ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Hirtz, Alina; Zerres, Thomas; Zerres, Christopher

Working Paper

Rechtsrahmen für Social Media als Instrument einer externen Unternehmenskommunikation

Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 39

Provided in Cooperation with:
Fakultät Medien, Hochschule Offenburg

Suggested Citation: Hirtz, Alina; Zerres, Thomas; Zerres, Christopher (2019) : Rechtsrahmen für Social Media als Instrument einer externen Unternehmenskommunikation, Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 39, Hochschule Offenburg, Fakultät Medien, Offenburg, https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:ofb1-opus4-50037

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/244656

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.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

CHRISTOPHER ZERRES

MARKETING

Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“

Herausgeber:
Prof. Dr. Christopher Zerres

Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen

Arbeitspapier Nr. 39

Rechtsrahmen für Social Media als Instrument einer externen Unternehmenskommunikation

Eine detaillierte Darstellung im betrieblichen Kontext

Hirtz, A. / Zerres, T. / Zerres, C.

Offenburg, Mai 2019

ISSN: 2510-4799

Impressum

Prof. Dr. Christopher Zerres
Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen
Badstraße 24
77652 Offenburg

ISSN: 2510-4799

Inhalt

1 Verwendung von Bildern in Social Media 1
1.1 Schutzvoraussetzungen eines Werks gemäß § 2 Urhebergesetz 1
1.2 Lichtbildwerke gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 Urhebergesetz 2
1.3 Rechte des Urhebers 2
1.4 Einräumung von Nutzungsrechten gemäß § 31 Urhebergesetz 5
1.5 Folgen von Rechtsverletzungen 8
1.6 Nutzungsbedingungen der sozialen Netzwerke 10
1.7 Recht am eigenen Bild, KunstUrhebergesetz und Datenschutzgrundverordnung 10
2 Verwendung von fremden und eigenen Texten in Social Media 14
2.1 Urheberrechtliche Bewertung der Verwendung von Texten im Social Web 14
2.2 Zurechenbarkeit fremder Inhalte und Haftung im Social Web 16
3 Einsatz von Werbung in den Social Media 19
3.1 Begriffsabgrenzung 19
3.2 Lauterkeitsrechtliche Bewertung von Werbung im Social Web 20
3.2.1 Unlauterkeit aufgrund Rechtsbruch gemäß § 3a Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb 21
3.2.2 Unlauterkeit aufgrund Irreführung gemäß § 5 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb 22
3.2.3 Unlauterkeit aufgrund Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb 25
3.2.4 Unlauterkeit aufgrund einer unzumutbaren Belästigung gemäß § 7 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb 26
3.2.5 Rechtsansprüche bei Verstößen gegen § 8 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb 26
3.3 Datenschutzrechtliche Bewertung von Werbung im Social Web 27
3.3.1 Facebook Pixel und LinkedIn Insight Tag 29
3.3.2 Custom und Lookalike Audiences 31
3.3.3 Facebook Link Ads und Facebook Lead Ads 31
3.3.4 Social Plugins 32
3.3.5 Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung 33
3.3.6 Haftung eines externen Dienstleisters 34
4 Betrieb einer Social Media Fanpage 36
5 Literaturverzeichnis 37
6 Autoreninformation 42

Immer mehr Unternehmen, darunter auch viele Klein- und Mittelbetriebe, nutzen heute die Möglichkeiten einer Social Media Kommunikation. Ziel des folgenden Beitrages ist es, den Rechtsrahmen detailliert darzustellen, den es dabei zu beachten gilt. Die Ausführungen konzentrieren sich auf die wesentlichen Problemaspekte, die Verwendung von Bildern und Texten sowie auf Werbung.

1 Verwendung von Bildern in Social Media

Um Texte anschaulicher zu gestalten, wird innerhalb der sozialen Netzwerke massiv auf die Verwendung von Bildern zurückgegriffen. Hierauf können Personen abgebildet sein, aber auch Gegenstände und Landschaften, um das Geschriebene zu untermauern. Jedoch ist die Verwendung fremder Bilder begrenzt und kann nicht willkürlich erfolgen. Ein jedes Bild wurde von irgendjemandem erstellt, der zunächst darüber verfügen und somit entscheiden können soll, ob das Bild weiterverwendet werden darf und wenn ja durch wen. Sind Personen auf dem Bild zu sehen, gilt es zusätzlich, noch weitere Rechte zu wahren. Unter diesen Gesichtspunkten wird nachfolgend die Verwendung von Bildern innerhalb der Social Media zunächst im Licht des Urheberrechts beleuchtet und im Anschluss auf das Recht am eigenen Bild sowie auf das KunstUrhG und die DSGVO eingegangen.

Das Urheberrecht findet lediglich dann Anwendung, wenn es sich bei Bildern um ein Werk im Sinne des § 2 UrhG handelt oder diese zumindest unter den alternativen Leistungsschutz zu subsumieren sind. Daher soll zunächst erläutert werden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit von einem urheberrechtlich geschützten Werk gesprochen werden kann.

1.1 Schutzvoraussetzungen eines Werks gemäß § 2 Urhebergesetz

Zunächst ist festzuhalten, dass durch das Urheberrecht nicht das Werk, sondern gemäß § 1 UrhG der Urheber geschützt werden soll. § 2 UrhG regelt in Ergänzung zu § 1 UrhG den Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes, das Werk. Dieser Schutz wird allerdings dadurch eingeschränkt, dass er sich lediglich auf Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst erstreckt.[1] Nur wenn ein Werk vorliegt, kommen die im Urhebergesetz geregelten Vorschriften zum Tragen. Während § 2 Abs. 1 UrhG verschiedene Beispiele von Werkarten aufzählt, wird in § 2 Abs. 2 UrhG definiert, welche Voraussetzungen für das Bestehen eines Werkes vorliegen müssen.[2] Demnach muss ein Werk im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG immer eine „persönliche, geistige, Schöpfung“ darstellen. Liegen diese Voraussetzungen vor, entsteht der urheberrechtliche Schutz ipso iure, das heißt per Realakt durch Schaffung des Werkes. Eine Eintragung wie bei anderen Schutzrechten ist demnach nicht erforderlich.[3] Die Begriffe „persönlich“, „geistig“ und „Schöpfung“ sind allerdings sehr unbestimmt, weshalb es auch bei dem Versuch der näheren Bestimmung innerhalb der Rechtsprechung und Literatur immer wieder zu Uneinigkeiten gekommen ist.[4]

Zusammenfassend müssen daher vier Voraussetzungen erfüllt sein, damit von einem Werk gesprochen werden kann: Das Werk muss persönlich erschaffen worden sein, eine Form

[1] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 1, Rdn. 1
[2] Vgl. ebd. Rdn. 2
[3] Vgl. Lettl, Urheberrecht, 2013, S. 32, Rdn. 7
[4] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 2, Rdn. 19 mit Bezug auf Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, § 2 Rdn. 50

gefunden haben, welche wahrnehmbar ist, eine gewisse Individualität aufweisen und eine entsprechende Gestaltungshöhe erreicht haben.[5]

1.2 Lichtbildwerke gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 Urhebergesetz

Fotografien, egal welcher Art, stellen nach Art. 6 EG-Richtlinie zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts von 29.10.1993 individuelle Werke dar, welche als sogenannte Lichtbildwerke geschützt werden. Die einzige Voraussetzung hierfür ist, dass sie eine persönliche, geistige Schöpfung des Urhebers gemäß § 2 Abs. 2 UrhG sind. Daher gehören Lichtbilder zu den Werkarten, für welche hinsichtlich der Gestaltungshöhe die „kleine Münze“ anzusetzen ist und es gelten lediglich geringere Anforderungen an die Schutzfähigkeit; sofern die Bilder gezielt für eine aussagekräftige Aufnahme gemacht werden und nicht nur Erzeugnis blinder Fotografie sind, können solche Lichtbilder als Werk schutzfähig sein.[6]

Dennoch sind Lichtbildwerke von einfachen Lichtbildern abzugrenzen, welche keine persönliche, geistige Schöpfung darstellen und daher auch nicht als ein Werk i. S. d. § 2 Abs. 2 UrhG anzusehen sind. Allerdings finden solche Lichtbilder leistungsrechtlichen Schutz nach § 72 UrhG. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass für Lichtbilder eine andere Schutzfrist gilt als für Lichtbildwerke. Demnach sind Lichtbilder für 50 Jahre nach ihrem Erscheinen geschützt, Lichtbildwerke hingegen für 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Hinsichtlich des Weiteren Schutzes von Werken gilt dieser für Lichtbilder gemäß § 72 UrhG gleich wie für Lichtbildwerke gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG.[7]

Innerhalb der Social Media wird die Abgrenzung vermutlich dahingehend auszulegen sein, dass bei Stockfotos aufgrund der Präzision, Lichteinwurf etc. von einem Lichtbildwerk auszugehen ist. Bei Schnappschüssen und Selfies von Mitarbeitern und der Geschäftsführung auf Events ist im Zweifel im Einzelfall zu entscheiden, ob es sich um eine blinde Fotografie handelt, oder tatsächlich eine persönliche geistige Schöpfung zu sehen ist. Allerdings ist die Differenzierung in der Regel obsolet, da solche Fotos in der heutigen digitalen Welt, mit Sicherheit keine 50 beziehungsweise 70 Jahre aufbewahrt, geschweige denn noch interessant sein werden. Zudem lassen es sogar die Gerichte oftmals dahinstehen, ob die Voraussetzungen eines Lichtbildwerkes erfüllt sind, solange die Schutzdauer noch nicht abgelaufen ist.[8]

1.3 Rechte des Urhebers

Gemäß § 11 UrhG schützt das Urheberrecht den Urheber in seiner geistigen und persönlichen Beziehung zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Weiterhin dient es zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.

Durch diesen Wortlaut wird deutlich, dass nicht nur die materiellen Interessen des Urhebers geschützt werden sollen, sondern auch die ideellen.[9] Das Urheberrecht ist demnach sowohl in Persönlichkeitsrechte als auch in vermögenswerte Rechte (Verwertungsinteressen) des Urhebers einzuteilen.[10] Sämtliche aus dem Urheberrecht begründete Rechte (Urheberpersönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte) überlagern sich sowohl hinsichtlich der ideellen

[5] Vgl. ebd. Rdn. 32
[6] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 2, Rdn. 195
[7] Vgl. Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, 2014, UrhG § 2, Rdn. 112
[8] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 2, Rdn. 189
[9] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 1, Rdn. 2
[10] Vgl. Lettl, Urheberrecht, 2013, S. 21, Rdn. 50

als auch materiellen Interessen.[11] Weiterhin hat der Urheber grundsätzlich die Möglichkeit die vermögenswerten Rechte an Dritte weiterzugeben, die Persönlichkeitsrechte verbleiben jedoch, bis auf wenige Ausnahmefälle, immer beim Urheber selbst.[12]

Das Werk kann als geistiges Eigentum des Urhebers betrachtet werden[13] und der Urheber ist nach der Zweckübertragungslehre an allen Nutzungen seines Werkes wirtschaftlich angemessen zu beteiligen, wobei im Zweifelsfall zu Gunsten des Urhebers zu entscheiden sein wird.[14] Der Begriff der Verwertungsrechte umschreibt die Befugnisse des Urhebers an seinem Werk und betrifft die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers, welche durch die Nutzung seines Werkes entstehen. Verwertungsrechte umfassen somit die materiellen Befugnisse des Urhebers.[15] Der Inhaber der Verwertungsrechte ist gemäß § 7 ausschließlich der Schöpfer des Werks, wonach es sich hierbei um sogenannte Ausschließlichkeitsrechte handelt. Daraus folgt, dass lediglich der Urheber entscheiden kann, ob er das Werk selbst oder durch Dritte verwerten lassen möchte (positives Nutzungsrecht). Andererseits kann er aus diesem ausschließlichen Recht heraus auch anderen die Nutzung der Werke verbieten, soweit sie es ohne Erlaubnis verwerten und sofern keine gesetzliche Schranke die Nutzung erlaubt (negatives Verbotsrecht). Somit steht es dem Urheber zu, nicht nur gegen jeden vorzugehen der unerlaubt sein Werk nutzt, sondern auch gegen jeden, der seine eingeräumten Nutzungsrechte überschreitet.[16]

Die Verwertungsrechte, welche im Hinblick auf Social Media Aktivitäten besonders interessant sein dürften, sind vor allem das Vervielfältigungsrecht gemäß §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß §§ 15 Abs. 2 Nr. 2, 19a UrhG.

Unter dem Begriff Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung zu verstehen, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Art und Weise mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen.[17] Zweck dieses Vorgangs ist es, einem größeren Personenkreis die Wahrnehmung des Werks zu ermöglichen, was für den Urheber höhere Einnahmen bedeuten kann.[18] Durch das Vervielfältigungsrecht wird dem Urheber ein den anderen Verwertungsrechten vorgelagerter Schutz eingeräumt, denn nur er alleine hat die Kontrolle darüber, wie viele Werkstücke existieren sollen.[19] Grundsätzlich erfasst das Vervielfältigungsrecht Vervielfältigungen jeder Art.[20] Somit kann bspw. schon die Herstellung eines Negativs eine Vervielfältigung darstellen,[21] sowie jede digitale Kopie, egal ob im Rahmen eines Scans oder eines Downloads von Daten im Internet.[22] Bei vorübergehenden Vervielfältigungen ist jedoch die Schranke in § 44a UrhG zu beachten, wonach eine flüchtige Kopie durchaus zulässig sein kann.[23]

---

[11] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 11, Rdn. 2
[12] Vgl. Lettl, Urheberrecht, 2013, S. 22, Rdn. 51
[13] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 1, Rdn. 2, Vgl. auch BGH GRUR 1955, 492, 502 – Grunding Reporter
[14] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 1, Rdn. 2
[15] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 15, Rdn. 1,2
[16] Vgl. ebd. Rdn. 5
[17] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 120, Rdn. 355 mit Bezug auf BGHZ 112, 278 – Betriebssystem
[18] Vgl. Lettl, Urheberrecht, S. 99, Rdn. 33
[19] Vgl. Heerma, in: Wandte/Bullinger, 2014, UrhG § 16, Rdn. 1
[20] Vgl. Lettl, Urheberrecht, S. 99, Rdn. 34
[21] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 120, Rdn. 356; Vgl. auch BGH GRUR 1982, 102 - Masterbänder
[22] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 120, Rdn. 356; Vgl. auch BGH GRUR 1994, 365 - Holzhandelsprogramm
[23] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 120, Rdn. 356

Gemäß § 19a UrhG umfasst das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung das Recht des Urhebers, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Aus dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass für die Verwirklichung einer öffentlichen Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG einige Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Eingeführt wurde dieses Recht 2003 mit der Urheberrechtsnovellierung, um Lücken und Abgrenzungsprobleme im Bereich der Online-Verwertung geistiger Werke zu vermeiden.[24] Demnach geht es beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung insbesondere darum, dem Urheber das ausschließliche Recht vorzubehalten, sein Werk im Internet oder sonstigen Netzwerken, Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.[25] Abzugrenzen ist hiervon die Vervielfältigung, die einer öffentlichen Zugänglichmachung häufig zugrunde liegt, beispielsweise zur Ablage des Werks auf einem Server. Diese Vervielfältigung bleibt weiterhin eine eigene Werknutzung, auch wenn die öffentliche Zugänglichmachung nachgelagert stattfindet.[26] Wie bereits erwähnt, bedarf die Erfüllung der Nutzungshandlung aus § 19a UrhG einiger Voraussetzungen:

Mit den zwei Alternativen drahtgebunden oder drahtlos wird klargestellt, dass das Recht, das Werk zugänglich zu machen, technologieneutral ausgestaltet ist. [27] Demnach ist § 19a UrhG nicht zwingend auf das Internet beschränkt und wurde bewusst offen gehalten für beispielsweise Telefonleitungen, andere drahtgebundene Übertragungswege oder auch für neue technische Entwicklungen.[28]

Die Zugänglichmachung eines Werks erfolgt dann, wenn die abstrakte Möglichkeit zum Abruf des Werks besteht. Ob dieser Abruf dann auch tatsächlich erfolgt, ist nicht von Relevanz. Zudem ist es für die Erfüllung des Tatbestandmerkmals auch ausreichend, wenn das Werk keine große Aufregung auf sich zieht und nur für wenige Minuten online zur Verfügung steht.[29]

Im Social Media Bereich besonders interessant ist bei dieser Voraussetzung des § 19a UrhG das Setzen von Hyperlinks auf fremde Websites und somit auf fremde Inhalte und Bilder. Fraglich ist, ob hierdurch der Öffentlichkeit das fremde Werk bereits zugänglich gemacht wird. Der BGH verneint diese Frage, sofern das Werk auf der verlinkten Website für die Allgemeinheit frei zugänglich hinterlegt ist.[30] Weiterhin kommt es gemäß des EuGH darauf an, ob durch das Verlinken des Inhalts ein neuen Publikum angesprochen werden soll, welches der Urheber mit der ursprünglichen Zugänglichmachung des Werkes gar nicht erreichen wollte.[31]

Bei dem Begriff der Öffentlichkeit ist auf die Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG abzustellen, wobei die unionsrechtliche Auslegung hierbei mit zu berücksichtigen ist.[32] Maßgeblich ist

[24] Vgl. Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 1
[25] Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 1
[26] Vgl. Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 2017, UrhG § 19a, Rdn. 64; Vgl. auch Dreier, in: Dreier/ Schulze, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 1
[27] Vgl. Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 10
[28] Vgl. ebd.
[29] Vgl. Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 7
[30] Vgl. Bullinger, in: Wandte/Bullinger, 2014, UrhG § 19a, Rdn. 10; Vgl. auch BGH GRUR 2014, 818, 821 – Die Realität; BGH GRUR 2003, 958, 961 - Paperboy
[31] Vgl. Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 23; Vgl. auch EuGH GRUR 2014, 360 - Nils Svenson; EuGH GRUR 2014, 1196 – BestWater International, EuGH GRUR 2016, 1152 – GS Media/Sanoma)
[32] Vgl. Bullinger, in: Wandte/Bullinger, 2014, UrhG § 19a, Rdn. 6; Vgl. auch Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 2017, UrhG § 19a, Rdn. 68; Vgl. auch Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 12

somit, dass aus Nutzersicht einer „unbestimmten Zahl potentieller Leistungsempfänger und recht vielen Personen“ Zugriff zum Werk verschafft wird.[33] Ferner muss die geforderte Öffentlichkeit jedoch keine beliebige Öffentlichkeit darstellen.[34] Es reicht aus, dass die Zugänglichmachung für eine Mehrzahl von Mitglieder der Öffentlichkeit bestimmt ist, wobei hierzu jeder gehört, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwerten oder mit anderen Personen denen das Werk wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch eine persönliche Beziehung verbunden ist.[35] Innerhalb von sozialen Netzwerken ist somit darauf abzustellen, ob zu allen Nutzern welche einen Zugriff auf den geteilten Inhalt haben, auch tatsächlich eine Verbundenheit durch eine persönliche Beziehung besteht. Hierbei genügt das Akzeptieren einer Freundschaftsanfrage nicht.[36] Generell wird eine solche Beziehung bei Accounts von Unternehmen wohl eher zu verneinen sein.

Die öffentliche Zugänglichmachung des Werks muss an Orten und zu Zeiten nach Wahl des Nutzers stattfinden. Durch diesen Wortlaut wird klargestellt, dass die sogenannte sukzessive Öffentlichkeit für die öffentliche Zugänglichmachung ausreichend ist.[37] Das Werk muss nicht gleichzeitig von einer Mehrzahl an Personen wahrgenommen werden; es reicht, wenn die Personen nacheinander darauf Zugriff haben.[38] Weiterhin muss die Wahlmöglichkeit des Nutzers nicht beliebig sein. Es kommt lediglich darauf an, dass die Nutzer den Ort und die Zeit des Abrufs bestimmen können. Das Zugänglichmachen muss daher nicht ganztägig und im gesamten Inland erfolgen, es reichen auch bestimmte Zeitabschnitte.[39]

1.4 Einräumung von Nutzungsrechten gemäß § 31 Urhebergesetz

Wie bereits erwähnt, stehen zunächst allein dem Urheber alle Verwertungsrechte zu. Möchte nun ein Dritter das Werk nutzen, muss er sich, um keine Rechtsverletzung zu begehen, entsprechende Rechte vom Urheber einräumen lassen. Man spricht hierbei gemäß § 31 UrhG von sogenannten Nutzungsrechten, da Verwertungsrechte aufgrund der Unübertragbarkeit nicht an Dritte übergehen können.[40] Grundsätzlich können Nutzungsrechte in allen denkbaren Varianten von Verwertungsrechten eingeräumt werden. Die Spanne reicht dabei von der Vergabe einer einzigen Nutzungsart bis hin zur Vergabe von Nutzungsrechten für alle Nutzungsarten.[41] § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG definiert ein Nutzungsrecht dadurch, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen. Nach derzeitiger Verkehrsauffassung wird eine Nutzungsart als wirtschaftlich-technisch selbständige und abgrenzbare Art und Weise der Verwendung des Werkes angesehen.[42]

§ 31 Abs. 1 S. 2 UrhG besagt weiterhin, dass Nutzungsrechte als einfaches oder ausschließliches Recht, sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden können. Die Nutzungsrechte wirken prinzipiell als absolute Rechte gegenüber jedermann. Bei der Einräumung solcher Rechte spricht man daher von der dinglichen Wirkung der Nutzungsrechtseinräumung.

[33] Vgl. Bullinger, in: Wandte/Bullinger, 2014, UrhG § 19a, Rdn. 6; Vgl. auch EuGH GRUR 2012, 597 Rdn. 42 - Phonographic Performance
[34] Vgl. auch Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 2017, UrhG § 19a, Rdn. 69
[35] Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 7
[36] Vgl. Bullinger, in: Wandte/Bullinger, 2014, UrhG § 19a, Rdn. 6a
[37] Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 8, Vgl. auch, Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 11
[38] Vgl. Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 11
[39] Vgl. Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, 2017, UrhG § 19a, Rdn. 75
[40] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 3
[41] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG § 31, Rdn.9
[42] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 9 mit Bezug auf BGH GRUR 1992, 310, 311 Taschenbuch-Lizenz; BGH GRUR 2001, 153, 154 – OEM-Version; Schricker/Loewenheim/Ohly Rdn. 28

Grundsätzlich ist zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Beschränkungen zu unterscheiden. Schuldrechtlich, also mit Wirkung zwischen den Vertragsparteien, lässt sich in der Regel jede beliebige Beschränkung vereinbaren. Eine dingliche Beschränkung setzt allerdings voraus, dass das Nutzungsrecht in Segmente aufspaltbar ist.[43] Solch eine dinglich wirkende Beschränkung ist aus Gründen der Verkehrsfähigkeit und Rechtsklarheit demnach nur an konkreten und hinreichend bestimmten eigenständigen Nutzungsarten möglich.[44]

Daher muss stets die Frage geklärt werden, ob eine bloße schuldrechtliche Befugnis oder ein eigenes Nutzungsrecht mit dinglicher Wirkung vorliegt.[45] Hierfür ist entscheidend, wie weit sich die einzelnen Nutzungsrechte in verschiedene selbständige Nutzungsarten aufspalten lassen. Hierzu ist zwischen den Interessen des Urhebers an einer möglichst intensiven Verwertung seiner Werke, also der Tendenz, für jede beliebige Nutzung ein dingliches Recht zu vergeben, und den Verkehrsschutzinteressen der Allgemeinheit zu unterscheiden. Somit wird der Aufspaltbarkeit in einzelne Nutzungsarten mit selbständigen Nutzungsrechten mit dinglicher Wirkung, durch die oben aufgeführte Definition Grenzen gesetzt.

Nutzungsrechte können örtlich beschränkt eingeräumt werden, beispielsweise auf Länder, Sprachräume oder Orte.[46] Beim Vertrieb von körperlichen Werkstücken ist eine räumliche Beschränkung grundsätzlich nicht möglich, da solche Beschränkungen mit dem Erschöpfungsgrundsatz kollidieren würden, welcher europaweit Wirkung entfaltet.[47] Für die Online-Nutzung von Werken in offenen Netzen ist eine räumliche Beschränkung ebenfalls ausgeschlossen.[48]

Das Urheberrecht erlischt 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Demnach überrascht es nicht, dass Nutzungsrechte häufig nicht für die gesamte Schutzdauer, sondern lediglich zeitlich beschränkt eingeräumt werden.[49] Eine andere Möglichkeit besteht darin, den zeitlichen Rahmen zu begrenzen, indem ein Kündigungsrecht vereinbart wird.

Eine inhaltliche Beschränkung der Nutzungsrechte lässt sich zunächst an § 15 UrhG hinsichtlich der nur beispielhaft aufgezählten Verwertungsformen festmachen. Aufgrund neu hinzukommender Technologien, insbesondere auch des Internets, können diese Verwertungsformen ineinander übergehen. Darüber hinaus lassen sich Verwertungsbereiche in einzelne Nutzungsarten mit jeweils entsprechenden Nutzungsrechten unterteilen.[50]

Weiterhin spielt das oben Gesagte bezüglich der Unterscheidbarkeit von schuldrechtlichen und dinglichen Beschränkungen eine entscheidende Rolle. Inhaltliche Beschränkungen grenzen die eingeräumten Nutzungsrechte auf bestimmte Nutzungsarten ein und passen diese somit den konkreten wirtschaftlichen Verwertungszwecken an.[51] Aufgrund der gegensätzlichen Interessen der Parteien wirken die inhaltlichen Beschränkungen nur dinglich über das Vertragsverhältnis hinaus, wenn die Nutzungsart nach der Verkehrsauffassung hinreichend klar abgrenzbar und eine konkrete technisch-wirtschaftlich eigenständige Verwendungsform des Werkes ist.[52]

[43] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 28, 29
[44] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG § 31, Rdn, 11, 12
[45] Vgl. Schulze, in. Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 9
[46] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 278, Rdn. 825
[47] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 31
[48] Vgl. Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 31, Rdn. 10
[49] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 278, Rdn. 824
[50] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 36
[51] Vgl. Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, 2014, UrhG § 31, Rdn. 14
[52] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 31, Rdn. 59

Die räumlichen, zeitlichen und inhaltlichen Beschränkungen können sowohl kumulativ als auch alternativ vorliegen.[53] Gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG können Nutzungsrechte auch als einfaches oder als ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt werden, was sich auf den Umfang der Berechtigung auswirkt.[54]

Nach § 31 Abs. 2 UrhG beinhaltet ein einfaches Nutzungsrecht das Recht, das Werk auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist. In diesem Fall räumt der Rechtsinhaber lediglich eine positive Nutzungsbefugnis ein, nicht aber ein Verbotsrecht gegen fremde Nutzungen.[55] Somit kann ein einfaches Nutzungsrecht mehreren Personen gleichzeitig eingeräumt werden.[56] Weiterhin kann der Inhaber eines einfachen Nutzungsrechts niemandem die Nutzung des Werks verbieten, kann sich jedoch gegen Störungen wehren. Es handelt sich um ein quasi-dingliches Recht, dass das Urheberrecht als Immaterialgüterrecht belastet und sowohl den Urheber als auch seinen Rechtsnachfolger in den ausschließlichen Befugnissen beschränkt. Zudem bleibt das einfache Nutzungsrecht bestehen, auch wenn der Urheber nachträglich einem anderen ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumt, sogenannter Sukzessionsschutz.[57] Was genau dem Inhaber des einfachen Nutzungsrechts erlaubt ist, ergibt sich aus dem zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft. Beschränkungen sind entweder ausdrücklich vereinbart oder ergeben sich gemäß des Zweckübertragungsgrundsatz aus dem Sinn und Zweck des Vertrags. Neben den dinglichen, sind auch die schuldrechtlichen Beschränkungen hierbei zu beachten.[58]

Gemäß § 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. Ferner kann bestimmt werden, dass die Nutzung durch den Urheber vorbehalten bleibt. Demnach handelt es sich um ein Nutzungsrecht mit dinglicher Wirkung[59] und schließt, anders als das einfache Nutzungsrecht, zusätzlich ein negatives Verbotsrecht mit ein.[60] Somit kann der Erwerber des Nutzungsrechts allen, gegebenenfalls sogar dem Rechtsinhaber, die Nutzung des Werks im Wege von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen verbieten.[61]

Eine sogenannte einschränkende Ausschließlichkeit liegt dann vor, wenn das Nutzungsrecht zwar gegenüber Dritten wirkt, dem Urheber oder sonstigen Rechtsinhaber jedoch die Nutzung noch vorbehalten bleibt. [62]

Bei der Einräumung von Nutzungsrechten ist wie im restlichen deutschen Zivilrecht zwischen einem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu trennen. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass nach dem Abstraktionsprinzip im Zivilrecht, das Verfügungsgeschäft vom Bestand des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts abhängig ist. Anders ist dies im Urheberrecht zu bewerten, wonach das Kausalitätsprinzip Anwendung findet. Danach wird die

[53] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 47
[54] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 277, Rdn. 819
[55] Vgl. ebd.
[56] Vgl. Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 31, Rdn. 28
[57] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 277, Rdn. 820; Vgl. auch Schulze, in:Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 52
[58] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 53
[59] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 31, Rdn. 92
[60] Vgl. Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 31, Rdn. 29 mit Bezug auf BGHZ 9, 262, 264 – Lied der Wildbahn; BGH GRUR 1992, 310, 311 – Taschenbuch-Lizenz
[61] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 31, Rdn. 96
[62] Vgl. Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 278, Rdn. 821, 822

Verfügung hinfällig, sollte das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft unwirksam sein, enden oder aus einem anderen Grund keinen Bestand haben.[63]

Das Verpflichtungsgeschäft stellt der Nutzungsvertrag zwischen Verwerter und Urheber dar, welcher die Verschaffung der im Vertrag bestimmten Nutzungsrechte, gegebenenfalls Beschränkungen, die Vergütung und sonstige Konditionen zwischen den Vertragsparteien enthält. Dieses Verpflichtungsgeschäft begründet allerdings nur die Rechte und Pflichten und gibt lediglich einen Anspruch auf Einräumung der vereinbarten Nutzungsrechte. [64] Der Vertrag wird nach allgemeinen Vorschriften des BGB abgeschlossen und ist in der Regel als Vertrag eigener Art anzusehen, während das Verfügungsgeschäft die Nutzungseinräumung an sich darstellt.[65] Diese belastet das Verwertungsrecht des Urhebers und ist eine Verfügung in Erfüllung der zugrundliegenden schuldrechtlichen Verpflichtung.[66] Eines Realakts wie zum Beispiel die Übergabe eines Werkstücks, bedarf es nicht.[67] In der Regel fallen in der Praxis jedoch beide Rechtsgeschäfte zusammen, sodass der Nutzungsvertrag auch neben der Verpflichtung zur Rechtseinräumung die Erfüllung durch die entsprechende Verfügung enthält. [68]

1.5 Folgen von Rechtsverletzungen

Die oben beschriebenen Rechte des Urhebers beziehungsweise des jeweiligen Inhabers von Nutzungsrechten wäre hinfällig, gäbe es keine Sanktionen für den Fall, dass in diese Rechte eingegriffen wird. Unabhängig davon, ob die eingeräumten Nutzungsrechte überschritten werden oder ob der Verletzter bisher überhaupt keine Rechte an dem Werk erlangt hatte, soll eine solche Verletzung durch rechtliche Schritte geahndet werden können. Diese müssen auf der einen Seite tatsächlich wirksam sein, um potentielle Verletzer für die Zukunft abzuschrecken, dürfen jedoch auch nicht innovationshemmend wirken.[69]

In den §§ 97 ff. UrhG werden die zivilrechtlichen Ansprüche zusammengefasst, welche zugleich auch die Bedeutendsten im Urheberrecht und im Social Media Bereich darstellen. Hieraus hat der Rechtsinhaber die Möglichkeit, vom Rechtsverletzer Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz zu verlangen. Weiterhin kann der Rechtsinhaber die zur Durchsetzung der Ansprüche erforderlichen Ansprüche auf Auskunft, Rechnungslegung und Besichtigung geltend machen. Ergänzend existiert noch ein Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung der Vervielfältigungsstücke und Vorrichtungen zur Herstellung der Vervielfältigungsstücke und einen Anspruch auf Bekanntmachung des Urteils.[70] Neben den zivilrechtlichen Maßnahmen, existieren in den §§ 106 ff. UrhG auch straf- und bußgeldrechtliche Bestimmungen,[71] da die Verletzung ausschließlicher Schutzrechte auch einen Angriff auf vom Staat vorgenommene Zuordnung immaterieller Güter im Wege der Immaterialgüterrechtsgesetze darstellt.[72]

Zusätzlich zu den Ansprüchen in den §§ 97 ff. UrhG sieht das UrhG in § 96 ein ausdrückliches Verwertungsverbot für die Verwertung rechtswidrig hergestellter Vervielfältigungsstücke

[63] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 18
[64] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 31, Rdn. 26,27
[65] Vgl. ebd.
[66] Vgl. ebd. Rdn. 28
[67] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 31, Rdn. 20
[68] Vgl. ebd. Rdn. 26
[69] Vgl. Specht, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG Vorbemerkung zu §§ 97 ff., Rdn. 1
[70] Vgl. Lutz, Grundriss des Urheberrechts, 2013, S. 234, Rdn. 678
[71] Vgl. ebd. Rdn. 678
[72] Vgl. Specht, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG Vorbemerkung zu §§ 97 ff., Rdn. 2

vor.[73] Dieses Verwertungsverbot stellt ebenfalls ein durch § 97 UrhG geschütztes absolutes Recht dar, was dazu führt, dass eine Verletzung des Verwertungsverbots automatisch auch als eine Verletzung des Verbreitungs- beziehungsweise des Wiedergaberechts anzusehen ist.[74]

Im Hinblick auf die Verwendung von Bildern als auch Texten, innerhalb der Social Media, zeigt insbesondere der § 97 UrhG, also der Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz, besondere Relevanz auf, da diese die Zentralnorm des Urheberdeliktsrechts[75] darstellt und dem Urheber beziehungsweise Rechtsinhaber auf dem zivilrechtlichen Wege zur Durchsetzung seiner Rechte verhilft.

Zunächst ist für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche nach § 97 UrhG eine Verletzungshandlung in das durch das Urheberrechtsgesetz geschützte absolute Recht nötig.[76] Diese liegt dann vor, wenn ein Nichtberechtigter eine dem Rechtsinhaber vorbehaltene Nutzungshandlung vornimmt.[77] Somit ist zu prüfen, ob in die Urheberpersönlichkeitsrechte gemäß §§ 12 ff. UrhG oder die Verwertungsrechte gemäß §§ 15 ff. UrhG eingegriffen wurde. Neben diesen Rechten, finden aber auch die Rechte der Inhaber verwandter Schutzrechte einen leistungsberechtigten Schutz durch § 97 UrhG, sowie auch die Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte gemäß § 31 Abs. 3 UrhG. Nicht vom Schutz des § 97 UrhG erfasst sind rein vertragliche Verpflichtungen.[78] Weiterhin liegt eine Verletzungshandlung dann vor, wenn eingeräumte Nutzungsrechte dinglich beschränkt wurden und der Nutzungsberechtigte die Grenzen seiner Befugnisse überschreitet.[79] Zu Stande kommt eine Verletzungshandlung durch positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen. Letzteres setzt allerdings die Pflicht zu Handeln voraus, die sich aus dem Gesetz oder vorangegangener Handlung ergeben kann.[80]

Zusätzlich bedarf es zur Begründung eines Anspruchs gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG einer Widerrechtlichkeit. Diese wird bei einer tatbestandsmäßigen Verletzungshandlung grundsätzlich indiziert und ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich.[81] Handelt es sich um eine Rechtsverletzung die in einem Unterlassen besteht, so setzt die Widerrechtlichkeit das Bestehen einer Handlungspflicht voraus, welcher der Rechtsverletzer nicht nachgekommen ist. Möchte dieser sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen, hat er diesen zu beweisen.[82] Sowohl für den Unterlassungsanspruch, als auch für den Anspruch auf Beseitigung gemäß § 97 UrhG reicht die Rechtswidrigkeit zusätzlich zur Verletzungshandlung aus. Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, bedarf es hingegen eines zusätzlichen Verschuldens des Verletzers.[83]

[73] Vgl. Lutz, Grundriss des Urheberrechts, 2013, S. 235, Rdn. 681, Vgl. auch BGH, NJW 2007, 679 - Alpensinfonie
[74] Vgl. Lutz, Grundriss des Urheberrechts, 2013, S. 235, Rdn. 681
[75] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 97, Rdn. 1
[76] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 97, Rdn. 14; Vgl. auch BGH GRUR 1997, 896, 897 - Mecki-Igel III
[77] Vgl. ebd.
[78] Vgl. Lutz, Grundriss des Urheberrechts, 2013, S. 235, Rdn. 682, 683
[79] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 97, Rdn. 15
[80] Vgl. ebd. Rdn. 18
[81] Vgl. Specht, in Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 97, Rdn. 14; Vgl. auch BGH GRUR 1991, 769, 779 - Honorarfrage
[82] Vgl. Specht, in Dreier/Schulze, 2018, UrhG § 97, Rdn. 14
[83] Vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 97, Rdn. 20

1.6 Nutzungsbedingungen der sozialen Netzwerke

Beachtet man alle oben aufgeführten Voraussetzungen und Bedingungen zur rechtskonformen Nutzung von Bildern und lässt sich vom Urheber beziehungsweise Rechtsinhaber entsprechende Nutzungsrechte, einräumen, kann die Verwendung der Bilder dennoch aufgrund der Nutzungsbedingungen der sozialen Netzwerke rechtswidrig sein, auch wenn grundsätzlich die kommerzielle Nutzung erlaubt ist.

In den Nutzungsbedingungen von Facebook heißt es beispielsweise:

> „Insbesondere wenn du Inhalte, die durch geistige Eigentumsrechte geschützt sind (wie Fotos oder Videos), auf oder in Verbindung mit unseren Produkten teilst, postest oder hochlädst, gewährst du uns eine nicht-exklusive, übertragbare, unterlizenzierbare und weltweite Lizenz, deine Inhalte (gemäß deinen Privatsphäre- und App- Einstellungen) zu hosten, zu verwenden, zu verbreiten, zu modifizieren, auszuführen, zu kopieren, öffentlich vorzuführen oder anzuzeigen, zu übersetzen und abgeleitete Werke davon zu erstellen.“[84]

Möchte man nun Bilder auf Facebook oder anderen sozialen Netzwerken nutzen, wird nicht nur eine Lizenz zur kommerziellen Nutzung benötigt, wie für die Verwendung auf der Website, Newslettern, Präsentationen etc., sondern zusätzlich auch das Recht zur Unterlizenzierung. Demnach reicht ein lediglich einfaches Nutzungsrecht gemäß § 31 Abs. 2 UrhG nicht aus. Es ist daher darauf zu achten, dass bei Erwerb von Nutzungsrechen zusätzlich immer das Recht mit eingeräumt wird, den sozialen Netzwerken die oben aufgeführten Rechte auch tatsächlich zu übertragen und somit ein einfaches Nutzungsrecht weiterzugeben. Ist diese Übertragung in der erworbenen Lizenz nicht inbegriffen, liegt ein Fall der Überschreibung der Nutzungsrechte vor und der Urheber beziehungsweise anderweitige Rechtsinhaber hat gegebenenfalls einen Anspruch aus den §§ 97 ff. UrhG.

1.7 Recht am eigenen Bild, KunstUrhebergesetz und Datenschutzgrundverordnung

Häufig werden in den sozialen Medien nicht nur Fotos und computergenerierte Bilder von Gegenständen verwendet, sondern oftmals auch Fotos von Personen. Darauf abgebildet können entweder Models sein, welche speziell für solche Bilder zur Verfügung stehen, aber auch Geschäftsführer, Mitarbeiter oder Dritte. Fraglich ist daher, ob es für solche Fotos ebenfalls nur der Zustimmung des Urhebers beziehungsweise Rechtsinhabers des Bilds bedarf oder ebenfalls der Einwilligung durch die abgebildete Person. Diese Frage lässt sich durch das Recht am eigenen Bild beantworten, welches sich aus dem Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 I GG und Art. 1 I GG ableitet und für jedermann Gültigkeit entfaltet. Die gesetzliche Grundlage für dieses Recht bildet das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und Photographie, besser bekannt als Kunsturhebergesetz (KunstUrhG, auch KUG)[85]

Demnach dürfen gemäß § 22 KunstUrhG Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel dann als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, dass er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt.[86]

[84] Facebook Nutzungsbedingungen, Punkt 3.3
[85] Vgl. Urheberrecht.de, Recht am eigenen Bild: Bildrechte zum Schutz der Privatsphäre
[86] Vgl. anwalt-im-netz.de, Das Recht am eigenen Bild - Fotorecht

Somit erhält der Abgebildete grundsätzlich das Recht darüber zu bestimmen, was mit Fotografien in der Öffentlichkeit geschieht, es werden ihm aber Grenzen gemäß § 23 KunstUrhG hierbei gesetzt, beispielsweise im Sinne der Presse- oder Kunstfreiheit.[87]

Damit das Bild mit der jeweiligen Person nun innerhalb der Social Media verwendet werden darf, benötigt der Nutzer die Einwilligung des Abgebildeten. Hierbei existiert die Möglichkeit, die Einwilligung, wie das Nutzungsrecht im Urheberrecht auch, inhaltlich, räumlich und zeitlich zu beschränken.[88] Die nach dem KunstUrhG abgegebene Einwilligung gilt im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB im Grundsatz als unwiderruflich. Lediglich in Ausnahmefällen mit wichtigem Grund wird ein Widerruf als zulässig erachtet, sofern das Festhalten an der Einwilligung unzumutbar wird.[89] Die Erteilung kann entweder stillschweigend, sprich konkludent, aber auch ausdrücklich erfolgen.[90] Gemäß § 22 Abs. 2 KunstUrhG gilt die Vermutung einer stillschweigenden Einwilligung für den Fall, dass der Abgebildete eine Entlohnung erhalten hat, was vermutlich bei Models überwiegend der Fall sein wird. Sobald jedoch vertraglich eine Regelung über die Bildveröffentlichung getroffen wurde, in welcher auch eine Entlohnung vorgesehen ist, ist die Vermutungsregelung nicht mehr anwendbar.[91] Grundsätzlich bedarf es bei der Veröffentlichung von Mitarbeiterfotos ebenfalls einer wirksamen Einwilligung der betroffenen Person. Eine Ausnahme gemäß § 22 Abs. 2 KunstUrhG kann hierbei zwar vorliegen, wenn der Mitarbeiter für die Veröffentlichung eine entsprechende Entlohnung zu erwarten hat, diese liegt allerdings nicht deshalb schon vor, wenn die Aufnahmen während der Arbeitszeit gemacht werden, für die der betroffene Mitarbeiter sein gewöhnliches Arbeitsentgelt erhält.[92] Zum Schutz der Arbeitnehmer hat das BAG am 19.02.2015 entschieden, dass eine konkludente Einwilligung für das Arbeitsverhältnis nicht möglich sei und das es bei einer solchen Einwilligung grundsätzlich der Schriftform bedarf.[93]

Durch die Einführung der DSGVO am 25.05.2018 herrscht eine hohe Rechtsunsicherheit bezüglich der weiteren Anwendbarkeit des KunstUrhG, da die nationale Regelung möglicherweise in einem Spannungsverhältnis zur DSGVO steht. Diese gilt als europäische Verordnung innerhalb ihres Anwendungsbereichs unmittelbar und hat grundsätzlich Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten.[94] Hierdurch stellt sich nun die Frage, ob auch nach Inkrafttreten der DSGVO das KunstUrhG weiterhin Anwendung findet, oder ob beziehungsweise in wie weit dieses Gesetz durch die neue DSGVO verdrängt wird.[95]

Die DSGVO regelt die Verarbeitung von personenbezogenen Daten gemäß Art. 4 Nr. 1, 2 DSGVO. Hierunter sind auch Bildnisse und Fotografien von Personen zu verstehen, sofern die betroffene Person zumindest für ihren Bekanntenkreis erkennbar ist.[96]

---

[87] Vgl. ebd.
[88] Vgl. Specht, in: Dreier/Schulze, KUG § 22, Rdn. 21
[89] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 77
[90] Vgl. Specht, in: Dreier/Schulze, KUG § 22, Rdn. 17 mit Bezug auf BGH GRUR 2005, 74, 75 - Charlotte Casiraghi II; GRUR 1996, 195, 196 – Abschiedsmedaille; GRUR 1668, 653 - Ligaspieler
[91] Vgl. Specht, in: Dreier/Schulze, KUG § 22, Rdn. 19b mit Bezug auf OLG Karlsruhe ZUM-RD 2010, 690, 692, mit Nichtzulassungsbeschwerde, BGH ZR 232/10
[92] Vgl. Benecke/Groß, in: NZA 2015, 833, 835; Vgl. auch OLG Nürnberg, GRUR 1957, 296; Fricke in Wandte/ Bullinger, Urheberrecht, § 22 KunstUrhG Rdn. 18
[93] Vgl. Benecke/Groß, in NZA 2015, 833, 835; Vgl. auch BAG BeckRS 2015, 67598
[94] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 77 mit Bezug auf Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rdn. 20, zuletzt Benedikt/Kranig, ZD 2019, 3
[95] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 77
[96] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 77 mit Bezug auf BGH NJW 1979, 2205; OLG Hamburg NJW-RR 1992, 536

Während Art. 4 Nr. 2 DSGVO unter anderem die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten, also auch die Fixierung der Bilder auf einem Datenträger umfasst,[97] regelt das KunstUrhG nur die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen, nicht aber die Speicherung oder Herstellung. Diese Handlungen unterliegen damit allein der DSGVO, beziehungsweise dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.[98] Innerhalb der Öffnungsklauseln der DSGVO gibt es Ausnahmen des Anwendungsvorrangs, wonach fraglich ist, ob innerhalb dieser die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung das KunstUrhG als nationale Rechtsvorschrift ausnahmsweise vorrangig Geltung erlangen kann.[99]

Gemäß Art. 85 Abs. 2 DSGVO sind lediglich für journalistische, literarische, wissenschaftliche und künstlerische Zwecke Abweichungen und Ausnahmen von der DSGVO vorgesehen, *„wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“*.[100] Das KunstUrhG wird durch solch eine Öffnungsklausel laut dem OLG Köln anwendbar, sofern es sich auf eine Veröffentlichung von Bildnissen zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken bezieht.[101]

Fraglich ist jedoch weiterhin, ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine Öffnungsklauseln darstellt, die nicht auf den journalistischen Bereich beschränkt ist, sondern das KunstUrhG als nationale Ausprägung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit und somit im nicht-journalistischen Kontext betrachtet. Diese Frage ist höchst umstritten, was zu einer großen Unsicherheit in der Praxis führt. Das Bundesinnenministerium des Innern, für Bau und Heimat gibt beispielsweise vor, dass das KunstUrhG weiterhin gelten soll, zumindest können dessen Wertungen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der DSGVO berücksichtigt werden.[102] Andere Stimmen vertreten, dass allein die DSGVO der relevante Maßstab sein soll[103] und Art. 85 Abs. 1 DSGVO deshalb einen Anpassungsauftrag an den nationalen Gesetzgeber enthalte, die Vorschriften, nach den Vorgaben der DSGVO auszurichten, da sonst Absatz 2 überflüssig zu sein scheint, da alle relevanten Fälle von Absatz 1 gedeckt würden.[104]

Nach Ansicht der Verfasser ist das KunstUrhG, auch wenn das BayLDA und Teile der Literatur anderer Meinung zu sein scheinen, weiterhin neben der DSGVO anwendbar. Dieses Ergebnis ist dogmatisch am sinnvollsten mit der Qualifikation des Abs. 1 als Öffnungsklausel zu erreichen. Jede andere Argumentation würde dazu führen, dass die DSGVO, zumindest in Deutschland, im Einklang mit einem bestimmten nationalen Gesetz auszulegen ist, was den Sinn und Zweck dieser Verordnung entgegenstehen würde.

Gleich welcher Ansicht man sich jedoch anschließen möchte, ist es in jedem Fall sicherer und wohl auch im Interesse der betroffenen Person, sich gleich an die Vorschriften der DSGVO zu halten, da gemäß KunstUrhG in der Regel immer eine Einwilligung bis auf die Ausnahmen des § 23 KunstUrhG erforderlich sein wird, während in der DSGVO auch andere

[97] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 77 mit Bezug auf Lorenz, ZD 2012, 367, 368; Golla/Hebort, GRUR 2015, 648, 649
[98] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 77
[99] Vgl. ebd.
[100] Vgl. ebd.
[101] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 77; Vgl. auch OLG Köln ZD 2018, 434 m. Anm. Hoeren
[102] Vgl. Krüger/Wiencke, in MMR 2019, 76, 78 mit Bezug auf das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, FAQs zur DSGVO, Meldung vom 05.04,2018
[103] So auch das BayLDA in seinem jährlichen Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 56
[104] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 78

Rechtsgrundlagen greifen können. Demnach bedarf es aufgrund des Verbots mit Erlaubnisvorbehalts immer eines Erlaubnistatbestands, um Bildnisse veröffentlichen zu dürfen.[105]

In Betracht kommen hier Art. 6 Abs. 1 lit. a, b und f DSGO: die Einwilligung, Vertragserfüllung und das berechtigte Interesse. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO ist die Verarbeitung dann als rechtmäßig anzusehen, wenn diese für die Erfüllung eines Vertrages oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen notwendig ist. Dies ist beispielsweise bei einem Vertrag zwischen einem Model für eine Werbekampagne und einem Unternehmen der Fall.[106]

Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist die Datenverarbeitung dann als rechtmäßig anzusehen, wenn die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Rechte der betroffenen Person überwiegen. Letzteres liegt insbesondere dann vor, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt. Demnach bedarf es bei der Stützung auf die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO immer einer Interessensabwägung zwischen den berechtigten Interessen des Verantwortlichen einerseits mit den Interessen oder Grundrechten der betroffenen Personen andererseits. In diese Abwägung sind die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person gemäß Erwägungsgrund 47 DSGVO mit einzubeziehen. Laut dem LfDI Baden-Württemberg muss eine Person auf einem größeren Event gegebenenfalls zwar mit der Anfertigung und internen Verwendung von Fotos rechnen, jedoch gehen die vernünftigen Erwartungen nicht soweit, dass die Fotos anschließend auch veröffentlich werden dürfen. Weiterhin hat eine Person auch nicht mit einer werblichen Verwendung der Fotos zu rechnen, wonach die Verwendung zu Werbezwecken nicht auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gestützt werden kann. Bei öffentlichen Veranstaltungen ohne konkrete Einladung kann dies im Einzelfall gegebenenfalls wieder anders zu bewerten sein.[107]

Schließlich kann auch die Rechtsgrundlage der Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO Anwendung finden, wobei die datenschutzrechtliche Einwilligung von der nach § 22 KunstUrhG zu unterscheiden ist. Allerdings sind die Voraussetzungen gemäß DSGVO strenger anzusehen, weshalb bei einer Wahrung dieser Vorgaben, beiden Vorschriften Rechnung getragen werden kann.[108] Die Einwilligung ist gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“. Demnach muss die Einwilligung freiwillig und auf informierte Weise von der betroffenen Person abgegeben werden. Weiterhin muss sich die Einwilligung auf einen bestimmten Zweck gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO und eine bestimmte Verarbeitung beziehen. Des Weiteren bedarf es einer Unmissverständlichkeit durch eine ausdrückliche Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung.[109] Nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO muss die verantwortliche Stelle die Einwilligung nachweisen können, was eine spezifische Ausprägung der Rechenschaftspflicht gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO darstellt. Die Schriftform wird hierbei zwar nicht verlangt, allerdings ist diese aufgrund der Nachweisbarkeit jedoch empfehlenswert.[110]

[105] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 78
[106] Vgl. ebd. 76, 79
[107] Vgl. LfDI Baden-Württemberg, FAQ Fotografieren und Datenschutz – Wir sind im Bild!
[108] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 79
[109] Vgl. BayLDA, Die Einwilligung nach der DSGVO,2018, S. 1 ff.
[110] Vgl. ebd. S. 6

Gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf wird die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung, welche bis zum Widerruf erfolgt ist, nicht tangiert. Der Widerruf muss grundsätzlich so einfach wie die Erteilung selbst ausgestaltet sein und der Betroffene ist gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 3 DSGVO vor Abgabe der Einwilligung hinsichtlich der Widerrufsmöglichkeit zu belehren.[111] Fraglich und auch umstritten ist, ob der Nutzer des Bildes im Falle eines Widerrufs die Verarbeitung einfach auf eine andere Rechtsgrundlage stützen kann, wie beispielsweise das berechtigte Interesse, sofern dieses vorliegen könnte. Abschließend ist diese Frage allerdings noch nicht geklärt worden, jedoch sprechen die besseren Gründe im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben dafür, die Einwilligung nur einzuholen, wenn kein anderer Erlaubnistatbestand vorliegt. Demnach sollte auch im Falle eines Widerrufs, keine andere Rechtfertigung mehr greifbar sein.[112]

Genau diese Widerrufsmöglichkeit unterscheidet auch die Einwilligung gemäß § 22 KUG i. V. m. § 130 BGB von der Einwilligung nach Art. 6 I lit. a i. V. m. Art. 4 Nr. 11 u. Art. 7 DSGVO. Die Widerruflichkeit der Einwilligung wird nach dem BGB stark eingeschränkt und ist auch nur aus wichtigem Grund möglich, während die betroffene Person die Einwilligung nach den Vorschriften der DSGVO jederzeit widerrufen kann.[113]

2 Verwendung von fremden und eigenen Texten in Social Media

Die Existenz von sozialen Medien steht und fällt mit dem Verfassen, Teilen und Verlinken von interessanten Texten. Häufig werden von den Nutzern nicht nur eigene Texte, beispielsweise durch Posts generiert, sondern auch auf fremde Inhalte Bezug genommen. Dies können Websites sein, von welchen die Inhalte besonders spannend erscheinen, aber auch Blogs mit wissenschaftlichen, kulturellen oder sonstigen Themen. Daher kommt die Frage auf, ob das Schaffen eigener Texte zur Begründung eines Werks führt und ob die Verwendung fremder Texte, wenn auch nur durch Verlinkung, urheberrechtlich gestattet ist und wer im Zweifel für rechtswidrige Inhalte des verlinkten Textes haftet.

2.1 Urheberrechtliche Bewertung der Verwendung von Texten im Social Web

Hinsichtlich der grundlegenden Ausführungen zum Urheberrecht kann auf Punkt 3.1.1. verwiesen werden und nachfolgend wird lediglich auf die Besonderheiten von eigens erstellen Blogbeiträgen und fremden Fachtexten hinsichtlich des Urheberrechts eingegangen.

Fraglich ist zunächst, ob das Schreiben von Blogbeiträgen im Social Web ein urheberrechtliches Werk begründen kann, indem es gemäß § 2 Abs. 2 UrhG eine persönliche, geistige Schöpfung darstellt. Die Konsequenz daraus wäre, dass der Urheber aus seinem Werk gegenüber Dritten Ansprüche geltend machen kann, sofern sie das Werk widerrechtlich verwenden. In Betracht zu ziehen sind hierfür Sprachwerke gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG. Für deren Schutzfähigkeit kommt es sowohl auf die Art als auch den Umfang an. Frei erfundene Texte genießen daher eher urheberrechtlichen Schutz als solche, bei denen der Inhalt durch

[111] Vgl. ebd.
[112] Vgl. Krüger/Wiencke, in: MMR 2019, 76, 79
[113] Vgl. Varl, Mitarbeiterfotos und DSGVO: Aktuelle Probleme, 2018

organisatorische Zwecke oder wissenschaftliche Themen bereits vorgegeben ist.[114] Weiterhin ist die Länge eines Textes zur Begründung eines Werkes entscheidend. Je länger ein Text, desto größer ist der Spielraum für eine individuelle Wortwahl.[115] Innerhalb sozialer Netzwerke können allerdings beispielsweise bis zu 140 Zeichen umfassende Twitter-Posts im Einzelfall wegen einer bildhaften oder phantasievollen sprachlichen Gestaltung bereits schon schutzfähig sein.[116] Bei kürzeren Posts oder Teasertexten, ist ein urheberrechtlicher Schutz daher eher zu verneinen, während Blogs je nach Ausgestaltung des Inhalts durchaus urheberrechtlichen Schutz begründen können.

In der Regel ist ein Blog sehr individuell ausgestaltet. Dies kann entweder durch ganz persönliche Inhalte der Fall sein, aber auch bei der Wiedergabe von fachlichen Themen, da nicht nur der Inhalt selbst betrachtet werden muss, sondern auch die Gestaltung des Blogs an sich, also das Design, Kommentarfunktionen, Gestaltung von Linklisten etc. Wie bereits erwähnt, reicht jedoch Individualität zur Begründung eines Werks nicht aus. Des Weiteren ist grundsätzlich jeder Blog individuell geprägt und somit müsste auch jeder Blog schutzfähig sein, was dem Willen der Blogbesitzer nicht entsprechen würde.[117] In der Rechtsprechung wird in ähnlich gelagerten Fällen unterschiedlich entschieden, wie z.B. bei Briefen[118] und Tagebüchern[119]. Die Entscheidungen stellen darauf ab, ob die Werke eine gewisse Phantasie beziehungsweise Gestaltungskraft zeigen,[120] oder ob sie sich „durch die Art der Sprachgestaltung oder der Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen, kulturellen, politischen oder sonstigen Fragen abheben“.[121] Sofern es sich bei der urheberrechtlichen Bewertung eines Blogs aus den eben genannten Merkmalen ergeben sollte, dass es hierbei auf die Qualität der schriftlichen Gestaltung abzustellen ist, ist die Schutzfähigkeit abzulehnen.[122] Demnach wird es wohl im Einzelfall zu entscheiden sein, ob ein Blog oder einzelne Inhalte eines Blogs urheberrechtsfähigen Schutz finden oder nicht.

Innerhalb der Social Media und dem Internet ist es leicht, sich selbst keine Gedanken zu machen und Texte zu schreiben, sondern einfach die Inhalte anderer zu nutzen und sie gegebenenfalls sogar als die eigenen darzustellen. Nicht selten kommt es daher vor, dass fremde Texte einfach kopiert und in den eigenen Blog oder den eigenen Post eingesetzt werden, ohne den eigentlichen Verfasser zu erwähnen. Weiterhin ist es Gang und Gebe, bei aktuellen Themen nicht selbst etwas dazu zu schreiben, sondern auf entsprechende Nachrichtenseiten, Blogs oder Websites zu verlinken und diesen Link durch Teasertexte anzupreisen oder fremde Inhalte zu teilen und zu liken. Nunmehr stellt sich die Frage, ob solche Verlinkungen bereits einen Eingriff in das Urheberrecht des Verfassers darstellen, sofern der Text nach den oben bereits genannten Anforderungen ein Werk begründet. Wie bei der urheberrechtlichen Bewertung bei der Verwendung von Bildern im Social Web bereits ausgeführt, verneint der EuGH einen Eingriff in die Urheberrechte des Verfassers, sofern nicht ein

[114] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schule, 2018, UrhG § 2, Rdn. 83
[115] Vgl. ebd.
[116] Vgl. Schulze, in: Dreier/Schule, 2018, UrhG § 2, Rdn. 83 mit Bezug auf Ludyga AfP 2017, 284, 285)
[117] Vgl. Assion, Blog als (Kunst-)Werke, 2008
[118] Vgl. Assion, Blog als (Kunst-)Werke, 2008, mit Bezug auf: Die Schutzfähigkeit bejahend: BGHZ 31, 208, 311 - Alte Herren; verneinend: KG Berlin GRUR-RR 2002, 313 – Das Leben, dieser Augenblick
[119] Vgl. Assion, Blog als (Kunst-)Werke, 2008, mit Bezug auf: Die Schutzfähigkeit bejahend: BGHZ 249, 255 - Cosima Wagner; verneinend: KG GRUR-RR 1973, 603, 604 – Hauptmann-Tagebücher.
[120] Vgl. Assion, Blog als (Kunst-)Werke, 2008, mit Bezug auf BGH GRUR 1986, 739, 741 – Anwaltsschriftsatz; LG Berlin ZUM 2005, 842, 843, Host-Providing-Mustervertrag
[121] Vgl. Assion, Blog als (Kunst-)Werke, 2008, mit Bezug auf RGZ 69, 401, 406; zitiert nach Ahlberg in Möhrung/Nicollini, UrhG, § 2 Rdn. 88
[122] Vgl. Assion, Blog als (Kunst-)Werke, 2008

völlig neues Publikum durch die Verlinkung angesprochen wird.[123] Problematisch wird die Verlinkung allerdings dann, wenn sie auf Inhalte erfolgt, welche schon vom Websitebetreiber rechtswidrig zugänglich gemacht worden sind. Hierzu wird im Folgenden näher eingegangen.

2.2 ZURECHENBARKEIT FREMDER INHALTE UND HAFTUNG IM SOCIAL WEB

Grundsätzlich haftet ein Nutzer sozialer Medien für eigens erstellte Inhalte gemäß §§ 7 – 10 TMG. Postet somit ein Unternehmen eigene Beiträge, richtet sich die Haftung nach § 7 TMG. Werden urheberrechtliche, markenrechtliche, wettbewerbsrechtliche oder persönlichkeitsrechtliche Verletzungen durch das Unternehmen begangen, richtet sich die Haftung nach den Zivil-, Straf-, Urheber-, Wettbewerbsrecht oder sonstigen Vorschriften.[124]

Viel spannender ist allerdings die Frage, wie und ob ein Social Media Nutzer für die Verwendung fremder Inhalte haften muss. Eine solche Verwendung kann beispielsweise in der Verlinkung auf eine fremde Website gesehen werden. Die Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Links ist zu bejahen. Allerdings ist fraglich, inwieweit der Linksetzende für die Inhalte der fremden Website haftbar gemacht werden kann.

Für eine Haftung fremder Inhalte ist zunächst Voraussetzung, dass der Linksetzende sich den fremden Inhalt entweder zu eigen macht oder als Störer verantwortlich ist.[125]

Derjenige, der sich die fremden Informationen, auf welche er durch den Link verweist, zu eigen macht, haftet dafür wie für eigene Informationen nach § 7 TMG.[126] Für ein zu eigen machen ist die objektive Sicht eines verständigen Durchschnittsnutzers auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller Umstände maßgeblich.[127] Ein zu eigen machen liegt demnach in der Regel dann vor, wenn die Äußerung beziehungsweise der Beitrag dem Linksetzenden aus Sicht eines verständigen Durchschnittsnutzers zugerechnet werden kann beziehungsweise der Inhalt als der eigene des Linksetzenden erscheint.[128] Somit ist es für ein zu eigen machen schon ausreichend, wenn der Linksetzende die verlinkte Aussage offensichtlich teilt beziehungsweise unterstützt. Hierfür reicht es schon aus, wenn der Link mit Worten wie z.B. „sehr interessanter Artikel“ kommentiert beziehungsweise angepriesen wird. Auf diese Weise wird angezeigt, dass man sich mit dem Artikel hinter dem Link auseinandergesetzt hat. Ein zu eigen machen kann jedoch nicht nur durch die Verlinkung fremder Inhalte zustande kommen, sondern beispielsweise auch dann, wenn man einen Beitrag kommentiert, teilt oder seine Zustimmung mit dem „Gefällt mir“ Button zum Ausdruck bringt.[129] Um ein zu eigen machen zu vermeiden, ist es daher ratsam, sich von den verlinkten Inhalten zu distanzieren und deutlich zu machen, dass es sich hierbei um Inhalte einer fremden Website beziehungsweise Person handelt.[130]

[123] Vgl. Dustmann/Engels, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG § 19a, Rdn. 23; Vgl. auch EuGH GRUR 2014, 360- Nils Svenson; EuGH GRUR 2014, 1196 – BestWater International, EuGH GRUR 2016, 1152 – GS Media/Sanoma)
[124] Vgl. Zerres/Zerres, Marketingrecht, 2018, S. 370
[125] Vgl. Solmecke/Wahlers, Recht im Social Web, 2014, S.382
[126] Vgl. BGH GRUR 2016, 209 , 211, Rdn. 13; Vgl. auch BGH GRUR 2008, 534 Rdn. 20
[127] Vgl. BGH GRUR 2016, 209 , 211, Rdn. 13; Vgl. auch BGH GRUR 2010, 616 Rdn. 23 = WRP 2010, 922 – marions- kochbuch.de
[128] Vgl. Solmecke/Wahlers, Recht im Social Web, 2014, S. 367; Vgl. auch Vgl. BGH GRUR 2016, 209 , 211, Rdn. 17
[129] Vgl. Solmecke/Wahlers, Recht im Social Web, 2014, S. 368
[130] Vgl. ebd. S. 383

Werden fremde Inhalte innerhalb der Social Media verlinkt, haftet der Linksetzer jedoch nicht nur für zu eigen gemachte Inhalte, sondern auch dann, wenn er als Störer zu der Rechtsverletzung auf irgendeine Art und Weise beigetragen hat. Eine solche Störerhaftung kann sich beispielsweise dann ergeben, wenn der Inhalt auf welchen verlinkt wurde, offensichtlich rechtswidrig ist.[131] Ob ein Beitrag nun „offensichtlich" rechtswidrig ist, wird nicht immer klar abgrenzbar, jedoch dann gegeben sein, wenn der Linksetzende eindeutig erkennen kann, dass der verlinkte Inhalt nicht legal ist, wie beispielsweise bei einem Link auf Kinderpornografie oder eine kostenfreie Downloadmöglichkeit für die letzten 100 Single-Charts. Aber auch auf Inhalte mit ehrverletzenden Aussagen oder Behauptungen über eine Person oder ein fremdes Unternehmen, welche nicht eindeutig belegt werden können, sollte im Hinblick auf die Störerhaftung nicht verlinkt werden. In der Praxis werden Social Media Posts und Blogs häufig von juristischen Laien in der Marketingabteilung verfasst, wonach diese im Zweifel nicht sofort beurteilen können, ob ein Text als eindeutig rechtswidrig anzusehen ist, insbesondere wenn es sich beispielsweise um die Abgrenzung einer zulässigen Meinungsäußerung und einer unzulässigen Schmähkritik handeln sollte.[132]

Neben den offensichtlich rechtswidrigen Inhalten existieren jedoch auch noch diejenigen, welche zwar rechtswidrig sind, dies aber nicht sofort erkennbar wird. Hierunter fällt beispielsweise die Verlinkung auf Inhalte, welche schon vom Websitebetreiber selbst rechtswidrig zugänglich gemacht worden sind.[133] Der Linksetzende kann in der Regel auf den ersten Blick nicht erkennen, ob der Websitebetreiber die benötigten Rechte für entsprechende Veröffentlichungen eingeholt hat. Durch die Verlinkung auf solch einen rechtswidrig veröffentlichten Beitrag, kann der Linksetzer ebenfalls entweder mittelbar als Teilnehmer oder als Störer anzusehen sein oder sogar unmittelbar haftbar gemacht werden. Der EuGH hat für diesen Fall Regeln entwickelt,[134] wonach eine Verlinkung auf rechtswidrig zugänglich gemacht Werke nur dann eine öffentliche Wiedergabe darstellt, wenn der Linksetzende die Rechtswidrigkeit der Erstzugänglichmachung kannte oder vernünftigerweise kennen musste.[135] Sollte der Linksetzende mit Gewinnerziehungsabsicht handeln, wird eine solche Kenntnis widerleglich vermutet. Sollte eine Widerlegung nicht gelingen, gilt das Werk im Sinne des Urheberrechts als öffentlich wedergegeben.[136] Diese Vermutung rührt daher, dass der EuGH eine Nachprüfungspflicht bei Personen mit Gewinnerzielungsabsichten als zumutbar ansieht. Sie müssen sich vergewissern, dass das betroffene Werk auf der Website zu der die Links führen, nicht ohne Erlaubnis veröffentlicht wurde. Letztendlich kommt es allerdings immer auch auf den individuellen Einzelfall an.[137]

Die Rechtsfolgen einer Haftung für fremde Inhalte können sehr unterschiedlich ausfallen. Hierbei ist maßgeblich darauf abzustellen, in welches Rechtsgebiet der Eingriff erfolgt und welche Ansprüche der in seinem Recht verletze hieraus ableiten kann. Dies kann beispielsweise ein Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Schadensersatzanspruch aus § 97 Abs.1 u. 2 UrhG sein, ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i. V. m. §§ 22, 23 Abs. 2 KunstUrhG wenn es um das Recht am eigenen Bild geht, aber genauso gut auch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 8 Abs. 1 UWG, sofern das Recht eines Verbrauchers oder Mitbewerbers wettbewerbsrechtlich verletzt wird. Darüber hinaus könnten gegebenenfalls auch strafrechtliche Vorschriften einschlägig sein.

[131] Vgl. ebd. S. 384
[132] Vgl. ebd.
[133] Vgl. ebd. S. 385
[134] Vgl. Grünberger, in: ZUM 2016, 905; Vgl. auch EuGH ZUM 2016, 975 Rdn. 49 – GS Media
[135] Vgl. Grünberger, in: ZUM 2016, 905; Vgl. auch EuGH ZUM 2016, 975 Rdn. 51 – GS Media
[136] Vgl. ebd.
[137] Vgl. ebd.

Fühlt sich eine Person oder ein Unternehmen durch den Inhalt auf welchen verlinkt wurde verletzt, wird in der Regel zunächst eine Abmahnung erfolgen. Diese wird häufig von einer Anwaltskanzlei im Auftrag des Rechtsinhabers versendet und enthält in den meisten Fällen die Aufforderung zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung.[138] Hierbei handelt es sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis und dient dem Zweck, die bestehende Erstbegehungs- beziehungsweise Wiederholungsgefahr auszuräumen.[139] Eine Wiederholungsgefahr liegt vor, wenn die ernstliche und greifbare Möglichkeit gegeben ist, dass die konkrete Verletzungshandlung in gleicher oder im Kern gleichartiger Weise erneut begangen wird[140] und kann somit vermutet werden.[141] Im Gegensatz hierzu ist eine Erstbegehungsgefahr dann gegeben, wenn ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verletzer sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten wird. Die Erstbegehungsgefahr muss sich auf eine konkrete Verletzungshandlung beziehen und kann somit nicht vermutet werden.[142] Die Kosten für die Abmahnung werden dann dem Rechtsverletzer in Rechnung gestellt. Wichtig zu erwähnen ist, dass die Unkenntnis des Verletzers hinsichtlich der Rechtsverletzung nichts daran ändert, dass die Abmahnkosten getragen werden und die Unterlassungserklärung abgegeben werden müssen. Lediglich der Schadensersatz bleibt im Falle einer unverschuldeten Rechtsverletzung aus.[143]

In der Regel wird es sich bei Rechtsverstößen hinsichtlich eines Social Media Auftritts um die Ausräumung einer Wiederholungsgefahr drehen, da der Verstoß bereits begangen wurde und für die Zukunft weitere solche Verstöße verhindert werden sollen. Demnach muss die Unterlassungsverpflichtungserklärung strafbewehrt abgegeben werden, d.h. die Erklärung beinhaltet eine Vertragsstrafe für den Fall, dass die Rechtsverletzung erneut begangen wird.[144] Die Höhe dieser Vertragsstrafe muss geeignet sein, den Willen die Handlung nicht zu wiederholen ernsthaft zum Ausdruck zu bringen. Daher ist auch immer auf den konkreten Verletzungsfall abzustellen. Üblicherweise wird die Strafe mit mindestens 5.001 € beziffert, damit die sachliche Zuständigkeit beim Land- und nicht beim Amtsgericht begründet wird. Hinsichtlich der Abschreckungsfunktion einer solchen Erklärung, kann die Strafe aber auch durchaus höher ausfallen. Es existiert allerdings auch die Möglichkeit die Vertragsstrafe in der Unterlassungsverpflichtungserklärung noch nicht genau zu beziffern und die Höhe in das Ermessen des Schutzrechtsinhabers zu stellen, wobei der Verletzer dann die Möglichkeit hat, die Angemessenheit der Strafe von einem Gericht überprüfen zu lassen. Hierbei spricht man dann vom sogenannten Hamburger Brauch.[145] Weiterhin ist eine solche Erklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich und muss eindeutig und hinreichend bestimmt sein, sowie den ernsthaften Willen des Rechtsverletzers erkennen lassen, dass er eine solche Handlung in Zukunft nicht mehr begehen wird. Da die Unterlassungserklärung den Inhalt und Umfang des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs voll abdecken sollte, muss sie uneingeschränkt, unwiderruflich, unbedingt und ohne Angabe eines Endtermins erfolgen. Wie bereits erwähnt, liegt diese Erklärung in den meisten Fällen bereits der eigentlichen Abmahnung anbei. Aller-

[138] Vgl. Solmecke/Wahlers, Recht im Social Web, 2014, S.389
[139] Vgl. Manderla, in: Beck'sche Online-Formulare Prozess, 2019, Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, Rdn. 1, 2
[140] Vgl. Ottofüling, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 12, Rdn. 214
[141] Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 8, Rdn. 27
[142] Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 8, Rdn. 27
[143] Vgl. Solmecke/Wahlers, Recht im Social Web, 2014, S.396
[144] Vgl. Plutte, Strafbewehrte Unterlassungserklärung, 2019
[145] Vgl. Manderla, in: Beck'sche Online-Formulare Prozess, 2019, Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung Rdn. 3

dings besteht keine Pflicht, gerade diese Vorlage zu unterzeichnen. Der Verletzer kann die Erklärung durchaus modifizieren.[146]

3 EINSATZ VON WERBUNG IN DEN SOCIAL MEDIA

Allein schon durch die Präsenz eines Unternehmens innerhalb Social Media wirbt es gewissermaßen für sich selbst. Darüber hinaus sind die sozialen Netzwerke ein beliebtes Feld, um mit wenig Ressourcen eine große Reichweite zu erzielen und neben redaktionellen Inhalten und Posts, auch Werbeanzeigen breit gefächert in die unterschiedlichsten Zielgruppen zu streuen. Auch die Effizienz des Social Media Marketings ist besonders hoch, da durch den Einsatz von Tracking-Tools und die daraus resultierende Möglichkeit. personenspezifische Werbung einzusetzen nicht nur die Reichweite, sondern auch die Kauf-Rate enorm gesteigert werden kann. So hoch die Chancen durch die Plattformen auch sein mögen, so sind es auch die rechtlichen Risiken, welche mit der Werbung in den Social Media einhergehen.

3.1 BEGRIFFSABGRENZUNG

Um zwischen der „normalen“ Verwendung von Bildern und Texten, wie in den obigen Punkten bereits aufgeführt und Werbung unterscheiden zu können, muss diese zunächst definiert werden. Rein optisch lassen sich Werbemaßnahmen innerhalb der sozialen Netzwerke nicht immer klar erkennen, da Werbung wie ein Social Media Post auch, im Newsfeed des Unternehmens beziehungsweise des Social Media Nutzers erscheinen kann und im Endeffekt auch nur eine Mischung aus Texten und ansprechenden Bildern darstellt. Bei der urheberrechtlichen Bewertung ist somit auch auf die oben bereits ausgeführten Aspekte zurückzugreifen.

Lediglich die Inhalte der Texte und das Aussehen der Bilder, unterscheiden die „normalen“, redaktionellen Posts, von den werbenden. Bei der Definition der Werbung soll auf die Bestimmungen des UWG abgestellt werden, wonach zunächst der Begriff der geschäftlichen Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG näher zu erläutern ist. Laut Gesetzesdefinition ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zu Gunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen.

Zusammenfassend stellt eine geschäftliche Handlung also jedes Verhalten einer Person dar, welches zugunsten des eigenen Unternehmens vorgenommen wird und objektiv mit der Förderung des Absatzes von Waren in Zusammenhang steht.[147] Hieraus folgt, dass durchaus auch die Äußerung eines Dritten bereits Werbung für ein Unternehmen darstellen kann.[148] Die Definition setzt nicht voraus, dass die Äußerung mit dem Ziel der Absatzförderung für eigene Waren oder Dienstleistungen erfolgen muss. Werbender ist diesem Fall dann der

[146] Vgl. Plutte, Strafbewehrte Unterlassungserklärung, 2019
[147] Vgl. Bähr, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 2, Rdn. 25
[148] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 64, Rdn, 151 mit Bezug auf Reese, in: Münchener Kommentar, UWG § 5, Rdn. 142

Dritte. Allerdings muss auch hier ein funktionaler Zusammenhang mit der eigenen oder fremden unternehmerischen Tätigkeit vorhanden sein.[149]

Ein Zusammenhang mit der geforderten Absatzförderung ist vor allem bei Fällen klassischer Produktwerbung gegeben.[150] Aber auch Werbeaktionen, welcher der Bekanntmachung des Unternehmens und der Verbesserung des Image dienen, stellen letztendlich Aktivitäten mit Absatzförderung und somit geschäftliche Handlungen dar.[151] Allerdings darf nicht jede Äußerung eines Unternehmens dazu führen, dass die Regelungen des Lauterkeitsrechts Anwendung finden, da sich ein Unternehmen auch zu allgemeinen, interessanten Fragestellungen äußern dürfen muss, ohne gleich dem Begriff der Werbung zu unterliegen.[152] Wird demnach kein Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit an sich hergestellt und verhält sich das Unternehmen wie eine Privatperson, schließt das den objektiven Zusammenhang mit der Absatzförderung aus und das Unternehmen unterliegt demnach nicht den Vorschriften des UWG.[153]

Der Begriff der geschäftlichen Handlung ist wohl weiter auszulegen als der Begriff der Werbung an sich. Demnach sieht beispielsweise eine Meinung in der Literatur jede Werbung als geschäftliche Handlung an, jedoch nicht jede geschäftliche Handlung zugleich auch als Werbung.[154] Unternehmen sollten somit vorsichtig sein, wie sie sich im geschäftlichen Verkehr äußern und immer die Vorschriften des Lauterkeitsrecht dabei im Auge behalten, da durch das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung die Anwendung des UWG eröffnet wird.[155]

3.2 Lauterkeitsrechtliche Bewertung von Werbung im Social Web

Werbung innerhalb der sozialen Medien ist ein Fass ohne Boden und es existieren zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten und Varianten, wie man seine Botschaft an potentielle Kunden und Interessenten herantragen kann, wonach sich nachfolgende Ausführungen auf die für diesen Beitrag relevanten Maßnahmen beschränken.

Gemäß § 1 S. 1 UWG dient das Lauterkeitsrecht dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher, sowie der sonstigen Markteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Nach § 1 S. 2 UWG schützt das Gesetz zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Nach dem Gesetzeswortlaut geht das UWG von einem integrierten gleichberechtigten Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer und des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb aus.[156] Der Begriff des Mitbewerbers wird in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG genauer definiert. Demnach ist als Mitbewerber jeder Unternehmer anzusehen, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Für die Erläuterung des Verbraucherbegriffs verweist § 2 Abs. 2 UWG auf § 13 BGB. Demnach ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen

[149] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 64, Rdn. 151
[150] Vgl. Bähr, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 2, Rdn. 121; Vgl. auch BGH GRUR 2010, 161 Rdn. 11 – Gib mal Zeitung; Köhler/Bornkamm, § 2 Rdn. 15
[151] Vgl. Bähr, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 2, Rdn. 121; Vgl. auch BGH WRP 2007, 303 Rdn. 18 – Regenwaldprojekt I; Ernst WRP 2010, 1304; Piper/Ohly/Sosnitza § 2 Rdn. 40
[152] Vgl. Bähr, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 2, Rdn. 123; Vgl. auch BGH GRUR 1997, 761, 763 – Politikerschelte; Piper/Ohly/Sosnitza § 2 Rdn. 29
[153] Vgl. Bähr, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 2, Rdn. 124, 125
[154] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 61, Rdn. 145
[155] Vgl. ebd. S. 49, Rdn. 109
[156] Vgl. Lett, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 24, Rdn. 48 mit Bezug auf Begr. RegE UWG zu § 1, BT-Drs. 15/1487, S. 16

noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Ein sonstiger Marktteilnehmer stellt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG neben Mitbewerben und Verbraucher jede Person dar, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind.

Der Anwendungsbereich des UWG wird, wie bereits erwähnt, nur bei Vorliegen einer geschäftlichen Handlung eröffnet, was jedoch im vorherigen Punkt ausführlich erläutert wurde und bei Werbung innerhalb sozialer Netzwerke eher unzweifelhaft sein dürfte.

Grundsätzlich sind gemäß § 3 Abs. 1 UWG unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. Ist demnach eine geschäftliche Handlung unlauter, führt dies zu der Rechtsfolge der Unzulässigkeit und begründet daraus Rechtsansprüche. Allerdings stellt § 3 Abs. 1 UWG nicht nur eine Rechtsfolgenregelung dar, sondern enthält auch eine Generalklausel mit der Funktion eines Auffangtatbestands.[157] In der Regel liegt die Unlauterkeit gemäß § 3 Abs. 1 UWG durch das Vorliegen einer der Unlauterkeitstatbestände der §§ 3a ff. UWG vor. Allerdings erfassen diese Paragraphen nicht alle denkbaren Tatbestände, weshalb andere unlauteren geschäftlichen Handlungen unter § 3 Abs. 1 UWG zu subsumieren sind.[158]

§ 3 Abs. 2 UWG betrifft an Verbraucher gerichtete geschäftliche Handlungen. Demnach ist eine Handlung im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG dann unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entspricht (Def. in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG) und dazu geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen (Def. in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG).[159] Weiterhin regelt § 3 Abs. 4 UWG, auf wessen Auffassung es bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ankommen soll. Hierbei ist insbesondere auf die Auffassung eines Durchschnittsverbrauchers, beziehungsweise innerhalb einer Gruppe auf die Auffassung eines Gruppenmitglieds abzustellen.[160] Für das Merkmal der wesentlichen Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung kommt es somit auf das Leitbild eines informierten, verständigen und angemessenen aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers an.[161] Bei der Beurteilung der Unlauterkeit einer Handlung ist somit entscheidend, wie der maßgebliche Verkehrskreis die geschäftliche Handlung einordnet.[162]

Darüber hinaus ist die geschäftliche Handlung eines Unternehmens gegenüber Verbrauchern stets unzulässig, wenn die Voraussetzungen gemäß § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 1 bis Nr. 30 des Anhangs (Black-List) erfüllt sind. Diese Norm stellt den spezielleren Tatbestand dar und ist daher vor § 3 Abs. 1 und Abs. 2 UWG zu prüfen.[163]

3.2.1 Unlauterkeit aufgrund Rechtsbruch gemäß § 3a Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

Nach § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Zweck dieser Bestimmung ist es, Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Marktverhaltensregelungen zum Schutz der Verbraucher, Mit-

[157] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 75, Rdn. 2 mit Bezug auf Beschlussempfehlung zu § 3 I UWG-E, BT Drs. 18/6571 v. 4.11.2015, S. 14
[158] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 75, Rdn. 2
[159] Vgl. ebd. S. 76, Rdn. 5
[160] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 76, Rdn. 5
[161] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 75, Rdn. 5 mit Bezug auf Begr. RegE UWG zu § 3, BR-Drs. 345/08, S. 43
[162] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 69, Rdn. 164
[163] Vgl. ebd. S. 76, 77, Rdn. 6

bewerber und sonstigen Marktteilnehmer auch lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren.[164] Bei der Prüfung der Tatbestände sind verschiedene Ebenen zu unterscheiden – die formalen und die inhaltlichen Anforderungen. Zunächst bedarf es gemäß § 3a UWG einer gesetzlichen Vorschrift, jedoch fallen hierunter nicht jedmögliche Vorschriften. Vielmehr ist erforderlich, dass die Vorschrift dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.[165] Weiterhin muss die Regelung des Marktverhaltens auch im Interesse der Marktteilnehmer liegen und eine Zuwiderhandlung gegen die gesetzliche Vorschrift erfolgen. Demnach muss der Tatbestand der in Frage stehenden Regelung vollständig erfüllt worden sein. Abschließend bedarf es einer Spürbarkeit der Beeinträchtigung durch den Verstoß.[166]

3.2.2 Unlauterkeit aufgrund Irreführung gemäß § 5 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 UWG handelt unlauter im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die dazu geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen die er andernfalls nicht getroffen hätte. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung dann als irreführend anzusehen, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1-7 UWG enthält. Satz 2 ist daher eng an Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG und Art. 3 der Irreführungsrichtlinie angelehnt.[167] Zweck des Irreführungsverbots ist die Verwirklichung des Wahrheitsgrundsatzes im Lauterkeitsrecht.[168] Wie bei jeder Vorschrift im UWG, bedarf es für den Unlauterkeitstatbestand ebenfalls zunächst einer geschäftlichen Handlung. Diese erfasst neben der öffentlichen Werbung die irreführende Einzelwerbung von Kunden. Das führt dazu, dass gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 UWG irreführende Angaben grundsätzlich unzulässig sind, egal ob diese gegenüber der Allgemeinheit oder Einzelpersonen abgegeben wurden.[169] Als Angaben i. S. d. § 5 UWG werden grundsätzlich Aussagen eines Unternehmens verstanden, welche sich auf Tatsachen beziehen und daher inhaltlich nachprüfbar sind. Weiterhin müssen sie ein gewisses Mindestmaß an Informationen enthalten. Auch Werturteile können irreführende Angaben enthalten, sofern sie erkennbar auf Tatsachen beruhen und sich die Richtigkeit oder Unrichtigkeit objektiv nachprüfen lässt.[170] Der Begriff der Angabe ist weit zu verstehen, denn er umfasst alle Aussagen, die nach der Verkehrsauffassung für den Kaufentschluss der potentiellen Kunden wesentlich sind. Nicht umfasst sind daher beispielsweise nichtssagende Anpreisungen, bloße Kaufappelle, nicht nachprüfbare Werbeaussagen und allgemeine Redensarten.[171] Die Berücksichtigung des Sinngehalts einer Werbeanzeige erfolgt im Hinblick auf den Gesamtinhalt und wie er sich unter Berücksichtigung des werblichen Umfelds aus Sicht des angesprochenen Verkehrskreises darstellt. Übertreibungen schließen daher nicht aus, dass die Adressaten diese ernst nehmen und hieraus sachliche Hinweise auf Eigenschaften oder die Beschaffenheit eines Produkts ableiten.[172] Der Sicht des angesprochenen Verkehrskreises und somit der Verkehrsauffassung muss die Realität und somit die tatsächlichen Eigenschaften des beworbenen Angebots gegenübergestellt werden. Die Irreführung entsteht dann durch das Auseinanderfallen zwischen der Verkehrsauffassung und der objektiven Realität.[173] Allerdings muss es nicht zwangsweise zu einer tatsächlichen Irreführung kommen. Wie bei Art. 6

[164] Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 3a, Rdn. 1.6
[165] Vgl. Götting/Hetmank, in: Fezer/Büscher/Obergfell, 2016, UWG § 3a Rdn. 49
[166] Vgl. ebd. Rdn. 49, 49a
[167] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, S. 213, Rdn. 5
[168] Vgl. Lettl, Wettewerbsrecht, S. 215, Rdn. 8; Vgl. auch BGH GRUR 1995, 744, 747 – Feuer, Eis & Dynamit
[169] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 81
[170] Vgl. Bornkomm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5, Rdn. 1.21
[171] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 85
[172] Vgl. ebd.
[173] Vgl. Ruess, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, UWG § 5, Rdn. 184

Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG und Art. 2 lit. b der Irreführungsrichtlinie reicht es auch hier aus, wenn sich die geschäftliche Handlung zur Irreführung eignet.[174] Ausnahmsweise kann eine Angabe aber auch dann als irreführend anzusehen sein, wenn sie formal betrachtet objektiv richtig ist, der Verkehrskreis allerdings mit dieser Angabe eine unrichtige Vorstellung verbindet.[175]

Die Auffassung des Verkehrskreises, an den sich die Werbung richtet ist, daher maßgeblich für die Beurteilung, ob eine Angabe irreführend ist oder nicht. Die Auffassung dieses Verkehrskreises entscheidet, ob eine Angabe i. S. d. § 5 UWG vorliegt, welchen Sinn diese Angabe haben soll und ob sie die Gefahr einer Irreführung begründet und ob sie den Kaufentschluss des potentiellen Kunden beeinflussen kann. Unerheblich ist somit das Verständnis des Werbenden selbst und was er eigentlich mit der Werbung bezwecken wollte.[176]

Der Sicht des angesprochenen Verkehrskreises und somit der Verkehrsauffassung muss die Realität und somit die tatsächlichen Eigenschaften des beworbenen Angebots gegenübergestellt werden. Die Irreführung entsteht dann durch das Auseinanderfallen zwischen der Verkehrsauffassung und der objektiven Realität. In der Praxis gibt es über den klassischen Fall einer unwahren Angabe hinaus eine Menge verschiedene Fallkonstellationen, in welchen eine Irreführung des Verkehrskreises stattfinden kann, wie beispielsweise unklare Angaben, mehrdeutige Angaben, tarnende Angaben, Blickfangwerbung und vieles mehr.[177] Nachfolgend wird auf die für diese Arbeit relevanten Sonderfälle eingegangen.

Grundsätzlich verstoßen reklamehafte Übertreibungen dann nicht gegen § 5 UWG, solange der Verkehr in seinen Kaufentscheidungen nicht durch unzutreffende Angaben unsachlich beeinflusst wird und eine Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG ausscheidet.[178] Der Verkehr neigt jedoch dazu Werbeaussagen generell ernst zu nehmen beziehungsweise Übertreibungen wenigstens einen sachlichen Kern zuzuordnen.[179] Demnach bedarf es immer einer Einzelfallprüfung, ob der maßgebliche Verkehrskreis, beziehungsweise der verständige Durchschnittsverbraucher, der Werbeaussage einen ernst zu nehmenden Charakter zumisst oder nicht. Allgemeine Redewendungen ohne Tatsachenkern, die sich jeder objektiven Nachprüfung entziehen, sind keine hinreichend konkrete Angabe i. S. d. § 5 UWG, genauso wie Übertreibungen, die als solche ohne weiteres erkennbar sind (z.B. „die schönsten Blumen der Welt“).[180] Aber auch Anpreisungen, deren Inhalt zwar objektiv nachprüfbar ist, die der Verkehr aber als reklamehafte Übertreibung wertet, fallen nicht unter § 5 UWG (z.B. „ewig haltbar).[181] Nichts desto trotz, können auch Übertreibungen die der Verkehr erkennt, als sachbezogene Tatsachenbehauptung ernst genommen werden. Somit können diese Aussa-

[174] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 216, Rdn. 10 mit Bezug auf BGH GRUR 1995, 610, 611 f. – Neues Informationssystem
[175] Vgl. Ruess, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, UWG § 5, Rdn. 1995, 37, 40 – Cupresa Seide, GRUR 1956, 276, 277 – Desinfektionsapparat, GRUR 1958, 39, 40 - Rosenheimer Gummimäntel; GRUR 1991, 852, 854 – Aquavit; GRUR 1995, 612, 614 – Sauerstoff-Mehrschritt Therapie; GRUR 1998, 1043, 1044 – GS-Zeichen; Sack GRUR 1996, 461, 462; Köhler/Bornkamm § 5 Rdn. 2.71; Fezer/Pfeifer § 5 Rdn. 237; Harte/Henning/Dreyer § 5 C Rdn. 34, 35
[176] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 112, 113
[177] Vgl. Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, UWG § 5
[178] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 185
[179] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 185; Vgl. auch BGH GRUR 73, 594, 595 - Skisicherheitsbindung; „Deutsches Spitzenerzeugnis“; GRUR 79, 781, 782 – Radikal gesenkte Preis „Jetzt absolute Tiefstpreise“
[180] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 185; Vgl. auch BGH GRUR 63, 482, 484 – Hollywood Duftschaumbad; GRUR 65, 365, 367 – Lavbamat II, GRUR 75, 141, 142 - Unschlagbar
[181] Vgl. Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5, Rdn. 1.128

gen, sofern sie nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen, dennoch zur Irreführung geeignet sein.[182]

Von einer Alleinstellungswerbung spricht man, wenn der Werbende im Hinblick auf unternehmens-, vertriebs- oder produktbezogene Umstände in bestimmter Hinsicht oder generell einen großen Vorsprung vor der gesamten Mitbewerberschaft geltend macht, was häufig durch die Superlative oder Komparative zum Ausdruck gebracht wird.[183]

Eine Spitzenstellungswerbung liegt hingegen vor, wenn der Werbende den Vorsprung nicht für sich allein beansprucht, sondern für ihn als Mitglied einer geschlossenen Gruppe weiterer Anbieter.[184] Wichtig ist, dass Angaben über quantitative Aspekte des Geschäftsbetriebs, wie beispielsweise Umsatz, Größe, Produktauswahl, Marktstellung etc. typischerweise wörtlich, d.h. nicht nur als reine werbliche Übertreibung verstanden werden.[185] Wird beispielsweise ein Unternehmen als das „Größte“ bezeichnet, stellt sich das Publikum vor, dass es seine Mitbewerber im Umsatz und im Warenangebot übertrifft.[186] Wird die Behauptung von maßgeblichen Verkehrskreis ernst genommen, ohne der Realität zu entsprechen, ist eine Irreführung i. S. d. § 5 UWG anzunehmen. Behauptet man beispielsweise in einer Spitzengruppenwerbung „eines der größten und modernsten Unternehmen eines bestimmten Geschäftszweiges in Europa“ zu sein, muss man auch tatsächlich einer geschlossenen Spitzengruppe angehören, die gegenüber den anderen Mitbewerbern den nötigen Abstand gewonnen hat.[187] Zulässig sind Alleinstellungs- oder Spitzenstellungswerbung dann, wenn die Behauptung tatsächlich der Wahrheit entspricht und der Werbende einen deutlichen und nicht nur geringfügigen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern vorzuweisen hat, welcher jedoch auch eine gewisse Stetigkeit bieten muss.[188]

Verwendet der Werbende Äußerungen Dritter, die irreführende Angaben über seine geschäftlichen Verhältnisse enthalten, liegt ein Verstoß gemäß § 5 UWG vor, sofern der Werbende sich die Äußerung aus Sicht des maßgeblichen Verkehrskreises zu eigen macht. Verantwortlich für die Äußerung ist dann der Werbende selbst. Er muss für die Richtigkeit der Aussage einstehen, wobei es hierbei nicht auf die objektive Richtigkeit der Drittäußerung ankommt, sondern der Sinn, den der Verkehr der Aussage beilegt maßgeblich ist.[189]Weiterhin verstößt der Werbende gegen § 5 UWG, sofern der Verkehr nach Art der Darstellung die unabhängige Äußerung eines neutralen Dritten erwartet, der Werbende die Äußerung jedoch bezahlt hat oder sonstige finanzielle oder wirtschaftliche Zusammenhänge beziehungsweise Abhängigkeiten bestehen.[190]

Auch irreführend können unrichtige Angaben über die Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter sein. Solche Aussagen täuschen andere über die Bedeutung des Unternehmens, welche diesem eigentlich gar nicht zukommt. Demnach dürfen Mitarbeiter, welche nicht ständig beim Unternehmen beschäftigt sind, auch nicht als solche bezeichnet werden.[191] Darüber hinaus

[182] Vgl. ebd. Rdn. 1.135
[183] Vgl. Pfeifer/Obergfell, in: Fezer/Büscher, Obergfell, 2016, UWG § 5, Rdn. 187 mit Bezug auf GroßkommUWG/Lindachewr Rdn. 181, Vgl. auch OLG Hamm NJW-RR 2013, 1517, 1518
[184] Vgl. Pfeifer/Obergfell, in: Fezer/Büscher, Obergfell, 2016, UWG § 5, Rdn. 187 mit Bezug auf GroßkommUWG/Lindacher Rdn. 181; Beispiel: LG Heilbronn WRP 2005, 1571 – „auf dem Weg zur Nr. 1“.
[185] Vgl. Pfeifer/Obergfell, in: Fezer/Büscher, Obergfell, 2016, UWG § 5, Rdn. 187; Vgl. auch OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 369 – Der beste Preis der Stadt
[186] Vgl. Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5, Rdn. 4.75
[187] Vgl. Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5, Rdn. 4.78; Vgl. auch BGH GRUR 1969, 415, 416 – Kaffeerösterei; OLG Hamm WRP 1978, 71
[188] Vgl. ebd. Rdn. 189
[189] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 207
[190] Vgl. ebd.
[191] Vgl. ebd. Rdn. 669, 670

verstößt Werbung, die auf besondere Fachkenntnisse, Ausbildung, Erfahrung oder Know-how von Mitarbeitern abstellt, ebenfalls gegen § 5 UWG, wenn dieser Kenntnisstand nicht vorhanden ist oder nicht durch Fortbildungskurse und ähnliche Maßnahmen auf dem Laufenden gehalten wird.[192]

3.2.3 Unlauterkeit aufgrund Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

Nach herrschender Meinung dient § 5a Abs. 1 UWG dem Schutz der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer gleichermaßen.[193] Es handelt sich allerdings nicht um einen selbständigen Unlauterkeitstatbestand wie § 5 Abs. 1 S. 1 und § 5a Abs. 2 UWG, sondern stellt lediglich einen Beurteilungsmaßstab dar, wann das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist[194] und setzt somit die Unlauterkeit gemäß § 3 Abs. 1 UWG bereits voraus.[195] § 5a Abs. 2 – Abs. 6 UWG regeln dahingegen das Verhältnis zwischen dem Werbenden zu Verbrauchern, womit § 5a Abs. 1 UWG als Grundlage für die Anerkennung echter Informationspflichten gegenüber sonstigen Marktteilnehmer dienen soll.[196] Die Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG ist zwar auf den Schutz der Verbraucher beschränkt, trat jedoch an die Stelle des § 4 Nr. 3 UWG a.F. von 2008, welcher auch dem Schutz der sonstigen Marktteilnehmer diente. Den Schutz sonstiger Marktteilnehmer zu beseitigen, war durchaus nicht die Absicht des Gesetzgebers.[197] Die Verfasser des neuen § 5a UWG glauben vielmehr, dass der Schutz der sonstigen Marktteilnehmer sich dann aus § 5a Abs. 1 UWG ergebe, was jedoch angesichts der schwammigen Formulierung nicht anzunehmen ist. Demnach sind die sonstigen Marktteilnehmer durch die analoge Anwendung des § 5a Abs. 6 UWG weiterhin zu schützen.[198]

Nach § 5a Abs. 1 UWG liegt eine Irreführung dann vor, wenn der Werbende dem sonstigen Marktteilnehmer eine Tatsache verschweigt, die er für die Ermöglichung einer informierten geschäftlichen Entscheidungsfindung hätte mitteilen müssen und die geeignet ist, die geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen. Die Irreführung besteht demnach in der unzureichenden Information des sonstigen Marktteilnehmers. Ob diese tatsächlich zu einer Täuschung oder einer falschen Vorstellung geführt hat, ist irrelevant.[199] Den Werbenden trifft jedoch keine allgemeine Aufklärungspflicht über für ihn weniger vorteilhafte oder negative Eigenschaften des eigenen Angebots.[200] In der Praxis werden § 5 und § 5a Abs. 1 UWG häufig gemeinsam angewandt, ohne beide Tatbestände exakt gegeneinander abzugrenzen, da beide Vorschriften im Kern die gleiche Unrechtmäßigkeit enthalten.[201] Demnach können über das reine Verschweigen von Informationen hinaus, auch die Fälle der unvollständigen Informationen mit erfasst werden.[202] Für diese Arbeit besonders wichtig im Zusammenhang mit § 5a Abs. 6 UWG, stellt das Verschweigen kommerzieller Zwecke geschäftlicher Hand-

[192] Vgl. Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 5, Rdn. 671 mit Bezug auf auch OLG Karlsruhe WRP 80, 574, 575
[193] Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5a, Rdn, 2.1 mit Bezug auf BT-Drs.16/10145; BGH GRUR 2011, 846 Rdn. 14, 21 – Kein Telekom-Anschluss nötig; 33. Aufl. 2015, § 5a Rdn. 6; Fezer/Pfeifer, Rdn. 6, Harte/Henning/Dreyer Rdn. 23, 31; Ohly/Sosnitza/Sosnitza Rdn. 3
[194] Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5a, Rdn, 2.4
[195] Vgl. Alexander, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 5a, Rdn. 44
[196] Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5a, Rdn, 2.4 mit Bezug auf BGH GRUR 2013, 945, Rdn. 34 – Standardisierte Mandatsbearbeitung; BGH WRP 2018, 429, Rdn. 38 – Knochenrezept II
[197] Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5a, Rdn, 7.9
[198] Vgl. ebd.
[199] Vgl. ebd. Rdn, 2.5
[200] Vgl. ebd. Rdn, 2.7
[201] Vgl. Alexander, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 5a, Rdn. 54 mit Bezug auf BGH GRUR 2011, 846 Rdn. 15 ff. – Kein Telekom-Anschluss nötig; Ähnlich BGH WRP 2012, 1083 Rdn. 12 – Call-by-Call; weitere Beispiele bei Steinbeck WRP 2011, 1221, 1222
[202] Vgl. Alexander, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2014, UWG § 5a, Rdn. 54

lungen dar, sofern diese sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben. Nach dem sogenannten Trennungsgebot von Werbung und redaktionellem Text müssen wettbewerbsrelevante Veröffentlichungen daher ihren werbenden Charakter eindeutig erkennen lassen.[203] Ob der kommerzielle Charakter einer geschäftlichen Handlung demnach erkennbar wird, ist aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds der angesprochenen Gruppe von sonstigen Marktteilnehmer zu beurteilen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass gerade Unternehmer häufig unter Zeitdruck stehen und Schreiben, Posts oder sonstige Texte nur flüchtig zur Kenntnis genommen werden.[204] Ein weiterer Verstoß gegen § 3 Abs. 1 i. V. m. § 5a Abs. 6 UWG stellt, wie unter Punkt 3.4.1. noch ausführlich beleuchtet wird, das Fehlen eines rechtsgültigen und notwenigen Impressums gemäß § 5 TMG auf kommerziellen Social Media Profilen/Seiten dar. Hierfür halten die meisten Plattformen entsprechende Schaltflächen vor, die die Umsetzung dieser Pflichtvorgabe ermöglicht.[205]

3.2.4 Unlauterkeit aufgrund einer unzumutbaren Belästigung gemäß § 7 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

§ 7 UWG stellt gegenüber § 3 Abs. 1 UWG einen eigenständigen Unzulässigkeitstatbestand dar, welcher sowohl Verbraucher, Mitbewerber als auch sonstige Marktteilnehmer schützen soll. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG besagt, dass unzumutbare Belästigungen durch geschäftliche Handlungen unzulässig sind, während § 7 Abs. 1 UWG Fallgruppen mit stets unzumutbarer belästigender Werbung aufzählt, unter Berücksichtigung von Art. 13 der Datenschutz-RL 2002/58/EG. Demnach ist immer zu unterscheiden, ob eine geschäftliche Handlung entweder nach § 3 Abs. 1 UWG oder nach § 7 Abs. 1 S. 1 UWG unzulässig ist.[206] Durch diese Vorschrift sollen insbesondere aggressive Verkaufspraktiken verhindert werden, die die Entscheidungsfreiheit der Adressaten beeinträchtigen, in die Privatsphäre eindringen oder bei gewerblichen Adressaten die Ungestörtheit der Betriebsabläufe verhindern können.[207] Im Bereich des (Online-)Marketings ist § 7 UWG eine entscheidende Vorschrift, welche es vor allem im Hinblick, auf E-Mail Newsletter, Zufriedenheitsanfragen, Kaltaquisehandlungen etc. zu beachten gilt. Jedoch ist die Anwendbarkeit innerhalb des Social Media Marketings eher begrenzt. Denkbar sind unter anderem lediglich solche unter § 7 UWG fallende Verfahrensweisen, in welchen Personen durch einen Unternehmensaccount beziehungsweise durch den Account eines Mitarbeiters des werbenden Unternehmens direkt angeschrieben werden. Da die PROLIANCE GmbH solche Aktivitäten allerdings nicht durchführt, wird an dieser Stelle nicht näher auf § 7 UWG eingegangen.

3.2.5 Rechtsansprüche bei Verstößen gegen § 8 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

Wer sich nicht an die lauterkeitsrechtlichen Vorschriften im UWG hält, muss mit einem Unterlassungs- beziehungsweise Beseitigungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 UWG, sprich einem Abwehranspruch des Gläubigers rechnen. Voraussetzung hierfür ist die Unzulässigkeit des Handelns gemäß § 3 oder § 7 UWG. Der Anspruch entsteht dann, anders als der Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG oder der Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG, verschuldensunabhängig.[208] Der Abwehranspruch aus § 8 Abs. 1 UWG schließt den gegen künftige unlautere geschäftliche Handlungen gerichteten Unterlassungsanspruch, sowie den

[203] Vgl. Hoeren, in: Fezer/Büscher/Obergfell, 2016, UWG § 5a, Rdn. 217
[204] Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 5a, Rdn, 2.16
[205] Vgl. Lichtnecker, in: MMR 2018, 512, 517
[206] Vgl. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016, S. 77, Rdn. 9
[207] Vgl. Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, 2016, UWG § 7, Rdn. 43, 44
[208] Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 8, Rdn. 1

Beseitigungsanspruch gegen bereits eingetretene Beeinträchtigungen mit ein. Beide Ansprüche stehen gleichartig nebeneinander.[209] Der Unterlassungsanspruch gemäß

§ 8 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 UWG soll zukünftige Beeinträchtigungen verhindern und setzt somit eine drohende Gefahr einer Beeinträchtigung voraus, womit eine Erstbegehungsgefahr neben der eigentlichen Wiederholungsgefahr (Definition siehe Punkt 3.2.2) bereits ausreichend ist.[210] Beide Ansprüche unterscheiden sich lediglich darin, dass für die Erstbegehungsgefahr entsprechende Tatsachen vorgebracht werden müssen, während eine Wiederholungsgefahr aufgrund bereits erfolgter Verletzungshandlung vermutet werden kann. Für den Unterlassungsanspruch kommt es demnach allein darauf an, ob eine künftige Verletzung eintreten wird.[211] Um den Unterlassungsanspruch durchzusetzen, wird in der Praxis, wie im Urheberrecht auch, häufig das Instrument der Abmahnung verwendet, um ein Kostenrisiko weitestgehend zu minimieren. Die Abmahnung ist verbunden mit einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung. Mit Unterzeichnung entfällt die Wiederholungsgefahr und gleichzeitig auch der Unterlassungsanspruch. Sollte der Schuldner diese Erklärung nicht unterzeichnen, gibt er Anlass zur gerichtlichen Verfolgung, wonach entweder eine Klage oder eine einstweilige Verfügung der nächste Schritt sein werden.[212]

Im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch richtet sich der Beseitigungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 UWG auf die Beendigung eines durch eine Rechtsverletzung eingetretenen rechtswidrigen Zustands mit fortwirkender Störung.[213] Der Unterschied zum Unterlassungsanspruch besteht darin, dass er auf ein positives Tun ausgerichtet ist.[214] Beide Ansprüche können sich überschneiden, sind aber bei unterschiedlicher Zielsetzung wesensverschieden.[215] Weiterhin ist gemäß § 9 UWG den Mitbewerbern zu Schadensersatz verpflichtet, wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt. Diese Vorschrift dient zum einem dem Ausgleich der entstandenen Nachteile des Verletzten, aber auch der Prävention. Aufgrund Beweisschwierigkeiten und der Bezifferung des genauen Schadens, tritt dieser Anspruch jedoch gegen den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch eher zurück[216].

3.3 Datenschutzrechtliche Bewertung von Werbung im Social Web

Mit dem Inkrafttreten der DSGVO am 25.05.2018 schafft erstmals eine unmittelbar geltende Verordnung einen einheitlichen Datenschutzstandard in sämtlichen EU-Mitgliedstaaten und verleiht dem Datenschutz, unter anderem auch durch strengere Vorschriften, eine völlig neue Bedeutung. Der Datenschutz bezweckt zunächst den Schutz eines jeden Bürgers vor Beeinträchtigung seiner Privatsphäre durch die Erhebung, Speicherung oder Weitergabe von Daten, die seine Person betreffen.[217] Schon vor in Kraft treten der DSGVO musste dem BVerfG zur Folge, jeder selbst die Entscheidung treffen können, welche persönlichen Daten wem,

[209] Vgl. Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 8, Rdn. 1.2
[210] Vgl. ebd. Rdn. 1.7
[211] Vgl. ebd. Rdn. 1.12
[212] Vgl. Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG § 8, Rdn. 1.4
[213] Vgl. Büscher, in: Fezer/Büscher/Obergfell, 2016, UWG § 8, Rdn. 9 mit Bezug auf BGH GRUR 1998, 415, 416 Wirtschaftsregister; GRUR 2001, 420, 422 – SPA I; GRUR 2009, 85 Rdn. 39 – ahd.de; GRUR 2014, 794 Rdn.14 – Gebundener Versicherungsvermittler
[214] Vgl. Büscher, in: Fezer/Büscher/Obergfell, 2016, UWG § 8, Rdn. 9 mit Bezug auf BGH GRUR 1977, 614, 616 Gebäudefassade; 2014, 794 Rdn. 14 – Gebundener Versicherungsvermittler
[215] Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 8, Rdn. 69
[216] Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, 2016, UWG § 9, Rdn. 1
[217] Vgl. Leeb/Liebhaber in: JuS 2018, 534

wann und wie zugänglich gemacht werden sollen.[218] Dies dient dem Ausdruck der eigenen Würde[219] als frei handelndes und denkendes Individuum.[220] Dieses sogenannte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist eine Ausprägung[221] des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 GG und hat letztlich den Schutz der Menschwürde als oberstes Ziel.[222] Die Vorschriften zum Datenschutz führen somit zu einem transparenten und reglementierten Umgang mit personenbezogenen Daten. Jeder sollte über die Preisgabe und Verwendung seiner eigenen Daten selbst bestimmen können und nicht zum Objekt einer unkontrollierten Datenverarbeitung werden.[223] Im Datenschutzrecht gilt der Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Demnach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zunächst verboten, es sei denn, es liegt ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 DSGVO vor.[224] Demnach kann eine Verarbeitung dann gerechtfertigt sein, wenn:

- eine ausdrückliche Einwilligung vorliegt (lit. a),
- die Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist (lit. b),
- die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, der der Verantwortliche unterliegt (lit. c),
- die Verarbeitung erforderlich ist, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen (lit. d),
- die Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde (lit. e) sowie
- die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sind, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt (lit. f).

In der Unternehmenspraxis, sind insbesondere die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. a, b und f DSGVO von maßgebender Bedeutung. Insbesondere für das Marketing innerhalb sozialer Netzwerke, finden die Einwilligung und das berechtigte Interesse besondere Zuwendung, vor allem im Hinblick auf die Tracking-Instrumente, welche täglich tausendfach zum Einsatz kommen.

Zunächst wird auf die einzige Verhaltensweise in sozialen Medien abgestellt, welche tatsächlich unabhängig vom Tracking und in Relevanz für diese Arbeit die DSGVO tangieren könnte. Das direkte Anschreiben von Nutzern zu Werbezwecken von einem Unternehmens-

[218] Vgl. Leeb/Liebhaber in: JuS 2018, 534; Vgl. auch Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 (41 f.) = NJW 1984, 419 = JuS 1984, 298
[219] Vgl. Leeb/Liebhaber in: JuS 2018, 534 mit Bezug auf BVerfGE 27, 1 (6 ff.) = NJW 1969, 1707 - Mikrozensus
[220] Vgl. Leeb/Liebhaber in: JuS 2018, 534; Vgl. auch Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 (41 f.) = NJW 1984, 419 = JuS 1984, 298
[221] Vgl. Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Kap. A Rdn. 136; Vgl. auch BVerfGE 120, 274, 311 – Online-Durchsuchung; 118, 168, 184 - Kontostammdaten
[222] Vgl. Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Kap. A Rdn. 136; Vgl. auch BVerfGE, 54,148, 153 - Eppler
[223] Vgl. Schwartmann/Keber/Mühlenbeck, Social Media, 2018, S. 81
[224] Vgl. Ingold, in: Sydow, 2018, DSGVO Art. 7, Rdn. 8; Vgl. auch Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, 2018, DSGVO Art. 6, Rdn. 15

Account beziehungsweise von dem Account eines Mitarbeiters des werbenden Unternehmens.[225] Ein Anschreiben von Personen innerhalb sozialer Netzwerke ist wie die klassische E-Mail-Werbung unter den Begriff der elektronischen Post gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu subsumieren.[226] Demnach bedarf es auch hierfür einer ausdrücklichen vorherigen Einwilligung. Dies könnte jedoch schwierig werden, da das werbende Unternehmen in der Regel zum ersten Mal mit dieser Person in Kontakt treten wird. Eine Ausnahme hiervon besteht gemäß § 7 Abs. 3 UWG dann, wenn ein Unternehmen im Zusammenhang im Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat, der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet, der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen. In der Regel liegen diese Voraussetzungen bei Online-Shops vor und Unternehmen können anhand der dort erhaltenen Daten, nach entsprechender Belehrung und Information des Kunden, auch ohne Einwilligung Werbung versenden. Allerdings werden diese Voraussetzungen für Social Media Kanäle vermutlich nur sehr selten bis gar nicht gegeben sein.[227]

Fraglich ist nun, ob ein Erlaubnistatbestand der DSGVO ein solches aktives, privates Anschreiben rechtfertigen kann, oder ob die Unlauterkeit nach UWG nicht auch zu einer Unzulässigkeit gemäß der DSGVO führt. Die infrage kommenden Rechtfertigungstatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO wären zum einen die Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO und das berechtigte Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 lit f DSGVO. Eine Einwilligung dürfte allerdings in den meisten Fällen ausscheiden, da das direkte Anschreiben ja gerade einem ersten Kontakt mit einem potentiellen Kunden dienen soll. Läge also eine ausdrückliche Einwilligung vor, ist das Verhalten sowohl nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, als auch nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO gerechtfertigt. In allen anderen Fällen bleibt lediglich das berechtigte Interesse Legitimationsgrundlage der Verarbeitung und es bedarf einer Interessensabwägung zwischen den berechtigten Interessen des Unternehmens und den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person. Die Datenschutzkonferenz (DSK) hat diesbezüglich am 08.11.2018 ein Orientierungspapier veröffentlicht, welches verdeutlicht, dass in diese Interessensabwägung die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit nach UWG mit einfließen muss.[228] Ist das direkte Anschreiben von Nutzern ohne ausdrückliche Einwilligung demnach gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unzulässig, wird auch eine Interessensabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in aller Regel negativ für das werbende Unternehmen ausfallen und die Handlung ist demnach auch datenschutzrechtlich als unzulässig zu betrachten.

Auch hinsichtlich der Tracking-Möglichkeiten innerhalb der sozialen Medien, spielen insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. f DSGVO eine große Rolle. Nachfolgend wird auf die für diese Arbeit relevanten Tracking-Instrumente eingegangen. Facebook Insights ist diesen Maßnahmen zwar grundsätzlich zugehörig, wird jedoch in Punkt 3.3.4. näher beleuchtet, da dieses Tool hauptsächlich den Betrieb der Facebook-Fanpage betrifft.

3.3.1 Facebook Pixel und LinkedIn Insight Tag

Social Media Tracking Instrumente sammeln Daten der Besucher einer Website und untersuchen Ihre Handlungen und Interaktionen, wie beispielsweise ihr Klick- oder Kaufverhalten

[225] Personalrecruitingzwecke werden in diesem Artikels außen vor gelassen, da sich der Sachverhalt hierbei nochmals anders gestalten würde
[226] Vgl. Plutte, Werbenachrichten via Social Media – was ist erlaubt?, 2019
[227] Vgl. ebd.
[228] Vgl. Datenschutzkonferenz, Orientierungspapier zur Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung, 2018, S. 5, Nr. 1.4

anhand eines spezifischen Tracking Codes. Datenschutzrechtlich ist dieses Tracking durchaus problematisch, da weder anonymisierte noch pseudonymisierte Daten erhoben werden. Der Werbetreibende weiß anhand der IP-Adresse ganz genau, welchen Weg der spezielle Kunde von der Facebook Anzeige über den Klick bis hin zum etwaigen Kauf gegangen ist. Hierbei erfolgt die Erfassung von personenbezogenen Daten, welche an Facebook übertragen und mit den Profildaten des Nutzers auf Facebook verknüpft werden, der Nutzer erfährt von diesem Vorgang zunächst allerdings nichts.[229] Diese Unwissenheit des Nutzers und die Auswertung seiner Daten machen den Vorgang datenschutzrechtlich problematisch.

Vor in Kraft treten der DSGVO war ein solches Webtracking gemäß des Opt-Out-Prinzips nach § 15 Abs. 3 TMG zulässig. Demnach musste der Nutzer nicht aktiv einwilligen und es genügte, wenn dieser nachträglich die Chance bekam, dem Tracking zu widersprechen. Anhand der Systematik der DSGVO kämen für ein solches Tracking die Einwilligung und das berechtigte Interesse in Betracht. Bei der Einwilligung wäre ebenfalls zu überlegen, ob ein Opt-Out-Prinzip genügen sollte.

Am 25.04.2018 hat die DSK allerdings ein Positionspapier veröffentlicht, welches deutlich klarstellt, dass die Aufsichtsbehörden ein Tracking von Nutzerdaten auf Websites nur mit ausdrücklicher Einwilligung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO als zulässig ansehen:

> „Es bedarf jedenfalls einer vorherigen Einwilligung beim Einsatz von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzerprofilen. Das bedeutet, dass eine informierte Einwilligung i. S. d. DSGVO, in Form einer Erklärung oder sonstigen eindeutig bestätigenden Handlung vor der Datenverarbeitung eingeholt werden muss, d. h. z.B. bevor Cookies platziert werden beziehungsweise auf dem Endgerät des Nutzers gespeicherte Informationen gesammelt werden.“[230]

Auch der EuGH hat am 21.03.2019 ein Rechtsgutachten vorgelegt, nach welchem ein schon voreingestelltes Zustimmungskästchen im Cookie-Banner als unzulässig anzusehen ist. Des Weiteren müssen Anbieter aufklären, wie lange die Cookies gespeichert bleiben und wer auf die so erhobenen Daten Zugriff hat. Zwar ist der EuGH an dieses Gutachten nicht gebunden, folgt ihnen aber in den meisten Fällen.[231]

In der Praxis wird demnach ein abgestuftes Opt-In Verfahren angewandt, wonach die Einwilligung über den sogenannten Cookie-Hinweis einzuholen ist. Der Cookie-Banner wird genutzt, um von der betroffenen Person eine Einwilligung für den Zugriff und die Weiterleitung der Werbe-ID an Werbenetzwerke einzuholen. Gleichzeitig wird hierdurch die betroffene Person darüber informiert, dass die Nutzung ihrer User-ID durch Werbenetzwerke erfolgt und sie der werblichen Nutzung jederzeit widersprechen kann. Innerhalb diesen Cookie-Banners sollte zudem ein Verweis auf die Datenschutzerklärung erfolgen, in welche eine ausführliche Beschreibung der Werbemaßnahmen mit zusätzlicher Opt-Out Möglichkeit aufzunehmen ist. Somit stützt sich die Verarbeitung dann zwar maßgeblich auf die Einwilligung, wird allerdings um die Interessensabwägungsklausel nach Art. 6 Abs. 2 lit. f DSGVO ergänzt.[232]

[229] Vgl. Siebert, Facebook Pixel: Ist das Tracking per Interaktions Pixel eigentlich erlaubt?, 2019
[230] Datenschutzkonferenz, Positionsbestimmung zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25.05.2018, 2018 mit Bezug auf Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 259 – Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 v. 28.11.2017
[231] Vgl. FAZ, Datenschutzrecht gilt auch für Cookies, 2019
[232] Vgl. Lachenmann, in: Korenz/Lachenmann, Online Werbung, 2018, Rdn. 1

3.3.2 Custom und Lookalike Audiences

Das BayLDA vertrat noch im März 2017 in ihrem Tätigkeitsbericht[233] die Auffassung, dass beide Formen von Custom Audiences problematisch seien und es für beide Varianten einer Einwilligung bedarf. Diese Auffassung wurde allerdings in einer weiteren Veröffentlichung[234] revidiert, sodass lediglich die Listen-Variante einer Einwilligung bedürfe und die Pixel-Variante auch ohne zulässig sei.[235] In zwei weiteren, aktuelleren Veröffentlichungen der DSK[236] wurde die Meinung hierzu erneut gewechselt, wonach nun beide Methoden eine ausdrückliche Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO benötigen. Die Anforderungen an eine solche Einwilligung sind in Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO geregelt, wonach die bloße Information in der Datenschutzerklärung nicht ausreichend ist und sich ein separater Einwilligungstext mit Ankreuzkästchen empfiehlt.[237] Die Auffassung der DSK ist zwar nicht rechtlich bindend und kann durchaus mit Gegenargumenten konfrontiert werden, allerdings sollte man den Aussagen in der Praxis doch eine höhere Bedeutung zumessen, vor allem nachdem durch die aktuelle Entscheidung des VG Bayreuth vom 24.10.2018 (Az: B 1 S 18.105)[238] diese Rechtsauffassung bestätigt wurde und vom Verwaltungsgerichtshof München mit der Entscheidung vom 26.09.2018[239] (Az: 5 CS 18.1157) geteilt wird. Für Lookalike Audiences dürfte die vorherige Einwilligung der betroffenen Person demnach ebenfalls erforderlich sein, da es sich hierbei ebenfalls um ein Tracking-Instrument handelt und auf den Daten der Facebook-Pixel und Custom Audiences basiert.

3.3.3 Facebook Link Ads und Facebook Lead Ads

Bei Facebook Link Ads wird der Nutzer einfach auf die Website des Unternehmens weitergeleitet. Sollten hierbei Daten der Nutzer untersucht werden, gilt das oben bereits ausgeführte zur Einwilligung. Mit Facebook Lead Ads können neue Interessenten gewonnen und Daten durch ein Kontaktformular direkt auf der Seite von Facebook abgegriffen werden.[240] Zur datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit sagt Facebook in seinem Hilfebereich für Werbung folgendes:

> „Im Falle von Lead Ads sind sowohl Facebook als auch der Werbetreibende Datenverantwortliche. Demzufolge sind beide Parteien dafür verantwortlich, Rechtmäßigkeit sicherzustellen, indem sie einen Hinweis bereitstellen und eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der von einer Person bereitgestellten Daten schaffen.“[241]

Demnach bedarf es einer Information der betroffenen Person über die Datenverarbeitung gemäß der Art. 12, 13 DSGVO, was in der Praxis durch die Datenschutzerklärung erfolgen wird. Weiterhin muss aber auch eine Rechtsgrundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO für die Datenverarbeitung vorliegen. Füllt die betroffene Person das Kontaktformular aus, wird darin eine Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a, 4 Nr. 11, 7 DSGVO zu sehen sein, sofern der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung alle relevanten Informationen tatsächlich zur Verfügung gestellt werden. Zu beachten ist zudem das Gebot der Datenminimierung

[233] Vgl. BayLDA, 7. Tätigkeitsbericht, 2015/2016
[234] Vgl. BayLDA, Pressemitteilung-Facebook Custom Audience bei bayerischen Unternehmen, 2017
[235] Vgl. Stehmeier, Facebook Custom Audiences rechtskonform einsetzen, 2018
[236] Vgl. Datenschutzkonferenz, EuGH bestätigt gemeinsame Verantwortung von Facebook und Fanpage-Betreibern, 2018; Datenschutzkonferenz, Positionsbestimmung zur Anwendbarkeit des TMG für nicht öffentliche Stellen ab dem 25.05.2018, 2018 mit Bezug auf Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 259 – Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 v. 28.11.2017
[237] Vgl. Stehmeier, Facebook Custom Audiences rechtskonform einsetzen, 2018
[238] Vgl. VG Bayreuth, Beschl. v. 08.05.2018
[239] Vgl. VGH München, Beschl. v. 26.09.2018
[240] Vgl. Schwenke, Lead Ads – Rechtliche FAW, u.a. zur Datenschutzerklärung und Double-Opt-In, 2015
[241] Vgl. Facebook Business – Nutzungsbedingungen für Lead Ads und FAQ zu Sicherheitsfragen

gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO, sodass über das Kontaktformular auch tatsächlich nur die Daten erhoben werden dürfen, welche zur Erfüllung des Zwecks notwendig sind. Alle anderen Angaben sollten als freiwillig deklariert werden.

3.3.4 Social Plugins

Bei den Daten, welche bei Social Plugins an die sozialen Netzwerke übermittelt werden, handelt es sich in den meisten Fällen um IP-Adressen, welche bei eingeloggten Mitgliedern sogar deren Account zugeordnet werden können. Gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO stellen solche IP-Adressen ein personenbezogenes Datum im Rahmen der „Online-Kennung" dar und es bedarf einer Legitimationsgrundlage für die Verarbeitung und Übermittlung der personenbezogenen Daten.[242] In Frage kommen hierbei erneut Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. f DSGVO. Durch Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO wäre eine Datenverarbeitung ohne Einwilligung des Websitebesucher möglich, wenn eine ausführliche Interessensabwägung zu Gunsten den Werbetreibenden ausfallen würde. Demnach muss zunächst ein berechtigtes Interesse vorliegen, dessen Wahrung die Datenverarbeitung beziehungsweise Übermittlung überhaupt erforderlich macht. Hierbei ist allerdings zu hinterfragen, ob auf das berechtigte Interesse des Plugin-Anbieters oder auf des Websitebetreibers abzustellen ist. Diese Frage wurde bis auf weiteres dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.[243] Weiterhin ist fraglich, ob ein solches berechtigte Interesse im Hinblick auf Erwägungsgrund 47 bestehen kann. Dem Wortlaut des Erwägungsgrund 47 ist zu entnehmen, dass zu prüfen ist, ob die betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird. Insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten in Situationen verarbeitet werden, in denen eine betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss, könnten die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person das Interesse des Verantwortlichen überwiegen. Demnach ist bei der Beurteilung über das Vorliegen eines berechtigten Interesses für die Erhebung der Daten durch Social Plugins zu beachten, ob der Besucher der Website die Erhebung absehen kann beziehungsweise mit dieser rechnen muss, wovon in Bezug auf Social Plugins wohl eher nicht auszugehen sein wird. Der Betroffene kann nicht damit rechnen, dass bei jedem Betreten einer Website Daten über ihn gesammelt werden. Die Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO scheidet demnach aus.[244] Alternativ ist lediglich Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO als Legitimationsgrundlage übrig, was jedoch vermutlich dem Sinn hinter Social Plugins widersprechen wird, da diese ja gerade das Teilen, Liken und Verbreiten der Inhalte vereinfachen und nicht durch mehr Klicks für eine Einwilligung erschweren soll. Um dieses Problem zu umgehen, haben sich in der Praxis die 2-Klick-Lösung, die Share-Link Lösung und die Shariff-Lösung etabliert, welche die automatische Übermittlung der Daten durch reines Betreten der Website verhindern und der Nutzer erst dann „Einwilligen" muss, wenn er tatsächlich den Button betätigen möchte. Bei der 2-Klick-Lösung wird der Button durch den ersten Klick aktiviert und durch den zweiten Klick die gewünschte Funktion in Anspruch genommen. Bei dieser Lösung hat jedoch das Design stark gelitten, wodurch die Shariff-Lösung Anklang gefunden hat, welche diesen Mangel beseitigt. Hierbei wird der direkte Kontakt zwischen dem sozialen Netzwerk und dem Besucher erst dann hergestellt, wenn der Social Media Button aktiv angeklickt wird. Somit wird verhindert, dass der Besucher der Seite eine digitale Spur hinterlässt ohne hierfür eine Einwilligung abgegeben zu haben.[245] Die Share-Link Lösung sorgt dafür, dass zwischen der Website und dem sozialen Netzwerk keine Daten fließen. Der But-

[242] Vgl. Quirke, Datenschutzkonformer Einsatz von Social-Plugins, 2019
[243] Vgl. Brünen, DSGVO: Endet die Ära der Social Media Plugins?, 2017
[244] Vgl. Brünen, DSGVO: Endet die Ära der Social Media Plugins?, 2017
[245] Vgl. Quirke, Datenschutzkonformer Einsatz von Social-Plugins, 2019

ton wird lediglich als HTML-Link in die Website eingebunden und der Besucher erst bei Klick auf den Button auf eine zuvor definierte URL des sozialen Netzwerks weitergeleitet. Trotz der neuen Lösungen muss der Besucher der Website dennoch über die Datenverarbeitung umfangreich gemäß Art. 13 DSGVO informiert werden, was über die Datenschutzerklärung der Website abgebildet werden kann.

3.3.5 Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung

Gemäß Art. 77 Abs. 1 DSGVO hat jede betroffene Person unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfs das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, wenn sie der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen diese Verordnung verstößt. Befasst sich die Aufsichtsbehörde nicht mit der Beschwerde oder ist der Beschluss nicht zufriedenstellend, hat jede betroffene Person das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gemäß Art. 78 DSGVO. Ist einer Person aufgrund des Verstoßes gegen die DSGVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden, hat diese Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter gemäß Art. 82 Abs. 1 DSGVO. Nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO besteht der Anspruch lediglich dann nicht, wenn der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter nachweisen können, dass sie in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich sind. Die wohl bedeutendste Rechtsfolge eines DSGVO Verstoßes ist es, wenn ein Bußgeld durch die Aufsichtsbehörde verhängt wird. Diese müssen gemäß Art. 83 Abs. 1 DSGVO in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Nach Absatz 4 dieser Vorschrift beträgt die Höhe einer solchen Geldbuße für Verantwortliche beziehungsweise Auftragsverarbeiter bei Verstößen gegen Art. 8, 11, 25 bis 39, 42 DSGVO bis zu 10.000.000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 2 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs, je nachdem welcher Betrag höher ist. Nach Art. 83 Abs. 5 DSGVO ist das Bußgeld bei Verstößen gegen Art. 5, 6, 7, 9, 12,22, 44 bis 49, 58, 85 bis 91 noch höher und liegt bei bis zu 20.000.000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs, je nachdem welcher Betrag höher ist.

Neben dem Beschwerderecht der betroffenen Person und der Möglichkeit der Sanktionierung durch eine Aufsichtsbehörde stellt sich die Frage, ob ein Mitbewerber einen Verstoß gegen die DSGVO nach § 3a UWG abmahnen kann, falls er durch dieses Verhalten einen Nachteil erlagen sollte. Diese Frage ist derzeit sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung sehr umstritten, da unklar ist, ob die DSGVO in ihrer Rechtsfolgenregelung abschließend ist und ob die DSGVO eine Marktverhaltensregel darstellen kann. Das LG Bochum[246] und das LG Wiesbaden[247] haben entschieden, dass das Sanktionssystem der DSGVO abschließend sei und somit eine Abmahnung eines Mitbewerbers damit unzulässig sein muss. Das OLG Hamburg[248] vertrat die gegenteilige Auffassung. Das LG Würzburg[249] nahm wiederum weder Bezug auf die Regelungen der DSGVO noch den damit verbundenen Meinungsstreit. Es nahm an, dass es sich auch unter Geltung der DSGVO um Verstöße gegen Marktverhaltensregeln handle.[250] Es wird abzuwarten sein, wie sich die Gerichte weiterhin dazu äußern werden und ob der EuGH diesbezüglich in naher Zukunft eine Entscheidung fällt. Der Ansicht der Verfasserin zur Folge sollten Verstöße gegen die DSGVO jedoch nach

[246] Vgl. LG Bochum ZD 2019, 39, 40
[247] Vgl. LG Wiesbaden BeckRS 2018, 33343
[248] Vgl. OLG Hamburg GRUR 2019, 86, 91
[249] Vgl. LG Würzburg ZD 2019, 38, 39
[250] Vgl. Föhlisch/Löwer, in: VuR 2019, 37

§ 3a UWG durch Mitbewerber abmahnbar sein. Die Verordnung hat das Ziel, die Verarbeitung personenbezogener Daten auf das Notwendigste zu beschränken und für mehr Transparenz gegenüber den Betroffenen zu sorgen. Dementsprechend wurden auch die Bußgelder erhöht um zu gewährleisten, dass Unternehmen sich vermehrt an die Vorschriften der DSGVO halten. Würde man eine Abmahnfähigkeit nun verneinen, wäre Hauptkontrollstelle lediglich die Aufsichtsbehörde, welche jedoch aufgrund mangelnden Personals nur stichprobenartige Kontrollen durchführen kann. Würde man Mitbewerbern nun nach § 3a UWG die Möglichkeit einräumen, Verstöße gegen die DSGVO abzumahnen, könnte sich der Markt, auch ohne großes Eingreifen der Behörden, einigermaßen selbst regulieren und somit für die Einhaltung der Vorschriften sorgen.

3.3.6 Haftung eines externen Dienstleisters

Social Media Marketing ist zwar ein günstiges Instrument, um eine hohe Reichweite an potentiellen Kunden zu erzielen, allerdings auch sehr zeitintensiv, da die unterschiedlichen Profile in der Regel täglich bespielt und gepflegt werden müssen. Viele Unternehmen können beziehungsweise wollen es sich daher nicht leisten, eigene Mitarbeiter Vollzeit hierauf abzustellen. Darüber hinaus bedarf es auch eines gewissen Know-Hows, um die Marketingkampagnen und Werbeanzeigen anhand der getrackten Nutzerdaten gut auszuwerten und entsprechend neue Kampagnen zu erstellen. Daher geben viele Unternehmen entweder das komplette Thema Social Media an externe Dienstleister oder zumindest nur einen Teil davon ab. Hieraus resultiert jedoch die Frage, wer im Außen- als auch im Innenverhältnis für die Inhalte der Werbeanzeigen haftet, welche der Dienstleister im Namen des Unternehmens in den sozialen Netzwerken veröffentlicht.

Mit einem externen Dienstleister (häufig Werbeagenturen) kann hinsichtlich der Pflege eines Social Media Accounts beziehungsweise zur Schaltung der Werbeanzeigen entweder ein Dienstvertrag nach § 611 ff. BGB oder ein Werkvertrag nach § 631 ff. BGB geschlossen werden. In der Regel wird es sich jedoch um Werkverträge handeln, da ein konkretes Ziel mit der Werbung verfolgt wird und Werbeagenturen häufig projektbasiert agieren. Im Innenverhältnis zwischen Auftraggeber und Werbeagentur haftet also bei einem Werkvertrag der Dienstleister für die Mangelfreiheit seiner Leistungen. Im Gegensatz hierzu erfolgt die Haftung bei einem Dienstvertrag, wonach kein Erfolg geschuldet wird, lediglich hinsichtlich einer sogenannten Schlechtleistung. Ob ein Mangel gegeben ist, richtet sich bei einem Werkvertrag also danach, ob eine negative Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit vorliegt.[251] Bei Verträgen mit Werbeagenturen oder ähnlichen Dienstleistern gehört zu dieser Soll-Beschaffenheit nicht nur die Werbemaßnahme an sich, sondern auch die objektive Eignung, die vom Kunden gewünschte Wirkung auf das Zielpublikum zu entfalten.[252] Ein Mangel ist demnach dann ausgeschlossen, wenn die Agentur die anerkannten Grundsätze ihres Fachs beachtet.[253]

Zur Mangelfreiheit zählt also nicht, wenn die vorgenommene Werbemaßnahme rechtlich unzulässig ist.[254] Die wesentlichen vertraglichen Pflichten einer Werbeagentur gegenüber dem Auftraggeber beinhalten demnach unter anderem auch eine umfassende und eigehende Kontrolle, ob die geplante Maßnahme mit gesetzlichen Vorschriften vereinbar ist. Demnach muss die Agentur die Werbung grundsätzlich auch immer auf die Zulässigkeit hin überprüfen und den Auftraggeber bei Bedenken hierauf hinweisen, beziehungsweise die Werbe-

[251] Vgl. Nieß, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Werbeagenturvertrag, 2019, Rdn. 7
[252] Vgl. Nieß, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Werbeagenturvertrag, 2019, Rdn. 7 mit Bezug auf OLG München BeckRS 9998, 14562
[253] Vgl. ebd.
[254] Vgl. Nieß, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Werbeagenturvertrag, 2019, Rdn. 7; Vgl. auch BGH GRUR 1974, 284 – Bastel-Wettbewerb I, OLG Frankfurt ZUM 2001, 505

anzeige gar nicht erst veröffentlichen.[255] Eine rechtswidrige Werbung kann vom Auftraggeber nicht verwendet werden und ist somit mangelhaft, wonach sich die Rechtsfolgen aus § 634 BGB ergeben.[256] Hierbei kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich ein Schaden für den Auftraggeber eintritt. Entscheidend ist allein, dass anerkannte Fachregeln von der Agentur missachtet wurden und die Werkleistung das Risiko eines Schadens ins ich trägt oder Ungewissheit über ein solches Risiko besteht.[257] Die Pflicht zur Lieferung einer rechtmäßigen Werbung hat allerdings Grenzen, welche sich aus der Zumutbarkeit im konkreten Einzelfall ergeben. Maßgeblich sind hierfür alle Umstände, welche für die Agentur bei sorgfältiger Prüfung als bedeutsam erkennbar sind. Die Erstellung von Werbung unter Zeitdruck oder der Wunsch des Kunden zu besonders aggressiver oder energischer Werbung, stellen die Agentur allerdings nicht frei, da dies heutzutage gängige Methoden sind, mit welcher eine Werbeagentur umgehen können muss.[258] Aufgrund der Vertragsautonomie, kann die Haftung der Agentur gegenüber dem Auftraggeber für rechtswidrige Werbung individualvertraglich ausgeschlossen werden. Ein Haftungsausschluss in den AGB hingegen ist nicht zulässig, da es sich um eine wesentliche Vertragspflicht handelt, die auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht durch AGB abbedungen werden kann.[259]

Im Außenverhältnis haftet der Auftraggeber, also das werbende Unternehmen gegenüber den Mitbewerbern beziehungsweise angesprochenen Kunden und Interessenten nach den §§ 7-10 TMG. Die Ansprüche richten sich, je nach Art der Rechtsverletzung, nach den jeweiligen Vorschriften wie beispielsweise dem UrhG, UWG, MarkenG, KunstUrhG etc.[260] Gemäß § 7 TMG haftet der Dienstanbieter für eigene Informationen, welche zur Nutzung bereitgehalten werden. Die von der Agentur entwickelten Inhalte, werden mit dem Account des Unternehmens gepostet beziehungsweise die Werbeanzeige unter dem Namen des Unternehmens veröffentlicht, womit dieses sich die Inhalte zu eigen macht. Für den Verkehr ist im Zweifel nicht mal erkennbar, dass die Inhalte nicht vom werbenden Unternehmen selbst erstellt wurden. Bei lauterkeitsrechtlichen Verstößen regelt § 8 Abs. 2 UWG zudem, dass bei einer Zuwiderhandlung durch einen Beauftragten, der Unterlassungsanspruch und der Beseitigungsanspruch auch gegen den Inhaber des werbenden Unternehmens begründet sind. Aber auch bei rechtswidrigen Handlungen gemäß anderen Vorschriften muss das Unternehmen Ansprüche von Mitbewerbern beziehungsweise potentiellen Kunden und Interessenten gegen sich gelten lassen.

Allerdings kommt nicht nur eine Haftung des werbenden Unternehmens im Außenverhältnis in Betracht, sondern auch eine Störerhaftung der Werbeagentur. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH haftet nicht nur, wer die Rechtsverletzung selbst begangen hat, sondern auch derjenige in Anwendung von § 1004 BGB als Störer, der auch ohne Wettbewerbsförderungsabsicht und ohne Verschulden an dem Wettbewerbsverstoß eines Dritten beteiligt ist, sodass er in irgendeiner Weise willentlich oder adäquat-kausal an der Herbeiführung der

[255] Vgl. Nennen, in: GRUR 2005, 214, 216 mit Bezug auf BGH GRUR 1974, 284, 285 – Bastel-Wettbewerb I; OLG Düsseldorf CR 2004, 466 L; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2002, 77; OLG Hamm, GRUR 1988; 564; LG Hamburg, GewArch 1999, 385, 386 ff.; Sosnitza, ZUM 1998, 631, 640; Wedemeyer, WRP 1979, 619, 620; Henning-Bodewig GRUR 1981, 164, 169; LG Frankfurt a.M. Urt. v. 13.02.2002, veröff. Unter http://www.frankfurtmain.ihk.de/recht/themen/ wettbewerbsrecht/branchen/orientteppichwerbung/teppichwerbung_lg_ffm1

[256] Vgl. Nennen, in: GRUR 2005, 214, 216 mit Bezug auf BGH GRUR 2003, 1065 – Antennenmann: Erstattung des Vermögensschadens zur alten Rechtslage; OLG Düsseldorf CR 2004, 466; OLG Hamm GRUR 1988, 564, 565f.; Wedemeyer WRP 1979, 619, 622

[257] Vgl. Nennen, in GRUR 2005, 214, 216 mit Bezug auf OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 146, 147 m.w.Nachw.;Palandt/Sprauch, § 633 Rdn. 6; a.M. Wedemeyer, WRP 1979, 619, 622

[258] Vgl. Nennen, in GRUR 2005, 214, 216

[259] Vgl. Nieß, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Werbeagenturvertrag, Rdn, 7, 2019

[260] Vgl. Zerres/Zerres, Marketingrecht, 2018, S. 370

rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt.[261] Hat der in-Anspruch-Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung der Handlung, genügt als Mitwirkung auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlichen handelnden Dritten.[262] Weiterhin haftet als Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus einer verletzten wettbewerbsrechtlichen Vorschrift, wer selbst im geschäftlichen Verkehr handelt und mit Wettbewerbsförderungsabsicht an dem Verstoß mitwirkt.[263] Wird also die Agentur wegen einer von ihr gestalteten wettbewerbswidrigen Werbemaßnahme in Anspruch genommen, liegen die Voraussetzungen in der Regel vor. Die Agentur agiert sowohl im geschäftlichen Verkehr, als auch in der Absicht, den Wettbewerb des Kunden zu fördern.[264]

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass ein Mitbewerber, beziehungsweise ein Kunde oder Interessent sich wohl aussuchen kann, ob er gegen das werbende Unternehmen oder die Werbeagentur selbst vorgehen möchte. Allerdings wird in der Regel eher das Unternehmen selbst beansprucht, da im Zweifel nicht erkennbar sein wird, ob der Inhalt von einem externen Dienstleister erstellt wurde oder nicht. Im Innenverhältnis kann das werbende Unternehmen dann wiederum die Agentur in Regress nehmen, sofern vertraglich kein Haftungsausschluss vereinbart worden ist.

4 Betrieb einer Social Media Fanpage

Bei einer Fanpage handelt es sich um eine kleine unternehmenseigene „Website“ innerhalb eines sozialen Netzwerks, auf welcher sich das Unternehmen gegenüber den Nutzern präsentieren kann. Hieraus resultieren, wie bei der eigenen Website auch, gewisse unternehmerische Pflichten, sobald die Seite auf dem sozialen Netzwerk nicht mehr lediglich rein privat genutzt wird.

Nach deutschem Recht gilt für alle Websitebetreiber gemäß § 5 des TMG und des § 55 RStV eine Impressumspflicht, wobei das Gesetz hierbei nicht explizit von Websites spricht, sondern von „Informationspflichten“ für „Telemedien“. Fraglich ist daher, ob die Fanseite auf einem Social Media Kanal unter den Begriff der Telemedien subsumierbar ist, da dieser unbestimmte Rechtsbegriff in den genannten Vorschriften nicht weiter ausgeführt wird.[265] Die Antwort hierauf war lange Zeit umstritten, allerdings ist sich die Rechtsprechung inzwischen einig, dass es für Social Media Seiten eines Impressums bedarf, wenn diese zu Marketingzwecken benutzt werden und nicht nur eine reine private Nutzung vorliegt.[266] Uneinigkeit herrscht hingegen bei der Frage, ob ein Link auf ein anderes Website-Impressum ausreichend ist, oder ob das komplette Impressum innerhalb des sozialen Netzwerks aufgeführt werden muss.

[261] Vgl. Nennen, in: GRUR 2005, 214, 219 mit Bezug auf BGH GRUR 2003, 969 – Ausschreibung von Vermessungsunterlagen; GRUR 2002, 902, 904 – Vanity-Nummer; GRUR 1997, 313, 315 – Architektenwettbewerb. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung und Kritik u.a. Haedicke GRUR 19999, 387.
[262] Vgl. ebd.
[263] Vgl. Nennen, in: GRUR 2005, 214, 219 mit Bezug auf BGH GRUR 1988, 832, 834 – Benzinwerbung; GRUR 1991, 769, 770 – Honorarfrage; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., 2002, Rdn. 245; Baumbach/Hefermehl, WettbewerbsR, 22. Aufl., 2001, Rdn. 326 ff.
[264] Vgl. Nennen, in GRUR 2005, 214, 219
[265] Vgl. Krieg, Schocking: Impressumspflicht für Twitter-Profile? Teil1, 2009
[266] Vgl. LG Köln, Urt. v. 28.12.2010, Az: 28 O 402/10; Vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2007, Az: I-20 U 17/07; Remmertz, in: MMR 18, 507, 511 mit Bezug auf OLG Düsseldorf MMR 2014, 393; LG Regensburg MMR 2013, 246 m. Anm. Bienert.

Das LG Aschaffenburg hat mit Urteil vom 19.08.2011 entschieden[267], dass gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG der Dienstanbieter mit Namen, Anschrift und bei juristischen Personen die Rechtsform sowie der Vertretungsberechtigte leicht erkennbar sein muss. Weiterhin sei die bloße Angabe der Anschrift und der Telefonnummer zu wenig und auch der Link auf eine eigene Website mit Impressum unter dem Punkt „Info“ auf der Facebook-Fanpage reiche nicht aus, um der Verpflichtung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG nachzukommen.[268] Das OLG Düsseldorf bestätigte das Urteil und macht klar, dass die Verlinkung auf die eigene Website, auf welcher sich ein Impressum befindet, hinter dem „Info“ Button den Anforderungen des § 5 TMG nicht entspreche.[269] Nach einer jüngeren Entscheidung des LG Trier[270] ist es ausreichend, wenn in einem kommerziellen YouTube-Channel für das Impressum mit zwei Klicks entsprechend der BGH-Rechtsprechung[271] auf ein anderes Website-Impressum verlinkt wird. Es ist demnach nicht notwendig, ein eigenes Impressum für den Channel vorzuhalten.[272]

Im Endeffekt haben Fanpage Betreiber, unabhängig des sozialen Netzwerks, wohl die Qual der Wahl und müssen sich entscheiden, ob sie das komplette Impressum innerhalb des Netzwerks aufführen, oder zu dem Impressum auf der Website verlinken, solange höchstrichterlich noch nichts entschieden wurde. Die Verfasserin schließt sich allerdings der älteren Rechtsprechung an und vertritt damit die Auffassung, dass das gesamte Impressum aufgeführt werden sollte, da ansonsten den Anforderungen des § 5 TMG nicht genüge getan wird, wonach dieses ständig erreichbar und unmittelbar verfügbar sein muss. Stellt man sich allerdings auf den Standpunkt, dass ein Link zum Impressum ausreicht, muss darauf geachtet werden, dass der Link tatsächlich zum Impressum auf der verlinkten Website führt wie z.B. „Impressum: http//…“ oder „http//…de/impressum“ und nicht lediglich zur Website allgemein.[273]

Ein Verstoß gegen die Impressumspflicht nach § 5 TMG kann unterschiedliche Folgen haben. Zum einen kann gemäß § 16 TMG eine Ordnungswidrigkeit vorliegen, wenn eine Information vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 5 Abs. 1 TMG nicht, nicht richtig oder nicht vollständig verfügbar gehalten wird. Gemäß § 16 Abs. 3 TMG kann diese Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 EUR geahndet werden. Zum anderen kann sich durch den Verstoß aber auch ein Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch nach den Vorschriften des UWG ergeben. In Betracht kommen hierbei der Rechtsbruch gemäß § 3a UWG, wobei die Literatur und die Rechtsprechung sich einig sind, dass § 5 TMG eine Marktverhaltensregel darstellen kann[274] und die Irreführung durch Unterlassen gemäß § 5a UWG.[275]

5 LITERATURVERZEICHNIS

Anwalt-im-netz.de, Das Recht am eigenen Bild – Fotorecht, in URL: http://anwalt-im netz.de/urheberrecht/recht-am-eigenen-bild.html, aufgerufen am 13.03.2019

[267] Vgl. LG Aschaffenburg MMR 2012, 38
[268] Vgl. Prestel, Impressumspflicht für geschäftlich genutzte Social-Media-Kanäle wie z.B. Facebook, 2011
[269] Vgl. OLG Düsseldorf MMR 2014, 393
[270] Vgl. LG Trier MMR 2018, 112
[271] Vgl. BGH MMR 2007, 40
[272] Vgl. Remmertz, in: MMR 18, 507, 511
[273] Vgl. Schwenke, Nach Abmahnungen – Impressum bei Facebook, Instagram, Youtube, Twitter, ing und LinkedIn umsetzen, 2015
[274] Vgl. Mankowski, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG Wettbewerbsrecht des Internets, Rdn. 182
[275] Vgl. OLG Frankfurt/M. MMR 2917, 484, 485

Assion, Simon, Blogs als (Kunst-) Werke, 2008, in URL: https://www.telemedicus.info/ article/963-Blogs-als-Kunst-Werke.html, aufgerufen am 14.03.2019

Bayerischer Landesbeauftragte für den Datenschutz, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, 2018, in URL: https://www.datenschutzbayern.de/datenschutzreform2018/einwilligung.pdf, aufgerufen am 13.03.2019

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 7. Tätigkeitsbericht, 2015/2016, in URL: https://www.lda.bayern.de/media/baylda_report_07.pdf, aufgerufen am 22.03.2019

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, Pressemitteilung – Facebook Custom Audience bei bayerischen Unternehmen, 2017, in URL: https://www.lda.bayern.de/media/pm2017_07.pdf, aufgerufen am 22.03.2019

Beck'scher Online Kommentar: Informations- und Medienrecht, 23. Edition, 2019, KunstUrhG lit. BeckOK, Informations- und Medienrecht, 2019, KuntUrhG

Benecke, Martina/ Groß, Nadja: Das Recht am eigenen Bild im Arbeitsverhältnis – Voraussetzungen und rechtliche Probleme einer Einwilligung durch den Arbeitnehmer, in: NZA 2015, 833, 839 lit. Benecke/Groß, in: NZA 2015, 833

Brünen, Bea, Datenschutzgrundverordnung: Endet die Ära der Social Media Plugins?, 2017, in URL: https://www.it-recht-kanzlei.de/social-plugins-datenschutzgrundverordnungdsgvo. html, aufgerufen am 23.03.2019

Datenschutzkonferenz, Beschluss der DSK zu Facebook Fanpages v. 05.09.2018, in URL: https://datenschutz.hessen.de/sites/datenschutz.hessen.de/files/Beschluss%20der20DSK%20zu%20Facebook%20Fanpages_1.pdf, aufgerufen am 25.03.2019

Datenschutzkonferenz, Entschließung – die Zeit der Verantwortungslosigkeit ist vorbei: EuGH bestätigt gemeinsame Verantwortung von Facebook und Fanpage-Betreibern, 2018, in URL: https://www.ldi.nrw.de/mainmenu_Service/submenu_Entschliessungsarchiv/Inhalt/Entschlessungen_Datenschutzkonferenz/Inhalt/Entschliessungen_zwischen_den_Konferenzen/0180606_Fanpages_EuGH/Fanpages-EuGH-Urteil-05_06_2018.pdf, aufgerufen am 22.03.2019

Datenschutzkonferenz, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von Personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), 2018, in URL: https://www.datenschutzberlin.de/fileadmin/ user_upload/pdf/orientierungshilfen/2018-OH-Werbung.pdf, aufgerufen am 22.03.2019

Datenschutzkonferenz, Positionsbestimmung zur Anwendbarkeit des TMG für nicht öffentliche Stellen ab dem 25.05.2018, 2018, in URL: https://www.ldi.nrw.de/mainmenu_Datenschutz/submenu_Technik/Inhalt/TechnikundOrg nisation/Inhalt/Zur-Anwendbarkeit-des-TMG-fuer-nicht-oeffentliche-Stellen-ab-dem-25_Mai-2018/Positionsbestimmung-TMG.pdf, aufgerufen am 22.03.2019

Dreier, Thomas/ Schulze, Gernot: Urheberrechtsgesetz, 6. Auflage, 2018, München: C.H. Beck lit. Autor, in: Dreier/Schulze, 2018, UrhG

Fezer, Karl-Heinz/ Büscher, Wolfgang/ Obergfell, Eva: Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Auflage, 2016, München: C.H. Beck lit. Autor, in: Fezer/Büscher/Obergfell, 2016, UWG

Föhlisch, Carsten/ Löwer, Daniel: DSGVO und Lauterkeitsrecht, in: VuR 2019, 37, 39 lit. Föhlisch/Löwer, in: VuR 2019, 37

Frankfurter Allgemeine, Datenschutzrecht gilt auch für Cookies, 2019, in URL: https://www.heise.de/newsticker/meldung/Nach-EuGH-Urteil-Facebook-aendert Daten-schutz- Regeln-fuer-Seiten-4161100.html, aufgerufen am 25.03.2019

Fromm, Wilhelm/ Nordemann, Wilhelm (Begr.): Urheberrecht, 12. Auflage, 2018, München: C.H. Beck lit. Autor, in: Fromm/Nordemann, 2018, UrhG

Grünberger, M., Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Ware, ZUM 2016, 905 ff.

Heintze, Roland, Social Media Atlas 2017/2018, 2018, in URL: https://www.Faktenkontor.de/tag/social-media-atlas/, aufgerufen am 20.01.2019

Helbing, Thomas, Facebook Social Plugins und Datenschutzrecht, 2010, in URL: https://www.thomashelbing.com/de/blog/facbook-social-plugins-datenschutzrecht, aufgerufen am 25.03.2019

Hootsuite, Digital 2018 Q4 Global Digital Statshot, 2018, in URL: https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2018-q4-global-digital-statshot-october 2018-v2, aufgerufen am 25.03.2019

Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV, 37. Auflage, 2019, München: C.H. Beck lit. Autor, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 2019, UWG

Koreng, Ansgar/ Lachenmann, Matthias: Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2. Auflage, 2018, München: C.H. Beck lit. Autor, in: Koreng/Lachenmann, Formular, 2018

Krieg, Henning, Schocking: Impressumspflicht für Twitter-Profile? Teil 1 – Grundsätzliches zur Impressumspflicht, 2009, in URL: http://www.kriegs-recht.de/shocking impressumspflicht-fur-twitter-profile-teil-1/, aufgerufen am 25.03.2019

Krüger, Stefan/ Wiencke, Julia: Bitte recht freundlich – Verhältnis zwischen KUG und DSGVO, in: MMR, 2019, 76,80 lit. Krüger/Wiencke, in: MMR, 2019, 76

Kühling, Jürgen/ Buchner, Benedikt: Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, 2. Auflage, 2018, München: C.H.Beck lit. Autor, in: Kühling/Buchner, 2018, DSGVO

Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, FAQ Fotografieren und Datenschutz – Wir sind im Bild!, in URL: https://www.baden wuerttemberg.datenschutz.de/faq-fotografieren-und-datenschutz-wir-sind-im-bild/, aufgerufen am 13.03.2019

Leeb, Christina-Maria/ Liebhaber, Johannes: Grundlagen des Datenschutzrechts, in: JuS 2018, 534, 538 lit. Leeb/Liebhaber, in: JuS 2018, 534

Lett, Tobias: Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, 2016, München: C.H. Beck lit. Lettl, Wettbewerbsrecht, 2016

Lettl, Tobias: Urheberrecht, 2. Auflage, 2013, München: C.H. Beck lit. Lettl, Urheberrecht, 2013

Lichtnecker, Florian: Neues aus dem Social Media-Marketing – aktuelle wettbewerbs-, urheber- und markenrechtliche Problemstellungen, in: MMR 2018, 512, 517 lit. Lichtnecker, in: MMR 2018, 512

Lutz, P., Grundriss des Urheberrechts, 3. Auflage, Heidelberg 2018

Mander, Jason, Internet Users have Average of 5.54 Social Media Accounts, 2015, in URL: https://blog.globalwebindex.com/chart-of-the-day/internet-users-have-average-of-54-social-media-accounts, aufgerufen am 13.03.2019

Manderla, Thomas: Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung, in: Beck'sche Online-Formulare Prozess, 38. Edition 2019, Stand 01.01.2019, Rdn. 1-10 lit. Manderla, in: Beck'sche Online-Formulare Prozess, 2019, Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung

Miniwatts Marketing Group, Internet Users in the Word, 2018, in URL: https://www.internetworldstats.com/stats.htm, aufgerufen am 20.01.2019

Müller, Jan, Facebook reagiert auf EuGH-Urteil: Wird die Fanpage mit dem sog. „Page Insights Controller Addendum" jetzt sicher?, 2018, in URL: https://www.it-rechtkanzlei.de/eugh-facebook-page-insights-controller-addendum.html, aufgerufen am 25.03.2019

Münchener Kommentar: Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, 2014, München: C.H.Beck lit. Autor, in: Münchener Kommentar, 2014, UWG

Nennen, Dieter: Vertragspflichten und Störerhaftung der Werbeagenturen, in: GRUR 2005, 214, 220 lit. Nennen, in: GRUR 2005, 214

Nieß, Valentina: Werbeagenturvertrag-Auftragserteilung für eine bestimmte Werbemaßnahme, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 47. Edition 2019, Stand. 01.01.2019, Rdn. 1-16 lit. Nieß, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Werbeagenturvertrag, 2019

Ohly, A., Sosnitza, A, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, München 2016

Plutte, Niklas, Strafbewehrte Unterlassungserklärung, 2019, in URL: https://www.raplutte.de/strafbewehrte-unterlassungserklaerung/, aufgerufen am 17.03.2019

Plutte, Niklas, Werbenachrichten via Social Media – was ist erlaubt?, 2019, in URL: https://www.ra-plutte.de/zulaessigkeit-von-werbenachrichten-via-social-media/, aufgerufen am 20.03.2019

Prestel, Patrick, Impressumspflicht für geschäftlich genutzte Social-Media-Kanäle wie z.B. Facebook, 2011, in URL: https://www.it-recht-kanzlei.de/Impressum-Social-Media.html, aufgerufen am 25.03.2019

Pseudonym: Dr. Datenschutz, Datenschutz bei Social Plugins / Buttons von Facebook, Twitter, Xing, LinkedIn, Google+, 2014, in URL: https://www.datenschutzbeauftragter info.de/datenschutz-bei-social-plugins-buttons-von-facebook-twitter-xing-linkedin-google/, aufgerufen am 20.03.2019

Quirke, Nicole, Datenschutzkonformer Einsatz von Social-Plugins, 2019, in URL: https://www.activemind.de/magazin/datenschutz-social-plugins/, aufgerufen am 23.03.2019

Remmertz, Frank: Aktuelle Entwicklungen im Social Media-Recht – Überblick der relevanten Themen aus Unternehmenssicht, in: MMR 2018, 507, 512 lit. Remmertz, in: MMR 2018, 507

Rosenbaum, Birgit/ Tölle, Dennis: Aktuelle rechtliche Probleme im Bereich Social Media - Überblick über die Entscheidungen der Jahre 2011 und 2012, in: MMR 2013, 209, 212 lit. Rosenbaum/Tölle, in: MMR 2013, 209

Schantz, Peter/ Wolff, Amadeus: Das neue Datenschutzrecht – Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis, 1. Auflage, 2017, München: C.H. Beck lit. Autor, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017

Schricker, Gerhardt/ Loewenheim, Ulrich: Urheberrecht, 5. Auflage, 2017, München: C.H. Beck lit. Autor, in: Schricker/Loewenheim, 2017, UrhG

Schwartmann, Rolf/ Keber, Tobias/ Mühlenbeck, Robin: Social Media – Soziale Netzwerke und Homepages sicher gestalten und nutzen, 2. Auflage, 2018, München: C.H. Beck lit. Schwartmann/Keber/Mühlenbeck, Social Media, 2018

Schwenke, Thomas, Haftung für Mitarbeiter, Agenturen, Nutzer und Links im Social Web – Exklusiver Auszug aus dem Buch Social Media Marketing & Recht, 2012, in URL: https://allfacebook.de/wpcontent/uploads/2012/04/SocialMediaMarketing_und_Recht_Kapitel09_v02.pdf, aufgerufen am 28.03.2019

Schwenke, Thomas, Lead Ads – Rechtliche FAQ, u.a. zur Datenschutzerklärung und Double-Opt-In, 2015, in URL: https://allfacebook.de/fbmarketing/lead-ads-rechtliche-faq-u zur-datenschutzerklaerung-und-double-opt, aufgerufen am 22.03.2019

Schwenke, Thomas, Sharing & Urheberrecht – Abmahnung wegen Vorschaubilds bei Facebook, 2015, in URL: https://drschwenke.de/sharing-urheberrecht-abmahnung-vorschaubild-facebook-risikoeinschaetzung-checkliste/, aufgerufen am 02.04.2019

Siebert, Sören, Facebook Pixel: Ist das Tracking per Interaktions Pixel eigentlich erlaubt?, 2019, in URL: https://www.e-recht24.de/artikel/facebook/10585-facebook-pixel.html, aufgerufen am 22.03.2019

Solmecke, Christian, Facebook-Fanpages nach EuGH-Urteil, 2018, in URL: https://www.wbs-law.de/datenschutzrecht/sind-facebook-fanpages-nun-illegal-eugh-hatentschieden-ra-solmecke-erlaeutert-den-fall-77481/, aufgerufen am 25.03.2018

Solmecke, Christian/ Wahlers, Jakob: Recht im Social Web, 1. Auflage, 2014, Bonn: Galileo Press lit. Solmecke/Wahlers, Recht im Social Web, 2014

Sosnitza, O., Plagiate, Prozesse und Provisionen - Rechtsfragen bei Tätigkeiten von Werbeagenturen, ZUM 1999, 631 ff.

Stehmeier, Marinus, Facebook Custom Audiences rechtskonform einsetzen, 2018, In URL: https://www.datenschutzkanzlei.de/facebook-custom-audiences-rechtskonform einsetzen/, aufgerufen am 22.03.2019

Sydow, Gernot: Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Auflage, 2018, Mannheim: Nomos Verlag in Gemeinschaft mit Dike Verlag Zürich/St. Gallen und Manz Verlag Wien lit. Autor, in: Sydow, 2018, DSGVO

Urheberrecht.de, Recht am eigenen Bild: Bildrechte zum Schutz der Privatsphäre, in URL: https://www.urheberrecht.de/recht-am-eigenen-bild/, aufgerufen am 13.03.2019

Varl, Yvonne, Mitarbeiterfotos und DSGVO: Aktuelle Probleme, 2018, in URL: https://efarbeitsrecht.net/mitarbeiterfotos-und-dsgvo/, aufgerufen am 13.03.2019

Wandtke, Arthur-Axel/ Bullinger, Winfried (Hrsg.): Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, 2014 München: C.H. Beck lit. Autor, in: Wandtke/Bullinger, 2014, UrhG

Worldometers.info, Current World Population, 2019, in URL:http://www.worldometers.info/world-population/, aufgerufen am 20.01.2019

Zerres, Thomas/ Zerres Christopher: Marketingrecht – Rechtsrahmen eines Marketingmanagements, 1. Auflage, 2018, Wiesbaden: Springer Gabler lit. Zerres/Zerres, Marketingrecht, 2018

6 AUTORENINFORMATION

Alina Hirtz, LL.B., ist Absolventin des Bachelorstudienganges Wirtschaftsrecht 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 sind das Online-Marketing und das 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.