

Walch, Carmen; Zerres, Thomas; Zerres, Christopher

**Working Paper**

## Allgemeine Geschäftsbedingungen als Instrument der Vereinfachung betrieblicher Vertragsgestaltung

Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 35

**Provided in Cooperation with:**

Fakultät Medien, Hochschule Offenburg

*Suggested Citation:* Walch, Carmen; Zerres, Thomas; Zerres, Christopher (2018) : Allgemeine Geschäftsbedingungen als Instrument der Vereinfachung betrieblicher Vertragsgestaltung, Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 35, Hochschule Offenburg, Fakultät Medien, Offenburg,  
<https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:ofb1-opus4-50063>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/244652>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*



**CHRISTOPHER ZERRES**

---

**MARKETING**

**Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“**

**Herausgeber:  
Prof. Dr. Christopher Zerres**

**Hochschule Offenburg  
Fakultät Medien und Informationswesen**

**Arbeitspapier Nr. 35**

**Allgemeine Geschäftsbedingungen als Instrument  
der Vereinfachung betrieblicher Vertragsgestaltung**

**Walch, C. / Zerres, T. / Zerres, C.**

**Offenburg, August 2018**

**ISSN: 2510-4799**

## **Impressum**

---

**Prof. Dr. Christopher Zerres  
Hochschule Offenburg  
Fakultät Medien und Informationswesen  
Badstraße 24  
77652 Offenburg  
ISSN: 2510-4799**

## **Inhalt**

1	Einführung.....	1
2	Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	3
2.1	Geltungsbereich .....	3
2.2	Vertragsentstehung.....	4
2.3	Vertragsbeendigung.....	5
2.4	Gerichtsstand und Rechtswahl.....	8
2.5	Nutzungs- und Urheberrecht .....	9
2.6	Rechtskonforme Aufnahme von Bildern .....	10
2.7	Eingriff in die Privatsphäre Dritter .....	12
2.8	Vorschriften zur Nutzung von erhobenen Daten.....	14
2.9	Datenschutzrechtliche Vorschriften über personenbezogene Daten.....	16
2.10	Haftungsaspekte .....	19
3	Literaturverzeichnis .....	23
4	Autoreninformation .....	27

Ziel dieses neuen Arbeitspapiers ist es aufzuzeigen, wie durch eine Einführung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) die Vertragsgestaltung in Unternehmen vereinfacht werden kann, wo hier aber auch Probleme auftreten können.

## 1 EINFÜHRUNG

---

Im Wirtschaftsleben spielen heute AGB eine bedeutende Rolle. Diese sind nach § 305 Abs. 1 BGB alle, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Vertragsbedingungen sind dabei die Regelungen, die Bestandteil des Vertrages werden sollen.<sup>1</sup> Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie aufweisen, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (vgl. § 305 Abs. 1 S. 2 BGB). Durch AGB wird grundsätzlich ein Rationalisierungseffekt erreicht. Bei Abschluss von Massenverträgen stellen diese eine Vereinfachung der Vertragsabwicklung dar. Stetig gleichbleibende Vertragsregelungen können einmalig formuliert und ständig wiederverwendet werden. Des Weiteren verfolgen AGB den Zweck, das Risiko ihres Verwenders zu begrenzen. AGB stellen ebenso Regelungen des Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien dar. Neben den Vorteilen, können sich aber auch nachteilige Aspekte für den Verwender ergeben. Durch die Vorformulierung von AGB kann die Gefahr bestehen, dass der AGB-Verwender die Regelungen ausschließlich zu seinen Gunsten und damit zum Nachteil der anderen Vertragspartei gestaltet. In einer Drucksituation kann die Gegenseite des Vertrages so gezwungen sein, sich mit den AGB als einverstanden zu erklären. Als Beispiel kann der AGB-Verwender eine Monopolstellung innehaben oder die andere Vertragspartei benötigt die Vertragsleistung dringend.

Die aufgezeigten Vor- und Nachteile für die Verwendung von AGB hat der deutsche Gesetzgeber zum Anlass genommen, ein Gleichgewicht für die Regelungen von AGB zu erstellen. Am 1. Januar 1977 ist das Gesetz zur Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) vom 9.12.1976 in Kraft getreten. Ab dem 1.1.2002 wurde das AGBG aufgehoben und die rechtlichen Vorschriften in das BGB überführt. Die Regelungen für die AGB befinden sich nun in den §§ 305-310 BGB und werden auch als AGB-Kontrolle bezeichnet.

Für eine wirksame Einbeziehung von AGB muss eine Willensübereinstimmung aller Vertragsparteien vorhanden sein. Voraussetzung hierfür ist, dass der Verwender bei Vertragschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf sie hinweist. Dabei muss der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft werden, in zumutbarer Weise, die auch eine, für den jeweiligen Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Ist die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden, so werden die AGB rechtswirksamer Bestandteil des Vertrages (vgl. § 305 Abs. 2 BGB).<sup>2</sup>

Bei der Auslegung von AGB ist von dem Verständnis eines Durchschnittskunden auszugehen<sup>3</sup>. Hierbei ist nicht der konkrete Erklärungsempfänger im Einzelfall gemeint und somit

---

<sup>1</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 222.

<sup>2</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 224 ff.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 17.01.1973. Az.: IV ZR 146/71, NJW 1973, 515.

wird nicht geprüft, wie dieser die Formulierung der AGB verstanden hat.<sup>4</sup> Unklare Auslegungen oder mehrere vorhandene Auslegungsergebnisse der AGB gehen stets zu Lasten des Verwenders (vgl. § 305c Abs. 2 BGB), da der Kunde keinen Einfluss auf die Formulierung der AGB des Verwenders hat und somit geschützt werden muss.<sup>5</sup> Eine Auslegung von AGB soll stets „kundenfreundlich“ sein.<sup>6</sup>

Die gesetzlichen Regelungen über die AGB-Kontrolle dienen deren Schutz des Kunden vor AGB-Klauseln, die zu seinen Ungunsten vom Gesetz abweichen (vgl. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Die Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln erfolgt durch besondere Klauselverbote (vgl. §§ 308 f. BGB) sowie einer Generalklausel (vgl. § 307 Abs. 1 f. BGB). Diese sind von hinten nach vorne zu prüfen. Die in §§ 308 f. BGB geregelten Vorschriften betreffen unterschiedliche Rechtsgebiete. Im zweiten Schritt wird, wenn keine Klauselverbote im Sinne des §§ 308 f. BGB vorliegen, geprüft, ob die Generalklausel § 307 BGB greift. Diese stellt einen Aufangtatbestand dar. Nach diesem sind alle Klauseln unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (vgl. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>7</sup>

Neben den Vertragsparteien sind Verbraucherverbände, Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern nach § 3 UKlaG befugt, in einer Verbandsklage den AGB-Verwender auf Unterlassung beziehungsweise auf Widerruf zu verklagen. Betroffene Vertragspartner können sich auf dieses Urteil berufen.<sup>8</sup>

Besonderheiten bei Verträgen mit Verbrauchern sind in § 310 Abs. 3 BGB geregelt. Ziel dieser gesetzlichen Regelung ist die Stärkung des Verbraucherschutzes. Voraussetzung für einen Verbrauchervertrag ist ein Vertrag, bei dem eine Vertragspartei in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (vgl. § 14 BGB) und die andere Vertragspartei als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB tätig wird. Bei einem Verbraucher muss der Vertrag auf private Zwecke gerichtet sein. Ist ein Verbrauchervertrag zu bejahen, so sind die Regelungen der §§ 305 ff. BGB anwendbar.<sup>9</sup> Eine Erleichterung der Einbeziehung der AGB gibt es bei Verträgen zwischen Unternehmern (vgl. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB). Neben den rechtlichen und inhaltlichen Fragestellungen, die eine Abfassung von AGB mit sich ziehen, sind ebenso einige Gestaltungshinweise zu beachten. Bei der Erstellung von AGB weist diese übersichtliche Darstellung die höchste Priorität auf. In AGB sollen dazu grundsätzlich nur die Klauseln aufgenommen werden, die für das Unternehmen von Bedeutung sind und einen Regelungsbedarf erfordern. Die Formulierung der einzelnen Klauseln sollte in klarer und verständlicher Form erfolgen. Eine zweifelhafte Auslegung von Klauseln geht stets zu Lasten des AGB-Verwenders. Die Ausdrucksform muss dabei vor allem auch für Nicht-Juristen verständlich sein.<sup>10</sup> Die gedruckten Klauseln sollten eine leserliche Schriftgröße haben. Eine Unzumutbarkeit der Kenntnisnahme liegt bei einer Schriftgröße, die unter 8 Punkt beträgt vor. Bei AGB im Internet sollte eine Standardschriftart verwendet werden. Damit kann gewährleistet werden, dass jeder Browser sie anzeigen kann.<sup>11</sup> Der Link auf einer Homepage ist gut ersichtlich zu platzieren. Es sollen dem Kunden gegenüber lange Suchzeiten vermieden werden.<sup>12</sup> Gemäß § 312 Abs. 1 Nr. 4 BGB muss gewährleistet sein,

<sup>4</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 231.

<sup>5</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 233.

<sup>6</sup> Vgl. LG Köln, Urte. v. 17.10.2017, Az.: 11 S 349/16, NJOZ 2018, 430.

<sup>7</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 234 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 239.

<sup>9</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 240 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Benning/ Oberrath 2015, Rn. 226 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Benning/ Oberrath 2015, Rn. 232 f.

<sup>12</sup> Vgl. BGH, Urte. v. 14.06.2006, Az.: I ZR 75/03, NJW 2006, 2976.

dem Kunden die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen, einschließlich der AGB, bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form speichern zu können.

## 2 ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

---

### 2.1 GELTUNGSBEREICH

Die Vorschrift des § 310 BGB bestimmt den Anwendungsbereich der gesetzlichen AGB-Regelungen der §§ 305 ff. BGB. Nach § 310 Abs. 4 BGB finden die gesetzlichen Vorschriften keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Für Unternehmer, eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen werden die im Gesetz erfassten Regelungen zur AGB-Kontrolle nur eingeschränkt, da diese Gruppe vom Gesetz als nicht schutzwürdig angesehen wird (vgl. § 310 Abs. 1, 2, 4 S. 2 BGB).<sup>13</sup>

Ein Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (vgl. § 14 BGB). Abzugrenzen vom Unternehmer ist der Verbraucher. Dieser ist im Sinne des § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Wird ein Vertrag unter Kaufleuten geschlossen, kann es sein, dass jede Vertragspartei ihre Willenserklärung über ihre eigenen AGB abgibt. Die zwei verschiedenen AGB der Kaufleute weichen dabei meistens voneinander ab. Gemäß § 150 Abs. 2 BGB liegt in diesem Fall eine Annahme in Form einer Ablehnung des Angebots vor. Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag. Ausgenommen von diesen Regelungen ist eine Vereinbarung der Vertragsparteien über die weitere Fortführung des Vertrags, trotz abweichender AGB. Diese gelten hier lediglich bei Übereinstimmungen.<sup>14</sup> Bei den übrigen Regelungen gelten die gesetzlichen Vorschriften (vgl. § 306 Abs. 2 BGB). Neben der Einzelvereinbarung der AGB pro Vertrag, kann zwischen den Vertragsparteien eine Rahmenvereinbarung für alle zukünftigen Rechtsgeschäfte getroffen werden (vgl. § 305 Abs. 3 BGB). Durch die gesetzlichen Regelungen der §§ 305 ff. BGB soll der Kunde vor Überraschungen geschützt sein. Klauseln in AGB, welche für den Kunden ungewöhnlich sind und diese der Kunde nicht zu erwarten braucht, werden nicht Bestandteil des Vertrages.<sup>15</sup>

Die Vertragsbedingungen sind vom Verwender der AGB zu stellen. Wurde eine Klausel nicht alleine vom Verwender auferlegt, sondern durch den Einfluss der anderen Vertragspartei ausgehandelt, so ist eine Individualvereinbarung entstanden. Besteht zwischen den Vertragsparteien eine Individualabrede, so hat diese Vorrang vor den AGB (vgl. § 305b BGB). Eine individuelle Vertragsabrede signalisiert den Willen der Vertragsparteien und kann auch mündlich getroffen werden.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Vgl. Brox/Walker 2017, Rn. 219 ff.

<sup>14</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 20.03.1985, Az.: VIII ZR 327/83, NJW 1985, 1839.

<sup>15</sup> Vgl. Brox/Walker 2017, Rn. 224-229.

<sup>16</sup> Vgl. Brox/Walker 2017, Rn. 222b i. V. m. Rn. 232.

## 2.2 VERTRAGSENTSTEHUNG

Gegenstand dieses Kapitels sind die gesetzlichen Regelungen über das Zustandekommen eines Vertrages.

Ein Vertrag spielt im heutigen Wirtschaftsleben eine bedeutende Rolle. Dabei kann nicht jedes einzelne Individuum seinen eigenen Willen durchsetzen und die Güterversorgung alleine beeinflussen. Um einen Vertrag mit einer anderen Person abschließen zu können, ist es Voraussetzung, dass diese Person denselben Willen besitzt und eine Einigung zwischen beiden Personen zustande kommt. Sowohl im Privatleben als auch in der Wirtschaft wird der Austausch von Vermögensgütern durch Verträge geschlossen. Diese zielen meistens darauf ab, dass eine Vertragspartei der anderen Vertragsseite eine Leistung verspricht. Die andere Vertragsseite vergütet diese Leistung dementsprechend. Beispielsweise findet so ein Austausch einer Dienstleistung gegen Geld statt. Jedoch ist auch bei einer Schenkung im Sinne des §§ 516 ff. BGB, welche eine einseitige Verpflichtung darstellt, ein Vertragsschluss vorausgesetzt.<sup>17</sup> In Art. 2 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes ist die Vertragsfreiheit geregelt. Diese beinhaltet die Abschluss- und die Gestaltungsfreiheit. Unter Abschlussfreiheit ist die Freiheit jedes Einzelnen, ob und mit welcher Vertragspartei er einen Vertrag schließen möchte, zu verstehen. Ausgenommen von der Abschlussfreiheit sind spezielle gesetzliche Anordnungen, etwa Verträge über Strom oder Gas. Des Weiteren wird die Vertragsfreiheit durch die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) eingeschränkt. Gemäß Art. 1 AGG sind Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Die Gestaltungsfreiheit ermöglicht den Vertragsparteien, den Vertrag nach deren Wünschen zu gestalten. Ausgenommen von der Gestaltungsfreiheit sind Verträge, die gegen eine gesetzliche Regelung oder gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. §§ 134, 138 BGB).

Ein Vertrag stellt ein Rechtsgeschäft dar. Voraussetzung hierfür sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen von mindestens zwei Personen.<sup>18</sup> Das Vertragsangebot nach § 145 BGB, auch Offerte beziehungsweise Antrag genannt, stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar. Das Zustandekommen des Vertrages hängt nach einem Vertragsangebot grundsätzlich vom Einverständnis der anderen Vertragspartei ab.<sup>19</sup> Gemäß § 145 BGB ist man an den Antrag gebunden, es sei denn, die Gebundenheit wurde ausgeschlossen. Durch den Ausschluss der Gebundenheit begrenzt der Antragende seine Bindung zum Angebot. Der Rechtsbindungswille kann durch Formulierungen wie beispielsweise „freibleibend“, „unverbindlich“ oder „ohne obligo“ ausgeschlossen werden. Bei dieser Form handelt es sich beim Antrag lediglich um eine „*invitatio ad offerendum*“, was bedeutet, dass es keine rechtlich verpflichtende Handlung, sondern ausschließlich eine Aufforderung zum Angebot darstellt.

Das abgegebene Angebot an die andere Vertragspartei kann mit einer Fristbestimmung versehen sein. Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine solche Frist bestimmt, so kann die Annahme gemäß § 148 BGB nur innerhalb dieser Frist erfolgen.<sup>20</sup> Dem Antragenden steht es frei, wie lange er seine Frist gegenüber der anderen Vertragspartei setzen möchte.<sup>21</sup> Nach Ablauf der Frist erlischt das Angebot (vgl. §§ 146 ff. BGB). Nimmt die ande-

---

<sup>17</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 70 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 74 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 165.

<sup>20</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 169-173.

<sup>21</sup> Vgl. Eckert 2017, BGB § 148, Rn. 1.

re Vertragspartei innerhalb der gesetzten Frist das Angebot an, so kommt ein Vertrag zustande. Ist im Angebot keine Frist gesetzt worden, greift die Regelung des § 147 BGB.<sup>22</sup>

Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich formlos wirksam. Den Vertragsparteien bleibt es also überlassen, in welcher Form sie ihre Willenserklärungen abgeben. Eine Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts kann allerdings auf einer gesetzlichen Grundlage oder auf einer Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien beruhen.<sup>23</sup> Beispielsweise ist gemäß § 126 Abs. 1 BGB bei einem Vertrag keine Schriftform erforderlich, soweit keine gesetzliche Vorschrift es voraussetzt. Ist durch das Gesetz die Schriftform vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden (vgl. § 126 Abs. 1 BGB).

Änderungen des Vertrages können die Vertragsparteien nach Belieben vornehmen. Die Änderung muss jedoch während der ursprünglich vereinbarten Laufzeit des Vertrages wirksam werden. Soweit für den bestehenden Vertrag keine Formvorschriften bestehen, ist eine Vertragsänderung ebenso formfrei möglich. Eine Änderung des formfreien Vertrages ist auch konkludent möglich.<sup>24</sup> Dem abgeschlossenen Vertrag kann ein Kostenanschlag zugrunde gelegt werden. Dieser stellt eine unverbindliche Einschätzung der voraussichtlich entstehenden Kosten dar und wird vom Unternehmer erstellt.<sup>25</sup>

Unterlagen, welche für das Vertragsverhältnis benötigt werden, sind in § 18 UWG geschützt. Wer die im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insbesondere Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte sowie Rezepte, zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt, wird gemäß § 18 Abs. 1 UWG mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Diese Vorschrift dient zum Schutz des Know-how von Unternehmen.<sup>26</sup> „Vorlage“ im Sinne von § 18 UWG ist alles, was bei Herstellung neuer Sachen als Vorbild dienen soll<sup>27</sup>. Durch die Vorschrift ist es der anderen Vertragspartei untersagt, die anvertrauten Unterlagen eines anderen zu verwerten oder an Dritte weiterzugeben. Bereits der Versuch ist strafbar (vgl. § 19 i. V. m. § 18 UWG).

## **2.3 VERTRAGSBEENDIGUNG**

Es gibt unterschiedliche Formen, Verträge zu beenden. Diesbezüglich sind die unterschiedlichen Vertragstypologien zu beachten, welchen unterschiedliche Gesetzesvorschriften zu Grunde liegen. Von Bedeutung bei der Wahl des Vertrages ist der Wille der im Vertrag beteiligten Parteien, der zum Ausdruck kommen soll. Bei Verträgen über die Ausführung von Tätigkeiten sind der Werkvertrag im Sinne des §§ 631 ff. BGB und der Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB praxisrelevant. Beide Vertragsarten gleichen sich bei der Voraussetzung der entgeltlichen Tätigkeit und sind nur schwer voneinander abgrenzbar. Die Berücksichtigung der jeweiligen Umstände ist abhängig von der geschuldeten Leistung.<sup>28</sup> Gemäß § 611 Abs. 1 BGB ist bei einem Dienstvertrag die Erbringung einer Tätigkeit geschuldet. Das Kriterium zur Abgrenzung der beiden Verträge ist in § 631 Abs. 2 BGB geregelt. Diese gesetzliche Regelung besagt, dass beim Werkvertrag eine Herbeiführung eines Erfolges über die

---

<sup>22</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 176.

<sup>23</sup> Vgl. Brox/ Walker 2017, Rn. 298 f.

<sup>24</sup> Vgl. Emmerich 2016, BGB § 311 Rn. 11 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Voit 2017, BGB § 650, Rn. 2.

<sup>26</sup> Vgl. Ohly 2016, UWG § 18, Rn. 1.

<sup>27</sup> KG, Urt. v. 09.06.1987, Az.: 5 U 6153/85, GRUR 1988, 703.

<sup>28</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.07.2002, Az.: X ZR 27/01, ZfBR 2003, 24.

normale Tätigkeit hinaus maßgeblich ist. Erfolg kann dabei als Herstellung eines bestimmten Werkes definiert werden. Der BGH ist der Auffassung, dass „Erfolg [...] in einem bestimmten Arbeitsergebnis oder auch nur in der ordnungsgemäßen Durchführung von Untersuchungen und der Anfertigung von Berichten bestehen [kann]“<sup>29</sup>. Eine vertraglich festgehaltene Beschreibung, wie beispielsweise über die Aufgaben und den Umfang der Tätigkeit, ist ein weiteres Erfolgsmerkmal und somit als Werkvertrag zu kategorisieren.<sup>30</sup> Die Vergütungsansprüche können eine weitere Abgrenzung der beiden Verträge darstellen. Beim Werkvertrag wird erst nach erfolgreicher Fertigstellung des Werkes entlohnt. Wohingegen die Vergütung einer dienstvertraglichen Regelung auch bei Fehlschlagen des Auftrages erfolgt.<sup>31</sup> Die beiden aufgezeigten Punkte können zur Abgrenzung der beiden Vertragsarten hilfreich sein, können jedoch keine starren Anhaltspunkte einen jeweiligen Vertragstyp eindeutig bestimmen.<sup>32</sup>

Zunächst sollen die Möglichkeiten der Vertragsbeendigung für Werkverträge aufgezeigt werden. Neben den besonderen Kündigungsrechten im BGB, gibt es die allgemeinen Regelungen zur Beendigung eines Vertrages. Die Erfüllung des Vertragszweckes kann zum Erlöschen des Vertrages führen (vgl. § 362 BGB). Des Weiteren kann der Vertrag aufgrund von Unmöglichkeit der Vertragsdurchführung nach § 275 BGB erloschen sein. Neben den allgemeinen Regelungen zur Vertragsbeendigung bietet das Gesetz besondere Kündigungsrechte, die eine Möglichkeit der vorzeitigen Vertragsbeendigung des Werkvertrages für beide Vertragsparteien schafft.<sup>33</sup> Soweit zwischen den Vertragsparteien nichts vereinbart wurde, bedarf es für eine wirksame Kündigung keine Schriftform. Die Kündigung kann auch konkludent abgegeben werden.<sup>34</sup>

Nach § 648 BGB hat der Besteller ein Kündigungsrecht. Dies bietet dem Besteller ein freies Kündigungsrecht an, um eine Vertragsbeendigung herbeizuführen. Der Besteller kann ohne weitere Veranlassung des Unternehmers den Vertrag kündigen. Zweck des Kündigungsrechts ist der, im Werkvertrag lang andauernde Zeitraum bis ein Werk hergestellt worden ist. Aus diesem Grund kann der Besteller im Laufe des Herstellungsprozesses des Werkes das Interesse am Werk verlieren, sodass die Aufrechterhaltung des Vertrages keinen Sinn mehr ergibt. Dem Besteller soll es durch das Kündigungsrecht möglich sein, nach einem bestimmten Zeitraum vom Werkvertrag zurücktreten zu können. Die Kündigung ist bis zur Vollendung des Werkes möglich.<sup>35</sup> Im Gegenzug zur Kündigung hat der Unternehmer gegenüber dem Besteller einen vollen Vergütungsanspruch nach § 648 S. 2 BGB. Die Beweislast für den Anspruch auf die Vergütung liegt beim Unternehmer. Gemäß § 648 S. 3 BGB gilt für diesen die Vermutungsregelung, dass ihm fünf Prozent der, auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.<sup>36</sup> Das Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien gilt nach der Kündigung als beendet. Nach der Beendigung des Werkvertrages sind die vereinbarten Pflichten beider Vertragsparteien ebenso erloschen.<sup>37</sup>

Neben dem Kündigungsrecht des Bestellers nach § 648 BGB hat der Besteller nach § 649 BGB ein weiteres Kündigungsrecht. § 649 BGB stellt eine Ergänzung zum Kündigungsrecht gemäß § 648 BGB dar. Der Unternehmer soll aufgrund seines Fachwissens die

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 16.07.2002, Az.: X ZR 27/01, ZfBR 2003, 25.

<sup>30</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.07.2002, Az.: X ZR 27/01, ZfBR 2003, 26.

<sup>31</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 541.

<sup>32</sup> Vgl. Brox/Walker 2016, § 19, Rn. 10.

<sup>33</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 708.

<sup>34</sup> Vgl. Scheuch/Ebert 2017, BGB § 649, Rn. 3.

<sup>35</sup> Vgl. Busche 2018, BGB § 648 Rn. 1 ff.

<sup>36</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 709.

<sup>37</sup> Vgl. Busche 2018, BGB § 648 Rn. 14.

vermutlich anfallenden Kosten berechnen. Voraussetzung hierfür ist ein unterbreiteter Kostenanschlag des Unternehmers. Der Kostenanschlag soll eine Auskunft über die vermutlich für die Herstellung des Werkes anfallenden Kosten geben. Die Auflistung der Kosten ist unverbindlich. Eine spontane Auskunft des Unternehmers wird nicht als Kostenanschlag definiert.<sup>38</sup> Ein Kostenanschlag liegt nach § 649 BGB dann vor, wenn noch kein fixer Preis zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurde.<sup>39</sup> Der Besteller kann das Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer kündigen, wenn der, dem Vertrag zugrunde liegende Kostenanschlag wesentlich überschritten wird. Der deutsche Gesetzgeber will in dieser Fallkonstellation den Besteller vor einem Vergütungsanspruch wie in § 648 BGB schützen. Der Kostenanschlag muss für eine Bejahung des Kündigungsrechts wesentlich überschritten worden sein. Der Tatbestand „wesentlich“ wurde von der deutschen Rechtsprechung noch nicht konkretisiert. Die Richtwerte der Rechtsprechung und aus der Literatur liegen bei einer Überschreitung der Kosten von 15 bis 20 Prozent. Grundsätzlich sollten die Prozentwerte jedoch einzelfallabhängig bewertet werden. Die Kriterien der Vertragssituation, die Interessenslagen beider Vertragsparteien, die Bestimmtheit der Angaben des Unternehmers und der Umfang des Auftrages sind in diesem Fall abzuwägen.<sup>40</sup> Ist eine Kündigung des Vertrages nach § 649 Abs. 1 BGB möglich, so besteht für den Unternehmer ein Vergütungsanspruch gemäß § 645 Abs. 1 BGB. Die Bemessungsgrundlage der Vergütung ist der Stand des Werkes zum Zeitpunkt der Kündigung.<sup>41</sup>

Hat der Unternehmer dem Besteller den Kostenanschlag ohne Gewähr über die Richtigkeit übergeben, so kann der Besteller sein Kündigungsrecht wegen wesentlicher Überschreitung des Kostenanschlags geltend machen (vgl. § 649 Abs. 1 BGB). Bei Übernahme einer Gewähr wäre das Kündigungsrecht nach § 649 BGB ausgeschlossen. Der Unternehmer hat in dieser Situation den geschlossenen Vertrag zum vereinbarten Preis zu erfüllen.<sup>42</sup> Ist eine solche Überschreitung des Kostenanschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller nach § 649 Abs. 2 BGB unverzüglich Anzeige zu machen.

Neben den Kündigungsrechten des Bestellers hat auch der Unternehmer ein Kündigungsrecht. Nach § 643 BGB darf er dem Besteller wegen unterlassener Mitwirkung kündigen. Die nicht vorhandene Mitwirkung des Bestellers im laufenden Vertragsprozess kann zu Unge-  
wissenheit und zu einer Belastung führen. Der Unternehmer kann beispielsweise ohne Mitwirkung keine weitere Vorgehensweise planen. Voraussetzung ist hierfür ein Annahmeverzug des Bestellers. Dieser liegt dann vor, wenn eine Unterlassung der Mitwirkungspflichten gegeben ist. Darüber hinaus ist nach einem Annahmeverzug dem Besteller eine angemessene Frist zur Nachholung der Mitwirkungspflichten zu setzen. Die Fristsetzung muss so erfolgen, dass der Besteller genügend Zeit zur Nachholung hat. Mit der Fristsetzung ist gleichzeitig die Erklärung zur Kündigung des Vertrages nach erfolgloser abgelaufener Frist zu übermitteln.<sup>43</sup> „Eine Kündigungsandrohung nach § 643 Abs. 1 BGB muss erkennen lassen, dass bei Untätigkeit des Auftraggebers die Aufhebung des Vertrags für die Zukunft nur noch vom Ablauf der Frist abhängen soll<sup>44</sup>“. Eine Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Besteller seiner Mitwirkungspflicht nicht mehr nachkommen kann oder der Besteller die Mitwirkungspflicht endgültig verweigert hat.<sup>45</sup> Nach erfolglosem Ablauf der gesetzten Frist ist der Vertrag zwischen den

---

<sup>38</sup> Vgl. Busche 2018, BGB § 649 Rn. 1 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Busche 2018, BGB § 649 Rn. 14.

<sup>40</sup> Vgl. Voit 2017, BGB § 649 Rn. 7.

<sup>41</sup> Vgl. Voit 2017, BGB § 649 Rn. 10.

<sup>42</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 710.

<sup>43</sup> Vgl. Voit 2017, BGB § 643 Rn. 3.

<sup>44</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 17.06.2010, Az.: 12 U 21/10, NJW-RR 2010, 1670.

<sup>45</sup> Vgl. Voit 2017, BGB § 643 Rn. 4.

Vertragsparteien beendet. Die Regelung des § 643 BGB setzt keine weitere Erklärung voraus. Des Weiteren wird nach abgelaufener Frist kein Verschulden geprüft. Der Unternehmer kann, neben der Kündigung, eine Entschädigung vom Besteller verlangen (vgl. § 642 Abs. 1 BGB). Zudem steht ihm ein, der geleisteten Arbeit entsprechender Teil der Vergütung vom Besteller nach § 645 Abs. 1 S. 2 BGB zu. Die Vergütung bemisst sich nach der Vorschrift des § 649 BGB. Ist zwischen den Vertragsparteien eine Mitwirkungspflicht vereinbart worden, so steht dem Unternehmer ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 BGB zu. Den Vertragsparteien steht es frei, eine Vertragsfortsetzung zu vereinbaren oder auch das Vertragsverhältnis stillschweigend fortzuführen.<sup>46</sup>

Neben den Kündigungsrechten des Bestellers, kann ein Vertrag auch aus wichtigem Grund im Sinne von § 648a BGB gekündigt werden. Dies stellt eine außerordentliche Kündigung dar. Beide Vertragsparteien können den Vertrag jederzeit fristlos kündigen, vorausgesetzt, es liegt ein wichtiger Grund vor. Gemäß § 648a Abs. 1 S. 2 BGB liegt ein solcher dann vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. Als Beispiel können hier schwerwiegende Vertragsstörungen, wie der nachträgliche Verstoß von Vertragspflichten oder das Nichterfüllen von vereinbarten Vertragsfristen des Unternehmers genannt werden. Als Kündigung aus wichtigem Grund ist darüber hinaus zu definieren, wenn der Besteller mögliche Unterlagen, wie Pläne oder Skizzen an Dritte zur Verfügung stellt. Die Beweislast für eine wirksame Kündigung liegt auf Seiten des jeweiligen Kündigungsberechtigten. Dabei ist innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes die Kündigung gegenüber der anderen Vertragspartei zu erklären (vgl. § 648a Abs. 3 i. V. m. § 314 Abs. 3 BGB). Ziel dieser Vorschrift ist die Herstellung von Rechtssicherheit. Nach § 648a Abs. 2 BGB ist auch eine Teilkündigung möglich. Die Kündigung hat zur Folge, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien beendet wird. Der Unternehmer hat einen Anspruch auf eine Vergütung für seine, bis zum Zeitpunkt der Kündigung erbrachte Leistung (vgl. § 648a Abs. 5 BGB).<sup>47</sup>

## **2.4 GERICHTSSTAND UND RECHTSWAHL**

Um gegenüber der anderen Partei etwaige Ansprüche geltend machen zu können, kann der Gerichtsstand vertraglich vereinbart werden. Der allgemeine Gerichtsstand regelt die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes bei Erhebung einer Klage (vgl. § 12 ZPO). Dabei wird grundsätzlich der Wohnort berücksichtigt, an dem die Person lebt, die verklagt wird. Gemäß § 17 ZPO ist der Gerichtsstand bei juristischen Personen, wie beispielsweise Gesellschaften, Genossenschaften oder Vereine am jeweiligen Sitz. Der Sitz ist dabei der Ort, an dem die juristische Person ihre Verwaltung führt. Im Mittelpunkt des allgemeinen Gerichtsstandes steht die verklagte Partei, welche ohne ihren Willen verklagt wird. Ziel und Zweck des allgemeinen Gerichtsstandes sind es, die Prozessführung zu erleichtern. Die verklagte Partei soll den Schutz erhalten, den Prozess nicht vor einem anderen Gericht führen zu müssen.<sup>48</sup> Eine Ausnahmeregelung zum allgemeinen Gerichtsstand ist in § 32 ZPO geregelt. Für Klagen aus einer unerlaubten Handlung gilt der besondere Gerichtsstand. Eine unerlaubte Handlung

---

<sup>46</sup> Vgl. Voit 2017, BGB § 643 Rn. 3 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Busche 2018, BGB § 648a Rn. 2-10.

<sup>48</sup> Vgl. BGH, Beschluss v. 27.10.1983, Az.: I ARZ 334/83, NJW 1984, 739.

kann beispielsweise eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte sein. Zuständig für diese Klageart ist das Gericht, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen wurde.<sup>49</sup>

Neben dem Gerichtsstand, kann die Wahl des Rechts eine vertragliche Vereinbarung sein. Im Vertragsrecht kann die Rechtswahl zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden. Hierbei ist zu unterscheiden, ob bei den Vertragsparteien eine unterschiedliche Verbindung des Rechts verschiedener Staaten vorhanden ist oder ob es sich um „Inlandsfälle“ handelt. Die ROM I-VO gilt für vertragliche Schuldverhältnisse in Zivil- und Handelssachen, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweist (vgl. Art. 1 Abs. 1 ROM I-VO). Sie soll eine Rechtssicherheit zwischen den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten gewährleisten und die Vereinbarung der Rechtswahl erleichtern.<sup>50</sup> Grundsätzlich besteht gemäß Art. 3 Abs. 1 ROM I-VO der Grundsatz der freien Rechtswahl. Der geschlossene Vertrag unterliegt dem, von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben. Die Parteien können die Rechtswahl für ihren ganzen Vertrag oder nur für einen Teil desselben treffen (vgl. Art. 3 Abs. 1 ROM I-VO). Eine Regelung über eine fremde beziehungsweise neutrale Rechtswahl für beide Vertragsparteien ist möglich. Die zwischen den Vertragsparteien getroffene Rechtswahl ist ein eigenständiger Vertrag. Dieser steht mit dem getroffenen Hauptvertrag nicht in Verbindung. Der Vertrag kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. Eine Einschränkung des Grundsatzes der freien Rechtswahl ergibt sich dann, wenn Verbraucherverträge abgeschlossen werden.<sup>51</sup>

## 2.5 NUTZUNGS- UND URHEBERRECHT

In vielen Vertragsverhandlungen wird häufig nicht eindeutig definiert, was die Leistung und was die Gegenleistung der Vertragsparteien sind. Neben den Vereinbarungen über die Höhe und Fälligkeit der Vergütung, wird bei einem Vertragsschluss ebenso nicht eindeutig bestimmt, welche Gegenleistung die Vertragspartei zu erbringen hat. Unklarheiten bestehen deshalb des Öfteren darüber, welche Rechte man mit der vereinbarten Vergütung erwirbt. Aus diesem Grund ist bei der Vertragsgestaltung das Recht an der Nutzung zu vereinbaren. Dieses sogenannte Nutzungsrecht sollte deshalb in Verträgen eindeutig und jederzeit nachvollziehbar sein. Sind bei der Einräumung eines Nutzungsrechts die Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet worden, so bestimmt sich nach dem, von beiden Partnern zugrunde gelegten Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt. Entsprechendes gilt für die Frage, ob ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, ob es sich um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handelt, wie weit Nutzungsrecht und Verbotsrecht reichen und welchen Einschränkungen das Nutzungsrecht unterliegt (vgl. § 31 Abs. 5 UrhG).

Die Gestaltung der Nutzungsrechte in einem Vertrag unterliegt der Vertragsfreiheit. Diese leitet sich von der Privatautonomie ab. Unter Privatautonomie versteht man die grundsätzliche Freiheit, eine Vereinbarung über die eigenen Interessen zu treffen. Dabei sind die Vertragsparteien frei, die Nutzungsrechte nach ihrem Willen zu regeln. Ausgenommen von der Privatautonomie sind zwingende Vorschriften des geltenden Rechts, gesetzliche Verbote oder auch wenn die Vereinbarung sittenwidrig nach § 138 BGB ist.

Die gesetzliche Regelung über die Einräumung von Nutzungsrechten ist in § 31 UrhG geregelt. Diese können in Verträgen persönlich, zeitlich, räumlich und sachlich beschränkt wer-

---

<sup>49</sup> Vgl. Fechner 2017, 4. Kap., Rn. 185.

<sup>50</sup> Vgl. Martiny 2018, Art. 1 ROM I-VO, Rn. 1.

<sup>51</sup> Vgl. Thüsing 2017, Rechtswahlklauseln, Rn. 3 f.

den. Eine persönliche Beschränkung zeigt auf, welcher Personenkreis das Urheberrecht nutzen darf. Das einfache Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist (vgl. § 31 Abs. 2 UrhG). Diese Art des Nutzungsrechts wird in Form einer Lizenz vergeben.<sup>52</sup> Nach § 31 Abs. 3 UrhG berechtigt das ausschließliche Nutzungsrecht den Inhaber, das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und Nutzungsrechte einzuräumen. Es kann bestimmt werden, dass die Nutzung durch den Urheber vorbehalten bleibt. Der zeitliche Aspekt über das Nutzungsrecht kann Regelungen enthalten, welche Werke benutzt werden dürfen. Des Weiteren kann der Zeitraum der Nutzung beschränkt werden. Die räumliche Nutzung des Werkes kann auch als territorialer Geltungsbereich bezeichnet werden. Diese Regelung gibt Auskunft darüber, in welcher Region, in welchem Land oder ob das Werk weltweit benutzt werden darf. Die sachliche Nutzung ist bei einer Vertragsgestaltung über die Nutzungsrechte der bedeutendste Aspekt. Unter der sachlichen Nutzungsregelung ist der Zweck der Nutzung zu definieren. Diese regelt den Grund für die Verwendung des Werkes. Als Beispiel kann das Nutzungsrecht eine Beschränkung über die Verwendung eines Bildes im Internet enthalten. Des Weiteren ist eine Regelung zu treffen, ob das Werk zu privaten oder gewerblichen Zwecken genutzt wird. Unter diesen Punkt fällt auch die Regelung, ob das Werk etwa für Werbemaßnahmen verwendet werden darf.<sup>53</sup>

Neben den Regelungen des Nutzungsrechts in Verträgen, ist ebenso zu beachten, welche rechtlichen Regelungen bei den Originalen von Lichtbildwerken im Sinne von § 2 Abs.1 Nr. 5 UrhG vorgeschrieben sind. Dabei sind die urheberrechtlichen Vorschriften von den eigentumsrechtlichen Regelungen zu differenzieren. Das Werk kann somit als Sache im Eigentumsrecht bezeichnet werden. Ebenso kann das Werk auch in Verbindung mit einem urheberrechtlichen Gestaltungswerk gebracht werden.<sup>54</sup> Im Urheberrecht gibt es keinen Herausgabeanspruch an dem urheberrechtlich geschützten Werk. Der Urheber bleibt stets der Schöpfer des Werkes (vgl. § 7 UrhG). Zulässig ist die Vervielfältigung sowie die unentgeltliche und nicht zu gewerblichen Zwecken vorgenommene Verbreitung eines Bildnisses durch den Besteller des Bildnisses [...] nach § 60 Abs. 1 S. 1 UrhG. Der Urheber des Werkes ist jedoch nicht dazu verpflichtet, das Werk zum Zwecke der Vervielfältigung zur Verfügung zu stellen. Eine Herausgabe der Originale ist vertraglich festzuhalten.<sup>55</sup> Das AG Essen ist der Ansicht, dass „im Zweifel aber davon auszugehen ist, dass eine Pflicht zur Verschaffung des Eigentums an den Negativen nicht vereinbart ist“<sup>56</sup>. Das Original-Werk kann urheberrechtlich jederzeit durch den Urheber veräußert werden (vgl. §§ 17 Abs. 1, 44 UrhG).

Durch das KunstUrhG kann ein Herausgabeanspruch am Recht am eigenen Bild geltend gemacht werden. Ein solcher ist gemäß § 38 KunstUrhG zu bejahen, wenn das Recht am eigenen Bild bereits verletzt ist oder die Annahme besteht, dass dieses verletzt wird.<sup>57</sup>

## 2.6 RECHTSKONFORME AUFNAHME VON BILDERN

Für die Erstellung von Bildaufnahmen sind urheber- und eigentumsrechtliche Regelungen zu beachten. Das deutsche Urheberrecht trat am 9. September 1965 in Kraft. Ziel des Gesetzes ist der Schutz des geistigen Eigentums für Urheber der Werke in den Bereichen Literatur,

---

<sup>52</sup> Vgl. Fechner 2017, 5. Kap., Rn. 38.

<sup>53</sup> Vgl. Rau 2017, S. 365 ff..

<sup>54</sup> Vgl. Schulze 2015, UrhG § 44, Rn. 1.

<sup>55</sup> Vgl. LG Hannover, Urt. v. 30.06.1988, Az.: 16 S 97/88, NJW-RR 1989, 53 f.

<sup>56</sup> AG Essen, Urt. v. 31.10.1988, Az.: 12 C 562/88, BeckRS 2011, 06716.

<sup>57</sup> Vgl. LG Hannover, Urt. v. 30.06.988, Az.: 16 S 97/88, NJW-RR 1989, 54.

Kunst und Wissenschaft. Die Urheberschaft wird durch das „Schöpfungsprinzip“ erteilt. Die Person, die das betreffende Werk geschaffen hat, ist gemäß § 7 UrhG Urheber des Werkes. Die Schutzfähigkeit des Werkes für den Urheber beginnt mit der Entstehung des Werkes<sup>58</sup> und endet gemäß § 64 UrhG 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Die durch das Urheberrecht geschützten Werke im Sinne des § 2 Abs. 1 UrhG setzen eine persönliche geistige Schöpfung voraus. Schöpfer eines Werkes können durch die Voraussetzung der persönlichen geistigen Schöpfung nach § 2 Abs. 2 UrhG ausschließlich natürliche Personen sein.<sup>59</sup> Unter den Werkbegriff fällt beispielsweise die Baukunst im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG. Zu der Bezeichnung Baukunst zählen, neben „Einfamilienhäuser, Fabrikbauten, Geschäftshäuser, Kirchen und Museen, [...] auch Brücken, Denkmäler, Plätze, Gartenanlagen, Inneneinrichtungen oder Kulissen [sind geschützt], soweit sie die im Urheberrecht vorausgesetzte Individualität aufweisen“<sup>60</sup>.

Gemäß § 29 Abs. 1 UrhG ist das Urheberrecht nicht übertragbar. Der Urheber eines Werkes hat jedoch die Möglichkeit, Dritten gegenüber Verwertungsrechte einzuräumen, oder einer anderen Person ein Nutzungsrecht zu übertragen. Die Verwertungsrechte nach §§ 15 ff. UrhG beschreiben die Art und Weise wie das Werk von Dritten genutzt werden darf. Die urheberrechtlichen Regelungen über das Nutzungsrecht geben dem Urheber des Werkes die Sicherheit über den Fortgang seines Werkes. Bei der Übertragung von Nutzungsrechten ist zwischen einem ausschließlichen und einem einfachen Nutzungsrecht zu differenzieren. Beim ausschließlichen Nutzungsrecht nach § 31 Abs. 3 UrhG ist der Inhaber dieses Recht alleine und unter Ausschluss aller anderen Personen berechtigt, das Werk zu nutzen. Der Urheber selbst kann von der Nutzung des Werkes gemäß § 31 Abs. 3 UrhG ausgeschlossen werden. Das einfache Nutzungsrecht in Sinne des § 31 Abs. 2 UrhG, auch Lizenz genannt, stellt eine Berechtigung für den Inhaber dieses Rechtes dar, das Werk auf eine festgelegte Art und Weise zu nutzen. Bei beiden Nutzungsrechtsarten steht es dem Urheber frei, welche Rechte und unter welchen Bedingungen er ein Nutzungsrecht einräumen will. Basis eines Nutzungsrechts bildet eine vertragliche Regelung zwischen dem Urheber und einer dritten Person.<sup>61</sup>

Das Eigentum ist durch Art. 14 des Grundgesetzes geschützt. Dabei steht es dem Eigentümer eines Grundstückes frei, zu bestimmen, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen sein Grundstück betreten werden darf. Als Grundstückseigentümer hat er das Recht, die Aufnahme von Bildern auf seinem Grundstück zu verbieten und Aufnahmen, die auf seinem Grundbesitz gemacht worden sind, eine Veröffentlichung zu untersagen.<sup>62</sup> Die sogenannte Panoramafreiheit findet auf privaten Grundstücken keine Anwendung.<sup>63</sup> Die Panoramafreiheit ist in § 59 UrhG geregelt und bezweckt eine Einwilligungsbefreiung für Abbildungen von öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen. Ohne die Regelung über die Panoramafreiheit wäre in der Praxis eine Einwilligung für eine Aufnahme einer Straße notwendig. Voraussetzung für eine zulässige Panoramafreiheit ist, dass die Abbildung von einem öffentlichen Weg sichtbar ist.<sup>64</sup>

---

<sup>58</sup> Vgl. Fechner 2017, 5. Kap., Rn. 19.

<sup>59</sup> Vgl. Schulze 2015, § 7 Rn. 1 f.

<sup>60</sup> Schulze 2015, § 2 Rn. 181.

<sup>61</sup> Vgl. Fechner 2017, 5. Kap., Rn. 37.

<sup>62</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2010, Az.: V ZR 45/10, NJW 2011, 749.

<sup>63</sup> Vgl. Wagenknecht/ Tölle 2015, S. 42.

<sup>64</sup> Vgl. Wagenknecht/ Tölle 2015, S. 36 f.

## 2.7 EINGRIFF IN DIE PRIVATSPHÄRE DRITTER

Bei der rechtlichen Prüfung eines Eingriffs in die Privatsphäre Dritter ist zwischen der Aufnahme und der Verbreitung beziehungsweise der Öffentlichkeit zur Schau stellen eines Bildnisses zu differenzieren. Unter dem Begriff „Bildnis“ kann man dabei, neben der Fotografie von einer oder mehreren Personen, auch äußere Erscheinungsbilder einer Person, wie beispielsweise Zeichnungen, Comics oder Karikaturen verstehen.<sup>65</sup> Der Fokus dieses Unterabschnittes liegt auf Bildnissen, die Personen ablichten.

Durch die Herstellung eines Bildes kann in das Recht am eigenen Bild eingegriffen werden. Das sogenannte Recht am eigenen Bild ist Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes. Als Rahmenrecht ist das Persönlichkeitsrecht nicht abschließend und soll jedes Individuum mit eigenen Rechten in seinem sozialen Umfeld schützen. Unter dem Schutzbereich stehen die Privatsphäre jedes Einzelnen sowie das Recht auf eine freie Entfaltung der eigenen Persönlichkeit. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Sinne des Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG dient hierbei zur Abwehr von möglichen Beeinträchtigungen.<sup>66</sup> Eine Bildaufnahme einer Person resultiert in einem Kontrollverlust und den Verlust der Verfügungsgewalt über das aufgenommene Bildnis.<sup>67</sup> Unberechtigt erstellte Aufnahmen, beispielsweise durch kleine Mobiltelefone mit integrierten Digitalkameras, sind für betroffene Personen nur schwer ermittelbar. Aus diesem Grund ist eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht eindeutig bestimmbar. Der angemessene Schutzbereich im allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist deshalb im Einzelfall abzuwägen. Hierbei spielt die jeweilige Situation, in der die betroffene Person abgelichtet wird, eine bedeutende Rolle. Als Beispiel ist etwa eine gewöhnliche Alltagssituation zu nennen, bei der die betroffene Person nicht erwarten muss, abgelichtet zu werden.<sup>68</sup> Erstellte Bildnisse aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich werden gemäß § 201a StGB unter Strafe gestellt. Des Weiteren ist auch die Privatsphäre jedes Einzelnen im Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts enthalten.

Neben den Regelungen zur Anfertigung von Aufnahmen, regeln die §§ 22 f. KunstUrhG das Recht am eigenen Bild. Nach der Leitsatzentscheidung des BGH im Jahre 2010 sichern „die in §§ 22 f. KunstUrhG normierten besonderen Ansprüche [...] im Ausgangspunkt das alleinige Verfügungsrecht jedes Menschen über die Darstellung seiner Person, die seine äußere Erscheinung in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergibt“<sup>69</sup>. Ein Bildnis im Sinne des § 22 S. 1 KunstUrhG ist beispielsweise eine fotografische Aufnahme. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Bild zu beruflichen oder privaten Zwecken abgelichtet wurde, sowie, ob es bewusst oder unbewusst aufgenommen wurde. Nach § 22 S. 1 KunstUrhG ist beim Recht am eigenen Bild zwischen der Verbreitung und der Öffentlichkeit zur Schau stellen von Bildern zu differenzieren. Der Begriff „Verbreiten“ definiert sich als jede körperliche Verwertung von Bildnissen. Nicht zu beachten ist hierbei, ob das Bildnis mit finanziellen Absichten, unentgeltlich oder als Geschenk verbreitet wird.<sup>70</sup> Unbeachtlich ist außerdem die Form des Bildnisses. Eine Verbreitung im Sinne des § 22 KunstUrhG sind Aufnahmen in Printform, als Ausdruck oder in digitaler Form.<sup>71</sup> Die zweite Alternative des § 22 S.1 KunstUrhG, der öffentlichen Zurschaustellung von Aufnahmen, wird als Zugänglichmachen des Bildes gegenüber Dritten

<sup>65</sup> Vgl. Wagenknecht/ Tölle 2015, S. 14 f.

<sup>66</sup> Vgl. Di Fabio 2017, GG Art. 2 Abs. 1, Rn. 147.

<sup>67</sup> Vgl. OLG Hamburg, Beschluss v. 05.04.2012, Az.: 3-14/12, ZUM-RD 2012, 463.

<sup>68</sup> Vgl. Fechner 2017, 4. Kap., Rn. 31.

<sup>69</sup> BGH, Ur. v. 26.10.2010, Az.: VI ZR 230/08, NJW 2011, 744, Rn. 9.

<sup>70</sup> Vgl. Specht 2015, KUG § 22, Rn. 9.

<sup>71</sup> Vgl. OLG Frankfurt/M., Ur. v. 15.06.2004, Az.: 11 U 5/04, MMR 2004, 683.

in der Öffentlichkeit beschrieben. Diese Fallkonstellation ist bereits dann gegeben, wenn es Dritten möglich ist, das Bild wahrzunehmen. Beispiele hierfür können Museen, Schaufenster oder das Internet sein.<sup>72</sup> Bei der Verbreitung sowie bei der öffentlichen Zurschaustellung von Bildnissen bedarf es grundsätzlich der Einwilligung des auf der Aufnahme abgebildeten Personenkreises. Des Weiteren ist eine Einwilligung auch erforderlich, wenn die Aufnahme in irgendeiner Weise be- oder nachbearbeitet wurde, weshalb die Einholung einer derartigen Einwilligung auch hier von Vorteil ist. Eine Einwilligung ist dann nicht erforderlich, wenn die jeweilige Person auf der Aufnahme nicht mehr erkennbar ist.<sup>73</sup> Eine Erkennbarkeit einer Person wird bereits angenommen, wenn die betroffene Person vom Bekannten- oder Freundeskreis aufgrund individualisierender Merkmale identifiziert werden kann. Als individualisierende Merkmale können beispielsweise die Haarfarbe beziehungsweise Frisur, der Ohrschmuck, die Gesichtsform oder die Kleidung in Betracht kommen.<sup>74</sup> Eine Einwilligung der abgebildeten Person gilt im Zweifel als erteilt, wenn anzunehmen ist, dass die Person für die Abbildung eine Entlohnung erhalten hat (vgl. § 22 S. 2 KunstUrhG). Eine Einwilligung ist unter den, in § 23 KunstUrhG aufgeführten Voraussetzungen für verbreitete oder der Öffentlichkeit zur Schau gestellte Bildnissen nicht erforderlich. Gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1-4 KunstUrhG ist eine Einwilligung auch entbehrlich, wenn es sich um ein Bildnis mit zeitgeschichtlicher Bedeutung handelt oder die abgebildete Person keinen Einfluss auf das Thema des Bildes hat und somit lediglich als „Beiwerk“ fungiert. Ebenso ist solches Beiwerk zu bejahen, wenn die betroffene Person als Teilnehmer an Versammlungen, Aufzügen oder ähnlichen Vorgängen aufzufinden ist oder das Bildnis einem höheren Interesse der Kunst dient und nicht auf Bestellung angefertigt wurde. Die gesetzlichen Regelungen der § 23 Abs. 1 Nr. 1-4 KunstUrhG greifen nur, wenn das Recht am eigenen Bilde nicht schwerer wiegt, als das öffentliche Informationsinteresse (vgl. § 23 Abs. 2 KunstUrhG).

Neben den urheberrechtlichen Regelungen über die Privatsphäre Dritter, sind auch datenschutzrechtliche Aspekte zu betrachten. Die seit dem 25.05.2018 unmittelbar geltende Datenschutz-Grundverordnung (VO (EU) 2016/679) soll das bis dato geltende Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in weiten Teilen ersetzen und in der gesamten Europäischen Union einheitliche datenschutzrechtliche Standards setzen. Das BDSG ist gegenüber der DSGVO nachrangig anzuwenden. Ausgenommen von der Subsidiarität des BDSG sind die 70 Öffnungsklauseln, die es den Mitgliedsstaaten der EU frei überlassen, wie die Regelungen der DSGVO konkretisiert werden.<sup>75</sup> Gemäß Art. 1 Abs. 1 der DSGVO hat die Datenschutz-Grundverordnung als Ziel den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und beim freien Verkehr solcher Daten. Die DSGVO schützt die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 1 Abs. 2 DSGVO. Grundlage für das deutsche Datenschutzrecht ist dabei das deutsche Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die informationelle Selbstbestimmung regelt, dass jeder Einzelne das Recht hat, zu bestimmen, für was seine persönlichen Daten verwendet werden und wer diese erhält.<sup>76</sup>

Die Bezeichnung „personenbezogene Daten“ im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind alle Informationen, die auf einen Bezug zu einer natürlichen Person schließen. Zum Beispiel handelt es sich bei Namen, Alter, Geschlecht, Geburtsdatum oder der Adresse um personen-

---

<sup>72</sup> Vgl. Specht 2015, KUG § 22, Rn. 10.

<sup>73</sup> Vgl. Wagenknecht/ Tölle 2015, S. 14 f.

<sup>74</sup> Vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 19.01.2006, Az.: 2/03 O 468/05, NJW-RR 2007, 116.

<sup>75</sup> Vgl. Schantz 2016.

<sup>76</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az.: 1 BvR 209/83, BeckRS 1983, 107398.

bezogene Daten.<sup>77</sup> Des Weiteren sind Bildnisse oder Videoaufzeichnungen von Personen als Daten mit Personenbezug zu definieren.<sup>78</sup> Durch die DSGVO wird die Thematik rund um die IT-Sicherheit einen höheren Stellenwert erhalten. Der Grundsatz, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen umzusetzen, ist Teil einer erhöhten IT-Sicherheit. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO müssen personenbezogene Daten in einer Weise verarbeitet werden, die eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten gewährleistet, einschließlich Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung und vor unbeabsichtigtem Verlust, unbeabsichtigter Zerstörung oder unbeabsichtigter Schädigung durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen. Diese gelten dann als geeignet, wenn sie ein angemessenes Schutzniveau sicherstellen und eine Entgegenwirkung von Bedrohungen garantieren.<sup>79</sup>

Gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten dann zulässig, wenn ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vorliegt, oder die betroffene Person dazu eingewilligt hat. Der Begriff „Verarbeitung“ definiert sich nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO als jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten, wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung und schließlich das Löschen oder die Vernichtung. Eine Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO liegt dann vor, wenn sie für einen bestimmten Fall freiwillig in informierter Weise und durch eine unmissverständliche Willensbekundung abgegeben wurde. Eine Einwilligung mit dem Einverständnis zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten der Betroffenen setzt eine Erklärung oder eine eindeutig bestätigende Handlung voraus.

## **2.8 VORSCHRIFTEN ZUR NUTZUNG VON ERHOBENEN DATEN**

Die aus Marktforschungsaktivitäten gewonnenen Datenmaterialien sind für ein Unternehmen von enormer Bedeutung. Sie können sowohl für Marketingmaßnahmen als auch für statistische Zwecke hilfreich sein. Im Folgenden werden die gesetzlichen Regelungen zu beiden Aspekten erläutert.

Zur Förderung des Absatzes ist eine Bewerbung der eigenen Waren und Dienstleistungen erforderlich. Resultierend je nach Werbemaßnahmen, findet dabei eine Verbreitung personenbezogener Daten statt. Je nach Einsatz verschiedener Werbekanäle kann es hier zu unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen kommen. Eine gesetzliche Regelung in der DSGVO zur Thematik „Werbung“ fehlt.<sup>80</sup> Art. 21 DSGVO verwendet innerhalb des Widerspruchsrechts die Begrifflichkeit der „Direktwerbung“. Unter dieser wird eine Bewerbung der eigenen Produkte oder Dienstleistungen eines Unternehmens gefasst.<sup>81</sup> Die Werbemaßnahme muss dabei der bereits gekauften Waren oder Dienstleistungen ähneln und denselben typischen Verwendungszweck haben.<sup>82</sup> Durch die Vorschriften der DSGVO soll eine höhere Transparenz gewährleistet werden. Dabei muss für die betroffene Person ohne weiteres sichtbar sein, wer der Absender der Werbung ist. Sind die Daten nicht aufgrund einer vergangenen

---

<sup>77</sup> Vgl. Ernst 2018, DSGVO Art. 4, Rn. 14.

<sup>78</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.2014, Az.: C 212/13, DAR 2015, 76.

<sup>79</sup> Vgl. Schläger 2018, Teil G, Rn. 9.

<sup>80</sup> Vgl. Ertel 2018, Teil D, Rn. 36.

<sup>81</sup> Vgl. Ertel 2018, Teil D, Rn. 47.

<sup>82</sup> Vgl. OLG Jena, Urt. v. 21.04.2010, Az.: 2 U 88/10, NJOZ 2011, 1164.

Geschäftsbeziehung erlangt worden, so muss die werbende Stelle in der Werbung die Herkunft der Daten angeben. Gemäß Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO müssen zur Verbreitung die Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten gewährleistet sein, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Der Erwägungsgrund 47 S. 7 der DSGVO weist zusätzlich darauf hin, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden kann. Neben einem solchen berechtigten Interesse, ist zudem abzuwägen, an welchem Punkt ein schutzwürdiges Interesse einer Direktwerbung entgegensteht. Angenommen wird dies grundsätzlich, wenn die betroffene Person von ihrem Widerspruchsrecht (vgl. Art. 21 DSGVO) Gebrauch macht oder auf eine andere Art und Weise zu erkennen gegeben hat, dass sie an einer Werbung kein Interesse hat. Folglich gibt die betroffene Person zu erkennen, dass ihre personenbezogenen Daten nicht mehr für Werbung verwendet werden dürfen.<sup>83</sup>

Die betreffenden Akteure können ihre Waren oder Dienstleistungen auch in elektronischer Form bewerben. So kann die Werbung etwa mittels E-Mail versendet werden. Für eine rechtskonforme Werbung ist, wie bereits im vorherigen Absatz erläutert, die Interessen des betreffenden Personenkreises abzuwägen. Bei der Interessenabwägung ist bei Werbung in elektronischer Form die gesetzliche Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu beachten. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig (vgl. § 7 Abs. 1 UWG). Die im Gesetzestext vorausgesetzte Einwilligung kann hier in mündlicher Form abgegeben werden. Aufgrund der Beweislast in einem Streitfall ist jedoch eine Einwilligung in schriftlicher Form empfehlenswert.<sup>84</sup>

Neben der Direktwerbung und der elektronischen Werbung, sind nach der Rechtsprechung des OLG Dresden Anfragen über die Kundenzufriedenheit auch als Werbung im Sinne des § 7 UWG einzustufen.<sup>85</sup> Den Betroffenen steht nach Art. 21 DSGVO ein Widerspruchsrecht zu. Dieses kann jederzeit unentgeltlich geltend gemacht werden. Des Weiteren besteht ein Geltungsbereich unabhängig vom Werbekanal. Das geltend gemachte Widerspruchsrecht hat zur Folge, dass das Interesse der betroffenen Person an einem Verarbeitungsverbot der personenbezogenen Daten überwiegt. Die werbende Stelle darf nach einem Widerspruch die personenbezogenen Daten der betroffenen Person nicht mehr verarbeiten (vgl. Art. 21 Abs. 3 DSGVO). Das Widerspruchsrecht darf der betroffenen Person nicht in versteckter oder komplizierter beziehungsweise unverständlicher Weise in Verträgen oder AGB formuliert werden. Das Recht auf Widerspruch ist ausdrücklich mit der Datenerhebung (vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. b DSGVO) und mit der ersten Kommunikation zu erwähnen.

Die Umsetzung bei einer Geltendmachung des Widerspruchsrechts ist unverzüglich vorzunehmen. Aufgrund einer Planungszeit der Werbemaßnahmen ist bei einer Direktwerbung unter dem Begriff „unverzüglich“ ein abschließender Umsetzungszeitraum von maximal vier Wochen zu verstehen.<sup>86</sup> Der Betroffene ist von der werbenden Stelle über die Umsetzung des Widerspruchs zu informieren. Dabei soll erwähnt werden, dass der Widerspruch eingegangen und vermerkt worden ist. Darüber hinaus ist die betroffene Person darüber zu in-

---

<sup>83</sup> Vgl. Ertel 2018, Teil D, Rn. 37-42.

<sup>84</sup> Vgl. Ertel 2018, Teil D, Rn. 56.

<sup>85</sup> Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 26.04.2016, Az.: 14 U 1773/15, GRUR-Prax 2016, 245.

<sup>86</sup> Vgl. LG Freiburg, Urt. v. 14.01.2016, Az.: 3 S 227/14, GRUR-RS 2016, 01394.

formieren, dass es aufgrund von längerfristigen Planungen der Werbemaßnahmen möglich sein kann, dass es in den kommenden Tagen, trotz des Widerspruchs, möglich ist, Werbung von der werbenden Stelle zu erhalten, da die Werbemaßnahmen bereits fortgeschritten sind.<sup>87</sup> Bei einem solchen Widerruf dürfen die Anforderungen nicht strenger als bei der Einwilligung sein. Ist die Einwilligung über eine Maske auf der Homepage der werbenden Stelle erfolgt, so darf der Widerruf beispielsweise nicht die Voraussetzung des postalischen Weges haben.<sup>88</sup> Unzulässige Verarbeitungen von personenbezogenen Daten zu Werbezwecken können Geldbußen zur Folge haben (vgl. Art. 83 Abs. 5 lit. a DSGVO).<sup>89</sup>

Ziel und Zweck der DSGVO ist die Stärkung der Transparenz. Dabei regelt Art.5 Abs. 1 lit b DSGVO den Kernbereich des Datenschutzes. Demnach dürfen Daten mit Personenbezug nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und nicht in einer, mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Diese Regelung stellt den Zweckbindungsgrundsatz dar. Dieser bildet den Kern des Datenschutzes, da er zur Beurteilung wesentliche Fragestellungen in Bezug auf die Zulässigkeit einer Verarbeitung von Daten besteht. Der von der verantwortlichen Stelle verfolgte Zweck ist vor Beginn der Verarbeitung festzulegen. Dieser sollte aufgrund der in der DSGVO enthaltenen Dokumentations- und Nachweispflichten schriftlich oder elektronisch festgehalten werden. Die verantwortliche Stelle hat eine Nachweispflicht des verfolgten Zweckes inne. Der Zweck muss dabei so beschrieben werden, dass die betroffene Person ohne weiteres das verfolgte Ziel der verantwortlichen Stelle erkennt. Zudem muss auch die Art der Zielerreichung festgehalten werden. Eine Eindeutigkeit des Zweckes ist beispielsweise bei den Begrifflichkeiten „Marketing“ oder „Verbesserung der Benutzerfreundlichkeit“ nicht gegeben.<sup>90</sup>

Neben dem festgehaltenen Zweck für eine Verbreitung personenbezogener Daten, kann es für ein Unternehmen von Interesse sein, die personenbezogenen Daten zu einem späteren Zeitpunkt auch für andere Zwecke zu verwenden. Eine Lockerung des Zweckbindungsgrundsatzes ist in Art. 6 Abs. 4 DSGVO geregelt. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten für andere Zwecke als die, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, sollte nur dann zulässig sein, wenn die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist (vgl. EG 50 DSGVO). Eine Änderung des Zweckes ist gemäß Art. 6 Abs. 4 DSGVO zulässig, wenn eine Rechtsgrundlage oder eine Einwilligung des Betroffenen vorliegen. Eine Rechtsgrundlage oder eine Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn die Weitervergabe für im öffentliche Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke als vereinbar mit dem ursprünglichen Zweck gilt (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO).

## **2.9 DATENSCHUTZRECHTLICHE VORSCHRIFTEN ÜBER PERSONENBEZOGENE DATEN**

Der Umfang der Speicherung von persönlichen Kundendaten hat in den vergangenen Jahren stetig zugenommen. Um in der EU ein einheitliches Datenschutzniveau zu gewährleisten, ist in Deutschland am 25.05.2018 die DSGVO in Kraft getreten. Durch die zahlreichen Öffnungs- und Spezifizierungsklauseln sind die EU-Mitgliedsstaaten aufgefordert, einzelne Regelungen jeweils für ihr Land zu konkretisieren. Die Öffnungs- und Spezifizierungsklauseln

---

<sup>87</sup> Vgl. Ertel 2018, Teil D, Rn. 121 ff.

<sup>88</sup> Vgl. Ertel 2018, Teil D, Rn. 128.

<sup>89</sup> Vgl. Ertel 2018, Teil D, Rn. 132.

<sup>90</sup> Vgl. Thode 2018, Teil A, Rn. 124-129.

wurden durch den Deutschen Bundestag in einem Gesetzesentwurf angepasst und befinden sich im Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (DSAnpUG-EU), welches ebenso seit dem 25.05.2018 wirksam ist. Wesentlicher Bestandteil des DSAnpUG-EU ist die neue und an die DSGVO angepasste Fassung des BDSG (BDSG-neu). In Deutschland ist das BDSG-neu subsidiär zur DSGVO anwendbar.<sup>91</sup> Die Vorschriften für die Verarbeitung von Kundendaten sind in Art. 6 DSGVO geregelt. Dieser stellt eine zentrale Regelung für die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten dar. Im ersten Absatz des Art. 6 DSGVO stehen die Bedingungen, wofür mindestens eine Bedingung für eine rechtmäßige Verarbeitung der personenbezogenen Daten vorliegen muss. Für eine Rechtmäßigkeit wird die Konstruktion „Verbot mit Erlaubnistatbestand“ angewendet. So wird im Datenschutzrecht davon ausgegangen, dass grundsätzlich alles verboten ist, jedoch mit etwaigen Ausnahmeregelungen.<sup>92</sup> Die Rechtsprechung des EuGH hat dabei entschieden, dass die, in Art. 6 der DSGVO aufgelisteten Bedingungen als abschließend zu bewerten sind.<sup>93</sup>

Eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO rechtmäßig, wenn diese für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen. Durch Zustandekommen eines Vertrages wird der Austausch von Leistungen oder Gütern fällig. Im Gegenzug benötigt der Verkäufer Informationen und Daten für eine Erfüllung des Vertrages. Unter dem Begriff „Erfüllung“ sind, neben den Leistungspflichten, auch die aus dem Vertrag sich ergebenden Nebenpflichten enthalten.

Ein zentrales Kriterium im Datenschutzrecht ist die Erforderlichkeit der Verarbeitung. Eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten gilt als erforderlich, wenn ein Vertrag ohne die Daten nicht so erfüllt werden würde, wie die Vertragsparteien es in der Vereinbarung getroffen hatten. Die Daten müssen somit für die Vertragserfüllung unverzichtbar sein. Als maßgeblich für eine Erforderlichkeit ist ein Bestehen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen der Verarbeitung und dem konkreten Vertragszweck anzusehen.

Bei einer vorvertraglichen Maßnahme ist eine Anfrage des Kunden Voraussetzung. Als eine vorvertragliche Maßnahme ist die Phase zwischen der Vorbereitung und der Anbahnung des Auftrages zu verstehen. Bereits in diesem Stadium kann die Verarbeitung personenbezogener Daten vorausgesetzt werden. Als Beispiel ist hierfür eine Anfrage für einen Darlehensvertrag bei der Bank zu nennen. Die Verarbeitung ist auch dann rechtmäßig, wenn kein Vertrag zustande kommt.<sup>94</sup>

Durch die DSGVO sollen die Rechte der Betroffenen weiter gestärkt werden. Diese sind speziell im dritten Kapitel der DSGVO geregelt. Die Rechte sollen den betroffenen Personen ermöglichen, ihre Interessen bezüglich des Umgangs mit personenbezogenen Daten geltend zu machen sowie durchzusetzen.<sup>95</sup> Gemäß Art. 12 DSGVO sind die Auskünfte von Verantwortlichen gegenüber den Betroffenen kostenfrei und innerhalb eines Monats durchzuführen. Hierfür sind vom Verantwortlichen geeignete Maßnahmen zu treffen, um der betroffenen Person alle Informationen gemäß der Artikel 13 und 14 und alle Mitteilungen gemäß der Artikel 15 bis 22 und Artikel 34, die sich auf die Verarbeitung beziehen, in präziser, transparen-

---

<sup>91</sup> Vgl. Kühling 2017.

<sup>92</sup> Vgl. Albers 2017, DSGVO Art. 6, Rn. 12.

<sup>93</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.2011, Az.: C-468/10 i. V. m. Albers 2017, DSGVO Art. 6, Rn. 15.

<sup>94</sup> Vgl. Albers 2017, DSGVO Art. 6, Rn. 29-33.

<sup>95</sup> Vgl. Thode 2018, Teil A, Rn. 148.

ter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln (vgl. Art. 12 Abs. 1 S. 1 DSGVO).

Das Recht auf Auskunft nach Art. 15 DSGVO ist dabei ein zentrales Recht im Datenschutzrecht für betroffene Personen. Für diese ist es möglich zu erfahren, ob personenbezogenen Daten über sie gespeichert worden sind. Wird die Auskunft über die Speicherung von personenbezogenen Daten der betroffenen Person bejaht, kann die Person Auskunft darüber verlangen, welche personenbezogenen Daten vom Verantwortlichen gespeichert wurden.<sup>96</sup> Gemäß Art. 15 Abs. 1 DSGVO können im Auskunftsrecht folgende Ansprüche auf Mitteilung der gespeicherten Informationen geltend gemacht werden:

- die Verarbeitungszwecke;
- die Kategorien personenbezogener Daten, die verarbeitet werden;
- die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind oder noch offengelegt werden, insbesondere bei Empfängern in Drittländern oder bei internationalen Organisationen;
- falls möglich die geplante Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden, oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer;
- das Bestehen eines Rechts auf Berichtigung oder Löschung der sie betreffenden personenbezogenen Daten oder auf Einschränkung der Verarbeitung durch den Verantwortlichen oder eines Widerspruchsrechts gegen diese Verarbeitung;
- das Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde;
- wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden, alle verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten;
- das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und – zumindest in diesen Fällen – aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

Mit dem Inkrafttreten der DSGVO ist der Verantwortliche, gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO dazu verpflichtet, der betroffenen Person eine Kopie als Auskunft ihrer personenbezogenen Daten zu übermitteln.

Im Folgenden können, wenn ein Auskunftsrecht im Sinne des Art. 15 DSGVO vorliegt, weitere Rechte geltend gemacht werden. Nach Art. 16 DSGVO kann vom Verantwortlichen eine Berichtigung der gespeicherten personenbezogenen Daten verlangt werden. Neben dem Recht auf Berichtigung, kann die betroffene Person ein Recht auf Löschung nach Art. 17 DSGVO geltend machen. Die Begrifflichkeit „Löschen“ wird in der DSGVO nicht definiert.<sup>97</sup> Nach § 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG-alt ist Löschen als unkenntlich machen gespeicherter personenbezogener Daten zu definieren. „Das unkenntlich machen ist jede Handlung, die dazu führt, dass Daten nicht mehr zur Kenntnis genommen und Informationen nicht länger aus gespeicherten Daten gewonnen werden können“<sup>98</sup>. Das Löschungsrecht, auch Recht auf Vergessenwerden genannt, verpflichtet den Verantwortlichen auf Verlangen der betroffenen

<sup>96</sup> Vgl. Thode 2018, Teil A, Rn. 150 ff.

<sup>97</sup> Vgl. Thode 2018, Teil A, Rn. 161.

<sup>98</sup> Schild 2018, § 3, Rn. 86.

Person, die personenbezogenen Daten zu löschen. Die gespeicherten Daten können gelöscht werden, wenn einer der vorausgesetzten Tatbestände des Art. 17 Abs. 1 DSGVO vorhanden ist. Befreit vom Recht auf Löschung der personenbezogenen Daten sind Verantwortliche, sofern einer der Tatbestände nach Art. 17 Abs. 3 DSGVO erfüllt ist. Dies liegt beispielsweise dann vor, wenn die Informationen für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung nach Art. 17 Abs. 3 lit. b DSGVO benötigt werden. Die steuer- und handelsrechtlichen Aufbewahrungspflichten gemäß § 147 AO und § 257 HGB sind für einen Unternehmer weiterhin verpflichtend, da hier eine rechtliche Verpflichtung erfüllt wird.<sup>99</sup>

Ein weiteres Recht, das Betroffene bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten haben, ist das Widerspruchsrecht. Die betroffene Person kann beim Verantwortlichen Widerspruch gegen die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einlegen (vgl. Art. 21 Abs. 1 DSGVO). Dieses Widerspruchsrecht gilt ausschließlich für die gesetzlichen Erlaubnistatbestände. Die betroffene Person ist bei einem Widerspruch dazu verpflichtet, die besonderen Umstände hierfür darzulegen sowie auch zu beweisen.<sup>100</sup>

Ein Verstoß der Betroffenenrechte gemäß Art. 12 ff. DSGVO kann durch die Aufsichtsbehörde ein Bußgeld nach sich ziehen (vgl. Art. 83 Abs. 5 DSGVO). Durch die hohen Strafsummen möchte die DSGVO den Betroffenenrechten einen höheren Stellenwert geben. Diese dürfen ausschließlich von der betroffenen Person geltend gemacht werden. Teilt der Verantwortliche einer anderen Person die personenbezogenen Daten mit, so unterzieht er sich einem Bußgeld. Vor der Durchführung der Betroffenenrechte ist nach Art. 12 Abs. 1 S. 3 DSGVO die Identität der betroffenen Person zu überprüfen. Eine bestimmte Form zur Einreichung der Betroffenenrechte ist dabei gesetzlich nicht vorgeschrieben.<sup>101</sup>

## **2.10 HAFTUNGSASPEKTE**

Nachfolgend sollen nun die rechtlich relevanten Vorschriften bezüglich der Haftung aufgezeigt werden. Der Fokus für die Haftungsregelungen liegt dabei auf den werkvertraglichen Vorschriften. Dazu werden die Thematiken der Mängelgewährleistungsrechte, der außervertraglichen Verschuldungshaftung, die aus dem Vertrag resultierenden wesentlichen Pflichten, die Gefährdungshaftung sowie die höhere Gewalt dargestellt.

Ein Unternehmer ist bei einem Werkvertrag im Sinne des §§ 631 ff. BGB dazu verpflichtet, das im Vertrag vereinbarte Werk frei von Mängeln dem Kunden zu überlassen. Dabei ist zwischen einem Sach- und Rechtsmangel nach § 633 BGB zu differenzieren. Gemäß § 633 Abs. 3 BGB ist ein 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. Um einen Sachmangel nach § 633 Abs. 2 BGB feststellen zu können, ist die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit zwischen den Vertragsparteien im Vertrag zu beachten. Ein Sachmangel liegt nach § 633 Abs. 2 BGB dann vor, wenn eine andere, wie im Vertrag geregelte Beschaffenheit vorliegt oder nicht für eine gewöhnliche Verwendung geeignet ist. Ist bei der Abnahme des Werkes ein Sachmangel vorhanden, richten sich die Rechte des Kunden nach § 634 BGB. § 634 BGB stellt eine zentrale Norm für die Mängelgewährleistungsrechte im Werkvertrag dar. Der Kunde hat primär das Recht bei vorhandenen Mängeln auf Nacherfüllung gemäß §§ 634 Nr.1, 635 BGB. Zu unterscheiden ist, ob es sich um einen behebbaren oder nicht behebbaren Mangel handelt. Der Auftragnehmer hat nach § 635 Abs. 1 BGB das

---

<sup>99</sup> Vgl. Thode 2018, Teil A, Rn. 166.

<sup>100</sup> Vgl. Thode 2018, Teil A, Rn. 179 ff.

<sup>101</sup> Vgl. Thode 2018, Teil A, Rn. 183-189.

Wahlrecht, ob der behebbaren Mangel beseitigt wird oder eine Neuherstellung des Werkes erfolgt. Es wird davon ausgegangen, dass der Unternehmer aufgrund seines Fachwissens besser entscheiden kann, welche die vorteilhaftere und kostengünstigere Vorgehensweise zur Nacherfüllung ist.<sup>102</sup> Die Kosten für die Nacherfüllung hat der Unternehmer zu tragen (vgl. § 635 Abs. 2 BGB). Bei einem behebbaren Mangel ist dem Unternehmer eine angemessene Frist nach § 323 Abs. 1 BGB zu setzen. Eine angemessene Frist ist unter den, in § 323 Abs. 2 BGB aufgelisteten Voraussetzungen nicht erforderlich. Sind eine Mängelbeseitigung oder eine Neuherstellung des Werkes aufgrund von nicht behebbaren Mängeln oder sonstigen Gründen unmöglich, es entfällt die Nacherfüllung gemäß § 275 Abs. 1 BGB. Diese Fallkonstellation liegt zum Beispiel dann vor, wenn die mangelhafte Werkleistung eine vollständige Zerstörung zur Folge hat.<sup>103</sup> Der Unternehmer kann die Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigern, wenn die Beseitigung des Mangels oder das Wiederherstellen des Werkes mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sind. Dies stellt für den Unternehmer eine mögliche Einrede dar. Diese ist jedoch für den Unternehmer nicht verpflichtend.<sup>104</sup> Ist die Nacherfüllung aufgrund eines nicht behebbaren Mangels unmöglich beziehungsweise für den Unternehmer aufgrund der unverhältnismäßig hohen Kosten unzumutbar, kann der Kunde gemäß § 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten. Hierzu sind die Voraussetzungen der §§ 323, 326 Abs. 5 BGB zu beachten. Das Recht auf Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn es sich um einen unerheblichen Mangel handelt (vgl. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB) sowie wenn der Kunde den Mangel ganz oder zu überwiegenden Teilen zu verantworten hat (vgl. § 323 Abs. 6 BGB).

Alternativ zum Rücktrittsrecht kann der Kunde eine Minderung der Vergütung des Unternehmens gemäß §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen. Das Wahlrecht zwischen einer Minderung der Vergütung und einem Rücktritt vom Vertrag liegt dabei beim Kunden (vgl. §§ 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Regelung des § 377 HGB über die Untersuchungs- und Rügepflicht finden bei den Regelungen zum Werkvertrag keine Anwendung.<sup>105</sup>

Bei Verbrauchern sowie bei Kaufleuten gilt die Beweislastumkehr. Bis zum Zeitpunkt der Abnahme nach § 640 BGB hat der Verkäufer die Beweislast über etwaige Mängel inne. Der Unternehmer hat die Beweisführung über die vertragsgemäße und mängelfreie Abnahme des Werkes inne.<sup>106</sup> Mit der Abnahme des Werkes verschiebt sich die Beweislast vom Verkäufer auf den Käufer (vgl. § 363 BGB).

Das Mängelgewährleistungsrecht der Nacherfüllung nach §§ 634 Nr. 1, 635 BGB unterliegt einer Verjährungsfrist. Gemäß § 634a Abs. 1 S. 1 BGB verjährt der Nacherfüllungsanspruch an körperlichen Werken, außer Bauwerken, zwei Jahre nach der Abnahme des Werkes (vgl. § 634a Abs. 2 BGB). Für Sach- oder Rechtsmängel an unkörperlichen Werken gilt die Regelung der allgemeinen Verjährungsfristen nach § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB. Gemäß §§ 195, 199 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Beginn der Frist ist das Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist.

Beim Recht auf Rücktritt vom Vertrag und die Minderung der Vergütung des Unternehmens handelt es sich um Gestaltungsrechte, die aus diesem Grund nicht verjähren können. Gemäß § 634a Abs. 4 f. BGB sind ein Rücktritt oder eine Minderung jedoch unwirksam, sobald der Nacherfüllungsanspruch gemäß § 634a BGB verjährt ist.

---

<sup>102</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 674.

<sup>103</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 675.

<sup>104</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005, Az.: VIII ZR 49/05, DAR 2006, 259.

<sup>105</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.07.2014, Az.: I-22 U 192/13, BeckRS 2014, 22426, Rn. 158.

<sup>106</sup> Vgl. Messerschmidt 2012, Rn. 88.

Neben den aufgezeigten Mängelgewährleistungsrechten, können die Kunden außerdem noch Ansprüche auf Schadensersatz gegenüber dem Unternehmer geltend machen. Die verschiedenen Ansprüche sind nach der Art der Schäden zu differenzieren. Die sogenannten Mängelfolgeschäden begründen hier einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB dar. Dieser kann bejaht werden, wenn der Kunde aufgrund des Werkmangels einen Schaden an seinen sonstigen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen erleidet. Ein Nutzungsausfallschaden für den Kunden kann ein Anspruch auf Schadensersatz sein. Ein Nacherfüllungsanspruch kann der Kunde, neben dem Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB, geltend machen. Ein weiterer möglicher Anspruch auf Schadensersatz kann aufgrund der Verzögerung der mangelfreien Leistung hervorgehen (vgl. §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 f., 286 Abs. 1 BGB). Ein Schaden, der aufgrund eines Verzugs der Nacherfüllung resultiert, kann einen Verzögerungsschaden zur Folge haben. Neben diesen beiden Möglichkeiten zur Geltendmachung eines Schadensersatzes, kann der Kunde vom Unternehmer einen Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Beispiele hierfür können ein minderwertiges Werk, die entstandenen Kosten eines Ersatzwerkes oder der entgangene Gewinn sein. Die Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus den Anspruchsgrundlagen der gesetzlichen Regelungen nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 beziehungsweise 283 BGB oder des § 311a Abs. 2 BGB, jeweils i. V. m. § 634 Nr. 4 BGB.<sup>107</sup>

Neben den Mängelgewährleistungsrechten, gibt es noch die außervertragliche Verschuldungshaftung. Danach macht man sich bei einer Verletzung eines absoluten Rechtsguts haftbar. Als Rechtsgüter sind nach § 823 Abs. 1 BGB Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit zu bezeichnen. Die zuvor genannten Rechte bieten dem Inhaber einen Schutz gegenüber jedermann. Der Begriff der Körperverletzung wird durch den BGH als „jeden unbefugten, weil von der Einwilligung des Rechtsträgers nicht gedeckten Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit“<sup>108</sup> definiert und somit weit ausgelegt. Eine Körperverletzung und die Verletzung der Gesundheit sind nicht immer abgrenzbar. Bei der Gesundheit geht es in erster Linie um die Funktion der inneren Lebensvorgänge. Eine Körperverletzung kann dabei nahtlos in eine Gesundheitsverletzung übergehen.<sup>109</sup> Für einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB muss die Verletzung eines absoluten Rechtsguts durch ein positives Tun oder Unterlassen verwirklicht werden. Dabei müssen das Verletzungsverhalten und die Verletzung des Rechtsgutes in einem kausalen Zusammenhang stehen. Darüber hinaus ist eine weitere Voraussetzung die Rechtswidrigkeit. Die Rechtsgutverletzung ist dann rechtswidrig wenn kein Rechtfertigungsgrund für die Handlung vorliegt. Zum Beispiel sind Notwehr (vgl. § 227 BGB) oder Selbsthilfe (vgl. §§ 229 f. BGB) Rechtfertigungsgründe. Für einen Haftungsanspruch muss der Schädiger das tatbestandsmäßige und rechtswidrige Verhalten zu verschulden haben. Der Schädiger muss hierbei verschuldensfähig sein. Das Verschulden lässt sich in verschuldensunfähig, beschränkt verschuldensfähig und verschuldensfähig unterteilen (vgl. §§ 827 f. BGB). Ist die Verschuldensfähigkeit zu bejahen, so ist das tatsächliche Verschulden zu prüfen. Dieses muss in Verbindung zur Verletzungshandlung, zur Rechtsgutverletzung und dem daraus vorausgesetzten kausalen Zusammenhang stehen. Für ein Verschulden muss entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen.<sup>110</sup> Unter dem Begriff „Vorsatz“ definiert man das „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“<sup>111</sup>. Gemäß § 276 Abs. 2 BGB handelt jemand fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Das Verschulden lässt sich grundsätzlich bereits bei fahrlässigem Handeln

<sup>107</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 689 ff.

<sup>108</sup> BGH, Urt. v. 17.09.2013, Az.: VI ZR 95/13, DAR 2014, 86.

<sup>109</sup> Vgl. Wagner 2017, Rn. 177.

<sup>110</sup> Vgl. Schmidt 2016, S. 209 ff.

<sup>111</sup> Wagner 2017, Rn. 47.

bejahen (vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Außerdem muss durch die Verletzung eines oder mehrerer Rechtsgüter ein Schaden entstanden sein. Neben einem Vermögensschaden kann auch ein immaterieller Schaden zu bejahen sein. Dieser kann durch die Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder des Lebens zustande kommen (vgl. § 253 Abs. 2 BGB). Der entstandene Schaden muss hierbei eine Kausalität zu der Rechtsgutverletzung aufweisen. Liegen die, in diesem Unterpunkt erläuterten Haftungsvoraussetzungen vor, ist der Schädiger schadensersatzpflichtig nach § 823 Abs. 1 BGB.<sup>112</sup>

Das deutsche Schuldrecht ist für die Regelung von einer Vielzahl von Lebenssachverhalten zuständig. Das BGB kennzeichnet das Schuldverhältnis und die sich daraus resultierenden Rechtsfolgen. Der Begriff „Schuldrecht“ wird im BGB nicht einheitlich verwendet. Hierzu muss die rechtliche Beziehung konkretisiert werden. Ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne kann eine Beziehung zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner im Gesamten sein. Abzugrenzen ist hierbei ein Schuldverhältnis im engeren Sinne. Dieses Schuldverhältnis besteht zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner aufgrund einer einzelnen Forderung. Aus den sich ergebenden verschiedenen Lebenssachlagen folgen mehrere Funktionen für das Schuldverhältnis. Das Ziel besteht darin, dass jeder Einzelne über verschiedene rechtliche Mittel verfügt, um seine jeweiligen Interessen in Eigenverantwortung verwirklichen zu können. Zur Umsetzung der rechtlichen Mittel ist eine vertraglich festgehaltene Regelung Basis des Schuldverhältnisses.<sup>113</sup> Ein Vertrag kann zwischen einen oder mehreren Vertragsparteien mündlich oder schriftlich geschlossen werden. Der Werkvertrag wird bei Tätigkeiten abgeschlossen. Gegenstand des Werkvertrags kann, sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (vgl. § 631 Abs. 2 BGB). Aus dem geschlossenen Vertrag ergeben sich die Leistungspflichten. Die jeweilige Pflicht wird, je nach Bedeutung im Rahmen des Schuldverhältnisses in Haupt- und Nebenleistungspflichten kategorisiert. Unter einer Hauptleistung sind die Eigenart und der Vertragstyp des jeweiligen Schuldverhältnisses zu verstehen. Diese bilden die Bestandteile des Vertrages und sind von den Vertragsparteien bei Vertragsschluss festzuhalten. Gemäß § 320 Abs. 1 S. 1 BGB kann unter Voraussetzung eines gegenseitigen Vertrages zwischen den, am Vertrag beteiligten Parteien die Leistung verweigert werden, so lange die andere Partei die Leistung bewirkt. Die Nebenleistungspflichten sollen die Erfüllung der Hauptleistungspflichten unterstützen und fördern.<sup>114</sup> Die werkvertraglichen Hauptleistungspflichten sind in § 631 ff. BGB geregelt. Der Werkvertrag ist durch die Schuldung eines Erfolges durch den Unternehmer gekennzeichnet. Im Gegenzug hat der Kunde die vereinbarte Vergütung zu entrichten (vgl. § 631 Abs. 1, f. BGB).

Die Regelungen des deutschen BGB gehen grundsätzlich von einem Verschuldensprinzip aus. In gesetzlichen Vorschriften außerhalb des BGB gilt oft eine sogenannte Gefährdungshaftung, die kein Verschulden voraussetzt. Durch die Gefährdungshaftung soll eine ausgleichende Gerechtigkeit geschaffen werden. Demnach soll die Person, die eine potenzielle Gefahrenquelle schafft und daraus resultierend auch einen wirtschaftlichen Nutzen für sich zieht, für den daraus entstandenen Schaden aufkommen.<sup>115</sup> Nach einer Entscheidung des BGH ist die Gefährdungshaftung als „Preis für das erlaubte Risiko“<sup>116</sup> anzusehen. Dabei stellt die Gefährdungshaftung ein Abwägen zwischen einer Rechtmäßigkeit von besonders gefährlichen Aktivitäten und den damit in Verbindung gebrachten gesamtwirtschaftlichen Nutzen. Auf der anderen Seite soll durch die Gefährdungshaftung verhindert werden, dass das hie-

---

<sup>112</sup> Vgl. Schmidt 2016, S. 211.

<sup>113</sup> Vgl. Looschelders 2017, Rn. 1-5.

<sup>114</sup> Vgl. Looschelders 2017, Rn. 11 f.

<sup>115</sup> Vgl. Looschelders 2018, Rn. 1438 f.

<sup>116</sup> BGH, Urt. v. 15.07.1988, Az.: VI ZR 346/87, NZV 1989, 18.

raus entstehende Risiko auf Einzelne abgewälzt wird, da diese oftmals zufällig betroffen sind. Des Weiteren wird die Haftung auf die Person verschoben, welche die Gefahrenquelle verursacht hat und die sich gegen das Risiko geeigneter versichern lassen kann. Für den Verpflichteten der Gefährdungshaftung ist in den meisten gesetzlichen Regelungen eine Haftungsbegrenzung beispielsweise in Form von summenmäßigen Höchstbeträgen, für eine Verhältnismäßigkeit vorgesehen. Neben der Gefährdungshaftung, besteht zudem noch ein Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2 BGB. Als Beispiel ist hierzu die bedeutendste Gefährdungshaftung zu nennen. Aufgrund der hohen Anzahl an täglichen Verkehrsunfällen gemäß § 7 Abs. 1 StVG hat der Fahrzeughalter eines Kraftfahrzeuges diejenigen Schäden zu ersetzen, die aufgrund des Betriebes seines Kraftfahrzeuges resultieren.

„Ein betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen ist“<sup>117</sup>, so definierte das Reichsgericht den Begriff der höheren Gewalt. Eine höhere Gewalt liegt nach dem RG dann vor, wenn eine Einwirkung von außen vorliegt. Die Einwirkung von außen muss dabei außergewöhnlich und unabwendbar sein.<sup>118</sup> Der Begrifflichkeit „höhere Gewalt“ wird in vielen Fällen im Haftungsrecht verwendet, in dem ein Haftungsausschluss stattfindet. Beispiele für eine höhere Gewalt können Kriege, Reaktorunfälle, terroristische Anschläge oder auch Naturkatastrophen sein.<sup>119</sup>

### 3 LITERATURVERZEICHNIS

---

- |   |  |
|---|--|
| Albers, Marion  | „DSGVO Art. 6 Rechtmäßigkeit der Verarbeitung“, in: Heinrich A. Wolff; Stefan Brink (Hg.): Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 23. Edition, Verlag C. H. Beck, München 2017, Rn. 1-79. |
| Benning, Axel/<br>Benning, Bettina/<br>Oberrath, Jörg- Dieter/<br>Oberrath, Ellen | Gestaltungsleitfaden AGB. Richtige Formulierung und Verwendung mit zahlreichen Mustern, 3. Auflage, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart 2015.   |
| Brox, Hans/<br>Walker, Wolf-Dietrich  | Besonderes Schuldrecht, 40. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2016.  |
| Brox, Hans/<br>Walker, Wolf-Dietrich  | Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2017.  |
| Busche, Jan   | „BGB § 648a Kündigung aus wichtigem Grund“, in: Münchener Kommentar zum BGB, C. H. Beck Verlag, München 2018, Rn. 1-24.  |

---

<sup>117</sup> RG, Urt. v. 13.12.1920, Az.: VI 455/20, JurionRS 1920, 10277.

<sup>118</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.1952, Az.: III ZR 364/51, NJW 1953, 184.

<sup>119</sup> Vgl. Jilg 2014, Rn. 1204.

- Busche, Jan „BGB § 648 Kündigungsrecht des Bestellers“, in: Münchener Kommentar zum BGB, C. H. Beck Verlag, München 2018, Rn. 1-36.
- Busche, Jan „BGB § 649 Kostenanschlag“, in: Münchener Kommentar zum BGB, C. H. Beck Verlag, München 2018, Rn. 1-34.
- Di Fabio, Udo „GG Art. 2 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht“, in: Theodor Maunz; Günter Dürig (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, C. H. Beck Verlag, München 2017, Rn. 127-247.
- Eckert, Hans-Werner „BGB § 148 Bestimmung einer Annahmefrist“, in: Heinz G. Bamberger; Herbert Roth; Wolfgang Hau; Roman Poseck (Hg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 45. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2017, Rn. 1-12.
- Emmerich, Volker „BGB § 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse“, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2016, Rn. 1-204.
- Ernst, Stefan „DSGVO Art. 4 Begriffsbestimmungen“, in: Boris P. Paal; Daniel A. Pauly (Hg.): Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO BDSG, C. H. Beck Verlag, München 2018, Rn. 1-149.
- Ertel, Sebastian „Marketing und Werbung“, in: Uwe Schläger; Jan-Christoph Thode (Hg.): Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2018, Teil D, Rn. 36-133.
- Fechner, Frank Medienrecht, 18. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2017.
- Jilg, Thomas „„Höhere Gewalt“-Klausel“, in: Jürgen Niebling (Hg.): Anwalt-Kommentar – AGB-Recht, 2. Auflage, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2014, Rn. 1204-1207.
- Jilg, Thomas „Gerichtsstandsklauseln“, in: Jürgen Niebling (Hg.): Anwalt-Kommentar – AGB-Recht, 2. Auflage, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2014, Rn. 1001-1023.
- Kühling, Jürgen „Neues Bundesdatenschutzgesetz – Anpassung bei Unternehmen“, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2017, 1985.
- Looschelders, Dirk Schuldrecht: Besonderer Teil, 13. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2018.
- Looschelders, Dirk Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2017.
- Martiny, Dieter „Rom I-VO Art. 1 Anwendungsbereich“, in: Münchener Kommentar zum BGB, C. H. Beck Verlag, München 2018, Rn. 1-83.
- Ohly, Ansgar „UWG § 18 Verwertung von Vorlagen“, in: Ansgar Ohly; Olaf

- Sosnitza (Hg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2016, Rn. 1-12.
- Ohly, Ansgar „UWG § 7 Unzumutbare Belästigung“, in: Ansgar Ohly; Olaf Sosnitza (Hg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2016, Rn. 1-95.
- Rau, Wolfgang Recht für Fotografen. Der Ratgeber für den fotografischen Alltag, 3. Auflage, Rheinwerk-Verlag, Bonn 2017.
- Schantz, Peter „Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht“ in: Neue Juristische Wochenzeitschrift, Heft 26, 1841, 2016.
- Scheuch, Alexander/  
Ebert, Ina „BGB § 649 Kündigungsrecht des Bestellers“, in: Reiner Schulze (Hg.): Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, Rn. 1-11.
- Schild, Hans H. „BDSG § 3 Weitere Begriffsbestimmungen“, in: Heinrich A. Wolff; Stefan Brink (Hg.): Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 23. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2018, Rn.1-206.
- Schläger, Uwe „Rechtliche Grundlagen der Informationssicherheit“, in: Uwe Schläger; Jan-Christoph Thode (Hg.): Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2018, Teil G, Rn. 1-96.
- Schmidt, Hubert „BGB § 306 Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit“, in: Heinz G. Bamberger; Herbert Roth; Wolfgang Hau; Roman Poseck (Hg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 45. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2017, Rn. 1-29.
- Schmidt, Rolf Schuldrecht – Besonderer Teil II, 10. Auflage, Rolf Schmidt Verlag, Grasberg 2015.
- Schulze, Gernot „UrhG §7 Urheber“, in: Thomas Dreier; Gernot Schulze (Hg.): Urheberrechtsgesetz, C. H. Beck Verlag, München 2015, Rn. 1-12.
- Schulze, Gernot „UrhG § 44 Veräußerung des Originals des Werkes“, in: Thomas Dreier; Gernot Schulze (Hg.): Urheberrechtsgesetz, C. H. Beck Verlag, München 2015, Rn. 1-22.
- Specht, Louisa „KUG § 22 Recht am eigenen Bilde“, in: Thomas Dreier; Gernot Schulze (Hg.): Urheberrechtsgesetz, C. H. Beck Verlag, München 2015, KUG § 22 Rn. 1-40.
- Thode, Jan-Christoph „Datenschutzrechtliche Grundlagen“, in: Uwe Schläger; Jan-Christoph Thode (Hg.): Handbuch Datenschutz und IT-Sicherheit, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2018, Teil A, Rn. 1-199.
- Thüsing, Gregor „Rechtswahlklauseln“, in: Friedrich Graf von Westphalen (Hg.):

- Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, C. H. Beck Verlag, München 2017, Rn. 1-45.
- Voit, Wolfgang „BGB § 650 Kostenanschlag“, in: Heinz G. Bamberger; Herbert Roth; Wolfgang Hau; Roman Poseck (Hg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 43. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2017, BGB § 650, Rn. 1-18.
- Voit, Wolfgang „BGB § 649 Kündigungsrecht des Bestellers“, in: Heinz G. Bamberger; Herbert Roth; Wolfgang Hau; Roman Poseck (Hg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 45. Edition, C. H. Beck Verlag, München 2017, BGB § 649, Rn. 1-34.
- Wagenknecht, Florian/  
Tölle, Dennis Recht am Bild. Wegweiser zum Fotorecht für Fotografen und Kreative, 2. Auflage, dpunkt.verlag, Heidelberg 2015.
- Wagner, Gerhard „BGB § 823 Schadensersatzpflicht“, in: Münchener Kommentar zum BGB, C. H. Beck-Verlag, München 2017, § 823 Rn. 1-161.

## 4 AUTORENINFORMATION

---

**Carmen Walch** ist Absolventin des Studienganges Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz.

**Dr. Thomas Zerres** ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz. Vor seinem Ruf an die Hochschule Konstanz lehrte Prof. Dr. Thomas Zerres 15 Jahre an der Hochschule Erfurt, nachdem er mehrere Jahre als Rechtsanwalt und als Bundesgeschäftsführer eines großen Wirtschaftsverbandes der Dienstleistungsbranche tätig war. Seine Lehr- und Forschungsschwerpunkte sind das Marketingrecht sowie das Europäische Privatrecht.

**Dr. Christopher Zerres** ist Professor für Marketing an der Hochschule Offenburg. Seine Schwerpunkte in Lehre und Forschung liegen auf Social Media- und Online-Marketing sowie Marketing-Controlling. Zuvor war er bei einer Unternehmensberatung sowie einem internationalen Automobilzulieferer tätig. Christopher Zerres ist Autor zahlreicher Publikationen zu den Bereichen Management und Marketing.