § 282, Rn. 3.

⁴⁸⁸ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 1.

wiederholter Beschädigung seiner Hard- oder Software durch Hacker-Attacken oder Computerviren, hätte der Content Provider seine Absicherungsmaßnahmen überprüfen müssen. Unterlässt er seine Kontroll- und Überprüfungspflichten, so handelt er fahrlässig i. S. v. § 276 II BGB. Gem. § 278 BGB wird ihm etwaiges Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Gem. § 276 I 1 BGB haftet er verschuldensunabhängig, wenn er eine Garantie für die Zulänglichkeit seiner Schutzvorkehrungen übernommen hat.

C. IV. 3. a. dd. Unzumutbarkeit

Die Unzumutbarkeit ist z.B. anzunehmen bei wiederholter Beschädigung der Hard- oder Software des Nutzers durch Hacker-Attacken oder Computerviren infolge der Unzulänglichkeit der von dem Content Provider eingerichteten Schutzmechanismen zum Schutz seines Systems bzw. der Kommunikationsverbindung zum Nutzersystem.

C. IV. 3. a. ee. Schaden und Kausalität

Ferner setzt ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 282 BGB einen Schaden voraus. Der Provider muss dem Nutzer alle Schäden ersetzen, die durch die Schutzpflichtverletzung adäquat-kausal (haftungsausfüllende Kausalität) verursacht worden sind. Diese sind z.B. die Schäden, die dadurch entstanden sind, dass der Nutzer einen Vertrag über Informationsrecherche mit einem anderen Content Provider zu einem höheren Entgelt abschließen musste (Deckungsgeschäft). Zu beachten ist hier, dass ein Deckungsgeschäft mit einem anderen Datenbankanbieter über die Bereitstellung der Datenbank als solche für den Nutzer keinen Sinn macht, denn er schließt einen Vertrag über die Bereitstellung der Datenbank mit dem Content Provider, um recherchieren und die Information aus der Datenbank abrufen zu können und nicht für die Bereitstellung der Datenbank an sich. Folglich besteht das Deckungsgeschäft in einem Vertrag mit einem anderen Anbieter über Informationsüberlassung, der aus zwei Komponenten besteht, also aus der dauerhaften Bereitstellung der Datenbank zur Recherche und der einzelnen wiederholten Informationsabrufe.

C. IV. 3. b. Rechtsfolgen

Der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 282 BGB erfasst das Erfüllungs- bzw. positive Interesse. Er tritt an die Stelle der Primärleistung. Art und Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Nach § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde. Der Nutzer muss so gestellt werden, als hätte der

Anbieter ordnungsgemäß erfüllt. Zu ersetzen sind hier die Mehraufwendungen für das Deckungsgeschäft.

C. IV. 4. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB

Bei zeitweiser Nichterreichbarkeit der Datenbank nach Vertragsabschluss kann der Nutzer gem. § 280 I, III i. V. m. § 283 S. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

C. IV. 4. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 283 BGB

C. IV. 4. a. aa. Wirksames Schuldverhältnis

Ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, III, 283 BGB setzt das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus. Das von § 280 I BGB vorausgesetzten Schuldverhältnis liegt nach der hier vertretenen Meinung in dem zwischen Nutzer und Content Provider bestehenden Dienstvertrag i. S. d. § 611 BGB über die entgeltliche Bereitstellung der Datenbank zur Recherche.

C. IV. 4. a. bb. Nachträgliche Leistungsbefreiung

Der Content Provider muss nach Vertragsschluss von seiner Primärleistungspflicht zur Bereitstellung der Datenbank gem. § 275 I oder II BGB befreit worden sein. Die Bereitstellung muss ihm nach Vertragsschluss (teilweise) unmöglich geworden ist (§ 275 I BGB) oder er hat die Bereitstellung wegen nach Vertragsschluss eingetretener grober Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) verweigert.⁴⁸⁹ Der Schuldner trägt für die Voraussetzungen des § 275 BGB die Beweislast.⁴⁹⁰ Der Nutzer muss also darlegen und beweisen, dass sein Anspruch auf die Leistung gem. § 275 BGB ausgeschlossen ist und das Leistungshindernis erst nach dem Vertragsschluss eingetreten ist.

C. IV. 4. a. cc. Pflichtverletzung

Der Content Provider verletzt seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Bereitstellung der Datenbank zur Recherche, wenn eine (teilweise) Leistungsbefreiung nach § 275 I oder II BGB nach Vertragsschluss dadurch entsteht, dass z.B. die vom Content Provider zur Bereitstellung eingesetzte Technik fehlerhaft ist oder dass er mit zu vielen Nutzern Verträge zur elektronischen Recherche abgeschlossen hat und dadurch seine Infrastruktur überlastet ist. Zu beachten ist, dass der Eintritt der Leistungsbefreiung auf einem Umstand beruhen könnte, der im Bereich des Nutzers liegt z.B. fehlerhafte Hard- und/oder Software des Nutzers, oder

⁴⁸⁹ Siehe dazu die Ausführungen unter C. IV. 1.

⁴⁹⁰ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 275, Rn. 33.

auf Störungen im Bereich des Netzbetreibers oder im Internet zurückzuführen ist. Hier fehlt es bereits an einer Pflichtverletzung und nicht erst am Vertretenmüssen.

C. IV. 4. a. dd. Vertretenmüssen

Der Datenbankanbieter schuldet Schadensersatz statt der Leistung gem. § 280 I, III, 283 BGB, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Nach § 280 I 2 BGB wird das Vertretenmüssen vermutet, solange er sich nicht entlastet. Bei § 283 BGB muss dem Datenbankanbieter vorgeworfen werden können, dass er die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) nicht abwendete. Er hat nach § 276 I 1 BGB eigenen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Gem. § 278 BGB wird ihm das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Hier liegt ein fahrlässiges Verhalten des Anbieters oder seines Erfüllungsgehilfen nahe. Fahrlässigkeit ist dem Datenbankanbieter vorzuwerfen, wenn er bei Beachtung der im Verkehr üblichen Sorgfalt den Eintritt der Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) hätte voraussehen und vermeiden können. Welche Sorgfaltsanforderungen an den Datenbankanbieter gestellt werden können, sind an der verkehrsüblichen Sorgfalt zu messen. Vom Datenbankanbieter wird erwartet, dass die von ihm zum Betrieb der Datenbank zur Verfügung gestellte Hard- und/oder Software fehlerfrei ist.

C. IV. 4. a. ee. Schaden und Kausalität

Schäden können dadurch entstehen, dass der Nutzer aufgrund der Unmöglichkeit oder groben Unverhältnismäßigkeit die Datenbank nicht erreichen bzw. die Information nicht abrufen kann. Der Content Provider muss dem Nutzer alle Schäden ersetzen, die durch die Unerreichbarkeit der Datenbank entstanden sind. Dies ist insbesondere anzunehmen im Falle einer Informationsdatenbank, die dem Nutzer täglich den Zugriff zu Charts zu allen an der Deutschen Börse gehandelten DAX Werten zur Verfügung stellt,⁴⁹¹ so dass ihre Kunden schnellstmöglich Zugriff auf diese Information erhalten können. Der Schaden des Nutzers könnte darin bestehen, dass er aufgrund der Unerreichbarkeit der Datenbank ein gewinnbringendes Geschäft versäumt hat oder einen Vertrag über die Informationsrecherche mit einem anderen Content Provider zu einem höheren Entgelt abschließen musste (Deckungsgeschäft).⁴⁹² Die Schäden müssen adäquat-kausal (haftungsausfüllende Kausalität) durch die Unerreichbarkeit der Datenbank verursacht worden sein

C. IV. 4. b. Rechtsfolgen

⁴⁹¹ Zu diesem Beispiel siehe Waldner, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 277.

⁴⁹² Zum Abschluss eines Deckungsgeschäfts ist auf die Überlegung oben unter C. IV. 3. a. ee zu verweisen.

In der Rechtsfolge gewähren §§ 280 I, III, 283 BGB vollständigen Schadensersatz statt der Leistung. Art und Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Er erfasst das Erfüllungs- bzw. positive Interesse. Nach § 249 I BGB ist der Zustand herzustellen, der ohne die Pflichtverletzung bestehen würde. Der Nutzer kann grundsätzlich nur Schadensersatz für den versäumten Teil (kleinen Schadensersatz) verlangen. Gem. § 283 S. 2 BGB findet § 281 I 2, 3 und V BGB entsprechende Anwendung. Dies bedeutet, dass der Nutzer bei einer vom Content Provider zu vertretenden, teilweisen Unmöglichkeit i. S. v. § 275 I BGB oder teilweisen Leistungshindernisses nach § 275 II BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) nur verlangen kann, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat (vgl. § 281 I BGB). Also bei wiederholter Nichterreichbarkeit der Datenbank innerhalb der Vertragslaufzeit mit der Folge, dass der Nutzer nicht recherchieren bzw. keine Information abrufen kann, hat der Nutzer das Recht die noch mögliche Teilleistung abzulehnen und gem. § 283 S. 2 BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) zu verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Wie schon erwähnt, hat der IX. Zivilsenat des BGH zur Frage der Unmöglichkeit bei Dienstverträgen, die Fixcharakter haben, Stellung genommen.⁴⁹³ Er stellte fest, dass der Beklagte gemäß § 325 I 2 BGB a. F. (jetzt § 283 S. 2 BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB n. F.) berechtigt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, wenn die Teilerfüllung des Vertrages für ihn nicht von Interesse ist. Freilich hat er, so der BGH, gemäß § 280 II BGB i. V. m. § 346 S. 2 BGB a. F. (jetzt § 281 V BGB i. V. m. § 346 ff BGB n. F.) für die geleisteten Dienste das vereinbarte (anteilige) Entgelt zu entrichten. Verlangt der Nutzer bei gänzlichem Interessewegfall vom Content Provider Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so hat er nach § 281 V BGB i. V. m. § 346 ff BGB für die erbrachte Leistung die vereinbarte (anteilige) Vergütung zu entrichten.⁴⁹⁴

C. IV. 5. Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB

§ 311a II BGB gewährt dem Gläubiger einen verschuldensabhängigen Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglichen Leistungshindernissen i. S. v. § 275 I, II BGB.⁴⁹⁵ Auf § 311a BGB wird in § 275 IV BGB verwiesen. § 311a II BGB stellt eine eigenständige Anspruchgrundlage für Schadensersatz statt der Leistung bei anfänglichen Leistungshindernissen i. S. v. § 275 I, II BGB dar. Überträgt man die Grundsätze dieser Norm

⁴⁹³ BGH, Urt. vom 22.5.1990-IX ZR 208/89, NJW 1990, S. 2549 (2550).

⁴⁹⁴ BGH, Urt. vom 22.5.1990-IX ZR 208/89, NJW 1990, S. 2549 (2550).

⁴⁹⁵ Dazu siehe oben unter C. IV. 1.

auf die Bereitstellung der Datenbank zur Recherche, so greift § 311a II BGB ein, sofern die Leistungserbringung „schon bei“ Vertragsschluss subjektiv oder objektiv nicht möglich (§§ 311a II, 275 I BGB) oder grob unverhältnismäßig (§§ 311a II, 275 II BGB) ist.

C. IV. 5. a. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus § 311a II BGB

C. IV. 5. a. aa. Wirksames Schuldverhältnis

Vorausgesetzt ist nach § 311a I BGB zunächst der Abschluss eines wirksamen Vertrages.⁴⁹⁶

C. IV. 5. a. bb. Anfängliche Befreiung von der Leistungspflicht

Ein Schadensersatzanspruch aus § 311a II BGB setzt weiterhin voraus, dass der Content Provider aufgrund einer bei Vertragsschluss vorliegenden Unmöglichkeit i. S. d. § 275 I BGB oder grober Unverhältnismäßigkeit nach § 275 II BGB von seiner Leistungspflicht befreit ist. Das bedeutet, dass das Leistungshindernis bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand. Der Content Provider verspricht die Bereitstellung der Datenbank zur Recherche, obwohl dies ihm bereits bei Vertragsschluss nicht möglich ist (§ 275 I BGB) bzw. er die Leistungserbringung wegen grober Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) verweigern darf.

C. IV. 5. a. cc. Kenntnis oder Kennenmüssen

Nach § 311a II 2 BGB kann der Nutzer der Schadensersatzanspruch nicht geltend machen, wenn der Content Provider das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen richtet sich nach §§ 276, 278 BGB. Der Content Provider oder sein Erfüllungsgehilfe muss also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben, als er das Versprechen zur Bereitstellung der Datenbank abgab. Vorsatz ist anzunehmen, wenn der Content Provider wegen eines Defekts seines Servers, Überlastung seines Systems oder wegen Funktionsunfähigkeit des Datenbankverwaltungsprogramms schon vor Vertragsschluss wusste, dass ihm die langfristige Bereitstellung der Datenbank unmöglich (§ 275 I BGB) ist. Das Gleiche gilt, wenn der Content Provider wegen grober Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) die Bereitstellung verweigern kann. Dies ist in dem Fall anzunehmen, wenn der Content Provider aufgrund erhöhter Kosten der Leistungen seines Vertragspartners die grobe Unverhältnismäßigkeit der langfristigen Bereitstellung der Datenbank kannte. Fahrlässig handelt der Content Provider, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 II BGB). Welche Sorgfaltsanforderungen er erfüllen muss, hängen davon ab, ob das Leistungshindernis in seinem Einflussbereich liegt oder nicht. Bei häufigem Absturz seines Systems, bei wiederholten Störungen des

⁴⁹⁶ Dazu siehe oben unter B. V. 2. a. aa.

Datenbankverwaltungsprogramms oder bei häufigen Beschwerden seiner Kunden über die schwere Erreichbarkeit der Datenbank muss er davon ausgehen, dass die Störungen in dem von ihm zu verantwortenden Bereich liegen, so dass er sich vor dem Vertragsschluss mit dem Nutzer seiner Leistungsfähigkeit vergewissern muss. Er handelt daher fahrlässig, falls er die Unmöglichkeit oder grobe Unverhältnismäßigkeit nicht kannte. Die Unkenntnis seines Erfüllungsgehilfen wird ihm über § 278 BGB zugerechnet. Aus der negativen Formulierung des § 311a 2 BGB ergibt sich, dass die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Content Providers vermutet wird. Er muss sich entlasten, indem er darlegt und ggf. beweist, dass er das Leistungshindernis bei Vertragsschluss weder kannte noch kennen musste.⁴⁹⁷

C. IV. 5. a. dd. Schaden und Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch gem. § 311a II BGB setzt einen Schaden voraus, der auf der Pflichtverletzung beruht.⁴⁹⁸

C. IV. 5. b. Rechtsfolgen

Wie §§ 280 I, III, 283 BGB erfasst der Schadensersatzanspruch nach § 311a II BGB das positive bzw. Erfüllungsinteresse, d.h. der Nutzer ist so zu stellen, wie er ohne das anfängliche Leistungshindernis i. S. d. § 275 I, II BGB stünde.⁴⁹⁹

C. IV. 6. Ergebnis

Bei verschuldeter (vorsätzlicher oder fahrlässiger) Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Bereitstellung seiner Infrastruktur (§ 611 BGB) oder bei Verletzung nichtleistungsbezogener Nebenpflichten (Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB) ist der Content Provider verpflichtet, die dadurch entstandenen Schäden nach § 280 I BGB zu ersetzen. Als Schaden kommt nach § 280 I BGB das sog. Integritätsinteresse in Betracht. Diese sind Schäden an solchen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen des Nutzers, die ihm unabhängig von dem Vertrag zur dauerhaften Bereitstellung der Datenbank zur Recherche zustehen. Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach den §§ 249 ff. Gem. § 249 I BGB kann der Nutzer die Reparatur seines Rechners und/oder die Wiederherstellung seiner Daten verlangen. Nach § 249 II BG kann er die Kosten der Reparatur des Rechners und oder der erforderliche Geldbetrag für die Wiederherstellung der Daten verlangen. Gem. § 251 I BGB

⁴⁹⁷ Siehe auch die Ausführungen unter B. V. 1. a. dd. und B. V. 1. a. ee.

⁴⁹⁸ Dazu siehe oben unter C. IV. 4. a. ee.

⁴⁹⁹ Dazu siehe oben unter C. IV. 4. b.

kann er Schadensersatz in Geld verlangen, soweit die Naturalrestitution nach § 249 BGB nicht möglich ist.

Der Nutzer kann bei schwerwiegenden Schutzpflichtverletzungen gem. §§ 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der Schadensersatzanspruch erfasst wie bei §§ 280 I, III, 283 und § 311a II BGB das Erfüllungs- bzw. positive Interesse.

Bei anfänglicher oder nachträglicher zeitweiser Nichterreichbarkeit der Datenbank kann der Nutzer gem. § 280 I, III BGB i. V. m. § 283 oder § 311a II BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

Gem. § 311a II 1 und § 280 I, III BGB i. V. m. § 283 S. 1 BGB kann der Nutzer grundsätzlich nur Schadensersatz des versäumten Teils (kleinen Schadensersatz) verlangen.

Bei wiederholter Nichterreichbarkeit der Datenbank innerhalb der Vertragslaufzeit mit der Folge, dass der Nutzer nicht recherchieren bzw. keine Information abrufen kann, hat er das Recht die noch mögliche Teilleistung abzulehnen und gem. § 311a II 3 BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB sowie nach § 283 S. 2 BGB i. V. m. § 281 I 2 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) zu verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. In diesen Fällen hat er nach § 311a II 3 BGB i. V. m. §§ 281 V, 346 ff. und § 283 S. 2 BGB i. V. m. §§ 281 V, 346 ff. BGB für die erbrachte Teilleistung die vereinbarte (anteilige) Vergütung zu entrichten.⁵⁰⁰

C. V. Entgeltliche einzelne Informationsabrufe

Bei Zuordnung der einzelnen, entgeltlichen Informationsabrufe auch im Rahmen einer dauerhaften Bereitstellung der Datenbank zur Recherche dem Kaufvertragsrecht, finden nach § 453 I BGB die kaufrechtlichen Vorschriften (§§ 433 ff. BGB) entsprechende Anwendung. Denn § 453 I BGB stellt klar, dass die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und „sonstigen Gegenständen“ entsprechende Anwendung finden. Unter „sonstige Gegenstände“ fallen u. a. Informationen.⁵⁰¹

Beim Kaufvertrag über Sachen sind die Hauptleistungspflichten des Verkäufers nach § 433 I 1 BGB, die Pflicht dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Weiterhin hat der Verkäufer gem. § 433 I 2 BGB dem Käufer den Kaufgegenstand frei von Sach- (§434 BGB) und Rechtsmängeln (§ 435 BGB) zu verschaffen.

C. V. 1. Pflicht zur Übergabe

⁵⁰⁰ Siehe dazu die Ausführungen unter B. V. 2. c.

⁵⁰¹ Siehe Weidenkaff, in: Palandt § 453, Rn. 9, § 433, Rn. 10.

Übergabe ist das Verschaffen des unmittelbaren Besitzes i. S. d. § 854 I oder II BGB.⁵⁰² § 854 BGB regelt den unmittelbaren Besitz an Sachen i. S. v. körperlichen Gegenständen. Bei Informationen handelt es sich nicht um körperliche Gegenstände, sondern um informationelle, immaterielle oder geistige Güter.⁵⁰³ Sie sind somit kein Gegenstand eines Besitzverhältnisses. Die Übergabe muss also durch irgendeine andere Form ersetzt werden. Die Bereitstellung der Information auf dem Server des Content Providers zum Abruf durch den Nutzer ist ausreichend, um die Pflicht zur Übergabe zu ersetzen, denn durch sie erlangt der Nutzer die tatsächliche Herrschaft über die Information und der Content Provider ist im Nachhinein von jeder Einwirkung auf sie ausgeschlossen.⁵⁰⁴ Bei der Bereitstellung der Information auf dem Server des Content Providers zum Abruf handelt es sich um eine Holschuld.⁵⁰⁵ Holschuld bedeutet, dass der Gläubiger den Kaufgegenstand beim Schuldner abholen muss. Der Nutzer muss also die vom Content Provider bereitgestellten Information abrufen, sobald er von der Abrufmöglichkeit Kenntnis erlangt, sonst kommt er nach § 293 BGB in Annahmeverzug; dies steht nach § 446 S. 3 BGB der Übergabe gleich, führt also zum Gefahrübergang und damit zum Beginn des Systems des Gewährleistungsrechts.⁵⁰⁶ Hiernach geht die Gefahr des zufälligen unwiederbringlichen Löschens der Information auf den Nutzer über (§ 446 S. 1 BGB)

C. V. 2. Pflicht zur Eigentumsverschaffung

Obwohl die Information als unkörperliches immaterielles Gut nicht Gegenstand von Eigentum sein kann, ist es für das Vorliegen eines Kaufvertrages ausreichend, dass dem Käufer die tatsächliche Kenntnis und der dauerhafte, ungestörte Gebrauch verschafft wird.⁵⁰⁷

C. V. 3. Pflicht zur mangelfreien Verschaffung

C. V. 3. a. Sachmangel

Wie schon erwähnt, hat der Verkäufer gem. § 433 I 2 BGB dem Käufer den Kaufgegenstand frei von Sach- (§434 BGB) und Rechtsmängeln (§ 435 BGB) zu verschaffen.

⁵⁰² Weidenkaff, in: Palandt § 433, Rn. 13.

⁵⁰³ Vgl. Mehrings, NJW 1993, S. 3102, 3105.

⁵⁰⁴ Ausführlich dazu Cichon, Internet-Verträge, Rn. 984.

⁵⁰⁵ Bartsch, CR 2005, S. 1, 3, der Beitrag bezieht sich auf die Überlassung von Software.

⁵⁰⁶ Vgl. Bartsch, CR 2005, S. 1, 3.

⁵⁰⁷ Roth, in Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 92.

Die Information ist nach § 434 I 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) die vereinbarte Beschaffenheit hat. Der Begriff „Beschaffenheit“ wird im Gesetz nicht definiert.⁵⁰⁸ Beschaffenheit der Sache umfasst alle der Sache anhaftenden Eigenschaften.⁵⁰⁹ Als vereinbarte Beschaffenheit kommt z.B. die Richtigkeit, Aktualität oder Vollständigkeit der Information in Betracht. Ist eine Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Information frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die vertraglich vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung eignet. Von wesentlicher Bedeutung ist hierbei, was die Vertragspartner vereinbart haben und ob dem Anbieter der konkrete Verwendungszweck des Kunden bekannt oder zumindest erkennbar war und damit Vertragsbestandteil geworden ist.⁵¹⁰ Nach § 434 I 2 BGB gehören zur geschuldeten Beschaffenheit der Kaufsache auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen, insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann.

Nach § 434 III BGB steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert. Dies ist anzunehmen, wenn der Content Provider z.B. unzutreffende Informationen oder eine zu geringe Menge bzw. unvollständige Informationen überlässt. Wie schon erwähnt wurde, begründet der Sachmangel ab Gefahrübergang (§ 446 BGB) im Gegensatz zur Nichterfüllung der Pflicht zur Übergabe und Eigentumsverschaffung (§ 433 I 1 BGB) nicht unmittelbar die Rechte aus §§ 280, 281, 284, 323 BGB, sondern die Rechtsfolgen der §§ 437- 442 BGB.⁵¹¹

C. V. 3. b. Rechtsmangel

Nach § 435 S. 1 BGB ist der Kaufgegenstand frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf den Kaufgegenstand keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Im vorliegenden Zusammenhang liegt ein Rechtsmangel i. S. d. § 435 S. 1 BGB bei einer Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit durch Rechte Dritter vor, dies ist in den Fällen anzunehmen, in denen der Content Provider Nichtberechtigter der überlassenen urheberrechtlichen Nutzungsrechte ist oder Rechte Dritter bestehen, die von ihm nicht offen gelegt worden sind.⁵¹²

⁵⁰⁸ Siehe *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 5. Kap. Rn. 98.

⁵⁰⁹ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 434, Rn. 9.

⁵¹⁰ *Roth*, in Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 71, in Bezug auf die Softwareüberlassung.

⁵¹¹ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 434, Rn. 5.

⁵¹² Siehe *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil VII, Rn. 117.

C. V. 4. Rechte des Nutzers wegen Mängeln aus §§ 437 ff. BGB

Soweit für die Überlassung der Informationen zur Recherche das Kaufvertragsrecht gilt, so gelten bei Leistungsstörungen die kaufrechtlichen Vorschriften über Mängelhaftung nach den §§ 437 ff. BGB. Der Content Provider verletzt dadurch, dass er dem Nutzer eine mangelhafte Information überlässt, grundsätzlich seine Verpflichtung aus § 433 I 2 BGB dem Nutzer die Information frei von Sach- und Rechtsmängeln zum Abruf bereitzustellen. Die beiden Mängelarten unterliegen den Rechtsfolgen, die sich aus den §§ 437 ff. BGB ergeben.⁵¹³

Gem. § 437 Nr. 1 BGB i. V. m. § 439 I BGB hat der Nutzer vorrangig einen Nacherfüllungsanspruch. Nach § 437 Nr. 2 BGB i. V. m. §§ 440, 323 und 326 V BGB kann er von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 437 Nr. 2 BGB i. V. m. § 441 BGB den Kaufpreis mindern.

Neben dem Rücktritts- und Minderungsrecht kann der Nutzer Schadensersatzansprüche geltend machen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 437 Nr. 2 BGB („und“) und aus § 325 BGB.

Als Anspruchgrundlage kommen § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 440,⁵¹⁴ 311a II BGB in Betracht. Während die §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB für Schadensersatz statt der Leistung (bei behebbaren Mängeln) gelten, gelten die §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 283, 311a II BGB für Schadensersatz statt der Leistung (bei unbehebbaren Mängeln).⁵¹⁵ Der letztere Fall tritt bei Vorliegen einer Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) der Nacherfüllung oder eines Leistungshindernisses i. S. d. des § 275 II oder III BGB ein.

Wie schon erwähnt, ist die Leistungspflicht des Content Providers bei einem Recherchevertrag über Informationsüberlassung darauf gerichtet, eine Information mittlerer Art und Güte zu überlassen. Dies ist damit zu begründen, dass die Information grundsätzlich beliebig reproduzierbar ist, so dass die Annahme einer Gattungsschuld⁵¹⁶ nach § 243 I BGB i.d.R. nahe liegt.⁵¹⁷ Dies gilt auch für die Informationsbeschaffung,⁵¹⁸ bei der das Suchergebnis individuell erst mit der Abfrage des Nutzers hergestellt wird.

Die Leistungspflicht bei einem Recherchevertrag über Informationsüberlassung kann vom Content Provider immer erfüllt werden, so dass eine Unmöglichkeit nach § 275 I BGB nicht

⁵¹³ Siehe *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 5. Kap. Rn. 35.

⁵¹⁴ § 440 wird zuerst genannt, obwohl die Norm nur weitere Ausnahmen vom Fristsetzungserfordernis des § 323 I BGB enthält.

⁵¹⁵ Vgl. *Saenger*, in: HK-BGB, § 437, Rn. 12.

⁵¹⁶ Dazu siehe Gattungsschuld bei unentgeltlicher Informationsüberlassung oben unter C. II. 4. b.

⁵¹⁷ Siehe *Spindler*, in: Neues Recht in neuen Medien, S. 145, 151.

⁵¹⁸ Siehe unten unter C. VI. 3 f..

anzunehmen ist, es sei denn die Gattung ist erschöpft.⁵¹⁹ Der Inhalt der Leistungspflicht ändert sich bei Konkretisierung des Kaufgegenstands. Konkretisiert wird der Kaufvertrag auf die gelieferte Information nach § 243 II BGB grundsätzlich nur dann, wenn der Content Provider als Verkäufer alles seinerseits erforderlich getan hat, also wenn er Informationen mittlerer Art und Güte nach § 243 I BGB zum Abruf bereitgestellt hat. Bei Kenntnis der Abrufmöglichkeit muss der Nutzer die vom Provider zum Abruf bereitgestellten Informationen abrufen, ansonsten kommt er nach § 293 BGB in Annahmeverzug; dies steht nach § 446 S. 3 BGB der Übergabe gleich, führt also zum Gefahrübergang und damit zum Beginn des Regimes der Gewährleistungsregeln.⁵²⁰ Nach § 446 I 1 BGB geht mit der Übergabe der Kaufsache die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Demnach geht die Gefahr des zufälligen unwiederbringlichen Löschens oder Beschädigung der Informationen nach Kenntnisnahme von deren Bereitstellung zum Abruf auf den Nutzer über.

Des Weiteren kann ein Mangel der Information auch zu Schäden an anderen Rechtsgütern des Nutzers führen. Es handelt sich hier um sog. Mangelfolgeschäden (Integritätsinteresse); diese sind die durch den Mangel verursachten Einbußen an den unabhängig vom Kaufvertrag bestehenden Rechtsgütern.⁵²¹ Anspruchgrundlage für solche Schäden ist § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I BGB.⁵²² In Betracht kommen z.B. der Verlust von Daten des Nutzers, die Beschädigung seiner Hard- und/oder Software durch Virenverseuchung der zum Abruf bereitgestellten Informationen oder Schäden infolge falscher Dispositionen, die der Nutzer aufgrund falscher Informationen über Kreditbedingungen getroffen hat.

C. V. 4. a. Nacherfüllungsanspruch gem. § 437 Nr. 1 i. V. m. § 439 BGB

Die Nacherfüllung ist in § 439 I BGB geregelt und umfasst die Lieferung einer mangelfreien Sache (Nachlieferung, Ersatzlieferung) und die Nachbesserung in eine mangelfreie Sache (Reparatur).⁵²³ Bei elektronisch überlassenen Informationen erfolgt die Nacherfüllung durch Bereitstellung mangelfreier Information als Ersatzlieferung. Die Beseitigung des Mangels an der Information erfolgt z.B. durch Aktualisierung oder Ergänzung der Information. Nach einer Meinung in der Literatur scheidet eine Nacherfüllung bei der Rechercheleistung in aller

⁵¹⁹ Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 8.

⁵²⁰ Siehe Bartsch, CR 2005, S. 1, 3.

⁵²¹ Vgl. Berger, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 437, Rn. 15.

⁵²² Vgl. Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 5. Kap. Rn. 248.

⁵²³ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 5.

Regel aus.⁵²⁴ Dies wurde damit begründet, dass eine erneute Recherche das gleiche Ergebnis bringen würde. Dieser Meinung ist zu widersprechen, denn der Content Provider kann den Mangel, z.B. Inaktualität oder Unvollständigkeit, durch Aktualisierung oder Vervollständigung beseitigen bzw. als Nacherfüllung mangelfreie Informationen zum Abruf bereitstellen (§ 439 I BGB).

Der Nacherfüllungsanspruch nach § 439 BGB hat grundsätzlich Vorrang vor anderen Mängelrechten. Erst wenn die vom Käufer zur Nacherfüllung gesetzte angemessene Frist⁵²⁵ ergebnislos verstrichen ist, kann er nach § 437 Nr. 2 BGB zurücktreten (§ 440 BGB) oder mindern (§ 441 BGB); dies gilt im Grundsatz auch für Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 281 BGB und Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB.⁵²⁶

C. V. 4. a. aa. Voraussetzungen der Nacherfüllung

C. V. 4. a. aa. aaa. Mängelhaftigkeit der Information

Die vom Content Provider zum Abruf bereitgestellte Information muss mit einem Mangel behaftet sein. Erfasst sind Sach- wie Rechtsmängel nach §§ 434, 435 BGB.⁵²⁷

Sachmangel i. S. d. § 434 BGB ist anzunehmen, wenn die abgerufene Information z.B. unvollständig, veraltet, unzutreffend oder mit Viren verseucht ist. Ein Rechtsmangel nach § 435 BGB kommt in Betracht, wenn die Information etwa durch das Urheberrecht eines Dritten so geschützt ist, dass dieser der Benutzung durch den Nutzer entgegentreten kann.

Im Falle der mangelfreien Ersatzlieferung zum Zwecke der Nacherfüllung kann der Verkäufer nach § 439 IV BGB Rückgewähr der mangelhaften Kaufsache einschließlich der gezogenen Nutzungen nach Maßgabe der §§ 346 – 348 BGB fordern.⁵²⁸ Grund dafür ist, dass der Käufer aufgrund der Mängelhaftigkeit keine Vorteile haben soll.⁵²⁹

Bei Überlassung mangelfreier Informationen zur Nacherfüllung kann der Content Provider nach § 439 IV BGB die Rückgewähr der mangelhaften Information einschließlich der gezogenen Nutzungen nach §§ 346 – 348 BGB verlangen. Soweit die Rückgewähr oder Herausgabe von Nutzungen nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, hat der Rückgewährschuldner gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe

⁵²⁴ Siehe *Redecker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 959.

⁵²⁵ Zur Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit siehe unten unter C. V. 4. b. aa. bbb. und C. VI. c. aa. bbb.

⁵²⁶ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 437, Rn. 4.

⁵²⁷ Dazu oben unter C. V. 3. a. und C. V. 3. b.

⁵²⁸ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 437, Rn. 19.

⁵²⁹ Vgl. *Berger*, in: *Jauernig*, BGB, 12. Aufl., § 439, Rn. 38.

Wertersatz zu leisten. Aufgrund des immateriellen (geistigen) Charakters der Information,⁵³⁰ kommt eine Rückgewähr der mangelhaften Information kaum in Betracht. Der Nutzer hat daher gem. §§ 439 IV, 346 II 1 Nr. 1 BGB einen Wertersatz zu leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. War die Information mangelhaft, so ist die Vergütung entsprechend § 441 III 1 BGB zu mindern.⁵³¹ Danach ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Vergütung verringert sich auf den Betrag, der sich ergibt, wenn man das Verhältnis, in dem der Verkehrswert der mangelhaften Information zum Verkehrswert der mangelfreien Information steht, mit der vereinbarten Vergütung multipliziert.⁵³² War die Information wegen Unrichtigkeit, Unvollständigkeit oder Inaktualität absolut wertlos, wäre nichts geschuldet. Die Vergütung kann durch die Minderung gem. § 441 III 1 BGB vollständig entfallen.⁵³³ In Fällen, in denen eine Datenbankrecherche mangelhaft ist, können doch einzelne Rechercheergebnisse nutzbar sein.⁵³⁴ Es stellt sich hier die Frage, ob die Wertersatzpflicht des § 346 II 1 Nr. 1 BGB wenigstens gem. § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist.

§ 346 III 1 Nr. 1 BGB bezieht sich darauf, dass der Rückgewährschuldner den empfangenen Gegenstand verarbeitet oder umgestaltet. Die Nummern 2 und 3 beziehen sich auf die Fälle des Ausschlusses der Wertersatzpflicht wegen Verschlechterung oder Untergangs des zurückzugewährenden mangelhaften Gegenstands. Die Regelungen dieser Vorschriften treffen bei der immateriellen, rückgewährunfähigen Information nicht zu.

Der Verweis des § 439 IV BGB ist daher so zu verstehen, dass er von vornherein nur für mangelhafte Gegenstände gilt, die als solche rückgewährfähig sind. Ansonsten hat der Nutzer dem Content Provider, der eine mangelfreie Information zum Zwecke der Nacherfüllung überlässt, die mangelhafte Information auch nur teilweise zu vergüten, bloß weil sie ihrer Natur nach rückgewährunfähig ist. Es besteht somit Bedarf zur teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB, indem sich der Verweis des § 439 IV BGB nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht, da der Wortlaut dieser Norm zu weit ist.⁵³⁵

Hat der Content Provider an einer Rückgewähr der mangelhaften Information kein Interesse – dies dürfte i.d.R. der Fall sein –, so kann er von dem Kunden eine Erklärung verlangen, dass

⁵³⁰ Siehe *Mehrings*, NJW 1993, S. 3102.

⁵³¹ Vgl. *Grueneberg*, in: *Palandt*, § 346, Rn. 10.

⁵³² Siehe *Wilmosky*, JuS 2002 Beilage zu Heft 1, S. 3, 29.

⁵³³ Siehe *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 441, Rn. 16.

⁵³⁴ Vgl. *Koch*, Internet-Recht, S. 43.

⁵³⁵ Vgl. *Fritzsche*, Fälle zum Schuldrecht I, Fall 36, Rn. 57, in Bezug auf den Verweis des § 635 IV BGB

er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁵³⁶ Die Löschung der mangelhaften Information muss als Zug-um-Zug-Leistung nach § 348 I BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁵³⁷

Erforderlich ist bei der Überlassung mangelfreier Informationen zur Nacherfüllung, dass die zum Abruf auf dem Server des Content Providers bereitgestellten Informationen zum Zeitpunkt des Neudownloads mangelfrei sind. Nach § 439 II BGB hat der Content Provider die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Der Content Provider muss also die Vergütung des Access Providers und die Telefonkosten während des Neudownloads tragen.

Für den Nacherfüllungsanspruch ist ein Verschulden nicht erforderlich.⁵³⁸

C. V. 4. a. aa. bbb. Kein Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs

Der Nacherfüllungsanspruch ist gem. § 275 I BGB ausgeschlossen, wenn die Überlassung mangelfreier Informationen unmöglich ist. Dies ist dann der Fall, wenn eine zutreffende oder vollständige Information im Datenbestand des Content Providers nicht vorhanden ist und von anderen Informationsanbietern nicht zu bekommen ist. Der Nutzer kann ohne Fristsetzung nach §§ 326 V, 323 BGB zurücktreten oder gem. § 441 BGB mindern. Der Content Provider kann gem. § 439 III BGB unbeschadet des § 275 II und III BGB die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Nacherfüllung in Form von Mängelbeseitigung bzw. korrigierter Ersatzleistung nur mit umständlichem Eingreifen in den Zentralrechner des Anbieters oder in dessen gesamten Datenbestand und somit mit einem unverhältnismäßigen Kostenaufwand verbunden ist. Die Unverhältnismäßigkeit ist aus einer Abwägung aller Umstände festzustellen. Es kommt nicht auf die Kosten der Mängelbeseitigung und ihr Verhältnis zur Vergütung an, sondern auf den Vorteil, den der Nutzer durch die Mängelbeseitigung erlangt, im Verhältnis zum Kostenaufwand des Content Providers. Der Provider kann sich nicht auf die Unverhältnismäßigkeit der Kosten berufen, wenn er die Nichterbringung der Leistung verursacht hat. Wird die Einrede aus § 439 III BGB wirksam erhoben, so wird der Content Provider dadurch – wie im Falle der Einrede aus § 275 II und III BGB – zwar von seiner Pflicht zur Nacherfüllung befreit, nicht aber von seiner sekundären Schadensersatzpflicht (Schadensersatz statt der Leistung), weil er für sein Leistungsvermögen stets einzustehen hat; das gilt auch für die Nacherfüllungspflicht.⁵³⁹

⁵³⁶ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, siehe auch Fn. 113 zur Wiederverfügbarkeit der bereits gelöschten Daten.

⁵³⁷ Siehe Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁵³⁸ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 439, Rn. 4.

⁵³⁹ Vgl. Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, S. 93.

Aus § 439 III BGB ergibt sich, dass der Content Provider als Verkäufer die vom Nutzer gewählte Art der Nacherfüllung auch nach § 275 II, III BGB verweigern kann. Da im vorliegenden Zusammenhang eine persönliche Unzumutbarkeit i. S. v. § 275 III BGB nicht in Frage kommt, bleibt nur das Leistungsverweigerungsrecht des § 275 II 1 BGB. Danach kann der Nutzer aufgrund unverhältnismäßigen Zeit- oder Arbeitsaufwands die Nacherfüllung verweigern. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Nacherfüllung in Form von Mängelbeseitigung bzw. korrigierter Ersatzleistung nur mit umständlichen Eingriffen in den Zentralrechner des Anbieters oder in dessen gesamten Datenbestand und somit mit einem unverhältnismäßigen Zeit- und Kostenaufwand verbunden ist.

C. V. 4. a. bb. Rechtsfolgen

Bei Nachlieferung einer mangelfreien Sache kann der Verkäufer die mangelhafte Sache gem. § 439 IV BGB zurück verlangen. Überlässt der Content Provider mangelfreie Informationen zur Nacherfüllung, kann er nach § 439 IV BGB die Rückgewähr der mangelhaften Informationen einschließlich der gezogenen Nutzungen nach §§ 346 – 348 BGB verlangen.

Da die Information als immaterielles, geistiges Gut rückgewährunfähig⁵⁴⁰ ist, hat der Nutzer gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe von Nutzungen einen Wertersatz zu leisten für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Bei Mängelhaftigkeit der Informationen ist die Vergütung entsprechend § 441 III 1 BGB zu mindern.⁵⁴¹

War die Information wegen Mängelhaftigkeit absolut wertlos, wäre nichts geschuldet. Wegen der Wertlosigkeit kann die Vergütung durch eine Minderung gem. § 441 III 1 BGB völlig wegfallen.⁵⁴² Hat die Information trotz Unvollständigkeit oder Inaktualität noch einen Wert, muss der Nutzer dafür eine geminderte Vergütung leisten. Ob die Wertersatzpflicht des § 346 II 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist, richtet sich nach § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB. Die Regelungen dieser Vorschrift gelten eher für rückgewährfähige Gegenstände. Sie treffen bei der immateriellen, rückgewährunfähigen Information nicht zu. Daher ist der Verweis des § 439 IV BGB so zu verstehen, dass er von vornherein nur für mangelhafte Gegenstände gilt, die als solche rückgewährfähig sind. Ansonsten muss der Nutzer dem Content Provider, der eine mangelfreie Information zum Zwecke der Nacherfüllung überlässt, die mangelhafte Information auch nur teilweise vergüten, bloß weil sie ihrer Natur nach rückgewährunfähig

⁵⁴⁰ Siehe *Mehrings*, NJW 1993, S. 3102.

⁵⁴¹ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, § 346, Rn. 10.

⁵⁴² Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 441, Rn. 16.

ist. Folglich ist davon auszugehen, dass ein Bedarf zur teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB besteht, indem sich der Verweis des § 439 IV BGB nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht, da der Wortlaut dieser Norm zu weit ist.⁵⁴³

Verzichtet der Content Provider auf Rückgewähr der mangelhaften Informationen, so kann er von dem Nutzer eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁵⁴⁴ Die Löschung der mangelhaften Information muss als Zug-um-Zug-Leistung nach § 348 I BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁵⁴⁵ Nach § 439 II BGB hat der Content Provider die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Der Content Provider muss also die Vergütung des Access Providers und die Telefonkosten während des Neudownloads tragen.

C. V. 4. b. Rücktrittsrecht nach § 437 Nr. 2 Alt. 1 i. V. m. §§ 440, 323, 326 V BGB

Bei Mängelhaftigkeit der dem Nutzer zum Abruf bereitgestellten Informationen kann er unter den Voraussetzungen der §§ 440, 323, 326 V BGB vom Vertrag zurücktreten.

Der Rücktritt ist die empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 349 BGB) des Käufers, durch die er den Kaufvertrag rückgängig macht und in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet.⁵⁴⁶

Er ist ein einseitiges Gestaltungsrecht⁵⁴⁷ und bedarf zu seiner Wirksamkeit im Unterschied zur früheren Wandlung (§ 465 BGB a. F.) nicht mehr des Einverständnisses des Verkäufers.⁵⁴⁸ Durch die Ausübung des Rücktrittsrechts erlöschen die noch bestehenden Verpflichtungen und es entsteht gem. §§ 346 ff BGB bezüglich der bereits erbrachten Leistungen ein sog. Rückgewährschuldverhältnis.⁵⁴⁹ Der Nacherfüllungsanspruch und das Minderungsrecht erlöschen. Der Nutzer kann gem. § 325 BGB weiterhin Schadensersatzansprüche geltend machen.

C. V. 4. b. aa. Voraussetzungen des Rücktritts

C. V. 4. b. aa. aaa. Mängelhaftigkeit der Information

⁵⁴³ Siehe dazu die Ausführungen unter C. V. 4. a. aa. aaa.

⁵⁴⁴ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, siehe auch Fn. 113 zur Wiederverfügbarkeit der bereits gelöschten Daten.

⁵⁴⁵ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁵⁴⁶ Weidenkaff, in: Palandt, § 437 Rn. 21 f.

⁵⁴⁷ Siehe Zerres, Bürgerliches Recht, S. 117.

⁵⁴⁸ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 437 Rn. 20.

⁵⁴⁹ Zerres, Bürgerliches Recht, S. 117.

Die vom Content Provider zum Abruf bereitgestellte Information muss mit einem Mangel behaftet sein. Erfasst sind Sach- wie Rechtsmängel nach §§ 434, 435 BGB.⁵⁵⁰

Der Nutzer kann zurücktreten, wenn die abgerufene Information mit Sachmängeln (§ 434 BGB) behaftet, z.B. unvollständig, veraltet, unzutreffend oder mit Viren verseucht ist. Das Rücktrittsrecht steht ihm weiterhin bei Rechtsmängeln (§ 435 BGB) zu. Dies ist der Fall, wenn die Information etwa durch das Urheberrecht eines Dritten geschützt ist, mit der Folge, dass dieser der Benutzung durch den Nutzer entgegentreten kann.

C. V. 4. b. aa. bbb. Erfolgslose Fristsetzung zur Nacherfüllung

Aus den §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V BGB lässt sich ableiten, dass der Nutzer im Grundsatz erst nach Ablauf einer zur Nacherfüllung gesetzten angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten darf. Angemessen ist die Frist, wenn dadurch der Schuldner in die Lage versetzt wird, eine bereits begonnene Leistung zu vollenden.⁵⁵¹ Bei der Bestimmung einer zu kurzen Frist wird eine angemessene Frist in Lauf gesetzt.⁵⁵²

Ausnahmsweise ist die Fristsetzung beispielsweise nach den §§ 323 II, 440 BGB entbehrlich: Nach § 323 II Nr. 1 BGB ist eine Fristsetzung bei der ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung von Seiten des Content Providers entbehrlich.

Eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung liegt weiterhin nach § 323 II Nr. 2 BGB bei Vereinbarung eines einfachen (relativen) Fixgeschäftes vor. Aufgrund der Besonderheit der Online-Recherche, die ein schnelles, mangelfreies Suchergebnis erfordert, liegt ein relatives Fixgeschäft nahe, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist.

Ferner kann der Nutzer den Rücktritt ohne Fristsetzung gem. § 323 II Nr. 3 BGB erklären, wenn besondere Umständen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen dies rechtfertigen. Beispielsweise könnte die Nacherfüllung in Form von Mangelbeseitigung dem Content Provider nur dadurch möglich sein, dass er zeitaufwendige Mangelbeseitigungsarbeiten an dem Zentralspeicher oder Datenbestand des Anbieters leisten muss. Diese abzuwarten könnte dem Nutzer unter Umständen unzumutbar sein, so dass dem Nachfristerfordernis ein besonderes Interesse des Nutzers i. S. v. § 323 II Nr. 3 BGB entgegensteht.

Des Weiteren kann der Nutzer gem. §§ 437 Nr. 2, 326 V BGB auch ohne Fristsetzung zurücktreten, wenn der Content Provider gem. § 275 I BGB wegen Unmöglichkeit von seiner Verpflichtung zur Überlassung mangelfreier (§ 433 I 2 BGB) Informationen bzw. zur Nacherfüllung befreit ist. Unmöglichkeit kann in diesem Zusammenhang angenommen

⁵⁵⁰ Dazu oben unter C. V. 3. a. und C. V. 3. b.

⁵⁵¹ Vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 323, Rn. 14.

⁵⁵² Vgl. Schulze, in: HK-BGB § 323, Rn. 5, § 281, Rn. 7 m. Verw. auf BT-Drucks 14/6040, 138.

werden, wenn die überlassene Information unzutreffend ist und die erforderliche, relevante Information in seinem Datenbestand sowie dem von anderen Anbietern nicht aufzufinden ist. Die Fristsetzung ist nach § 440 S. 1 BGB entbehrlich, wenn der Content Provider die Nacherfüllung gem. § 439 III BGB verweigert hat⁵⁵³, die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Nutzer unzumutbar ist. Eine Nachbesserung gilt gem. § 440 S. 2 BGB nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen.

Im Hinblick auf die Unzumutbarkeit für den Nutzer gelten die gleichen Überlegungen wie § 323 II Nr. 3 BGB, also Entbehrlichkeit der Fristsetzung, wenn ein besonderes Interesse des Nutzers entgegensteht, etwa bei zu langer Wartezeit für die Nacherfüllung.

C. V. 4. b. aa. ccc. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts

Das Rücktrittrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist (§ 323 V 2 BGB). Dies ist anzunehmen, wenn neben ganz überwiegend richtigen Rechercheergebnissen vereinzelt auch nicht zutreffende Ergebnisse angezeigt werden. Weiterhin ist das Rücktrittsrecht ausgeschlossen, wenn der Nutzer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 323 VI Alt. 1 BGB). Dies ist denkbar, wenn der Nutzer die Recherche nicht richtig durchgeführt hat. Die weitere Alternative des § 323 VI BGB, dass das Rücktrittrecht ausgeschlossen ist, wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger in Annahmeverzug war, hat für die Rechte wegen eines Mangels keine zusätzliche Bedeutung.⁵⁵⁴ Wie schon erwähnt wurde,⁵⁵⁵ steht der Annahmeverzug gem. § 446 S. 3 BGB der Übergabe gleich. Mit der Übergabe (hier die Bereitstellung der Informationen zum Abruf) geht nach § 446 I 1 BGB die Gefahr auf den Nutzer über, so dass der zu dieser Zeit eintretende Mangel, z.B. die Beschädigung der Informationen durch Hackerattacken oder Computerviren, schon aufgrund des § 446 I 1 BGB nicht mehr zu einer Mängelhaftung führt.⁵⁵⁶

C. V. 4. b. bb. Rechtsfolgen des Rücktritts

Erklärt der Nutzer gem. § 349 BGB den Rücktritt, erlöschen die noch bestehenden Verpflichtungen und es entsteht nach §§ 346 ff. BGB bezüglich der bereits erbrachten Leistungen ein sog. Rückgewährschuldverhältnis.⁵⁵⁷

⁵⁵³ Siehe C. V. 4. a. aa. bbb.

⁵⁵⁴ Siehe *Haas*, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 174.

⁵⁵⁵ Siehe oben unter C. V. 1.

⁵⁵⁶ Vgl. *Haas*, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 174.

⁵⁵⁷ *Zerres*, Bürgerliches Recht, S. 117.

Die Vertragsparteien sind verpflichtet, die bereits ausgetauschten Leistungen einander zurückzugeben (§ 346 I BGB). Der Nutzer kann also das bereits gezahlte Entgelt nach § 346 I BGB zurückverlangen. Der Content Provider kann nach erfolgtem Rücktritt die Rückgewähr der abgerufenen mangelhaften Informationen sowie die Herausgabe der gezogenen Nutzungen nach § 346 I BGB fordern.

Soweit die Rückgewähr oder Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, hat der Rückgewährschuldner gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe einen Wertersatz zu leisten. Wie schon erwähnt, ist die Information als immaterielles Gut rückgewährunfähig.⁵⁵⁸ Der Nutzer hat daher gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB einen Wertersatz zu leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Danach ist die vereinbarte Vergütung entsprechend § 441 III 1 BGB herabzusetzen.⁵⁵⁹

Hat der Content Provider an einer Rückübertragung der mangelhaften Informationen kein Interesse (dies ist i.d.R. der Fall), kann er von dem Kunden eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁵⁶⁰ Die Löschung der mangelhaften Informationen muss als Zug-um-Zug-Leistung (§ 348 BGB) für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁵⁶¹

Durch die Ausübung des Rücktrittsrechts erlöschen der Nacherfüllungsanspruch und das Minderungsrecht. Der Nutzer kann gem. § 325 BGB weiterhin Schadensersatzansprüche geltend machen.

C. V. 4. c. Minderungsrecht nach § 437 Nr. 2 Alt. 2 BGB i. V. m. § 441 BGB

Minderung ist die verhältnismäßige Herabsetzung des Kaufpreises um den Betrag, der dem durch den Mangel geminderten Wert der gekauften Sache entspricht (§ 441 III BGB).⁵⁶² Wie der Rücktritt ist die Minderung als Gestaltungsrecht konzipiert.⁵⁶³ Ebenfalls bedarf die Minderung zu ihrer Wirksamkeit nicht des Einverständnisses des Verkäufers.

C. V. 4. c. aa. Voraussetzungen

⁵⁵⁸ Siehe oben unter C. V. 4. a. bb.

⁵⁵⁹ Zur Berechnung der Minderung siehe unten unter C. V. 4. c. bb.

⁵⁶⁰ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113 zur Wiederverfügbarkeit der bereits gelöschten Daten.

⁵⁶¹ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁵⁶² Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 437 Rn. 28.

⁵⁶³ Siehe Schubel, in: Schwab/Witt, JuS 2002, 123, 140.

Die Voraussetzungen des Minderungsrechts stimmen mit denen des Rücktrittsrechts überein.⁵⁶⁴ Im Gegensatz zum Rücktritt kann nach § 441 I 2 BGB auch bei einem nicht erheblichen Mangel gemindert werden. Der Nutzer kann also, auch wenn nur einzelne zum Abruf bereitgestellte Daten mangelhaft sind, gem. §§ 437 Nr. 2, 441 I 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Content Provider die Vergütung mindern.

C. V. 4. c. bb. Berechnung der Minderung

Die Vergütung vermindert sich auf den Betrag, der sich ergibt, wenn man das Verhältnis, in dem der Verkehrswert des mangelhaften Kaufgegenstands (Rechercheergebnis) zum Verkehrswert des mangelfreien Rechercheergebnisses steht, mit der vereinbarten Vergütung multipliziert.⁵⁶⁵ Im Falle der Wertlosigkeit der Informationen entfällt die Vergütung vollständig.⁵⁶⁶ Bei Berechnung der Minderung ist das Mitverschulden des Nutzers hinsichtlich Entstehung und Umfang des Mangels nach § 254 BGB zu berücksichtigen.⁵⁶⁷ Mitverschulden des Nutzers ist anzunehmen, wenn er die Rechercheabfrage falsch formuliert oder falsch recherchiert hat, mit der Folge, dass er ein unzutreffendes Rechercheergebnis erzielt.

C. V. 4. c. cc. Rechtsfolgen der Minderung

Der Informationsüberlassungsvertrag besteht mit allen Rechten und Pflichten fort, nur die Vergütung wird mit der Minderungserklärung nach Maßgabe des § 441 III BGB herabgesetzt.⁵⁶⁸

Hat der Nutzer mehr als die geminderte Vergütung bezahlt, so hat er einen Anspruch auf Rückforderung des Mehrbetrags nach § 441 IV 1 und 2 BGB i. V. m. § 346 I 1 BGB.

Gem. § 441 I 2 BGB i. V. m. § 323 V BGB kann der Nutzer durch Erklärung gegenüber dem Content Provider die Vergütung mindern, auch wenn der Mangel unerheblich ist, also wenn nur einzelne zum Abruf bereitgestellte Daten mangelhaft sind.

C. V. 4. d. Ergebnis hinsichtlich der Gewährleistungsrechte nach § 437 Nr. 1 bis 2 BGB

⁵⁶⁴ Dazu siehe oben unter C. V. 4. b. aa.

⁵⁶⁵ Siehe *Wilmowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3, 29; zur Berechnungsformel siehe auch *Haas*, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendl*, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 214.

⁵⁶⁶ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 441, Rn. 16.

⁵⁶⁷ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 441, Rn. 17.

⁵⁶⁸ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 441, Rn. 19.

Bei Überlassung mangelfreier Informationen zur Nacherfüllung kann der Content Provider nach § 439 IV BGB die Rückgewähr der mangelhaften Informationen einschließlich der gezogenen Nutzungen nach §§ 346 – 348 BGB verlangen. Die Information ist rückgewährunfähig,⁵⁶⁹ daher hat der Nutzer gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe von Nutzungen einen Wertersatz zu leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Bei völliger Wertlosigkeit der mangelhaften Informationen wäre nichts geschuldet. Die Vergütung kann durch Minderung gem. § 441 III 1 BGB völlig wegfallen.⁵⁷⁰ Haben die Informationen trotz Unvollständigkeit oder Inaktualität noch einen Wert, muss der Nutzer dafür nach Maßgabe des § 441 I BGB eine geminderte Vergütung leisten.

Ob die Wertersatzpflicht des § 346 II 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen werden kann, richtet sich nach § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB. Die Regelung dieser Norm passt nicht zur immateriellen, rückgewährunfähigen Information. Daher ist der Verweis des § 439 IV BGB so zu verstehen, dass er von vornherein nur für mangelhafte Gegenstände gilt, die als solche rückgewährfähig sind. Folglich ist davon auszugehen, dass ein Bedarf zur teleologischen Reduktion des § 439 IV BGB besteht, indem sich der Verweis des § 439 IV BGB nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht, da der Verweis des § 439 IV BGB zu weit gefasst ist.⁵⁷¹

Verzichtet der Content Provider auf die Rückgewähr der mangelhaften Informationen, so kann er von dem Nutzer eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben. Die Löschung der mangelhaften Informationen muss als Zug-um-Zug-Leistung nach § 348 I BGB für die Rückzahlung des Entgelts ausreichen.⁵⁷²

Erklärt der Nutzer nach § 349 BGB den Rücktritt, wird der Vertrag über die Informationsüberlassung in ein Schuldverhältnis umgewandelt, welches die Rückabwicklung der bislang erbrachten Leistungen nach §§ 346 ff. BGB zum Inhalt hat. Der Nutzer kann also das bereits gezahlte Entgelt nach § 346 I BGB zurückverlangen. Der Content Provider kann nach erfolgtem Rücktritt die Rückgewähr der abgerufenen mangelhaften Informationen sowie die Herausgabe der gezogenen Nutzungen nach § 346 I BGB fordern.

Soweit die Rückgewähr oder Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, hat der Rückgewährschuldner gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe einen Wertersatz zu leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich

⁵⁶⁹ Siehe dazu oben unter C. V. 4. a. bb.

⁵⁷⁰ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 441, Rn. 16.

⁵⁷¹ Siehe die Ausführungen unter C. V. 4. a. aa. aaa.

⁵⁷² Siehe die Ausführungen unter C. V. 4. a. aa. aaa.

bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Danach ist die vereinbarte Vergütung entsprechend § 441 III 1 BGB herabzusetzen.⁵⁷³

Der Content Provider kann vom Nutzer eine Erklärung fordern, dass er die Informationen unwiederbringlich gelöscht zu haben, falls der Content Provider an der Rückübertragung der mangelhaften Informationen kein Interesse hat. Die Löschung der mangelhaften Informationen muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. v. § 348 S. 1 BGB für die Rückzahlung des Entgelts ausreichen.⁵⁷⁴ Durch Ausübung des Rücktrittsrechts erlöschen der Nacherfüllungsanspruch und das Minderungsrecht. Der Nutzer kann gem. § 325 BGB weiterhin Schadensersatzansprüche geltend machen.

Bei der Minderungserklärung besteht der Informationsüberlassungsvertrag mit allen Rechten und Pflichten fort, nur die Vergütung wird nach Maßgabe des § 441 III BGB herabgesetzt.⁵⁷⁵

Die Unerheblichkeit des Mangels, z.B. die Bereitstellung von einzelnen, geringfügig mangelhaften Daten zum Abruf, steht nach § 441 I 2 BGB i. V. m. § 323 V BGB der Minderung nicht entgegen.

Hat der Nutzer mehr als die geminderte Vergütung bezahlt, so hat er einen Anspruch auf Rückforderung des Mehrbetrags nach § 441 IV 1 und 2 BGB i. V. m. § 346 I 1 BGB.

C. V. 5. Schadensersatzansprüche aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 440, 311a II BGB

Durch die Verwendung das Wort „und“ in § 437 Nr. 2 BGB ist der Schadensersatzanspruch bzw. Aufwendungsersatzanspruch (vgl. § 437 Nr. 3 BGB) neben dem Rücktritt bzw. der Minderung möglich.⁵⁷⁶ § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB verweist für den Ersatz des dem Käufer infolge der Leistung eines mangelhaften Kaufgegenstands erlittenen Schadens auf die Anspruchgrundlagen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts (§§ 280, 281, 283 und 311a BGB). Verletzt der Content Provider seine Vertragspflicht aus § 433 I 2 BGB, die Information frei von Sach- und Rechtmängeln zu überlassen, ist er zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, er hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten (§ 280 I 2 BGB). Bei Überlassung mangelhafter Informationen können verschiedene Schäden entstehen. Zunächst erleidet der Nutzer schon dadurch einen Schaden, dass die Information wegen des Mangels, z.B. Unvollständigkeit oder Inaktualität, nicht den Wert hat, den sie ohne den Mangel hätte

⁵⁷³ Zur Berechnung der Minderung siehe unten unter C. V. 4. c. bb.

⁵⁷⁴ Siehe die Ausführungen unter C. V. 4. b. bb.

⁵⁷⁵ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 441, Rn. 19.

⁵⁷⁶ Siehe Schwerdtfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 57.

(Mangelschaden).⁵⁷⁷ Bei ihm handelt es sich um den Schaden, der darin liegt, dass der Kaufgegenstand infolge des Mangels den Käufer im Vergleich zu einem mangelfreien Kaufgegenstand schlechter stellt.⁵⁷⁸

Infolge des Mangels können weiterhin Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers als am Kaufgegenstand entstehen, diese sind die sog. Mangelfolgeschäden.⁵⁷⁹ Diese sind die durch den Mangel verursachten Einbußen an unabhängig vom Kaufvertrag bestehenden Rechten, Rechtsgütern und Interessen.⁵⁸⁰

Zu beachten ist, dass § 282 BGB nicht in § 437 Nr. 3 BGB genannt wird. Nach einer Meinung geschieht dies zu Unrecht.⁵⁸¹ Dieser Meinung ist zuzustimmen. Denn von § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I, III BGB werden Verletzungen von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten i. S. d. § 241 II BGB infolge des Mangels erfasst. Sind solche Schutzpflichtverletzungen schwerwiegend, kann unter den Voraussetzungen des § 282 BGB auch Schadensersatz statt der Leistung verlangt werden, die ebenso infolge des Mangels entstehen könnten.⁵⁸²

C. V. 5. a. Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I BGB

Wie schon erwähnt, erfasst § 280 1 BGB die Mangelfolgeschäden, da diese Vorschrift das Integritätsinteresse betrifft. Ein Mangelfolgeschaden liegt vor, wenn die zum Abruf bereitgestellte Information infolge einer Verseuchung mit Computerviren⁵⁸³ ein Rechtsgut oder Interesse, das der Nutzer unabhängig von dem Kaufvertrag (Informationsüberlassungsvertrag) besitzt, verletzt, z.B. Beschädigung der Hard- oder Software des Nutzers, und dadurch Schäden angerichtet hat.

Weiterhin ist Mangelfolgeschaden anzunehmen bei Druckfehlern (Tippfehlern), die die Information verfälschen sowie bei inhaltlichen Mängeln einer Information, soweit es sich nicht um Schäden handelt, die unmittelbar mit der gekauften Sache (Information) zusammenhängen, sondern erst aufgrund ihrer Anwendung entstanden sind.⁵⁸⁴

Infolge von Tippfehlern können dem Nutzer erhebliche Schäden an Leben, Körper, Gesundheit oder an anderen Rechtsgütern entstehen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn

⁵⁷⁷ Vgl. Saenger, in: HK-BGB, § 437, Rn. 8.

⁵⁷⁸ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 437 Rn. 34.

⁵⁷⁹ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 437 Rn. 35.

⁵⁸⁰ Berger, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 437, Rn. 15.

⁵⁸¹ Siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 41.

⁵⁸² Zu weiteren Argumentationen siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 118.

⁵⁸³ Zur Funktionsweise und Schädigung durch Computerviren siehe die kurze Darstellung oben unter B. V. 3. b.

⁵⁸⁴ Spindler, in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, S. 145, 156.

der Content Provider Tipps etwa zur Gesundheit oder Körperpflege bereithält, die aufgrund Übertragungs- oder Schreibfehlern falsche Indikationen enthalten.⁵⁸⁵ Unter Mangelfolgeschäden fällt der Schadensersatzanspruch eines Anwalts, der aufgrund eines veralteten Juris-Rechtsprechungsberichts einen Prozess verliert und von seinem Mandaten in Regress genommen wurde, hier floss die Information zwar nur mittelbar in den Schaden ein, nämlich den verlorenen Prozess.⁵⁸⁶ Die vom Anwalt vorgenommene lückenhafte Beratung ist also keine unmittelbare Folge des fehlerhaften Juris-Outputs, die lediglich die Informationsquelle für den Anwalt gewesen war;⁵⁸⁷ der Schadensersatzanspruch dürfte aufgrund der von der Rechtssprechung vor der Schuldrechtsreform vom 1. 1. 2002 entwickelten Kriterien nicht nach §§ 635, 638 a. F. BGB, sondern nach § 195 a. F. BGB also nach den Regeln der pVV verjähren.⁵⁸⁸ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass nach der vor 2002 herrschenden Rechtslage danach zu unterscheiden war, ob es sich um Mangelschäden, „enge“ Mangelfolgeschäden oder „entfernte“ Mangelfolgeschäden handelt; als Anspruchsgrundlage für Mangelschäden und „enge“ Mangelfolgeschäden kam § 635 a. F. BGB in Betracht und der Schadensersatzanspruch verjährte gem. § 638 I BGB nach 6 Monaten; für entfernte Mangelfolgeschäden galt die pVV und der Anspruch verjährte gem. § 195 a. F. in 30 Jahren.⁵⁸⁹ Die Abgrenzung zwischen engeren und entfernten Mangelfolgeschäden spielt nunmehr keine Rolle sowohl hinsichtlich der Anspruchsgrundlage als auch hinsichtlich der Verjährung.⁵⁹⁰

Bei Mangelfolgeschäden muss es sich nicht um einen Verstoß gegen die in § 241 II BGB genannten Schutzpflichten handeln, sondern Voraussetzung ist hier stets ein Mangel des Kaufgegenstands mit der Besonderheit, dass die dadurch verursachten Schäden nicht mehr durch dessen Nachbessern hätten vermieden werden können.⁵⁹¹ Übertragen auf die Bereitstellung mangelhafter Informationen zum Abruf, werden die durch die Mangelhaftigkeit entstandenen Schäden durch die Nacherfüllung, etwa Bereitstellung neuer mangelfreier Informationen nicht beseitigt werden können. Daher setzt ein Mangelfolgeschaden keine Fristsetzung voraus, da es sich um einen Schaden außerhalb des Kaufgegenstands handelt.⁵⁹²

⁵⁸⁵ Siehe Spindler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, 1999, Teil 29, Rn. 182, hinsichtlich der Produkthaftung für fehlerhafte Informationen.

⁵⁸⁶ Vgl. Spindler, in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, S. 145, 156.

⁵⁸⁷ Siehe Tellis, CR 1990, S. 290, 294 f.

⁵⁸⁸ Siehe Tellis, CR 1990, S. 290, 294.

⁵⁸⁹ Teichmann, Christoph, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 149, 172.

⁵⁹⁰ Zur Verjährung der Mängelrechte gem. § 634a BGB n. F. siehe Lorenz/Riem, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 656.

⁵⁹¹ Siehe Westermann, in: Münchkomm, Schuldrecht BT I, § 437, Rn. 30.

⁵⁹² Saenger, in: HK-BGB, § 437, Rn. 10.

§ 280 I BGB gilt gleichermaßen für die Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten i. S. d. § 241 II BGB. Gegenstand dieser Pflichten ist ebenfalls das Integritätsinteresse des Nutzers.⁵⁹³ Zu beachten ist, dass selbst bei mangelfreier Leistung ein Schadensersatzanspruch des Käufers aus § 280 I BGB in Betracht kommt, wenn der Verkäufer Schutzpflichten des § 241 II BGB schuldhaft verletzt hat.⁵⁹⁴

C. V. 5. a. aa. Voraussetzungen

C. V. 5. a. aa. aaa. Bestehendes Schuldverhältnis

Wie schon erwähnt, ist für einen Schadensersatzanspruch auf Grundlage des § 280 I BGB stets das Bestehen eines Schuldverhältnisses erforderlich. Nach der hier favorisierten Ansicht liegt das von § 280 I BGB vorausgesetzte Schuldverhältnis in dem zwischen dem Nutzer und dem Content Provider bestehenden Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB über die einzelnen Informationsabrufe.

C. V. 5. a. aa. bbb. Pflichtverletzung

Ansatzpunkt für einen Schadensersatzanspruch aufgrund von Mängeln der Kaufsache ist, dass der Verkäufer gem. § 433 I 2 BGB verpflichtet ist, dem Käufer den Kaufgegenstand frei von Sach- und Rechtsmängel zu verschaffen.⁵⁹⁵ Die Überlassung mangelhafter Informationen wie in den bereits als Beispiele dargestellten Fällen mit der Folge der Verletzung von sonstigen Rechten oder Rechtsgütern des Käufers stellt eine Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2 BGB dar. Wie schon erwähnt, kommt selbst bei mangelfreier Leistung ein Schadensersatzanspruch des Käufers aus § 280 I BGB in Betracht, wenn der Verkäufer Schutzpflichten des § 241 II BGB schuldhaft verletzt hat. Dies ist dann der Fall, wenn die überlassenen Informationen an sich mangelfrei sind, der Content Provider aber seine Pflicht zur Sicherung seines Systems bzw. Schutz des Nutzersystems während der Kommunikationsverbindung verletzt, mit der Folge, dass der Rechner und/oder die Daten des Nutzers beschädigt sind. Denn wie jedes andere Schuldverhältnis verpflichtet auch der Kaufvertrag die Parteien, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen, die der jeweils andere Teil unabhängig vom dem Vertrag besitzt, besondere Rücksicht zu nehmen (§ 241 II BGB).

C. V. 5. a. aa. ccc. Vertretenmüssen

Für den Schadensersatzanspruch wegen eines Mangels gilt § 280 I 2 BGB. Danach haftet der Content Provider nicht auf Schadensersatz, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten

⁵⁹³ Vgl. Lorenz/Riem, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 356.

⁵⁹⁴ Vgl. Schwerdfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 60.

⁵⁹⁵ Siehe Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 224.

hat. Grundsätzlich hat der Content Provider oder sein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) gem. § 276 I 1 BGB Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten. Vorsatz ist Wissen und Wollen⁵⁹⁶ der Pflichtverletzung, d.h. der Content Provider betrachtet es als sicher oder hält es für möglich, dass er dem Nutzer eine virenverseuchte, falsche oder irrelevante Information zum Abruf bereitstellt; er ist damit einverstanden.

Fahrlässigkeit liegt nach § 276 II BGB vor, wenn der Anbieter oder sein Erfüllungsgehilfe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Fahrlässigkeit ist dem Content Provider vorzuwerfen, wenn ihn eine entsprechende Sorgfaltspflicht trifft.⁵⁹⁷ Von dem Content Provider wird erwartet, dass er seine Rechercheleistung ordentlich durchführt. Bei der Überlassung einer virenverseuchten Information ist von einem fahrlässigen Verstoß gegen die Prüfungs- und Kontrollpflichten des Content Providers auszugehen, wenn das Computervirus bei einem konventionellen Virencheck hätte entdeckt werden können, denn bei Online-Überlassung von Informationen ist dem Datenbankanbieter einen solche Überprüfung auch stets zumutbar. Eine Information, die auf dem Server des Anbieters zum Abruf bereitgestellt wird, kann vorher immer auf den Befall mit Standardviren gecheckt werden.⁵⁹⁸

Bei Überlassung falscher oder unvollständiger Informationen ist entscheidend, welche Funktionen der Datenbankanbieter wahrnimmt, also ob von ihm erwartet werden könnte, dass er die von ihm in die Datenbank aufgenommenen und von dort aus angebotenen Informationen etwa auf ihre inhaltliche Richtigkeit oder Vollständigkeit überprüft. Dies ist eher von Faktendatenbankanbietern zu erwarten als von Datenbankanbietern, die Volltext- oder nur Referenzdatenbanken anbieten. Während Faktendatenbanken ökonomische, naturwissenschaftliche oder technische Daten enthalten, z.B. über Wirtschaftsauskünfte, Patente oder wissenschaftliche Ergebnisse, enthalten Volltextdatenbanken vollständige Texte von Büchern, Zeitschriften oder Dokumenten jeder Art und Referenzdatenbanken enthalten nicht selbst die gesuchten Informationen, sondern lediglich Hinweise, wo die Originalliteratur zu finden ist.⁵⁹⁹ Mit Faktenzusammenstellung und -sammlung in der Datenbank erbringt der Zusammenstellende i. d. R. eine eigene Leistung, während letzterer eine bloße Verteilfunktion im Hinblick auf fremde Leistungen einnimmt.⁶⁰⁰ In diesem Zusammenhang kann mit Blick auf jegliche Datenbank die Faustregel aufgestellt werden: Je größer die Gefahr eines

⁵⁹⁶ Siehe *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 6, in Bezug auf Verletzung eines „sonstigen“ Rechtsguts.

⁵⁹⁷ *Haas*, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 226.

⁵⁹⁸ Vgl. *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 1026, bezüglich Software-Download.

⁵⁹⁹ Vgl. *Roth*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 82 f.

⁶⁰⁰ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 763.

Fehlereintritts und das Schädigungspotential eines Fehlers ist, desto häufiger und strenger müssen Kontrollen durchgeführt werden.⁶⁰¹

Die Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit trifft den Content Provider, soweit sich aus einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I 1 BGB ausdrücklich oder konkludent (aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, § 276 I 1 BGB), insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, nicht eine strenge (oder mildere) Haftung ergibt.⁶⁰² Die Garantieübernahme des § 276 I 1 BGB ersetzt die früheren Fälle der Eigenschaftszusicherung beim Kauf- und Werkvertrag.⁶⁰³ Nach § 276 I 1 BGB kann es beim Fehlen einer nach § 434 I 1 BGB vereinbarten Beschaffenheit⁶⁰⁴ zur verschuldensunabhängigen Haftung des Content Providers auf Schadensersatz nach §§ 280, 281, 283, 311a II BGB kommen.⁶⁰⁵ Diese ist von der Regelung des § 443 BGB über die „selbstständige“ Garantieübernahme zu unterscheiden.⁶⁰⁶

Bei der Verwertung der überlassenen Informationen besteht die Möglichkeit hoher Schäden infolge von Fehlern in der Information, daher wird einerseits der Käufer daran interessiert sein, bestimmten Eigenschaften die Bedeutung einer Beschaffenheitsgarantie i. S. v. §§ 276 I 1, 443 BGB zu verleihen mit der Folge, dass der Content Provider auch verschuldensunabhängig für den Schaden einstehen muss, der aus dem Fehlen dieser garantierten Beschaffenheit entsteht.⁶⁰⁷ Beispielsweise kann die Aktualität der Informationen zugesichert sein, etwa wenn ein Suchergebnis die neueste Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage repräsentieren soll.⁶⁰⁸ Qualitätsaussagen in der Leistungsbeschreibung des Providers und Anpreisungen reichen i.d.R. nicht aus, damit eine Garantieübernahme i. S. d. § 276 I 1 BGB angenommen werden kann;⁶⁰⁹ erforderlich ist hiernach, dass der Verkäufer durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung dem Käufer zu erkennen gibt, dass er für den Bestand der betreffenden Eigenschaft und alle Folgen ihres Fehlens einstehen will.

Dem Risiko einer unabsehbaren Haftung infolge der Charakterisierung seiner allgemeinen Leistungsbeschreibungen als Beschaffenheitsgarantie, kann der Content Provider entgegensteuern, einerseits durch entsprechende Leistungsbeschreibungen, andererseits durch

⁶⁰¹ Vgl. *Tellis*, CR 1990, S. 290, 294.

⁶⁰² Vgl. *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, § 4 IV 4.

⁶⁰³ Siehe *Lorenz/Riem*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 175.

⁶⁰⁴ Zu diesem Begriff siehe oben unter C. V. 3. a.

⁶⁰⁵ Siehe *Vollkommer*, in: *Jauernig*, BGB, 10. Aufl., § 276, Rn. 41.

⁶⁰⁶ Dazu siehe *Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, § 7 VIII 2.

⁶⁰⁷ *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil VII, Rn. 120.

⁶⁰⁸ *Spindler*, in: *Neues Recht in neuen Medien*, S. 145, S. 158.

⁶⁰⁹ Vgl. *Roth*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95. bezogen auf die Eigenschaftszusicherung des § 459 II a. F. BGB m. Verw. auf BGH CR 1996, S. 402.

Vereinbarung der gewünschten Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB), insbesondere mit solchen Kunden, die höhere Anforderungen an die Beschaffenheit stellen.⁶¹⁰

C. V. 5. a. aa. ddd. Beweislast

Hinsichtlich des Vertretenmüssens trifft den Anbieter gem. § 280 I 2 BGB die Beweislast. Er muss darlegen und beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, in dem er darlegt und beweist, dass er die Informationen vor Bereitstellung zum Abruf genügend getestet hat und dass er das Computervirus z.B. bei einem konventionellen Virencheck nicht hätte entdecken können.

C. V. 5. a. aa. eee. Schaden und Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB setzt einen Schaden voraus. Als Schaden kommt nach § 280 I BGB der sog. Integritätsschaden in Betracht. Darunter ist der Schaden zu verstehen, den die Pflichtverletzung an solchen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen anrichtet, die dem Nutzer unabhängig von dem Schuldverhältnis (Recherchevertrag) zustehen.⁶¹¹ Ersatzfähig sind somit ausschließlich Schäden, die durch die mangelfreie Nacherfüllung nicht beseitigt werden können.⁶¹²

Zwischen den entstandenen Schäden und der Pflichtverletzung muss ein kausaler Zusammenhang bestehen (haftungsausfüllende Kausalität).

C. V. 5. a. bb. Rechtsfolgen

Der Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Nach § 249 I BGB ist der Provider verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ersatzfähig sind gem. §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I BGB die Schäden, die durch die Überlassung mangelhafter Informationen an sonstigen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen des Nutzers entstanden sind. Dazu gehören die Heilungskosten des Nutzers bei Beeinträchtigung von Körper oder Gesundheit infolge der Anwendung der fehlerhaften Informationen oder die Reparaturkosten des Rechners bei Beschädigung des Nutzerrechners infolge der Überlassung virenbefallener Informationen oder den für die Wiederherstellung der Daten aufgewendeten Betrag bei Datenverlust. Der Nutzer kann derartige Kosten gem. § 249 II 1 BGB in Geld ersetzt verlangen. Soweit die Naturalherstellung i. S. v. § 249 I BGB unmöglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (vgl. § 251 I BGB) oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (vgl. § 251

⁶¹⁰ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 434, Rn. 30.

⁶¹¹ Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3, 4.

⁶¹² Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 35.

II BGB), besteht ein Anspruch auf Ersatz in Geld. Eine Unmöglichkeit der Herstellung ist bei Totalbeschädigung des Nutzersystems oder endgültigem Verlust seiner Daten anzunehmen. Eine Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen (vgl. § 251 II BGB) ist anzunehmen, wenn die Wiederherstellung der verlorenen Daten nur mit umständlichen Eingriffen in den Zentralspeicher oder Datenbestand des Providers und somit mit einem unverhältnismäßigen Zeit-, Arbeit- und Kostenaufwand möglich ist.

C. V. 6. Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, I, III, 281 I, 283, 440, 311a II BGB

Schadensersatz statt der Leistung kann der Käufer nur unter den Voraussetzungen von § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, I, III, 281 I 1 Alt. 2 (bei behebbaren Mängeln) bzw. § 283 BGB oder 311a II BGB (bei unbehebbaren Mängeln) verlangen.⁶¹³

Er tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs und erfasst den sog. Mangelschaden, d.h. den Schaden, der darin liegt, dass der Kaufgegenstand infolge des Mangels, der durch Nacherfüllung beseitigt werden kann, den Käufer im Vergleich zu einem mangelfreien Kaufgegenstand schlechter stellt, z.B. der Minderwert.⁶¹⁴ Überträgt man dies auf die Überlassung mangelhafter, z.B. unvollständiger, Information, so ist diese Information für den Nutzer weniger Wert als sie es ohne Mängel wäre.

C. V. 6. a. Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, I, III, 281 I 1 Alt. 2, 440 BGB

Die Haftung für den i. S. v. § 439 BGB im Wege der Nacherfüllung behebbaren Mangel richtet sich nach § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB.⁶¹⁵

Überlässt der Content Provider unvollständige oder veraltete Informationen, deren Mangel durch Nacherfüllung, z.B. Ergänzung oder Aktualisierung, behebbar ist, sind §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB einschlägig.

C. V. 6. a. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

C. V. 6. a. aa. aaa. Bestehendes Schuldverhältnis⁶¹⁶

⁶¹³ Saenger, in: HK-BGB, § 437, Rn. 12.

⁶¹⁴ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 34.

⁶¹⁵ Vgl. Lorenz/Riem, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 535.

C. V. 6. a. aa. bbb. Pflichtverletzung

Wie schon erwähnt, ist Ansatzpunkt für einen Schadensersatzanspruch wegen Mängeln der Kaufsache, dass der Verkäufer gem. § 433 I 2 BGB verpflichtet ist, dem Käufer den Kaufgegenstand frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.⁶¹⁷ Ist die zum Abruf bereitgestellte Information mangelhaft, z.B. unvollständig, inaktuell oder mit Rechten Dritter belastet, so hat der Content Provider seine Pflicht aus § 433 I 2 BGB verletzt. Eine Pflichtverletzung ist ausgeschlossen, wenn die Pflicht zur Überlassung mangelfreier Informationen gem. § 275 I oder II BGB erloschen ist.⁶¹⁸

C. V. 6. a. aa. ccc. Vertretenmüssen

Für den Schadensersatz statt der Leistung wegen eines Mangels gilt § 280 I 2 BGB. Danach ist der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen, wenn der Anbieter die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Das Vertretenmüssen muss sich darauf beziehen, dass der Content Provider eine mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftete Information dem Nutzer zum Abruf bereitgestellt und den Mangel innerhalb der zur Nacherfüllung gesetzten Frist nicht behoben hat, obwohl dies möglich gewesen wäre.⁶¹⁹ Vertretenmüssen liegt grundsätzlich vor, wenn der Anbieter oder sein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) vorsätzlich oder fahrlässig (§ 276 I BGB) gehandelt hat. Fahrlässigkeit liegt nach § 276 II BGB vor, wenn der Content Provider oder sein Erfüllungsgehilfe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.⁶²⁰

C. V. 6. a. aa. ddd. Erfolgslose Fristsetzung zur Nacherfüllung

Erforderlich ist nach § 281 I 1 BGB die Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung und deren fruchtloser Ablauf, es sei denn, die Fristsetzung ist entbehrlich. Für die Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit gelten die gleichen Regeln wie beim Rücktritt, daher kann auf die Ausführungen dort verwiesen werden.⁶²¹

C. V. 6. a. aa. eee. Schaden und Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 440 BGB setzt einen Schaden voraus. Als Schaden kommt hier das sog positive bzw. Erfüllungsinteresse in Betracht, welches an die Stelle der Primärleistung tritt. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes richten sich nach den §§ 249 ff. BGB. Der Nutzer muss so gestellt werden als hätte der Provider ordnungsgemäß erfüllt. Er ist so zu stellen als ob der

⁶¹⁶ Dazu siehe oben unter C. V. 5. a. aa. aaa.

⁶¹⁷ Siehe *Haas*, in: *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 224.

⁶¹⁸ Vgl. *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 24.

⁶¹⁹ Vgl. *Westermann*, in: *MünchKomm*, Schuldrecht BT I, § 437, Rn. 27.

⁶²⁰ Zu den Verschuldensformen, Sorgfaltspflichten und verschuldensunabhängigen Haftung siehe oben unter C. V. 5. a. aa. ccc.

⁶²¹ Zur Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit siehe oben unter C. V. 4. b. aa. ddd.

Content Provider ihm eine richtige, vollständige, zutreffende oder aktuelle Information übermittelt hätte.

In Betracht kommen vor allem die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts, die durch die Beauftragung eines anderen Content Providers mit der Überlassung der benötigten Information entstanden sind.

Zwischen der Pflichtverletzung und den dadurch entstandenen Schäden muss ein Kausalzusammenhang (haftungsausfüllende Kausalität) bestehen.

C. V. 6. a. bb. Rechtsfolgen

Grundsätzlich kann der Nutzer gem. § 437 Nr. 3 Alt. 2 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die mangelhafte Leistung entstanden ist (Mangelschaden). Das ist der Schaden, der darin liegt, dass der Kaufgegenstand infolge des Mangels, der durch Nacherfüllung beseitigt werden kann, den Käufer im Vergleich zu einem mangelfreien Kaufgegenstand schlechter stellt, z.B. Minderwert oder Reparaturkosten.⁶²² Der Nutzer kann die mangelhafte Information behalten und Ersatz des Minderwertes verlangen (kleiner Schadensersatz).⁶²³ Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften Information und der vereinbarten Vergütung.⁶²⁴ Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz) steht ihm gem. § 281 I 3 BGB nur bei einem erheblichen Mangel zu. Ist der Wert bzw. die Gebrauchstauglichkeit der Rechercheleistung zur Zeit des Verlangens des großen Schadensatzes mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, ist der Nutzer berechtigt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung zu fordern, anderenfalls wird der Schadensersatz statt der ganzen Leistung aufgrund der Erheblichkeitsklausel des § 281 I 3 BGB ausgeschlossen. Bei überwiegend mangelfreien, zum Abruf bereitgestellten Rechercheergebnissen ist die eine oder andere unzutreffende oder inaktuelle Information hinzunehmen.⁶²⁵

Verlangt der Nutzer einen Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Content Provider gem. § 281 V BGB zur Rückforderung des Geleisteten (mangelhafte Information) nach den §§ 346 bis 348 BGB berechtigt. Da der Content Provider i.d.R. kein Interesse an einer Rückübertragung der mangelhaften Information hat, reicht ihre Löschung als Zug-um-

⁶²² Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 437 Rn. 34.

⁶²³ Siehe Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 242.

⁶²⁴ Vgl. Schwerdfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 58.

⁶²⁵ Siehe Redecker, IT-Recht in der Praxis, Rn. 957, der den Vertrag über elektronische Recherche insgesamt als Werkvertrag eingordnet.

Zug-Leistung (§ 348 BGB) für die Rückzahlung der Vergütung aus.⁶²⁶ Darüber hinaus stehen ihm die Kosten eines Deckungsgeschäfts zu.

C. V. 6. b. Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB

Überlässt der Datenbankanbieter dem Nutzer eine mangelhafte Information und bestand die Mängelhaftigkeit, etwa die Inaktualität oder Irrelevanz der Information, schon bei Vertragsschluss, steht dem Nutzer ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 311a II BGB zu, wenn die Mängelhaftigkeit unbehebbar ist, also wenn Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) vorliegt. Die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung einer mangelfreien Information liegt vor, wenn die erforderliche relevante oder aktuelle Information bereits bei Vertragsschluss unwiederbringlich gelöscht wurde, d.h. sie im Datenbestand des Anbieters nicht vorhanden ist und von einer anderen Informationsquelle nicht zu beschaffen ist. Anfängliche grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) liegt vor, wenn die mangelfreie Information mit mangelhafter Information überschrieben wurde und die Wiederherstellung der mangelfreien Information mit einem erheblichen Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden ist. Anfängliche Unmöglichkeit liegt weiterhin bei anfänglichen Rechtsmängeln vor, wenn z.B. der eigentliche Urheber schon vor Vertragsschluss die Nutzungsberechtigung oder die Weitergabeberechtigung der Information ernsthaft verweigert hat.

Zu beachten ist, dass die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB nur vorliegen, wenn alle Arten der Nacherfüllung i. S. d. § 439 I BGB nach § 275 I, II BGB ausgeschlossen sind. Ist eine der Formen der Nacherfüllung, nämlich die Mängelbeseitigung oder Lieferung einer mangelfreien Information noch möglich, hat der Nutzer dem Anbieter eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen und bei deren fruchtlosen Ablauf Schadensersatz statt der Leistung nicht aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB, sondern aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB zu verlangen.⁶²⁷ Im Hinblick auf die elektronische Bereitstellung der Information zum Abruf erfolgt i.d.R. die Nacherfüllung auch nach Mängelbeseitigung durch eine Ersatzlieferung, d.h. die Bereitstellung neuer mangelfreier Informationen zum Download, da dies praktikabler ist.

⁶²⁶ Vgl. *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 999, bezüglich Download-Shopping.

⁶²⁷ Siehe *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 102; *Westermann*, in: *Münchkomm*, Schuldrecht BT I, § 437, Rn. 22.

C. V. 6. b. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

C. V. 6. b. aa. aaa. Wirksames Schuldverhältnis

Dazu bedarf es zunächst eines vertraglichen Anspruchs, der sich aus dem wirksamen Recherchevertrag über die Informationsüberlassung ergibt. Der Umstand, dass der Anbieter gem. § 275 I oder II BGB von seiner Primärleistungspflicht befreit ist und das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt, steht gem. § 311a I BGB der Wirksamkeit nicht entgegen.

C. V. 6. b. aa. bbb. Anfängliche Leistungsbefreiung

Der Content Provider wird gem. § 275 I oder II BGB von seiner Pflicht zur mangelfreien Überlassung der Information befreit. Der Ausschluss der Leistungspflicht bezieht sich in diesem Fall schon auf die ursprüngliche Pflicht des § 433 I 2 BGB zur mangelfreien Leistung und nicht erst auf den Nacherfüllungsanspruch.⁶²⁸

Eine Fristsetzung ist bei unbehebbaren Mängeln nicht erforderlich, da sie keinen Sinn macht.⁶²⁹

C. V. 6. b. aa. ccc. Pflichtverletzung

Liegt bereits beim Vertragsschluss ein unbehebbarer Mangel, also eine anfängliche Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB oder eine anfängliche grobe Unverhältnismäßigkeit i. S. v. § 275 II BGB vor, liegt die Pflichtverletzung des Content Providers darin, eine Leistung zu versprechen, zu deren Erbringung er nicht oder nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand in der Lage war. Dies ist anzunehmen, wenn die in seinem Datenbestand vorhandene Information bereits vor Vertragsschluss veraltet war oder den Anforderungen des Nutzers nicht entsprach (unzutreffend) oder mit Rechten Dritter belastet ist.

C. V. 6. b. aa. ddd. Kennen oder Kennenmüssen

Gem. § 311a II 2 BGB ist der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ausgeschlossen, wenn der Datenbankanbieter die Unmöglichkeit oder die grobe Unverhältnismäßigkeit bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Die Kenntnis oder zu vertretende Unkenntnis des § 311a II 2 BGB bezieht sich hier nicht nur auf das Vorhandensein des Mangels bei Vertragsschluss, sondern auch auf die Unbehebbarkeit des Mangels.⁶³⁰ § 311a II 2 BGB wird allgemein als Verweis auf § 276 BGB verstanden.⁶³¹

⁶²⁸ Siehe *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 102.

⁶²⁹ Siehe *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 532.

⁶³⁰ Vgl. *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 105.

⁶³¹ Siehe *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, Teil 2, Rn. 14.

Wie schon erwähnt,⁶³² ist der Gesetzestext als Kennenmüssen i. S. d. Legaldefinition des § 122 II BGB zu interpretieren, mithin als fahrlässige Unkenntnis, da es ein vorsätzliches (also wissentliches) Unwissen nicht gibt.

Der Content Provider handelt gem. § 276 II BGB fahrlässig, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Hier stellt sich die Frage, ob er vor Vertragsschluss von der Mangelfreiheit und ggf. der Behebbarkeit des Mangels zu vergewissern hat. Es ist davon auszugehen, dass der Content Provider, der Informationen auf seiner Datenbank gegen Entgelt dem Nutzer zum Abruf bereitstellt, verpflichtet ist, sich von der Mangelfreiheit, z.B. der Aktualität, Richtigkeit oder Relevanz der Information, vor Vertragsschluss zu vergewissern und im Falle der Mangelhaftigkeit die Behebbarkeit des Mangels zu überprüfen. Der Datenbankanbieter ist insbesondere zur Überprüfung der Informationen verpflichtet, wenn bereits Mängelrügen bezüglich der auf seinem Server bereitgestellten Informationen erhoben worden sind. Unterlässt er trotzdem die Überprüfung der Informationen, mit der Folge, dass er z.B. mangelnde Aktualität, Irrelevanz oder Unvollständigkeit nicht kannte, so verhält er sich fahrlässig. Der Anspruchsausschluss greift nicht ein. Somit hat er seine Unkenntnis zu vertreten.

Die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis wird vermutet. Dies ergibt sich aus der negativen Formulierung des § 311a II 2 BGB. Um sich zu entlasten, muss der Anbieter dar tun, dass er den nicht oder nur mit grob unverhältnismäßigen Mitteln behebbaren Mangel weder kannte noch kennen musste.⁶³³

Nach § 276 I 1 BGB haftet der Anbieter verschuldensunabhängig, wenn er eine Garantie im Hinblick auf die Mangelfreiheit übernommen hat.⁶³⁴

C. V. 6. b. aa. eee. Schaden und Kausalität

Nach § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB kann der Nutzer den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die mangelhafte Information kausal entstanden ist.⁶³⁵

C. V. 6. b. bb. Rechtsfolgen

Wie bei §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB stehen dem Nutzer nach § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB ebenfalls zwei verschiedene Formen des Schadensersatzes statt der Leistung zu. Gem. § 311a II 1 Alt. 1 BGB kann der Nutzer die

⁶³² Siehe dazu oben unter B. V. 1. a. dd.

⁶³³ Siehe die Ausführungen unter B. V. 1. a. dd. und B. V. 1. a. ee.

⁶³⁴ Dazu siehe oben unter C. V. 5. a. aa. ccc; vgl. auch Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 104.

⁶³⁵ Dazu siehe oben unter C. V. 6. a. aa. eee.

mangelhafte Information behalten und Schadensersatz für den Mangel (kleiner Schadensersatz) verlangen.⁶³⁶

Aus dem Verweis in § 311a II 3 BGB auf § 281 I 3 BGB folgt, dass der Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz) nur bei einem erheblichen Mangel verlangen kann. Hat der Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, so hat er gem. § 311a II 3 i. V. m. § 281 V BGB nach den Maßgaben der §§ 346 bis 348 BGB die mangelhafte Information zurückzuerstatten.⁶³⁷

C. V. 6. c. Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB

Entstand der vom Datenbankanbieter nicht oder nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand behebbare Mangel erst nach Vertragsschluss (also in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang), kann dem Nutzer ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 283, 440 BGB zustehen.

C. V. 6. c. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches

C. V. 6. c. aa. aaa. Bestehendes Schuldverhältnis⁶³⁸

C. V. 6. c. aa. bbb. Nachträgliche Leistungsbefreiung gem. § 275 BGB

Vorausgesetzt ist, dass erst nach Vertragsschluss (also in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Bereitstellung der Information zum Abruf) ein Mangel die Information befällt, den zu beheben entweder dem Content Provider unmöglich (§ 275 I BGB) ist oder von diesem nach § 275 II, III⁶³⁹ BGB wirksam verweigert wird.⁶⁴⁰ Dies ist anzunehmen, wenn nach Vertragsschluss die auf dem Server des Anbieters richtige Information infolge von Unzulänglichkeiten der Absicherung des Anbietersystems durch Computereindringlinge (Hacker) verfälscht ist, so dass dem Nutzer eine falsche Information überlassen wurde, deren Berechtigung oder Wiederherstellung dem Datenbankanbieter unmöglich (§ 275 I BGB) oder mit einem groben unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist (§ 275 II BGB), z.B. mit umständlichen Eingreifen in den Zentralspeicher oder den Datenbestand des Content

⁶³⁶ Siehe *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 25.

⁶³⁷ Dazu siehe oben unter C. V. 6. a. bb.

⁶³⁸ Dazu siehe oben unter C. V. 5. a. aa. aaa.

⁶³⁹ § 275 III BGB kommt nicht in Betracht, da es sich nicht um eine persönliche Leistungserbringung handelt.

⁶⁴⁰ *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 26.

Providers. Es darf auch nicht möglich sein, die richtige Information von einer anderen Informationsquelle zu beschaffen.⁶⁴¹

§ 275 I, II BGB schließt bereits den ursprünglichen Anspruch auf mangelfreie Leistung nach § 433 I 2 BGB aus, nicht erst den Nacherfüllungsanspruch.⁶⁴²

§ 283 S. 2 BGB verweist nicht auf § 281 I 1 BGB. Eine Nachfristsetzung ist somit nicht erforderlich. Denn der Anspruch auf die Leistung ist wegen den Leistungshindernissen des § 275 BGB erloschen.⁶⁴³

C. V. 6. c. aa. ccc. Pflichtverletzung

Der Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I, III, 283 BGB setzt weiterhin voraus, dass die nachträgliche Leistungsbelebung auf einer Pflichtverletzung beruht. Der Recherchevertrag verpflichtet der Content Provider zu verhindern, dass nach Vertragsschluss ein Leistungshindernis eintritt, welches seine Verpflichtung zur Überlassung mangelfreier Informationen nach § 275 I oder II BGB ausschließen würde; diese Verpflichtung gehört zu seinen Nebenleistungspflichten und wird durch den Eintritt eines unbehebbaren oder nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand behebbaren Mangels verletzt.⁶⁴⁴ Wie schon erwähnt, schließt § 275 I, II BGB bereits den ursprünglichen Anspruch auf mangelfreie Leistung gem. § 433 I 2 BGB aus.⁶⁴⁵ Wegen § 275 I, II BGB trifft ihn keine Pflicht zur mangelfreien Bereitstellung der Informationen zum Abruf. Eine Pflicht, die nicht besteht, kann auch nicht verletzt werden.⁶⁴⁶

C. V. 6. c. aa. ddd. Vertretenmüssen

§ 283 S. 1 BGB verweist auf § 280 I BGB. Danach haftet der Content Provider nur dann, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Vertretenmüssen setzt gem. § 276 I 1 BGB grundsätzlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Anbieters oder dessen Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) voraus. In Betracht kommt hier eher Fahrlässigkeit. Diese liegt nach § 276 II BGB vor, wenn der Content Provider die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Wird z.B. nach Vertragsschluss die richtige Information infolge der Unzulänglichkeit der Absicherung des Anbietersystems von Hækern verfälscht, so handelt der Content Provider fahrlässig (§ 276 II BGB). Er hat also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen. Von ihm wird erwartet, dass er sein System so absichert, dass die auf seinem Rechner befindlichen Daten von Computereindringlingen nicht verfälscht

⁶⁴¹ Vgl. *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 5. Kap. Rn. 250.

⁶⁴² Siehe *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 110.

⁶⁴³ Vgl. *Vollkommer*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl. § 283, Rn. 1.

⁶⁴⁴ *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 26.

⁶⁴⁵ *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 110.

⁶⁴⁶ Siehe *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 14.

werden können, mit der Folge, dass er gem. § 275 I, II BGB von seiner Leistungspflicht befreit wird. Dem Content Provider wird das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet (§ 278 BGB). Gem. § 280 I 2 BGB wird das Vertretenmüssen vermutet. Der Anbieter muss sich entlasten, etwa indem er darlegt und beweist, dass er die erforderlichen Sicherungsmaßnahmen gegen etwaige Hackerattacken getroffen hat. Gelingt ihm der Entlastungsbeweis nicht, so hat er die Pflichtverletzung zu vertreten.

Ausnahmsweise haftet der Content Provider gem. § 276 I 1 BGB verschuldensunabhängig, wenn er etwa eine Garantie im Hinblick auf die Mangelfreiheit, z.B. Richtigkeit oder Aktualität, übernommen hat.⁶⁴⁷

C. V. 6. c. aa. eee. Schaden und Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 283 BGB setzt ebenfalls einen Schaden voraus, der durch die Mangelhaftigkeit der Information adäquat-kausal (haftungsausfüllende Kausalität) verursacht ist.⁶⁴⁸

C. V. 6. c. bb. Rechtsfolgen

Die §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I, III, 283 BGB gewähren dem Nutzer den vollständigen Schadensersatz statt der Leistung. Ebenfalls stehen dem Nutzer hier zwei Formen des Schadensersatzes statt der Leistung zu. Gem. § 283 S. 1 BGB kann er die mangelhafte Information behalten und Ersatz des kleinen Schadensersatzes verlangen. Der große Schadensersatz steht ihm gem. § 283 S. 2 BGB i. V. m. § 281 I 3 BGB nur bei einem erheblichen Mangel zu.⁶⁴⁹

C. V. 6. d. Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 282 BGB

Wie schon erwähnt, wird § 282 BGB nicht in § 437 Nr. 3 BGB genannt. Dies wurde in der Literatur zu Recht bemängelt.⁶⁵⁰ Dieser Meinung ist zu zustimmen. Denn § 282 BGB findet Anwendung, wenn der Schuldner zwar seine Leistungspflicht ordnungsgemäß erbringt, dem Gläubiger aber das Festhalten am Vertrag wegen erheblicher leistungsbegleitender Pflichtverletzungen des Schuldners nicht zumutbar ist.⁶⁵¹ Dies ist dann der Fall, wenn die

⁶⁴⁷ Siehe oben unter C. V. 5. a. aa. ccc; vgl. auch *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 111, 72 ff.

⁶⁴⁸ Dazu siehe oben unter C. V. 6. a. aa. eee.

⁶⁴⁹ Dazu siehe oben unter C. V. 6. a. bb. auch für den Rückforderungsanspruch des Verkäufers gem. §§ 346 ff.

⁶⁵⁰ Zur Argumentationen siehe *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 42, 118.

⁶⁵¹ Vgl. *Vollkommer*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 1.

überlassene Information an sich mangelfrei ist, der Content Provider aber eine nichtleistungsbezogene Nebenpflicht (Pflicht i. S. d. § 241 II BGB) verletzt, also seine Pflicht zur Sicherung seines Systems bzw. Schutz des Nutzersystems während der Kommunikationsverbindung gegen Hackerattacken oder Computerviren, mit der Folge, dass der Rechner, Programme und/oder Daten des Nutzers beschädigt sind. Der Umstand, dass § 282 BGB in § 437 Nr. 3 BGB nicht erwähnt wird, steht seiner Anwendung auf die Verletzungen von Schutzpflichten des Verkäufers nicht entgegen.⁶⁵²

C. V. 6. d. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 I, III, 282 BGB

C. V. 6. d. aa. aaa. Pflichtverletzung

Wie jedes andere Schuldverhältnis verpflichtet auch der Recherchevertrag als Kaufvertrag jede Vertragspartei Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils zu nehmen (§ 241 II BGB). Der Content Provider ist daher verpflichtet, so zu leisten, dass die Rechte, Rechtsgüter und Interessen, die der Nutzer unabhängig vom Recherchevertrag besitzt, nicht geschädigt werden. Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 280 I, III, 282 BGB steht ihm zu, wenn der Content Provider eine Pflicht nach § 241 II BGB verletzt hat,⁶⁵³ z.B. Zerstörung des Nutzersystems oder Datenverlust infolge von Hackerattacken oder Virenangriffen aufgrund der unzulänglichen Sicherung des Anbietersystems.

Nach einer Auffassung handelt es sich hier um die Verletzung einer Aufklärungspflicht.⁶⁵⁴ Dieser Meinung ist zu widersprechen, denn bei den Aufklärungspflichten handelt es sich um leistungsbezogene Nebenpflichten. Diese fallen unter die §§ 280 I, III, 281 BGB, die sowohl für Leistungspflichten als auch für Nebenleistungspflichten gelten.⁶⁵⁵ Dagegen fallen die Schutzpflichtverletzungen unter die §§ 280 I, III, 282 BGB.

C. V. 6. d. aa. bbb. Unzumutbarkeit

Die Leistungserbringung durch den Content Provider muss dem Nutzer unzumutbar sein. Die Unzumutbarkeit muss sich dabei auf die Zukunft beziehen, da – wie gezeigt⁶⁵⁶ – für die durch die Verletzung der nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht selbst erlittenen Schäden der Nutzer ohnehin gem. § 280 I BGB entschädigt wird.⁶⁵⁷ Nicht jede Verletzung einer Schutzpflicht reicht aus, damit der Nutzer die Leistung durch den Content Provider ablehnen und an deren

⁶⁵² Zur Begründung siehe *Wilmowsky*, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 27.

⁶⁵³ Vgl. *Vollkommer*, in: *Jauernig*, BGB, 10., Aufl., § 282, Rn. 4.

⁶⁵⁴ So *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 118 f.

⁶⁵⁵ *Vollkommer*, in: *Jauernig*, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 3.

⁶⁵⁶ Siehe oben unter C. V. 5. a.

⁶⁵⁷ Siehe *Faust*, in: *Bamberger/Roth*, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 122.

Stelle Schadensersatz verlangen kann. § 282 BGB setzt die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Recherchevertrag mit dem Content Provider voraus. Diese Unzumutbarkeit lässt sich allgemein nicht genauer bestimmen. Dafür wird die für die positive Vertragsverletzung gebildete Formel „Störung der für das Schuldverhältnis nötigen Vertrauensgrundlage“ herangezogen; die Störung der Vertrauensgrundlage kann sich insbesondere aus der Wiederholungsgefahr ergeben,⁶⁵⁸ etwa aus der Gefahr weiterer Beschädigung von Hard-, Software des Nutzers und/oder Datenverlust durch unzulängliche Sicherungsvorkehrungen des Content Providers.

C. V. 6. d. aa. ccc. Vertretenmüssen

Nach § 280 I 2 BGB ist der Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung ausgeschlossen, wenn der Content Provider die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Vertretenmüssen liegt vor, wenn der Content Provider oder sein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat (§ 276 BGB). Vorsatz ist Wissen und Wollen der Verletzung des „sonstigen“ Rechts, Rechtsguts oder Interesses,⁶⁵⁹ d.h. der Content Provider sieht als sicher voraus oder hält es für möglich, dass er mit seinem Verhalten ein Recht, Rechtsgut oder gesetzlich geschütztes Interesse des Nutzers verletzen wird; er ist damit einverstanden. Fahrlässigkeit ist dem Content Provider vorzuwerfen, wenn er die Unzulänglichkeit der Systemsicherungsmaßnahmen hätte voraussehen und vermeiden können. Welche Sorgfaltsanforderungen an den Content Provider gestellt werden können, ist an der verkehrsüblichen Sorgfalt des § 276 II BGB zu messen. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte er erkennen müssen, dass er durch die Einrichtung ungeeigneter Systemsicherungsmechanismen die Beschädigung des Nutzersystems oder den Datenverlust verursachen kann; er hätte ferner erkennen müssen, dass er bei Nichteinhaltung des Systemsschutzes ein Recht, Rechtsgut oder Interesse des Nutzers beinträchtigen kann. Um dies zu vermeiden, hätte er die erforderliche Sorgfalt anwenden müssen.

Ausnahmsweise haftet der Content Provider gem. § 276 I 1 BGB für eine Pflichtverletzung verschuldensunabhängig, wenn er eine Garantie übernommen hat, dass die Pflichtverletzung wie sie eingetreten ist nicht eintreten wird. Dies ist der Fall bei einer Garantieübernahme durch den Content Provider für die Sicherung seines eigenen Systems bzw. des Nutzersystems während der Kommunikationsverbindung oder bei einer Garantieübernahme, dass von seinem System keine Gefahren für Rechte, Rechtsgüter oder Interessen des Nutzers ausgehen.

C. V. 6. d. aa. ddd. Beweislast

⁶⁵⁸ Vgl. Medicus in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 3. Kap., Rn. 132.

⁶⁵⁹ Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 6.

Der Nutzer ist für alle Voraussetzungen des § 282 BGB beweispflichtig, er muss die Schutzpflichtverletzung und die Unzumutbarkeit der Leistungserbringung durch den Content Provider darlegen und beweisen; der Content Provider muss beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat,⁶⁶⁰ indem er darlegt und nachweist, dass er eine funktionstüchtige Technik zum Schutz seines Systems bzw. des Nutzersystems eingerichtet hat.

C. V. 6. d. aa. eee. Schaden und Kausalität

Wegen Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten kann der Nutzer unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 282 BGB anstelle der Hauptleistungspflicht Schadensersatz fordern. Der Umfang des Ersatzanspruchs ist auf das Erfüllungs- bzw. positive Interesse gerichtet. Der Schadensersatz richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Nutzer ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er die Leistung erhalten hätte.⁶⁶¹ Die Haftung nach § 280 I, III, 282 BGB richtet sich auf Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung.⁶⁶²

Für einen Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 282 BGB kommen vor allem die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts in Betracht, etwa die Beauftragung eines anderen Content Providers mit der Erbringung der Leistung.⁶⁶³ Verletzt der Content Provider beispielsweise seine Schutzpflicht dadurch, dass die Hard- und/oder Software des Nutzers durch Hacker- oder Computerviren-Angriffe aufgrund fehlerhafter Schutzmechanismen des Anbietersystems wiederholt beschädigt werden, kann der Nutzer einen anderen Content Provider mit der Überlassung der benötigten Information beauftragen und die dadurch entstandenen Mehrkosten vom Content Provider verlangen. Die zu ersetzenen Schäden müssen adäquat-kausal auf der Pflichtverletzung beruhen.

C. V. 6. d. bb. Rechtsfolgen

Nach §§ 280 I, III, 282 BGB steht dem Nutzer ein Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großer Schadensersatz) zu.⁶⁶⁴ Für Schadensersatz statt der ganzen Leistung müssen die Voraussetzungen des § 281 I 3 und V BGB erfüllt sein.⁶⁶⁵ Erforderlich ist hiernach die Erheblichkeit der Pflichtverletzung (§ 281 I 3 BGB). Wie schon erwähnt, reicht nicht jede Verletzung einer Schutzpflicht aus, um die Leistung durch den Content Provider

⁶⁶⁰ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 282, Rn. 7.

⁶⁶¹ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 15.

⁶⁶² Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. Zu Heft 1, S. 3, 27.

⁶⁶³ Vgl. Dauner-Lieb; in: Dauner-Lieb, Das Neue Schuldrecht, § 2, S. 46.

⁶⁶⁴ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 27.

⁶⁶⁵ Vgl. Vollkommer, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 282, Rn. 7.

abzulehnen und an deren Stelle Schadensersatz zu verlangen. Die Schutzpflichtverletzung muss erheblich sein, um Schadensersatz statt der ganzen Leistung aus §§ 280 I, III, 282 BGB zu verlangen. Das Erheblichkeitserfordernis ergibt sich schon aus § 282 BGB.

Verlangt der Nutzer einen Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist er verpflichtet, die Information zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.⁶⁶⁶

C. V. 6. e. Ersatz von Verzögerungsschäden nach § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II, 286 BGB

Aufgrund des umfassenden Verweises in § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB auf § 280 BGB wird gleichzeitig auf § 286 BGB verwiesen.⁶⁶⁷

Durch die Bereitstellung mangelhafter z. B. falscher oder unzutreffender Informationen zum Abruf kann der Nutzer Vermögenseinbusse allein dadurch erleiden, dass er die vertragsmäßige mangelfreie Information nicht rechtzeitig erhält.⁶⁶⁸ Die Einordnung dieser Schäden in der Systematik der §§ 280 ff. BGB ist sehr umstritten:

Nach einer Ansicht handele es sich um Verzögerungsschäden, die unter den Voraussetzungen der §§ 280 II, 286 BGB zu ersetzen sind.⁶⁶⁹ Anknüpfungspunkt für den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung ist die Verzögerung der Nacherfüllung.⁶⁷⁰ Vorausgesetzt ist, dass der Content Provider hinsichtlich der Nacherfüllung in Verzug i. S. v. § 286 BGB ist. Nach § 286 I 1 BGB liegt Verzug grundsätzlich vor, wenn der Nutzer den Content Provider hinsichtlich der Nacherfüllung gemahnt hat. Ob im Nacherfüllungsverlangen zugleich eine Mahnung hinsichtlich der mangelfreien Leistungserbringung liegt, ist umstritten.⁶⁷¹ Die Ablehnende Meinung geht davon aus, dass Verzug nicht vor Ablauf der angemessenen für die Nacherfüllung verbleibenden Frist i. S. v. §§ 281 I 1, 323 I BGB eintreten kann. Die Gegenmeinung geht zu Recht davon aus, dass der Verkäufer zumindest eine realistische Chance haben muss, um den Verzug durch umgehende Nacherfüllung abzuwenden; der ihm dafür verbleibende Zeitraum ist in aller Regel kürzer als die angemessene Frist nach §§ 281 I 1, 323 I BGB.⁶⁷² Für die Bewertung des Nacherfüllungsverlangens als Mahnung spricht, dass

⁶⁶⁶ Dazu siehe oben unter C. V. 6. a. bb. auch für den Rückforderungsanspruch des Verkäufers gem. §§ 346 ff.

⁶⁶⁷ Vgl. Schwerdtfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 58.

⁶⁶⁸ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 36.

⁶⁶⁹ Vgl. Dauner-Lieb; in: Dauner-Lieb, Das Neue Schuldrecht, § 2, Rn. 45; Büdenbender, in: Dauner-Lieb, Das Neue Schuldrecht, § 8, Rn. 66.

⁶⁷⁰ Siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 141.

⁶⁷¹ Zustimmend Berger, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 437, Rn. 16; Büdenbender, in: Dauner-Lieb, Das Neue Schuldrecht, § 8, Rn. 66; Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 141. Ablehnend Schubel, in: Schwab/Witt, JuS 2002, 123, 145; Oechsler, NJW 2004, 1825, 1828.

⁶⁷² Dazu siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 141.

der Nutzer nicht noch einmal tätig werden müsste, um den Anbieter bezüglich des Nacherfüllungsanspruchs in Verzug zu setzen.⁶⁷³ Der Content Provider kann auch ohne Mahnung etwa nach § 286 II Nr. 1 BGB mit Ablauf der zur Nacherfüllung gesetzten Frist oder nach § 286 II Nr. 3 BGB bei ernsthafter und endgültiger Verweigerung der Nacherfüllung seinen Verzögerungsschaden verlangen.

Schließlich ordnet eine weitere Gegenansicht alle Schäden, die dem Käufer durch mangelhafte Leistungserbring entstehen, unmittelbar dem § 280 I BGB zu;⁶⁷⁴ so dass also nicht erst nach Ablauf einer gesetzten Frist zu ersetzen sind. Dieser Ansicht ist entgegen gehalten worden, es wäre wertungsmäßig schwer vertretbar, dass der Verkäufer, der überhaupt nicht leistete, schadensersatzrechtlich wegen § 286 I BGB günstiger stände, als der Verkäufer, der immerhin leistete, aber nur mangelhaft.⁶⁷⁵ Gegen diese Argumentation wurde zu Recht angeführt, dass der schlechteistende Verkäufer nicht trotz der Erfüllung seiner Verpflichtung zu termingerechten Leistung bestraft werde, sondern wegen von ihm zu vertretender Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Leistung.⁶⁷⁶

Hat der Provider die Schlechteistung zu vertreten, so haftet er dafür also gem. § 280 I BGB, z.B. bei Überlassung einer mit Standardviren verseuchten Information.⁶⁷⁷ Hat der Content Provider es dagegen nicht zu vertreten, dass er ursprünglich nicht mangelfrei geleistet hat, und kommt er dann mit der Nacherfüllung in Verzug, besteht kein Anspruch auf einfachen Schadensersatz nach § 280 I BGB, sondern nur ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung (=Nacherfüllung) unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, II, 286 BGB.⁶⁷⁸

Übertragen auf die Bereitstellung mangelhafter Informationen zum Abruf, bedeutet dies, dass der Nutzer einen Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung der Leistung hat (=Nacherfüllung), wenn es der Content Provider nicht zu vertreten hat, dass er ursprünglich nur mangelhaft leistete. Dies ist anzunehmen, wenn der Content Provider eine Volltextdatenbank anbietet, die vollständige Texte von Büchern, Zeitschriften oder Dokumenten jeder Art enthält.⁶⁷⁹ Hier ist er nicht verpflichtet, die von ihm in die Datenbank aufgenommenen und von dort aus angebotenen Informationen etwa auf ihre inhaltliche Richtigkeit oder Vollständigkeit zu überprüfen. Die Überlassung falscher oder

⁶⁷³ So auch *Schubel*, in: Schwab/Witt, JuS 2002, 123, 145, Fn. 88.

⁶⁷⁴ Begründung zu § 437, BT-Drucks 14/6040, S. 225; siehe *Oechsler*, NJW 2004, S. 1825, 1828, Fn. 25.

⁶⁷⁵ *Dauner-Lieb*; in: Dauner-Lieb, Das Neue Schuldrecht, § 2, Rn. 45.

⁶⁷⁶ *Schubel*, in: Schwab/Witt, JuS 2002, 123, 144.

⁶⁷⁷ Siehe oben unter C. V. 5. a. aa. ccc.

⁶⁷⁸ *Schubel*, in: Schwab/Witt, JuS 2002, 123, 144 f.; zustimmend *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 64.

⁶⁷⁹ Siehe oben unter C. V. 5. a. aa. ccc.

unvollständiger Informationen hat er nicht zu vertreten. Deshalb liegen die Voraussetzungen eines Anspruchs auf einfachen Schadensersatz nicht vor. Der Content Provider kann aber dann mit der Nacherfüllung in Verzug geraten.

C. V. 6. e. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

Ein Anspruch auf Verzögerungsschaden aus § 437 Nr. 3 Alt. 1BGB i. V. m. §§ 280 I, II, 286 BGB setzt neben dem Verzug Folgendes voraus:

C. V. 6. e. aa. aaa. Pflichtverletzung

Der Anspruch auf den Verzögerungsschaden setzt eine Pflichtverletzung voraus. Diese liegt vor, wenn der Content Provider die Nacherfüllung i. S. v. § 437 Nr. 1 BGB i. V. m. § 439 BGB verzögert.⁶⁸⁰

C. V. 6. e. aa. bbb. Vertretenmüssen

Vorausgesetzt ist weiterhin, dass der Content Provider die Verzögerung der Nacherfüllung gem. §§ 280 I 2, 286 IV BGB zu vertreten hat. Anzumerken ist, dass auf das Merkmal des Vertretenmüssens der Pflichtverletzung hier zweimal, nämlich sowohl in § 280 I 2 BGB, als auch in § 286 IV BGB Bezug genommen wird.⁶⁸¹ Vertretenmüssen liegt vor, wenn der Content Provider oder sein Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) vorsätzlich (§ 276 I BGB) oder fahrlässig (§ 276 II BGB) gehandelt hat. Nach §§ 280 I 2, 286 IV BGB wird das Vertretenmüssen des Content Providers vermutet. Er muss sich entlasten, indem er darlegt und beweist, dass er die Verzögerung der Nacherfüllung nicht zu vertreten hat. Gem. § 276 I 1 BGB haftet er verschuldensunabhängig, wenn er eine Garantie dafür übernommen hat, dass die Nacherfüllung rechtszeitig erfolgen wird.

C. V. 6. e. aa. ccc. Schaden und Kausalität

Der Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung umfasst alle Schäden des Nutzers, die darauf beruhen, dass der Content Provider nicht bei Verzugseintritt nacherfüllt hat.⁶⁸² §§ 280 II, 286 BGB erfassen somit nur Schäden infolge des Verzugs mit der Nacherfüllungspflicht des § 439 BGB, etwa Kosten der Rechtsverfolgung zur Durchsetzung der Nacherfüllung,⁶⁸³ sowie die Schäden, die während des Verzugs aus der fehlenden oder eingeschränkten Nutzbarkeit der Information infolge des Mangels erfolgen, etwa entgangener Gewinn.⁶⁸⁴ Dies ist anzunehmen, wenn der Nutzer während des Verzugs die unzutreffende vom Anbieter zum Abruf bereitgestellte Information für die beabsichtigte geschäftliche Disposition nicht

⁶⁸⁰ Siehe *Schwerdtfeger/Gottschalk*, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 58.

⁶⁸¹ *Mattheus*, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 67, 118.

⁶⁸² Siehe *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 143.

⁶⁸³ Vgl. *Saenger*, in: HK-BGB, § 437, Rn. 13.

⁶⁸⁴ *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, § 437, Band 1, Rn. 63.

anwenden konnte, mit der Folge, dass ihm ein bestimmtes gewinnerbringendes Geschäft entgangen ist.

Zwischen der Verzögerung der Nacherfüllung und den entstandenen Schäden muss ein kausaler Zusammenhang bestehen (haftungsausfüllende Kausalität).

C. V. 7. Ergebnis

Der Content Provider ist nach § 433 I 2 BGB verpflichtet, die Informationen frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Bei Überlassung mangelhafter Informationen verletzt er seine Hauptleistungspflicht aus § 433 I 2 BGB. Er schuldet Schadensersatzansprüche einerseits aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I BGB, andererseits aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281, 282, 283 und 311a II BGB. Diese Schadensersatzansprüche ergänzen sich bei mangelhafter Leistung, so dass sie zusammen zu einem vollständigen Ausgleich der entstandenen Schäden führen.⁶⁸⁵ Von § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I BGB ist das sog. Integritätsinteresse erfasst. Danach muss der Nutzer infolge eines Mangels einen Schaden an seinen anderen Rechtsgütern erlitten haben und der Content Provider müsste sich in Hinsicht auf das Verschulden nicht entlasten können.⁶⁸⁶ Der Schadensersatz richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Nach § 249 I BGB ist der Content Provider verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit ist der Nutzer so zu stellen als hätte der Content Provider die mangelhafte Information nicht überlassen. Ersatzfähig sind ausschließlich Schäden, die durch eine mangelfreie Nacherfüllung nicht beseitigt werden können.⁶⁸⁷ Dazu gehören die Heilungskosten des Nutzers bei Beeinträchtigung von Körper oder Gesundheit infolge der Anwendung der fehlerhaften Information oder die Reparaturkosten des Rechners bei Beschädigung des Nutzerrechners infolge der Überlassung virenbefallener Information oder den für die Wiederherstellung der Daten aufgewendeten Betrag bei Datenverlust. Der Nutzer kann derartige Kosten gem. § 249 II 1 BGB in Geld ersetzt verlangen. Soweit die Naturalherstellung i. S. v. § 249 I BGB unmöglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (vgl. § 251 I BGB) oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (vgl. § 251 II BGB), besteht ein Anspruch auf Ersatz in Geld. Eine Unmöglichkeit der Herstellung ist bei Totalbeschädigung des Nutzersystems oder endgültigem Verlust seiner Daten anzunehmen. Eine Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen (vgl. § 251 II BGB) ist anzunehmen, wenn die Wiederherstellung der verlorenen Daten nur mit umständlichen Eingriffen in den

⁶⁸⁵ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, § 280, Rn. 18.

⁶⁸⁶ Vgl. Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 248.

⁶⁸⁷ Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 35.

Zentralspeicher oder Datenbestand des Providers und somit mit einem unverhältnismäßigen Zeit-, Arbeit- und Kostenaufwand möglich ist.

Aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I, III, 281, 283 440 und 311a II BGB, sowie aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. § 282 BGB stehen dem Nutzer Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung zu, d.h. das sog. positive bzw. Erfüllungsinteresse. Der Schadensersatz richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Nutzer ist gem. § 249 I BGB so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stände, d.h. wie wenn der Content Provider ihm eine mangelfreie Information überlassen hätte. Auszugleichen ist der mangelbedingte Minderwert der Kaufsache („eigentlicher Mangelschaden“).⁶⁸⁸ Das ist der Schaden, der darin liegt, dass die Information infolge des Mangels, der durch Nacherfüllung beseitigt werden kann, den Nutzer im Vergleich zu einer mangelfreien Information schlechter stellt.⁶⁸⁹ Im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung stehen dem Nutzer zwei Formen zu. Das sind der kleine Schadensersatz gem. §§ 281 I 1 Alt. 2, 283 S. 1 und 311a II 1 BGB und der große Schadensersatz (Schadensersatz statt der ganzen Leistung). Schadensersatz statt der ganzen Leistung steht dem Nutzer gem. §§ 281 I 3, 283 S. 2 und § 311a II 3 BGB nur bei einem erheblichen Mangel zu. Bei überwiegend mangelfreien zum Abruf bereitgestellten Rechercheergebnissen ist die eine oder andere unzutreffende oder inaktuelle Information hinzunehmen.⁶⁹⁰ Andernfalls wird der Schadensersatz statt der ganzen Leistung aufgrund der Erheblichkeitsklausel des § 281 I 3 BGB ausgeschlossen.

Im Rahmen des kleinen Schadensersatzes fallen der mangelbedingte Minderwert oder Reparaturkosten und im Rahmen des großen Schadensersatzes fallen der Wert der Information in mangelfreien Zustand oder die Kosten eines Deckungsgeschäftes an.⁶⁹¹ Verlangt der Nutzer den kleinen Schadensersatz, kann er die mangelhafte Information behalten und Ersatz des Minderwertes verlangen.⁶⁹² Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften Information und der vereinbarten Vergütung.⁶⁹³

Verlangt der Nutzer einen Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist er durch den Verweis des § 281 V BGB auf die §§ 346 bis 348 BGB verpflichtet, die Information zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben (vgl. § 346 I BGB).

Aufgrund der Rückgewährunfähigkeit der Information hat der Nutzer gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich

⁶⁸⁸ Siehe Berger, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 437, Rn. 20.

⁶⁸⁹ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 34.

⁶⁹⁰ Siehe Redecker, IT-Recht in der Praxis, Rn. 957, der den Vertrag über elektronische die Recherche insgesamt als Werkvertrag einordnet.

⁶⁹¹ Siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 52.

⁶⁹² Siehe Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 242.

⁶⁹³ Vgl. Schwerdfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2.1, S. 58.

bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Danach ist die vereinbarte Vergütung entsprechend § 441 III 1 BGB herabzusetzen.

Hat der Content Provider an einer Rückübertragung der mangelhaften Information kein Interesse – dies dürfte i.d.R. der Fall sein –, reicht ihre Löschung als Zug-um-ZugLeistung nach § 348 I BGB für die Rückzahlung der Vergütung aus.⁶⁹⁴

Unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, II, 286 BGB sind alle Schäden infolge des Verzugs mit der Nacherfüllungspflicht zu ersetzen; dies sind etwa Schäden, die während des Verzugs aus der fehlenden oder eingeschränkten Nutzbarkeit der Information erfolgte, z.B. entgangener Gewinn.⁶⁹⁵ Dies ist anzunehmen, wenn der Nutzer während des Verzugs die unzutreffende vom Anbieter zum Abruf bereitgestellte Information für die beabsichtigte geschäftliche Transaktion nicht anwenden konnte, mit der Folge, dass ihm ein bestimmtes gewinnbringendes Geschäft vereitelt wurde.

C. VI. Entgeltliche Informationsbeschaffung

Beispielsfall: der Nutzer wählt sich in die Datenbank des Content Providers ein, er beabsichtigt konkrete Informationen z.B. Rechts-, Steuer- oder Anlageberatungen gegen Entgelt zu erhalten. Der Anbieter sucht anhand der vom Nutzer individuell formulierten eingegebenen Suchkriterien die Informationen, stellt sie zusammen und übermittelt sie an den Nutzer. Die Hauptleistungspflicht des Content Providers liegt somit in Auffinden, Zusammenstellung und Übermittlung der Informationen an den Nutzer. Durch das Auffinden der Informationen aufgrund eines bestimmten vom Nutzer formulierten Suchbegriffs wird ein Ergebnis geschaffen. Der Vertrag ist darauf gerichtet, dass dem Nutzer ein bestimmtes Suchergebnis beschafft wird.

C. VI. 1. Vertragstypologische Einordnung

Im Hinblick auf die entgeltliche Informationsbeschaffung am Beispiel der Online-Datenbanken wird teilweise der ganze Vorgang nicht als typischer Werkvertrag, sondern als ein dem Werkvertrag nahe stehender Vertrag sui generis gesehen.⁶⁹⁶ Dies wurde mit dem Dauerschuldcharakter des Vertrages begründet. Gegen diese Auffassung ist anzuführen, dass

⁶⁹⁴ Vgl. *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 999, bezüglich Download-Shopping.

⁶⁹⁵ Siehe *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 63.

⁶⁹⁶ *Tellis*, CR 1990, 290, 291, in Bezug auf JURIS Datenbank

der Dauerschuldcharakter nicht gegen die direkte Anwendung des Werkvertragsrechts steht.⁶⁹⁷

Von anderen Autoren wird ein Typenkombinationsvertrag⁶⁹⁸ angenommen, in dem die Bereitstellung der Datenbank eine pachtrechtliche Komponente und der Erwerb der Informationen eine kaufrechtliche Komponente aufweisen.⁶⁹⁹ Weitere Meinungen sehen den Vorgang als Vertrag eigener Art (Vertrag *sui generis*) an, in dem die Nutzung des Datenbanksystems als Pacht bzw. Mietvertrag zu qualifizieren und auf die Datenabfrage selbst das Werkvertragsrecht sinngemäß anzuwenden sei,⁷⁰⁰ dies mit der Begründung, dass es keinen „Transfer eines Vermögensgutes“ gebe. Diesbezüglich ist anzuführen, dass es beim Werkvertrag nicht auf einen Gütertransfer ankommt, sondern nur auf die Herstellung des Werkes (das auch unkörperlich sein kann), also eine Wertschöpfung beim Besteller; diese ist beim Informationsbeschaffungsvertrag in der Auflistung und Inbezugsetzung der abgefragten Informationen zu dem gewählten Suchbezugspunkt und in dem schnelle Auffinden relevanter Informationen zu sehen.⁷⁰¹

Im Folgenden wird den Versuch unternommen, den entgeltlichen auf ein bestimmtes Suchergebnis gerichteten Informationsbeschaffungsvertrag typologisch einzuordnen.

C. VI. 1. a. Einordnung als Kaufvertrag

Die Auflistung und Inbezugsetzung der abgefragten Informationen zu dem gewählten Suchbezugspunkt stellt keinen Kauf dar, denn dem Nutzer wird kein „fertiges Produkt“ geliefert.⁷⁰² Vertragsgegenstand ist also nicht eine im Voraus bestimmte, sondern eine erst vom Nutzer zu spezifizierende Information.⁷⁰³

C. VI. 1. b. Einordnung als Miet- oder Pachtvertrag

Ob dieser Vorgang dem Miet- oder Pachtrecht zuzuordnen ist, ist zweifelhaft, denn nicht der Nutzer sucht und stellt sich ein Suchergebnis zusammen, sondern er formuliert lediglich Suchbegriffe, nach denen von Seiten des Anbieters das Auffinden und Zusammenstellen des Suchergebnisses erfolgen soll. In einem solchen Fall besteht die Hauptleistung des Anbieters

⁶⁹⁷ Dazu siehe die Ausführungen oben unter B. III. 3.

⁶⁹⁸ Zum Begriff Typenkombination siehe *Grüneberg*, in: Palandt, vor § 311, Rn. 21.

⁶⁹⁹ Sieber, CR 1992, 518, 523; Mehrings, NJW 1993, 3102, 3105.

⁷⁰⁰ Siehe *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, 1777, 1781.

⁷⁰¹ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 729.

⁷⁰² Vgl. *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, 1777, 1781.

⁷⁰³ Siehe *Hilty*, Information Highway, S. 473.

nicht in einer Gebrauchsüberlassung i. S. v. Miet- bzw. Pachtvertragsrecht, sondern in einer leistungsbezogenen Tätigkeit des Content Providers. Des Weiteren soll die gegen Einmalvergütung übertragene Information auf Dauer überlassen werden, wodurch in der Regel Eigentum an dem Dateiemplar eingeräumt wird; dies ist weder mit Miet- noch mit Pachtvertragsrecht vereinbar.⁷⁰⁴ Miet- oder Pachtvertragsrecht scheiden somit aus.

C. VI. 1. c. Einordnung als Dienstvertrag

Fraglich ist, ob der schon beschriebe Vorgang als Dienstvertrag zu bewerten ist. Gegen die Anwendung vom Dienstvertragsrecht kann nicht eingewendet werden, dass es an einer Höchstpersönlichkeit der Leistung fehle.⁷⁰⁵ Die fehlende Höchstpersönlichkeit der Leistung steht der Einordnung als Dienstvertrag nicht entgegen.⁷⁰⁶ Gleichwohl liegt im vorliegenden Zusammenhang kein Dienstvertrag vor, da die Verpflichtung des Anbieters sich nicht in der Informationsbeschaffung als Tätigkeit erschöpft, sondern darüber hinaus in der „Sichtung und Gewichtung“ der verschiedenen vorliegenden Daten und deren Verarbeitung zu einer konkreten Auskunft liegt.⁷⁰⁷ Demzufolge scheidet eine Einordnung als Dienstvertrag aus.

C. VI. 1. d. Einordnung als Werkvertrag

Der erwähnte Vorgang ist darauf gerichtet, dass dem Nutzer ein bestimmtes Suchergebnis beschafft wird. Er ist erfolgsorientiert und als Werkvertrag i. S. v. § 631 BGB einzustufen. Diese Qualifizierung steht mit der typologischen Einordnung des herkömmlichen Auskunfteivertrags in Einklang; er wird ebenfalls als Werkvertrag bewertet.⁷⁰⁸ Diese Einordnung dient dem schutzwürdigen Interesse des Nutzers im Falle von Leistungsstörungen wie etwa bei Unvollständigkeit, Irrelevanz oder Inaktualität der Informationen. Denn im Gegensatz zum Dienstvertragsrecht gewährt ihm das Werkvertragsrecht eine verschuldensunabhängige Nacherfüllung nach § 634 Nr. 1 BGB i. V. m. § 635 BGB. Nach § 634 Nr. 3 BGB i. V. m. §§ 636, 323 und 326 V BGB hat er ein Rücktrittsrecht oder Minderungsrecht gem. § 634 Nr. 3 BGB i. V. m. § 638 BGB.

⁷⁰⁴ Siehe Koch, Internet-Recht, S. 35.

⁷⁰⁵ So aber Sieber, CR 1992, 518, 523.

⁷⁰⁶ Dazu siehe die Ausführungen oben unter B. III. 3.

⁷⁰⁷ Vgl. Fritzsch, CR 1998, 632, 637, der die Informationsbeschaffungsverträge der herkömmlichen Auskunfteien als Werkvertrag qualifiziert.

⁷⁰⁸ Siehe Fritzsch, CR 1998, 632, 637.

C. VI. 2. Ergebnis

Es ist davon auszugehen, dass der Informationsbeschaffungsvertrag aufgrund der Tatsache, dass ein bestimmtes Suchergebnis gegen Entgelt dem Nutzer individuell zusammengestellt und übermittelt wird, als Werkvertrag einzuordnen ist.

C. VI. 3. Pflicht zur mangelfreien Verschaffung

Bewertet man den Vertrag über die Informationsbeschaffung als Werkvertrag über die Suche, Zusammensetzung und Übermittlung der abgefragten Informationen, so trifft den Unternehmer nach § 633 I BGB die Verpflichtung, dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Erfasst sind demnach Sach- sowie Rechtsmängel i. S. v. §§ 633 II, III BGB.

Gem. § 633 II 1 BGB ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat.⁷⁰⁹ Ein Sachmangel ist jede Abweichung der Ist-Beschaffenheit des Werkes von seiner Soll-Beschaffenheit.⁷¹⁰ § 633 I BGB präzisiert § 631 I BGB (Herstellung des versprochenen Werkes).⁷¹¹ Die Vorschrift versteht den Sachmangel als Abweichung vom dem Unternehmer auferlegten vertraglichen Pflichtenprogramm.⁷¹² Hinzuweisen ist darauf, dass § 633 II 1 BGB nicht nur für ein in einer Sache verkörpertes Werk gilt, sondern auch für unkörperliche Werke wie etwa die Erstellung eines Datenverarbeitungsprogramms⁷¹³ oder die Erstellung einer Informationsdatei. Denkbar ist, dass Nutzer und Content Provider eine bestimmte Informationsqualität vereinbart haben, beispielsweise die Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität. Die vereinbarte Informationsqualität stellt eine Sollbeschaffenheit dar. Soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, wird ein Werk geschuldet, das sich für die vertraglich vorausgesetzte (vgl. § 633 II 2 Nr. 1 BGB) oder sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken gleicher Art üblich ist und der Besteller nach Art des Werkes erwarten kann (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB). Überträgt man dies auf die abgefragten Informationen, so ist eine Information geschuldet – soweit eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. v. § 633 II 1 BGB nicht erfolgt –, die sich für die vertraglich vorausgesetzte (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB) oder hilfsweise gem. § 633 II 2 Nr. 2 BGB sich für die gewöhnliche Verwendung eignet. Dies ist anzunehmen, wenn z.B.

⁷⁰⁹ Dazu siehe oben unter C. V. 3. a. in Bezug auf die entgeltliche Informationsüberlassung.

⁷¹⁰ *Sprau*, in: Palandt, § 633, Rn. 5.

⁷¹¹ *Sprau*, in: Palandt, § 633, Rn. 3.

⁷¹² *Sprau*, in: Palandt, § 633, Rn. 1.

⁷¹³ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 633, Rn. 5; Einf. 1 v. § 631, Rn. 1.

dem Content Provider bekannt ist, dass der Nutzer die Information für eine eigene gewerbliche Anwendung oder etwa für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen oder Gewährung eines Kredits oder für die Abwicklung von Geschäften braucht. Entscheidend ist somit der vom Informationssuchenden mitgeteilte Verwendungszweck, hilfsweise jeder Verwendungszweck für den eine Information der fraglichen Art grundsätzlich erworben wird.⁷¹⁴

Beim Abweichen der tatsächlich übermittelten Information (Istbeschaffenheit) von der vereinbarten (§ 633 II 1 BGB), vertraglich vorausgesetzten (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB) oder für die gewöhnliche Verwendung (§ 633 II 2 Nr. 2 BGB) geeigneten Informationsqualität (Sollbeschaffenheit) liegt ein Sachmangel i. S. v. § 633 II 1 BGB vor. Nach § 633 II 3 BGB steht es einem Sachmangel gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt. Der erste Fall ist anzunehmen, wenn der Content Provider dem Informationssuchenden statt der zu dem konkreten Suchbegriff relevante Information eine andere irrelevante bzw. andere als die geschuldete übermittelt. Der letztere Fall ist vorstellbar, wenn der Content Provider eine unvollständiger Information bzw. nicht die geschuldete Menge der vereinbarten Information (Mengenfehler) übermittelt.

Gem. § 633 III BGB ist das Werk frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können. Ein Rechtsmangel i. S. d. § 633 III BGB liegt vor, wenn der Content Provider beispielsweise selbst Nichtberechtigter der überlassenen urheberrechtlichen Nutzungsrechte ist oder Rechte Dritter bestehen, die von ihm nicht offen gelegt worden sind.⁷¹⁵ Wegen der Gleichbehandlung von Sach- und Rechtsmängeln hat die Unterscheidung zwischen ihnen an Bedeutung verloren.⁷¹⁶

Bei Übermittlung mangelhafter Informationen nämlich falscher, irrelevanter, unvollständige oder inaktueller Informationen behält der Nutzer zunächst weiterhin seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch aus § 633 I BGB. § 633 BGB nennt im Gegensatz zu § 434 I 1 BGB keinen Zeitpunkt, zu dem das Werk mangelfrei sein muss; es ist davon auszugehen, dass der Gefahrübergang der maßgebliche Zeitpunkt ist, also der Zeitpunkt der Abnahme.⁷¹⁷ §§ 634 f. finden also erst ab Gefahrübergang Anwendung, d.h. meistens nach Abnahme.⁷¹⁸ Hier stellt sich zunächst die Frage, ob bei einer Online-Informationsbeschaffung eine Abnahme überhaupt in Frage kommt. Nach § 640 I BGB ist der Besteller zur Abnahme des

⁷¹⁴ Siehe *Fritzsche*, CR 1999, 462, 463.

⁷¹⁵ Siehe *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil VII, Rn. 117.

⁷¹⁶ Vgl. *Schlechtriem*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 633, Rn. 10.

⁷¹⁷ Siehe *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 3. Kap., Rn. 14.

⁷¹⁸ Siehe *Schlechtriem*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 634, Rn. 3.

vertragsgemäß hergestellten Werkes verpflichtet. Abnahme ist nicht nur die körperliche Hinnahme des Werkes, sondern vielmehr die Anerkennung des Werkes als die vertragsgemäße Leistung.⁷¹⁹ Im Schrifttum wird vertreten, dass mangels Möglichkeit des Zugangs einer Billigungserklärung, die Abnahme nach § 646 BGB ausgeschlossen ist.⁷²⁰ Dieser Ansicht ist zu widersprechen. Denn die Annahme der Information als im Wesentlichen vertragsmäßige Leistung kann sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend geschehen. Die erforderliche Anerkennung liegt bei der stillschweigenden Abnahme in einem zur Kenntnisnahme des Unternehmers (hier Content Providers) geeigneten Verhalten des Bestellers (Nutzers), aus dem der Content Provider nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) schließen darf, dass der Nutzer die Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß billige.⁷²¹ Eine stillschweigende Anerkennung der Informationen kann durch die Bezahlung der Vergütung oder durch die Nutzung der Informationen für eine gewisse, von den Umständen des Einzelfalls abhängige Nutzungsdauer geschehen.⁷²² Entspricht die Information nicht dem, was der Nutzer verlangt hat, und hat er dies gerügt, so liegt keine Abnahme vor. Dem Nutzer steht der Erfüllungsanspruch nach § 631 I, 633 I BGB weiterhin zu. Er ist gem. § 631 I BGB auf Herstellung des versprochenen Werkes, d.h. des mangelfreien Suchergebnisses (§ 633 I BGB) gerichtet. Der Nutzer braucht das Suchergebnis nicht abzunehmen, sofern der Mangel nicht unwesentlich ist.⁷²³ Ohne Annahme geht die Vergütungsgefahr auf den Nutzer über, wenn er sich in Annahmeverzug i. S. v. § 644 I 2 BGB befindet. Dies ist dann der Fall, wenn der Nutzer bei unwesentlichen Mängeln des übermittelten Suchergebnisses die Annahme trotz Bestehen einer Annahmepflicht verweigert z.B. wenn das überwiegend richtige Suchergebnis nur vereinzelt unzutreffende Informationen beinhaltet.

Bei vorbehaltloser Abnahme der mangelhaften Informationen trotz Kenntnis des Mangels verliert der Nutzer nach § 640 II BGB die Rechte des § 634 Nr. 1 bis 3 BGB. Erhalten blieben sind die Schadensersatzansprüche in Geld einschließlich der Mängelbeseitigungskosten.⁷²⁴

C. VI. 4. Rechte des Nutzers wegen Mängeln aus §§ 634 ff. BGB

⁷¹⁹ Vgl. Zerres, Bürgerliches Recht, S. 232.

⁷²⁰ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 738.

⁷²¹ Dazu ausführlich Sprau, Palandt, § 640, Rn. 6.

⁷²² Siehe Sprau, Palandt, § 640, Rn. 6.

⁷²³ Vgl. Zerres, Bürgerliches Recht, S. 234.

⁷²⁴ Siehe Sprau, Palandt, § 640, Rn. 13.

Nach Annahme der Informationen ergeben sich bei einem mangelhaften Suchergebnis die Mängelrechte nach §§ 634 ff. BGB. Aus § 634 Nr. 1 BGB ergibt sich der grundsätzliche Vorrang der Nacherfüllung nach Maßgabe des § 635 I BGB. Als nächstes erwähnt § 634 Nr. 2 BGB das Selbstvornahmerecht des § 637 BGB. In § 634 Nr. 3 BGB wurden das Rücktrittsrecht nach §§ 636, 323 und 326 V BGB und das Minderungsrecht gem. § 638 BGB (Wahlrecht) genannt. Neben dem Rücktritts- und Minderungsrecht hat der Nutzer Schadensersatzansprüche. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 634 Nr. 3 BGB, nämlich aus dem Wort „und“. Bei schuldhafter Mängelhaftigkeit hat der Besteller gem. § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I BGB einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung. Gem. § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 283, 636 und § 311a II BGB kann der Besteller Schadensersatz statt der Leistung verlangen. In Betracht kommen weiterhin Ansprüche des Nutzers aus §§ 280 I, III, 282 BGB wegen Verletzung von nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten i. S. v. § 241 II BGB und auf Ersatz des Verzögerungsschadens nach §§ 280 I, II und 286 BGB.

C. VI. 4. a. Nacherfüllungsanspruch gem. § 634 Nr. 1 BGB i. V. m. § 635 I BGB

Der Empfänger einer mangelhaften Werkleistung hat gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB einen Nacherfüllungsanspruch. Der Unternehmer hat gem. § 635 I BGB das Wahlrecht zwischen Mängelbeseitigung und Neuherstellung. Der Nacherfüllungsanspruch hat Vorrang vor allen anderen Gewährleistungsrechten, auf die der Besteller grundsätzlich erst nach erfolgslosem Ablauf einer gesetzten angemessenen Frist zurückgreifen darf.⁷²⁵

C. VI. 4. a. aa. Voraussetzungen

C. VI. 4. a. aa. aaa. Mängelhaftigkeit der Information

Der Nutzer kann Nacherfüllung gem. § 634 Nr. 1 BGB i. V. m. § 635 I BGB fordern, wenn der Content Provider entgegen seiner Pflicht aus § 633 I BGB ein mit Sach- oder Rechtsmängeln i. S. v. §§ 633 II, III BGB⁷²⁶ behaftetes Suchergebnis übermittelt hat.

Hat der Content Provider zur Nacherfüllung die Neuherstellung gewählt, kann er gem. § 635 IV BGB vom Nutzer Rückgewähr der mangelhaften Information nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB verlangen. Soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, muss der Rückgewährschuldner statt der Rückgewähr oder

⁷²⁵ Siehe Ebert, in: HK-BGB § 634, Rn. 2.

⁷²⁶ Dazu siehe oben unter C. VI. 3.

Herausgabe Wertersatz leisten (vgl. § 346 II 1 Nr. 1 BGB). Dies gilt v. a. für unkörperliche Werkleistungen wie die Informationsbeschaffung.⁷²⁷

Der Nutzer muss daher gem. §§ 635 IV, 346 II 1 Nr. 1 BGB einen Wertersatz leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. War die Information mangelhaft, ist die Vergütung entsprechend § 638 III 1 BGB zu kürzen.⁷²⁸ Danach ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Suchergebnisses in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden hätte. Die Vergütung verringert sich auf den Betrag, der sich ergibt, wenn man das Verhältnis, in dem der Verkehrswert des mangelhaften Suchergebnisses zu dessen Verkehrswert in mangelfreiem Zustand steht, mit der vereinbarten Vergütung multipliziert.⁷²⁹ War die Information wegen Unrichtigkeit, Unvollständigkeit, Irrelevanz oder Inaktualität absolut wertlos, wäre nichts geschuldet. Die Vergütung kann durch die Minderung gem. § 638 III 1 BGB vollständig entfallen.⁷³⁰ Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen die mangelhafte Information noch einen Wert hat, der Content Provider sich trotzdem für Neuübermittlung der Information entschied. Es stellt sich hier die Frage, ob die Wertersatzpflicht des § 346 II 1 Nr. 1 BGB wenigstens gem. § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist.

§ 346 III 1 Nr. 1 BGB bezieht sich darauf, dass der Rückgewährschuldner den empfangenen Gegenstand verarbeitet oder umgestaltet. Die Nummern 2 und 3 beziehen sich auf die Fälle des Ausschlusses der Wertersatzpflicht wegen Verschlechterung oder Untergangs des zurückzugewährenden mangelhaften Gegenstands. Der Verweis des § 635 IV BGB ist so zu verstehen, dass er von vornherein nur für mangelhafte Werke gilt, die als solche rückgewährfähig sind.⁷³¹ Andernfalls hat der Nutzer dem Content Provider, der sich für die Neuübermittlung etwa aus Kostengründen entschied, die mangelhafte Information auch nur teilweise zu vergüten, bloß weil sie ihrer Art nach rückgewährunfähig ist. Es besteht Bedarf zur teleologischen Reduktion des § 635 IV BGB, indem sich der Verweis dieser Norm nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht, da der Wortlaut des § 637 IV BGB zu weit ist.⁷³²

Da der Content Provider an einer Rückgewähr der mangelhaften Information i.d.R. kein Interesse hat, kann er von dem Kunden eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die

⁷²⁷ Vgl. Schulze, in: HK-BGB § 346, Rn. 14; Stadler, Astrid, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 346, Rn. 5.

⁷²⁸ Vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346, Rn. 10 bezüglich § 441 BGB.

⁷²⁹ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3, 29.

⁷³⁰ Siehe Sprau, Palandt, § 638, Rn. 4.

⁷³¹ Vgl. Fritzsche, Fälle zum Schuldrecht I, Fall 36, Rn. 57.

⁷³² Siehe die Ausführungen unter C. V. 4. a. aa. aaa.

Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁷³³ Die Löschung der mangelhaften Information muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. d. § 348 S.1 BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁷³⁴

Wie § 439 II BGB enthält § 635 II BGB eine Regelung über die Pflicht des Unternehmers die Aufwendungen für die Nacherfüllung zu tragen, diese sind insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten. Bei Übermittlung eines neuen Suchergebnisses zur Nacherfüllung muss der Content Provider die Kosten des Neudownloads, also die Vergütung des Access Providers und die Telefonkosten während des Neudownloads tragen, erforderlich ist dabei, dass das vom Content Provider zusammengestellte und übermittelte Suchergebnis zum Zeitpunkt des Neudownloads mangelfrei ist.

Für den Nacherfüllungsanspruch ist ein Verschulden nicht erforderlich.⁷³⁵

C. VI. 4. a. aa. bbb. Kein Ausschluss der Nacherfüllung

Soweit die Nacherfüllung nicht gem. § 275 I BGB wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen ist, kann der Content Provider gem. § 635 III BGB die Nacherfüllung unbeschadet § 275 II und III BGB verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dies ist im Online-Bereich anzunehmen, wenn dem Content Provider die Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung oder Ersatzbeschaffung des Suchergebnisses nur mit arbeits- und zeitaufwendigen Beseitigungsarbeiten von Fehlerquellen an dem Datenbanksystem und/oder an dem Datenbestand des Content Providers möglich ist. Denn diese sind für den Content Provider mit Kosten verbunden. Es kommt jedoch nicht nur auf die Kosten der Mängelbeseitigung bzw. Ersatzbeschaffung und ihr Verhältnis zur Vergütung an, sondern entscheidend auch auf den Vorteil für den Nutzer im Verhältnis zum Zeit- und Kostenaufwand des Content Providers. Aus § 635 III BGB lässt sich ableiten, dass der Unternehmer die Nacherfüllung auch nach § 275 II und III BGB verweigern kann. Da es sich bei der Informationsbeschaffung nicht um eine persönlich zu erbringende Leistung i. S. v. § 275 III BGB handelt, kommt nur das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 275 II 1 BGB in Betracht. Danach steht dem Content Provider ein Leistungsverweigerungsrecht zu, soweit die Nacherfüllung einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Nutzers steht. Dies ist anzunehmen, wenn die mangelfreie Ersatzleistung mit einem umständlichen Eingreifen in den Zentralspeicher des Content Providers und insofern mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre.⁷³⁶

⁷³³ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113 zur Wiederverfügbarkeit der bereits gelöschten Daten.

⁷³⁴ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁷³⁵ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 439, Rn. 4 in Bezug auf Verschulden bei Nacherfüllung im Kaufrecht.

⁷³⁶ Vgl. Tellis, CR 1990, S. 290, 294.

C. VI. 4. a. bb. Rechtsfolgen

Bei Mangelhaftigkeit der vom Content Provider übermittelten Informationen hat der Nutzer gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB einen Nacherfüllungsanspruch. Der Content Provider kann gem. § 635 I BGB zwischen Mängelbeseitigung und Neuherstellung wählen. Hat er zur Nacherfüllung die Neuherstellung gewählt, kann er gem. § 635 IV BGB vom Nutzer Rückgewähr der mangelhaften Information einschließlich der gezogenen Nutzungen nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB verlangen. Soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, muss der Rückgewährschuldner statt der Rückgewähr oder Herausgabe einen Wertersatz leisten (vgl. § 346 II 1 Nr. 1 BGB). Dies gilt v. a. für unkörperliche Werkleistungen wie die Informationsbeschaffung.⁷³⁷

Der Nutzer muss daher gem. §§ 635 IV, 346 II 1 Nr. 1 BGB Wertersatz leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Die Vergütung muss also entsprechend § 638 III 1 BGB herabgesetzt werden.⁷³⁸ War die Information wegen Unrichtigkeit, Unvollständigkeit, Irrelevanz oder Inaktualität absolut wertlos, wäre nichts geschuldet. Die Vergütung kann durch die Minderung gem. § 638 III 1 BGB vollständig entfallen.⁷³⁹ Hat die Information trotz Mangelhaftigkeit noch einen Wert und der Content Provider entschied sich trotzdem für eine Neuübermittlung, muss der Nutzer dafür eine geminderte Vergütung leisten. Ob die Wertersatzpflicht nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen werden kann, richtet sich nach § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB.

Die Nummern 1 und 3 des § 346 III 1 BGB beziehen sich auf rückgewährfähige Gegenstände.⁷⁴⁰ Der Verweis des § 635 IV BGB ist daher so zu verstehen, dass er von vornherein nur für mangelhafte Werke gilt, die als solche rückgewährfähig sind. Andernfalls hat der Nutzer dem Content Provider, der sich für die Neuübermittlung etwa aus Kostengründen entschied, die mangelhafte Information – wenn auch nur teilweise – zu vergüten, bloß weil sie ihrer Art nach rückgewährunfähig ist. Es besteht Bedarf zur teleologischen Reduktion des § 635 IV BGB, indem sich der Verweis dieser Norm nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht, da der Wortlaut des § 637 IV BGB zu weit ist.⁷⁴¹

Hat der Content Provider an einer Rückgewähr der mangelhaften Informationen kein Interesse – was i.d.R anzunehmen ist –, kann er von dem Nutzer eine Erklärung verlangen, in der er

⁷³⁷ Vgl. Schulze, in: HK-BGB § 346, Rn. 14; Stadler, Astrid, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 346, Rn. 5.

⁷³⁸ Vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346, Rn. 10 bezüglich § 441 BGB.

⁷³⁹ Siehe Sprau, Palandt, § 638, Rn. 4.

⁷⁴⁰ Siehe die Ausführungen unter C. VI. 4. a. aa. aaa.

⁷⁴¹ Siehe die Ausführungen unter C. VI. 4. a. aa. aaa.

versichert, die Daten aus seinem Rechner unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁷⁴² Die Löschung der mangelhaften Informationen muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. d. § 348 S.1 BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁷⁴³

§ 635 II BGB enthält eine Regelung über die Verpflichtung des Unternehmers die Aufwendungen für die Nacherfüllung zu tragen, diese sind insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten. Bei Übermittlung eines neuen Suchergebnisses zur Nacherfüllung muss der Content Provider die Kosten des Neudownloads, also die Vergütung des Access Providers und die Telefonkosten während des Neudownloads tragen.

C. VI. 4. b. Aufwendungsersatz nach Selbstvornahme gem. § 634 Nr. 2 i. V. m. § 637 BGB

Im Falle einer mangelhaften Zusammenstellung und Übermittlung der Informationen hat der Nutzer – wie schon erwähnt – vorrangig einen Anspruch auf Nacherfüllung. Wird die Nacherfüllung nicht vorgenommen, steht dem Nutzer gem. § 634 Nr. 2 i. V. m. § 637 BGB das Recht auf Selbstvornahme in Form der Mängelbeseitigung sowie Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen zu.

C. VI. 4. b. aa. Voraussetzungen

Die Selbstvornahme gem. § 634 Nr. 2 BGB i. V. m. § 637 I BGB setzt einen Nacherfüllungsanspruch des Bestellers voraus, dies bedeutet, dass auch keine Leistungsbefreiung auf Grund eines Leistungsverweigerungsrechts⁷⁴⁴ nach §§ 275, 635 III BGB besteht.⁷⁴⁵

Vorausgesetzt ist weiterhin die erfolgslose Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung. Die Fristsetzung ist gem. § 637 II BGB i. V. m. § 323 II BGB entbehrlich. Hier bestehen dieselben Ausnahmen wie beim Rücktritt.⁷⁴⁶

Es ist nicht erforderlich, dass der Content Provider es zu vertreten hat, dass die Nacherfüllung in der dazu gesetzten Frist nicht erfolgt ist.⁷⁴⁷

C. VI. 4. b. bb. Rechtsfolgen

⁷⁴² Roth, in Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113.

⁷⁴³ Vgl. Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁷⁴⁴ Vgl. Sprau, in: Palandt, § 637, Rn. 2.

⁷⁴⁵ Siehe oben unter C. VI. 3. a. aa. bbb.

⁷⁴⁶ Dazu siehe unten unter C. VI. 3. c. aa. bbb.

⁷⁴⁷ Siehe Schlechtriem, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 637, Rn. 3.

Nach § 634 Nr. 2 BGB i. V. m. § 637 I BGB hat der Nutzer theoretisch einen Anspruch auf Ersatz der für die Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen.

Selbstvornahme ist aber im Falle der Online-Informationsbeschaffung kaum vorstellbar. Denn die Beseitigungsarbeiten betreffen Fehlerquellen an dem Datenbanksystem oder an dem Datenbestand des Content Providers selbst. Vorstellbar ist, dass der Nutzer die benötigten Informationen von einem anderen Content Provider beschaffen lassen und Ersatz der Kosten vom Content Provider verlangen kann, wenn nicht der Content Provider die Nichterfüllung zu Recht gem. §§ 275, 635 III BGB verweigert hat. Ein Vertreten müssen der Nichtvornahme der Nacherfüllung in der dafür gesetzten angemessenen Frist ist nicht erforderlich.

C. VI. 4. c. Rücktritt gem. § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m §§ 636, 323, 326 V BGB

Die Regelung des Rücktrittsrechts stimmt mit derjenigen für den Mangel beim Kauf in § 437 Nr. 2 BGB i. V. m. § 440 BGB überein.⁷⁴⁸ Wie schon erwähnt, ist der Rücktritt ein einseitiges Gestaltungsrecht dessen Ziel es ist, das Schuldverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis umzugestalten; durch Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB) erlöschen die noch bestehenden Verpflichtungen und es entsteht bezüglich der bereits erbrachten Leistungen ein Rückgewährschuldverhältnis (§§ 346 ff. BGB).⁷⁴⁹ Der Rücktritt bedarf zu seiner Wirksamkeit im Unterschied zur früheren Wandlung (§ 465 BGB a. F.) nicht mehr des Einverständnisses des Content Providers.⁷⁵⁰

Durch die Ausübung des Rücktritts erlöschen Nacherfüllungsanspruch, Selbstvornahmerecht und Minderungsrecht; der Besteller kann gem. § 325 BGB weiterhin Schadensersatz, auch Schadensersatz statt der Leistung nach den §§ 280 I, III, 281, 283, 311a II BGB in Form von kleinem und großem Schadensersatz oder Verzögerungsschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB verlangen.

C. VI. 4. c. aa. Voraussetzungen des Rücktritts

C. VI. 4. c. aa. aaa. Mängelhaftigkeit

Nach § 633 I BGB hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Der Nutzer kann zurücktreten, wenn die vom Content

⁷⁴⁸ Vgl. *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 6. Kap. Rn. 27.

⁷⁴⁹ Siehe *Zerres*, Bürgerliches Recht, S. 117.

⁷⁵⁰ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437 Rn. 20 in Bezug auf den Rücktritt beim Kaufvertrag.

Provider übermittelte Information mit Sachmängeln i. S. v. § 633 II BGB behaftet z.B. unvollständig, veraltet, unzutreffend oder mit Viren verseucht ist. Ein Rücktrittsrecht steht ihm weiterhin bei Rechtsmängeln i. S. v. § 633 III BGB zu. Dies ist z.B. kann der Fall, wenn die Information etwa durch Urheberrecht eines Dritten so geschützt ist, dass dieser der Benutzung durch den Nutzer entgegentreten kann.

C. VI. 4. c. aa. bbb. Erfolgslose Fristsetzung zur Nacherfüllung

Wie § 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB verweist § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB hinsichtlich des Rücktritts aufgrund eines Mangels für die Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit auf § 323 BGB und für den Fall der Unmöglichkeit der Nacherfüllung auf § 326 V BGB. Erforderlich ist somit die Setzung einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung. Angemessen ist die Frist, wenn dadurch der Schuldner in die Lage versetzt wird, eine bereits begonnene Leistung zu vollenden.⁷⁵¹ Bei Bestimmung einer zu kurzen Frist wird eine angemessene Frist in Lauf gesetzt.⁷⁵²

Wie § 440 S. 1 BGB nennt § 636 BGB weitere Voraussetzungen, unter denen eine Fristsetzung entbehrlich ist.

Die Fristsetzung ist nach §§ 323 II, 636 BGB entbehrlich,⁷⁵³ wenn der Content Provider die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat (§ 323 II Nr. 1 BGB), auch wenn er sich zu Unrecht auf ein Leistungsverweigerungsrecht des § 275 II oder 635 III BGB beruft,⁷⁵⁴ wenn die Nacherfüllung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt wird (relatives Fixgeschäft) (§ 323 II Nr. 2 BGB). Aufgrund der Besonderheit der Online-Abfrage, die eine schnelle Zusammenstellung und Übermittlung des Suchergebnisses erfordert, liegt ein relatives Fixgeschäft nahe, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist. Die Fristsetzung ist weiterhin entbehrlich, wenn der Nacherfüllungsanspruch wegen Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder grober Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) entfällt,⁷⁵⁵ wenn der Content Provider die Nacherfüllung wegen unverhältnismäßigen Kosten verweigert (§ 636 BGB i. V. m. § 635 III BGB)⁷⁵⁶ und wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Nutzer unzumutbar ist. § 636 BGB besagt nicht, wann die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Anhaltspunkte hierfür gibt grundsätzlich § 440 S. 2 BGB. Danach gilt eine Nacherfüllung nach dem erfolgslosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen. Die Nacherfüllung ist dem Nutzer unzumutbar, wenn ihm wegen der Dringlichkeit der Informationsbeschaffung eine Wartezeit nicht zuzumuten ist. Dies ist

⁷⁵¹ Vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 323, Rn. 14.

⁷⁵² Vgl. Schulze, in: HK-BGB § 323, Rn. 5, § 281, Rn. 7 m. Verw. auf BT-Drucks 14/6040, 138.

⁷⁵³ Zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung siehe Sprau, in: Palandt, § 636, Rn. 5 und 10, § 637, Rn. 4.

⁷⁵⁴ Siehe Sprau, in: Palandt, § 636, Rn. 5.

⁷⁵⁵ Siehe oben unter C. VI. 3. a. aa. bbb.

⁷⁵⁶ Siehe oben unter C. VI. 3. a. aa. bbb.

anzunehmen, wenn die abgefragte Information für wichtige geschäftliche Transaktionen nötig ist.

C. VI. 4. c. aa. ccc. Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts

Das Rücktrittrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist (§ 323 V 2 BGB). Dies ist anzunehmen, wenn neben ganz überwiegend richtigen Suchergebnissen vereinzelt auch nicht zutreffende Ergebnisse vorliegen. Weiterhin ist das Rücktrittsrecht ausgeschlossen, wenn der Nutzer für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigt, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 323 VI Alt. 1 BGB). Dies ist denkbar, wenn der Nutzer die Suchanfrage falsch oder nicht konkret formuliert hat mit der Folge, dass der Content Provider eine irrelevante Antwort auf die Online-Anfrage des Nutzers übermittelt oder wenn Störungen bei der Hard- oder Software des Nutzers bestehen, so dass die Informationsübermittlung nicht ordnungsgemäß erfolgen kann. Das Rücktrittrecht ist ferner ausgeschlossen, wenn der vom Content Provider nicht zu vertretenden Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Nutzer in Annahmeverzug i. S. v. § 644 I 2 BGB war (§ 323 VI Alt. 2 BGB). Dies ist vorstellbar, wenn der Content Provider die abgerufenen Informationen aufgrund von Störungen außerhalb seines Einflussbereiches, z.B. im globalen Internet nicht, übermitteln kann zu einer Zeit, in der der Nutzer in Annahmeverzug war, z.B. bei Verweigerung der Annahme der Informationen aufgrund unerheblicher Mängel entgegen § 640 I 2 BGB. Das Rücktrittrecht ist ferner bei vorbehaltloser Annahme in Kenntnis des Mangels (§ 640 II BGB) ausgeschlossen.

C. VI. 4. c. bb. Rechtsfolgen des Rücktritts

Der Rücktritt erfolgt gem. § 349 BGB durch die Erklärung gegenüber dem anderen Teil. Die Folgen richten sich nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 346 ff. BGB). Es entsteht bezüglich der bereits erbrachten Leistungen ein sog. Rückgewährschuldverhältnis (§§ 346 ff. BGB),⁷⁵⁷ d.h. nach § 346 I BGB Rückgewähr der jeweils empfangenen Leistungen und Herausgabe der gezogenen Nutzungen. Es wird im Schrifttum die Meinung vertreten, dass die Kenntnisnahme übermittelter Informationen nicht rückgängig gemacht werden kann;⁷⁵⁸ denkbar sind hiernach Nutzungsverbote mit Wirkung ex nunc.

Soweit die Rückgewähr oder Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, hat der Rückgewährschuldner gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe Wertersatz zu leisten. Wie schon festgestellt wurde, ist die elektronische Informationsbeschaffung eine unkörperliche Werkleistung, die rückgewährunfähig ist, so dass

⁷⁵⁷ Zerres, Bürgerliches Recht, S. 117.

⁷⁵⁸ So Koch, Internet-Recht, S. 43.

der Nutzer statt Rückgewähr oder Herausgabe Wertersatz zu leisten hat. Bei Berechnung des Wertersatzes ist gem. § 346 II 2 BGB die vertraglich vereinbarte Vergütung zu Grunde zu legen. Die geminderte Vergütung ist nach Maßgabe des § 638 III BGB zu berechnen.⁷⁵⁹

Hat der Content Provider an einer Rückübertragung der mangelhaften Informationen kein Interesse, kann er von dem Kunden eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁷⁶⁰ Die Löschung der mangelhaften Informationen muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. v. § 348 S. 1 BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁷⁶¹

C. VI. 4. d. Minderung nach § 634 Nr. 3 Alt. 2 i. V. m. 638 BGB

Wie der Rücktritt ist die Minderung nun als Gestaltungsrecht konzipiert.⁷⁶² Die Minderung bedarf ebenfalls zu ihrer Wirksamkeit nicht des Einverständnisses des Content Providers.

C. VI. 4. d. aa. Voraussetzungen der Minderung

Die Minderung setzt einen Mangel i. S. d. § 633 II bis III BGB voraus.⁷⁶³ Bei Mängelhaftigkeit⁷⁶⁴ der Informationen kann der Nutzer gem. § 638 I 1 BGB „statt zurückzutreten“ die Vergütung durch eine Erklärung gegenüber dem Content Provider mindern. Wegen der Formulierung des § 638 I 1 BGB „statt zurückzutreten“ müssen die Voraussetzungen des Rücktritts erfüllt sein,⁷⁶⁵ so dass auf die Ausführungen zum Rücktritt zu verweisen ist.⁷⁶⁶ Gem. § 638 I 2 BGB findet § 323 V 2 BGB anders als das Rücktrittsrecht keine Anwendung, d.h. das Minderungsrecht besteht auch bei unerheblichen Mängeln. Unerheblichkeit des Mangels liegt vor, wenn neben dem ganz überwiegend mangelfreien Suchergebnis nur vereinzelt geringfügige mangelhafte Informationen vorhanden sind.

C. VI. 4. d. bb. Berechnung der Minderung gem. § 638 III BGB

⁷⁵⁹ Dazu siehe unten unter C. VI. 3. d. bb.

⁷⁶⁰ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113.

⁷⁶¹ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁷⁶² Siehe Schubel, in: Schwab/Witt, JuS 2002, 123, 140., in Bezug auf das Kaufvertragsrecht.

⁷⁶³ Siehe Schlechtriem, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., § 638, Rn. 2 f.

⁷⁶⁴ Dazu siehe oben unter C. VI. 3.

⁷⁶⁵ Sprau, in: Palandt, § 634, Rn. 2.

⁷⁶⁶ Siehe oben unter C. VI. 3. c. aa.

Die Berechnungsformel ist dieselbe wie im Kaufrecht.⁷⁶⁷ Die Vergütung verringert sich auf den Betrag, der sich ergibt, wenn man das Verhältnis, in dem der Verkehrswert des mangelhaften Werkes (Suchergebnis) zum Verkehrswert des mangelfreien Werkes steht, mit der vereinbarten Vergütung multipliziert.⁷⁶⁸ Bei völliger Wertlosigkeit der Informationen kann die Vergütungspflicht durch die Minderung gem. § 638 III 1 BGB völlig wegfallen.⁷⁶⁹ Gem. § 638 IV 1 BGB hat der Content Provider dem Nutzer, der mehr als die geminderte Vergütung gezahlt hat, den Mehrbetrag zu erstatten. Gem. § 638 IV 2 BGB finden die §§ 346 I und 347 I BGB entsprechende Anwendung. Der Nutzer kann danach auch die gezogenen oder bei einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu ziehenden Nutzungen zurückverlangen.⁷⁷⁰ Ist der Nutzer für den Mangel mitverantwortlich, z.B. infolge falscher Formulierung der Suchanfrage, ist dies in entsprechender Anwendung des § 254 BGB zu berücksichtigen.⁷⁷¹

C. VI. 4. d. cc. Rechtsfolgen

Bei einer Minderungserklärung gem. § 638 I 1 BGB besteht das Vertragsverhältnis fort, nur die Vergütung wird nach Maßgabe des § 638 III BGB gekürzt. Gem. § 638 IV 1 BGB hat der Content Provider dem Nutzer, der mehr als die geminderte Vergütung gezahlt hat, den Mehrbetrag zu erstatten.

Gem. § 638 I 2 BGB findet § 323 V 2 BGB keine Anwendung, d.h. das Minderungsrecht besteht auch, wenn der Mangel unerheblich ist. Dies ist anzunehmen, wenn neben dem ganz überwiegend mangelfreien Suchergebnis nur vereinzelt geringfügig mangelhafte Daten vorhanden sind.

Ist der Nutzer für den Mangel mitverantwortlich, z.B. infolge falscher Formulierung der Suchanfrage, ist dies in entsprechender Anwendung des § 254 BGB zu berücksichtigen.⁷⁷² Bei Minderung erloschen Nacherfüllungsanspruch, das Recht auf Selbstvornahme und Rücktritt; auch Schadensersatz statt der Leistung kann der Nutzer nicht mehr verlangen, da sein Erfüllungsanspruch erloschen ist und eine dem § 325 BGB vergleichbare Vorschrift nicht vorhanden ist.⁷⁷³

C. VI. 4. e. Ergebnis hinsichtlich der Gewährleistungsrechte nach § 634 Nr. 1 bis 3 BGB

⁷⁶⁷ *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 6. Kap. Rn. 35.

⁷⁶⁸ *Wilnowsky*, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 29.

⁷⁶⁹ Siehe *Sprau*, in: Palandt, § 638, Rn. 4.

⁷⁷⁰ Siehe *Ebert*, in: HK-BGB, § 638, Rn. 7.

⁷⁷¹ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 638, Rn. 4.

⁷⁷² Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 638, Rn. 4.

⁷⁷³ Siehe *Sprau*, in: Palandt, § 634, Rn. 5.

Bei Mängelhaftigkeit der vom Content Provider übermittelten Informationen hat der Nutzer gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB einen Nacherfüllungsanspruch. Der Content Provider kann gem. § 635 I BGB zwischen Mängelbeseitigung und Neuherstellung wählen. Hat er zur Nacherfüllung die Neuherstellung gewählt, kann er gem. § 635 IV BGB vom Nutzer Rückgewähr der mängelhaften Informationen nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB verlangen. Für unkörperliche Werkleistungen wie die Informationsbeschaffung,⁷⁷⁴ bei denen die Rückgewähr oder Herausgabe ausgeschlossen ist, muss der Nutzer als Rückgewährschuldner gem. §§ 635 IV, 346 II 1 Nr. 1 BGB statt der Rückgewähr oder Herausgabe Wertersatz leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Die Vergütung muss also entsprechend § 638 III 1 BGB herabgesetzt werden.⁷⁷⁵ Bei völliger Wertlosigkeit der Informationen kann die Vergütung durch die Minderung gem. § 638 III 1 BGB vollständig entfallen.⁷⁷⁶ Haben die Informationen trotz Mängelhaftigkeit noch einen Wert und der Content Provider entschied sich trotzdem für eine Neuübermittlung, muss der Nutzer dafür eine geminderte Vergütung leisten. Ob die Wertersatzpflicht des § 346 II 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen werden kann, richtet sich nach § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB. Aus dem Wortlaut der Regelung des § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB folgt, dass diese Norm nur für rückgewährfähige Gegenstände gilt, so dass der Verweis des § 635 IV BGB von vornherein so zu verstehen ist, dass er rückgewährunfähige Werkleistungen wie die Informationsbeschaffung nicht erfasst. Demzufolge besteht wie bei § 439 IV BGB ein Bedarf zur teleologischen Reduktion, nach der sich der Verweis des § 635 IVBGB nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht.

Verzichtet der Content Provider auf die Rückgewähr der mängelhaften Informationen, kann er vom Nutzer eine Erklärung über das unwiederbringliche Löschen der mängelhaften Informationen verlangen.⁷⁷⁷ Das Löschen der mängelhaften Information muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. d. § 348 S.1 BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁷⁷⁸

Bei Überlassung mangelfreier Informationen zur Nacherfüllung muss der Content Provider gem. § 635 II BGB die Kosten des Neudownloads, etwa die Vergütung des Access Providers und die Telefonkosten tragen.

⁷⁷⁴ Vgl. Schulze, in: HK-BGB § 346, Rn. 14; Stadler, Astrid, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 346, Rn. 5.

⁷⁷⁵ Vgl. Grüneberg, in: Palandt, § 346, Rn. 10 bezüglich § 441 BGB.

⁷⁷⁶ Siehe Sprau, Palandt, § 638, Rn. 4.

⁷⁷⁷ Roth, in Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113 zur Wiederverfügbarkeit der bereits gelöschten Daten.

⁷⁷⁸ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

Was die Selbstvornahme i. S. v. § 634 Nr. 2 BGB i. V. m. § 637 I BGB angeht, kommt sie bei der Informationsbeschaffung kaum in Betracht, da die Beseitigungsarbeiten Fehlerquellen an dem Datenbanksystem oder an dem Datenbestand des Content Providers selbst betreffen. Es ist davon auszugehen, dass der Nutzer die benötigten Informationen von einem anderen Content Provider beschaffen lassen und Ersatz der Kosten vom Content Provider verlangen kann, wenn nicht der Content Provider die Nichterfüllung zu Recht gem. §§ 275, 635 III BGB verweigert hat. Dafür ist ein Vertreten müssen nicht erforderlich.

Erklärt der Nutzer den Rücktritt gegenüber dem Content Provider gem. § 349 BGB, entsteht bezüglich der bereits erbrachten Leistungen ein sog. Rückgewährschuldverhältnis nach den §§ 346 ff. BGB,⁷⁷⁹ d.h. nach § 346 I BGB ist die Rückgewähr der jeweils empfangenen Leistungen und Herausgabe der gezogenen Nutzungen geschuldet. Wie schon festgestellt wurde, ist die elektronische Informationsbeschaffung eine unkörperliche Werkleistung, die rückgewährunfähig ist, so dass der Nutzer gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe Wertersatz zu leisten hat, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 BGB die vertraglich vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen ist. Die geminderte Vergütung ist nach Maßgabe des § 638 III BGB zu berechnen.⁷⁸⁰

Hat der Content Provider an einer Rückübertragung der mangelhaften Informationen kein Interesse (dies kann i.d.R. angenommen werden), kann er vom Nutzer eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Rechner unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁷⁸¹ Die Löschung der mangelhaften Informationen muss als Zug um Zug-Leistung i. S. v. § 348 S. 1 BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁷⁸²

Bei Erklärung der Minderung gegenüber dem Content Provider nach § 638 I BGB besteht das Vertragsverhältnis fort und der Nutzer kann die Vergütung nach Maßgabe des § 638 III BGB herabsetzen. Bei der Minderungserklärung erloschen Nacherfüllungsanspruch, das Recht auf Selbstvornahme und Rücktritt; auch Schadensersatz statt der Leistung kann der Nutzer nicht mehr verlangen, da sein Erfüllungsanspruch erloschen ist und eine dem § 325 BGB vergleichbare Vorschrift nicht vorhanden ist.⁷⁸³

C. VI. 5. Schadensersatzansprüche des Nutzers aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 636, 311a II BGB

⁷⁷⁹ Zerres, Bürgerliches Recht, S. 117.

⁷⁸⁰ Dazu siehe oben unter C. VI. 3. d. bb.

⁷⁸¹ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113.

⁷⁸² Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁷⁸³ Siehe Sprau, Palandt, § 634, Rn. 5.

Neben dem Rücktritts- und Minderungsrecht hat der Nutzer Ansprüche auf Schadensersatz. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 634 Nr. 3 BGB nämlich aus dem Wort „und“.

§ 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB erklärt hinsichtlich des Schadensersatzes aufgrund eines Mangels die §§ 280, 281, 283, 636⁷⁸⁴ und 311a BGB für anwendbar.⁷⁸⁵ Schadensatzansprüche des Bestellers weisen gegenüber den entsprechenden Ansprüchen des Kaufrechts kaum Besonderheiten auf.⁷⁸⁶ Während die §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB für Schadensersatz statt der Leistung (bei behebbaren Mängeln) gelten, gelten die §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I, III, 283, 311a II BGB für Schadensersatz statt der Leistung (bei unbehebbaren Mängeln).⁷⁸⁷ Der letztere Fall gilt bei Vorliegen einer Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) der Nacherfüllung oder eines Leistungshindernisses i. S. d. des § 275 II oder III BGB.

Im Gegensatz zur Leistungspflicht des Content Providers beim Recherchevertrag über Informationsüberlassung, die darauf gerichtet ist, eine Information mittlerer Art und Güte zu überlassen, so dass die Annahme einer Gattungsschuld i. S. d. § 243 I BGB i.d.R. nahe liegt,⁷⁸⁸ bezieht sich die Leistungspflicht des Content Providers bei der Informationsbeschaffung auf die Zusammenstellung eines Suchergebnisses, welches individuell erst mit der Abfrage des Nutzers hergestellt wird und eher den Charakter eines Werkes trägt,⁷⁸⁹ so dass eine Gattungsschuld nicht anzunehmen ist.

§ 634 BGB geht davon aus, dass die Verschaffung eines mangelfreien Werkes (Suchergebnisses) eine Pflicht des Unternehmers (Content Providers) darstellt.⁷⁹⁰ Dadurch dass der Content Provider dem Nutzer eine mangelhafte Information übermittelt, verletzt er grundsätzlich seine Vertragspflicht. Bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht stehen dem Nutzer Schadensatzansprüche zu. Er kann Schadensersatz neben der Leistung verlangen. Dies ergibt sich unmittelbar aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB und setzt keine Fristsetzung voraus.

Verlangt der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung, so müssen nach § 280 III BGB zusätzlich die Voraussetzungen der §§ 281, 283 BGB vorliegen. Für anfängliche Leistungshindernisse des § 275 BGB enthält § 311a II BGB eine besondere Regelung, die ebenfalls auf Schadensersatz statt der Leistung gerichtet ist. Wie im Falle des § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB wird § 282 BGB in § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB nicht genannt. Hier gelten die gleichen

⁷⁸⁴ § 636 BGB wird zuerst genannt, obwohl die Norm nur weitere Ausnahmen vom Fristsetzungserfordernis des § 323 I BGB enthält.

⁷⁸⁵ Vgl. Sprau, in: Palandt, § 636, Rn. 8.

⁷⁸⁶ Siehe Haas, in: Haas, Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 6. Kap. Rn. 37.

⁷⁸⁷ Siehe Saenger, in: HK-BGB, § 437, Rn. 12, in Bezug auf das Kaufrecht.

⁷⁸⁸ Dazu siehe oben unter C. V. 4.

⁷⁸⁹ So zu Recht Spindler, in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, S. 145, 152.

⁷⁹⁰ Vgl. Sprau, in: Palandt, § 634, Rn. 1.

Überlegungen wie dort.⁷⁹¹ Der Umstand, dass § 282 BGB in § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB nicht erwähnt wird, steht seiner Anwendung auf die Verletzungen von Schutzpflichten (Pflichten i. S. v. § 241 II BGB) des Unternehmers nicht entgegen.⁷⁹² Bei Schutzpflichtverletzungen kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 282 BGB verlangen.⁷⁹³ Da der Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung von Schutzpflichten des Content Providers hinsichtlich der entgeltlichen Informationsbeschaffung keine Besonderheiten gegenüber der entgeltlichen Informationsüberlassung aufweist, kann auf die Ausführungen dort bezüglich der Voraussetzungen⁷⁹⁴ und der Rechtsfolgen⁷⁹⁵ verwiesen werden.

Verzögerungsschäden stehen dem Nutzer aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II und 286 BGB zu, soweit sie auf Verzögerung der Nacherfüllung zurückzuführen sind.

C. VI. 5. a. Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 i. V. m. § 280 I BGB

§ 280 I 1 BGB erfasst grundsätzlich die sog. Mangelfolgeschäden sowie Schäden, die infolge einer schuldhaften Verletzung von nichtleistungsbezogenen Schutzpflichten des § 241 II BGB entstehen. Mangelfolgeschäden sind Schäden, die der Besteller (hier der Nutzer) durch den Mangel des Werkes an seinen anderen Rechtsgütern erleidet.⁷⁹⁶ Sie sind Schäden, die der Nutzer unabhängig vom Werkvertrag (Informationsbeschaffungsvertrag) erleidet. Mangelfolgeschäden liegen beispielsweise vor, wenn der Content Provider falsche oder unzutreffende Informationen übermittelt, mit der Folge, dass der Nutzer einem zahlungsunfähigen Schuldner einen Kredit gewährt oder von einem erfolgsversprechenden Vertragsschluss absieht.⁷⁹⁷ Darunter fällt etwa auch der Schadensersatzanspruch eines Anwalts, der aufgrund eines veralteten Juris-Rechtsprechungsberichts einen Prozess verliert und von seinem Mandaten in Regress genommen wurde, hier floss die Information zwar nur mittelbar in den Schaden ein, nämlich den verlorenen Prozess.⁷⁹⁸ Die vom Anwalt vorgenommene lückenhafte Beratung ist also keine unmittelbare Folge des fehlerhaften Juris-Output, die lediglich die Informationsquelle für den Anwalt gewesen war;⁷⁹⁹ der Schadensersatzanspruch dürfte aufgrund der von der Rechtssprechung vor der

⁷⁹¹ Siehe oben unter C. V. 6.d.

⁷⁹² Zur Begründung siehe *Wilnowsky*, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 27 in Bezug auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 282 wegen Verletzung von Schutzpflichten des Verkäufers.

⁷⁹³ Vgl. *Schlechtriem*, in: *Jauernig*, BGB, 10. Aufl., § 636, Rn. 8.

⁷⁹⁴ Siehe oben unter C. V. 6. d. aa.

⁷⁹⁵ Siehe oben unter C. V. 6. d. bb.

⁷⁹⁶ Vgl. *Teichmann, Christoph*, in: *Schwab/Witt*, JuS 2002, S. 149, 174.

⁷⁹⁷ Dazu siehe *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 464, hinsichtlich der Haftung und Haftungsfreizeichnung in herkömmlichen Informationsbeschaffungsverträgen.

⁷⁹⁸ Vgl. *Spindler*, in: *Bartsch/Lutterbeck*, Neues Recht für neue Medien, S. 145, 156.

⁷⁹⁹ Dazu siehe *Tellis*, CR 1990, S. 290, 294 f.

Schuldrechtsreform entwickelten Kriterien nicht nach §§ 635, 638 a. F. BGB, sondern nach § 195 a. F. BGB, also nach den Regeln der pVV verjährten. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass nach vor der Schuldrechtsreform des 1. 1. 2002 herrschender Rechtslage danach zu unterscheiden war, ob es sich um Mangelschäden, „enge“ Mangelfolgeschäden oder „entfernte“ Mangelfolgeschäden handelt; als Anspruchsgrundlage für Mangelschäden und „enge“ Mangelfolgeschäden kam § 635 a. F. BGB in Betracht und der Schadensersatzanspruch verjährte gem. § 638 I BGB nach 6 Monaten; für „entfernte“ Mangelfolgeschäden galt die pVV und der Anspruch verjährte gem. § 195 a. F. BGB in 30 Jahren.⁸⁰⁰ Die Abgrenzung zwischen engen und entfernten Mangelfolgeschäden spielt nunmehr keine Rolle, sowohl hinsichtlich der Anspruchgrundlage, als auch hinsichtlich der Verjährung.⁸⁰¹ Ein Mangelfolgeschaden ist ferner anzunehmen, wenn die übermittelte Information von Viren befallen ist, mit der Folge, dass Daten des Nutzers verloren gehen.

Was die nicht leistungsbezogenen Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB anbelangt, verpflichtet der Werkvertrag wie jedes Schuldverhältnis jeden Teil auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teil Rücksicht zu nehmen (vgl. § 241 II BGB). Der Content Provider ist daher verpflichtet, so zu leisten, dass Rechte, Rechtsgüter und Interesse, die der Nutzer unabhängig vom Informationsbeschaffungsvertrag besitzt, nicht geschädigt werden. Diese Pflicht reicht über die Verpflichtung des Content Providers die Informationen frei von Mängeln zu übermitteln hinaus. Ihn trifft die Verpflichtung zur hinreichenden Sicherung seines Systems bzw. Schutz des Nutzersystems während der Kommunikationsverbindung gegen Hackerattacken oder Computerviren.

C. VI. 5. a. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

C. VI. 5. a. aa. aaa. Bestehen eines Schuldverhältnisses

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB ist, dass zwischen Nutzer und Content Provider ein Schuldverhältnis besteht. Nach der hier bevorzugten Auffassung liegt das von § 280 I BGB vorausgesetzte Schuldverhältnis in dem zwischen Nutzer und Content Provider bestehenden Werkvertrag i. S. v. § 631 BGB über die entgeltliche Zusammenstellung und Übermittlung eines Suchergebnisses. Es liegt also in dem Informationsbeschaffungsvertrag.

⁸⁰⁰ Teichmann, Christoph, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 149, 172.

⁸⁰¹ Zur Verjährung der Mängelrechte gem. § 634a BGB n. F. siehe Lorenz/Riem, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 656.

C. VI. 5. a. aa. bbb. Pflichtverletzung

Ansatzpunkt für einen Schadensersatzanspruch wegen Mängeln des Suchergebnisses ist, dass der Unternehmer gem. § 633 I BGB verpflichtet ist dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängel zu verschaffen. Die Übermittlung mangelhafter Informationen mit der Folge der Verletzung von sonstigen Rechtsgütern des Nutzers stellt eine Verletzung der Pflicht aus § 633 I BGB dar. Übermittelt der Content Provider dem Nutzer eine falsche, unzutreffende oder von Computerviren befallene Information, liegt eine Pflichtverletzung nach § 633 I BGB vor. Selbst bei mangelfreier Leistung kommt ein Schadensersatzanspruch des Nutzers aus § 280 I BGB in Betracht, wenn der Content Provider eine nichtleistungsbezogene Schutzpflicht i. S. d. § 241 II BGB verletzt hat. Dies ist dann der Fall, wenn die übermittelten Informationen an sich mangelfrei sind, der Content Provider aber seine Pflicht zur Sicherung seines Systems bzw. Schutz des Nutzersystems während der Kommunikationsverbindung gegen Hackerattacken oder Computerviren verletzt, mit der Folge, dass die Hard- und Software des Nutzers beschädigt oder seine Daten verloren gegangen sind. Denn wie jedes andere Schuldverhältnis verpflichtet auch der Informationsbeschaffungsvertrag die Parteien, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen, die der jeweils andere Teil unabhängig vom dem Vertrag besitzt, besondere Rücksicht zu nehmen (§ 241 II BGB). War dies nicht der Fall, verletzt er seine Pflicht aus § 241 II BGB.⁸⁰²

C. VI. 5. a. aa. ccc. Vertretenmüssen

Die Pflichtverletzung führt nur dann zu einem Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Content Provider sie zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB). Der Content Provider hat grundsätzlich nach § 276 I 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten und auch den bzw. die seines Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB).⁸⁰³ Der Content Provider haftet bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, soweit sich weder ausdrücklich, d.h. aus einer Beschaffenheitsvereinbarung (vgl. § 633 II 1 BGB) noch konkludent, also aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses (vgl. § 276 I 1 BGB), insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, eine strengere (oder mildere) Haftung ergibt.⁸⁰⁴ Die Garantieübernahme des § 276 I 1 BGB ersetzt die früheren Fälle der Eigenschaftszusicherung beim Kauf- und Werkvertrag.⁸⁰⁵ Nach § 276 I 1 BGB kann das Fehlen einer nach § 633 II 1 BGB vereinbarten Beschaffenheit⁸⁰⁶ zu einer

⁸⁰² Vgl. Komarnicki, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12.2, Rn. 15, bezogen auf das Verhältnis zwischen dem Host Provider und dem Content Provider.

⁸⁰³ Zu Verschuldensformen und Sorgfaltsmäßigstaben siehe oben unter C. V. 5. a. aa. bbb.

⁸⁰⁴ Vgl. Ehmann/Sutschet, Modernisiertes Schuldrecht, § 4 IV 4., in Bezug auf §§ 434 I 1, 276 I 1 BGB.

⁸⁰⁵ Siehe Lorenz/Riem, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 175.

⁸⁰⁶ Zum Begriff Beschaffenheit siehe oben unter C. V. 3. a.

verschuldensunabhängigen Haftung des Content Providers auf Schadensersatz nach §§ 280, 281, 283, 311a II BGB führen.⁸⁰⁷

C. VI. 5. a. aa. ddd. Beweislast

Aus der Negativformulierung in § 280 I 2 BGB folgt, dass das Verschulden des Content Providers vermutet wird und er sein Nichtvertretenmüssen im Einzelfall darlegen und beweisen muss, um sich von der Haftung auf Schadensersatz freizuzeichnen. Er muss darlegen und beweisen, dass er die von ihm übermittelten Informationen auf ihre Mangelfreiheit überprüft hat; beispielsweise liegt Vertretenmüssen bei Übermittlung virenverseuchter Informationen nicht vor, wenn der Content Provider darlegt und beweist, dass ein neuer Typus von Viren aufgetreten ist, gegenüber dem die herkömmlichen Such- und Prüfungsprogramme hilflos waren.⁸⁰⁸

C. VI. 5. a. aa. eee. Schaden und Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB setzt einen Schaden voraus. Als Schaden kommt nach § 280 I BGB der sog. Integritätsschaden in Betracht. Darunter ist der Schaden zu verstehen, den die Pflichtverletzung an solchen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen anrichtet, die dem Gläubiger (Nutzer) unabhängig von dem Schuldverhältnis (Informationsbeschaffungsvertrag) zustehen.⁸⁰⁹ Diese bestehen beispielsweise in den Vermögenseinbußen, die dem Nutzer dadurch entstanden sind, dass er aufgrund falscher oder unzutreffender Informationen einem zahlungsunfähigen Schuldner einen Kredit gewährt oder von einem erfolgsversprechenden Vertragsschluss verzichtet hat. In Betracht kommen weiterhin Schäden, die durch eine Virenverseuchung der übermittelten Informationen mit der Folge einer Beschädigung des Rechners des Nutzers oder eines Datenverlustes. Diese sind etwa Kosten der Reparatur des Nutzerrechners oder der Wiederherstellung der Daten. Die Pflichtverletzung muss für die entstandenen Schäden des Nutzers ursächlich sein (haftungsausfüllende Kausalität).

C. VI. 5. a. bb. Rechtsfolgen

Die Haftung des Content Providers aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB erstreckt sich auf solche Schäden, die durch die Verletzung eines Rechts, Rechtsguts oder Interesses, das der Nutzer unabhängig vom Informationsbeschaffungsvertrag besitzt, entstanden sind. Wie schon

⁸⁰⁷ Siehe *Vollkommer*, in: *Jauernig*, BGB, 10. Aufl., § 276, Rn. 41.

⁸⁰⁸ Siehe *Schneider, Jochen*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil D, Rn. 765, bezogen auf die Rechtslage nach altem Recht.

⁸⁰⁹ *Wilnowsky*, JuS 2002, Beilage zu Heft 1, S. 3, 4.

erwähnt, erfasst § 280 I BGB die Mangelfolgeschäden, die durch die Übermittlung mangelhafter Informationen entstanden sind. Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Nach § 249 I BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Content Provider hat den Nutzer so zu stellen, wie er ohne Pflichtverletzung stünde, d.h. so als ob der Provider die falschen, unzutreffenden, veralteten oder virenbefallenen Informationen nicht übermittelt hätte. Die Haftung des Content Providers beschränkt sich hier auf das negative Interesse; der Nutzer kann nicht verlangen so gestellt werden, als hätte er eine mangelfreie Information erhalten.⁸¹⁰ Denn es handelt sich hier nicht um die Befriedigung des positiven bzw. Erfüllungsinteresses des Nutzers.⁸¹¹

Gem. § 249 II 1 BGB kann der Nutzer die Naturalrestitution des § 249 I BGB selbst vornehmen und den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen; nur wenn die Naturalrestitution nicht rechtzeitig geschieht (vgl. § 250 BGB), unmöglich oder unter erschweren Bedingungen durchzuführen ist (vgl. § 251 I BGB), kann der Nutzer Schadensersatz in Geld verlangen.⁸¹²

Wird die Haftung des Content Providers gem. §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB bejaht, muss geprüft werden, ob nicht § 254 BGB Anwendung findet. Das Mitverschulden des Geschädigten muss berücksichtigt werden.⁸¹³ Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen ab, insbesondere davon, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist (vgl. § 254 I BGB). Die Norm des § 254 BGB gilt bei allen Schadensersatzansprüchen.⁸¹⁴ Den Nutzer trifft gem. § 254 II 1 BGB die Obliegenheit, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Versäumt er dies schuldhaft, so wird sein Schadensersatzanspruch entsprechend reduziert.⁸¹⁵ Im Falle von Schäden infolge mangelhafter Informationen bei Informationsbeschaffung kann man zwar den Nutzer grundsätzlich nicht dazu verpflichten, die Informationen vollständig auf ihre Mangelfreiheit hin zu überprüfen, denn er wendet sich gerade an eine entgeltliche elektronische Datenbank, weil er sich ein großes Maß an Zuverlässigkeit von ihr erhofft.⁸¹⁶ Gleichwohl muss der Nutzer darauf achten, ob die Informationen zum einen überhaupt seinen

⁸¹⁰ Dazu siehe *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 464 in Bezug auf frühere Rechtslage.

⁸¹¹ Zum positiven Interesse siehe unten unter C. VI. 4. b.

⁸¹² Siehe *Teichmann, Arndt*, in: *Jauernig*, BGB, 12., Aufl., § 249, Rn. 1.

⁸¹³ Siehe *Sprau* in: *Palandt*, § 636, Rn. 13.

⁸¹⁴ Vgl. *Teichmann, Arndt*, in: *Jauernig*, BGB, 12. Aufl., § 254 , Rn. 1.

⁸¹⁵ Vgl. *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 222, in Bezug auf Website-Hosting.

⁸¹⁶ Siehe *Tellis*, CR 1990, S. 290, 295.

Anforderungen entsprechen und zum anderen, ob eine offensichtliche Mangelhaftigkeit besteht.⁸¹⁷ Bei einer weitgehenden Nachforschung in weiteren Informationsquellen liefe die Inanspruchnahme der Online-Datenbanken – entgegen ihrer Zielsetzung – auf eine Zeit- und Geldverschwendug für seine Nutzer hinaus.⁸¹⁸

C. VI. 5. b. Schadensersatz statt der Leistung aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 283, 636 und 311a II BGB

Die Ansprüche des Nutzers auf Schadensersatz statt der Leistung nach den §§ 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 283, 636 und 311a II BGB treten an die Stelle des Erfüllungsanspruchs und erfassen die sog. Mängelschäden, d.h. in der Sache selbst liegende Schäden, die im Falle einer gelungenen Nacherfüllung nicht entstanden wären.⁸¹⁹ Sie sind diejenigen Schäden, die der Besteller dadurch erleidet, dass er ein Werk minderen Wertes erhält.⁸²⁰ Erfüllt der Content Provider nicht ordnungsgemäß, indem er dem Nutzer mangelhafte, z.B. falsche, unzutreffende, unvollständige oder inaktuelle Informationen übermittelt, sind die Informationen weniger wert, als sie es ohne Mangel wären.

C. VI. 5. b. aa. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 636 BGB

C. VI. 5. b. aa. aaa. Bestehendes Schuldverhältnis⁸²¹

C. VI. 5. b. aa. bbb. Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn die übermittelte Information unter einem Sach- oder Rechtsmangel leidet. Aufgrund des Werkvertrages über die Informationsbeschaffung ist der Content Provider – wie schon erwähnt – gem. § 633 I BGB verpflichtet, die Information frei von Sach- und Rechtsmängeln zu liefern.⁸²² Eine Pflichtverletzung im Rahmen des § 281 I BGB setzt voraus, dass es dem Anbieter möglich ist, die Information mangelfrei (behebbarer Mangel) zu übermitteln. Dies bedeutet, dass ihm die Übermittlung richtiger, zutreffender, aktueller oder virenfreier Informationen möglich (§ 275 I BGB) ist und ein Leistungshindernis des § 275 II BGB nicht entgegen steht. Eine Pflichtverletzung scheidet

⁸¹⁷ So *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 465, in Bezug auf Informationsbeschaffung bei konventionellen Datenbanken.

⁸¹⁸ So *Tellis*, CR 1990, S. 290, 295, für fehlerhafte Information durch JURIS.

⁸¹⁹ Vgl. *Sprau*, Palandt, § 634, Rn. 7.

⁸²⁰ Siehe *Teichmann, Christoph*, in: Schwab/Witt, JuS 2002, S. 149, 174.

⁸²¹ Dazu siehe oben unter C. VI. 4. a. aa. aaa.

⁸²² Zur Sach- und Rechtsmängeln siehe oben unter C. VI. 3.

aus, wenn die Pflicht zur Verschaffung mangelfreier Informationen gem. § 275 I oder II BGB erloschen ist.⁸²³

C. VI. 5. b. aa. ccc. Vertretenmüssen

Der Content Provider schuldet Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281, BGB, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat.⁸²⁴

C. VI. 5. b. aa. ddd. Erfolglose Fristsetzung

Nach § 281 I BGB kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung erst dann verlangen, wenn er dem Content Provider eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese Frist erfolglos verstrichen ist, es sei denn, die Fristsetzung ist gem. § 281 II und 636 BGB entbehrlich.⁸²⁵

C. VI. 5. b. aa. eee. Schaden und Kausalität

Liegen die Voraussetzungen des § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 636 BGB vor, so kann der Nutzer den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die mangelhafte Information erstanden ist. Der Schadensersatzanspruch ist auf das positive bzw. Erfüllungsinteresse (in Geld) gerichtet und tritt an die Stelle der Primärleistung.⁸²⁶ Inhalt und Umfang des Schadensersatzes richten sich nach §§ 249 ff. BGB. Der Nutzer muss so gestellt werden als hätte der Provider ordnungsgemäß erfüllt. Er ist so zu stellen, als ob der Content Provider ihm eine richtige, vollständige, zutreffende oder aktuelle Information übermittelt hätte. Für einen Schadensersatz statt der Leistung gem. § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2 BGB kommen vor allem die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts in Betracht, die durch die Beauftragung eines anderen Content Providers mit der Beschaffung der benötigten Information entstehen können.

Zwischen der Pflichtverletzung und den dadurch entstandenen Schäden muss ein Kausalzusammenhang (haftungsausfüllende Kausalität) vorliegen.

C. VI. 5. b. bb. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 283 BGB

C. VI. 5. b. bb. aaa. Bestehendes Schuldverhältnis⁸²⁷

C. VI. 5. b. bb. bbb. Nachträgliche Leistungsbefreiung

⁸²³ Vgl. *Wilnowsky*, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 24.

⁸²⁴ Zum Vertretenmüssen, also zu Verschuldensformen, Sorgfaltsmaßstab und verschuldensunabhängiger Haftung siehe oben unter C. V. 6. a. aa. ccc.

⁸²⁵ Zur Fristsetzung und deren Entbehrlichkeit siehe oben unter C. V. 4. b. aa. ddd.

⁸²⁶ Vgl. *Vollkommer*, in: *Jauernig*, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 16.

⁸²⁷ Dazu siehe oben unter C. VI. 4. a. aa. aaa.

Voraussetzung ist, dass erst nach Vertragsschluss (also in der Zeit zwischen Vertragsschluss und Übermittlung des Suchergebnisses) ein Mangel die Information befällt, den zu beheben entweder dem Content Provider unmöglich (§ 275 I BGB) oder von diesem nach § 275 II, III⁸²⁸ BGB wirksam verweigert wird.⁸²⁹

Dies ist anzunehmen, wenn nach Vertragsschluss das auf dem Server des Content Providers vorhandene, richtige Suchergebnis versehentlich verändert wird, so dass dem Nutzer eine falsche Information übermittelt wurde, deren Berichtigung oder Wiederherstellung dem Content Provider gem. § 275 I BGB unmöglich oder mit einem groben unverhältnismäßigen Aufwand i. S. d. § 275 II BGB, z.B. mit umständlichem Eingreifen in den Zentralspeicher oder den gesamten Datenbestand des Content Providers, verbunden ist. Da es sich – wie schon erwähnt – bei der Informationsbeschaffung nicht um eine Gattungsschuld handelt, ist der Content Provider nicht verpflichtet, die zutreffende Information z.B. von einer anderen Informationsquelle zu beschaffen. Denn der Anspruch richtet sich auf die Zusammenstellung eines Suchergebnisses als Information eigener Art, deren Wert gerade in der Zusammenstellung liegt und erst mit der Suchabfrage hergestellt wird.⁸³⁰I

Anzumerken ist, dass § 283 S. 2 BGB nicht auf § 281 I 1 BGB verweist. Bei Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder grober Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) ist der Content Provider nicht zur Beseitigung des Mangels verpflichtet, daher ist eine Fristsetzung zwecklos.⁸³¹

C. VI. 5. b. bb. ccc. Pflichtverletzung

Der Informationsbeschaffungsvertrag verpflichtet den Content Provider, zu verhindern, dass nach Vertragsschluss Unmöglichkeit i. S. d. § 275 I BGB oder grobe Unverhältnismäßigkeit des § 275 II BGB eintritt, welche seine Verpflichtung zur Mangelfreiheit ausschließen würde; wie schon bei Informationsüberlassung erwähnt, gehört diese Verpflichtung zu seinen Nebenleistungspflichten und wird durch den Eintritt eines unbehebbaren oder nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand behebbaren Mangels verletzt.⁸³² Wie schon angeführt, schließt § 275 I, II BGB bereits den ursprünglichen Anspruch auf mangelfreie Leistung nach § 433 I 2 BGB aus.⁸³³ Wegen § 275 I, II BGB trifft ihn keine Pflicht, die Information mangelfreie zum Abruf bereitzustellen. Eine Pflicht, die nicht besteht, kann auch nicht verletzt werden.⁸³⁴

⁸²⁸ § 275 III BGB kommt nicht in Betracht, da es sich nicht um eine persönliche Leistungserbringung handelt.

⁸²⁹ Wilmowsky, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 26.

⁸³⁰ Siehe Spindler in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 145, 152.

⁸³¹ Vgl. Sprau, in: Palandt, § 636, Rn. 8.

⁸³² Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 26, bezogen auf die Haftung des Verkäufers nach § 283 BGB.

⁸³³ Siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 110, hinsichtlich des Kaufvertrags.

⁸³⁴ Siehe Wilmowsky, JuS 2002, Beil zu Heft 1, S. 3, 14.

C. VI. 5. b. bb. ddd. Vertretenmüssen

§ 283 S. 1 BGB verweist auf § 280 I BGB. Danach haftet der Content Provider nur dann, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Vertretenmüssen setzt gem. § 276 I 1 BGB grundsätzlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Content Providers oder dessen Erfüllungsgehilfen (vgl. § 278 BGB) voraus. Hier ist eher von einer Fahrlässigkeit auszugehen. Diese liegt nach § 276 II BGB vor, wenn der Content Provider die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.⁸³⁵

C. VI. 5. b. bb. eee. Schaden und Kausalität

Ein Schadensersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 283 BGB setzt ebenfalls einen Schaden voraus, der durch die Mangelhaftigkeit der Information adäquat-kausal (haftungsausfüllende Kausalität) verursacht ist.⁸³⁶

C. VI. 5. b. cc. Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. § 311a II BGB

C. VI. 5. b. cc. aaa. Bestehendes Schuldverhältnis

Dazu bedarf es zunächst eines vertraglichen Anspruchs, der sich aus dem wirksamen Werkvertrag über die Informationsbeschaffung ergibt.

C. VI. 5. b. cc. bbb. Anfängliche Leistungsbefreiung

Der Content Provider muss gem. § 275 I oder II BGB von seiner Pflicht zur mangelfreien Übermittlung der Informationen befreit sein.⁸³⁷ Der Ausschluss der Leistungspflicht bezieht sich in diesem Fall schon auf die ursprüngliche Pflicht des § 633 I BGB zur mangelfreien Leistung, nicht erst auf den Nacherfüllungsanspruch.⁸³⁸

§ 311a II 3 BGB verweist nicht auf § 281 I 1 BGB, so dass eine Fristsetzung nicht erforderlich ist, da sie zwecklos ist.

C. VI. 5. b. cc. ccc. Pflichtverletzung

Leidet die Information bereits beim Vertragsschluss an einem unbehebbaren Mangel, also bei anfänglicher Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB oder anfänglicher grober Unverhältnismäßigkeit i. S. v. § 275 II BGB, liegt die Pflichtverletzung des Content Providers darin, eine Leistung zu versprechen, zu deren Erbringung er nicht oder nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand in der Lage war. Dies ist denkbar, wenn die in seinem

⁸³⁵ Zu den Sorgfaltspflichten und der verschuldensunabhängigen Haftung siehe C. V. 6. c. aa. ddd.

⁸³⁶ Dazu siehe oben unter C. VI. 4. b. aa. eee.

⁸³⁷ Siehe Lorenz/Riem, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 514.

⁸³⁸ Siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 102 bezüglich des Ausschlusses der Leistungspflicht des Verkäufers.

Datenbestand vorhandene Information bereits vor Vertragsschluss veraltet war oder nicht den Anforderungen des Nutzers entsprach oder mit Rechten Dritter belastet war.

C. VI. 5. b. cc. ddd. Kennen und Kennenmüssen

Gem. § 311a II 2 BGB haftet der Content Provider nur dann, wenn er wusste oder hätte wissen müssen, dass ihm die Beschaffung mangelfreier Informationen unmöglich ist (§ 275 I BGB) oder dass sie nur unter grob unverhältnismäßigem Aufwand möglich wäre (§ 275 II BGB). Die Verantwortlichkeit des Anbieters wird vermutet. Um sich von der Haftung zu befreien, muss der Content Provider sich entlasten, in dem er darlegt und beweist, dass er den nicht oder nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand behebbaren Mangel weder kannte noch kennen musste.⁸³⁹

C. VI. 5. b. cc. eee. Schaden und Kausalität

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 634 Nr. 4 Alt. 1 i. V. m. § 311a II BGB setzt einen Schaden voraus, der dem Nutzer durch die mangelhafte Information kausal verursacht worden ist.⁸⁴⁰

C. VI. 5. c. Rechtsfolgen der Schadensersatzansprüche aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I 1 Alt. 2, 283, 636 und 311a II BGB

Im Rahmen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach den § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 636 und 311a II BGB stehen dem Nutzer zwei Vorgehensweisen zu. Er kann die mangelhafte Information behalten und nach §§ 281 I 1, 283 S. 2, 311a II 3 BGB lediglich Ersatz des Wertunterschiedes zwischen der mangelfreien und mangelhaften Information (Minderwert) (kleiner Schadensersatz) geltend machen.⁸⁴¹ Der Nutzer kann aber auch Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) verlangen. Ebenso wie beim Rücktritt kann der Nutzer gem. §§ 281 I 3, 283 S. 2, 311a II 3 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn der Mangel unerheblich ist. Verlangt der Nutzer berechtigterweise Schadensersatz statt der ganzen Leistung, entfällt der Entgeltanspruch.⁸⁴²

Der Content Provider ist zur Rückforderung der übermittelten mangelhaften Information nach §§ 346 bis 348 BGB berechtigt (vgl. §§ 281 V, 283 S. 2, 311 a II 3 BGB). Nach zutreffender Meinung in der Literatur kann die Kenntnisnahme übermittelter Informationen nicht

⁸³⁹ Siehe die Ausführungen unter C. V. 6. b. aa. ddd.

⁸⁴⁰ Dazu siehe oben unter C. V. 6. a. aa. eee.

⁸⁴¹ Vgl. *Vollkommer*, in: Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 28.

⁸⁴² Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 437, Rn. 40.

rückgängig gemacht werden, daher sind hiernach Nutzungsverbote mit Wirkung ex nunc denkbar.⁸⁴³ Da die elektronische Informationsbeschaffung eine unkörperliche Werkleistung darstellt, die rückgewährunfähig ist, hat der Nutzer gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe Wertersatz zu leisten, bei dessen Berechnung gem. § 346 II 2 BGB die vertraglich vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen ist. Die geminderte Vergütung ist nach Maßgabe des § 638 III BGB zu berechnen.

Hat der Content Provider an einer Rückübertragung der mangelhaften Information kein Interesse, kann er von dem Kunden eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁸⁴⁴ Die Löschung der mangelhaften Information muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. v. § 348 S. 1 BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁸⁴⁵

C. VI. 5. d. Verzögerungsschaden aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II, 286 BGB

Wird das Werk am Fälligkeitstermin mit einem Mangel geliefert, ist die Leistung des Unternehmers verzögert.⁸⁴⁶ Im Falle des Verzugs des Unternehmers mit der vom Besteller verlangten Nacherfüllung kommt ein Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II, 286 BGB in Betracht. Bei verspäteter Übermittlung der mangelfreien Information kann der Nutzer gem. § 280 I, II BGB Schadensersatz wegen Verzögerung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen⁸⁴⁷ des § 286 BGB verlangen, soweit sie nicht auf Mängel zurückzuführen sind.⁸⁴⁸ Ein Verzögerungsschaden kommt z.B. in Betracht, wenn der Content Provider zur Erbringung eines sog. Real-Time-Dienstes verpflichtet ist; diese ist beispielsweise ein Börseninformationsdienst oder ein aktueller Nachrichtendienst.⁸⁴⁹ Der Nutzer soll „realtime“, d.h. ohne Zeitverzögerung, ständig mit der aktuellen Information versorgt werden. Waren die vom Content Provider übermittelten Informationen veraltet und hat der Nutzer Nacherfüllung in Form von Übermittlung aktueller Information verlangt, so haftet der Content Provider auf Verzögerungsschäden bei verspäteter Übermittlung der aktuellen Information.

C. VI. 5. d. aa. Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

⁸⁴³ So Koch, Internet-Recht, S. 43.

⁸⁴⁴ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113.

⁸⁴⁵ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

⁸⁴⁶ Vgl. Wilmowsky, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 21 hinsichtlich der Verzögerungsschäden des Käufers.

⁸⁴⁷ Dazu ausführlich Heinrichs, in: Palandt, § 286, Rn. 11 ff.

⁸⁴⁸ Vgl. Sprau, in: Palandt, § 634, Rn. 9.

⁸⁴⁹ Vgl. Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 83.

Der Schuldnerverzug setzt voraus, dass ein Anspruch auf eine noch erbringbare Leistung nicht erfüllt, aber voll wirksam und fällig ist.⁸⁵⁰ Zudem muss grundsätzlich gem. § 286 I 1 BGB der Schuldner vom Gläubiger gemahnt worden sein.⁸⁵¹ § 286 II BGB regelt die Fälle, in denen die Mahnung entbehrlich ist. § 286 IV BGB setzt ein Verschulden des Schuldners voraus. Danach kommt der Content Provider nicht in Verzug, solange die Übermittlung des Suchergebnisses infolge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat, etwa bei technischen Störungen außerhalb des Datenbanksystems des Content Providers oder beim Ausfall der Leitung des Netzbetreibers oder infolge von Störungen in der Hard- bzw. Software des Nutzers.

Während der Verzögerungsschaden i. S. d. §§ 280 I, II, 286 BGB seinen Grund darin findet, dass der Schuldner zwar verspätet, im Ergebnis aber doch leistet, umfasst der Schadensersatz statt der Leistung der §§ 280 I, III, 281 I, 283 und § 311a II 1 BGB nur noch den Ersatz solcher Schäden, die gerade infolge des Ausbleiben der Leistung eintreten.⁸⁵² Der Nutzer kann den Verzögerungsschaden verlangen, wenn der Content Provider infolge eines vorübergehenden Ausfalls des Datenbanksystems die Information verspätet übermittelt hat, mit der Folge, dass durch die Leistungsverzögerung dem Nutzer Schäden entstanden sind, da er diese Information zu einem bestimmten Zeitpunkt als wichtige geschäftliche Entscheidungsgrundlage benötigte.

C. VI. 5. d. bb. Schaden und Kausalität

Unter die §§ 280 I, II, 286 BGB fällt jeder Schaden i. S. v. §§ 249 bis 252 BGB, der gerade darauf beruht, dass die Leistung nicht rechtzeitig erbracht wurde.⁸⁵³ Der Nutzer ist so zu stellen wie er bei rechtzeitiger Leistung des Content Providers stehen würde. Die wichtigsten Erscheinungsformen des Verzögerungsschadens sind die zusätzlichen Aufwendungen infolge des Verzugs einschließlich u. a. des entgangenen Gewinns, wenn der Nutzer beispielsweise die angefragte Information zur Grundlage bestimmter, wichtiger geschäftliche Maßnahmen oder Entschlüsse machen wollte, welche durch den Verzug vereitelt worden sind.

Zwischen dem Verzug und dem Schaden muss ein Kausalzusammenhang (haftungsausfüllende Kausalität) bestehen.

C. VI. 5. e. Rechtsfolgen der §§ 280 I, II, 286 BGB

⁸⁵⁰ Siehe dazu *Schulze*, in: HK-BGB, § 286, Rn. 4 ff.

⁸⁵¹ Siehe *Heinrichs*, in: Palandt, § 286, Rn. 16 ff.

⁸⁵² Vgl. *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 3. Teil, § 13, Rn. 16.

⁸⁵³ *Emmerich*, Recht der Leistungsstörungen, 4. Teil, § 17, Rn. 2.

In der Rechtsfolge gewähren die §§ 280 I, II, 286 BGB Ersatz der Verzögerungsschäden. Zu ersetzen sind nach §§ 280 I, II, 286 BGB alle Schäden infolge des Verzugs mit der Nacherfüllungspflicht; dies sind etwa Schäden, die während des Verzugs aus der fehlenden oder eingeschränkten Nutzbarkeit der Information entstehen, z.B. entgangener Gewinn.⁸⁵⁴ Dies ist anzunehmen, wenn der Nutzer etwa die angefragte Information zur Grundlage eines konkreten, wichtigen geschäftlichen Entschlusses oder einer Transaktion machen wollte, welche durch den Verzug vereitelt worden sind.

C. VI. 6. Ergebnis

Im Wesentlichen gilt hier das zu den Schadensersatzansprüchen des Nutzers bei Informationsüberlassung Ausgeföhrte.

Durch einen Verweis auf die §§ 280, 281, 283 und 311a II BGB regelt § 634 Nr. 4 BGB die Schadensersatzansprüche. § 282 BGB ist in § 634 Nr. 4 BGB nicht genannt. Dass diese Vorschrift in § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB nicht erwähnt wird, steht seiner Anwendung auf die Verletzungen von Schutzpflichten des Unternehmers nicht entgegen.⁸⁵⁵ Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Informationsüberlassung verwiesen werden.⁸⁵⁶

Durch den allgemeinen Verweis des § 634 Nr. 4 BGB auf § 280 BGB ist davon auszugehen, dass Verzögerungsschäden auch erfasst werden. Diese stehen dem Nutzer aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II und 286 BGB zu, soweit sie auf die Verzögerung der Nacherfüllung zurückzuführen sind.

Die Haftung des Content Providers aus §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB erstreckt sich auf solche Schäden, die durch die Verletzung eines Rechts, Rechtsguts oder Interesses, das der Nutzer unabhängig vom Informationsbeschaffungsvertrag besitzt, entstanden sind. Von § 280 I BGB wird das sog. Integritätsinteresse des Nutzers erfasst. Die Haftung des Content Providers beschränkt sich hier auf das negative Interesse. Gem. § 249 I BGB ist der Nutzer so zu stellen, als hätte der Content Provider die Pflichtverletzung nicht begangen. Der Nutzer kann verlangen, so gestellt zu werden als hätte der Content Provider die unzutreffende, inaktuelle oder falsche Information nicht überlassen. Des Weiteren kann der Nutzer verlangen, so gestellt zu werden als hätte der Content Provider seine Verpflichtung aus § 241

⁸⁵⁴ Siehe *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 63.

⁸⁵⁵ Zur Begründung siehe *Wilnowsky*, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 27 in Bezug auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 282 wegen Verletzung von Schutzpflichten des Verkäufers.

⁸⁵⁶ Dazu oben unter C. V. 6. d. und zu den Rechtsfolgen unter C. V. 6. d. bb.

II BGB zur ausreichenden Sicherung des eigenen Systems bzw. zum Schutz des Nutzersystems nicht verletzt. Die Schäden liegen beispielsweise in den Heilungskosten bei Beeinträchtigung des Körpers oder der Gesundheit infolge der Verwendung der falschen Information oder in den Reparaturkosten bei Beschädigung des Nutzersystems sowie Kosten der Wiederherstellung der Daten bei Datenverlust. Für derartige Schäden kann der Nutzer gem. § 249 II 1 BGB statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Soweit die Naturalrestitution nach § 249 BGB nicht möglich ist, hat der Content Provider gem. § 251 I BGB den Nutzer in Geld zu entschädigen. Dies ist anzunehmen bei Totalbeschädigung des Nutzersystems oder unwiederbringlichen Verlust seiner Daten.

Im Rahmen des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 636 und 311a II BGB stehen dem Nutzer zwei Vorgehensweisen zur Verfügung. Er kann die mangelhafte Information behalten und nach §§ 281 I 1 Alt. 2, 283 S. 1, 311a II 1 BGB lediglich Ersatz des Wertunterschiedes zwischen der mangelfreien und mangelhaften Information (Minderwert) (kleiner Schadensersatz) geltend machen.⁸⁵⁷ Der Nutzer kann aber auch Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) verlangen. Ebenso wie beim Rücktritt kann der Nutzer gem. §§ 281 I 3, 283 S. 2, 311a II 3 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn der Mangel unerheblich ist. Verlangt der Nutzer berechtigterweise Schadensersatz statt der ganzen Leistung, entfällt der Anspruch auf Entgelt.⁸⁵⁸

Verlangt der Nutzer großen Schadensersatz, ist der Content Provider zur Rückforderung der übermittelten mangelhaften Information nach §§ 346 bis 348 BGB berechtigt (vgl. §§ 281 V, 283 S. 2, 311 a II 3 BGB). Da die elektronische Informationsbeschaffung eine unkörperliche Werkleistung darstellt, die rückgewährunfähig ist, hat der Nutzer gem. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe Wertersatz zu leisten, bei dessen Berechnung gem. § 346 II 2 BGB die vertraglich vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen ist. Die geminderte Vergütung ist nach Maßgabe des § 638 III BGB zu berechnen.

Hat der Content Provider an einer Rückübertragung der mangelhaften Information kein Interesse, kann er von dem Kunden eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁸⁵⁹ Die Löschung der mangelhaften Information muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. v. § 348 S. 1 BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁸⁶⁰

⁸⁵⁷ Vgl. Vollkommer in : Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 28.

⁸⁵⁸ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 40.

⁸⁵⁹ Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, Fn. 113.

⁸⁶⁰ Cichon, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

Nach §§ 280 I, II, 286 BGB sind Verzögerungsschäden zu ersetzen. In Betracht kommen hier alle Schäden, die infolge des Verzugs mit der Nacherfüllungspflicht entstanden sind. Dies sind etwa Schäden, die während des Verzugs aus der fehlenden oder eingeschränkten Nutzbarkeit der Information resultierten, z.B. entgangener Gewinn.⁸⁶¹ Dies ist anzunehmen, wenn der Nutzer etwa die angefragte Information zur Grundlage eines konkreten, geschäftlichen Entschlusses oder einer Transaktion machen wollte, die durch den Verzug vereitelt worden ist.

Wird die Haftung des Content Providers gem. § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. § 280 I BGB oder gem. § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I, 282, 283, 636 und 311a II BGB bejaht, muss geprüft werden, ob nicht § 254 BGB Anwendung findet. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist (vgl. § 254 I BGB). Die Norm des § 254 BGB gilt bei allen Schadensersatzansprüchen.⁸⁶² Den Nutzer trifft gem. § 254 II 1 BGB die Obliegenheit den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Versäumt er dies schuldhaft, so wird sein Schadensersatzanspruch entsprechend reduziert.⁸⁶³

C. VII. Haftungsausschlüsse und -beschränkungen

Aufgrund der hohen Haftungsrisiken, mit denen der Content Provider konfrontiert ist, ist die Möglichkeit von Haftungsausschlüssen und Haftungsbegrenzungen zu prüfen. Bei Haftungsausschlüssen und -begrenzungen für Informationen im Internet müssen die Regelungen der §§ 7 ff. TMG, die ggf. zur einer Haftungseinschränkung führen können, berücksichtigt werden. Für eigene Informationen ist der Diensteanbieter nach § 7 I TMG nach den allgemeinen Gesetzen, darunter fällt auch das Vertragsrecht, verantwortlich. Der Content Provider profitiert also von den Haftungsprivilegierungen der §§ 7 ff. TMG nicht. Er kann für eigene Informationen seine Gewährleistung und Haftung nicht vollständig ausschließen. Im Folgenden werden die gesetzlichen kaufrechtlichen und werkvertragsrechtlichen Regeln zum Ausschluss der Mängelrechte des Nutzers bei Kenntnis der Mängel (§ 442 BGB) erörtert. Des Weiteren sind die Grenzen der individualvertraglichen Haftungsausschlüsse und -

⁸⁶¹ Siehe *Faust*, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 63.

⁸⁶² Vgl. *Teichmann, Arndt*, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 254 , Rn. 1.

⁸⁶³ Vgl. *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 222, in Bezug auf Website-Hosting.

beschränkungen von Mängelrechten durch die §§ 444 und 639 BGB zu behandeln. Zu erörtern sind ferner Grenzen der Haftungsausschlüsse und -beschränkungen durch das AGB-Recht. Schließlich ist die Frage der Haftungshöchstsummenklauseln zu klären dabei ist die Frage zu prüfen, ob die TKG auf den Content Provider Anwendung findet bzw., ob für ihn die summenmäßige Haftungsbegrenzung des § 44a TKG gilt.

C. VII. 1. Gesetzliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen

C. VII. 1. a. Haftungseinschränkung bei unentgeltlicher Informationsüberlassung

Bei einer unentgeltlichen Informationsüberlassung sieht das Gesetz für den Content Provider als Schenker Haftungserleichterungen vor. Gem. § 521 BGB haftet er im Falle einer Spätleistung oder Nichtleistung (§§ 280, 286, 283, 311a II BGB) nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.⁸⁶⁴ In ihren AGB schließen manche Anbieter von unentgeltlich bereitgestellten Diensten ihre Haftung für Schäden aus, die sie aufgrund leichter Fahrlässigkeit verursacht haben.⁸⁶⁵

Nach den §§ 523, 524 BGB haftet der Content Provider für Mangelhaftigkeit der unentgeltlich überlassenen Information nur bei Arglist.⁸⁶⁶ Diese Haftungserleichterungen stellen eine gesetzlich bestimmte „mildere Haftung“ i. S. v. § 276 I 1 oder § 311a II 2 i. V. m. 276 I 1 BGB dar.⁸⁶⁷

C. VII. 1. b. Haftungsausschluss bei Kenntnis des Nutzers nach § 442 BGB

Nach § 442 I 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel kennt. Nach § 442 I 2 BGB bekommt der Nutzer keine Rechte wegen dieses Mangels, wenn ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb, Voraussetzung ist, dass der Content Provider den Mangel nicht arglistig⁸⁶⁸ verschwiegen und keine Garantie für bestimmte Beschaffenheit der Information übernommen hat. § 442 BGB gilt für Sach- und Rechtsmängel (§§ 434, 435 BGB).⁸⁶⁹ „*Arglistiges Verschweigen eines Mangels liegt vor, wenn der Verkäufer einen Mangel mindestens für*

⁸⁶⁴ Dazu siehe die Ausführungen unter C. II. 3.

⁸⁶⁵ Siehe AGB von AOL, Stand: März 2007, Nr. 6.2. Aufgerufen am 11. 04. 2007.

⁸⁶⁶ Dazu siehe die Ausführungen unter C. II. 4.

⁸⁶⁷ Vgl. *Schlechtriem*, in: *Schuldrecht, Besonderer Teil*, Rn. 190.

⁸⁶⁸ „*Arglist*“ = Veranlassungsvorsatz, dazu siehe *Jauernig*, in: *Jauernig, BGB, 12. Aufl.*, § 123, Rn. 7.

⁸⁶⁹ Siehe *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 442, Rn. 3.

möglich hält und weiß oder damit rechnet und billigend im Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung des Mangels den Vertrag nicht oder nicht so geschlossen hätte“.⁸⁷⁰

Auf Grund des Verweises in den §§ 523 II 2 und 524 II 3 BGB auf die Mängelrechte im Kaufrecht ist davon auszugehen, dass § 442 BGB auch bei der unentgeltlichen Informationsüberlassung entsprechende Anwendung findet.

Nur die positive Kenntnis führt in jedem Fall zum Ausschluss der Mängelrechte.⁸⁷¹ Im Hinblick auf die elektronisch überlassenen Informationen ist die positive Kenntnis des Nutzers von den Mängeln zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorstellbar. Denn der Nutzer kann die Informationen erst nach dem Downloadvorgang erkennen. In Betracht kommt eher eine grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels nach § 442 I 2 BGB. Eine grob fahrlässige Unkenntnis bedarf einer besonders schweren Vernachlässigung derjenigen Sorgfalt, die von jedem Verkehrsteilnehmer erwartet werden kann, um sich selbst oder den Verkäufer vor Schaden zu bewahren.⁸⁷² Bei grober Fahrlässigkeit ist auf die im Einzelfall erforderliche Sorgfalt abzustellen, d.h. den Mindestmaßstab an Information und Aufmerksamkeit.⁸⁷³ Im Falle der Warnung des Nutzers durch den Content Provider oder einen Dritten vor Mängeln z.B. Virenbefall oder Inaktivität der Information, wird von ihm erwartet, dass er sich vor Vertragsschluss der Mangelfreiheit vergewissert. In der Rechtsfolge verliert der Nutzer – wie bei positiver Kenntnis – seine Mängelrechte aus § 437 BGB.⁸⁷⁴ Damit trägt der Nutzer das Risiko, dass er den Vertrag nicht gründlich gelesen oder nicht richtig verstanden hat und ihm deshalb eine Beschränkung unbekannt blieb.⁸⁷⁵ Ausnahmsweise haftet der Content Provider trotz grober Fahrlässigkeit des Nutzers, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für eine Beschaffenheit übernommen hat.⁸⁷⁶ In diesen Fällen ist ein Haftungsausschluss auch nach §§ 444 und 639 BGB unwirksam, d.h. bei Übernahme einer Garantie ist eine Haftungsbegrenzung auch in Individualverträgen nicht möglich.

C. VII. 1. c. Haftungsausschluss bei Kenntnis des Nutzers nach § 640 II BGB

⁸⁷⁰ Zu dieser Definition siehe *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 345.

⁸⁷¹ Vgl. *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 5. Kap., Rn. 277.

⁸⁷² Siehe *Berger*, in: Jauernig, B GB, 12. Aufl., § 442, Rn. 5.

⁸⁷³ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 442, Rn. 11.

⁸⁷⁴ Siehe *Berger*, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 442, Rn. 7; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 442, Rn. 17.

⁸⁷⁵ Vgl. *Bartsch*, CR 2005, S. 4.

⁸⁷⁶ Dazu siehe oben unter C. V. 5. a. aa. ccc.

Im Hinblick auf die Informationsbeschaffung, die nach der favorisierten Ansicht als Werkvertrag zu qualifizieren ist, enthält § 640 II BGB eine Regelung über die Kenntnis des Nutzers von der Mängelhaftigkeit der Information. Danach verliert der Nutzer die Rechte aus § 634 Nr. 1 bis 3 BGB bei vorbehaltloser Abnahme⁸⁷⁷ der mangelhaften Information trotz Kenntnis des Mangels. Erhalten bleiben die Schadensersatzansprüche in Geld einschließlich der Mängelbeseitigungskosten.⁸⁷⁸

C. VII. 2. Grenzen der vertraglichen Haftungsbeschränkungen aus §§ 444 und 639 BGB

Im Kaufrecht sind individualvertragliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen der in § 437 BGB genannten Mängelrechte des Käufers grundsätzlich zulässig, soweit § 444 BGB nicht entgegensteht.⁸⁷⁹ Nach § 523 II 2 BGB findet bei unentgeltlicher mit Rechtsmängeln belasteter Information § 444 BGB entsprechende Anwendung.

Im Werkvertragsrecht sind ebenso vertragliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen der in § 634 BGB genannten Mängelrechte zu Lasten des Bestellers grundsätzlich zulässig,⁸⁸⁰ soweit § 639 BGB nicht eingreift.

Nach § 444 sowie § 639 BGB sind Vereinbarungen unwirksam, durch welche die Rechte des Käufers/Beschenkten und Bestellers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn der Verkäufer/Schenker und Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für eine Beschaffenheit übernommen hat.⁸⁸¹ Bei Übernahme einer Garantie ist eine Haftungsbegrenzung auch in Individualverträgen nicht möglich (§§ 444, 639 BGB); der Content Provider kann seine Haftung nur dann ausschließen, wenn er den Nutzer über den Mangel vollständig aufklärt und damit die Wirkung des § 442 BGB (d.h. Kenntnis des Nutzers als Käufer oder Beschenkter) herbeiführt.⁸⁸²

Bei einer allgemeinen Haftungsausschlussklausel ist es unbedingt erforderlich, die Haftung für Beschaffenheitsgarantien von dem Haftungsausschluss⁸⁸³ auszunehmen, da sonst die Klausel zum einen unklar ist, zum anderen eine verwenderunfreundliche Auslegung greift.⁸⁸⁴

⁸⁷⁷ Zur Abnahme siehe die Ausführungen unter C. VI. 3.

⁸⁷⁸ Siehe *Sprau*, in: Palandt, § 640, Rn. 13.

⁸⁷⁹ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 444, Rn. 3.

⁸⁸⁰ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, § 639, Rn. 2.

⁸⁸¹ Dazu siehe oben unter C. V. 5. a. aa. ccc.

⁸⁸² Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 444, Rn. 3; *Wintler*, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Kap. B. Der Weg zum Netz, Rn. 401.

⁸⁸³ Siehe etwa AOL, Stand: März 2007, Nr. 6.1.: „AOL haftet für jede schuldhafte Verletzung wesentlicher Vertragspflichten sowie bei Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie (§ 444 BGB) nach den gesetzlichen Vorschriften. Für Schäden, die auf dem Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit beruhen, haftet AOL nur für solche Schäden, die von einer solchen Vereinbarung umfasst sein sollen. In allen anderen Fällen haftet AOL nur, soweit der entstandene Schaden grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht wurde.“ Aufgerufen am 11. 04. 2007.

Möglich ist dagegen die Haftungseingrenzung auf Schäden, die durch eine solche Vereinbarung umfasst sein sollen.⁸⁸⁵ Soweit der Content Provider etwa eine Garantie für die Richtigkeit oder Aktualität der Information übernommen hat, ist die Eingrenzung der Haftung auf Schäden, die auf Unrichtigkeit oder Inaktivität beruhen, möglich.⁸⁸⁶

C. VII. 3. Grenzen aus dem AGB-Recht

In AGB-Klauseln des Content Providers muss jede Regelung über Gewährleistungs- oder Haftungsausschlüsse bzw. -begrenzungen die Grenzen des AGB-Rechts beachten. Diesbezüglich gilt im Werkvertrag mit einer geringfügigen Einschränkung das Gleiche wie im Kaufvertrag.⁸⁸⁷ Es gelten somit für den Content Provider die gleichen Schranken des AGB-Rechts sowohl bei der Informationsüberlassung als auch bei der Informationsbeschaffung.

Zu beachten sind hier die strengen Anforderungen des § 309 Nr. 8 lit. b BGB bezüglich der Ausschlüsse oder Beschränkungen von Gewährleistungsrechten.

Gem. § 309 Nr. 8 lit. b Sublit. aa BGB dürfen die Gewährleistungsansprüche gegen den Content Provider wegen eines Mangels weder insgesamt noch bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden.

Gem. § 309 Nr. 8 lit. b Sublit. bb BGB dürfen Gewährleistungsansprüche des Nutzers gegen den Content Provider weder insgesamt noch bezüglich einzelner Teile auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem Nutzer nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlägen der Nacherfüllung zu mindern oder nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten. Das Gesetz sieht in § 440 S. 2 BGB ein Fehlschlagen der Nacherfüllung im Kaufvertrag bei zwei fehlgeschlagenen Nacherfüllungsversuchen vor. Diese Regelung bietet für den Regelfall auch für den Werkvertrag Anhaltspunkte.⁸⁸⁸

Unwirksam ist nach § 309 Nr. 8 lit. b Sublit. cc BGB eine Bestimmung, durch welche die Verpflichtung des Content Providers ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen. Der Content Provider darf die Aufwendungen des Nutzers beim erneuten Downloading der Information zum Zwecke der Nacherfüllung nicht

⁸⁸⁴ Vgl. Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 341.

⁸⁸⁵ So Fn. oben für AGB von AOL Stand: März 2007, Nr. 6.1.

⁸⁸⁶ Dazu ausführlich Spindler in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 341.

⁸⁸⁷ Siehe Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 6. Kap., Rn. 49.

⁸⁸⁸ Vgl. Sprau, in: Palandt, § 636, R. 15.

formularmäßig ausschließen oder einschränken. In Betracht kommen hier die aufwendete Vergütung des Access Providers und die Telefonkosten für die zum Neudownload erforderliche Online-Zeit.

Die Haftungsausschlüsse in den AGB der Anbieter müssen die Anforderungen des § 309 Nr. 7 lit. b BGB einhalten. Der Verwender kann sich weder für eigenes Verschulden noch für solches seiner Mitarbeiter freizeichnen, dies gilt für Kaufleute, zumindest für leitende Angestellte.⁸⁸⁹ Ein Haftungsausschluss für Vorsatz scheidet nach § 276 II BGB auch für Individualverträge aus.

Problematisch sind AGB-Klauseln, in denen die Anbieter ihre Haftung auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit allgemein und ohne Einschränkung begrenzen. Derartige Klauseln sind gem. § 307 II Nr. 2 BGB unwirksam, da der Haftungsausschluss dann auch die leicht fahrlässige Verletzung von Kardinalpflichten erfasst, die die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung erst ermöglichen und auf die der Vertragspartner vertraut hat und vertrauen durfte.⁸⁹⁰ Soweit ersichtlich, beschränken zahlreiche Anbieter ihre Haftung zwar auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, jedoch nur soweit nicht wesentliche Vertragspflichten (Kardinalpflichten) betroffen sind.⁸⁹¹ Anzumerken ist, dass die größten Haftungsrisiken für fehlerhafte Informationen weniger im Bereich der grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schäden liegen, sondern bei leichter Fahrlässigkeit. Ob die Richtigkeit überlassener oder übermittelter Informationen als Kardinalpflicht zu bewerten ist, lässt sich nicht allgemein beantworten. Anhaltspunkte geben etwa die Bedeutung der Vertragspflichten für die Integrität der Rechtsgüter des Nutzers. Eine Kardinalpflicht ist etwa bei medizinischen Ratgebern für den Haushalt oder für die ärztliche Praxis anzunehmen, da dort die inhaltliche Richtigkeit der Information von überragender Bedeutung für Leib und Leben des Erwerbers ist, so dass selbst die Haftung für leicht fahrlässige Schäden nicht ausgeschlossen werden kann.⁸⁹² Unwirksam ist gem. § 309 Nr. 7 lit. a BGB ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbegrenzung für Schäden durch die Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Der Verbotstatbestand des § 309 Nr. 7 lit. a BGB ist auch gem. § 307 II Nr. 1 BGB im unternehmerischen Bereich zu berücksichtigen.⁸⁹³ Soweit ersichtlich,

⁸⁸⁹ Vgl. Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 330.

⁸⁹⁰ Vgl. Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 342.

⁸⁹¹ Siehe AOL, Stand: März 2007, Nr. 6.1.; Talkline Stand: 04/06, Nr. 16.1. Beide aufgerufen am 11.04. 2007.

⁸⁹² Vgl. Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil VII, Rn. 130

⁸⁹³ Siehe, Westphalen, NJW 2002, S. 12, 21.

berücksichtigen mittlerweile die meisten Anbieter diese Einschränkung der haftungsbegrenzenden AGB-Klauseln.⁸⁹⁴

Auch bei Vermögensschäden kann ausnahmsweise eine Kardinalpflicht angenommen werden, etwa wenn die Information gerade auf bestimmte Vermögenspositionen gerichtet und Kern des gesamten Vertrags war, wie z.B. Anlageempfehlungen, die nicht unter die Haftungsprivilegierung des § 675 II BGB fallen.⁸⁹⁵

Des Weiteren verkünden einige Content Provider in ihren AGB-Klauseln, dass sie unter keinen Umständen für irgendwelche Verluste haften, die dem Nutzer dadurch entstehen können, dass er auf eine Information vertraut hat, die er im Rahmen der Nutzung des Anbieter-Services erhalten hat.⁸⁹⁶ Eine derartige Klausel stellt eine Haftungsausschlussklausel dar und ist unwirksam, da der Anbieter jede Haftung für die in seinem Service greifbaren Informationen ausschließt, unabhängig davon, ob diese von Dritten oder von ihm selbst stammen.⁸⁹⁷

C. VII. 4. Haftungshöchstsummenklauseln

C. VII. 4. a. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch AGB

Wie bereits ausgeführt, kann die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Verwenders und seiner Erfüllungsgehilfen gem. § 309 Nr. 7 lit. b BGB weder ausgeschlossen noch begrenzt werden. Dies gilt auch für den unternehmerischen Verkehr, ohne dass es darauf ankäme, ob die vertragstypischen Schäden erfasst werden.⁸⁹⁸ Auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit sind Begrenzungsklauseln unwirksam, in denen der verursachte Schaden weit über der pauschal festgelegten Höchstsumme liegen kann.⁸⁹⁹ Zulässig ist die betragsgemäße Begrenzung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von wesentlichen Vertragspflichten, wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.⁹⁰⁰ Eine Haftungsbegrenzung auf eine Höchstsumme kann lediglich in besonderen Fällen zugelassen werden, wenn z.B. dem Vertragspartner zumindest die Möglichkeit einer Versicherung bzw. des anderweitigen Schutzes gegen Schäden offen steht und auf diese

⁸⁹⁴ Siehe AOL, Stand: März 2007, Nr. 6.3.; Talkline Stand: 04/06, Nr. 16.3. Beide aufgerufen am 11.04. 2007.

⁸⁹⁵ Spindler, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 145, 163; Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil VII, Rn. 130.

⁸⁹⁶ Für solche Formulierungen siehe Koch, Internet-Recht, S. 106.

⁸⁹⁷ So zutref. Koch, Internet-Recht, S. 106.

⁸⁹⁸ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 345, unter Berufung auf BGH, Urt. v. 21. 1. 1999 – III ZR 289/97, ZIP 1999, 401, 403.

⁸⁹⁹ Koch, Internet-Recht, S. 104, zu Bestimmungen für Haftungsbegrenzung siehe S. 103 f.

⁹⁰⁰ Heun, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 249, 263.

Höchstsumme deutlich in AGB hingewiesen wird.⁹⁰¹ Die von Anbietern in ihren AGB vorgesehenen Haftungshöchstsummen, die lediglich die ein- oder mehrfache⁹⁰² monatliche Grundgebühr darstellen, dürften hierfür nicht ausreichen, da durch diese Beträge das mögliche Ausmaß an Vermögensschäden, z.B. das Löschen oder die unvollständige bzw. falsche Übermittlung von wichtigen Daten äußerst unzureichend abgedeckt ist.⁹⁰³

C. VII. 4. b. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch TKG

Es zeigt sich, dass die Möglichkeit einer betragsmäßigen Haftungsbeschränkung in den AGB des Content Providers sehr gering ist, so dass die Frage der betragsmäßigen Haftungsbegrenzung durch TKG⁹⁰⁴ von größerer Bedeutung ist. Zunächst ist wie bei Access Provider die Frage zu klären, ob die TKG auf den Content Provider Anwendung findet, so dass für ihn die summenmäßige Haftungsbeschränkung des § 44a TKG⁹⁰⁵ gilt.

Zu klären ist zunächst, ob der Content Provider Telekommunikationsdienste⁹⁰⁶ für die Öffentlichkeit erbringt. Telekommunikationsdienste sind nach § 3 Nr. 24 TKG i.d.R. gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen. Der Content Provider erbringt jedoch keine Übertragung von Signalen.⁹⁰⁷ Auf das Verhältnis zwischen den Content Provider und seinem Kunden ist daher grundsätzlich das TKG nicht anwendbar. Etwas anderes gilt dann, wenn der Content Provider dem Nutzer Telekommunikation als Dienstleistung anbietet. Der Begriff Telekommunikation wird in § 3 Nr. 22 TKG definiert. Demgemäß ist Telekommunikation „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“. Soweit der Content Provider es ermöglicht von seiner Website aus Nachrichten zu versenden oder E-Mails weiterzuleiten, wird in diesen Tätigkeiten des Content Provider die Übermittlung und das Empfangen von Signalen i. S. v. § 3 Nr. 22 TKG liegen, so dass es auf diese Tätigkeiten anwendbar ist, jedenfalls sofern das Angebot des Content Providers grundsätzlich jedermann zugänglich und damit „öffentliche“ ist. Dies hat zur Folge, dass die betragsmäßige Haftungsbeschränkung des § 44a TKG Anwendung

⁹⁰¹ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 345.

⁹⁰² Zu derartigen Bestimmungen siehe Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 221 f.

⁹⁰³ Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 223.

⁹⁰⁴ TKG v. 25.6.2004, BGBl. I 2004, S. 1190 ff. zur Umsetzung des EU-Richtlinienpaktes v. 2002. Zuletzt geändert durch TKG-Änderungsgesetz v. 18.2.2007, abrufbar unter <http://www.bmwi.de>, abgerufen am 10.5.2007.

⁹⁰⁵ Diese Vorschrift ersetzt § 7 TKV. Mit der Änderung vom 18.2.2007 wird die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung in das TKG integriert.

⁹⁰⁶ Das TKG 2004 ersetzt den Begriff der Telekommunikationsdienstleistungen durch den der Telekommunikationsdienste.

⁹⁰⁷ Kubala, Medienkonzentration im Internet, S. 145.

findet.⁹⁰⁸ Allerdings umfasst die Haftungsbeschränkung nur Schäden die spezifisch das Aussenden, Empfangen und Übermitteln von Signalen betreffen.⁹⁰⁹ Bietet der Content Provider Telekommunikationsdienste i. S. d. Telekommunikationsgesetzes an, muss berücksichtigt werden, dass das TKG nur auf diese Dienstleistungen Anwendung findet. Hierbei muss streng zwischen Telekommunikationsdiensten und anderen Leistungen unterschieden werden. Denn die Haftung für andere Leistungen des Content Providers wird von der Privilegierung des § 44a TKG nicht erfasst. Eine Klausel in den AGB des Content Providers, die als Haftungsbegrenzung auch die Regelung des § 44a TKG aufnimmt, muss sorgfältig die einzelnen Leistungen voneinander unterscheiden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Klausel zwar in Teilbereichen dem § 44a TKG entspricht, im Übrigen aber aufgrund der Inhaltskontrolle nach §§ 309 Nr. 7 lit. b, 307 II BGB insgesamt unwirksam ist.⁹¹⁰ Eine dem § 44a TKG entsprechende Regelung in den AGB des Content Providers außerhalb des Anwendungsbereiches des TKG wäre wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB infolge der Haftungsbegrenzung selbst für grob fahrlässig verschuldete Schäden unwirksam.⁹¹¹ Außerdem kann sich der Content Provider gem. § 307 II Nr. 2 BGB von Pflichten, die für die Vertragsdurchführung von wesentlicher Bedeutung sind, also Kardinalpflichten, selbst für leichte Fahrlässigkeit nicht freizeichnen; dies gilt auch für Kaufleute.⁹¹²

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass sich die Haftungsbegrenzung nach § 44a TKG nur auf Vermögensschäden bezieht. Eine Formulierung, die auch andere Schäden erfassen könnte, führt leicht zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel, da sie gegen das Verbot von Haftungsfreizeichnungen für die Schädigung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit gem. § 309 Nr. 7 lit. a BGB verstößt. Die Nichterwähnung dieser Schäden könnte im Umkehrschluss den Eindruck erwecken, dass die Haftung auch für diese Schäden im Rahmen der Klausel ausgeschlossen ist; dies gilt erst recht, wenn die Klausel eine Haftungsbegrenzung selbst für vorsätzlich verursachte Schäden entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 44a S. 1 und 2 TKG suggeriert.⁹¹³

C. VIII. Zusammenfassendes Ergebnis

⁹⁰⁸ Dazu siehe die Ausführungen unter B. VI. 2. b.

⁹⁰⁹ *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 225, in Bezug auf Website-Hosting.

⁹¹⁰ Vgl. *Spindler*, CR 1999, S. 626, 627; *Bettinger/Scheffelt*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 115, in Bezug auf Application Service Provider (ASP), in Bezug auf § 7 II TK V.

⁹¹¹ Siehe *Spindler*, CR 1999, S. 626, 627; ders., CR 2004, S. 203, 211; ders., in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 326, in Bezug auf § 7 II TK V.

⁹¹² Vgl. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 323.

⁹¹³ Siehe *Imhof*, in: Beck'sches Formularbuch, A.1, Rn. 25; *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 347, in Bezug auf § 7 II TK V.

Unabhängig davon, ob der Content Provider die Informationen entgeltlich oder unentgeltlich dem Nutzer zur Verfügung stellt, haftet er bei Leistungsstörungen für die daraus entstandenen Schäden.

Auf die unentgeltliche Bereitstellung der Informationen zum Abruf finden nach der hier favorisierten Ansicht die Regeln der Schenkung entsprechende Anwendung.⁹¹⁴ Angemessen ist hier die Anwendung von Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen des Schenkungsrechts nach den §§ 521, 523, 524 BGB.

Bei einem Vertrag über die Überlassung entgeltlicher, einmaliger, vorgefertigter Informationen (Informationsüberlassung) handelt es sich nach der hier favorisierten Auffassung um einen Kaufvertrag.⁹¹⁵

Der Vertrag aufgrund dessen ein bestimmtes Suchergebnis gegen Entgelt dem Nutzer individuell zusammengestellt und übermittelt (Informationsbeschaffung) wird, ist als Werkvertrag zu qualifizieren.⁹¹⁶

Der Vertrag über entgeltliche, mehrfache Informationsabrufe im Rahmen einer dauerhaften Bereitstellung einer Datenbank ist als Typenkombinationsvertrag zu qualifizieren, wobei die dauerhafte Bereitstellung der Datenbank zur Nutzerrecherche als Dienstvertrag und die einzelnen Informationsabrufe als Kaufverträge einzuordnen sind.⁹¹⁷

Im Falle des letzteren Vertragstyps trifft den Content Provider zunächst die Pflicht aus § 611 BGB seine Infrastruktur ordnungsgemäß zur Recherche bereitzuhalten. Die Verletzung der Leistungspflicht zur ordnungsgemäßen Bereitstellung der Datenbank liegt z.B. in der Beschädigung der Hard-, Software und/oder Daten des Nutzers durch Hackerattacken oder Computerviren infolge unzulänglicher Absicherung des providereigenen Systems bzw. des Nutzersystems während der Kommunikationsverbindung. Ferner handelt es sich hier um die Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Nebenpflicht (Schutzpflicht i. S. d. § 241 II BGB). Ist dem Content Provider dabei ein Verschulden i. S. v. §§ 276, 278 BGB vorzuwerfen, so ist er zum Ersatz der dadurch entstandenen Schäden nach § 280 I BGB verpflichtet.

Als Schaden kommt nach § 280 I BGB das sog. Integritätsinteresse in Betracht. Dieses umfasst Schäden an solchen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen des Nutzers, die ihm unabhängig von dem Vertrag zur Bereitstellung der Datenbank zustehen. Der Content Provider muss alle durch die Pflichtverletzung entstehenden Schäden ersetzen. Diese sind etwa die Reparaturkosten des Nutzerrechners und/oder der erforderliche Geldbetrag für die

⁹¹⁴ Siehe dazu die Ausführungen unter C. II. 2. b.

⁹¹⁵ Siehe dazu die Ausführungen unter C. III. 1. a.

⁹¹⁶ Siehe dazu die Ausführungen unter C. VI. 1. d.

⁹¹⁷ Siehe dazu die Ausführungen unter C. III. 1. b.

Wiederherstellung der verloren gegangenen Daten des Nutzers. Der Nutzer kann derartige Kosten gem. § 249 II 1 BGB in Geld ersetzt verlangen. Soweit die Naturalrestitution i. S. v. § 249 BGB unmöglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (vgl. § 251 I BGB) oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (vgl. § 251 II BGB), kann der Provider den Nutzer in Geld entschädigen.

Der Nutzer kann bei schwerwiegenden Schutzpflichtverletzungen gem. §§ 280 I, III, 282 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der Schadensersatzanspruch erfasst wie bei §§ 280 I, III, 283 und 311a II BGB das Erfüllungs- bzw. positive Interesse.

Bei zeitweiser Nichterreichbarkeit der Datenbank, so dass der Nutzer nicht recherchieren kann, entsteht aufgrund der Nichtnachholbarkeit der Dienstleistungspflicht bzw. deren Fixschuldcharakters die Unmöglichkeit bzw. grobe Unverhältnismäßigkeit (§ 275 I und II BGB) einer Teilleistung.⁹¹⁸ Bei Verschulden⁹¹⁹ hat der Nutzer einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 I, III BGB i. V. m. § 283 oder § 311a II BGB. Der Content Provider muss dem Nutzer alle Schäden ersetzen, die durch die Unerreichbarkeit der Datenbank entstanden sind.

Bezieht sich die Leistungsstörung auf die Überlassung mangelhafter Informationen bei dem einmaligen Informationsabruf oder bei den einzelnen Abrufen im Rahmen der dauerhaften Bereitstellung der Datenbank zur Recherche, so kann der Nutzer die Gewährleistungsrechte des Kaufrechts nach § 437 Nr. 1 bis 2 BGB geltend machen. Bei individueller Zusammenstellung und Übermittlung mangelhafter Informationen, kann der Nutzer auf die Gewährleistungsrechte des Werkvertragsrechts gem. § 634 Nr. 1 bis 3 BGB zurückgreifen. Sowohl im Falle der Informationsüberlassung als auch der Informationsbeschaffung hat der Nutzer gem. § 437 Nr. 1 BGB i. V. m. § 439 BGB sowie gem. § 634 Nr. 1 BGB i. V. m. § 635 BGB vorrangig einen Nacherfüllungsanspruch..

Überlässt der Content Provider mangelfreie Informationen zur Nacherfüllung, kann er nach § 439 IV BGB die Rückgewähr der mangelhaften Information einschließlich der gezogenen Nutzungen nach §§ 346 – 348 BGB verlangen.⁹²⁰ Das Gleiche gilt, wenn er zur Nacherfüllung die Neuherstellung gewählt hat. Er kann gem. § 635 IV BGB ebenfalls vom Nutzer Rückgewähr der mangelhaften Informationen nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB verlangen.⁹²¹

⁹¹⁸ Siehe dazu die Ausführungen unter C. IV. 1.

⁹¹⁹ Dazu siehe die Ausführungen unter C. IV. 4. a. dd. und C. IV. a. cc.

⁹²⁰ Siehe dazu die Ausführungen unter C. V. 4. a. aa. aaa.

⁹²¹ Siehe dazu die Ausführungen unter C. VI. 4. a. aa. aaa.

Da die Information als immaterielles, geistiges Gut rückgewährunfähig⁹²² ist, hat der Nutzer als Rückgewährschuldner gem. § 439 IV bzw. § 635 IV BGB i. V. m. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe von Nutzungen Wertersatz zu leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Die Vergütung muss also entsprechend § 441 III 1 oder § 638 III 1 BGB gemindert werden.⁹²³

Bei völliger Wertlosigkeit der mangelhaften Informationen wäre nichts geschuldet. Die Vergütung kann durch die Minderung gem. § 441 III 1 BGB oder § 638 III 1 BGB völlig wegfallen.

Hat die Information trotz Unvollständigkeit oder Inaktualität noch einen Wert und der Content Provider entschied sich trotzdem für die Neuüberlassung oder Neuübermittlung mangelfreier Informationen, so muss der Nutzer dafür eine geminderte Vergütung leisten.

Ob die Wertersatzpflicht des § 346 II 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen werden kann, richtet sich nach § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB. Aus dem Wortlaut der Regelung des § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB folgt, dass diese Norm nur für rückgewährfähige Gegenstände gilt. Die Regelung dieser Norm passt nicht zu immateriellen, rückgewährunfähigen Informationen. Daher ist der Verweis in § 439 IV BGB sowie § 635 IV BGB von vornherein so zu verstehen, dass er nur für mangelhafte Gegenstände gilt, die als solche rückgewährfähig sind. Folglich ist davon auszugehen, dass ein Bedarf zur teleologischen Reduktion des § 439 IV sowie § 635 IV BGB besteht, nach der sich der Verweis in § 439 IV und § 635 IV BGB nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht, da die Verweise in § 439 IV und § 635 IV BGB zu weit gefasst sind.⁹²⁴

Verzichtet der Content Provider auf die Rückgewähr der mangelhaften Informationen (dies ist i.d.R. anzunehmen), kann er von dem Nutzer eine Erklärung verlangen, in der er versichert, die Daten aus seinem Speicher unwiederbringlich gelöscht zu haben.⁹²⁵ Die Löschung der mangelhaften Informationen muss als Zug-um-Zug-Leistung i. S. v. § 348 I BGB für die Rückzahlung des Entgeltes ausreichen.⁹²⁶

Nach § 634 Nr. 2 BGB i. V. m. § 637 I BGB hat der Nutzer einen Anspruch auf Ersatz der für die Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen. Die Selbstvornahme kommt bei der Informationsbeschaffung kaum in Betracht, da die Beseitigungsarbeiten Fehlerquellen an dem Datenbanksystem oder an dem Datenbestand des Content Providers selbst betreffen. Es ist

⁹²² Siehe *Mehrings*, NJW 1993, S. 3102.

⁹²³ Zur Berechnung der Minderung siehe die Ausführungen unter C. V. 4. c. bb. und unter C. VI. 4. d. bb.

⁹²⁴ Siehe dazu die Ausführungen unter C. V. 4. a. aa. aaa. und C. VI. 4. a. aa. aaa.

⁹²⁵ *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 95, siehe auch Fn. 113 zur Wiederverfügbarkeit der bereits gelöschten Daten.

⁹²⁶ *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 999, in Bezug auf Software-Download.

davon auszugehen, dass der Nutzer die benötigten Information von einem anderen Content Provider beschaffen lassen und Ersatz der Kosten vom Content Provider verlangen kann, wenn der Content Provider die Nichterfüllung nicht zu Recht gem. §§ 275, 635 III BGB verweigert hat. Ein Vertretenmüssen der Nichtvornahme der Nacherfüllung in der dafür gesetzten angemessenen Frist ist nicht erforderlich. Anzumerken ist, dass im Kaufrecht eine Regelung zur Selbstvornahme fehlt.

Für Schadensersatzansprüche des Nutzers gegen den Content Provider wegen der Überlassung oder Beschaffung mangelhafter Informationen gilt das Gleiche.

Der Content Provider ist sowohl nach § 433 I 2 BGB als auch nach § 633 I BGB verpflichtet, die Information frei von Sach- und Rechtsmängel zu verschaffen. Bei der Bereitstellung mangelhafter Informationen zur Recherche verletzt er seine Hauptleistungspflicht aus § 433 I 2 BGB und bei der Zusammenstellung und Übermittlung eines mangelhaften Suchergebnisses verletzt er seine Hauptleistungspflicht aus § 633 I BGB.

Liegt ein Vertretenmüssen vor⁹²⁷ schuldet er Schadensersatzansprüche einerseits aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, § 280 I und §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB, andererseits aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I, 283 ggf. 311a II und aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I, 283, ggf. 311a II BGB. Durch den Verweis auf die §§ 280, 281, 283, und 311a II BGB regeln die §§ 437 Nr. 3 und 634 Nr. 4 BGB die Schadensersatzansprüche. § 282 BGB ist sowohl in § 437 Nr. 3 BGB als auch in § 634 Nr. 4 BGB nicht genannt. Dass diese Vorschrift in §§ 437 Nr. 3 Alt. 1 und 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB nicht erwähnt wird, steht seiner Anwendung auf die Verletzung von Schutzpflichten des Unternehmers nicht entgegen.⁹²⁸

Durch den allgemeinen Verweis des § 437 Nr. 3 und § 634 Nr. 4 BGB auf § 280 BGB ist davon auszugehen, dass Verzögerungsschäden auch erfasst werden. Diese stehen dem Nutzer aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II und 286 BGB sowie aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, II und 286 BGB zu, soweit sie auf die Verzögerung der Nacherfüllung zurückzuführen sind.

Die Haftung des Content Providers aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. 280 I BGB und § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. 280 I BGB erstreckt sich auf solche Schäden, die durch die Verletzung eines Rechts, Rechtsguts oder Interesses, das der Nutzer unabhängig vom Informationsüberlassungs- oder Informationsbeschaffungsvertrag besitzt, entstanden sind. Von § 280 I BGB ist das sog. Integritätsinteresse erfasst. In Betracht kommen hier die sog.

⁹²⁷ Siehe dazu die Ausführungen unter C. V.5. a. aa. ccc. und C. VI. 5. a. aa. ccc.

⁹²⁸ Zur Begründung siehe *Wilnowsky*, JuS 2002, Beil. zu Heft 1, S. 3, 27 in Bezug auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 282 wegen der Verletzung von Schutzpflichten des Verkäufers.

Mangelfolgeschäden⁹²⁹ und Schäden, die durch die Verletzung von nichtleistungsbezogenen Schutzpflichten des § 241 II BGB entstanden sind. Der Content Provider darf sich in Hinsicht auf den Vertretenmüssen nicht entlasten können.⁹³⁰ Die Haftung des Content Providers beschränkt sich hier auf das negative Interesse. Nach § 249 I BGB ist der Content Provider verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit ist der Nutzer so zu stellen als hätte der Content Provider die mangelhaften Informationen nicht überlassen oder beschafft. Des Weiteren kann der Nutzer verlangen, so gestellt werden als hätte der Content Provider seine Verpflichtung aus § 241 II BGB zur zulänglichen Sicherung des eigenen Systems bzw. zum Schutz des Nutzersystems während der Kommunikationsverbindung nicht verletzt. Ersatzfähig sind ausschließlich Schäden, die durch eine mangelfreie Nacherfüllung nicht beseitigt werden können.⁹³¹ Dazu gehören die Heilungskosten des Nutzers bei der Beeinträchtigung von Körper oder Gesundheit infolge der Verwendung der fehlerhaften Informationen oder die Reparaturkosten bei der Beschädigung des Nutzersystems infolge der Überlassung oder Übermittlung virenbefallener Informationen oder den für die Wiederherstellung der Daten aufgewendeten Betrag im Falle von Datenverlust. Gem. § 249 II BGB kann der Nutzer selbst die Reparatur seines Rechners oder die Wiederherstellung der verlorenen Daten vornehmen und den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Nur wenn die Naturalrestitution i. S. v. § 249 BGB unmöglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (vgl. § 251 I BGB) oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (vgl. § 251 II BGB), kann der Nutzer Entschädigung in Geld verlangen.

Aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 440 und 311a II sowie aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280, 281, 283, 636 und 311a II BGB stehen dem Nutzer Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung, d.h. das sog. positive bzw. Erfüllungsinteresse. Er tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs und erfasst den sog. Mangelschadens.⁹³²

Der Nutzer ist gem. § 249 I BGB so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stände, d.h. als ob ihm der Content Provider eine mangelfreie Information überlassen oder beschafft hätte. Auszugleichen ist der mangelbedingte Minderwert der Information („eigentlicher Mangelschaden“).⁹³³ Das ist der Schaden, der darin liegt, dass die Information infolge des

⁹²⁹ Siehe dazu die Ausführungen unter C. V. 5. a. und unter C. VI. 5. a.

⁹³⁰ Dazu siehe die Ausführungen unter C. V. 5. a. aa. ddd. und C. V. 5. a. aa. ddd.

⁹³¹ Weidenkaff, in: Palandt, § 437, Rn. 35.

⁹³² Dazu siehe die Ausführungen unter C. V. 6.

⁹³³ Siehe Berger, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 437, Rn. 20.

Mangels, der durch eine Nacherfüllung beseitigt werden kann, den Nutzer im Vergleich zu einer mangelfreien Information schlechter stellt.⁹³⁴

Dem Nutzer stehen zwei Vorgehensweisen zu. Er kann die mangelhafte Information behalten und nach §§ 281 I 1 Alt. 2, 283 S. 1, 311a II 1 BGB lediglich Ersatz des Wertunterschiedes zwischen den mangelfreien und mangelhaften Information (kleiner Schadensersatz) geltend machen.⁹³⁵ Der Nutzer kann aber auch Schadensersatz statt der ganzen Leistung (großen Schadensersatz) verlangen. Schadensersatz statt der ganzen Leistung steht dem Nutzer gem. §§ 281 I 3, 283 S. 2 und § 311a II 3 BGB nur bei einem erheblichen Mangel zu.

Bei einem überwiegend mangelfreien Recherche- oder Suchergebnis, ist die eine oder andere unzutreffende oder inaktuelle Information hinzunehmen.⁹³⁶

In den Rahmen des großen Schadensersatzes fallen der Wert der Information in mangelfreiem Zustand oder die Kosten eines Deckungsgeschäftes.⁹³⁷ Dies ist der Fall, wenn der Nutzer die benötigte Information von einem anderen Informationsanbieter mit höheren Kosten überlassen oder beschaffen lässt.

Verlangt der Nutzer Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist er durch den Verweis des § 281 V BGB (vgl. auch §§ 283 S. 2, 311 a II 3 BGB) auf die §§ 346 bis 348 BGB verpflichtet, die mangelhafte Information zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben (vgl. § 346 I BGB).⁹³⁸

Nach §§ 280 I, II, 286 BGB sind Verzögerungsschäden zu ersetzen. In Betracht kommen hier alle Schäden, die infolge des Verzugs mit der Nacherfüllungspflicht entstanden sind. Dies sind etwa Schäden, die während des Verzugs aus der fehlenden oder eingeschränkten Nutzbarkeit der Informationen resultierten, z.B. entgangener Gewinn.⁹³⁹ Dies ist anzunehmen, wenn der Nutzer etwa die aufgerufenen oder angefragten Informationen zur Grundlage eines konkreten, geschäftlichen Entschlusses oder einer Transaktion machen wollte, welche durch den Verzug der Nacherfüllung vereitelt worden sind.

Wird die Haftung des Content Providers gem. §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 ff. und 311a II BGB oder §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 ff. und 311a II BGB bejaht, muss geprüft werden, ob nicht § 254 BGB Anwendung findet. Die Norm des § 254 BGB gilt bei allen Schadensersatzansprüchen.⁹⁴⁰ Den Nutzer trifft gem. § 254 II 1 BGB die Obliegenheit, den

⁹³⁴ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 437 Rn. 34.

⁹³⁵ Vgl. Vollkommer, in : Jauernig, BGB, 10. Aufl., § 281, Rn. 28.

⁹³⁶ Vgl. Redecker, IT-Recht in der Praxis, Rn. 957, bezogen auf den Vertrag über elektronische Recherche.

⁹³⁷ Siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 52.

⁹³⁸ Zur Rückgewährungsfähigkeit der Information siehe oben unter diesem Unterabschnitt.

⁹³⁹ Siehe Faust, in: Bamberger/Roth, Kom-BGB, Band 1, § 437, Rn. 63.

⁹⁴⁰ Vgl. Teichmann, Arndt, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 254 , Rn. 1.

Schaden abzuwenden oder zu mindern. Versäumt er dies schuldhaft, so wird sein Schadensersatzanspruch entsprechend reduziert.⁹⁴¹

Es zeigt sich, dass der Content Provider bei der Informationsüberlassung oder -beschaffung wegen der Mangelhaftigkeit der Informationen mit höheren vertraglichen Haftungsrisiken konfrontiert ist. Bei Haftungsausschlüssen und -begrenzungen für Informationen im Internet müssen die Regelungen der §§ 7 ff TMG, die ggf. zur einer Haftungseinschränkung führen können, berücksichtigt werden. Für eigene Informationen ist der Diensteanbieter nach § 7 I TMG nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Der Content Provider profitiert also von den Haftungsprivilegierungen der §§ 8 ff. TMG nicht, sofern er eigene Informationen⁹⁴² zur Nutzung bereithält.

Das BGB enthält zwar gesetzliche Regeln für Haftungserleichterungen im Falle unentgeltlicher Informationsüberlassung in den §§ 521, 523, 524 BGB, welche eine gesetzlich bestimmte „mildere Haftung“ i. S. v. § 276 I 1 BGB oder § 311a II 2 BGB i. V. m. 276 I 1 BGB darstellen,⁹⁴³ es enthält weiterhin gesetzliche kaufrechtliche (vgl. § 442 BGB) und werkvertragrechtliche (vgl. § 640 II BGB) Regeln zum Ausschluss der Mängelrechte des Nutzers bei Kenntnis der Mängel.⁹⁴⁴ Das BGB setzt jedoch Grenzen für individualvertragliche Haftungsausschlüsse und -beschränkungen von Mängelrechten in den §§ 444 und 639 BGB.⁹⁴⁵ Bei formularmäßigen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen bzw. Haftungsbegrenzungen greift die Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB ein.

Im Hinblick auf Ausschlüsse oder Beschränkungen von Gewährleistungsrechten gilt für den Werkvertrag mit einer geringfügigen Einschränkung das Gleiche wie für den Kaufvertrag.⁹⁴⁶

Es gelten somit für den Content Provider die gleichen Schranken des AGB-Rechts sowohl bei der Informationsüberlassung als auch bei der Informationsbeschaffung. Zu beachten sind hier die strengen Anforderungen des § 309 Nr. 8 lit. b BGB.⁹⁴⁷ Zu beachten sind weiterhin die Anforderungen des § 309 Nr. 7 lit. b BGB. Danach sind ABG-Klauseln unwirksam, in denen die Haftung für vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführten Schäden ausgeschlossen oder begrenzt wird. Der Haftungsausschluss ist sogar für leichte Fahrlässigkeit nach Maßgabe des § 307 II Nr. 2 BGB unwirksam, soweit vertragswesentliche Pflichten betroffen sind, die für

⁹⁴¹ Vgl. *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 222, in Bezug auf Website-Hosting.

⁹⁴² Zur Abgrenzung der eigenen von fremden Informationen siehe unten unter C. I.

⁹⁴³ Siehe dazu die Ausführungen unter C. II. 3. und C. II. 4.

⁹⁴⁴ Siehe dazu die Ausführungen unter C. VII. 1. b. und C. VII. 1. c.

⁹⁴⁵ Siehe dazu die Ausführungen unter C. VII. 2.

⁹⁴⁶ Siehe *Haas*, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendländer, Das neue Schuldrecht, 6. Kap., Rn. 49.

⁹⁴⁷ Siehe dazu die Ausführungen unter C. VII. 3.

die Vertragsdurchführung von wesentlicher Bedeutung;⁹⁴⁸ dies gilt auch für Kaufleute.⁹⁴⁹ Unwirksam ist gem. § 309 Nr. 7 lit. a BGB ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbegrenzung für Schäden wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Der Verbotstatbestand des § 309 Nr. 7 lit. a BGB ist auch gem. § 307 II Nr. 1 BGB im unternehmerischen Bereich zu berücksichtigen.⁹⁵⁰ Soweit ersichtlich berücksichtigen mittlerweile die meisten Anbieter diese Einschränkung der haftungsbegrenzenden AGB-Klauseln.⁹⁵¹

Da die Haftungsausschlüsse und -begrenzungen auch bei leicht verursachten Schäden im Falle der Verletzung von Kardinalpflichten unzulässig sind, ist die Frage der betragsmäßigen Haftungsbegrenzung von Bedeutung.⁹⁵² Unwirksam sind jedoch Begrenzungsklauseln für die leicht fahrlässige Verletzung von Kardinalpflichten, wenn der verursachte Schaden weit über der pauschal festgelegten Höchstsumme liegen kann.⁹⁵³ Zulässig ist die betragsgemäße Begrenzung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von Kardinalpflichten, wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.⁹⁵⁴

Die betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch § 44a TKG kommt für den Content Provider grundsätzlich nicht in Betracht, da er i.d.R. keine Telekommunikationsdienste i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG erbringt. Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn der Content Provider Telekommunikation i. S. v. § 3 Nr. 22 TKG als Dienstleistung dem Nutzer anbietet.⁹⁵⁵

Wie sich gezeigt hat, ist der Content Provider bei der Überlassung von unentgeltlichen oder entgeltlichen Informationen sowie bei der Beschaffung von mangelhaften Informationen mit erheblichen vertraglichen Haftungsrisiken konfrontiert. Die Möglichkeit der Haftungsausschlüsse und -begrenzungen ist gering. Dies könnte zu Hemmungen hinsichtlich der Investitionsbereitschaft im Internetbereich führen. Diese Haftungsrisiken müssen vom Content Provider bei der Formulierung der eigenen Leistungspflichten und Mitwirkungspflichten des Kunden sowie bei der Formulierung Gewährleistung- und Haftungsausschlüsse bzw. -begrenzungen berücksichtigt werden. Dadurch können die Haftungsrisiken des Content Providers begrenzt und das Vertrauen des Nutzers an dieses

⁹⁴⁸ Siehe dazu die Ausführungen unter C. VII. 3.

⁹⁴⁹ Siehe Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 332.

⁹⁵⁰ Vgl., Westphalen, NJW 2002, S. 12, 21.

⁹⁵¹ CompuServe 07/2003 Nr. 11.3.; Talkline 03/05 Nr. 18.3. Kontakt 16. Aug. 2005.

⁹⁵² Siehe dazu die Ausführungen unter C. VII. 4. a.

⁹⁵³ Koch, Internet-Recht, S. 104, zu Bestimmungen für eine Haftungsbegrenzung siehe S. 103 f.

⁹⁵⁴ Heun, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 249, 263.

⁹⁵⁵ Siehe dazu die Ausführungen unter C. VII. 4. b.

Medium verstärkt werden. Dies wird im Endeffekt zur Rechtssicherheit führen und die Investitionsbereitschaft im Online-Bereich fördern.

D. Vertragliche Haftung des Host Providers

D. I. Allgemeines

Das Internet wird heute nicht nur von privaten Kunden als Informationsmedium, sondern auch von Unternehmen als Medium zur Präsentation ihrer Waren oder Dienstleistungen und als Plattform zur Abwicklung von Verträgen genutzt.⁹⁵⁶ Für ihren Internetauftritt verwenden die Content Provider meistens das World Wide Web (WWW). Dies besteht grundsätzlich aus Webseiten, die einen Codetext in der Programmiersprache HTML (hyper text markup language) enthalten. Die Gesamtheit der Webseiten, die einen zusammenhängenden Internetauftritt darstellen, wird Website genannt.⁹⁵⁷ Für die Realisierung eines Internetauftritts muss die Website auf einem Speicherplatz eines Servers⁹⁵⁸ abgespeichert und zum Abruf für interessierte Internetnutzer bereitgehalten werden. Dazu ist eine ständige Anbindung des Servers an das Internet erforderlich, denn nur so sind die Inhalte der Website für interessierte Nutzer ständig verfügbar. Diese Aufgabe, nämlich das Zurverfügungstellen von Speicherkapazität auf einem Server und die ständige Anbindung der Website an das Internet, wird vom sog. Presence Provider⁹⁵⁹ übernommen. Je nach Datenmenge, Geschwindigkeit der Datenübertragung und Umfang der weiteren Dienstleistungen, die der Content Provider als Kunde für seine Website wünscht, wird der Presence Provider unterschiedliche Leistungen erbringen.⁹⁶⁰ Der Content Provider hat also die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Vertragsvarianten zu wählen.

Im Folgenden werden die verschiedenen Varianten des Presence-Providing-Vertrages kurz umrissen. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird nur die verbreiteste Variante, nämlich der Webhosting-Vertrag, erörtert. Es wird der entgeltliche Webhosting-Vertrag zwischen dem Host Provider und dem Content Provider als Endkunden behandelt.

Zur Veranschaulichung der vertraglichen Haftung des Host Providers wird der Sachverhalt geschildert, der dem Urteil des AG Charlottenburg vom 11. Januar 2002 zugrunde lag.⁹⁶¹

Danach wird der Webhosting-Vertrag vertragstypologisch eingeordnet. Nachfolgend werden die Hauptleistungspflichten des Host Providers geschildert. Anschließend werden die

⁹⁵⁶ Vgl. *Wulf*, CR 2004, S. 43.

⁹⁵⁷ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 156.

⁹⁵⁸ Der Begriff Server (im Zusammenhang mit dem Internet) wird als an das Internet angebundener Rechner, von dem Inhalte im Internet präsentiert werden können, verstanden. Zu dieser Definition siehe Glossar in: *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 476.

⁹⁵⁹ Wird auch Internet Presence Provider (IPP) genannt.

⁹⁶⁰ *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 16.

⁹⁶¹ AG Berlin-Charlottenburg, CR 2002, 297 f.

Störungen bei der Erbringung der Leistung des Host Providers kurz beschreiben. Danach werden die Gewährleistungsrechte und darauf die Schadensersatzansprüche des Content Providers behandelt. Dann werden die gesetzlichen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse diskutiert. Anschließend werden die Grenzen der Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse erörtert. Nachfolgend wird die betragsmäßige Haftungsbegrenzung behandelt, dabei wird die Frage geklärt, ob der Host Provider Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt bzw. ob für ihn die betragsmäßige Haftungsbegrenzung des § 44a TKG gilt.

Zuletzt wird die Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG erläutert. Hier wird erklärt, ob die Privilegierung dieser Norm für die vertragliche Haftung des Host Providers Bedeutung hat.

D. II. Varianten des Presence-Providing-Vertrages

D. II. 1. Webhosting-Vertrag

Dies ist die verbreiteste Variante zur Realisierung einer Internet-Präsenz, vor allem bei Websites mit einem nur geringeren Umfang. Bei dieser Variante betreibt der Presence Provider (Host Provider) selbst einen Netzrechner (Hostrechner), auf dem er dem Content Provider Speicherkapazität für seine HTML-Seiten zur Verfügung stellt.⁹⁶² Hier erhält der Kunde keinen vollständigen Server zugewiesen, sondern muss sich den Speicherplatz mit anderen Kunden auf dem Hostrechner des Host Providers teilen.⁹⁶³ Der einem Content Provider zugewiesene Speicherplatz wird „virtueller Server“ genannt. Er verfügt über eine eigene sog. IP-Adresse und kann eine eigene Domain-Adresse haben;⁹⁶⁴ für Dritte wirkt er auch als Server des auftretenden Unternehmens, dies ist jedoch nur „virtuell“.⁹⁶⁵ Der tatsächlich vorhandene physikalische Server des Host Providers wird „realer Server“ genannt. Zentraler Inhalt des Webhosting-Vertrages sind zwei grundlegende Leistungen. Zum einen muss der Host Provider die Nutzung von Speicherkapazität auf einem Hostrechner gewährleisten. Zum anderen muss er mittels entsprechender technischer Infrastruktur wie Übertragungswege, Schnittstellen, Übertragungssoftware und Hardware für die Anbindung der Website an das Internet sorgen.⁹⁶⁶

⁹⁶² Cichon, Internet-Verträge, Rn. 160.

⁹⁶³ Imhof, in: Weitnauer (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch, A. 3, Anmerkung 1.

⁹⁶⁴ Dazu siehe ausführlich Cichon, Internet-Verträge, Rn. 321 ff.

⁹⁶⁵ Schuppert, CR 2000, 227, 228.

⁹⁶⁶ Siehe Wulf, CR 2004, S. 43.

D. II. 2. Webhousing-Vertrag

Bei größeren Websites und wenn dem Kunden daran gelegen ist, ausschließlichen Zugriff auf den Server zu haben, kann dem Kunden auch ein für ihn ausschließlich bereitgestellter Server zur Verfügung gestellt werden.⁹⁶⁷ Imhof fasste diese Fallgestaltung unter der Variante „Hosting“. Nach einer zutreffenden Auffassung bestehe aus rechtlicher Sicht kein Unterschied, ob der Presence Provider dem Kunden einen vollständigen Server oder nur eine Speicherkapazität auf einem auch von anderen Kunden genutzten Hostrechner (Teilkapazität) bereitstellt.⁹⁶⁸

D. II. 3. Server-Housing-Vertrag

Bei dieser Variante des Presence Providing stellt der Kunde in den Geschäftsräumen des Housing Providers einen eigenen Hostrechner auf, der von diesem betrieben wird.⁹⁶⁹

D. III. Der Webhosting-Vertrag

Im Hinblick auf die vertragliche Haftung des Host Providers stellen sich folgende Fragen: Wie ist der Webhosting-Vertrag typologisch einzuordnen? Was sind Hauptleistungspflichten des Host Providers? Welche Leistungsstörungen können auftreten? Gegebenenfalls, welche Gewährleistungsrechte und Haftungsansprüche in Betracht kommen können und ob dem Host Provider Möglichkeiten zu Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen bzw. -begrenzungen zustehen.

Um die vertragliche Haftung des Host Providers praktisch zu veranschaulichen, soll im Folgenden exemplarisch der Sachverhalt geschildert werden, der dem schon erwähnten Urteil des AG Charlottenburg vom 11. Januar 2002 zugrunde lag.⁹⁷⁰ Danach vertreibt der Kläger Reisen und Eintrittskarten für besondere Veranstaltungen im In- und Ausland. Die Beklagte ist ein bundesweit tätiger Webhost. Anfang 2000 schloss der Kläger einen Hosting-Vertrag mit der Beklagten über ein Premium NT-Paket zu einem Preis von 89 DM/Monat. Die Beklagte bestätigte schriftlich den per Internet erteilten Auftrag und wies dabei auf die Geltung ihrer AGB hin. Die Beklagte behält es sich in Ziff. 4.3. der AGB vor, Inhalte zu sperren oder deren Betrieb im Einzelfall zu unterbinden, die das Regelbetriebsverhalten oder

⁹⁶⁷ Vgl. *Imhof*, in: Weitnauer (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch, A. 3, Anmerkung 1.

⁹⁶⁸ Dazu siehe *Wulf*, CR 2004, S. 43. 46.

⁹⁶⁹ *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 19.

⁹⁷⁰ AG Berlin-Charlottenburg, CR 2002, 297 f.

die Sicherheit des Servers beeinträchtigen können. Dies betrifft insbesondere u. a. CGI⁹⁷¹-Programm-Module. Ebenfalls behält sie es sich vor, das Angebot des Kunden ohne Vorwarnung zu sperren, falls der Kunde eigene Programme im Rahmen seines Angebotes arbeiten lässt, die das Regelbetriebsverhalten oder die Sicherheit des Servers beeinträchtigen. Im Rahmen des Vertrages stellte die Beklagte entsprechend dem vereinbarten Leistungsumfang einen Internet-Zugang zur Verfügung. Der Kläger installierte anschließend durch Aufspielung eigener CGI-Skripte einen Online-Shop. Internetkunden sollten dort täglich rund um die Uhr Eintrittskarten elektronisch bestellen können. Zunächst funktionierte der Shop ohne größere Probleme. In einer Touristik-Fachzeitschrift wurde die Firma des Klägers als Tipp für den Kauf von Last-Minute Weihnachtsgeschenken per Internet-Bestellung empfohlen. Am 14.12.2000 kam es mittags zu einem Ausfall des Internet-Shops. Der Kläger zeigte am gleichen Tag die Störung telefonisch an. Mit Schreiben vom 16.12.2000 forderte der Kläger die unverzügliche Verfügbarkeit seiner Internet-Präsenz an. Ab dem 20.12.2000 wurde der Shop wieder ans Internet geschaltet. Am Abend des 24.12.2000 erfolgte ohne Vorankündigung wiederum eine Abschaltung. Der Kläger beauftragte darauf die G-GmbH, das Webhosting seines Shops zu übernehmen. Ab dem 29.12.2000 lief der Shop an und funktioniert seitdem problemlos.

Der Kläger forderte von der Beklagten Schadensersatz (entgangenen Gewinn) wegen Abschaltung seines Shops. Die Beklagte wies die Forderungen zurück; dabei berief sie sich auf Ziff. 4.3. ihrer AGB.

D. IV. Typologische Einordnung

Im Folgenden wird der Webhosting-Vertrag vertragstypologisch eingeordnet. Im Zentrum dieses Vertragstypus steht die Zurverfügungstellung von Speicherplatz am Hostrechner des Providers mit dem Zweck der Speicherung der Website des Content Providers und der Anbindung ans Internet und die ständige Abrufbarkeit der Website durch interessierten Internetnutzer. Der Content Provider zahlt einen Entgelt für die Realisierung seiner Internet-Präsenz.

D. IV. 1. Webhosting-Vertrag als Dauerschuldverhältnis

⁹⁷¹ CGI: Common Gateway Interface: Möglichkeit wie Webseiten mit Programmen, die auf dem Web-Server ausgeführt werden, zu koppeln sind, um so komplexere Dienste anbieten zu können. Zu dieser Definition siehe Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 48, Fn. 1.

Die Frage der vertragstypologischen Einordnung des Webhosting-Vertrages ist noch nicht abschließend geklärt.⁹⁷²

Meinungsverschiedenheiten existieren darüber, ob der Webhosting-Vertrag insgesamt als Werk-, Miet- oder Pachtvertrag zu qualifizieren ist oder ob der zweite Teil der Leistungspflicht, nämlich die Anbindung ans Internet und die damit verbundene Abrufbarkeit der Website, als eine separate, prägende Hauptleistungspflicht oder aber als bloße Nebenleistung zu bewerten ist.⁹⁷³

Es besteht im Schrifttum zu Recht weitgehende Einigkeit darüber, dass es sich bei dem Webhosting-Vertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt.⁹⁷⁴ Denn die Verträge werden auf unbestimmte bzw. längere Zeit mit wiederkehrenden Leistungsverpflichtungen abgeschlossen.

D. IV. 2. Webhosting-Vertrag als Werk- oder Dienstvertrag

Dass der Webhosting-Vertrag als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren ist, steht der Einordnung als Werkvertrag nicht notwendigerweise entgegen.⁹⁷⁵ Im werkvertraglichen Bereich sind zwar selten Dauerschuldverhältnisse anzutreffen; der Begriff des Dauerschuldverhältnisses ist aber nicht auf bestimmte Vertragstypen beschränkt.⁹⁷⁶ Der Dauerschuldcharakter des Webhosting-Vertrages hindert also nicht unbedingt die Anwendung von Werkvertragsrecht, er spricht jedoch eher für dessen Qualifizierung als Dienstvertrag. Diese beiden Vertragstypen lassen sich voneinander dadurch unterscheiden, dass der Dienstvertrag im Gegensatz zum Werkvertrag nicht die Herbeiführung eines konkreten Erfolgs, sondern nur ein Bemühen um den Erfolg verlangt.⁹⁷⁷ Der Dienstverpflichtete beim Dienstvertrag verdient seinen Lohn schon aufgrund der durchgeführten Tätigkeit, dagegen kann der Unternehmer beim Werkvertrag kein Entgelt verlangen, falls seine Bemühungen nicht zum versprochenen Erfolg geführt haben.⁹⁷⁸ Beim Webhosting-Vertrag erhält der Host Provider seine Vergütung nur dann, wenn die Website tatsächlich auf seinem Hostrechner gespeichert und von dort aus für interessierte Internetnutzer zum Abruf bereitgestellt ist, nicht aber bereits, wenn er sich lediglich um das Speichern der Website und ihre Abrufbarkeit

⁹⁷² Siehe *Komarnicki*, in Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 27.

⁹⁷³ Siehe *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 156.

⁹⁷⁴ *Münster*, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 260; *Härtig*, CR 2001, S. 37, 39, FN. 26; *Schuppert*, CR 2000, S. 227, 228; *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider , Teil V, Rn. 3.

⁹⁷⁵ So aber *Wulf*, CR 2002, S. 43, 44.

⁹⁷⁶ Vgl. *Tellis*, CR 1990, S. 290, 291. Siehe oben B. III. 3, Fn. 64.

⁹⁷⁷ Siehe dazu die Ausführungen unter B. III. 3

⁹⁷⁸ Vgl. *Schlechtriem*, Schuldrecht, BT, Kapitel 10, Rn. 339, Fn. 4.

bemüht hat. Zur angemessenen Wahrung der Interessen des Kunden ist ein Mindestmaß an Erfolgshaftung erforderlich.⁹⁷⁹ Daher scheidet die Qualifizierung als Dienstvertrag aus.

Ob der Webhosting-Vertrag dem Werkvertragsrecht zu unterstellen ist, ist jedoch fraglich.

In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass der gesamte Webhosting-Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist.⁹⁸⁰ Dies geschieht mit der Begründung, dass die Abrufbarkeit die zentrale Leistung ist, die im Vordergrund steht, so dass die Abspeicherung ihr gegenüber als Nebenleistung zurücktritt. Nach den Ausführungen von Redeker soll der Webhostbetreiber nicht garantieren, dass die Seiten auch erfolgreich abgerufen werden; seine Aufgabe besteht darin, die Seiten so bereitzustellen, dass sie abrufbar sind, wenn das Internet im üblichen Rahmen den Zugang ermöglicht.⁹⁸¹ Diese Ausführungen sprechen m. E. nicht für, sondern eher gegen die Einordnung des Webhosting-Vertrages als Werkvertrag.

Des Weiteren steht die Überlassung des Speicherplatzes auf dem Hostrechner des Host Providers für das Abspeichern der Website im Vordergrund des Webhosting-Vertrages. Dies entspricht am ehesten der Gebrauchsüberlassung im Rahmen eines Mietverhältnisses.⁹⁸² Die mietvertraglichen Vorschriften regeln die Fälle der Gebrauchsüberlassung spezieller als dies bei werkvertraglichen Vorschriften der Fall ist.⁹⁸³ Außerdem wird im Zweifel eine verschuldensunabhängige Erfolgsgarantie der Datenübermittlung an den Abrufenden außerhalb des eigenen Einflussbereiches nicht anzunehmen sein,⁹⁸⁴ da der Host Provider grundsätzlich nur die Nutzug seines Netzes, nicht aber die Nutzung weiterer Netze anderer im Internet befindlichen Provider garantieren kann.⁹⁸⁵

Im Ergebnis scheidet die Annahme eines Werkvertrages ebenfalls aus.

D. IV. 3. Webhosting-Vertrag als Typenkombinationsvertrag

Eine Meinung in der Literatur neigt dazu, den Webhosting-Vertrag als Typenkombination⁹⁸⁶ zu qualifizieren. Nach dieser Auffassung wird der Webhosting-Vertrag in zwei Hauptleistungspflichten aufgeteilt, die jeweils unterschiedlichen Vertragstypen des BGB unterliegen. Hiernach wird die Verpflichtung des Host Providers zur Gewährung des

⁹⁷⁹ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 165.

⁹⁸⁰ *Koch*, Internet-Recht, S. 40, allerdings ohne Begründung; OLG Düsseldorf v. 26.2.2003, MMR 2003, S. 474, 475; *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Teil D., Rn. 948.

⁹⁸¹ Siehe *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Teil D., Rn. 948.

⁹⁸² Vgl. *Runte*, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, CR 2002, 297, 300.

⁹⁸³ So zu Recht *Wulf*, CR 2004, S. 43, 44.

⁹⁸⁴ *Spindler*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 156.

⁹⁸⁵ Vgl. *Müller-Hengstenberg*, NJW 1996, S. 1777, 1780.

⁹⁸⁶ Zum Begriff Typenkombination siehe *Grüneberg*, in: *Palandt*, vor § 311, Rn. 21.

Speicherplatzes als Hauptleistungspflicht dem Mietvertragsrecht⁹⁸⁷ und die Anbindung an das Internet bzw. die Abrufbarkeit der Website als zweite Hauptleistungspflicht überwiegend dem Dienstvertragsrecht⁹⁸⁸ unterstellt. Die Einordnung der Anbindung ans Internet als Dienstvertrag wurde insbesondere damit begründet, dass der Host Provider aufgrund der Internettechnik nicht garantieren kann, dass die abgerufene Website tatsächlich bei dem Adressaten ankommt.⁹⁸⁹ Des Weiteren wurde die Einordnung der zweiten Teilleistung als Dienstvertrag damit begründet, dass der Host Provider lediglich zu einer kontinuierlichen Bereitstellung der technischen Vorkehrungen für einen Abruf im Internet verpflichtet ist.⁹⁹⁰ Vereinzelt wird die Anbindung ans Internet ebenfalls als Hauptleistungspflicht bewertet und dem Mietvertragsrecht unterworfen.⁹⁹¹

Der Aufteilung des Webhosting-Vertrages in zwei Hauptleistungspflichten ist zu widersprechen, weil sie nicht hinreichend berücksichtigt, dass bei einem Webhosting-Vertrag Speicherplatz auf einem Hostrechner überlassen wird,⁹⁹² der besondere – meist in dem Webhosting-Vertrag definierte – Eigenschaften aufweist. Diese Eigenschaften sind etwa die Rechenleistung, die Größe des Speicherplatzes, Umfang und Qualität der Anbindung ans Internet. Die beispielhaft genannten Eigenschaften bestimmen den Umfang der Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters (hier des Host Providers) i. S. v. § 535 I 1 und 2 BGB. Die Anbindung ans Internet als eine der genannten Eigenschaften lässt sich zwangslässig als Frage der Gebrauchstauglichkeit des überlassenen Speicherplatzes qualifizieren.⁹⁹³ Es ist daher nicht erforderlich und nicht sachgerecht, die Anbindung ans Internet und die damit verbundene Abrufbarkeit der Website als eigene Hauptleistungspflicht einzustufen.

Die Einstufung der Abrufbarkeit und des Datentransfers als bloße Nebenleistung und deren Vergleich mit der Zugangsmöglichkeit zu einem Ladengeschäft⁹⁹⁴ ist abzulehnen, da anders als die reine Zugangsmöglichkeit zu einem Ladengeschäft, der Host Provider auf Anforderung eine Kopie der bei ihm abgespeicherten Daten an die Adresse des abrufenden Internetnutzers versendet. Seine Aufgabe fordert also ein „Mehr“ im Vergleich zu der Verpflichtung eines Raum-Vermieters zur reinen Zutrittsermöglichtung.⁹⁹⁵ Dem Kunden geht es nicht nur um den Zugang zu einem Speicherplatz, sondern auch um die Anbindung ans

⁹⁸⁷ Schuppert, CR 2000, S. 227, 228; Schuppert, in: Spindler, Teil V, Rn. 3; Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 57, 78; Härtling, CR 2001, S. 37, 39.

⁹⁸⁸ Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 9; Härtling, CR 2001, S. 37, 39.

⁹⁸⁹ Siehe Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 57, 78.

⁹⁹⁰ Vgl. Härtling, CR 2001, S. 37, 39.

⁹⁹¹ Siehe Wulf, CR 2004, S. 43, 45 f., der das Mietrecht auch auf die Anbindung ans Internet anwendet; er geht also von zwei Hauptleistungspflichten aus, die jeweils dem Mietrecht zuzuordnen sind.

⁹⁹² Münster, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 261.

⁹⁹³ Runte, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, CR 2002, 297, 300.

⁹⁹⁴ So Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 156.

⁹⁹⁵ Schneider, Anette, Verträge über Internet-Access, S. 201.

Internet und die Abrufbarkeit der Website. Die Abrufbarkeit der Website vom Hostrechner schuldet der Host Provider als eine Eigenschaft der zum Gebrauch überlassenen Sache (hier der Speicherkapazität)

Folglich scheitert die Qualifizierung des Webhosting-Vertrages als Typenkombinationsvertrag.

D. IV. 4. Webhosting-Vertrag als Miet- oder Pachtvertrag

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob der Webhosting-Vertrag als Miet- oder Pachtvertrag einzuordnen ist.

Aus dem Gesichtspunkt der Überlassung von Speicherkapazität für den Kunden auf dem Hostrechner des Host Providers wird der Webhosting-Vertrag insgesamt als Mietvertrag eingestuft.⁹⁹⁶ Zur Begründung der Einordnung als Mietvertrag wird angeführt, dass die Überlassung einer Sache (nämlich des Speicherplatzes) im Vordergrund stehe.⁹⁹⁷ Diesbezüglich wird auch angeführt, es sei am sachgerechtesten Mietrecht nach den §§ 535 ff. BGB heranzuziehen, wenn der vertragsgemäße Erfolg einer dauerhaften Handlung die Gewährung einer Gebrauchsmöglichkeit von Sachen ist.⁹⁹⁸ Unter Bezugsnahme auf Cichon bestimmt das AG Berlin-Charlottenburg in seinem Urteil v. 11.1.2002-208 C 192/01,⁹⁹⁹ dass ein Webhosting-Vertrag nach dem Mietvertragsrecht zu beurteilen ist. Dies wird jedoch ohne nähere Begründung dahingestellt. Bei dem Webhosting-Vertrag werden im Schrifttum auch pachtrechtliche Elemente angenommen.¹⁰⁰⁰

Zunächst ist die Frage der Einordnung des Webhosting-Vertrages als Pachtvertrag zu klären. Gem. § 581 I 1 BGB wird der Verpächter durch den Pachtvertrag verpflichtet, dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstands und den Genuss der Früchte während der Pachtzeit zu gewähren. Der Pächter ist nach § 581 I 2 BGB verpflichtet, dem Verpächter die vereinbarte Pacht zu entrichten. Der Pachtvertrag bezieht sich also auf Sachen, Rechte und Sach- und Rechtsgesamtheiten.¹⁰⁰¹ Der Vertragsgegenstand wird beim Pachtvertrag über einen bestimmten Zeitraum zur Nutzung überlassen; Voraussetzung ist hierbei die Gewährung

⁹⁹⁶ *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 182 ff.; zustimmend AG Charlottenburg, CR 2002, 297 ff.; *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 7, und Rn. 156 ff. für die Überlassung von Speicherkapazität für die private Homepage; *Büchner*, in: Lehmann Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, S. 146, 158 „atypisches Dauerschuldverhältnis mit pachtrechtlichen Elementen“; *Strömer*, Online-Recht, S. 28.

⁹⁹⁷ *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 156.

⁹⁹⁸ *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 182.

⁹⁹⁹ AG Charlottenburg, CR 2002, S. 297 ff m. Anm. Runte; MMR 2002, S. 258 ff. m. Anm. Münster.

¹⁰⁰⁰ *Büchner*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, S. 146, 158 „atypisches Dauerschuldverhältnis mit pachtrechtlichen Elementen“.

¹⁰⁰¹ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 581, Rn. 3.

des Fruchtgenusses. Früchte sind gem. § 99 I BGB die Erzeugnisse und sonstige Ausbeute einer Sache. Nach § 99 II BGB sind sie die Erträge eines Rechts. Die Einordnung des Webhosting-Vertrages unter § 99 BGB scheitert jedoch am tauglichen Vertragsgegenstand. Denn die vom Host Provider überlassene Speicherkapazität liefert dem Kunden keine Erzeugnisse oder Ausbeute; vielmehr erhält der Content Provider über die von ihm selbst bereitgehaltenen Inhalte Erträge, die mit Hilfe der Infrastruktur des Host Providers übertragen werden.¹⁰⁰² Ob auf die gewerblich überlassene Speicherkapazität das Pachtrecht Anwendung findet, ist jedoch unerheblich, denn für den hier maßgeblichen Bereich verweist das Pachtvertragsrecht auf das Mietvertragsrecht (§ 581 II BGB).¹⁰⁰³ Die Einordnung des Webhosting-Vertrages insgesamt als Mietvertrag liegt somit nahe.

§ 535 BGB regelt die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien. Nach § 535 I 1 BGB ist der Mietvertrag ein Vertrag, durch den der Vermieter verpflichtet wird, den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Gem. § 535 I 2 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Der Mieter ist gem. § 535 II BGB verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu zahlen. Entscheidend für die typologische Einordnung sind hier die Hauptleistungspflichten des Vermieters, denn die Hauptleistungspflicht des Mieters erschöpft sich i.d.R. in der Entrichtung der vereinbarten Vergütung.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 535 I 1 und 2 BGB kommen nur Sachen in Betracht. Vertragsgegenstand sind also nur Sachen, nicht Rechte.¹⁰⁰⁴ Gem. § 90 BGB sind Sachen im Sinne des BGB nur körperliche Gegenstände. Da die vermietete Speicherkapazität sich auf dem Hostrechner des Host Providers befindet, erfüllt sie damit die im Mietrecht erforderliche Sachqualität des Mietgegenstands i. S. v. § 90 BGB.¹⁰⁰⁵

Gegen die Anwendung von Mietrecht könnte sprechen, dass beim Webhosting keine Übergabe im herkömmlichen Sinne stattfindet, sondern die Mietsache weiterhin im Gefahrenbereich des Vermieters verbleibt.¹⁰⁰⁶ Dem Content Provider wird kein unmittelbarer (Mit)besitz, also kein physischer Zugriff auf den Hostrechner des Host Providers eingeräumt.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰² So auch *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internetnutzung, S. 333.

¹⁰⁰³ *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 3.

¹⁰⁰⁴ Siehe *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 535, Rn. 2.

¹⁰⁰⁵ Siehe *Münster*, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 260.

¹⁰⁰⁶ Vgl. *Komarnicki*, in *Sieber/Hoeren*, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 110.

¹⁰⁰⁷ *Strömer*, Online-Recht, S. 28.

Wie schon im Zusammenhang mit dem Access Provider Vertrag dargestellt,¹⁰⁰⁸ erhält der Mieter zwar in den meisten Fällen des Mietvertrages einen unmittelbaren Besitz an der Mietsache, dies ist aber keine wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Mietvertrages. Die Besitzverschaffung ist nur dann Voraussetzung für den ordnungsgemäßen Gebrauch, wenn der Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch nur ausüben kann, wenn die Sache in seinem Besitz ist.¹⁰⁰⁹ Aufgrund der Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes als „virtueller Server“, bei dem sich der Kunde den Speicherplatz mit anderen Kunden auf dem Hostrechner des Host Providers teilen muss, ist eine Überlassung des unmittelbaren Besitzes beim Webhosting-Vertrag nicht erforderlich. Daher ist die Gewährung der Zugriffsmöglichkeit auf den vermieteten Speicherplatz mittels Datenfernübertragung völlig ausreichend, auch ohne dem Content Provider einen unmittelbaren Besitz i. S. v. § 854 BGB an dem Speicherplatz einzuräumen.¹⁰¹⁰ Erforderlich für die Miete ist lediglich die Gebrauchsüberlassung an der Mietsache. Diese liegt darin, dass der Mieter in die Lage versetzt wird, die Sache vertragsgemäß zu gebrauchen.¹⁰¹¹

Wie schon angeführt, teilt sich der Content Provider bei einem Webhosting-Vertrag die Nutzung des Netzservers mit anderen Kunden; ihm ist nämlich ein Teil des Netzservers zum Abspeichern seiner Website zugewiesen. Dieser Umstand spricht nicht gegen die Miete. Denn die vermietete Sache kann auch nur ein Teil einer Sache sein (wie etwa Hauswände für Reklamezwecke).¹⁰¹²

Des Weiteren könnte für die Ablehnung der Einordnung als Mietvertrag sprechen, dass die zur Speicherung der Website dem Kunden zugewiesene Speicherkapazität beliebig austauschbar ist. Zu beachten ist hierbei, dass der Host Provider verpflichtet ist, die Website des Content Providers unter einer bestimmten IP-Adresse abzuspeichern und sie unter dieser Adresse abrufbar zu machen. Dies bedingt technisch nicht, dass die jeweilige Website physikalisch immer an der gleichen Stelle im Hostrechner des Host Providers abgespeichert wird; solange die Zugriffsmöglichkeiten unter der ursprünglichen IP-Adresse erhalten bleibt, ist ein Änderung des Abspeicherungsplatzes durch den Host Provider jederzeit möglich.¹⁰¹³ Diese mangelnde Bestimmtheit des Mietgegenstands rechtfertigt die bloße analoge

¹⁰⁰⁸ Siehe die Ausführungen oben unter B. III. 1.

¹⁰⁰⁹ So *Wulf*, CR 2004, S. 43, 45, mit Berufung auf BGH, Urt. V. 28.10.1992, -XII ZR 92/91, CR 1993, 306.

¹⁰¹⁰ So auch *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 185.

¹⁰¹¹ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 535, Rn. 35.

¹⁰¹² Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 535, Rn. 2; *Esser/Weyers*, § 14 I. 1., S. 131.

¹⁰¹³ Vgl. *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 947, er geht davon aus, dass diese technische Gestaltung die Charakterisierung einer solchen Speicherplatznutzung als Mietvertrag ausschließt, da keine Sache überlassen würde.

Anwendung von Mietrecht nicht.¹⁰¹⁴ In diesem Zusammenhang stellte Schuppert fest, dass der Mangel an Bestimmtheit den Vertrag nicht schadet, mit der Begründung, dass der Bestimmtheitsgrundsatz im Schuldrecht und damit im Mietrecht nur eine eingeschränkte Bedeutung hat.¹⁰¹⁵ Diese Ausführungen sprechen m. E. für eine direkte und nicht nur für eine analoge Anwendung von Mietrecht.

D. IV. 5. Zwischenergebnis

Es ist davon auszugehen, dass der Webhosting-Vertrag insgesamt als Mietvertrag einzuordnen ist.

D. V. Hauptleistungspflichten

Geht man davon aus, dass der Webhosting-Vertrag dem Mietvertragsrecht zuzuordnen ist, so regelt § 535 BGB die Hauptleistungspflichten von Host Provider und Content Provider. Nach § 535 I 1 BGB ist der Host-Provider verpflichtet, dem Content Provider den Gebrauch der zur Verfügung gestellten Speicherkapazität während des Vertragsverhältnisses zu gewähren und für die ständige Anbindung ans Internet zu sorgen. Gem. § 535 I 2 BGB hat der Host Provider die Speicherkapazität dem Content Provider in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Dauer des Vertrages in diesem Zustand zu erhalten. Nach § 535 II BGB ist der Content Provider verpflichtet, dem Host Provider die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Entscheidend sind im vorliegenden Zusammenhang die Hauptleistungspflichten des Host Providers.

Die Überlassungs- und Erhaltungspflicht des § 535 I 2 BGB ergänzt die Hauptleistungspflicht des Vermieters aus § 535 I 1 BGB, so dass sie zu den Hauptleistungspflichten (§§ 320 ff BGB) gehört.¹⁰¹⁶ Im Rahmen der Erhaltung eines vertragsgemäßen Gebrauchs von „mittlerer Art und Güte“ ist der Host Provider zum Updating (Aktualisierung) verpflichtet, d.h. ihn trifft die Pflicht, seinen Netzrechner und seine Datenbindung ans Internet auf dem fortschreitenden, zumindest dem marktüblichen Durchschnittstandard der Technik zu halten.¹⁰¹⁷ Die Anforderungen dürfen an die Erhaltungspflicht, insbesondere an Verpflichtung zur technischen Anpassung seines Systems, nicht überspannt werden, um die Investitionsbereitschaft in diesem Bereich nicht zu beeinträchtigen.

¹⁰¹⁴ So aber *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider ,Teil II, Rn. 48.

¹⁰¹⁵ So *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 5.

¹⁰¹⁶ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 535, Rn. 30.

¹⁰¹⁷ *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 187.

D. VI. Leistungsstörungen

Die Störungen der Leistung des Host Providers können sehr vielfältig sein. Eine Leistungsstörung liegt vor, wenn die durch den Webhost geschuldete Internet-Präsenz nicht oder nicht voll funktionsfähig erbracht wird.¹⁰¹⁸ Im Folgenden werden nur die charakteristischen Formen der Störungen des Webhosting-Vertrages erörtert, z.B. kommen Funktionsstörungen in Betracht. Wie in dem geschilderten Sachverhalt des Urteils des AG Charlottenburg, ist der vorübergehende oder vollständige Ausfall des Speicherplatzes denkbar. Dies hätte bei Anbietern von Internetleistungen verheerende wirtschaftliche Auswirkungen, etwa bei einem kommerziellen Content Provider (wie der in dem Sachverhalt erwähnte Anbieter des Online Shops), der seine Leistungen im Internet anbietet und bei dem durch die Nichterreichbarkeit seiner Website die Bestellungen seiner Kunden per Internet ausbleiben könnten. Der Ausfall des Hostrechners könnte darauf beruhen, dass die vom Host Provider betriebene Infrastruktur defekt ist, der Hostrechner von Viren befallen oder von Hackern angegriffen worden ist oder dass der vom Host Provider dem Kunden zugeordnete Domain-Name nicht der entsprechenden IP-Adresse zugeordnet wird. Des Weiteren kommt die Beeinträchtigung der Datenübermittlungsqualität in Betracht. Dies ist dann der Fall, wenn während eines Zeitraums Engpässe bei dem Datentransfer auftreten mit der Folge, dass eine Vielzahl von interessierten Internetnutzern den gewünschten Zugang zu der Website nicht innerhalb annehmbarer Zeiten erhalten.¹⁰¹⁹ Dies kann darauf beruhen, dass die vom Host Provider dem Kunden zur Verfügung gestellte Bandbreite der Internetanbindung zu gering ist.

D. VII. Gewährleistungsrechte des Content Providers

Zentralnorm für die Gewährleistungsrechte des Content Providers nach dem Mietrecht ist nunmehr § 536 BGB.¹⁰²⁰ Erfasst von § 536 BGB sind sowohl Sach- als auch Rechtsmängel. Hinsichtlich des Webhosting-Vertrages stellt sich die Frage, wann im Einzelfall ein Mangel i. S. v. § 536 BGB vorliegt. Ausgangspunkt für die Betrachtung ist, dass der jeweilige Content Provider daran interessiert ist, dass die vermietete Speicherkapazität für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch tauglich ist. Der Mangel i. S. v. § 536 I 1 BGB erfasst nur Sachmängel; er ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der

¹⁰¹⁸ Dazu ausführlich *Waldner*, Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung, S. 352.

¹⁰¹⁹ Siehe *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 38.

¹⁰²⁰ Siehe *Zerres*, Bürgerliches Recht, S. 221.

Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten;¹⁰²¹ sie muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufheben oder erheblich (vgl. § 536 I 3 BGB) mindern. Ein Rechtsmangel liegt nach § 536 III BGB vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird. Der Dritte muss sein Recht so geltend machen können, dass der Gebrauch der Mietsache durch den Mieter beeinträchtigt ist.¹⁰²² Dies ist dann der Fall, wenn der Host Provider gar nicht berechtigt ist, den Hostrechner zu vermieten, da Rechte eines Dritten entgegenstehen.

Durch den Verweis des § 536 III BGB auf die Absätze 1 und 2 des § 536 BGB sind Sach- und Rechtsmängel gleich zu behandeln.

Die Absätze I und III des § 536 BGB geben dem Nutzer keinen Anspruch, sondern sind rechtsvernichtende Einwendung gegenüber dem Anspruch auf Miete.¹⁰²³

Sofern die Speicherkapazität im Zeitpunkt der Überlassung an den Content Provider einen Sach- oder Rechtsmangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder während der Mietzeit ein solcher Mangel entsteht, hat der Content Provider mittelbar über § 536a BGB und unmittelbar aus der Erhaltungspflicht des § 535 I 2 BGB ein Recht auf Mängelbeseitigung in Form von Nachbesserung.¹⁰²⁴ Kommt der Host Provider mit der Mängelbeseitigung in Verzug, dann kann der Content Provider gem. § 536a II BGB ergänzt durch § 539 I BGB den Mangel selbst beseitigen und Aufwendungsersatz fordern.

Bei völliger Beseitigung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch des Speicherplatzes, z.B. bei Nacherreichbarkeit der Website, ist der Content Provider gem. § 536 I 1 BGB für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Vergütung befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat der Content Provider gem. § 536 I 2 BGB nur eine angemessene herabgesetzte Vergütung zu entrichten; eine unerhebliche Tauglichkeitsminderung bleibt gem. § 536 I 3 BGB außer Betracht. Kommt der Host Provider seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung innerhalb einer vom Content Provider gesetzten Abhilfefrist nicht nach, so ist der letztere gem. § 543 III 1 BGB zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt.¹⁰²⁵ Er kann gem. § 543 I und II Nr. 1 BGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.¹⁰²⁶

¹⁰²¹ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 16.

¹⁰²² Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 29.

¹⁰²³ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 1.

¹⁰²⁴ Vgl. *Schneider, Jochen*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil J, Rn. 448, in Bezug auf Standard-Software-Überlassung.

¹⁰²⁵ Vgl. *Schwerdtfeger/Gottschalk*, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2. 1, S. 73.

¹⁰²⁶ Kündigung wird nicht erörtert.

Neben der Mietminderung stehen dem Content Provider weitgehende Schadensersatzansprüche nach § 536a I BGB zu, wobei der Vorteil aus der Mietminderung bei Bemessung des Schadens zu berücksichtigen ist.¹⁰²⁷

Zu beachten ist, dass vor Überlassung der Mietsache die Bestimmungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts gelten,¹⁰²⁸ danach jedoch grundsätzlich die Sonderregelungen der §§ 536, 536a BGB greifen.¹⁰²⁹

D. VII. 1. Mängelbeseitigung

Gegenstand des Mietvertrages zwischen dem Host Provider und dem Content Provider ist nach § 535 I 2 BGB die Gewährung des vertragsgemäßen Zustands der zur Verfügung gestellten Speicherkapazität und die Anbindung ans Internet. Hiernach ist die Mangelfreiheit Teil der Leistungspflicht, so dass der Content Provider jederzeit die Beseitigung der auftretenden Mängel fordern kann. Somit hat der Content Provider gem. § 535 I 2 BGB während der gesamten Mietdauer einen Erfüllungsanspruch, d.h. mangelfreie Leistung, also Mängelbeseitigung bei Vorliege eines Mangels.¹⁰³⁰ Dies ergibt sich auch mittelbar aus § 536a BGB.¹⁰³¹ Dies beinhaltet auch Erfüllung aller Eigenschaften, die im Webhosting-Vertrag definiert wurden, wie etwa Grad der Verfügbarkeit für Abfragen aus dem Internet oder bestimmte Bandbreite.¹⁰³² § 535 I 2 BGB gewinnt bei dem Webhosting-Vertrag eine besondere Bedeutung. Der Host Provider hat danach seien Server und die Anbindung ans Internet so an geänderte technische Gegebenheiten anzupassen, dass ein vertragsgemäßer Gebrauch weiterhin möglich ist. Dieser Erfüllungsanspruch wird durch § 536 BGB nicht beseitigt und gibt dem Content Provider ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB, solange er am Vertrag festhält.¹⁰³³

Aufgrund der Nichterreichbarkeit seines Online Shops hat der Kläger im geschilderten Sachverhalt des Urteils des AG Charlottenburg vom 11.1.2002 eine Mängelbeseitigung verlangt. Die Beklagte sollte den Mangel, also die Nichterreichbarkeit des Online Shops, durch Erhöhung der Speicherkapazität des Shops beheben. Die Beklagte hat es versäumt den

¹⁰²⁷ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536a, Rn. 1.

¹⁰²⁸ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 7; *Schlechtriem*, Schuldrecht, BT, Kapital 6, Rn. 251.

¹⁰²⁹ Zum Verhältnis der §§ 536, 536a zum allgemeinen Leistungsstörungsrecht siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 6 ff., § 536a, Rn. 3.

¹⁰³⁰ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 36.

¹⁰³¹ Vgl. *Schneider, Jochen*, Handbuch des EDV-Rechts, Teil J, Rn. 448, in Bezug auf Standard-Software-Überlassung.

¹⁰³² Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 188.

¹⁰³³ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 6.

Mangel zu beseitigen, so dass der Kläger einen anderen Host Provider mit der Übernahme des Online Shops beauftragt hat und Schadensersatz (entgangenen Gewinn) verlangt.

D. VII. 2. Selbstvornahme nach § 536a II BGB

Gerät der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug oder ist die sofortige Mängelbeseitigung zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Bestandes der Mietsache notwendig, so kann der Mieter gem. § 536a II BGB ergänzt durch § 539 I BGB den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.

Wie schon erwähnt, erfolgt beim Webhosting keine Übergabe des Speicherplatzes, da er weiterhin beim Host Provider verbleibt, d.h. der Host Provider betreibt selbst den Hostrechner, auf dem er dem Content Provider Speicherkapazität für seine HTML-Seiten zur Verfügung stellt. Daher kommt eine Selbstbeseitigung nicht in Betracht, da der Content Provider auf den Hostrechner des Host Providers nicht so zugreifen kann, dass er den Mangel dort selbst beseitigen oder beseitigen lassen kann. Kommt der Host Provider seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung innerhalb einer vom Content Provider gesetzten Abhilfefrist nicht nach, so ist der letztere gem. § 543 III 1 BGB zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt.¹⁰³⁴ Er kann gem. § 543 I und II Nr. 1 BGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.¹⁰³⁵

D. VII. 3. Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln

Gem. § 536 I 1 BGB ist der Mieter von der Entrichtung der Miete befreit, wenn die Mietsache zum Zeitpunkt der Überlassung an den Mieter einen Mangel hat, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder wenn während der Mietzeit ein solcher Mangel entsteht; bei einer Tauglichkeitsminderung ist der Mieter gem. § 536 I 2 BGB nur zur Zahlung einer angemessenen, geminderten Miete verpflichtet.

Hat die Speicherkapazität zur Zeit der Überlassung an den Content Provider einen Mangel i. S. v. § 536 BGB, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, z.B. die Anbindung des Hostrechners ans Internet ist ausgefallen oder die Website kann vom Hostrechner nicht abgerufen werden, so ist der Content Provider gem. § 536 I 1 BGB während der Zeit des Ausfalls der Anbindung und Nichtabrufbarkeit der Website von der Entrichtung des Mietzinses, also der dauernd zu

¹⁰³⁴ Vgl. Schwerdtfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2. 1, S. 73.

¹⁰³⁵ Kündigung wird nicht erörtert.

zahlenden Vergütung, befreit. Somit wird der Content Provider bei völliger Beseitigung der Gebrauchstauglichkeit des Hostrechners von der Entrichtung der Vergütung befreit, jeweils nur für deren Dauer.¹⁰³⁶ Dies ist insbesondere für die Zeit anzunehmen, in der der Host Provider den Hostrechner vom Netz nimmt, um den Mangel zu beseitigen.

Bei Minderung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch hat der Content Provider gem. § 536 I 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Vergütung zu entrichten. Eine Tauglichkeitsminderung ist anzunehmen, wenn etwa die Anbindung des Hostrechners ans Internet funktionsfähig und die Website von Internetnutzern abrufbar ist, die Datenübertragungsraten jedoch nicht unerheblich gemindert sind (vgl. § 536 I 3 BGB); es sei denn, der Host Provider hat eine bestimmte Datenübertragungsqualität vertraglich zugesichert.¹⁰³⁷

Die Regelung des § 536 I BGB ist für den Content Provider umso wichtiger, denn wegen des Zeitablaufs kann die geschuldete ordentliche Vermieterleistung, also hier die Anbindung ans Internet und Abrufbarkeit, nicht mehr nachträglich erbracht werden und Schäden sind oft schwierig zu berechnen und zu beweisen.¹⁰³⁸ Diese Regelung ist einerseits vorteilhaft für den Content Provider, da die Mietminderung kraft Gesetzes eintritt, also ohne dass er sich darauf berufen muss, wobei die angemessene Herabsetzung des Mietzinses proportional zur Tauglichkeitsminderung zu berechnen ist,¹⁰³⁹ andererseits können die fehlende Internetanbindung und die damit verbundene Nichtabrufbarkeit Ursachen außerhalb des Einflussbereiches des Host Providers z.B. im globalen Netz haben. Sie können auch Folge der eigenen unzureichenden Bedienung des Content Providers sein; beispielsweise bei der fehlerhaften Aufspielung eigener Programme wie CGI-Skripte. Qualifiziert der Kunde die Störungen als Mangel i. S. v. § 536 I BGB, so besteht die Gefahr, dass er ohne Berechtigung die Vergütung herabsetzt. Dieses Problem kann nicht dadurch gelöst werden, dass der Host Provider das Minderungsrecht des Content Providers formularmäßig in AGB generell ausschließt. Denn dies wäre ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der gesetzlichen Regeln und demgemäß nach § 307 II Nr. 1 BGB unzulässig. Möglich ist es, das Minderungsrecht in der Weise auszuschließen, dass ein Abzug von der vereinbarten Vergütung nicht durchgesetzt

¹⁰³⁶ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 32.

¹⁰³⁷ Dazu siehe die Ausführungen gleich in diesem Abschnitt unten.

¹⁰³⁸ *Esser/Weyers*, Schuldrecht BT, § 15 I, S. 135.

¹⁰³⁹ *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 33.

werden darf, sondern der Content Provider als Minderungsberechtigter seinen Anspruch auf Zurückforderung der zuviel bezahlten Vergütung nach § 812 BGB geltend machen kann.¹⁰⁴⁰ Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Content Provider nach den Grundsätzen des Mietrechts im Streitfall die Beweislast für das Vorliegen des Mangels und die Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch trägt, der Host Provider für die Unerheblichkeit der Tauglichkeitsminderung, für den Erfolg von Mangelbeseitigungsmaßnahmen und dafür, dass die Ursache des Mangels nicht aus seinem Verantwortungsbereich, sondern aus dem Bereich des Content Providers herührt.¹⁰⁴¹ Dadurch besteht die Möglichkeit, dass der Host Provider durch die unrichtige Schätzung des Content Providers nicht benachteiligt wird.

§ 536 I BGB gilt auch, wenn ein Rechtsmangel zu beklagen ist, z.B. wenn dem Content Provider der vertragsgemäße Gebrauch der Speicherkapazität durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen wird. Dies ist z.B. denkbar, wenn der Host Provider gar nicht berechtigt ist den Hostrechner zu vermieten und der Dritte sein Recht so geltend gemacht hat, dass der Gebrauch der Speicherkapazität durch den Content Provider beeinträchtigt ist.

Nach § 536 I 3 BGB bleibt eine unerhebliche Tauglichkeitsminderung unberücksichtigt. Wann die Tauglichkeitsminderung unerheblich ist, so dass kein Sachmangel i. S. v. § 536 I BGB vorliegt, ist nach den Gegebenheiten des Einzelfalls zu beurteilen.¹⁰⁴² Ein Sachmangel ist nach den allgemeinen Grundsätzen unerheblich, wenn er schnell behebbar oder nur von kurzer Dauer ist.¹⁰⁴³

Im Gegensatz zum Sachmangel i. S. v. § 536 I 1 und 2 BGB, der gem. § 536 I 3 BGB bei einer unerheblichen Minderung der Gebrauchstauglichkeit nicht zu einer Befreiung von bzw. Minderung der Vergütung führt, führt das Fehlen oder der spätere Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft gem. § 536 II BGB i.V.m. § 536 I 1 und 2 BGB zu einer Befreiung von der Pflicht zur Zahlung der Vergütung bzw. zur Minderung der Vergütungspflicht auch bei unerheblichen Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit.¹⁰⁴⁴ Eine Zusicherung liegt vor, wenn der Vermieter durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Vertragsinhalt geworden ist, dem Mieter zu erkennen gibt, dass er für den Bestand der betreffenden Eigenschaft¹⁰⁴⁵ und alle Folgen ihres Fehlens einstehen will.¹⁰⁴⁶ Dies ist dann der Fall, wenn

¹⁰⁴⁰ Siehe *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 607, in Bezug auf Erwerb von Soft- und Hardware; *Münster*, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 261; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 31, 37.

¹⁰⁴¹ *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 5.

¹⁰⁴² Dazu *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 191 f.

¹⁰⁴³ Vgl. *Komarnicki*, in Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 101.

¹⁰⁴⁴ Vgl. das Fehlen des Verweises auf § 536 I 3 BGB in § 536 II BGB.

¹⁰⁴⁵ Zur Definition siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 26.

der Host Provider dem Content Provider durch eine vertragliche Erklärung zu erkennen gibt, dass er für den Bestand einer bestimmten Eigenschaft seiner Infrastruktur einstehen will, z.B. für einen bestimmten Grad der Verfügbarkeit des Hostrechners oder für eine bestimmte Bandbreite oder Größe des Speicherplatzes, dies hat zur Folge, dass eine nur kurze (unerhebliche) Nichtverfügbarkeit des Hostrechners oder geringe Unterschreitung der Bandbreite oder Größe des Speicherplatzes zur Minderung der Vergütung führen kann.

Für das Geltendmachen der Rechte aus § 536 BGB ist ein Verschulden des Host Providers nicht erforderlich.¹⁰⁴⁷

D. VII. 4. Ergebnis

Im Anwendungsbereich der Gewährleistungsvorschriften behandelt das BGB Sach- und Rechtsmängel in ihren Folgen weitgehend gleich.¹⁰⁴⁸

Hat die Speicherkapazität einen Sach- oder Rechtsmangel,¹⁰⁴⁹ der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel oder fehlt eine zugesicherte Eigenschaft,¹⁰⁵⁰ so hat der Mieter zunächst einen Erfüllungsanspruch auf den vertragsgemäßen Gebrauch nach § 535 I 2 BGB,¹⁰⁵¹ dies bedeutet einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels im vorliegenden Fall durch Erhöhung der Kapazität des Speicherplatzes, um dessen Gebrauchtauglichkeit zu gewährleisten. Dieser Erfüllungsanspruch wird durch § 536 BGB nicht beseitigt und gibt dem Content Provider ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB, solange er am Vertrag festhält.¹⁰⁵²

Eine Selbstvornahme i. S. v. § 536a II BGB kommt beim Webhosting nicht in Betracht, da der Content Provider nicht ins System des Host Providers zugreifen kann, um den Mangel selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen, denn der Speicherplatz, auf dem die Website des Content Providers sich befindet, verbleibt weiterhin im Bereich des Host Providers.

Kommt der Host Provider seiner Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels innerhalb einer vom Content Provider gesetzten Abhilfefrist nicht nach, so ist der letztere gem. § 543 III 1

¹⁰⁴⁶ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 25.

¹⁰⁴⁷ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 31.

¹⁰⁴⁸ Vgl. *Schlechtriem*, Schuldrecht, BT, Kapital 6, Rn. 251.

¹⁰⁴⁹ Dazu siehe die Ausführungen unter D. VII.

¹⁰⁵⁰ Dazu siehe die Ausführungen unter D. VII. 3.

¹⁰⁵¹ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 31.

¹⁰⁵² Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 6.

BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.¹⁰⁵³ Er kann gem. § 543 I und II Nr. 1 BGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.¹⁰⁵⁴

Hat die Speicherkapazität zur Zeit der Überlassung an den Content Provider einen Sach- oder Rechtsmangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch völlig aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, z.B. die Anbindung des Hostrechners ans Internet ist ausgefallen oder die Website kann vom Hostrechner nicht abgerufen werden oder es stehen Rechte Dritter dem vertragsgemäßen Gebrauch durch den Content Provider entgegen, so ist er gem. § 536 I 1 BGB von der Entrichtung der vereinbarten Vergütung befreit.

Bei einer Minderung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch hat der Content Provider gem. § 536 I 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Vergütung zu entrichten.¹⁰⁵⁵ Im Gegensatz zum Sachmangel i. S. v. § 536 I 1 und 2 BGB, der gem. § 536 I 3 BGB bei einer unerheblichen Minderung der Gebrauchstauglichkeit nicht zu einer Befreiung von bzw. Minderung der Vergütung führt, führt das Fehlen oder der spätere Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft gem. § 536 II BGB i.V.m. § 536 I 1 und 2 BGB zu einer Befreiung von der Pflicht zur Zahlung der Vergütung bzw. zu einer Minderung auch bei einer unerheblichen Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit.¹⁰⁵⁶

Gem. § 812 BGB kann der Content Provider die bereits gezahlte Vergütung trotz Minderung zurückfordern.¹⁰⁵⁷

Für die Geltendmachung der Rechte aus § 536 BGB ist ein Verschulden des Host Providers nicht erforderlich.¹⁰⁵⁸

D. VIII. Schadensersatzansprüche aus § 536a I BGB

Die Schadensersatzansprüche aus § 536a I BGB kann der Mieter neben den Rechten aus § 536 BGB (Minderung) geltend machen.¹⁰⁵⁹

Nach § 536a I BGB kann der Mieter vom Vermieter unbeschadet der Rechte aus § 536 BGB Schadensersatz verlangen, wenn ein Mangel i. S. v. § 536 BGB bei Vertragsschluss vorhanden war (Fall 1) oder ein solcher Mangel später wegen eines Umstandes entstand, den

¹⁰⁵³ Vgl. Schwerdtfeger/Gottschalk, in: Schwarz, Recht im Internet, 6-2. 1, S. 73.

¹⁰⁵⁴ Kündigung wird nicht erörtert.

¹⁰⁵⁵ Dazu siehe die Ausführungen unter D. VII. 3.

¹⁰⁵⁶ Vgl. das Fehlen des Verweises auf § 536 I 3 BGB in § 536 II BGB.

¹⁰⁵⁷ Siehe Redeker, IT-Recht in der Praxis, Rn. 607, in Bezug auf Erwerb von Soft- und Hardware; Münster, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 261; Weidenkaff, in: Palandt, § 536, Rn. 31, 37.

¹⁰⁵⁸ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 536, Rn. 31.

¹⁰⁵⁹ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 536a, Rn. 1.

der Host Provider zu vertreten hat (Fall 2) oder der Host Provider mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug war (Fall 3).

D. VIII. 1. Schadensersatzanspruch aus § 536a I Fall 1 BGB

Ist ein Mangel i. S. v. § 536 BGB bei Vertragsschluss vorhanden, haftet der Vermieter nach § 536a I Fall 1 BGB auch ohne Verschulden. Es handelt sich um eine gesetzliche Garantiehaftung des Vermieters wegen anfänglicher Mängel.¹⁰⁶⁰

Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs ist, dass ein Mangel i. S. v. § 536 BGB bei Vertragsschluss vorhanden ist. Nicht erforderlich ist, dass der Mangel bereits bei Vertragsschluss hervorgetreten war und seine schädigende Wirkung zeigt; ausreichend ist, wenn nur die Gefahrenquelle schon vorhanden war oder die Ursache vorlag.¹⁰⁶¹ Dies bedeutet, dass ein versteckter, nicht erkennbarer Defekt des Hostrechners, der später zu einem jeweiligen Ausfall führt, selbst dann eine Pflicht des Host Providers zum Ersatz des Schadens des Content Providers auslöst, wenn der Host Provider alles in seiner Macht stehende unternommen hat, um solche Mängel auszuschließen.¹⁰⁶² Diese verschuldensunabhängige Haftung ist demgemäß sehr weitgehend und erscheint als harte Belastung für den Host Provider. Anzumerken ist hierbei, dass sich durch die Regelung von § 536a I Fall 1 BGB der Gesetzgeber dafür entschieden hat, dass demjenigen das Risiko eines Schadens aufzubürden ist, der es besser beherrschen kann.¹⁰⁶³ Diese Risikoeinteilung ist bei dem Webhosting-Vertrag besonders interessengerecht, denn der Host Provider kann seinen Hostrechner besser beherrschen als der Content Provider. Des Weiteren wird diese Risikozuteilung auch der Tatsache gerecht, dass der Host Provider das fragliche Risiko i.d.R. ökonomischer versichern kann als der Content Provider.¹⁰⁶⁴ Außerdem ist die anfängliche verschuldensabhängige Haftung abdingbar.¹⁰⁶⁵ Selbst in AGB kann die Haftung hier auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit begrenzt werden,¹⁰⁶⁶ allerdings unter Berücksichtigung der Grundsätze des § 307 II Nr. 2 BGB.

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 611, in Bezug auf den Erwerb von Soft- und Hardware.

¹⁰⁶¹ *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 536a Rn. 9.

¹⁰⁶² *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 182.

¹⁰⁶³ Siehe *Esser/Weyers*, § 15 I, 6. b, S. 139, in Bezug auf § 538 I 1. Alt. BGB, m. Verw. auf BGH NJW 1971, 424.

¹⁰⁶⁴ Vgl. *Esser/Weyers*, § 15 I, 6. b, S. 139, in Bezug auf § 538 I 1. Alt. BGB.

¹⁰⁶⁵ *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 536a Rn. 7.

¹⁰⁶⁶ *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 612, in Bezug auf den Erwerb von Soft- und Hardware.

Schließlich trifft den Host Provider das Risiko der verschuldensunabhängigen Haftung des § 536a I Fall 1 BGB nicht, wenn er von Anfang an einen Speicherplatz zur Verfügung stellt, der zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten geeignet ist.¹⁰⁶⁷

Zu Recht hat das AG-Charlottenburg im vorliegenden Fall für den Zeitraum vom 14. – 15.12.2000 eine anfängliche Garantiehaftung des Beklagten nach § 536 a I Fall 1 BGB mit der Begründung ausgeschlossen, dass der Online-Shop zunächst ohne größere Probleme lief und dass Serverüberlastungen in der hochtechnischen Internet-Welt als relativ alltäglich und hinnehmbar angesehen werden, so dass eine Garantiehaftung des Beklagten ausscheidet.¹⁰⁶⁸

D. VIII. 2. Schadensersatzanspruch des Content Providers aus § 536a I Fall 2 BGB

Gem. § 536a I Fall 2 BGB haftet der Vermieter auf Schadensersatz für einen nach Vertragsabschluss auftretenden Mangel der Mietsache nur dann, wenn er den Mangel zu vertreten hat; also hier, wenn ihm bei dem Ausfall des Speicherplatzes, Unterbrechung der Anbindung ans Internet und der Nichterreichbarkeit der Website ein Verschulden trifft. Er hat nach § 276 I 1 BGB eigenen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt gem. § 276 II BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.¹⁰⁶⁹

Gem. § 278 BGB wird ihm das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Erfüllungsgehilfe ist jede Person, die vom Vermieter für Verrichtungen bei, in oder an der Mietsache bestellt wird.¹⁰⁷⁰ Im Hinblick auf Webhosting-Verträge sind Host Provider bei der Erbringung ihrer Leistungen, vor allem der Anbindung ans Internet auf Leistungen Dritter angewiesen. Der Host Provider wird vielleicht die Geschäftsräume für die Unterbringung des Hostrechners oder die Leitungswege oder die Leistungskapazitäten (Bandbreite) zum nächsten Knotenpunkt des Internets von einem Dritten Anbieter anmieten; soweit dieser Dritte Leistungen erbringt, die der Host Provider schuldet, ist er Erfüllungsgehilfe, für dessen Verschulden der Provider gem. § 278 BGB einstehen muss.¹⁰⁷¹ Im vorliegenden Fall bedient sich die Beklagte zur technischen Realisierung der K-GmbH in Karlsruhe. Sie ist Erfüllungsgehilfin der Beklagten. Er muss sich grundsätzlich das Verhalten der K-GmbH und ihrer Mitarbeiter gem. § 278 BGB zurechnen lassen.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁷ Vgl. *Münster*, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 261.

¹⁰⁶⁸ AG Berlin-Charlottenburg, CR 2002, 297, 298.

¹⁰⁶⁹ Zu den Begriffen Vorsatz und Fahrlässigkeit siehe *Wilmowsky*, JuS 2002, Heft 1, Beilage S. 3, 5. f.

¹⁰⁷⁰ Siehe *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 536a Rn. 11.

¹⁰⁷¹ Dazu *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider Teil V, Rn. 189 f.

¹⁰⁷² Siehe AG Berlin-Charlottenburg, CR 2002, 297, 298.

Für den Zeitraum vom 14. – 15.12.2000 hat das AG Charlottenburg eine Haftung der Beklagten nach § 536a I Fall 2 BGB abgelehnt. Denn in diesem Zeitraum hat das Gericht der Beklagten eine sog. „Abhilfefrist“ ohne rechtliche Begründung eingeräumt, im Rahmen derer kein Verschulden der Beklagten oder ihres Erfüllungsgehilfen vorgelegen hat. Es sieht in der Nichtbereithaltung der nötigen Speicherkapazitäten am 14.12.2000 keine zurechenbare Sorgfaltspflichtverletzung der K-GmbH, da die Überlastung durch eine massive Zunahme des Zugreifens potentieller Kunden des Klägers verursacht wurde. Des Weiteren argumentierte das AG Charlottenburg, dass die Beklagte nicht grundsätzlich vertraglich gehalten war, für den Kläger von vornherein Speicherkapazitäten bereitzuhalten, um Zugriffe auf den Shop, egal in welchem Umfang, auffangen zu können.

Dieser Argumentation ist zu widersprechen. Einerseits ist nach Feststellungen des Gerichts keine Begrenzung des Zugriffsumfangs vertraglich vereinbart.¹⁰⁷³ Andererseits – wie schon mehrmals angeführt – hat der Host Provider gem. § 535 I 2 BGB dem Content Provider die Speicherkapazität in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der gesamten Mietdauer in diesem Zustand zu erhalten. Hiernach kann der Host Provider zu Modernisierungs- und Verbesserungsmaßnahmen verpflichtet sein, soweit sie zur Gewährleistung der vertragsgemäßen Gebrauchsüberlassung i. S. v. § 535 I 1 BGB notwendig sind.¹⁰⁷⁴ Der Inhalt der Gebrauchsüberlassung des § 535 I 1 BGB wird ergänzend durch § 535 I 2 BGB bestimmt; der Host Provider muss danach die Speicherkapazität so bereitstellen, dass der Content Provider in der Lage ist, sie in der üblichen oder vertraglich bestimmten Weise zu gebrauchen.¹⁰⁷⁵ Da keine Regelung zum Umfang der Gebrauchsgewährung vertraglich vereinbart ist, wird der Host Provider mindestens verpflichtet sein, einen anerkannten Standard einzuhalten und die übliche technische Ausstattung vorzuhalten.¹⁰⁷⁶ In dem vorliegenden Fall hatte der Host Provider durch Anpassungen die Speicherkapazität zu erhöhen, um den Online Shop wieder ans Netz zu schalten.

Stammt die Ursache des Mangels (hier die Nichtabrufbarkeit des Online Shops) aus dem Herrschafts- und Einflussbereich des Host Providers, trägt der Content Provider grundsätzlich die Beweislast für alle Voraussetzungen des § 536a I Fall 2 BGB, außer für das Verschulden; der Host Provider muss sich dann hinsichtlich des Verschuldens entlasten.¹⁰⁷⁷ Er hatte darzulegen und zu beweisen, dass die Ursachen des Mangels (Nichtabrufbarkeit des Online

¹⁰⁷³ AG Berlin-Charlottenburg, CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁷⁴ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 535, Rn. 39.

¹⁰⁷⁵ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 535, Rn. 14.

¹⁰⁷⁶ Dazu siehe Komarnicki, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 68.

¹⁰⁷⁷ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 536a, Rn. 11.

Shops) nicht aus seinem Verantwortungsbereich, sondern aus dem Bereich des Nutzers stammen; außerdem hatte er darzulegen und unter Beweis zu stellen, dass er Mängelbeseitigungsmaßnahmen (Kapazitätserhöhungen) ergriffen hat und es trotzdem zur Serverüberlastung kam.¹⁰⁷⁸

Da nach Feststellungen des Gerichts der Host Provider nichts in dieser Hinsicht vorgetragen habe,¹⁰⁷⁹ hätte das AG Charlottenburg für den Zeitraum vom 14. – 15.12.2000 dem Content Provider einen Schadensersatz gem. § 536a I Fall 2 BGB zubilligen müssen.¹⁰⁸⁰

D. VIII. 3. Schadensersatzanspruch aus § 536a I Fall 3 BGB

Nach § 536a I Fall 3 BGB kann der Mieter Schadensersatz verlangen, wenn sich der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befindet. Dies bedeutet, dass ein Schuldnerverzug i. S. v. § 286 BGB mit der aus § 535 I 2 BGB folgenden Pflicht vorliegen muss. Voraussetzung ist dabei eine auf Mängelbeseitigung gerichtete Mahnung.¹⁰⁸¹

Für den Zeitraum vom 16. – 19.12.2000 hat das AG Charlottenburg den Host Provider zum Schadensersatz gem. § 536a I Fall 3 BGB verurteilt, mit der Begründung er befände sich mit der Mängelbeseitigung im Verzug.¹⁰⁸² Nach den Feststellungen des AG Charlottenburg kommt der Host Provider nach einer Mahnung (Beseitigungsaufforderung) erst dann in Verzug, wenn er ausreichend Zeit zur Beseitigung des Mangels hatte,¹⁰⁸³ diese ist die vom Gericht ohne rechtliche Begründung dem Host Provider für die Mängelbeseitigung zugesprochene sog. „Abhilfefrist“. Auch wenn der Content Provider – nicht wie im vorliegenden Fall – die Beseitigungsaufforderung nicht rechtzeitig, also schon am 14.12.2000 ausgesprochen hätte, hätte ein Verzug vorgelegen.¹⁰⁸⁴ Denn einer Mahnung i. S. v. § 286 I BGB (§ 284 I BGB a. F.) bedarf es nicht, wenn der Erfüllungsgehilfe des Host Providers den Zugang zum Online Shop abgeschaltet und bewusst nicht wieder ans Netz geschaltet hat.

Wie schon in Bezug auf den Zeitraum vom 14. – 15.12.2000 angesprochen, hat das Gericht eine Haftung des Host Providers nach § 536a I Fall 2 BGB für diesen Zeitraum verneint, denn im Rahmen der „Abhilfefrist“ soll kein Verschulden i. S. v. § 536a I Fall 2 BGB vorgelegen

¹⁰⁷⁸ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 536, Rn. 5.

¹⁰⁷⁹ Siehe AG Berlin-Charlottenburg, CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁸⁰ So auch im Ergebnis Münster, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 261.

¹⁰⁸¹ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 536a, Rn. 12.

¹⁰⁸² Siehe AG Charlottenburg in dessen Entscheidungsgründen, CR 2002, 297, 298.

¹⁰⁸³ AG Charlottenburg in dessen Entscheidungsgründen, CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁸⁴ Vgl. Runte, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, CR 2002, 287, 300.

haben. Mit Ablauf dieser Frist soll der Host Provider bzw. sein Erfüllungsgehilfe schuldhaft gehandelt haben, als er bewusst den Online Shop nicht wieder ans Netz geschaltet hat.¹⁰⁸⁵

Für den Zeitraum vom 16. – 19.12.2000, also nach Ablauf der sog. „Abhilfefrist“ und Eintritt des Verschuldens hätte das Gericht den Schadensersatzanspruch auf Grundlage des § 536a I Fall 2 BGB begründen müssen.¹⁰⁸⁶ Das AG Charlottenburg hat aber für diesen Zeitraum dem Content Provider einen Schadensersatz aus § 536 I Fall 3 BGB wegen Verzugs zugesprochen. Schließlich hat das AG Charlottenburg zu Recht den Host Provider für die zweite Abschaltung, also für den Zeitraum vom 24. – 29.12.2000, zum Schadensersatz nach § 536a I Fall 2 BGB verurteilt.¹⁰⁸⁷ Die nochmalige Abschaltung hat der Host Provider nach den Feststellungen des Gerichts zu vertreten. Dem ist zuzustimmen, denn der Mangel (die Nichtabrufbarkeit des Shops) stammt aus dem Verantwortungsbereich des Host Providers. Der Content Provider trägt die Beweislast für alle Voraussetzungen des § 536a I Fall 2 BGB, aber nicht für das Verschulden. Der Host Provider muss sich hinsichtlich des Verschuldens entlasten.¹⁰⁸⁸ Er hatte vorzutragen und zu beweisen, dass er für die Nichtabrufbarkeit nicht verantwortlich ist. Außerdem hatte er darzulegen und zu beweisen, dass er Mangelbeseitigungsmaßnahmen (Kapazitätserhöhungen) ergriffen hat, und es trotzdem zur Überlastung des Hostservers kam. Nach Feststellungen des Gerichts lag ein entsprechender Vortrag nicht vor, so dass der Host Provider für den Zeitraum vom 24. – 29.12.2000 nach § 536a I Fall 2 BGB auf Schadensersatz haftet.¹⁰⁸⁹

D. VIII. 4. Umfang des Schadensersatzanspruchs aus § 536a I BGB

Im Rahmen des § 536a I BGB (§ 538 I BGB a. F.) sind die eigentlichen Nichterfüllungsschäden zu ersetzen; diese sind die Nachteile, die darin bestehen, dass der Mieter die Leistung mangelhaft erhält; insbesondere der Minderwert, die Mangelbeseitigungskosten, Vertragskosten und entgangener Gewinn¹⁰⁹⁰ i. S. v. § 252 BGB.¹⁰⁹¹ Ersetzbar sind sicherlich nur die Schäden, die durch Mängel in der Zeit bis zum vorgesehenen oder vom Vermieter möglicherweise durch Kündigung zureichenden Ende

¹⁰⁸⁵ AG Charlottenburg in dessen Entscheidungsgründen, CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁸⁶ So auch Münster, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 261.

¹⁰⁸⁷ AG Charlottenburg in dessen Entscheidungsgründen, CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁸⁸ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 536a, Rn. 11.

¹⁰⁸⁹ Ausführlich dazu siehe AG Charlottenburg, CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁹⁰ Zum Begriff siehe § 252 S. 2 BGB.

¹⁰⁹¹ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 536a Rn. 14.

des Vertrages verursacht worden sind.¹⁰⁹² Im vorliegenden Fall bis zur Übernahme des Webhosting des Online Shops durch die G-GmbH, also bis zum 28.12.2000.

Ersatzfähig sind im Rahmen des § 536a I BGB auch Mangelfolgeschäden und sonstige Begleitschäden.¹⁰⁹³

Das AG Charlottenburg hat dem Content Provider für die 8 Tage, also vom 16. – 19.12.2000 und vom 25. – 28.12.2000, als Schaden den entgangenen Gewinn zugesprochen.¹⁰⁹⁴ Nach der hier favorisierten Ansicht hätte das AG Charlottenburg den Host Provider für den Zeitraum vom 14. – 15.12.2000 nach § 536a I Fall 2 zu Schadensersatz verurteilt, so dass der Content Provider auch für diesen Zeitraum den entgangenen Gewinn erhalten hätte.

Da der Mieter berechtigt ist, neben der Mietminderung nach § 536 BGB auch Schadensersatz gem. § 536a I BGB zu fordern, ist bei Bemessung des Schadensersatzes der Vorteil aus der Mietminderung zu berücksichtigen. Des Weiteren ist bei Berechnung des Schadensersatzes das Mitverschulden des Content Providers nach Maßgabe des § 254 BGB zu berücksichtigen. Wenn beispielsweise die von ihm programmierten CGI-Skripte mangelhaft sind, sollte der Schadensersatz entsprechend gekürzt werden. Im vorliegenden Fall lag ein Mitverschulden des Content Providers nicht vor, denn nach den Feststellungen des Gerichts bekundete der Zeuge, den genauen Grund der Überlastung nicht feststellen zu können, also, ob die aufgespielten CGI-Skripte des Content Providers dafür verantwortlich gewesen seien, hätte eine genaue Analyse ergeben können, die nicht durchgeführt worden sei.¹⁰⁹⁵

D. VIII. 5. Ergebnis

Bestand ein Mangel i. S. v. § 536 BGB, z.B. Nichtabrufbarkeit der Website des Host Providers, bereits bei Vertragsschluss, so haftet er nach § 536a I Fall 1 BGB verschuldensunabhängig. Es handelt sich um eine gesetzliche Garantiehaftung des Vermieters wegen anfänglicher Mängel.¹⁰⁹⁶

Diese anfängliche, verschuldensunabhängige Haftung ist abdingbar.¹⁰⁹⁷ Selbst in AGB des Host Providers kann die Haftung hier auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit

¹⁰⁹² Vgl. Esser/Weyers, § 15 I b, S. 141, in Bezug auf § 538 I 1. Alt. BGB

¹⁰⁹³ Siehe Weidenkaff, in: Palandt, § 536a Rn. 14.

¹⁰⁹⁴ Ausführlich dazu siehe AG Charlottenburg, CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁹⁵ Siehe AG Charlottenburg in dessen Entscheidungsgründen , CR 2002, 297, 299.

¹⁰⁹⁶ Redeker, IT-Recht in der Praxis, Rn. 611, in Bezug auf den Erwerb von Soft- und Hardware.

¹⁰⁹⁷ Weidenkaff, in: Palandt, § 536a Rn. 7.

begrenzt werden.¹⁰⁹⁸ Allerdings darf der Haftungsausschluss nicht gegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB oder den allgemeinen Grundsatz des § 307 II BGB¹⁰⁹⁹ verstößen.¹¹⁰⁰

Gem. § 536a I Fall 2 BGB haftet der Host Provider auf Schadensersatz für einen nach Vertragsabschluss auftretenden Mangel des Speicherplatzes nur dann, wenn er den Mangel, beispielsweise den Ausfall des Hostservers, Unterbrechung der Anbindung ans Internet und der Nichterreichbarkeit der Website, zu vertreten hat.¹¹⁰¹

Falls die Ursache des Mangels, z.B. die Nichterreichbarkeit der Website, aus dem Einflussbereich des Host Providers herröhrt, trägt der Content Provider grundsätzlich die Beweislast für alle Voraussetzungen des § 536a I Fall 2 BGB, außer für das Verschulden; der Host Provider muss sich dann hinsichtlich des Verschuldens entlasten.¹¹⁰² Er hat darzulegen und zu beweisen, dass die Ursachen des Mangels nicht aus seinem Verantwortungsbereich stammen; außerdem hat er darzulegen und zu beweisen, dass er Mangelbeseitigungsmaßnahmen (Kapazitätserhöhungen) ergriffen hat und es trotzdem zu Störungen kam.¹¹⁰³

Nach § 536a I Fall 3 BGB kann der Mieter Schadensersatz verlangen, wenn sich der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befindet. Dies setzt einen Schuldnerverzug i. S. v. § 286 BGB mit der aus § 535 I 2 BGB folgenden Pflicht voraus, es muss dabei eine auf Mangelbeseitigung gerichtete Mahnung vorliegen,¹¹⁰⁴ es sei denn, die Mahnung ist entbehrlich, dies ist dann der Fall, wenn der Host Provider den Online Shop ausgeschaltet und bewusst nicht wieder ans Netz geschaltet hat, also, wenn er weiß dass er eine fehlerhafte Leistung erbringt.¹¹⁰⁵

Im Rahmen des § 536a I BGB (§ 538 I BGB a. F.) sind die eigentlichen Nichterfüllungsschäden zu ersetzen.¹¹⁰⁶

Da der Mieter berechtigt ist, neben der Mietminderung Schadensersatz aus § 536a I BGB zu fordern, ist bei Bemessung des Schadensersatzes der Vorteil aus der Mietminderung zu berücksichtigen. Des Weiteren ist bei der Berechnung des Schadensersatzes das Mitverschulden des Content Providers nach Maßgabe des § 254 BGB zu berücksichtigen.

D. IX. Gewährleistungs- und Haftungsausschluss bzw. Haftungsbegrenzung

¹⁰⁹⁸ *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 612, in Bezug auf Erwerb von Soft- und Hardware.

¹⁰⁹⁹ Dazu siehe die Ausführungen unter D. IX. 2. b. cc.

¹¹⁰⁰ *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536a BGB, Rn. 7.

¹¹⁰¹ Siehe dazu die Ausführungen oben unter D. VIII. 2.

¹¹⁰² Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536a, Rn. 11.

¹¹⁰³ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 5.

¹¹⁰⁴ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536a, Rn. 12.

¹¹⁰⁵ Siehe *Runte*, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, CR 2002, 297, 300.

¹¹⁰⁶ Siehe dazu die Ausführungen oben unter D. VIII. 4.

Wie sich gezeigt hat, hat der Content Provider bei Mangelhaftigkeit des ihm überlassenen Speicherplatzes ab Überlassung weitgehende Gewährleistungsrechte und Schadensersatzansprüche nach den §§ 536, 536a BGB. Unter den Voraussetzungen der §§ 536b, 536c BGB schließt das BGB diese Rechte aus. Es sind aber etwaigen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen in § 536d BGB sowie im AGB-Recht Grenzen gesetzt. Aufgrund der sehr geringen Möglichkeit von Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen einerseits und der Unüberschaubarkeit und Unkalkulierbarkeit eines möglichen Haftungsumfangs im Internet-Bereich¹¹⁰⁷ andererseits, sind die Versuche des Host Providers, zu einer summenmäßigen Haftungsbegrenzung zu gelangen, verständlich. Interessant ist hier die Frage der summenmäßigen Haftungsbegrenzung im TKG. Zu klären ist in diesem Zusammenhang, ob der Host Provider Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt. Schließlich ist die Haftungsprivilegierung des TMG für den Host Provider von Bedeutung. Diese Haftungsprivilegierungen ergeben sich für den Host Provider aus den § 10 TMG. Zu klären ist die Frage, ob die Haftungsprivilegierungen dieser Normen auf die vertragliche Haftung des Host Providers Anwendung finden.

D. IX. 1. Gesetzliche Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse

D. IX. 1. a. Gewährleistungs- und Haftungsausschluss nach § 536b BGB

Gem. § 536b S. 1 BGB sind die Rechte des Content Providers aus den §§ 536, 536a BGB wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel der Mietsache kannte. Diese Vorschrift hat praktisch für den Webhosting-Vertrag geringe Bedeutung, da der Content Provider bei Vertragsabschluss die Mängel des Hostrechners bzw. des ihm zur Verfügung gestellten Speicherplatzes noch nicht kennt. Normalerweise kennt er die etwaigen Mängel des Speicherplatzes erst beim Upload/Uploaden (dt. Hochladen)¹¹⁰⁸ der Website auf den Hostrechner des Host Providers und dessen Abruf aus dem Internet.

Ebenso stehen dem Content Provider gem. § 536b S. 2 BGB die Rechte aus den §§ 536, 536a BGB nicht zu, wenn er den Mangel infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Voraussetzung ist dabei, dass der Host Provider den Mangel nicht arglistig verschwiegen¹¹⁰⁹ hat. Das Gleiche gilt gem. § 536b S. 3 BGB, wenn der Content Provider den Mangel bei Annahme kannte und

¹¹⁰⁷ Vgl. Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 293.

¹¹⁰⁸ Siehe Cichon, Internetverträge, XL, die diesen Begriff als Übertragung digitaler Daten von einem Speichermedium des Nutzers (meist dessen Computer-Festplatte) auf einen Netzrechner im Internet definiert.

¹¹⁰⁹ Zu diesen Begriffen siehe C. VII. 1. b. und D. IX. 2. a.

sich seine Rechte aus den §§ 536, 536a BGB nicht vorbehält. Im Hinblick auf den Webhosting-Vertrag wird der Content Provider i.d.R. das Uploaden der Website auf den Hostserver selbst vornehmen; der Host Provider wird ihm dafür die technischen Daten, v. a. die Internet-Adresse des Servers sowie das Passwort nennen.¹¹¹⁰ Das Uploaden der Website stellt eine Annahme des Speicherplatzes dar. Falls der Content Provider den Mangel bei Annahme kennt und sich seine Rechte aus den §§ 536 und 536a BGB nicht vorbehält, verliert er diese Rechte (vgl. § 536b S. 3 BGB).

§ 536b BGB gilt nur für vertragliche Ansprüche aus den §§ 536, 536a wegen Sach- oder Rechtsmängeln einschließlich dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften, nicht aber für den Erfüllungsanspruch des § 535 I 2 BGB; dieser bleibt durch § 536b BGB grundsätzlich unberührt, so dass § 320 anwendbar ist.¹¹¹¹

D. IX. 1. b. Gewährleistungs- und Haftungsausschluss nach § 536c BGB

Zeigt sich ein Mangel erst im Laufe der Mietzeit, so muss der Mieter gem. § 536c I 1 BGB diesen dem Vermieter unverzüglich anzeigen. Anzeigen muss der Mieter gem. § 536c I 2 BGB schon, wenn ein Dritter sich ein Recht an dem Hostrechner bzw. der Speicherkapazität anmaßt.

Nach § 536c II 2 BGB sind das Minderungsrecht (§ 536 BGB), Schadensersatzansprüche (§ 536a I BGB) und die fristlose Kündigung (vgl. § 543 III 1 BGB) ausgeschlossen, soweit der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige den Mangel nicht beseitigen kann.

Unterlässt der Content Provider die Anzeige, sind nicht nur seine Gewährleistungsrechte ausgeschlossen, sondern er kann gem. § 536c II 1 BGB sogar zum Schadensersatz verpflichtet sein.

Ob die Anwendung dieser Vorschrift auf den Webhosting-Vertrag interessengerecht ist, ist zweifelhaft. Denn auch wenn der Content Provider durch das Uploaden der Website bzw. seiner Inhalte auf den Speicherplatz und durch den Abruf der Website Kenntnis von etwaigen Mängeln erlangt, hat er aber keinen mit dem Host Provider vergleichbaren Einblick in das System des Host Providers bzw. den ihm zugewiesenen Speicherplatz. Des Weiteren gilt § 536c BGB nicht für solche Mängel, die der Host Provider als Vermieter kennt oder bei Upload der Website selbst feststellen kann.¹¹¹² Allerdings wird der Content Provider in der Praxis Interesse daran haben, den Mangel dem Host Provider unverzüglich anzuzeigen oder

¹¹¹⁰ Vgl. *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 22.

¹¹¹¹ *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536b Rn. 2.

¹¹¹² Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536c, Rn. 1.

ihn anzumahnen, um die Beseitigung des Mangels zu erreichen, so dass seine Website weiterhin abrufbar wird.¹¹¹³

Des Weiteren ist die Anzeigepflicht nach § 536c BGB eine Folge der Obhutspflicht des Content Providers als Mieter,¹¹¹⁴ welche zu den nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten des Mieters zählt.¹¹¹⁵

D. IX. 1. c. Ergebnis

Gem. § 536b S. 1 BGB sind die Rechte des Content Providers aus den §§ 536, 536a BGB wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er bei Vertragsschluss den Mangel der Mietsache kannte. Das Gleiche gilt gem. § 536b S. 2 BGB, wenn er den Mangel infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; Voraussetzung ist hierbei, dass der Host Provider den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat. Der Content Provider verliert gem. § 536b S. 3 BGB ebenso seine Rechte aus den §§ 536, 536a BGB, wenn er den Mangel bei Annahme kannte und sich seine Rechte aus den §§ 536, 536a BGB nicht vorbehielt. § 536b BGB gilt nur für vertragliche Ansprüche aus den §§ 536, 536a BGB wegen Sach- oder Rechtsmängeln einschließlich dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften, nicht aber für den Erfüllungsanspruch des § 535 I 2 BGB; dieser bleibt durch § 536b BGB grundsätzlich unberührt, so dass § 320 Anwendung findet.¹¹¹⁶

Des Weiteren ist der Content Provider hinsichtlich nachträglich auftretender Mängel gem. § 536c I 1 BGB zur unverzüglichen Abzeige verpflichtet. Soweit der Host Provider infolge der Unterlassung der Anzeige den Mangel nicht beseitigen kann, sind gem. § 536c II 2 BGB seine Gewährleistungsrechte aus §§ 536, 536a I, 543 III I BGB ausgeschlossen. Unterlässt der Content Provider die Anzeige, sind nicht nur seine Gewährleistungsrechte ausgeschlossen, sondern er kann gem. § 536c II 1 BGB sogar zum Schadensersatz verpflichtet sein.

D. IX. 2. Grenzen des Gewährleistungs- und Haftungsausschlusses

D. IX. 2. a. Grenzen der vertraglichen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse durch § 536d BGB

¹¹¹³ Siehe den Sachverhalt des AG Berlin Charlottenburg, CR 2002, 297 f.

¹¹¹⁴ Weidenkaff, in: Palandt, § 536c, Rn. 1.

¹¹¹⁵ Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, § 535, Rn. 85.

¹¹¹⁶ Weidenkaff, in: Palandt, § 536b Rn. 2.

Nach § 536d BGB sind Vereinbarungen unwirksam, durch welche die Rechte des Mieters wegen eines Mangels der Mietsache ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hat. Diese Norm findet bei Sach- und Rechtsmängeln des Speicherplatzes aus den §§ 535 I 2, 536, 536a BGB Anwendung.¹¹¹⁷ Sie ist zwingend.¹¹¹⁸ Die Unwirksamkeit der Vereinbarung führt nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrages, § 139 BGB findet also keine Anwendung.¹¹¹⁹

Übertragen auf den Webhosting-Vertrag sind vertragliche Vereinbarungen unwirksam, durch welche die Rechte des Content Providers wegen eines Sach- und Rechtsmangels des Speicherplatzes ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn der Host Provider den Mangel arglistig verschwiegen hat. In Betracht kommen hier Sachmängel, wie die schon vorhandene Überlastung des Systems durch die hohe Anzahl von Kunden des Host Providers, die den Hostrechner mit dem Content Provider teilen oder Rechtsmängel, wie etwa die Belastung des Hostrechners mit Rechten Dritter. Vorausgesetzt ist hierbei das arglistige Verschweigen des Mangels. Verschweigen bedeutet, dass der Host Provider dem Content Provider die Mängel des Hostrechners z.B. dessen Überlastung oder Belastung mit Rechten Dritter nicht bekannt gibt, obwohl er sie gem. § 242 BGB offenbaren müsste; der Host Provider muss dabei arglistig gehandelt haben, d.h. er müsste bei Vertragsabschluss in dem Bewusstsein gehandelt haben, dass der Content Provider den Mangel nicht kennt und bei Kenntnis des Mangels die Vereinbarung nicht abschließen würde.¹¹²⁰ Die Beweislast für die Arglist trägt der Content Provider; der Host Provider muss die Mitteilung des Mangels oder die Kenntnis des Content Providers beweisen.¹¹²¹ Zu beachten ist, dass § 536 d BGB im Gegensatz zu §§ 444, 639 BGB keine Regelung zum Verbot des Haftungsausschlusses beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft enthält. Dennoch geht die überwiegende Meinung zu Recht von einer entsprechenden Anwendung der §§ 444, 639 BGB auch auf andere Vertragsverhältnisse, insbesondere, Miet- und Pachtverhältnisse, aus.¹¹²²

D. IX. 2. b. Grenzen der Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse durch AGB-Recht

¹¹¹⁷ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536d Rn. 1.

¹¹¹⁸ Siehe *Teichmann, Arndt*, in: Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 536d, Rn. 1.

¹¹¹⁹ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536d Rn. 2.

¹¹²⁰ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536d Rn. 1.

¹¹²¹ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536d Rn. 3.

¹¹²² Siehe *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 341; *Bettinger/Scheffelt*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 112; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 11, Rn. 2 zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung.

Im Folgenden werden die Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse und -begrenzungen durch AGB erörtert. In der Praxis hat die Anwendbarkeit des AGB-Rechts vor allem bei den Ausschlüssen und Begrenzungen von Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen große Bedeutung, denn das AGB-Recht gestattet nur geringe Abweichungsmöglichkeiten zugunsten des Anbieters.¹¹²³

Im Rahmen dieser Erörterung werden auch AGB-Klauseln, die für den Webhosting-Vertrag typisch sind, behandelt, nämlich die Änderungsvorbehalts- und Verfügbarkeitsklauseln.

D. IX. 2. b. aa. Gewährleistungsausschluss

Nach § 535 I 2 BGB stellt die Überlassung einer mangelfreien Sache und deren Erhaltung in diesem Zustand während der gesamten Dauer des Mietverhältnisses eine Hauptleistungspflicht des Vermieters dar. Obwohl der Webhosting-Vertrag als Mietvertrag nicht unter die Regelung des § 309 Nr. 8 lit. b BGB fällt, wäre ein völliger Gewährleistungsausschluss durch AGB ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der gesetzlichen Regeln und demgemäß nach § 307 II Nr. 1 BGB unzulässig.¹¹²⁴ Unzulässig ist ebenfalls ein Ausschluss oder eine wesentliche Einschränkung des Minderungsrechts nach § 536 BGB.¹¹²⁵ Wie schon erwähnt, ist es möglich, das Minderungsrecht in der Weise auszuschließen, dass ein Abzug von der monatlichen Miete nicht gemacht wird, sondern der Content Provider bei Vorzahlung der Gegenleistung, z.B. im Rahmen von Grundgebühren oder im Voraus gezahlten Pauschalen, auf seine Ansprüche nach § 812 BGB auf Zurückforderung der zuviel gezahlten Miete verwiesen wird.¹¹²⁶

D. IX. 2. b. bb. Haftungsausschluss für anfängliche Mängel

Wie schon angesprochen, kann der Host Provider die verschuldensunabhängige Haftung für anfängliche Mängel des Speicherplatzes abbedingen.¹¹²⁷ Die verschuldensunabhängige Haftung kann als eine für das gesetzliche Haftungssystem untypische Regelung gem. § 536a

¹¹²³ Vgl. *Heun*, in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, S. 249, 257.

¹¹²⁴ *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 607, in Bezug auf den Erwerb von Soft- und Hardware.

¹¹²⁵ Vgl. *Bettinger/Scheffelt*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 107.

¹¹²⁶ Siehe *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 607, in Bezug auf Erwerb von Soft- und Hardware; *Münster*, Anmerkung zum Urteil des AG Charlottenburg vom 11.1.2002, MMR 2002, 258, 261; *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 31, 37.

¹¹²⁷ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536a BGB, Rn. 7.

BGB auch formularmäßig abbedungen werden.¹¹²⁸ Allerdings darf der Haftungsausschluss nicht gegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB oder den allgemeinen Grundsatz des § 307 BGB¹¹²⁹ verstößen.¹¹³⁰ Beispielsweise wird ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit regelmäßig wegen Verstoßes gegen § 307 II Nr. 2 BGB unwirksam sein, wenn die Haftung für Kardinalpflichten nicht aus diesem Ausschluss herausgenommen wird.¹¹³¹

D. IX. 2. b. cc. Haftungsbegrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

Gem. § 309 Nr. 7 lit. b BGB kann die Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen des Verwenders, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. In Betracht kommt demgemäß nur eine Begrenzung der Haftung auf vorsätzliche und grob fahrlässige Vertragsverletzungen. Nach den Grundsätzen des § 307 II Nr. 2 BGB ist ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit unwirksam, soweit vertragswesentliche Pflichten (sog. Kardinalpflichten) betroffen sind, deren Einschränkung zu einer Aushöhlung wesentlicher vertraglicher Rechte und Pflichten führt und damit die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet.¹¹³² Zu den Kardinalpflichten gehören die Hauptleistungspflichten des Host Providers, nämlich die Speicherung der Website und die Anbindung ans Internet, da sie die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages sicherstellen.¹¹³³ Kardinalpflichten sind darüber hinaus solche Nebenpflichten, die für die Erreichung des Vertragszwecks von besonderer Bedeutung sind.¹¹³⁴ Zu den wesentlichen Nebenleistungspflichten des Host Providers gehören Wartungsmaßnahmen und Netzwerkmanagement am vermieteten Hostrechner und der leitungstechnischen Anbindung ans Internet; diese dienen der Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs an der Speicherkapazität und sind als Kardinalpflichten zu bewerten.¹¹³⁵

¹¹²⁸ Siehe *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 183, m. Verw. auf BGH, Urt. v. 27.1.1993-XII ZR 141/91, NJW-RR 1993, 519, 520; BGH Beschluss v. 4.10.1990-XII ZR 46/90, NJW-RR 1991, 74, 75.

¹¹²⁹ Dazu gleich unten C. IV. 2. b. cc.

¹¹³⁰ *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536a BGB, Rn. 7.

¹¹³¹ Siehe *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 215.

¹¹³² Siehe *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 197, seine Ausführungen beziehen sich auf § 9 II Nr. 2 BGB a. F.

¹¹³³ Vgl. *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 215.

¹¹³⁴ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, § 307, Rn. 33; *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 132; vgl. *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 467.

¹¹³⁵ Vgl. *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 249, die davon ausgeht, dass diese Leistungspflichten Teil der Hauptpflicht zur Gebrauchsüberlassung seien.

Eine Ausnahme von der Unzulässigkeit von Haftungsausschlüssen für leicht schuldhaft verursachte Schäden liegt vor, wenn der Content Provider ausnahmsweise das Risiko selbst beherrschen oder üblicherweise durch eigene Versicherung abdecken kann.¹¹³⁶

Beim Webhosting-Vertrag kann der Content Provider i.d.R. keine Maßnahmen zur Schadensvermeidung oder -minderung treffen, so dass die Haftungsfreizeichnung für die leicht fahrlässige Verletzung von vertragswesentlichen Pflichten nach § 307 II Nr. 2 BGB unzulässig ist.¹¹³⁷ Denn dadurch wird die gesetzliche Hauptleistungspflicht (vgl. § 535 I 2 BGB), die Speicherkapazität während der Dauer des Webhosting-Vertrages im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten, eingeschränkt.

D. IX. 2. b. dd. Änderungsvorbehaltsklausel

Angesichts der rasanten Entwicklung im Internet-Bereich behalten sich die Provider häufig in ihren AGB das Recht vor, die eingesetzten Technologien und Kommunikationsstandards zu ändern und/oder Verbesserungen vorzunehmen.¹¹³⁸ Eine derartige Anpassung kann aufgrund neuer technischer Entwicklungen aber auch durch das Verhalten des Content Providers, etwa aufgrund der Erweiterung seiner Dienstleistung, sinnvoll werden. Es kann sogar eine Verpflichtung nach § 535 I 2 BGB zu einer Anpassung bestehen. Denn nach § 535 I 2 BGB ist der Host Provider dazu verpflichtet, dem Content Provider die Speicherkapazität während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. Demgemäß kann der Host Provider seine Infrastruktur an neuere technische Entwicklungen anpassen, wenn nur dadurch in Zukunft der vertragsgemäße Gebrauch des Speicherplatzes möglich ist. Allerdings sind bei der Klauselgestaltung die Schranken des AGB-Rechts zu berücksichtigen. Einschlägig ist in diesem Zusammenhang § 308 Nr. 4 BGB. Danach ist die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders (Host Provider) unwirksam, mit der er sich vorbehält, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung für den anderen Vertragsteil (Content Provider) zumutbar ist. Aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts des § 308 Nr. 4 BGB sind nicht nur die Interessen des Content Providers zu berücksichtigen, sondern auch die Interessen des Host Providers. Die Zumutbarkeit ist durch eine Interessenabwägung festzustellen.¹¹³⁹ Dabei sind die Interessen des Content Providers an einem funktionsfähigen

¹¹³⁶ Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 198.

¹¹³⁷ Vgl. Komarnicki, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 58.

¹¹³⁸ Für einen Formulierungsvorschlag siehe Schuster/Müller, Vertragshandbuch, Sechster Teil, Rn. 41; Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 57, 120 f.

¹¹³⁹ Vgl. Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 143.

Speicherplatz und dessen Anbindung ans Internet bzw. die Abrufbarkeit der Website unter Beachtung der Nachteile durch eine abgeänderte Leistung gegen das Interesse des Host Providers an der Änderung oder Abweichung abzuwägen.¹¹⁴⁰ Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass der Content Provider i.d.R. eine Interesse daran hat, dass seine Speicherkapazität auf einem aktuellen technischen Standard gehalten wird. Der Host Provider hat grundsätzlich ein erhebliches Interesse an der Änderung oder Abweichung darzulegen; dieses Interesse ist nur dann beachtlich, wenn die Änderung oder Abweichung für den vertragstreuen Host Provider unvermeidlich ist oder den Content Provider besser stellt (technische Besserung).¹¹⁴¹ Außerdem muss der Host Provider die Zumutbarkeit der Änderung oder Abweichung für den Content Provider darlegen und beweisen.¹¹⁴² Änderungsvorbehalte, die den erlaubten Umfang der Änderungen nicht erkennen lassen, dürften auch im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten wegen Verstoß gegen das Transparentgebot des § 307 I 2 BGB unzulässig sein.¹¹⁴³

AGB-Klauseln, die einen allgemeinen Vorbehalt vorsehen, dass die Leistungen nur unter der „betrieblichen und technischen Möglichkeiten“ erfolgen,¹¹⁴⁴ enthalten keine Leistungsbeschreibungen und unterliegen damit der Inhaltskontrolle, da sie dem Provider ermöglichen, die versprochene Leistung – sei es vorübergehend – abzuändern.¹¹⁴⁵ Sie stellen indirekt einen Leistungsänderungsvorbehalt dar und sind nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.¹¹⁴⁶ Denn dadurch würde dem Provider das Recht eingeräumt, seine Leistungen nach seinem Belieben zu ändern, dies ohne Berücksichtigung, ob die Leistungseinschränkungen aus der Sphäre des Providers stammen und ob er sie zu vertreten hat.¹¹⁴⁷ Auch im kaufmännischen Verkehr dürfte solche umfassende Einschränkung der Leistungspflicht über § 307 II Nr. 2 BGB (§ 9 AGBG a. F.) unzulässig sein.¹¹⁴⁸ Ein derartiger Änderungsvorbehalt stellt einen nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB unwirksamen Haftungsausschluss dar, denn dadurch werden die Risiken der Leistungseinschränkungen

¹¹⁴⁰ Vgl. *Wolf*, in: *Wolf /Horn/Lindacher*, § 10 Nr. 4 AGBG, Rn. 14.

¹¹⁴¹ Siehe *Roth*, in: *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, 57, 121.

¹¹⁴² Vgl. *Komarnicki*, in: *Sieber/Hoeren*, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 66; *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 143.

¹¹⁴³ Siehe *Komarnicki*, in: *Sieber/Hoeren*, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 66.

¹¹⁴⁴ So etwa Q-DSL home GmbH abrufbar unter www.q-dsl-home.de. Abgerufen am 02.05.2007; siehe *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider Teil V, Rn. 39.

¹¹⁴⁵ Siehe *Spindler*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider Teil IV, Rn. 100.

¹¹⁴⁶ Siehe dazu ausführlich *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 142 f.; *Schneider, Anette*, Verträge über Internet-Access, S. 189.

¹¹⁴⁷ Vgl. *Spindler*, CR 2004, 203, 209.

¹¹⁴⁸ Siehe *Schuster/Müller*, in: *Schuster*, Vertragshandbuch Telemedia, Kap. 14, Sechster Teil, Rn. 39.

selbst dann dem Content Provider aufgebürdet, wenn der Host Provider die Leistungsstörungen grob fahrlässig verursacht hat.¹¹⁴⁹

D. IX. 2. b. ee. Verfügbarkeitsklausel

Für die Verfügbarkeitsklauseln gilt das Gleiche wie schon beim Access Provider-Vertrag. Im Rahmen des Webhosting-Vertrages ist die Frage der ständigen Verfügbarkeit der Infrastruktur des Host Providers besonders wichtig, damit die interessierten Internetnutzer die Website des Content Providers tatsächlich jederzeit abrufen können. Erforderlich ist hier ein sinnvoller Ausgleich zwischen den Anforderungen des Content Providers an eine möglichst weitgehende Verfügbarkeit der von ihm angebotenen Informationen und den technischen Möglichkeiten des Host Providers.¹¹⁵⁰ In der hoch technisierten Internetwelt ist eine hundertprozentige Verfügbarkeit aus Sicht des Host Providers kaum möglich, denn eine Abschaltung des Systems des Host Providers ist angesichts erforderlicher Wartungsarbeiten nötig.¹¹⁵¹ Dazu kommt auch die eingeschränkte Verfügbarkeit der Vertragspartner des Host Providers, deren Backbone er benutzt.¹¹⁵² Empfehlenswert ist daher eine vertragliche Regelung, die die Verfügbarkeit in einem bestimmten Prozentsatz für einen gewissen Zeitraum sowie die Wartungszeiten festlegt.¹¹⁵³ Sofern der Host Provider keine zeitliche Einschränkung der Verfügbarkeit vornimmt, besteht für ihn das Risiko, dass er eine ständige Verfügbarkeit schuldet.¹¹⁵⁴ Dies ist auch gerechtfertigt, denn die Verantwortung des Host Providers beschränkt sich auf seine eigene Infrastruktur, so dass er bei fehlender Beschränkung des Umfangs der geschuldeten Verfügbarkeit in seiner Leistungsbeschreibung eine hundertprozentige Verfügbarkeit schuldet.¹¹⁵⁵ In seiner Entscheidung¹¹⁵⁶ hat der BGH bekräftigt, dass dem Kunden der Online-Zugriff auf den Rechner des Anbieters (hier der Bank) grundsätzlich unbeschränkt zusteht, wenn sich aus der Vereinbarung keine Nutzungsbeschränkungen ergeben. Eine formularmäßige, nachträgliche, geringfügige Beschränkung der Verfügbarkeit könnte zulässig sein, wenn sie im Verhältnis zu der geschuldeten Gesamtverfügbarkeit unerheblich ist und damit der gesetzlichen Wertung des

¹¹⁴⁹ Siehe *Spindler*, CR 2004, 203, 209.

¹¹⁵⁰ Vgl. *Komarnicki*, in: *Sieber/Hoeren*, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 104.

¹¹⁵¹ Siehe *Schuster/Müller*, in: *Schuster*, Vertragsbuch Telemedia, Kap. 14, Sechster Teil, Rn. 43.

¹¹⁵² *Schuppert*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 49.

¹¹⁵³ Für einen Formulierungsvorschlag siehe *Imhof*, in: *Weitnauer*, Beck'sches Formularbuch, A. 3, § 1, Nr. 3.

¹¹⁵⁴ Siehe *Stadler*, in: *Sieber/Hoeren*, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.1, Rn. 21.

¹¹⁵⁵ Vgl. *Komarnicki*, in: *Sieber/Hoeren*, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 58.

¹¹⁵⁶ BGH Urt. v. 12.12.2000, MMR 2001, S. 225. 226.

§ 536 I 3 BGB entspricht.¹¹⁵⁷ Die unerhebliche Beschränkung der Verfügbarkeit liegt dann vor, wenn es sich nur um eine kurze Unterbrechung der Leistung handelt, die den Vertragszweck nicht gefährdet.

In der Praxis ist folgende Begrenzungsklausel üblich:

*Der Webhosting-Anbieter gewährleistet eine durchschnittliche Mindestverfügbarkeit der Website des Content Providers zum Abruff für Dritte Internetnutzer von 98 % im Jahr.*¹¹⁵⁸

Wie schon im Hinblick auf den Access-Provider-Vertrag angesprochen, dürfte die Wahrscheinlichkeit der Verfügbarkeit nicht etwa auf ein Jahr bezogen werden, denn der Content Provider kann daraus nicht ersehen, wie lang ihm unter Umständen ein Ausfall des Dienstes drohe; eine derartige Klausel wäre wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB unwirksam.¹¹⁵⁹ Zu empfehlen ist daher, den Bezugszeitraum der Verfügbarkeit möglichst kurz zu bestimmen. Aus Gründen der Klarheit und Nachvollziehbarkeit darf sich der Zeitraum, auf den die Verfügbarkeit bezogen ist, höchstens auf einen Monat erstrecken.¹¹⁶⁰

D. IX. 2. c. Haftungshöchstsummenklauseln

D. IX. 2. c. aa. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch AGB

Aufgrund der Unüberschaubarkeit und Unkalkulierbarkeit eines möglichen Haftungsumfangs im Online Bereich sind die Versuche der Provider im Internet berechtigt, ihre Haftung auf eine bestimmte Summe zu beschränken. Die Haftungsbeschränkung auf einen bestimmten Betrag ist aber auf jeden Fall nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB unzulässig, wenn sie auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen; dies gilt auch für den unternehmerischen Verkehr, ohne dass es darauf ankäme, ob die vertragstypischen Schäden erfasst werden.¹¹⁶¹ Auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit sind Begrenzungsklauseln unwirksam, in denen der herbeigeführte Schaden weit über der pauschal

¹¹⁵⁷ Siehe *Komarnicki*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 60.

¹¹⁵⁸ Für eine solche Formulierung siehe den ersten Teil einer Klausel bei *Schuster/Müller*, in Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Kap. 14., Sechster Teil, Rn. 43.

¹¹⁵⁹ Siehe *Spindler*, CR 2004, 203, 208.

¹¹⁶⁰ Vgl. *Stadler*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.1 Rn. 22, bezogen auf den Access-Provider-Vertrag; *Imhof*, in: Weitnauer, Beck'sches Formularbuch, für einen Formulierungsvorschlag A. 3, § 1 (Klausel 3) und A. 1, Anm. 10 in Bezug auf den Access-Provider-Vertrag; im Ergebnis *Schuppert*, CR 2000, S. 227, 230.

¹¹⁶¹ *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 345.

festgelegten Höchstsumme liegen kann.¹¹⁶² Zulässig ist die betragsgemäße Begrenzung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von wesentlichen Vertragspflichten, wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.¹¹⁶³ Eine Haftungsbegrenzung auf eine Höchstsumme kann lediglich in besonderen Fällen zugelassen werden, wenn z.B. dem Vertragspartner zumindest die Möglichkeit einer Versicherung bzw. des anderweitigen Schutzes gegen Schäden offen steht und auf diese Höchstsumme deutlich in den AGB hingewiesen wird.¹¹⁶⁴ Die von Anbietern in ihren AGB vorgesehenen Haftungshöchstsummen, die lediglich die ein- oder mehrfache¹¹⁶⁵ monatliche Grundgebühr darstellen, dürften hierfür nicht ausreichen. Denn wie aus dem Sachverhalt des Urteils des AG Charlottenburg abgeleitet werden kann, wäre das Ausmaß der Vermögensschäden des Content Providers (entgangner Gewinn) durch die mehrfache monatliche Miete (von nur 89 DM) äußerst unzureichend abgedeckt.

D. IX. 2. c. bb. Betragsmäßige Haftungsbegrenzung durch TKG

Wie gezeigt, ist die Möglichkeit der betragsmäßigen Haftungsbeschränkung in den AGB des Host Providers sehr gering, so dass die Frage der betragsmäßigen Haftungsbegrenzung durch das TKG¹¹⁶⁶ von großer Bedeutung ist. Zunächst ist zu klären, ob der Host Provider Telekommunikationsdienste¹¹⁶⁷ für die Öffentlichkeit erbringt.

Telekommunikationsdienste sind nach § 3 Nr. 24 TKG „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen...“. Ein Hostrechner des Host Providers, auf dem eine Speicherkapazität dem Content Provider für die Speicherung der Website zur Verfügung gestellt wird, sendet auf Anfrage die entsprechenden Daten an eine bestimmte IP-Adresse. Dies stellt eine Übertragung von Signalen i. S. v. § 3 Nr. 24 TKG dar. Des Weiteren stellt die für die Erbringung der Dienstleistung des Host Providers erforderliche Infrastruktur, namentlich der Hostrechner bzw. der Speicherplatz und dessen Anbindung ans Internet, eine Telekommunikationsanlage i. S. v. § 3 Nr. 23 TKG dar. Danach sind Telekommunikationsanlagen technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten

¹¹⁶² Koch, Internet-Recht, S. 104, zur Bestimmungen für Haftungsbegrenzung siehe S. 103 f.

¹¹⁶³ Heun, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 249, 263.

¹¹⁶⁴ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 345.

¹¹⁶⁵ Zu derartigen Bestimmungen siehe Stork, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 221 f.

¹¹⁶⁶ TKG v. 25.6.2004, BGBl. I 2004, S. 1190 ff. zur Umsetzung des EU-Richtlinienpaktes v. 2002. Zuletzt geändert durch TKG-Änderungsgesetz v. 18.2.2007, abrufbar unter <http://www.bmwi.de>, abgerufen am 10.5.2007.

¹¹⁶⁷ Das TKG 2004 ersetzt den Begriff der Telekommunikationsdienstleistungen durch den der Telekommunikationsdienste.

identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können. Das Aussenden, Übermitteln und Empfangen von Signalen mittels dieser Infrastruktur ist Telekommunikation i. S. d. § 3 Nr. 22 TKG. Dieser definiert Telekommunikation als „technischen Vorgang des Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“.

Die Dienstleistungen des Host Providers müssen für die Öffentlichkeit zugänglich sein. Der Begriff der Öffentlichkeit wurde im § 3 Nr. 19 TKG a. F. definiert als „...beliebige natürliche und juristische Person und nicht lediglich Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“. Eine solche Formulierung fehlt im TKG von 2004. Der Begriff ist so zu verstehen, dass die Dienstleistungen des Host Providers grundsätzlich jedermann (hier beliebigen Internetnutzern) zugänglich und somit „öffentlicht“ sind.¹¹⁶⁸

Der Host Provider erbringt somit Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, so dass das TKG grundsätzlich auf ihn Anwendung findet, mit der Folge, dass für ihn die betragsmäßige Haftungsbeschränkung des § 44a TKG¹¹⁶⁹ gilt.

Gem. § 44a S. 1 TKG haftet der Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit selbst für grob fahrlässig verursachte Vermögensschäden bis zu einem Betrag von 12.500 Euro je Endnutzer und § 44a S. 2 TKG beschränkt die Haftung des Anbieters auf 10 Millionen Euro pro einheitlicher Handlung oder einheitlichem Schadensereignis gegenüber mehreren Endnutzern. Übersteigen die Entschädigungen von mehreren Geschädigten auf Grund desselben Ereignisses die Höchstgrenze, wird der Schadensersatz gem. § 44a S. 3 TKG in dem Verhältnis gekürzt, in dem die Summe aller Schadensersatzansprüche zur Höchstgrenze steht.

Gem. § 44a S. 5 TKG kann abweichend von den Sätzen 1 bis 3 die Höhe der Haftung gegenüber Endnutzern, die keine Verbraucher sind, durch einzelvertragliche Vereinbarung geregelt werden.

Nach dem Wortlaut der §§ 44a S. 1 und S. 2 TKG ist die Haftungsbegrenzung bei vorsätzlich herbeigeführten Schäden ausdrücklich ausgenommen.

Diese Haftungsbeschränkung gilt aber ihrem Sinn und Zweck nach nur für solche Pflichtverletzungen, die aus der Erbringung von Telekommunikationsdiensten resultieren, und somit für netzbezogene Risiken; sonstige Pflichtverletzungen des Providers gegenüber seinen Kunden werden von dieser Haftungsprivilegierung nicht erfasst.¹¹⁷⁰ Hinsichtlich der vom

¹¹⁶⁸ Vgl. *Bettinger/Scheffelt*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 113, in Bezug auf Application Service Provider.

¹¹⁶⁹ Diese Vorschrift ersetzt § 7 TKV. Mit der Änderung vom 18.2.2007 wird die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung in das TKG integriert.

¹¹⁷⁰ Vgl. *Stadler*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.1, Rn. 31.

Host Provider erbrachten Leistung umfasst die Haftungsprivilegierung des § 44a TKG nur Schäden, die die Übermittlung der gespeicherten Website an den interessierten Internetnutzer betreffen; eine Beschränkung der Haftung für die gespeicherten Inhalte ist allerdings von § 44a TKG nicht mehr gedeckt.¹¹⁷¹ Somit kann der Host Provider bei sämtlichen Leistungen, die nicht Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit sind, von der Haftungsprivilegierung des § 44a TKG nicht profitieren, denn zum einen verstößt § 44a TKG durch die Haftungsbeschränkung auch für grobe Fahrlässigkeit gegen §§ 309 Nr. 7 lit. b, 307 II Nr. 1 und 2 BGB; zum anderen bezweckt das TKG nur im Bereich der typischen Netzrisiken einen Ausgleich der Interessen von Anbieter und Nutzer.¹¹⁷² Denn in diesem Bereich kann ein kleiner Fehler den Ausfall eines ganzen Systems und damit unübersehbare Haftungsfolgen verursachen.¹¹⁷³

Schließlich ist zu beachten, dass sich die Haftungsbegrenzung nach § 44a TKG nur auf Vermögensschäden bezieht. Eine Formulierung, die auch andere Schäden erfassen könnte, führt leicht zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel, da sie gegen das Verbot von Haftungsfreizeichnungen für die Schädigung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit gem. § 309 Nr. 7 lit. a BGB verstößt. Auch wenn diese Schäden bei Webhosting-Vträgen schwer denkbar sind,¹¹⁷⁴ könnte die Nichterwähnung dieser Schäden im Umkehrschluss zu der Annahme verleiten, dass die Haftung auch für diese Schäden im Rahmen der Klausel ausgeschlossen ist; dies gilt erst recht, wenn die Klausel eine Haftungsbegrenzung selbst für vorsätzlich verursachte Schäden entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 44a S. 1 und 2 TKG suggeriert.¹¹⁷⁵

D. IX. 2. d. Ergebnis

Bei den Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen bzw. Haftungsbegrenzungen sind die diesbezüglichen Regelungen des Mietvertragsrechts, des AGB-Rechts sowie die Regelung des § 44a TKG von überragender Bedeutung.

Nach § 536d BGB sind vertragliche Vereinbarungen unwirksam, durch welche die Rechte des Content Providers wegen eines Sach- und Rechtsmangels des Speicherplatzes ausgeschlossen oder beschränkt werden, wenn der Host Provider den Mangel arglistig verschwiegen hat. In

¹¹⁷¹ Siehe *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 225; *Wintler*, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Kap. B., Rn. 599, in Bezug auf § 7 II TKV.

¹¹⁷² Siehe *Komarnicki*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 108.

¹¹⁷³ Vgl. *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 219.

¹¹⁷⁴ So auch *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 220 f.

¹¹⁷⁵ Siehe *Imhof*, in: Beck'sches Formularbuch, A.1, Rn. 25; *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 347, in Bezug auf § 7 II TK V.

Betracht kommen hier Sachmängel, wie die schon vorhandene Überlastung des Systems durch die hohe Anzahl von Kunden des Host Providers, die den Hostrechner mit dem Content Provider teilen, oder Rechtsmängel, wie etwa die Belastung des Hostrechners mit Rechten Dritter. Vorausgesetzt ist hierbei das arglistige Verschweigen des Mangels.¹¹⁷⁶

Die Regelung des § 536d BGB ist zwingend.¹¹⁷⁷ Die Unwirksamkeit der Vereinbarung führt nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrages; § 139 BGB findet also keine Anwendung.¹¹⁷⁸

§ 536d BGB enthält keine Regelung zum Verbot des Haftungsausschlusses beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Trotzdem ist nach der h. M. davon auszugehen, dass die §§ 444, 639 BGB auch auf andere Vertragsverhältnisse, insbesondere Miet- und Pachtverhältnisse, entsprechend anwendbar sind.¹¹⁷⁹

Obwohl der Webhosting-Vertrag als Mietvertrag nicht unter die Regelung des § 309 Nr. 8 lit. b BGB fällt, wäre ein völliger Gewährleistungsausschluss durch AGB ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der gesetzlichen Regeln und demgemäß nach § 307 II Nr. 1 BGB unzulässig.¹¹⁸⁰ Unzulässig ist ebenfalls ein Ausschluss oder eine wesentliche Einschränkung des Minderungsrechts des § 536 BGB. Bei Vorzahlung der Miete kann der Content Provider nach § 812 BGB die zuviel gezahlte Miete zurückfordern.

Was den Haftungsausschluss anbelangt, kann der Host Provider die verschuldensunabhängige Haftung des § 536a I Fall 1 BGB für anfängliche Mängel des Speicherplatzes formularmäßig abbedingen.¹¹⁸¹ Allerdings darf dieser nicht gegen § 309 Nr. 7 BGB oder den allgemeinen Grundsatzes § 307 II BGB verstossen.¹¹⁸²

Gem. § 309 Nr. 7 lit. b BGB kann die Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen des Verwenders, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden. In Betracht kommt demgemäß nur eine Begrenzung der Haftung auf vorsätzliche und grob fahrlässige Vertragsverletzungen.

Nach den Grundsätzen des § 307 II Nr. 2 BGB ist der Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit unwirksam, soweit Kardinalpflichten betroffen sind. Zu den Kardinalpflichten gehören die Hauptleistungspflichten des Host Providers, nämlich die Speicherung der Website und die Anbindung ans Internet, da sie die Voraussetzungen für eine

¹¹⁷⁶ Zu diesen Begriffen siehe C. VII. 1. b. und D. IX. 2. a.

¹¹⁷⁷ Siehe *Teichmann, Arndt*, in: *Jauernig, BGB*, 12. Aufl., § 536d, Rn. 1.

¹¹⁷⁸ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 536d Rn. 2.

¹¹⁷⁹ Siehe *Spindler*, in: *Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil IV, Rn. 341; *Bettinger/Scheffelt*, in: *Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider*, Teil XI, Rn. 112; *Hensen*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 11, Rn. 2 zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung.

¹¹⁸⁰ Dazu siehe die Ausführungen unter D. IX. 2. b. aa.

¹¹⁸¹ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 536a BGB, Rn. 7.

¹¹⁸² *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 536a BGB, Rn. 7.

ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages sicherstellen.¹¹⁸³ Kardinalpflichten sind darüber hinaus solche Nebenpflichten, die für die Erreichung des Vertragszwecks von besonderer Bedeutung sind.¹¹⁸⁴ Zu den wesentlichen Nebenleistungspflichten des Host Providers gehören Wartungsmaßnahmen und Netzwerkmanagement am vermieteten Hostrechner und der leitungstechnischen Anbindung ans Internet; diese dienen der Erhaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs an der Speicherkapazität.¹¹⁸⁵

Die Haftungsfreizeichnung für die leicht fahrlässige Verletzung von Kardinalpflichten ist nach § 307 II Nr. 2 BGB unzulässig, da dadurch die gesetzliche Hauptleistungspflicht (vgl. § 535 I 2 BGB), die Speicherkapazität während der Dauer des Webhosting-Vertrages im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten, eingeschränkt wird.

Zu den typischen AGB-Klauseln von Internetprovidern zählen die Änderungsvorbehalts- und Verfügbarkeitsklauseln.

Angesichts der raschen Entwicklung im Internet-Bereich stellen Internetprovider ihre Dienstleistungen unter einen Änderungsvorbehalt, um diese an die veränderten Gegebenheiten im Online Bereich anzupassen. Änderungsvorbehalte sind an § 308 Nr. 4 BGB zu messen.¹¹⁸⁶

Änderungsvorbehalte, die den erlaubten Umfang der Änderungen nicht erkennen lassen, dürften auch im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten wegen Verstoß gegen das Transparentgebot des § 307 I 2 BGB unzulässig sein.¹¹⁸⁷

Die Einschränkung „im Rahmen der betrieblichen und technischen Möglichkeiten“ die Leistungen zur Verfügung zu stellen,¹¹⁸⁸ stellt indirekt einen Leistungsänderungsvorbehalt dar und ist nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.¹¹⁸⁹ Auch im kaufmännischen Verkehr dürfte eine solche umfassende Einschränkung der Leistungspflicht über § 307 II Nr. 2 BGB (§ 9 AGBG a. F.) unzulässig sein.¹¹⁹⁰

Im Rahmen des Webhosting-Vertrages ist die Frage der ständigen Verfügbarkeit der Infrastruktur des Host Providers besonders wichtig, damit die Internetnutzer die Website des Content Providers tatsächlich jederzeit abrufen können. In der hoch technisierten Internetwelt

¹¹⁸³ Vgl. *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil V, Rn. 215.

¹¹⁸⁴ Vgl. *Heinrichs*, in: Palandt, § 307, Rn. 33; *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 57, 132; vgl. *Fritzsche*, CR 1999, S. 462, 467.

¹¹⁸⁵ Siehe *Cichon*, Internet-Verträge, Rn. 249, die davon ausgeht, dass Wartungsmaßnahmen und Netzwerkmanagement Teil der Hauptpflicht zur Gebrauchsüberlassung der Mietsache sind.

¹¹⁸⁶ Siehe dazu die Ausführungen unter D. IX. 2. b. dd.

¹¹⁸⁷ Siehe *Komarnicki*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 66.

¹¹⁸⁸ So etwa Q-DSL home GmbH abrufbar unter www.q-dsl-home.de. Abgerufen am 02.05.2007; Siehe *Schuppert*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider Teil V, Rn. 39.

¹¹⁸⁹ Siehe *Roth*, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 57, 119; Ausführlich *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 142 f.; *Schneider, Anette*, Verträge über Internet-Access, S. 189.

¹¹⁹⁰ Siehe *Schuster/Müller*, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Kap. 14, Sechster Teil, Rn. 39.

ist jedoch eine hundertprozentige Verfügbarkeit kaum möglich. Empfehlenswert ist daher eine vertragliche Regelung, die die Verfügbarkeit in einem bestimmten Prozentsatz für einen gewissen Zeitraum sowie die Wartungszeiten festlegt.¹¹⁹¹ In seiner Entscheidung¹¹⁹² hat der BGH bekräftigt, dass dem Kunden der Online-Zugriff auf den Rechner des Anbieters (hier der Bank) grundsätzlich unbeschränkt zusteht, wenn sich aus der Vereinbarung keine Nutzungsbeschränkungen ergeben.

Was die betragsmäßige Haftungsbegrenzung betrifft, ist diese auf jeden Fall nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB unzulässig, wenn sie auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung beruht; dies gilt auch für den unternehmerischen Verkehr, ohne dass es darauf ankommt, ob die vertragstypischen Schäden erfasst werden.¹¹⁹³ Auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit sind Begrenzungsklauseln unwirksam, in denen der herbeigeführte Schaden weit über der pauschal festgelegten Höchstsumme liegen kann.¹¹⁹⁴ Zulässig ist die betragsgemäße Begrenzung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von wesentlichen Vertragspflichten, wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.¹¹⁹⁵

Wie festgestellt wurde, erbringt der Host Provider Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit,¹¹⁹⁶ so dass für ihn die Haftungsprivilegierung des § 44a TKG gilt.

§ 44a TKG gilt seinem Sinn und Zweck nach nur für solche Pflichtverletzungen, die aus der Erbringung von Telekommunikationsdiensten resultieren, also nur für netzbezogene Risiken. Der Host Provider kann somit bei sämtlichen Leistungen, die nicht Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit sind, von der Haftungsbegrenzung des § 44a TKG nicht profitieren, denn einerseits verstößt § 44a TKG durch die Haftungsbegrenzung für grob fahrlässiger Schädigung gegen §§ 309 Nr. 7 lit. b, 307 II Nr. 1 und 2 BGB, andererseits bezweckt das TKG nur im Bereich der typischen Netzrisiken einen Ausgleich von Interessen der Anbieter und Nutzer.¹¹⁹⁷

Zu beachten ist, dass sich die Haftungsbegrenzung nach § 44a TKG nur auf Vermögensschäden bezieht. Eine Formulierung, die auch andere Schäden erfassen könnte, führt leicht zur Unwirksamkeit der gesamten Klausel. Dies gilt erst recht, wenn die Klausel eine Haftungsbegrenzung selbst für vorsätzlich verursachte Schäden entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des § 44a S. 1 und TKG suggeriert.

¹¹⁹¹ Für einen Formulierungsvorschlag siehe *Imhof*, in: Weitnauer, Beck'sches Formularbuch, A. 3, § 1, Nr. 3.

¹¹⁹² BGH Urt. v. 12.12.2000, MMR 2001, S. 225. 226.

¹¹⁹³ *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 345.

¹¹⁹⁴ Koch, Internet-Recht, S. 104, zu Bestimmungen für Haftungsbegrenzung siehe S. 103 f.

¹¹⁹⁵ *Heun*, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 249, 263.

¹¹⁹⁶ Siehe dazu die Ausführungen unter D. IX. 2. c. bb.

¹¹⁹⁷ Siehe *Komarnicki*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 108.

D. IX. 3. Haftungsprivilegierung nach §§ TMG

Wie schon beim Access Providing erwähnt, sind Provider im Online-Bereich mit unübersehbaren Haftungsrisiken aus Rechtsverletzungen durch Informationen Dritter konfrontiert, daher sieht TMG Haftungserleichterungen für sie vor. Um die Investitionsbereitschaft in die neuen Medien nicht zu gefährden, sollen die Haftungsrisiken aus indirekten Rechtsverletzungen insbesondere für Access Provider und Host Provider verringert werden.¹¹⁹⁸

Gem. § 10 S. 1 Nr. 1 TMG ist ein Diensteanbieter für fremde Information, die er für einen Nutzer speichert, nicht verantwortlich, sofern er keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information hat und ihm im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird. Die zweite Variante der Nummer 1 bezieht sich nicht auf die strafrechtliche, sondern allein auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Diensteanbieters.¹¹⁹⁹ Nach §§ 10 S. 1 Nr. 2 TMG muss der Diensteanbieter unverzüglich tätig werden, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er Kenntnis i. S. v. Nummer 1 erlangt.

Wie beim Access-Provider-Vertrag stellt sich hier die Frage, ob die Haftungsprivilegierung des § 10 S. 1 TMG auf die vertragliche Haftung des Host Providers anwendbar ist. Hier gelten die gleichen Überlegungen wie beim Access Provider-Vertrag.¹²⁰⁰ Die Bedeutung des § 10 S. 1 TMG liegt im Schwerpunkt im Außenverhältnis. Im Verhältnis zum Content Provider hat er keine tiefere Bedeutung.¹²⁰¹ Denkbar sind immerhin etwa vertragliche Ansprüche des Content Providers gegenüber dem Host Provider wegen Rechtsverletzungen durch Dritte, die ebenfalls auf den Server des Host Providers hosten.¹²⁰² Nach der oben favorisierten Auffassung unterliegt der Host Provider-Vertrag dem Mietvertragsrecht. Nach § 535 I 1 BGB gehört zur Gebrauchsgewährung nicht nur die bloße Überlassung der Speicherkapazität, sondern auch der Schutz gegen Störungen am vertragsgemäßen Gebrauch durch eigenen Tun oder Unterlassen und auch die Abwehr von Störungen durch Dritte.¹²⁰³ Der Host Provider ist demgemäß verpflichtet, den Content Provider gegen Rechtsverletzungen etwa durch

¹¹⁹⁸ So auch *Spindler*, in: Hoeren/Sieber, Multimedia Recht, Teil 29, Rn. 13.

¹¹⁹⁹ Siehe Begr. RegE. zu § 11 TDG, BT-Drucks 14/6098, S. 25, abrufbar unter <http://dip.bundestag.de>, abgerufen am 04.05.2007.

¹²⁰⁰ Siehe dazu die Ausführungen oben unter B. VI. 3.

¹²⁰¹ *Schuster/Müller*, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Rn. 91, bezogen auf §§ 5 TDG/MDSv

¹²⁰² Vgl. *Spindler*, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 323, Fn. 3.

¹²⁰³ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 535, Rn. 14; *Komarnicki*, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 69.

beleidigende Informationen oder Boykottaufrufe eines Dritten, dem ebenfalls eine Speicherkapazität auf dem gleichen Hostserver des Host Providers zugewiesen worden ist, zu schützen. Der Host Provider wird nach § 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG von der Verantwortlichkeit für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche befreit, sofern ihm auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder Information offensichtlich wird. Hiernach kommt es für die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche nicht mehr auf die positive Kenntnis von Informationen selbst an; vielmehr genügt schon die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen, aus denen der Diensteanbieter auf die Existenz von den rechtswidrigen Informationen hingewiesen wird, etwa durch Mitteilungen von Behörden, Nutzern oder dem Geschädigten.¹²⁰⁴ Der Hinweis muss hinreichend konkret sein, so dass der Host Provider die in Frage stehenden Informationen ohne größeren Aufwand auffinden kann.¹²⁰⁵ Zu beachten ist dabei, dass den Diensteanbieter gem. § 7 II 1 TMG keine allgemeine Verpflichtung zur Überwachung oder aktiven Nachforschung trifft.

Im Hinblick auf das Erfordernis des unverzüglichen Tätigwerden des § 10 S. 1 Nr. 2 TMG, wird in der Literatur die Frage gestellt, ob aus der Notwendigkeit der unverzüglichen Tätigkeit abgeleitet werden kann, dass es auf die Zumutbarkeit der Sperrung nicht mehr ankommt.¹²⁰⁶ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 11 TDG¹²⁰⁷ gilt weiterhin der allgemeine Grundsatz, dass die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar sein müsse. Die technische Möglichkeit der Sperrung oder Entfernung von Daten, die sich auf dem Server des Host Providers befinden ist i.d.R. nicht problematisch und führt in der Praxis nur selten zur Befreiung des Providers von der Verantwortlichkeit.¹²⁰⁸ Die Zumutbarkeitsgrenze ist in jedem Einzelfall zu bestimmen und hängt auch von der Wertigkeit des jeweils gefährdeten Rechtsguts ab.

D. IX. 4. Ergebnis

Die Bedeutung des § 10 TMG liegt im Schwerpunkt im Außenverhältnis.¹²⁰⁹ Im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen dem Host Provider und dem Content Provider hat er keine

¹²⁰⁴ Vgl. *Spindler*, Recht und neue Medien, S. 122; *Spindler*, CR 2004, S. 48, 51.

¹²⁰⁵ Siehe *Stadler, Thomas*, Haftung für Informationen im Internet, Teil 3, Rn. 105.

¹²⁰⁶ Siehe *Spindler*, MMR 1999, 199, 203, in Bezug auf Art. 14 des E-Commerce-Rl-Vorschlag.

¹²⁰⁷ Begr. RegE. zu § 11 TDG, BT-Drucks 14/6098, S. 25, abrufbar unter <http://dip.bundestag.de>, abgerufen am 04.05.2007; Siehe *Stadler, Thomas*, Haftung für Information im Internet, Teil 3, Rn. 107.

¹²⁰⁸ Siehe *Schmoll*, Die deliktische Haftung der Internet-Service-Provider, S. 69.

¹²⁰⁹ Siehe dazu die Ausführungen oben unter D. VIII. 3.

tiefere Bedeutung.¹²¹⁰ Denkbar sind immerhin etwa vertragliche Ansprüche des Content Providers gegenüber dem Host Provider wegen Rechtsverletzungen durch Dritte, denen ebenfalls Speicherplatz auf dem gleichen Hostserver des Host Providers zur Verfügung gestellt worden ist.¹²¹¹

Die Haftungsprivilegierung nach §§ 10 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 TMG bezieht sich nicht auf die strafrechtliche, sondern auf die zivilrechtliche Verantwortlichkeit.¹²¹² Hierfür kommt es nicht mehr auf die positive Kenntnis von Informationen selbst an; vielmehr genügt schon die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen, aus denen der Diensteanbieter auf die Existenz von den rechtswidrigen Informationen hingewiesen wird.¹²¹³

Im Hinblick auf das Erfordernis des unverzüglichen Tätigwerden der § 10 S. 1 Nr. 2 TMG gilt weiterhin der allgemeine Grundsatz, dass die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar sein muss.¹²¹⁴

D. X. Zusammenfassendes Ergebnis

Nach der hier favorisierten Auffassung ist der Webhosting-Vertrag insgesamt dem Mietvertrag zuordnen.

Gem. § 535 I 1 und 2 BGB muss die Infrastruktur des Host Providers während der gesamten Mietzeit so funktionieren, dass der Content Provider seine Website auf den Hostrechner uploaden, dort speichern und den Internetnutzern im Rahmen der vereinbarten technischen Vorgaben und Verfügbarkeit zum Abruf anbieten kann.¹²¹⁵

Zu den Störungen, die während der Mietzeit auftreten können, zählen etwa der Ausfall des Hostrechners, die Nichtabrufbarkeit der Website oder die Beeinträchtigung der Qualität der Datenübertragung zu den Internetnutzern. Diese Leistungsstörungen sind nach den §§ 536, 536a BGB zu beurteilen.

Hat die Speicherkapazität einen Sach- oder Rechtsmangel¹²¹⁶, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel

¹²¹⁰ Schuster/Müller, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Rn. 91 bezogen auf §§ 5 TDG/MDStV

¹²¹¹ Siehe dazu die Ausführungen unter D. IX. 3.

¹²¹² Siehe Begr. RegE. zu § 11 TDG, BT-Drucks 14/6098, S. 25, abrufbar unter <http://dip.bundestag.de>, abgerufen am 04.05.2007.

¹²¹³ Dazu siehe die Ausführungen unter D. IX. 3.

¹²¹⁴ So Begr. RegE. zu § 11 TDG, BT-Drucks 14/6098, S. 25, abrufbar unter <http://dip.bundestag.de>, abgerufen am 04.05.2007.

¹²¹⁵ Vgl. Komarnicki, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 100.

¹²¹⁶ Dazu siehe die Ausführungen unter D. VII.

oder fehlt eine zugesicherte Eigenschaft,¹²¹⁷ so hat der Mieter zunächst einen Erfüllungsanspruch auf den vertragsgemäßen Gebrauch nach § 535 I 2 BGB,¹²¹⁸ dies beinhaltet einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels im vorliegenden Fall durch Erhöhung der Kapazität des Online Shops, um dessen Gebrauchstauglichkeit sicherzustellen. Dieser Erfüllungsanspruch wird durch § 536 BGB nicht beseitigt und gibt dem Content Provider ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB, solange er am Vertrag festhält.¹²¹⁹

Eine Selbstvornahme i. S. v. § 536a II BGB kommt beim Webhosting nicht in Betracht, da der Content Provider nicht ins System des Host Providers eingreifen kann, um den Mangel selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen.

Der Content Provider ist gem. § 543 III 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, wenn der Host Provider seiner Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels innerhalb einer vom Content Provider gesetzten Frist nicht nachkommt. Gem. § 543 I und II Nr. 1 BGB kann er ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.¹²²⁰

Der Content Provider ist gem. § 536 I 1 BGB von der Entrichtung der Vergütung befreit, wenn die Speicherkapazität zur Zeit der Überlassung an den Content Provider einen Sach- oder Rechtsmangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch völlig aufhebt, oder wenn ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht; für die Zeit, während der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, hat der Content Provider gem. § 536 I 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Vergütung zu entrichten.¹²²¹

Schadensersatzansprüche aus § 536a I BGB können vom Content Provider neben den Rechten aus § 536 BGB (Minderung) geltend machen werden.

§ 536a I Fall 1 BGB enthält eine gesetzliche Garantiehaftung des Host Providers wegen eines anfänglichen Mangels des Speicherplatzes.

Für einen nachträglichen Mangel haftet der Host Provider auf Schadensersatz gem. § 536a I Fall 2 BGB nur dann, wenn er den Mangel, beispielsweise den Ausfall des Hostservers, die Unterbrechung der Anbindung ans Internet und die Nichterreichbarkeit der Website, zu vertreten hat.¹²²²

Nach § 536a I Fall 3 BGB kann der Content Provider Schadensersatz verlangen, wenn sich der Host Provider mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befindet.¹²²³ Dies bedeutet Schuldnerverzug i. S. v. § 286 BGB mit der aus § 535 I 2 BGB folgenden Pflicht,

¹²¹⁷ Dazu siehe die Ausführungen unter D. VII. 3.

¹²¹⁸ Siehe *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 31.

¹²¹⁹ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, § 536, Rn. 6.

¹²²⁰ Kündigung wird nicht erörtert.

¹²²¹ Dazu siehe die Ausführungen unter D. VII. 3.

¹²²² Siehe dazu die Ausführungen oben unter D. VIII. 2.

¹²²³ Siehe dazu die Ausführungen oben unter D. VII. 3.

vorausgesetzt ist dabei eine auf Mängelbeseitigung gerichtete Mahnung,¹²²⁴ es sei denn, die Mahnung ist entbehrlich, dies ist dann der Fall, wenn der Host Provider bzw. einer seiner Erfüllungsgehilfen den Online Shop ausgeschaltet und bewusst nicht wieder ans Netz geschaltet hat.

Im Rahmen des § 536a I BGB (§ 538 I BGB a. F.) sind die eigentlichen Nichterfüllungsschäden zu ersetzen; dies sind die Nachteile, die darin bestehen, dass der Mieter die Leistung mangelhaft erhält; insbesondere der Minderwert, die Mängelbeseitigungskosten, Vertragskosten und entgangener Gewinn.¹²²⁵

Da der Mieter berechtigt ist, neben der Mietminderung Schadensersatz aus § 536a I BGB zu fordern, ist bei der Bemessung des Schadensersatzes der Vorteil aus der Mietminderung zu berücksichtigen. Des Weiteren ist bei der Berechnung des Schadensersatzes das Mitverschulden des Content Providers nach Maßgabe des § 254 BGB zu berücksichtigen.

Die weitgehenden Rechte des Content Providers als Mieter aus §§ 536, 536a BGB werden unter den Voraussetzungen der §§ 536b, 536c BGB gesetzlich ausgeschlossen.

Die gesetzlich vorgegebenen Grenzen für Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse bzw. Haftungsbegrenzungen sowohl im Mietrecht (vgl. § 536d BGB) als auch im AGB-Recht müssen eingehalten werden.

§ 536d BGB enthält keine Regelung zum Verbot des Haftungsausschlusses beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Trotzdem ist nach der h. M. davon auszugehen, dass die §§ 444, 639 BGB auch auf andere Vertragsverhältnisse, insbesondere Miet- und Pachtverhältnisse, entsprechend anwendbar sind.¹²²⁶

Problematisch für den Host Provider sind die Schranken des AGB-Rechts. Obwohl der Webhosting-Vertrag als Mietvertrag nicht unter die Regelung des § 309 Nr. 8 lit. b BGB fällt, wäre ein volliger Gewährleistungsausschluss durch AGB ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der gesetzlichen Regeln und demgemäß nach § 307 II Nr. 1 BGB unzulässig.¹²²⁷ Unzulässig ist ebenfalls ein Ausschluss oder eine wesentliche Einschränkung des Minderungsrechts des § 536 BGB.¹²²⁸

Zulässig ist die Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit für die verschuldensunabhängige Haftung des § 536a I Fall 1 BGB bei anfänglichen Mängel des

¹²²⁴ Vgl. *Weidenkaff*, in: *Palandt*, § 536a, Rn. 12.

¹²²⁵ Siehe dazu die Ausführungen oben unter D. VIII. 4.

¹²²⁶ Siehe *Spindler*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 341; *Bettinger/Scheffelt*, in: *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil XI, Rn. 112; *Hensen*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 11, Rn. 2 zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung.

¹²²⁷ Vgl. *Redeker*, IT-Recht in der Praxis, Rn. 607, in Bezug auf den Erwerb von Soft- und Hardware.

¹²²⁸ Siehe dazu die Ausführungen unter D. VI. 3.

Speicherplatzes. Allerdings darf diese nicht gegen § 309 Nr. 7 BGB oder den allgemeinen Grundsatz des § 307 II BGB verstößen.¹²²⁹

Aufgrund der Gegebenheiten im Online-Bereich finden sich typische AGB-Klauseln von Internetprovidern. Zu diesen zählen die Änderungsvorbehalts- und Verfügbarkeitsklauseln.

Häufig behält sich der Provider in seinen AGB das Recht vor, die eingesetzten Technologien und Kommunikationsstandards zu ändern und/oder Verbesserungen vorzunehmen.¹²³⁰ Da nach § 535 I 2 BGB der Host Provider dazu verpflichtet ist, dem Content Provider die Speicherkapazität während der gesamten Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, hat der Host Provider seine Infrastruktur an neuere technische Gegebenheiten anzupassen, wenn nur dadurch in Zukunft der vertragsgemäße Gebrauch des Speicherplatzes möglich ist. Hier sind die Schranken des AGB-Rechts bei der Klauselgestaltung zu berücksichtigen. In Betracht kommt hier § 308 Nr. 4 BGB.¹²³¹

In der hoch technisierten Internetwelt ist eine hundertprozentige Verfügbarkeit der Infrastruktur des Host Providers kaum möglich, da eine Abschaltung des Systems des Host Providers angesichts erforderlicher Wartungsarbeiten nötig ist.¹²³² Dazu kommt auch die eingeschränkte Verfügbarkeit der Leistungen der Vertragspartner des Host Providers, deren Backbone er benutzt.¹²³³ Empfehlenswert ist daher eine vertragliche Regelung, die die Verfügbarkeit in einem bestimmten Prozentsatz für einen gewissen Zeitraum sowie die Wartungszeiten festlegt.¹²³⁴

Die betragsmäßige Haftungsbegrenzung ist nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB unzulässig, wenn sie auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung beruht; dies gilt auch für den unternehmerischen Verkehr, ohne dass es darauf ankommt, ob die vertragstypischen Schäden erfasst werden.¹²³⁵ Auch im Bereich leichter Fahrlässigkeit sind Begrenzungsklauseln unwirksam, in denen der herbeigeführte Schaden weit über der pauschal festgelegten Höchstsumme liegen kann.¹²³⁶ Zulässig ist die betragsgemäße Begrenzung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von wesentlichen Vertragspflichten, wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.¹²³⁷

¹²²⁹ Weidenkaff, in: Palandt, § 536a BGB, Rn. 7.

¹²³⁰ Für einen Formulierungsvorschlag siehe Schuster/Müller, in: Schuster Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Rn. 41; Roth, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, 57, 120 f.

¹²³¹ Siehe dazu die Ausführungen unter D. IX. 2. b. dd.

¹²³² Siehe Schuster/Müller, in: Schuster, Vertragsbuch Telemedia, Kap. 14, Sechster Teil, Rn. 43.

¹²³³ Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider Teil V, Rn. 49.

¹²³⁴ Für einen Formulierungsvorschlag siehe Imhof, in: Weitnauer, Beck'sches Formularbuch, A. 3, § 1, Nr. 3.

¹²³⁵ Spindler, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 345.

¹²³⁶ Koch, Internet-Recht, S. 104, zu Bestimmungen für Haftungsbegrenzung siehe S. 103 f.

¹²³⁷ Heun, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, S. 249, 263.

Der Host Provider erbringt Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit,¹²³⁸ so dass für ihn die Haftungsprivilegierung des § 44a TKG gilt.

Der Host Provider kann bei sämtlichen Leistungen, die nicht Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit sind, von der Haftungsbegrenzung des § 44a TKG nicht profitieren, denn einerseits verstößt § 44a TKG durch die Haftungsbegrenzung für grob fahrlässige Schädigungen gegen §§ 309 Nr. 7 lit. b, 307 II Nr. 1 und 2 BGB, andererseits bezweckt das TKG nur im Bereich der typischen Netzrisiken einen Ausgleich der Interessen von Anbieter und Nutzer.¹²³⁹

Da Provider im Online-Bereich mit unübersehbaren Haftungsrisiken aus Rechtsverletzungen durch Informationen Dritter konfrontiert sind, sieht das TMG Haftungserleichterungen für sie vor. Die Bedeutung des § 10 TMG liegt jedoch im Schwerpunkt im Außenverhältnis.¹²⁴⁰ Im Rahmen des Vertragsverhältnisses zwischen dem Host Provider und dem Content Provider hat er keine tiefere Bedeutung.¹²⁴¹ Denkbar sind immerhin etwa vertragliche Ansprüche des Content Providers gegenüber dem Host Provider wegen Rechtsverletzungen durch Dritte, denen ebenfalls auf dem Server des Host Providers Speicherkapazität zur Verfügung steht.

Die Ausführungen haben gezeigt, mit welchen unüberschaubaren vertraglichen Haftungsrisiken der Host Provider konfrontiert ist. Ferner hat es sich gezeigt, dass dem Host Provider nur sehr geringe Möglichkeiten für Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse bzw. -begrenzungen zur Verfügung stehen.

Daher hat der Host Provider für die Vermeidung dieser Haftungsrisiken zu sorgen. Beispielsweise muss er in seinen Leistungsbeschreibungen den Umfang der geschuldeten Leistungen, etwa den Grad der Verfügbarkeit seines Systems und den Umfang der für den Content Provider zur Verfügung gestellten Speicherkapazität festlegen. Die Leistungsbeschreibungen müssen also präzise formuliert werden. Das Urteil des AG Charlottenburg hat gezeigt, wie nötig es ist, den Umfang der vom Host Provider geschuldeten Leistungen genau zu regeln, um etwaige Schadensersatzforderungen zu meiden.

¹²³⁸ Siehe dazu die Ausführungen unter D. IX. 2. c. bb.

¹²³⁹ Siehe Komarnicki, in: Sieber/Hoeren, Handbuch für Multimediarecht, Teil 12.2, Rn. 108.

¹²⁴⁰ Siehe dazu die Ausführungen oben unter D. IX. 3.

¹²⁴¹ Schuster/Müller, in: Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, Sechster Teil, Rn. 91 bezogen auf §§ 5 TDG/MDStV.

E. Kurze Zusammenfassung der Ergebnisse

- 1) Aufgrund der Gegebenheiten im Internet-Bereich treten häufig Störungen bei der Erbringung der Leistungen ein, die die Internetprovider nicht kontrollieren und völlig ausschließen können. Nach der gegenwärtigen technologischen Entwicklung dürfte ein völlig unterbrechungs- und störungsfreier Betrieb eines Dienstes im Internet kaum möglich sein, da eine gewisse Ausfallwahrscheinlichkeit der Systeme immer besteht.
- 2) Die Störungen bezüglich der Zugangsgewährung beziehen sich hauptsächlich auf die Erreichbarkeit des Netzwerkrechners des Access Providers sowie auf die Datenübertragung innerhalb dessen Einflussbereiches.
- 3) Die Störungen hinsichtlich der Zurverfügungstellung des Speicherplatzes beim Host Providing sind etwa der Ausfall des Hostrechners, die Nichtabrufbarkeit der Website oder die Beeinträchtigung der Qualität der Datenübertragung zu den Internetnutzern.
- 4) Eine Vielzahl von den im Internet zum Abruf bereitgehaltenen oder infolge einer Nutzeranfrage zusammengestellten und übermittelten Informationen ist darauf ausgerichtet, die Nutzer zu bestimmten Verhaltenwiesen anzuleiten, ihnen Ratschläge und Empfehlungen zu geben, die im Falle ihrer Mangelhaftigkeit verheerende wirtschaftliche oder gesundheitliche Schäden bei den Internetnutzern herbeiführen können.
- 5) Providerverträge sind im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt. Hinsichtlich deren vertragstypologischen Einordnung bestehen in der Rechtsliteratur Meinungsverschiedenheiten. Diesbezüglich liegt keine eindeutige Entscheidung der Rechtsprechung vor. Eine vertragstypologische Einordnung der Providerverträge ist aber unerlässlich, da der konkrete Umfang der Leistungspflichten des Providers und insbesondere die Klärung der praktisch relevanten Fragen der Leistungsstörungen, Gewährleistung und Haftung wesentlich von der vertraglichen Einordnung des Providervertrags abhängt.
- 6) Bei der Einordnung des Access-Provider-Vertrags als Dienstvertrag tritt im Falle des Ausfalls des Netzwerkrechners und bei Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb der Einflusssphäre des Access Providers die Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) oder grobe

Unverhältnismäßigkeit (§ 275 II BGB) einer Teilleistung ein, da die Dienstleistungspflicht des Access Providers wegen Nichtnachholbarkeit einen Fixschuldcharakter hat.

Bei den vom Access Provider schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig, § 276 I, II BGB) verursachten, vorübergehenden oder dauerhaften Ausfällen seiner Infrastruktur oder der Unterbrechung der Datenübertragung innerhalb seines Einflussbereiches kann der Nutzer Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB oder § 311a II BGB geltend machen.

Im Falle der schuldhaften Unterschreitung der vertraglich festgelegten Datenübertragungsgeschwindigkeit innerhalb des Einflussbereiches des Access Providers kann der Nutzer einen Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB wegen Schlechterfüllung geltend machen.

7) Bei schuldhafter Verletzung von leistungsbezogenen Nebenpflichten, z. B. Verletzung der Pflicht zur Sicherung des eigenen Systems gegen Ausfälle während dies vom Nutzer genutzt wird oder Verletzung der Pflicht zur Sicherung der ein- und ausgehenden Daten des Nutzers, ist der Access Provider nach § 280 I BGB dem Nutzer zum Ersatz der daraus entstandenen Schäden verpflichtet. Das Gleiche gilt bei Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten (Schutzpflichten i. S. v. § 241 II BGB), beispielsweise bei Verletzung der Pflicht, die notwendigen und technisch möglichen Maßnahmen zu ergreifen, um von dem Nutzer Schäden abzuwehren, z.B. durch die Verwendung neuester VirensScanner oder durch den Einsatz von geeigneten Mechanismen zur Absicherung seines eigenen Servers und der dort gespeicherten Daten des Nutzers gegen unberechtigten Zugriff.

8) Wegen schuldhafter Verletzung von leistungsbezogenen Nebenpflichten kann der Nutzer gem. §§ 280 I, III, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Schadensersatz statt der Leistung kann der Nutzer unter den Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 282 BGB bei Verletzung von nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten fordern.

9) Der Content Provider haftet bei Leistungsstörungen für die daraus entstandenen Schäden, gleichwohl, ob er die Informationen entgeltlich oder unentgeltlich dem Nutzer zur Verfügung stellt. Für Leistungsstörungen bei Überlassung unentgeltlicher Informationen haftet der Content Provider als Schenker nach den §§ 521, 523, 524 BGB.

10) Sowohl im Falle der entgeltlichen Informationsüberlassung, als auch -beschaffung hat der Nutzer gem. § 437 Nr. 1 BGB i. V. m. § 439 BGB sowie gem. § 634 Nr. 1 BGB i. V. m. § 635 BGB vorrangig einen Nacherfüllungsanspruch. Bei Überlassung sowie bei Beschaffung mangelfreier Informationen zur Nacherfüllung kann der Content Provider nach § 439 IV BGB sowie § 635 IV BGB Rückgewähr der mangelhaften Informationen einschließlich der gezogenen Nutzungen nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 BGB fordern. Die Information als immaterielles Gut ist rückgewährunfähig, daher hat der Nutzer als Rückgewährschuldner gem. § 439 IV bzw. § 635 IV BGB i. V. m. § 346 II 1 Nr. 1 BGB statt Rückgewähr oder Herausgabe von Nutzungen Wertersatz zu leisten, für dessen Berechnung gem. § 346 II 2 HS. 1 BGB die vertraglich bestimmte Vergütung zugrunde zu legen ist. Die Vergütung muss entsprechend § 441 III 1 oder § 638 III 1 BGB herabgesetzt werden.

Hat die Information trotz Mängelhaftigkeit noch einen Wert und der Content Provider entschied sich trotzdem für die Neuüberlassung oder Neuübermittlung mangelfreier Informationen, so muss der Nutzer dafür eine geminderte Vergütung leisten. Aus dem Wortlaut des § 346 III 1 Nr. 1 bis 3 BGB folgt, dass diese Norm nur für rückgewährfähige Gegenstände gilt. Der Verweis in § 439 IV BGB sowie § 635 IV BGB ist von vornherein so zu verstehen, dass er nur für mangelhafte Gegenstände gilt, die als solche rückgewährfähig sind. Folglich besteht ein Bedarf zur teleologischen Reduktion des § 439 IV sowie § 635 IV BGB, nach der sich der Verweis in § 439 IV BGB und § 635 IV BGB nicht auf § 346 II 1 Nr. 1 BGB bezieht.

11) Für Schadensersatzansprüche des Nutzers gegen den Content Provider wegen Überlassung oder Beschaffung mangelhafter Informationen gilt grundsätzlich das Gleiche. Beim Verschulden (Vorsatz und Fahrlässigkeit, § 276 I BGB) des Content Providers oder dem seines Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) schuldet der Content Provider Schadensersatzansprüche einerseits aus §§ 437 Nr. 3 Alt. 1, 280 I BGB und §§ 634 Nr. 4 Alt. 1, 280 I BGB, andererseits aus § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I, 283 oder 311a II BGB und aus § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB i. V. m. §§ 280 I, III, 281 I, 283 oder 311a II BGB. Diese Schadensersatzansprüche ergänzen sich bei mangelhafter Leistung, so dass sie zusammen zu einem vollständigen Ausgleich der entstandenen Schäden führen. Dass § 282 BGB sowohl in § 437 Nr. 3 Alt. 1 als auch in § 634 Nr. 4 Alt. 1 BGB nicht genannt wird, steht seiner Anwendung auf die Verletzung von Schutzpflichten des Unternehmers nicht entgegen. Durch den allgemeinen Verweis des § 437 Nr. 3 BGB und § 634 Nr. 4 BGB auf § 280 BGB können auch Verzögerungsschäden erfasst werden.

12) Bei Anwendung der Grundsätze des Mietvertragsrechts auf den Webhosting-Vertrag ist der Host Provider gem. § 535 I 1 BGB verpflichtet, dem Content Provider den Gebrauch der Speicherkapazität zu gewähren und nach § 535 I 2 BGB muss die Infrastruktur des Host Providers während der gesamten Mietzeit so funktionieren, dass der Content Provider seine Website auf den Hostrechner uploaden, dort speichern und den Internetnutzern im Rahmen der vereinbarten technischen Vorgaben und Verfügbarkeit zum Abruf anbieten kann.

13) Die Leistungsstörungen, etwa der Ausfall des Hostrechners, die Nichtabrufbarkeit der Website oder die Beeinträchtigung der Qualität der Datenübertragung zu den Internetnutzern, sind nach den §§ 536, 536a BGB zu beurteilen.

Bei völliger Aufhebung der Tauglichkeit des Speicherplatzes zum vertragsgemäßen Gebrauch ist der Content Provider gem. § 536 I 1 BGB von der Entrichtung der Vergütung befreit. Im Falle der Minderung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch hat der Content Provider gem. § 536 I 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Vergütung zu entrichten.

Schadensersatzansprüche aus § 536a I BGB können vom Content Provider neben den Rechten aus § 536 BGB (Minderung) geltend machen werden. § 536a I Fall 1 BGB enthält eine gesetzliche verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Host Providers wegen eines anfänglichen Mangels des Speicherplatzes. Für einen nachträglichen Mangel haftet der Host Provider auf Schadensersatz gem. § 536a I Fall 2 BGB nur bei Verschulden. Nach § 536a I Fall 3 BGB kann der Content Provider Schadensersatz verlangen, wenn sich der Host Provider mit der Beseitigung des Mangels in Verzug befindet.

14) Aufgrund der umfangreichen vertraglichen Haftungsrisiken haben die Internetprovider Interesse daran, ihre Haftung zu minimieren. Bei formularmäßigen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüssen bzw. -begrenzungen muss die Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB berücksichtigt werden. Im Hinblick auf Ausschlüsse oder Beschränkungen von Gewährleistungsrechten gelten für den Content Provider die strengen Anforderungen des § 309 Nr. 8 lit. b BGB; dies gilt sowohl für Informationsüberlassung (Kaufvertrag) als auch für Informationsbeschaffung (Werkvertrag). Obwohl der Webhosting-Vertrag als Mietvertrag nicht unter die Regelung des § 309 Nr. 8 lit. b BGB fällt, wäre ein völliger Gewährleistungsausschluss durch die AGB des Host Providers ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der gesetzlichen Regeln und demgemäß nach § 307 II Nr. 1 BGB unzulässig.

Der Access-Provider-Vertrag fällt nicht unter § 309 Nr. 8 lit. b. BGB, da das Dienstvertragsrecht eine Gewährleistung für Mängel nicht vorsieht.

15) Nach § 309 Nr. 7 lit. b BGB sind ABC-Klauseln unwirksam, in denen die Haftung für vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführte Schäden ausgeschlossen oder begrenzt wird. Selbst für leichte Fahrlässigkeit ist der Haftungsausschluss nach Maßgabe des § 307 II Nr. 2 BGB unwirksam, soweit vertragswesentliche Pflichten (Kardinalpflichten) betroffen sind, die für die Vertragsdurchführung von wesentlicher Bedeutung; dies gilt auch für Kaufleute. Unwirksam ist gem. § 309 Nr. 7 lit. a BGB ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbegrenzung für Schäden wegen Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruhen. Der Verbotstatbestand des § 309 Nr. 7 lit. a BGB ist auch gem. § 307 II Nr. 1 BGB im unternehmerischen Bereich zu berücksichtigen. Zulässig ist die betragsgemäße Begrenzung der Haftung für leicht fahrlässig verursachte Verletzungen von Kardinalpflichten, wenn hierdurch das vertragstypische Schadensrisiko abgedeckt wird.

16) Anbieter von Telekommunikationsdiensten i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG profitieren von der betragsmäßigen Haftungsbegrenzung durch § 44a TKG. Access und Host Provider erbringen Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, so dass für sie die Haftungsprivilegierung des § 44a TKG gilt. Dagegen kommt für den Content Provider die Haftungsprivilegierung des § 44a TKG grundsätzlich nicht in Betracht, da er i.d.R. keine Telekommunikationsdienste i. S. d. § 3 Nr. 24 TKG erbringt. Die Haftungsbeschränkung durch § 44a TKG umfasst nur Schäden, die spezifisch das Aussenden, Empfangen und Übermitteln von Signalen betreffen. Eine Klausel in den AGB des Providers, die als Haftungsbegrenzung auch die Regelung des § 44a TKG aufnimmt, muss streng die einzelnen Leistungen voneinander unterscheiden, falls der Provider Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit und andere Leistungen erbringt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Klausel zwar in Teilbereichen dem § 44a TKG entspricht, im Übrigen aber aufgrund der Inhaltskontrolle nach §§ 309 Nr. 7. lit. b, 307 II BGB insgesamt unwirksam ist. Denn § 44a TKG beschränkt die Haftung entgegen § 309 Nr. 7 lit. b BGB selbst für grob fahrlässig verschuldete Schäden. Außerdem kann sich der Provider gem. § 307 II Nr. 2 BGB von Pflichten, die für die Vertragsdurchführung von wesentlicher Bedeutung sind, selbst für leichte Fahrlässigkeit nicht freizeichnen; dies gilt auch für Kaufleute.

17) Im Online-Bereich sind die Provider mit unüberschaubaren Haftungsrisiken aus Rechtsverletzungen durch Informationen Dritter konfrontiert. Daher sieht das TMG für Anbieter von Telemedien in den §§ 8 – 10 TMG Haftungserleichterungen vor. Die Haftungsprivilegierungen der §§ 8 ff. TMG gelten für den Content Provider nicht, sofern er eigene Informationen zur Nutzung bereithält, da nach § 7 I TMG der Diensteanbieter für eigene Informationen nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich ist.

Im Hinblick auf die vertragliche Haftung des Access Providers und des Host Providers haben die Privilegierungsvorschriften des TMG keine tiefere Bedeutung, da die Bedeutung der §§ 8 – 10 TMG im Schwerpunkt im Außenverhältnis liegt. Trotzdem sind hinsichtlich des Access Providers und Host Providers Fallkonstellationen denkbar, in denen vertragliche Ansprüche wegen Rechtsverletzungen durch Informationen Dritter geltend gemacht werden.

Der Sinn dieser Normen besteht nicht darin, die Provider von ihren Vertragspflichten bezüglich der betriebsnotwendigen technischen Anforderungen an ihre Infrastruktur, für die sie stets nach den allgemeinen vertraglichen Regeln einstandspflichtig sind, freizuzeichnen, sondern darin, die Investitionshindernisse durch unübersehbare Haftungsrisiken aufgrund fremder Information zu mindern. §§ 8 ff. TMG sind im vertraglichen Bereich in gleichem Maße dazu geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen und für den Access Provider und Host Provider das Risiko auf das Maß zu begrenzen, das ihnen eine sinnvolle wirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht.

18) Der Internetprovider hat für eine Vermeidung der weitgehenden vertraglichen Haftungsrisiken bei der Formulierung seiner Leistungsbeschreibungen, bei der Gestaltung seiner AGB-Klauseln sowie bei der Erbringung seiner Leistungen zu sorgen

In seinen Leistungsbeschreibungen muss der Provider den Umfang der geschuldeten Leistungen, etwa den Grad der Verfügbarkeit seines Systems und beim Host Providing den Umfang der für den Content Provider zur Verfügung gestellten Speicherkapazität, festlegen. Auch bei der Gestaltung seiner AGB-Klauseln muss der Provider die Inhaltskontrolle der §§ 307 – 309 BGB beachten. Beispielsweise dürfen Haftungsausschlüsse weder Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit noch vertragswesentliche Pflichten erfassen. Sie sind nur für leichte Fahrlässigkeit bei nicht vertragswesentlichen Pflichten zulässig.

Durch eine präzise Formulierung der Leistungsbeschreibungen und sorgfältige Gestaltung der AGB-Klauseln bzw. Berücksichtigung der gesetzlich vorgegebenen Grenzen für die Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse bzw. -begrenzungen, insbesondere im AGB-

Recht, werden diese weitgehenden Haftungsrisiken verringert. Dadurch werden spätere Streitigkeiten vermieden. Dies dient der Schaffung von Rechtsklarheit und -sicherheit und begünstigt die Investitionsbereitschaft im Online-Bereich.

- 19) Um die noch bestehende Rechtsunsicherheit aufgrund der in der Rechtsliteratur herrschenden Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der vertragstypologischen Einordnung von Providerverträgen, zu beseitigen, wäre es wünschenswert, wenn die Rechtsprechung sich mit dieser Frage auseinandersetzt und konkrete Entscheidungen trifft.

Lebenslauf

Name: Said Ahmed, Asia Ahmed
Geburtsdatum: 25.12.1951
Geburtsort: Elobaid, Sudan
Staatsangehörigkeit: Deutsch

Schulausbildung:

1968 – 1972	Oberschule/Abitur in Elobaid, Sudan
1964 – 1968	Mittelschule
1959 – 1964	Allgemeinbildende Schule

Studium:

1993 – 1997	Magisterstudium an der juristischen Fakultät der MLU Halle – Wittenberg
1974 – 1978	Studium der Rechtswissenschaften an der juristischen Fakultät der Kairo – Universität in Khartum
1972 – 1975	Ausbildung am Institut für Radiographie und Radiotherapie in Khartum

Praxiserfahrung:

1988 – 1989	Rechtsanwältin und Notarin
1984 – 1988	Rechtsanwältin
1981 – 1983	Rechtsanwaltassistentin
Januar 1981	Juristenprüfung

Qualifikationsabschnitte:

April 2008	Anfertigung der vorliegenden Dissertation
Dez. 99 – Dez. 2000	Elektronik Commerce – Kurs bei der Europäischen Akademie in Leipzig
Juni 98 – März 99	Fortbildung/Online Redakteur/in bei der media Akademie in Leipzig
Okt. 91 – Juni 92	PNDS – Deutsch Sprachkurs an der MLU Halle – Wittenberg

Asia Ahmed Said Ahmed

Hannover, den 18.04.2008