

BRANDI

RECHTSANWÄLTE

April 2020

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

auch in diesen herausfordernden und schwierigen Zeiten möchten wir Sie gerne über wichtige Neuerungen informiert halten.

Unsere Kolleg*innen stehen Ihnen für wichtige rechtliche Fragen im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Corona-Krise zur Verfügung. Sie erfahren zum Beispiel wie die derzeitige Rechtslage bei drohender Insolvenz ist, welche Möglichkeiten Sie bei Produktionsausfällen haben oder welche konkreten Maßnahmen Sie als Arbeitgeber ergreifen können. Weitergehende Informationen finden Sie auch unter www.brandi.net.

Wir freuen uns, Ihnen unsere neuen Kolleg*innen Frau Jaqueline Maria Bohrßen, Herrn Dr. Björn Schulz, Herrn Dr. Tobias Schmitt und Herrn Hendrik Adam vorstellen zu können.

Darüber hinaus hat sich unter der Federführung von Herrn Dr. Sebastian Meyer eine eigene Kompetenzgruppe IT & Datenschutz gegründet, die zu aktuellen Themen aus dem Bereich umfassend berichtet. Lesen Sie weiterhin spannende Informationen aus der Kompetenzgruppe Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht. Wir wünschen Ihnen eine gesunde Zeit.

Herzlichst
Ihr BRANDI Team

Neues aus dem BRANDI Team

Jaqueline Maria Bohrßen unterstützt seit Oktober 2019 das BRANDI Team in Hannover und ist als Rechtsanwältin im Bereich Strafrecht tätig.

Sie studierte an der Georg-August-Universität in Göttingen und absolvierte anschließend ihr Referendariat im Bezirk des OLG Celle.

Ab März 2018 bis zum Eintritt in unsere Sozietät war sie bei der Kanzlei Nagel Schlösser bereits als Strafverteidigerin tätig.



Seit November 2019 unterstützt Herr Hendrik Adam das BRANDI Team im Bereich Familienrecht an unserem Standort in Minden.

Er studierte an der Universität Osnabrück und Peter Pazmany Universität Budapest. Sein Referendariat absolvierte Herr Adam beim OLG Celle.

Herr Dr. Tobias Schmitt unterstützt das BRANDI Team in Hannover seit Dezember 2019 im Arbeitsrecht als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht.

Nach Studium an der Universität Bayreuth und University of Birmingham (England), Referendariat am Oberlandesgericht Bamberg und Promotion an der Universität Bayreuth war er zuletzt von 2013 bis 2019 in einer Sozietät in Würzburg im Arbeitsrecht tätig.



Herr Dr. Björn Schulz verstärkt seit Januar 2020 das BRANDI Team in Hannover und ist als Rechtsanwalt in den Bereichen Allgemeines Zivilrecht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht tätig.

Er studierte Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen mit Schwerpunkt im Wirtschafts- und Arbeitsrecht sowie an der National University of Ireland, Galway (Irland). Nach der Promotion an der Universität Bayreuth absolvierte er sein Referendariat im Bezirk des OLG Celle.

Inhalt	Seite
Aktuelles	4
Dr. Carsten Hoppmann Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für durch die Corona-Epidemie geschädigte Unternehmen	4
Dr. Sandra Vyas, Victoria Wessel, Dr. Christoph Worms Corona-Virus – auch die Wirtschaft steckt sich an	5
Dr. Helmut Dröge Neues zum Transparenzregister	8
IT & Datenschutz	9
Dr. Sebastian Meyer Gründung einer eigenen Kompetenzgruppe IT und Datenschutz	9
Dr. Christoph Rempe Aktuelle Entwicklungen im E-Commerce-Recht	9
Dr. Sebastian Meyer BGH zu Bewertungsportalen: Überprüfbarkeit und Gewichtung von Bewertungen	10
Malte Stakowski Fotos von Mitarbeitern – zwischen Intranet und Internet	10
Dr. Sebastian Meyer Die Angst vor Bußgeldern bei Datenschutzverstößen – Berechtigte Befürchtung und Panikmache?	12
Robert Bommel Datenschutz und Geldwäschegesetz	13
Johanna Schmale Private E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz	13
Hendrik Verst Offenlegung von Mitarbeitererkrankungen aus datenschutzrechtlicher Sicht	14
Christina Prowald Vernichtung von Papierunterlagen im Unternehmen	15
Félix Paul Nutzung von Messenger-Diensten im Unternehmen	15
Dr. Sebastian Meyer Datenschutz-Newsletter von BRANDI	16
Gewerblicher Rechtsschutz & Wettbewerbsrecht	17
Dr. Kevin Kruse Markenverletzung durch Verwendung einer Modellbezeichnung?	17
Dr. Hans-Jürgen Buchmüller Die Handlungspflichten des Unterlassungsschuldners	17
Zur Haftung für Kundenbewertungen bei Amazon	18
Dr. Carsten Hoppmann Wer sucht, der findet?!? - Was es bei Google Ad-Anzeigen zu beachten gilt.	18
Rebecca Vakilzadeh Werbung mit Gütesiegeln	19
Frank Schembecker Anforderungen an die Werbung mit Gütesiegeln und Prüfzeichen	19
Dr. Christoph Rempe Neues zum Influencer-Marketing	20
Dr. Jörg König Sorgfaltsanforderungen bei der Einhaltung eines Unterlassungsgebots	21
Autoren	22

Aktuelles

Dr. Carsten Hoppmann

Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für durch die Corona-Epidemie geschädigte Unternehmen

Unternehmen sind stark von der Corona-Krise betroffen. Sie verzeichnen erhebliche Umsatzeinbrüche, da Kunden zurückhaltender einkaufen und die Innenstädte zunehmend verwaisten. Viele Kunden zahlen auch gegenwärtig nicht, da die per Post versandten Rechnungen nicht bei dem im Homeoffice befindlichen Mitarbeitern eingehen. Es droht die Insolvenz vieler Unternehmen, die noch zur Jahreswende kerngesund waren. Auch den Geschäftsführern von Kapitalgesellschaften (GmbH, Unternehmergeinschaft) droht die persönliche Haftung, wenn sie trotz Vorliegen eines Insolvenzgrundes das Unternehmen fortführen und noch Zahlungen leisten. Sie sind für alle diese Zahlungen persönlich haftbar!

Das Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) bereitet die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht mit dem COVInsAG (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz) vor. Der Gesetzentwurf soll wahrscheinlich noch in dieser Woche im Bundestag und im Bundesrat verabschiedet werden.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage sind Geschäftsführer von GmbHs und Unternehmergeinschaften verpflichtet, unverzüglich – spätestens aber innerhalb von drei Wochen – einen Insolvenzantrag zu stellen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Kommt der Geschäftsführer dieser Verpflichtung nicht nach, so haftet er unbeschränkt persönlich für alle Zahlungen der Gesellschaft, die nach Eintritt des Insolvenzgrundes noch gezahlt werden, und macht sich darüber hinaus auch noch strafbar.

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht soll bis zum 30. September 2020 gelten. Eine Verlängerung ist bis zum 31. März 2021 möglich. Mit dieser Änderung der Insolvenzantragspflicht soll verhindert werden, dass Unternehmen wegen der

Corona-Krise in die Insolvenz gehen, weil sie nicht rechtzeitig staatliche Hilfe erlangen können oder anderweitige Sanierungsbemühungen nicht schnell genug greifen. Nicht beabsichtigt ist jedoch, dass jedes Unternehmen gerettet werden soll. Eine ähnliche Regelung gab es schon bei den Hochwasserkatastrophen 2002, 2013 und 2016. In diesen Jahren wurde die Insolvenzantragspflicht für die von Hochwasserkatastrophen betroffenen Unternehmen suspendiert.

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gilt nach der beabsichtigten Neuregelung nicht, wenn

1. der Insolvenzgrund nicht auf der Corona-Epidemie beruht oder
2. keine Aussicht darauf besteht, eine Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen

Für einen dreimonatigen Übergangszeitraum soll auch das Recht der Gläubiger, die Eröffnung von Insolvenzverfahren zu beantragen, eingeschränkt werden.

Flankiert werden diese Regelungen mit einer Vermutungsregelung, die weit auf die ersten wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie zurückwirkt: War das Unternehmen am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig, so wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der Corona-Krise beruht. Es geht dem Gesetzgeber somit darum, wirtschaftlich gesunde Unternehmen zu schützen.

Mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht erhalten die Unternehmen Gelegenheit die Insolvenz, insbesondere unter Inanspruchnahme staatlicher Hilfen oder auch mit Sanierungs- oder Finanzierungsvereinbarungen, abzuwenden.

Wichtig ist dabei, dass die Beweislast dafür, dass die Insolvenz nicht auf den Auswirkungen der Covid-19 Pandemie beruht bzw. keine Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit beste-



CORONA VIRUS
COVID-19

hen, bei demjenigen liegt, der sich auf das Bestehen der Antragspflicht beruft. Das ist im Regelfall somit der Gläubiger und nicht der Geschäftsführer.

Für den Zeitraum, in dem die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist, darf der Geschäftsbetrieb fortgeführt werden und den Geschäftsleitungsorganen drohen keine negativen persönlichen Haftungsfolgen. Das Gesetz fingiert, dass Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Dies gilt nach dem Gesetzentwurf auch besonders für Zahlungen, die für die Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder zur Umsetzung eines Sanierungskonzeptes geleistet werden.

Zur Gewährung neuer Kredite und zur Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen schafft der Gesetzentwurf erhebliche Anreize. Die Sanierungsbemühungen werden erleichtert, da neue Kredite anfechtungs- und haftungsrechtlich privilegiert sind. Auch sollen Vertragsparteien, die bereits in einer Geschäftsbeziehung zu dem insolvenzgefährdeten Unternehmen stehen, durch eine Einschränkung der Anfechtbarkeit von Vorgängen im Rahmen dieser Geschäftsbeziehung motiviert werden, die Geschäftsbeziehung fortzusetzen.

Da Rechtsstreitigkeiten über die persönliche Haftung von Geschäftsführern erst in mehreren Jahren geführt werden, sollten die Geschäftsführer die vorsorglich folgenden Punkte dokumentieren:

1. Wirtschaftlich gesundes Unternehmen vor der Corona-Krise (d. h. keine Zahlungsunfähigkeit zum 31. Dezember 2019).
2. Insolvenzzreife beruht auf der Corona-Krise
3. Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit mit
 - a) der Beantragung öffentlicher Mittel oder
 - b) weiteren Sanierungsbemühungen

Gab es den Versuch zur Aufnahme von Fremd- oder Eigenkapital oder anderweitige Sanierungsbemühungen?

Es muss Aussicht darauf bestehen, dass das Unternehmen nach Erhalt öffentlicher Mittel oder der Sanierungsbemühungen zahlungsfähig ist. Hierbei räumt der Gesetzentwurf aber wegen der unsicheren Tatsachengrundlage einen weiten Prognose-spielraum ein.

Alle vorgenannten Punkte setzen eine gute Vorbereitung voraus, da immer ein aktuelles Zahlenwerk (BWA, Jahresabschluss, Planungsrechnungen) vorliegen muss. Es empfiehlt sich daher, die verbleibende Zeit möglichst schnell zu nutzen, um alle erforderlichen Unterlagen vorzubereiten.

Für die Geschäftsführer ist es aber wichtig zu wissen, dass die gesetzliche Änderung kein Freifahrtschein ist. Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass beim endgültigen Scheitern der Sanierungsbemühungen oder beim zeitlichen Auslaufen der befristeten Regelung zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und des Zahlungsverbots die bisherigen strengen Regelungen wieder gelten. In diesem Fall droht die persönliche Haftung der Geschäftsleitungsorgane!

Dr. Sandra Vyas, Victoria Wessel, Dr. Christoph Worms

Corona-Virus – auch die Wirtschaft steckt sich an

Kaum ein Lebensbereich ist denkbar, der sich durch das neue Corona-Virus derzeit nicht radikal verändert. Konsequenzen, die noch vor einigen Tagen unvorstellbar erschienen, werden plötzlich Realität. Das öffentliche Leben liegt brach. Betriebe und ihre Mitarbeiter sehen sich Quarantäneanordnungen ausgesetzt. Die Grenzen sind überwiegend dicht. Jeden Tag müssen sich die Bürger, vor allem aber auch die Unternehmen, auf neue Erkenntnisse einstellen und ihre Notfallpläne überarbeiten. Das Corona-Virus trifft die Wirtschaft mit voller Wucht.

Fieberhaft wird an Impfstoffen und Behandlungsmöglichkeiten für die Patienten gearbeitet. Betroffene Unternehmen müssen sich ebenso schützen und reagieren. Es ergeben sich zahlreiche Fragen im Umgang mit der Pandemie, insbesondere bezüglich des Umgangs mit den eigenen Beschäftigten. Wir geben Ihnen an dieser Stelle erste Antworten – auch wenn diese bei der rasanten Entwicklung natürlich einer steten Aktualisierung bedürfen.

Erste Antworten auf erste Fragen:

1. Wer haftet, wenn Produktionsausfälle drohen?

Leistet ein Vertragspartner nicht und ist ihm bezüglich dieser Nichtleistung ein Verschulden vorzuwerfen, so haftet er grundsätzlich für die entstandenen Schäden. Das Verschulden kann, wenn ein Fall höherer Gewalt vorliegt und diese auch die Ursache für den Leistungsausfall darstellt, im Einzelfall ausgeschlossen sein. Diese höhere Gewalt kann bei Eintritt einer weltweiten Pandemie durchaus angenommen werden.

Regelmäßig enthalten Verträge außerdem besondere Klauseln für den Umgang mit höherer Gewalt. Diese können den Leistungspflichtigen im Einzelfall von seiner Leistungspflicht befreien, begründen aber in der Regel Informations- und Rück-sichtnahmepflichten.

Ist eine internationale Produktionskette betroffen, stellt sich vorab die Frage nach dem für die Haftungsfragen anwendbaren Recht. Hier muss jeder Einzelfall geprüft werden.

2. Welche Risiken und Chancen bestehen für Aussteller, Messebauer, Veranstalter und Techniker, wenn Veranstaltungen abgesagt werden oder die behördlichen Auflagen unmöglich umsetzbar sind?

Die Veranstaltungsbranche ist von den Corona-Auswirkungen überproportional betroffen. Denn in dieser Branche droht der Umsatzausfall nicht nur im Fall behördlich verhängter Quarantäneanordnungen, sondern bereits aufgrund von verdachtsunabhängigen Vorsichtsmaßnahmen.

Maßgeblich ist für die Frage nach der Haftung in erster Linie, ob die Absage oder zeitliche Verschiebung auf eine behördliche Anordnung, Empfehlung oder auf eine eigene Entscheidung zurückzuführen ist. Auch die Gestaltung des jeweiligen Vertrags spielt natürlich eine Rolle.

Kommt es zu behördlichen Auflagen und/oder Zwangsabsagen, ist zusätzlich der Rechtsschutz gegenüber den Gesundheitsämtern in den Blick zu nehmen. Nicht jede Entscheidung des Gesundheitsamts entspricht den Anforderungen des Infektionsschutzgesetzes.

Schließlich können im Einzelfall Entschädigungsregelungen fruchtbar gemacht werden. Sowohl aus dem Infektionsschutzgesetz als auch aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen können in solchen Fällen ggf. Ansprüche gegen den Fiskus erwachsen.

3. Welcher Rechtsschutz besteht gegen behördliche Anordnungen, etwa des Gesundheitsamts?

Die föderale Ordnung der Bundesrepublik führt auch bei Pandemien dazu, dass es eine geteilte Zuständigkeit zwischen Bund, Ländern und Gemeinden gibt. Während der Bund (wie aktuell bzgl. der Absage von Großveranstaltungen) Empfehlungen ausspricht, müssen diese über die Länder und schließlich die Gesundheitsämter und Ordnungsbehörden vor Ort umgesetzt werden.

Dies geschieht regelmäßig durch Bescheid. Dieser Bescheid ist von dem Adressaten und mglw. auch von direkt Betroffenen angreifbar. Wird er nicht angegriffen, wird er bestandskräftig. Für spätere Entschädigungsfolgen ist dies nicht relevant, soweit das Infektionsschutzgesetz eigene Entschädigungen für rechtmäßige Maßnahmen kennt (§ 65 Infektionsschutzgesetz für allgemeine Maßnahmen). Wo diese Spezialvorschrift aber nicht greift, ist der Betroffene grds. verpflichtet, sich gegen einen belastenden Bescheid zu wehren, wenn er später Schadensersatz geltend machen will. Eine Entschädigung kann ihm ggfls. auch bei rechtmäßiger Untersagung einer Veranstaltung auf Grundlage eines sog. enteignenden Eingriffs zustehen, weil dem Veranstalter ein Sonderopfer abverlangt wird.

4. Was haben die zuständigen Ordnungsbehörden zu beachten?

Nach den §§ 2, 3 ZustVO-IfSG sind die örtlichen Ordnungsbehörden für Maßnahmen des Infektionsschutzes zuständig. Die Behörden können für Veranstaltungen und Ereignisse Auflagen bestimmen oder sonstige Maßnahmen anordnen. Dies steht im Ermessen der Behörde. Nach dem Erlass der Gesundheitsministerien der Länder NRW und Niedersachsen etwa sollen Großveranstaltungen (mehr als 1.000 Personen) abgesagt werden.

Erfolgt, was möglich ist, die Absage einer Veranstaltung über § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG durch die Behörde, stellt sich das Problem einer Entschädigung des Betroffenen (s. Frage 4). Denn die Entschädigungsregelung des § 65 IfSG bezieht sich dem Wortlaut nach nicht auf Absagen nach § 28 IfSG. Es bliebe eine mögliche Entschädigungspflicht nach allgemeinen Rechtsinstituten, die sich aber gegen die zuständige Kommune richten würde. Die über § 66 IfSG bestehende Entschädigungslast des Landes wird damit über den ministeriellen Erlass möglicherweise auf die Kommunen verlagert. Es ist daher stets zu prüfen, ob Maßnahmen nach § 16 IfSG in Betracht kommen, um die Entschädigungspflicht des Landes zu erhalten.

5. Welche Entschädigungen kommen für Selbstständige in Betracht, die wegen eines Infektionsverdachts von der Ausübung ihres Berufs abgehalten werden?

Wer als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstaufschlag erleidet, erhält nach § 56 Infektionsschutzgesetz eine Entschädigung in Geld. Das gilt auch im Zusammenhang mit dem Corona-Virus.

Die Entschädigung bemisst sich nach dem tatsächlichen Verdienstaufschlag, den der Anspruchsteller nachweisen muss. Für die ersten sechs Wochen wird sie in Höhe dieses Verdienstaufschlags gewährt, ab der siebten Woche jedoch reduziert. Sie orientiert sich dann am sozialrechtlichen Krankentagegeld. Zusätzliche Ansprüche kommen bei Eintritt einer Existenzgefährdung in Betracht.

6. Welche Versicherung kann weiterhelfen?

In Betracht kommt in erster Linie eine ggf. vereinbarte Betriebs- bzw. Betriebsunterbrechungsversicherung. Ob diese für die Folgen des Corona-Virus einspringt, hängt von den Bedingungen im Einzelfall ab. Ist der Inhaber des Unternehmens selbst betroffen, also er oder sie persönlich erkrankt oder unter Quarantäne, kommt die Inanspruchnahme der Versicherung in Betracht.

Neuanträge in Bezug auf diese Versicherungen sind derzeit kaum noch möglich. Viele Versicherer, die eine Betriebsschließungs- bzw. Betriebsunterbrechungsversicherung anbieten, haben derzeit einen Annahmestopp verhängt, da die Ausbreitung des Corona-Virus und die resultierenden Folgen nicht abgeschätzt werden können.

In Bezug auf ausgefallene Veranstaltungen kommt auch eine ggf. bestehende Veranstaltungsausfallversicherung in Betracht – auch hier sind jedoch die Bedingungen im Einzelfall zu prüfen. In neu abgeschlossenen Versicherungen wird das Corona-Risiko in den Bedingungen regelmäßig ausgeschlossen.

Bei einer Erkrankung am Corona-Virus kann außerdem eine Reise-Rücktrittsversicherung helfen. Die Stornierung einer Reise wegen der allgemeinen Angst, sich zu infizieren oder wegen einer Reisewarnung des Auswärtigen Amtes ist indes kein versichertes Ereignis.

7. Welche konkreten Maßnahmen sollte ich als Arbeitgeber ergreifen?

Auch wenn einige Unternehmen sich aktuell dafür entscheiden: Das umgehende Virus ist kein zwingender Grund, einen Betrieb präventiv zu schließen oder die Mitarbeiter vorsorglich nach Hause zu schicken. Umgekehrt sind die Mitarbeiter verpflichtet, bei der Arbeit zu erscheinen. Eine allgemeine und theoretische Ansteckungsgefahr befreit sie nicht von ihrer Leistungspflicht.

Gleichwohl besteht – auch im eigenen Interesse – Anlass zu Vorsichtsmaßnahmen. Das sollten Arbeitgeber jetzt tun:

- Mitarbeiter aufklären, Hygienemaßnahmen einfordern und möglich machen,
- Dienstreisen absagen oder verschieben, insbesondere Reisen in Risikogebiete,
- den Mitarbeitern davon abraten, Privatreisen in solche Gebiete zu unternehmen,
- die Mitarbeiter auffordern, dem Arbeitgeber Krankheitssymptome und Kontakt zu Verdachtspersonen mitzuteilen.

8. Erhalten Mitarbeiter weiter Entgelt, wenn der Betrieb wegen der Verbreitungsgefahr geschlossen wird?

Wenn der Arbeitgeber die Mitarbeiter wegen einer Verbreitungs-

gefahr von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt, behalten die Mitarbeiter ihren Vergütungsanspruch.

9. Müssen unter Quarantäne stehende Mitarbeiter bezahlt werden?

Unterliegt ein Mitarbeiter einer behördlich angeordneten Quarantäne i. S. d. Infektionsschutzgesetzes, so zahlt der Arbeitgeber i. d. R. zunächst für max. 6 Wochen das Entgelt fort. Die ausgezahlten Beträge werden auf Antrag des Arbeitgebers von der zuständigen Behörde erstattet. Ab der siebten Woche wird eine reduzierte Entschädigung direkt von der Behörde an den Mitarbeiter gezahlt. Anträge sind binnen 3 Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit oder dem Ende der Quarantäne bei der zuständigen Behörde zu stellen.

10. Dürfen Mitarbeiter zu Hause bleiben, wenn Kitas und Schulen wegen des Corona-Virus geschlossen sind?

Deutschlandweit sind die Kitas und Schulen mittlerweile geschlossen. Mitarbeiter mit Kindern können deshalb gezwungen sein, zu Hause zu bleiben um diese zu betreuen. Der Mitarbeiter darf nur im Notfall, d. h. wenn das Kind vom Alter her nicht allein gelassen werden kann und keine andere Betreuung zur Verfügung steht, zu Hause bleiben. Es empfiehlt sich, eine einvernehmliche Lösung z. B. über den Abbau von Überstunden oder die Gewährung von Urlaub zu suchen. Ist die Regelung des § 616 BGB nicht vertraglich ausgeschlossen, kann ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bestehen. Es ist allerdings umstritten, ob die Schließung von Kitas und/oder Schulen ein objektives persönliches Leistungshindernis ist und damit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für einige Tage (max. etwa 5 Tage) besteht. Darüber hinausgehende Zeiten der Schließung von Kitas und Schulen werden nicht bezahlt.

11. Haben Mitarbeiter einen Anspruch auf Arbeit im Home-Office?

Nein, wenn im Arbeitsvertrag eine Arbeit im Home-Office nicht vereinbart ist. Hierzu bedarf es einer expliziten Vereinbarung zwischen Unternehmen und Mitarbeiter.

12. Dürfen Mitarbeiter Dienstreisen wegen einer Ansteckungsgefahr verweigern?

Die reine Angst vor Ansteckung ist kein Grund, Leistungen zu verweigern. Besteht eine offizielle Reisewarnung des Auswärtigen Amtes, so können Mitarbeiter eine Dienstreise in ein Risikogebiet jedoch verweigern. Das gilt aktuell indes weltweit.

13. Besteht die Möglichkeit, Kurzarbeit zu beantragen?

Ein Unternehmen kann Kurzarbeit nicht einseitig anordnen. Voraussetzung ist, dass die Möglichkeit, die Arbeitszeit zu Kurzarbeitszwecken zu reduzieren, entweder direkt mit den Mitarbeitern vereinbart wurde (z. B. im Arbeitsvertrag oder einer Ergänzung zum Arbeitsvertrag) oder die Möglichkeit in einer Betriebsvereinbarung geregelt ist.

Darüber hinaus setzt die Gewährung von Kurzarbeitergeld – u. a. – einen erheblichen Arbeitsausfall voraus. Ein solcher liegt derzeit unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Es muss ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegen,
- dieser muss auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruhen,

- er muss vorübergehend sein,
- er muss unvermeidbar sein,
- im jew. Kalendermonat müssen mind. 1/3 der im Betrieb Beschäftigten von einem Entgeltausfall von mehr als 10 % des Bruttomonatsentgelts betroffen sein.

Um die Wirtschaft zu unterstützen, hat die Große Koalition in Berlin mit Blick auf Corona entschieden, die Hürden für den Bezug von Kurzarbeitergeld deutlich zu senken. U. a. soll die Schwelle der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter auf 10 % abgesenkt werden. Arbeitgeber sollen – anders als bisher – die Sozialbeiträge für die ausgefallenen Arbeitsstunden voll erstattet bekommen.

Nähere Informationen zum Antrag auf Kurzarbeitergeld finden Sie unter <https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/finanziell/kurzarbeitergeld-arbeitgeber-unternehmen>. Es empfiehlt sich bei einem Antrag auf Gewährung von Kurzarbeitergeld eng mit der zuständigen Agentur für Arbeit zusammen zu arbeiten und die vom Gesetzgeber geplanten Änderungen im Blick zu behalten.

14. Was hat es mit den von der Bundesregierung angekündigten Krediten auf sich?

Die Bundesregierung hat ein Maßnahmenpaket beschlossen, mit dem Unternehmen bei der Bewältigung der Corona-Krise unterstützt werden sollen. Die KfW-Bank hat die Aufgabe, die kurzfristige Versorgung der Unternehmen mit Liquidität zu erleichtern. Dazu wird sie die bereits bestehenden Möglichkeiten der Kreditvergabe für Unternehmen, Selbstständige und Freiberufler nutzen, die Zugangsbedingungen dafür sollen jedoch erleichtert werden. Es handelt sich dabei nicht um Zuschüsse, sondern um Darlehen.

Nähere Informationen erhalten Sie auf der Homepage der KfW-Bank (www.kfw.de) oder über Ihre Hausbank.

15. Wann muss ein Insolvenzantrag gestellt werden?

Grundsätzlich besteht für Vertreter von juristischen Personen die Pflicht, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen – und zwar ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber binnen drei Wochen. Das BMJV bereitet zurzeit eine gesetzliche Regelung zur Aussetzung dieser Pflicht vor. Diese Aussetzung wird voraussichtlich bis zum 30.09.2020 gelten, ggf. aber auch weiter verlängert werden. Voraussetzung der Aussetzung soll es sein, dass der Insolvenzgrund auf den Auswirkungen des Corona-Virus beruht und dass begründete Aussicht auf eine Sanierung besteht. Die Details der gesetzlichen Neuregelung bleiben abzuwarten.

Dr. Helmut Dröge

Neues zum Transparenzregister

Mit den §§ 18 ff. des Geldwäschegesetzes (GwG) ist 2017 ein Transparenzregister eingerichtet worden, das beim Bundesanzeiger geführt wird. Danach sind u. a. Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommanditgesellschaften und Stiftungen, auch Familienstiftungen, verpflichtet, Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten einzuholen, dauerhaft aufzubewahren, auf aktuellem Stand zu halten und unverzüglich der registerführenden Stelle zur Eintragung in das Transparenzregister mitzuteilen. Verstöße gegen diese Mitteilungspflicht werden als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeldern geahndet. Mit Wirkung vom 01.01.2020 sind die Bestimmungen zum Transparenzregister in einigen wichtigen Punkten geändert worden. Einleitend eine kurze Zusammenfassung:

Wer ist mitteilungspflichtig?

Mitteilungspflichtig sind nur die betroffenen Kapitalgesellschaften, eingetragenen Personengesellschaften, Stiftungen und Vereine, nicht aber ihre Gesellschafter oder Destinatäre.

Wer ist „wirtschaftlich Berechtigter“?

Zu den wirtschaftlich Berechtigten zählen ausschließlich natürliche Personen, nicht juristische Personen, wenn sie unmittelbar oder mittelbar

- mehr als 25 % der Kapitalanteile halten oder
- mehr als 25 % der Stimmrechte kontrollieren oder
- auf vergleichbare Weise Kontrolle ausüben.

Kontrolle in diesem Sinne kann u. a. durch Konzernstrukturen vermittelt werden, durch Treuhandschaften, durch Unterbeteiligungen oder durch Nießbrauchsrechte. Das bedeutet, dass eine verdeckte Treuhand über das Transparenzregister publik wird.

Bei Familienstiftungen gehören zu den wirtschaftlich Berechtigten sowohl die Mitglieder des Vorstands als auch die Destinatäre, denen die Stiftungserträge zufließen. Auch hier kommt es also zu einer möglicher Weise nicht gewünschten Publizität. Da die wirtschaftlich Berechtigten nicht unmittelbar meldepflichtig sind, müssen sie der jeweiligen Vereinigung die meldepflichtigen Angaben machen. Das sind:

- Vor- und Nachname,
- Geburtsdatum,
- Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses,
- Staatsangehörigkeit (seit 01.01.2020).

Ausnahmen:

Die Mitteilungspflicht zum Transparenzregister gilt grundsätzlich als erfüllt, wenn die wirtschaftlich Berechtigten aus anderen öffentlichen Registern hervorgehen. Dazu zählt zum Beispiel das Handelsregister und die Liste der Gesellschafter bei GmbHs. Diese Fiktion befreit aber nicht in allen Fällen von der Meldepflicht, sondern nur dann, wenn sich die wirtschaftliche Berechtigung tatsächlich vollständig aus öffentlichen, elektronisch abrufbaren Registern ergibt. Bei Treuhandverhältnissen, Unter-

beteiligungen und der Einräumung von Nießbrauchsrechten ist das zum Beispiel nicht der Fall. Das Gleiche gilt für Gesellschafterlisten, wenn sie nicht elektronisch abrufbar sind. Bei Kommanditgesellschaften fehlt es an der Registertransparenz insbesondere auch dann, wenn die im Handelsregister eingetragene Hafteinlage vom tatsächlichen Kapital abweicht, zum Beispiel deswegen, weil die Gesellschafter Kapitalrücklagen vereinbart haben. Auch insoweit greift die Ausnahmefiktion nicht. Das Gleiche gilt, wenn Vorzugsstimmrechte vereinbart worden sind. Diese müssen deshalb dem Transparenzregister gemeldet werden. Weitere mitteilungspflichtige Fallgruppen:

- Testamentsvollstreckung,
- Poolverträge.

Änderungen zum 01.01.2020

Zu den Bestimmungen die mit Wirkung vom 01.01.2020 geändert worden sind gehören insbesondere:

- Die Angabe der Staatsangehörigkeit,
- Transparenzpflicht für Vereinigungen mit Sitz im Ausland, wenn sie sich verpflichten, Immobilieneigentum im Inland zu erwerben,
- Meldepflicht bei bestimmten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, insbesondere nach dem Umwandlungsgesetz,
- Verpflichtung, die Mitteilung an das Transparenzregister in elektronischer Form zu machen.
- Schließlich sind die Bußgeldandrohungen drastisch verschärft worden. Während der Bußgeldrahmen bisher bei 100.000,00 € endete, endet er jetzt bei 1.000.000,00 €.

Die wichtigste Änderung aus der Sicht von Familiengesellschaften betrifft jedoch die Berechtigung zur Einsichtnahme in das Transparenzregister. Während bis zum 31.12.2018 ein öffentliches Einsichtsrecht nur bestand, wenn ein „berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme“ dargelegt wurde, ist die Einsichtnahme nunmehr „allen Mitgliedern der Öffentlichkeit“ gestattet, beschränkt auf Monat und Jahr der Geburt des wirtschaftlich Berechtigten, sein Wohnsitzland und seine Staatsangehörigkeit. Außerdem kann die registerführende Stelle die Einsichtnahme auf Antrag des wirtschaftlich Berechtigten vollständig oder teilweise beschränken, wenn ihr der wirtschaftlich Berechtigte darlegt, dass „der Einsichtnahme unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls überwiegende schutzwürdige Interessen des wirtschaftlich Berechtigten entgegenstehen“. Die im Gesetz genannten Beispielsfälle zeigen aber, dass die Voraussetzungen dafür nur ausnahmsweise vorliegen, insbesondere, wenn der Verdacht besteht, dass die Einsichtnahme kriminellen Zwecken dienen soll. Offen bleibt, ob die Einsichtnahme auch dann verweigert oder beschränkt werden kann, wenn sie zum Beispiel durch einen Wettbewerber erfolgt, der Treuhandverhältnisse offenlegen will. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist das nicht der Fall.

Dr. Sebastian Meyer

Gründung einer eigenen Kompetenzgruppe IT und Datenschutz

Die Bedeutung von Fragestellungen aus dem Bereich der Informationstechnologie nimmt seit Jahren beständig zu. Durch die verstärkte Digitalisierung von weiten Teilen des Wirtschaftslebens und der Gesellschaft steigt nicht nur der Bedarf an Experten aus dem Bereich der Informatik, sondern zugleich auch an Juristen, die auf dem Gebiet des IT-Rechts an Know-how und Erfahrung verfügen.

Wurde das Gebiet bei BRANDI vor zehn Jahren von mir fast alleine betreut, sind mittlerweile insgesamt sechs Rechtsanwälte schwerpunktmäßig im Bereich des IT-Rechts tätig, außerdem kommen noch fünf wissenschaftliche Mitarbeiter hinzu, die alle ein juristisches Studium absolviert haben und vor allem datenschutzrechtliche Expertise mitbringen. Insgesamt stehen Ihnen bei BRANDI damit elf Mitarbeiter für it- und datenschutzrechtliche Fragen zur Verfügung.

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hat den Bedarf für Rechtsberatung noch einmal stark steigen lassen. Viele Unternehmen fühlen sich verunsichert hinsichtlich der immer neuen Anforderungen, die von ihnen unter Compliance-Gesichtspunkten beachtet werden müssen. Selbst wenn Unternehmen die geltenden Anforderungen einhalten möchten, müssen diese zunächst identifiziert und interpretiert werden. Im Datenschutzrecht ergeben sich dabei besonders viele Unsicherheiten, weil es aufgrund der neuen Rechtslage noch einige Zeit dauern wird, bis sich durch Gerichtsentscheidungen und Vorgaben der Aufsichtsbehörden klare Auslegungshilfen abzeichnen.

Bei BRANDI haben wir die entsprechenden Tätigkeiten bisher unter dem Dach der Kompetenzgruppe „Gewerblicher Rechtsschutz & IT“ zusammengefasst, da sich zahlreiche Schnittmengen zwischen den Bereichen des gewerblichen Rechtsschutzes und dem IT-Recht ergeben, insbesondere bei Fragen zum Wettbewerbs- oder Urheberrecht. Unabhängig von der Gründung der neuen Kompetenzgruppe bleibt natürlich der intensive Austausch und die gemeinsame Mandatsbearbeitung mit den Kollegen aus den verwandten Fachbereichen bestehen. Die eigene Kompetenzgruppe ermöglicht es aber den Kollegen aus dem Bereich IT und Datenschutz, sich noch besser abzustimmen und die vielfältigen Fragestellungen optimal zu koordinieren. Innerhalb der neuen Kompetenzgruppe gibt es eine noch weitergehende Spezialisierung, grundsätzlichen stehen aber alle Mitglieder der Kompetenzgruppe als Ansprechpartner zur Verfügung und stimmen sich gegebenenfalls intern ab.

Nachfolgend haben verschiedene Mitglieder der Kompetenzgruppe jeweils kurze Berichte über aktuelle Entscheidungen der Gerichte oder relevante Fälle aus der Beratungspraxis kurz zusammengefasst. Eine vollständige Darstellung aller Aspekte des jeweiligen Themas würde den Rahmen des Heftes sprengen. Für Nachfragen stehen alle Kollegen gerne zur Verfügung und freuen sich über ein Feedback. Die Kontaktdaten finden sich am Ende des Heftes und sind außerdem auf der Homepage brandi.net veröffentlicht.

Dr. Christoph Remppe

Aktuelle Entwicklungen im E-Commerce-Recht

Kaum ein Rechtsgebiet entwickelt sich so stetig weiter wie das E-Commerce-Recht. Es liegt zum einen an den sich stetig ändernden technischen Möglichkeiten und zum anderen an der breiten Kasuistik der Gerichte, vor allem auch des EuGH. Einige Themen haben in den letzten Monaten besonders für Diskussionen gesorgt.

1. Angabe einer Telefonnummer

In Deutschland war bislang umstritten, ob der Betreiber eines Onlinehops verpflichtet ist, immer eine Telefonnummer etwa im Impressum anzugeben. Dazu hat der EuGH mit Urteil vom 10.7.2019 inzwischen entschieden, dass kein Internetseiten-Betreiber generell verpflichtet ist, eine Telefonnummer zum direkten Kontakt zwischen ihm und den Nutzern der Internetseite bzw. den Kunden des Onlineshops zur Verfügung zu stellen.

Wenn jedoch eine Telefonnummer im Impressum des Onlineshops angegeben wird, so darf der Verbraucher davon ausgehen, dass er diese für jegliche telefonische Kommunikation mit dem Unternehmen nutzen darf. In dem Fall muss das Unternehmen nach inzwischen gefestigter Auffassung in der Rechtsprechung (zum Beispiel Urteile des OLG Schleswig vom 10.1.2019 und LG Bochum vom 6.8.2014) auch in der Widerrufsbelehrung eine Telefonnummer angeben. Andernfalls kann das Unternehmen abgemahnt werden, was sich zahlreiche Abmahnvereine zu Nutze machen.

2. Inhalt der Widerrufsbelehrung

Der EuGH (Urteil vom 23.1.2019) musste sich mit der Frage beschäftigen, welche Angaben der Widerrufsbelehrung bei begrenztem Raum für deren Darstellung in jedem Fall genannt werden müssen. Dies sind lediglich Informationen zu Bedingungen, Fristen und der Ausübung des Widerrufsrechts. Insbesondere das ohnehin praktisch bedeutungslose Muster-Widerrufsformular muss nicht zur Verfügung gestellt werden, wenn der Platz nicht ausreicht. Der Verbraucher kann in dem Fall auf andere Art und Weise darüber informiert werden, zum Beispiel bei Versand der Ware.

3. Reichweite des Widerrufsrechts

Immer wieder müssen sich Gerichte mit der Frage beschäftigen, ob für einzelne Produkte noch ein Widerrufsrecht besteht oder dieses ausgeschlossen ist. Das OLG Hamm hat zum Beispiel mit Urteil vom 20.11.2016 entschieden, dass für Sexspielzeug aus hygienischen Gründen kein Widerrufsrecht besteht. Der EuGH hat nun mit Urteil vom 23.1.2019 entschieden, dass das Widerrufsrecht aber sogar bei benutzten Matratzen bestehe, da diese desinfiziert werden könnten.

4. Gestaltung der Checkout-Seite

Unternehmen sind verpflichtet, den Vertragsschluss im Online-shop so zu gestalten, dass der Vertrag erst durch Anklicken des Bestellbuttons „zahlungspflichtig bestellen“ zustande kommt. Unmittelbar vor diesem Button müssen noch einmal der Gesamtpreis der Ware sowie deren wesentliche Eigenschaften aufgeführt werden. Dazu, wie in dem Zusammenhang über die wesentlichen Eigenschaften des Produkts zu informieren ist, gab es in letzter Zeit in Deutschland einige Gerichtsentscheidungen. Das OLG München hat in seinem viel beachteten Urteil am 31.1.2019 entschieden, dass insoweit noch nicht einmal eine Verlinkung auf

die Produktseite ausreichend sei. Jedenfalls ein Link aus dem Warenkorb heraus (so im Sachverhalt, den das OLG München zu bewerten hatte) reicht nach einhelliger Ansicht nicht. Der BGH hat inzwischen am 28.11.2019 die Nichtzulassungsbeschwerde gegen dieses Urteil des OLG München zurückgewiesen. Allerdings hat der BGH ausdrücklich offengelassen, ob zumindest ein Link auf der Checkout-Seite ausreichend ist. Dies nimmt die herrschende Meinung in der Literatur jedenfalls so an, da ansonsten vor allem bei begrenztem Platz diese Pflichtangaben kaum darstellbar sind.

5. Verbraucherstreitbeilegung

Seit einiger Zeit müssen Unternehmen mit mehr als zehn Mitarbeitern im Onlineshop darüber informieren, ob sie bereit sind, an einer Verbraucherstreitschlichtung vor einer entsprechenden Stelle teilzunehmen. Es reicht insoweit der Hinweis, dass man dazu nicht bereit sei. Allerdings muss dieser Hinweis eindeutig sein. Der BGH hat mit Urteil vom 21.8.2019 deshalb entschieden, dass der ergänzende Hinweis „die Bereitschaft dazu kann jedoch im Einzelfall erklärt werden“ irreführend sei, da für den Verbraucher nicht erkennbar sei, nach welchen Kriterien die Bereitschaft ausnahmsweise doch erklärt wird.

Dr. Sebastian Meyer

BGH zu Bewertungsportalen: Überprüfbarkeit und Gewichtung von Bewertungen

Bewertungs- und Vergleichsportale sind von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, vor allem für Anbieter, die ihre Leistungen ausschließlich oder zu einem wesentlichen Teil online anbieten. Die Kunden orientieren sich in solchen Fällen in Ermangelung eigener Erfahrungen mit dem jeweiligen Anbieter an der durchschnittlichen Bewertung anderer Nutzer und vertrauen insoweit auf die „Schwarmintelligenz“. Wegen der großen Bedeutung von Bewertungen ist es wenig verwunderlich, dass unseriöse Anbieter versuchen, die eigene Durchschnittsbewertung zu ihren Gunsten zu manipulieren, beispielsweise mit gekauften oder eigenen Bewertungen – was beides gleichermaßen durch die Nutzungsbedingungen der Portale untersagt wird. Es ist daher nachvollziehbar, dass große Portalanbieter nicht auf die Redlichkeit der Anbieter vertrauen, sondern versuchen, falsche Bewertungen herauszufiltern bzw. deren Relevanz zu reduzieren. Durch die Gewichtung soll – ähnlich wie bei den klassischen Suchmaschinen – sichergestellt werden, dass Nutzer möglichst authentische Bewertungen erhalten. Gelingt dies einem Portalbetreiber nicht, muss er das Abwandern der Nutzer zu anderen Portalen befürchten, die vermeintlich bessere, also treffendere Ergebnisse liefern.

Ausgangslage der BGH-Entscheidung

In dem Verfahren vor dem Bundesgerichtshof hat ein Fitnessstudio versucht, gegen die Gewichtung von Bewertungen durch das Bewertungsportal Yelp vorzugehen, was aber letztlich erfolglos war (BGH, Urt. v. 14.01.2020, Az. VI ZR 496/18). Zu dem Fitnessstudio gab es bei Yelp zahlreiche positive Bewertungen, die aber zumeist schon länger zurücklagen. Yelp zeigte standardmäßig nur eine mittelmäßige Bewertung von drei Sternen an und bezog sich dabei auf die letzten Bewertungen; die älteren Bewertungen als „momentan nicht empfohlen“ ausgeblendet. Bei einem gezielten Aufruf der weiteren Bewertungen blieben diese aber sichtbar.

Aus Sicht des Fitnessstudios ist die Vorauswahl bestimmter Bewertungen unzulässig, weil hierdurch der falsche Eindruck

entstehen würde, die durchschnittliche Bewertung sei nur mittelmäßig, obwohl sie bei Einbeziehung aller Bewertungen viel höher liegen müsste. Das Oberlandesgericht München als Vorinstanz sah das Verhalten von Yelp, wonach eine Gewichtung nach automatisierten Verfahren erfolgt, noch als rechtswidrig an (OLG München, Urt. v. 13.11.2018, Az. 18 U 1282/16). Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass Yelp für die ermittelte Gesamtbewertung verantwortlich sein muss, weil nicht nur Bewertungen der Nutzer ungefiltert wiedergegeben werden. Yelp nimmt vielmehr eine eigene Gewichtung der Bewertungen vor und hat dann für das selbst ermittelte Ergebnis einzustehen. Der BGH hat sich dieser Sichtweise nicht angeschlossen, sondern geht davon, dass die Nutzer durchaus verstehen, was es mit der ausschließlichen Berücksichtigung empfohlener Bewertungen auf sich hat. Für den BGH kam es ersichtlich darauf an, dass das Verhalten von Yelp für die Nutzer transparent ist. Yelp ändert tatsächlich nicht die Bewertungen der Nutzer, sondern entscheidet lediglich darüber, welche Bewertungen sofort angezeigt werden. Eine vergleichbare Vorauswahl muss aber jeder Betreiber einer Suchmaschine bei der Auswahl und Sortierung der Suchergebnisse auch treffen, ohne deswegen schon für die fremden Inhalte verantwortlich zu sein.

Bedeutung der Entscheidung in der Praxis

Letztlich stellt sich ohnehin die Frage, wie sinnvoll es für vermeintlich zu schlecht bewertete Unternehmen ist, sich gegen einzelne Nutzer oder die Portalbetreiber rechtlich zur Wehr zu setzen. Erfolgversprechender wird es oftmals sein, zunächst außergerichtlich Bedenken gegen unberechtigte Bewertung in plausibler Form vorzutragen. Portalbetreiber löschen nicht jede schlechte Bewertung auf Zuruf, sehen aber – vor allem zur Vermeidung der eigenen Haftung – einen Mechanismus zur internen Überprüfung von Bewertungen vor. Eine gerichtliche Auseinandersetzung über einzelne Bewertungen oder deren Gewichtung sollte daher immer nur ultima ratio sein. Vielleicht können Anbieter eine schlechte Bewertung auch als Ansporn nehmen, um die Kundenzufriedenheit zu verbessern oder die zufriedenen Kunden zu positiven Bewertungen zu motivieren. Der Kauf von positiven Bewertungen ist dagegen in der Regel nicht zielführend, weil ein solches Vorgehen von den meisten Portalbetreibern mittlerweile relativ zuverlässig erkannt wird und der Ruf des Unternehmens erst recht leidet, wenn ein solches Vorgehen publik werden sollte.

Der Autor vertritt außergerichtlich und gerichtlich Portalbetreiber gegen unberechtigte Löschanträge sowie auch Unternehmen, die gegen unberechtigte negative Bewertungen vorgehen möchten. Für die Wirtschaftswoche hat er zuletzt die Entscheidung des BGH in einem Gastbeitrag genauer bewertet („BGH-Urteil: Bewertungsportale sollten wählerischer sein“, Wirtschaftswoche vom 27.01.2020, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/finanzen/steuern-recht/rein-rechtlich-bgh-urteil-bewertungsportale-sollten-waehlerisch-sein/25466666.html>).

Malte Stakowski

Fotos von Mitarbeitern – zwischen Intranet und Internet

Fotos von Mitarbeitern haben eine kaum zu überschätzende Bedeutung für Unternehmen: Sie werden für die Außendarstellung auf der Unternehmenswebsite genutzt, um wichtige Ansprechpartner greifbarer zu machen. Sie werden zum Zwecke der Imageförderung des Unternehmens, auch im Rahmen des „Employer Branding“, in Werbefilmen, Broschüren oder auf Social-Media-Kanälen verbreitet. Außerdem finden sie im Rahmen

der internen Kommunikation Eingang in Mitarbeiterausweise und Intranet-Portale.

Die Verwendung von Mitarbeiterfotos stellt für den Arbeitgeber stets eine Verarbeitung personenbezogener Daten des Arbeitnehmers dar, die einer datenschutzrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

Nach wie vor gilt bei der Fotonutzung, dass es keine abschließende Rechtsklarheit gibt: Insbesondere ist noch immer unsicher, ob und inwieweit das Kunsturhebergesetz (KUG) möglicherweise weiterhin Anwendung findet. Vor der Nutzung von Mitarbeiterfotos empfiehlt es sich daher, aktuelle Entwicklungen und Stellungnahmen in diesem Bereich zu berücksichtigen.

Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung

Als datenschutzrechtliche Rechtfertigungsgründe für die Anfertigung und Veröffentlichung von Mitarbeiterfotos kommen insbesondere die Notwendigkeit zur Erfüllung des Arbeitsvertrages (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO bzw. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG), die berechtigten Interessen des Arbeitgebers (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO) oder eine Einwilligung des Arbeitnehmers in Betracht.

Erforderlich für die Erfüllung des Arbeitsvertrages dürfte die Veröffentlichung eines Fotos in aller Regel nicht sein. Insofern mag bei Mitarbeitern mit Außenkontakt – etwa im Vertrieb oder in der Geschäftsführung – eine Notwendigkeit bestehen, ihre Namen und Kontaktmöglichkeiten auf der Website zu veröffentlichen. Für eine Veröffentlichung von Fotos dürfte dies indes in der Regel nicht gelten.

Interne Fotonutzung: Berechtigte Interessen des Arbeitgebers

Ob die berechtigten Interessen des Unternehmens an der Veröffentlichung von Mitarbeiterfotos für Zwecke des Vertriebs, der Werbung oder der leichteren Kommunikation der Mitarbeiter untereinander die Nutzung der Fotos bereits rechtfertigen, hängt von einer Interessensabwägung zwischen den Interessen des Unternehmens und den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer ab. Auf Seiten der Arbeitnehmer ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit sie mit einer entsprechenden Datenverarbeitung rechnen mussten und welche Risiken diese mit sich bringt.

Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass die rein interne Verwendung von Mitarbeiterfotos bspw. auf Ausweisen oder im Intranet von berechtigten Interessen des Arbeitgebers abgedeckt ist: Der Arbeitgeber hat hier ein erhebliches Interesse daran, dass sich die Mitarbeiter durch die angezeigten Fotos direkt erkennen und zuordnen können oder sich über den Ausweis im Betrieb legitimieren können. In der gleichen Weise sind im rein internen Raum auch ohne jede Einschränkung Namensschilder der Mitarbeiter zulässig.

Nicht von berechtigten Interessen sind jedoch in aller Regel Veröffentlichungen von Fotos im Internet abgedeckt. Insofern ist zu berücksichtigen, dass eine solche Veröffentlichung erhebliche Risiken für den jeweiligen Arbeitnehmer mit sich bringt, wodurch seine Interessen in aller Regel überwiegen dürften. Dies gilt jedenfalls dann, wenn zu den zentralen Aufgaben eines Mitarbeiters nicht gerade der Außenkontakt und die Vertretung des Unternehmens gehören (wie dies etwa bei dem Geschäftsführer oder einem Pressesprecher der Fall ist).

Fotos auf der Website und in Werbematerialien: Einwilligung

Für den Fall der Veröffentlichung im Internet aber auch für Imagebroschüren und Videos ist daher in den meisten Fällen eine Einwilligung der abgebildeten Personen unabdingbar. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu berücksichtigen, dass an die datenschutzrechtliche Einwilligung zahlreiche Anforderungen zu richten sind und für ihre Gestaltung durchaus juristischer Rat zu empfehlen ist.

Die Einwilligung erfordert rechtlich insbesondere, dass der Betroffene über die jederzeit freie Widerruflichkeit der Einwilligung aufgeklärt wird. Die Ausgestaltung muss zugleich auch dem Transparenzgrundsatz von Art. 4, 7 DSGVO bzw. im Fall von AGB zusätzlich von § 307 BGB gerecht werden. Schließlich dürfte gerade im Hinblick auf die erheblichen Risiken der Veröffentlichung im Internet eine umfassende Darstellung etwaiger Risiken gehören.

Praxistipps

Nach Möglichkeit sollten Einwilligungslösungen gerade im Hinblick auf die freie Widerruflichkeit vermieden werden, wenn andere Rechtfertigungsgründe ebenfalls eingreifen. Bei der Verwendung von Bildern im Intranet oder bei besonders herausgehobenen Funktionsträgern kommen – nach Abwägung im Einzelfall – berechnete Interessen zur Rechtfertigung der Bildnutzung in Betracht.

Sollen Arbeitnehmerfotos in Broschüren oder Werbevideos verwendet werden, ist auch unter Kostengesichtspunkten für den Fall einer Neuproduktion abzuwägen, mit ihnen hierfür ggf. eigene entgeltliche Darsteller-Verträge abzuschließen, um die Datenverarbeitung abzusichern; anderenfalls ist eine Einwilligung hier im Regelfall unumgänglich. Die Einwilligung ist aber gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO jedoch immer frei widerruflich, ohne dass insoweit ein Gestaltungsspielraum in datenschutzrechtlicher Hinsicht besteht. Wird die Einwilligung widerrufen, so ist die weitere Datenverarbeitung unzulässig und die Bilder müssen entfernt werden. Dies kann gerade bei gedruckten Broschüren, mit viel Aufwand produzierten Gruppenfotos oder bei Werbevideos zu erheblichen Kosten führen. Idealerweise wird in diesem Fall bei der Gestaltung der Bilder darauf geachtet, dass einzelne Personen ohne größeren Aufwand ausgetauscht werden können.

Ist eine Einwilligung erforderlich, ist insbesondere wichtig, möglichst umfassend zu dokumentieren, dass der Arbeitnehmer keinerlei Drucksituation ausgesetzt war und er umfassend und transparent informiert ist. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auch das – wenn auch nunmehr abgeschwächte – Form Erfordernis von § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG zu berücksichtigen.

Auch bei der Gestaltung der Einwilligung sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen: So können beispielsweise Übergangsfristen oder der Hinweis, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für sich noch keinen Widerruf der Einwilligung darstellt, aufgenommen werden.

Der Autor berät regelmäßig Unternehmen bei der rechtlichen Absicherung der Nutzung von urheberrechtlich geschützten Inhalten und der datenschutzrechtlichen Bewertung von Verarbeitungsvorgängen; er erstellt insbesondere auch Vereinbarungen zur Festlegung von Nutzungsrechten an Inhalte und Einwilligungserklärungen zur Nutzung von Inhalten.

Dr. Sebastian Meyer

Die Angst vor Bußgeldern bei Datenschutzverstößen – Berechtigte Befürchtung und Panikmache?

Im Zuge der Einführung der Datenschutz-Grundverordnung ist der Bußgeldrahmen für Datenschutzverstöße massiv erhöht worden. Nach dem alten Recht lag die Obergrenze bei 300.000 EUR, mittlerweile ist der Bußgeldrahmen auf bis 20 Millionen EUR oder 4 Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes angehoben worden. Diese deutliche Verschärfung der Sanktionsmöglichkeiten ist nur vor dem Hintergrund der politischen Rahmenbedingungen bei der DSGVO-Einführung zu verstehen. Durch die DSGVO sollte erstmals auch eine effektive Kontrolle großer IT-Unternehmen wie Facebook oder Google ermöglicht werden, weswegen die neuen Sanktionen bewusst so gewählt wurden, dass sich auch für solche Konzerne hinreichend abschreckend wirken.

Aktuelle Bußgeldpraxis in Deutschland

Die Diskussion über die angemessene Sanktionierung von Datenschutzverstößen hat zuletzt an Intensität zugenommen, nachdem in kurzer Folge mehrere deutsche Unternehmen mit erheblichen Bußgeldern belegt wurden, die allerdings zumeist noch nicht bestandskräftig sind. Im September 2019 hat die Aufsichtsbehörde in Berlin gegen den Lieferdienst Delivery Hero ein Bußgeld in Höhe von knapp 200.000 EUR verhängt, weil Auskunftsansprüche von Kunden nicht ordnungsgemäß beantwortet wurden. Im November 2019 hat die Berliner Behörde dann gegen das Immobilienunternehmen Deutsche Wohnen ein Bußgeld in Höhe von 14,5 Mio. EUR festgesetzt, weil trotz vorausgehender Beanstandung Altdaten nicht ordnungsgemäß gelöscht wurden. Zuletzt wurde vor allem über das Bußgeld des Bundesdatenschutzbeauftragten gegen den Telekommunikationsanbieter 1&1 in Höhe von 9,5 Mio. EUR diskutiert, dem vorgeworfen wurde, bei Kundenanfragen keine ausreichende Authentifizierung vorgenommen zu haben. Mindestens auf den ersten Blick ist kaum nachvollziehbar, was genau die Höhe der konkreten Bußgelder rechtfertigt und ob es sich dabei um typische Bußgeldhöhen handelt, auf die sich jetzt auch andere Unternehmen einstellen müssen.

Rechtliche Rahmenbedingungen

Die zentrale Bußgeldbestimmung in Art. 83 DSGVO ist denkbar einfach strukturiert und hilft bei der Bewertung eines möglichen Bußgeldrisikos nur eingeschränkt weiter. Zunächst wird allgemein klargestellt, dass für den Fall eines Datenschutzverstößes eine Sanktion durch die Verhängung eines Bußgeldes erfolgen soll, das „in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist“. Es folgt dann ein Kriterienkatalog mit zehn Aspekten und einer Auffangklausel, die bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden können (Frenzel in Paal/Pauly, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 13.). Als relevant für die Bemessung der Bußgelder werden dabei unter anderem die Schwere des Verstoßes und der Grad des Verschuldens (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) definiert. Abhängig von der konkret verletzen Pflicht der DSGVO gilt dann entweder der „kleine“ Bußgeldrahmen mit bis 10 Mio. EUR bzw. 2 Prozent des Umsatzes gem. Art. 83 Abs. 4 DSGVO oder der „große“ Bußgeldrahmen, der sowohl hinsichtlich des absoluten Wertes als auch bei der Umsatzbemessung doppelt so hoch liegt. Eine weitere Differenzierung sieht die DSGVO selbst nicht vor.

Umsetzung durch die Aufsichtsbehörden

Für Deutschland hat die Datenschutzkonferenz als Zusammenschluss der verschiedenen Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im Herbst 2019 ein eigenes Konzept zur Bußgeldzumessung verabschiedet und online veröffentlicht (https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/20191016_bu%C3%9Fgeldkonzept.pdf). Nach dem Bußgeldkonzept soll für jeden Fall der Verhängung eines Bußgeldes zunächst ein „wirtschaftlicher Grundwert“ ermittelt werden, der dem Tagessatz für eine Geldstrafe im Strafrecht ähnelt. Abhängig von dem konkreten Datenschutzverstoß soll der Grundwert dann mit einem Faktor multipliziert werden, wobei im Konzept Faktoren zwischen 1 und 12 aufgeführt sind. Zuletzt kann im Sinne eines Korrektivs noch eine „täterbezogene“ Anpassung vorgenommen werden.

Aufgrund der Nutzung des Jahresumsatzes eines Unternehmens als Ausgangspunkt für die Bußgeldbemessung führen die Vorgaben der Datenschutzkonferenz zwangsläufig dazu, dass identische Datenschutzverstöße zumindest dann nicht gleich sanktioniert werden, wenn die betroffenen Unternehmen unterschiedlich groß sind, was schon grundsätzlich problematisch ist (Timmer/Radlanski/Eisenfeld, CR 2019, 782, 786 Rn. 33 ff.). Zur Rechtfertigung kann darauf verwiesen werden, dass ein identisches Bußgeld für unterschiedlich große Unternehmen tatsächlich nicht gleichermaßen abschreckend sein muss. Der Umsatz eines Unternehmens ist dafür aber auch kein sinnvolles Differenzierungskriterium. Aus gutem Grund wird etwa im Strafrecht bei der Berechnung der Geldbuße nicht an den Bruttoverdienst angeknüpft, sondern das Nettoeinkommensprinzip genutzt, bei dem zusätzlich noch Anpassungen möglich sind. Der Jahresumsatz eines Unternehmens sagt nichts über Ertragslage eines Unternehmens aus, die allerdings berücksichtigt werden muss, wenn gem. Art. 83 Abs. 2 DSGVO auch die Verhältnismäßigkeit des Bußgeldes zu beachten ist. Erschwerend kommt hinzu, dass für die Bußgeldzumessung nach Art. 83 DSGVO nicht auf den engen Unternehmensbegriff gem. Art. 4 Nr. 18 DSGVO abgestellt werden soll, sondern ein weiter Unternehmensbegriff zur Anwendung kommt, der auch an sich selbstständig geführte und organisierte Einheiten in eine Gesamtbetrachtung einbezieht (Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 109).

Selbst bei einem „leichten“ Einzelverstoß nennt das Bußgeldkonzept der Datenschutzkonferenz als Rahmen für den anwendbaren Faktor einen Wert von 1 bis 4. Es steht also zu befürchten, dass ein geringerer Faktor als 1 standardmäßig nicht vorgesehen ist. Selbst bei einem mittelgroßen Unternehmen nach der Kategorie C.V. der Datenschutzkonferenz (Jahresumsatz zwischen 25 und 30 Mio. EUR) liegt der einfache Tagessatz bereits bei 76.389 EUR. Ohne eine Korrektur auf der letzten Stufe des Bußgeldkonzeptes müsste demnach alleine aufgrund der Unternehmensgröße ein einmaliger, nicht systematischer Verstoß (etwa eine nicht ordnungsgemäße Auskunftserteilung oder eine unvollständige Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung) immer schon zu einem Bußgeld in dieser Größenordnung führen.

Gegen das von der Datenschutzkonferenz vorgelegte Bußgeldkonzept lassen sich eine Vielzahl von systematischen, datenschutzrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken vorbringen. Fragwürdig ist schon der grundlegende Ansatz, den breiten Ermessensspielraum, der durch Art. 83 DSGVO gewährt wird, in ein mathematisches Formelwerk zu pressen und so den Anschein einer objektiven Bußgeldbemessung zu erwecken. Bis zu einer gerichtlichen Klärung der zahlreichen Fragen werden

Unternehmen sich aber darauf einstellen müssen, dass die Aufsichtsbehörden zumindest einstweilen das von ihnen erdachte Bußgeldkonzept anwenden werden.

Wahrscheinlichkeit einer Verhängung von Bußgeldern

Durch das Bußgeldkonzept möchten die Aufsichtsbehörden die Verhängung von Bußgeldern für sich möglichst einfach gestalten, indem diese zukünftig auf Basis einer Formel errechnet werden können. Nachdem in den ersten Monaten unter Geltung der DSGVO nur sehr wenige Bußgelder verhängt wurden und diese summenmäßig auch eher gering waren, nehmen jetzt Häufigkeit und Höhe der Bußgelder spürbar zu. Das neue Bußgeldkonzept kann aber ein grundsätzliches Problem der Aufsichtsbehörden nicht lösen, nämlich die mangelhafte personelle Ausstattung. Die Aufsichtsbehörden sind weiterhin mit der Abarbeitung der eingehenden Anfragen und Beschwerden spürbar überlastet und kommen kaum dazu, eigene Akzente bei ihrer Aufsichtstätigkeit zu setzen. Das größte Risiko dürfte daher weiterhin daraus resultieren, dass Betroffene sich mit berechtigten Datenschutzbeschwerden an die Aufsichtsbehörde wenden und diese nach Prüfung des Sachverhaltes die verantwortliche Stelle sanktioniert. Zu den effektivsten Maßnahmen zur Risikominimierung gehören daher eine transparente Information der Betroffenen und ein gutes internes Beschwerdemanagement, damit das eigene Unternehmen möglichst unterhalb des Radars der Aufsichtsbehörden bleibt.

Für eine bessere Risikoabschätzung erstellen wir gerne basierend auf den eigenen Unternehmensdaten eine Musterberechnung für mögliche Bußgelder bei typischen Datenschutzverletzungen.

Der Autor vertritt regelmäßig Unternehmen im Kontext von Untersuchungen der Aufsichtsbehörden und veröffentlicht zudem auch Fachbeiträge zu möglichen Bußgeldrisiken bei Datenschutzverstößen (zuletzt in der Zeitschrift für Vertriebsrecht – ZVertriebsR 2020, 1).

Robert Bommel

Datenschutz und Geldwäschegesetz

Das Geldwäschegesetz (GWG) verpflichtet Angehörige bestimmter Berufsgruppen zu allgemeinen Sorgfaltspflichten, die den Missbrauch von Geldmitteln zu Zwecken der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung verhindern sollen. Zu den verpflichteten Berufsgruppen gehören z. B. Makler, Versicherungsvermittler, Wirtschaftsprüfer und Notare. Die allgemeinen Sorgfaltspflichten gehen dabei im Rahmen eines „Kenne-deinen-Kunden“-Prinzips über eine bloße Identitätsfeststellung des Vertragspartners hinaus und umfassen auch die Erhebung von weiteren Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten einschließlich der Klärung der Kontroll- und Eigentumsstrukturen.

Da im Rahmen der geldwäschegesetzlichen Prüfung die menschlichen Akteure im Fokus stehen, ist durch die immanente Verarbeitung personenbezogener Daten stets auch der Anwendungsbereich der Datenschutzrecht-Grundverordnung (DSGVO) eröffnet. Datenschutzrecht und Geldwäschegesetz wirken dabei „Hand in Hand“: Schreibt das Geldwäschegesetz eine Datenverarbeitung vor, ist diese gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung einer rechtlichen Pflicht zulässig. Durch §§ 8, 10, 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWG wird beispielsweise vorgeschrieben, vollständige Kopien von Lichtbildausweisen (z. B. von Personalausweisen) anzufertigen. Auch die längerfris-

tige Speicherung der unter dem Geldwäschegesetz erhobenen Informationen, bei Ausweiskopien z. B. für Zeiträume von fünf Jahren, ist zwingend und damit datenschutzkonform.

Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit endet allerdings dort, wo eine Datenverarbeitung unter dem Geldwäschegesetz nicht mehr erforderlich ist. So erstreckt sich die geldwäscherechtliche Sorgfaltspflicht nur in Ausnahmefällen auf Nicht-Vertragspartner, z. B. auf Ehegatten oder Geschäftsführer des Vertragspartners. Werden diese Daten dennoch erhoben und liegt damit eine überschießende Datenverarbeitung vor, die das Geldwäschegesetz nicht fordert und die auch nicht anderweitig gerechtfertigt werden kann, greifen die gesamten Schutzmechanismen des Datenschutzrechts, einschließlich potenzieller Schadenersatzansprüche der Betroffenen und Bußgelder der Datenschutz-Aufsichtsbehörden.

Da zu den geldwäscherechtlichen Pflichten neben der Risikobewertung neuer Geschäftspartner auch die kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehungen zu Bestandskunden zählt, wie sich aus § 10 Abs. 1 Nr. 5 GWG ergibt, sind verpflichtete Berufsgruppen insoweit im Rahmen der Datenverarbeitung stetig mit den Anforderungen des Geldwäschegesetzes konfrontiert.

Die Herausforderung besteht folglich darin, dass eine unzureichende Datenverarbeitung einen Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten des Geldwäschegesetzes sein kann, während eine überschießende Datenverarbeitung regelmäßig das Datenschutzrecht verletzt. Es gilt die „goldene Mitte“ zu treffen, indem die Anforderungen des Geldwäschegesetzes vollumfänglich und zutreffend angewandt werden.

Der Autor unterstützt zahlreiche Unternehmen, die den Bestimmungen des Geldwäschegesetzes unterliegen, bei der Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen; er ist regelmäßig beteiligt an der Prüfung der entsprechenden Prozesse in einem Unternehmen und der zugehörigen Dokumentation.

Johanna Schmale

Private E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz

E-Mails und das Internet sind aus dem Arbeitsalltag von Unternehmen kaum wegzudenken. In diesem Zusammenhang stellt sich in vielen Unternehmen die Frage, ob Arbeitnehmern die private Nutzung ihrer dienstlichen E-Mail-Accounts und des Internets erlaubt werden sollte. Die Beantwortung dieser Frage beeinflusst unter anderem die Arbeitsorganisation und Befugnisse des Arbeitgebers. Es stellen sich etwa die Folgefragen, ob auf das E-Mail-Postfach eines Mitarbeiters bei dessen Abwesenheit zugegriffen werden kann und ob der Arbeitgeber die Internetnutzung kontrollieren darf.

Grundsätzlich gilt, dass die betrieblichen Internet- und E-Mail-Dienste von Arbeitnehmern nur für ihre dienstliche Tätigkeit genutzt werden dürfen, sofern keine andere Regelung getroffen wurde. Die private Nutzung ist also nur erlaubt, wenn der Arbeitgeber dieser zugestimmt hat. Dies kann ausdrücklich, aber auch durch Kenntnis und Duldung der privaten Nutzung durch den Arbeitgeber erfolgen.

Bei der privaten Nutzung eines dienstlichen E-Mail-Accounts können verschiedene datenschutzrechtliche Probleme ent-

stehen. E-Mails, die unter eine gesetzliche Aufbewahrungsfrist fallen, beispielsweise unter § 147 AO oder § 257 HGB, sind vom Unternehmen revisionssicher zu archivieren. Die Daten müssen insbesondere vollständig, unveränderbar und verfälschungssicher aufbewahrt werden. Da bei einer nur selektiven Archivierung nicht sichergestellt werden kann, dass tatsächlich alle zu archivierenden E-Mails erfasst werden, wird in der Praxis häufig eine pauschale Archivierung aller ein- und ausgehenden E-Mails vorgenommen.

Ist die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts erlaubt, führt dies dazu, dass auch private E-Mails von dem Unternehmen archiviert werden. Auch Backups können auf diese Weise private E-Mails enthalten. Eine solche Datenverarbeitung wird wohl nicht als „erforderlich“ für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 26 BDSG anzusehen sein. Es kann außerdem bezweifelt werden, ob die Verarbeitung noch durch berechnete Interessen des Verantwortlichen gerechtfertigt werden kann, ohne dass demgegenüber die Interessen des Mitarbeiters überwiegen. In Betracht kommt als Rechtsgrundlage zwar die Einholung diesbezüglicher Einwilligungen der Mitarbeiter. Datenschutzrechtliche Einwilligungen sind aber jederzeit frei widerruflich. Ein etwaiger Widerruf könnte bei einer revisionssicheren Archivierung gerade nicht ohne weiteres berücksichtigt werden, da eine Löschung einzelner E-Mails aus dem Archiv in den meisten Fällen nur schwerlich möglich ist.

Der Zugriff des Arbeitgebers auf den Inhalt privater E-Mails ist regelmäßig weder für das Beschäftigungsverhältnis erforderlich noch von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt. Wenn beispielsweise bei Abwesenheit eines Mitarbeiters aus arbeitsorganisatorischen Gründen eine Weiterleitung von E-Mails an Kollegen erfolgt, sollte ein Zugriff auf private E-Mails deshalb ausgeschlossen sein. Dies ist praktisch vor allem dann schwierig umsetzbar, wenn der private Charakter einer E-Mail nicht direkt zu erkennen ist.

Unternehmen ist aus diesen Gründen zu empfehlen, den Mitarbeitern die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts nicht zu gestatten. Für die Mitarbeiter stellt dies angesichts der Verbreitung von eigenen privaten E-Mail-Accounts regelmäßig nur eine geringe Einschränkung dar. Die Einhaltung der Untersagung sollte von dem Arbeitgeber überprüft werden, etwa durch Stichprobenkontrollen.

Bei der privaten Nutzung des Internets am Arbeitsplatz stellen sich die beschriebenen datenschutzrechtlichen Probleme nur teilweise und in abgeschwächter Form. Die Privatnutzung des Internets kann deshalb in eingeschränktem Umfang, beispielsweise zu Pausenzeiten, erlaubt werden. Teilweise wird vertreten, dass der Arbeitgeber bei erlaubter privater Nutzung der betrieblichen Kommunikationsmittel als Diensteanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes anzusehen ist und deshalb dazu verpflichtet ist, das Fernmeldegeheimnis zu wahren (etwa Simitis/Hornung/Spiecker/Seifert, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 88 Rn. 151). Die Kontrolle und Protokollierung der aufgerufenen Internetseiten durch den Arbeitgeber unterliegt bei erlaubter Privatnutzung jedenfalls strengeren Anforderungen. Anlassunabhängige umfassende Auswertungen mit Personenbezug sollten deshalb nicht stattfinden. Unternehmen ist zu raten, bezüglich der Kontrollen enge Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen zugrunde zu legen und im Zweifel vorab den Datenschutzbeauftragten zu konsultieren.

Häufig besteht ein praktikabler Kompromiss darin, eine Nutzung des geschäftlichen E-Mail-Systems zu privaten Zwecken generell zu untersagen und die Mitarbeiter für die private E-Mail-Korrespondenz auf andere Wege wie kostenfreie Webmail-Dienste zu verweisen. In diesem Zuge bietet es sich dann an, die private Internetnutzung (einschließlich der Webmail-Dienste) unter bestimmten Voraussetzungen (etwa nur in den Pausenzeiten und abhängig von einer Zustimmung zur Missbrauchskontrolle) ausdrücklich zu gestatten. Wichtig ist in jedem Fall eine klare Vereinbarung der geltenden Vorgaben mit den Mitarbeitern und die Umsetzung der Vorgaben, damit die Mitarbeiter sich nicht auf eine Duldung einer weitergehenden Privatnutzung berufen können.

Die Autorin unterstützt Unternehmen regelmäßig bei der Erarbeitung von Richtlinien zur Nutzung von Internet und E-Mail im betrieblichen Kontext; außerdem hilft sie bei der Bewertung rechtlicher Risiken im Kontext der Nutzung von Internet und E-Mail.

Hendrik Verst

Offenlegung von Mitarbeitererkrankungen aus datenschutzrechtlicher Sicht

Im Zusammenhang mit der Krankmeldung von Mitarbeitern stellen sich regelmäßig datenschutzrechtliche Fragen, und zwar sowohl bezogen auf die interne Kommunikation innerhalb des Unternehmens als auch in der externen Kommunikation gegenüber Kunden und anderen Geschäftspartnern. Häufig stellt sich in diesem Kontext die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die krankheitsbedingte Abwesenheit eines Mitarbeiters gegenüber seinen Kollegen und externen Dritten offengelegt werden darf.

In vielen Unternehmen ist es üblich, das krankheitsbedingte Fehlen eines Mitarbeiters intern im Dienstplan so festzuhalten, dass auch andere Mitarbeiter Kenntnis von dieser Tatsache erhalten. Teilweise werden solche Informationen zusätzlich auch gegenüber außenstehenden Dritten, etwa Geschäftspartnern, offenbart. Die Mitteilung, dass ein Mitarbeiter erkrankt ist, stellt dabei zunächst eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO dar. Diese Bewertung hat zur Folge, dass die Verarbeitung einer Rechtsgrundlage bedarf, die sich üblicherweise aus gem. Art. 6 DSGVO bzw. § 26 BDSG ableiten. Bei der Offenlegung einer Mitarbeitererkrankung sind aber immer Gesundheitsdaten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO betroffen. Als eine der „besonderen Kategorien“ von personenbezogenen Daten genießen solche Gesundheitsdaten einen besonderen rechtlichen Schutz. Diesem besonderen Schutz unterliegen nicht nur die Angaben hinsichtlich des konkreten Erkrankungsbildes, sondern allein schon die Tatsache, dass der betreffende Mitarbeiter erkrankt ist. Die allgemeinen Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung kommen hierbei nicht zur Anwendung. Für solch besonders sensible Daten sehen Art. 9 Abs. 2 DSGVO, § 26 Abs. 3 BDSG vielmehr einen abschließenden Katalog von Rechtsgrundlagen vor.

Zulässige Grundlage für die Offenlegung ist beispielsweise die Einwilligung des betroffenen Mitarbeiters in die Weitergabe der Information, welche der Schriftform genügen muss. Dies gilt sowohl für die interne als auch für die externe Kommunikation. Von einer Einwilligung kann beispielsweise ausgegangen werden, wenn der Mitarbeiter seine Erkrankung selbst offenlegt, nicht aber bereits bei Mitteilung in der Personalabteilung.

Liegt keine Einwilligung des betreffenden Mitarbeiters vor, fehlt es regelmäßig an einer hinreichenden Rechtsgrundlage für die Weitergabe der Informationen an Externe. Auch hinsichtlich der internen Kommunikation ist in einem solchen Fall genau zu prüfen, ob die Weitergabe von Gesundheitsdaten erforderlich ist. In aller Regel dürfte es ausreichen, auf die Abwesenheit des Mitarbeiters zu verweisen, ohne den genauen Grund für diese Abwesenheit offenzulegen. Die Weitergabe der Krankmeldung ist jedoch gegenüber einem beschränkten Personenkreis möglich. Voraussetzung ist, dass diese Personen die Daten für ihre dienstliche Tätigkeit, beispielsweise zur Arbeitsorganisation, notwendigerweise benötigen.

Letztlich ist dem Unternehmen in der Praxis zu empfehlen, krankheitsbedingte Fehlzeiten der Arbeitnehmer sowohl intern, als auch extern neutral als Abwesenheitszeiten zu kommunizieren, so dass der Grund des Fehlens, ob nun Krankmeldung, Urlaub oder Sonstiges, nicht ersichtlich ist. Die Offenlegung der Krankmeldung ohne vorherige Einwilligung sollte möglichst nur intern an Personen erfolgen, welche mit der Personalplanung oder -verwaltung betraut sind. Der betroffene Mitarbeiter kann dann selbst frei entscheiden, inwieweit er seine Erkrankung während der Abwesenheit oder anschließend publik machen möchte.

Christina Prowald

Vernichtung von Papierunterlagen im Unternehmen

Welche Papierabfälle bedürfen einer gesonderten, datenschutzgerechten Entsorgung? Diese Frage stellt sich im Unternehmensalltag regelmäßig, wenn nicht gar täglich.

Auch bei der Vernichtung von Ausdrucken, die personenbezogene Daten wie Namen und Adressen von Einzelpersonen beinhalten, handelt es sich gem. Art. 4 Nr. 2 DSGVO um eine Verarbeitung personenbezogener Daten, sodass bei der Entsorgung von Papierabfällen nach Art. 32 Abs. 1 DSGVO ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten ist. Welche Maßnahmen hierbei konkret zu ergreifen sind, richtet sich nach der Sensibilität der sich jeweils in den Papieren enthaltenen Datenkategorien.

Festzuhalten ist zunächst, dass eine umfassende gesonderte Entsorgung aller Papierabfälle nicht zwingend erforderlich ist, da nicht in jedem Fall, in dem ein Papier personenbezogene Daten gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO enthält, eine geschützte Vernichtung zu erfolgen hat. Vielmehr bedarf es mitunter einer Einzelfallentscheidung. Es ist aber natürlich möglich, sich generelle für eine geschützte Vernichtung zu entscheiden, um sicherzustellen, dass in allen Fällen, in denen es einer datenschutzgerechten Entsorgung bedarf, auch eine solche stattfindet. Grund hierfür kann zum einen die Überlegung sein, dass die Bewertung im Einzelfall teilweise nicht einfach ist und den einzelnen Mitarbeitern nicht zugemutet werden soll; zum anderen bedeutet eine Einzelfallentscheidung einen gesteigerten Aufwand und eine höhere Fehleranfälligkeit.

Sofern jedoch bei der Entsorgung der Papierabfälle nach datenschutzrechtlicher Erforderlichkeit differenziert werden soll, ist es empfehlenswert, die Mitarbeiter für das Thema zu sensibilisieren und ihnen Maßstäbe an die Hand zu geben, anhand derer sie in der Lage sind, eine eigene Einschätzung vorzunehmen, um die genannten Risiken gering zu halten.

Allgemein hat eine gesonderte Entsorgung insbesondere dann zu erfolgen, wenn es zu einer Datenverarbeitung durch das Unternehmen gekommen ist oder Daten Dritter offenbart werden. Die nachfolgenden, nicht abschließenden Beispiele dienen der Veranschaulichung sowie der Konkretisierung dieser allgemeinen Vorgabe. Enthalten die Papiere Kundendaten, die vom Unternehmen erhoben, verarbeitet oder gespeichert wurden, ist eine Vernichtung regelmäßig angezeigt. Gleiches gilt, sofern die Papiere zu schützende Mitarbeiterdaten enthalten. Sind hingegen ausschließlich Kontaktdaten des Unternehmens oder dienstliche Kontaktdaten der einzelnen Mitarbeiter betroffen, ist eine gesonderte Entsorgung nicht erforderlich. Dies gilt ebenso, wenn dem Unternehmen Kontaktdaten anderer Personen z. B. in Form von Absenderinformationen auf unerwünschten Werbebrieffen aufgedrängt wurden. Bei internen E-Mails ist danach zu differenzieren, welche Informationen enthalten sind und auch der Kontext ist entscheidend. Eine Mitteilung wie „Ich komme später.“ oder „Die Besprechung muss verschoben werden.“ bedarf keiner gesonderten Entsorgung. Werden in der E-Mail jedoch Daten, wie z. B. das Treffen mit einer namentlich benannten externen Person oder Kundendaten, offenbart, ist eine Vernichtung erforderlich. Gleiches gilt im Falle von geheimhaltungsbedürftigen Informationen, wie einem nicht öffentlichen Treffen oder dem Kontakt zu anderen Unternehmen, die nicht nach außen getragen werden sollen.

Soweit die datenschutzgerechte Vernichtung von Papierabfällen durch Unternehmen an einen Dienstleister ausgelagert werden soll, stellt dies datenschutzrechtlich einen Fall der Auftragsverarbeitung gem. Art. 28 DSGVO dar und hat zur Konsequenz, dass mit dem Dienstleister zur Absicherung zwingend eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung abgeschlossen werden muss. Dies gilt aber natürlich nur für die gesonderte Entsorgung, nicht dagegen für die allgemeinen Vereinbarungen zur Müllbeseitigung (unter der Maßgabe, dass auf diesem Weg gerade keinen schutzbedürftigen Papierabfälle entsorgt werden).

Félix Paul

Nutzung von Messenger-Diensten im Unternehmen

WhatsApp ist mit großem Abstand der meistgenutzte Messenger-Dienst. Obwohl der Dienst eigentlich nur für die private Nutzung vorgesehen ist, wird WhatsApp in vielen Unternehmen sowohl zur internen Kommunikation als auch zur Kommunikation mit Kunden verwendet. In diesem Fall stellt sich die Frage, welche rechtlichen Anforderungen beim Einsatz von WhatsApp im Unternehmensumfeld eingehalten werden müssen und ob es möglicherweise andere Dienste gibt, die eine datenschutzkonforme Kommunikation ermöglichen. Dabei kommen insbesondere die Messenger-Dienste Telegram, Signal und Slack als Alternativen in Betracht.

Bei der Nutzung von Messenger-Diensten sind verschiedene Konstellationen zu beachten. Zum einen kann der Messenger-Dienst von Mitarbeitern zur Verwendung auf dienstlichen Mobilgeräten installiert werden. Zum anderen können auch Messenger-Dienste auf privat genutzten Geräten der Mitarbeiter verwendet werden, die aber auch für dienstliche Zwecke genutzt werden dürfen.

Bei der Nutzung von WhatsApp im geschäftlichen Umfeld ist zunächst zu beachten, dass der Dienst in seinen Nutzungsbedin-

gungen nur eine private Nutzung des Dienstes gestattet. Soweit der Dienst im Unternehmen zu gewerblichen Zwecken genutzt werden soll, ist hierfür eine gesonderte Genehmigung einzuholen. Die Verwendung des klassischen WhatsApp-Accounts für geschäftliche Zwecke ist demnach nicht ohne weiteres möglich und würde einen Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen darstellen. Alternativ bietet WhatsApp verschiedene Modelle an, die explizit für eine geschäftliche Nutzung vorgesehen sind (WhatsApp for Business). Für kleinere Unternehmen ist dabei der Einsatz als App vorgesehen, für größere Unternehmen gibt es über Drittanbieter die Möglichkeit zur Einbindung in die eigenen IT-Systeme (etwa als Ergänzung zu der eingesetzten CRM-Lösung).

Der Einsatz von WhatsApp im Unternehmen wirft zudem datenschutzrechtliche Fragen auf. Durch die Installation von WhatsApp erteilt der Nutzer standardmäßig dem Dienst die Berechtigung, die Kontaktdaten des eingesetzten Endgeräts auslesen. Die im Adressbuch gespeicherten personenbezogenen Daten (Telefonnummern und Namen) werden dann in regelmäßigen Abständen an die WhatsApp-Server in den USA übermittelt. Letztlich initiiert der Anwender durch die Installation und weitere Nutzung von WhatsApp also eine andauernde Übermittlung der im Adressbuch gespeicherten Daten in die USA.

Soweit im Adressbuch auf dem Endgerät eines Mitarbeiters dienstliche Kontaktdaten hinterlegt sind, ist in aller Regel das Unternehmen für die Verarbeitung dieser personenbezogenen (Kontakt-) Daten verantwortlich. Folglich kann es dem Unternehmen zugerechnet werden, wenn ein Mitarbeiter durch die Installation von WhatsApp die Daten in die USA überträgt. Da regelmäßig keine Einwilligung aller gespeicherten Kontakte in eine solche Übertragung ihrer Daten vorliegt und WhatsApp sich weigert, eine Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung abzuschließen, stellt bereits die Installation von WhatsApp eine rechtswidrige Datenverarbeitung der gespeicherten Kontaktdaten dar. Zudem behält sich WhatsApp vor, Informationen umfassend für eigene Zwecke verwenden zu dürfen. Damit eine rechtskonforme Nutzung überhaupt in Betracht kommt, muss also technisch sichergestellt sein, dass keine Kontaktdaten Dritter an WhatsApp übertragen werden. Technisch kann dies über eine Sperre der Kontaktdaten für WhatsApp erfolgen oder es wird auf eine Synchronisation der geschäftlichen Kontaktdaten mit dem Mobiltelefon verzichtet.

Ähnlich wie WhatsApp speichert auch der Dienst Telegram die Kontakte der Nutzer zum Abgleich auf einem Server. Die Synchronisation der Kontakte erfolgt auch hier ohne Einwilligung der Betroffenen, sodass sich eine ähnliche Wertung wie bei WhatsApp ergibt. Die Alternative Signal kann ebenfalls nicht uneingeschränkt empfohlen werden, da die Kontakte zwar anonymisiert (durch einen Hashwert) auf die Server geladen werden, allerdings befindet sich der Standort der Server in den USA.

Ein weitere Alternative zu den klassischen Messenger-Diensten steht mit dem Angebot von Slack zur Verfügung. Es handelt sich dabei um einen Dienst, der keine automatische Synchronisation betreibt und der nach eigenen Angaben die Daten auf lokalen Servern in Deutschland speichert. Slack gibt zudem in seinen Datenschutzbestimmungen an, die erhobenen Informationen ausschließlich für die Untersuchung und Vermeidung von Sicherheitsproblemen und Missbrauch sowie zum Schutz der angebotenen Dienste zu nutzen. In allen Fällen sollten Messen-

ger-Dienste so genutzt werden, dass der Inhalt der Nachrichten so gut wie möglich pseudonymisiert wird, damit Rückschlüsse auf die Identität Dritter nicht möglich sind. Auf diese Weise kann das Erfordernis einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung entbehrlich sein, deren Abschluss bei den meisten Anbietern nicht möglich ist.

Bei der Nutzung Messenger-Diensten bestehen somit Haftungsrisiken für Unternehmen, insbesondere bei der nicht weiter geregelten Nutzung von WhatsApp. Es sollte daher in jedem Fall innerhalb des Unternehmens klar geregelt werden, welche Dienste für geschäftliche Kontakte genutzt werden dürfen und wie in einem solchen Fall die Verwendung zu erfolgen hat.

Dr. Sebastian Meyer

Datenschutz-Newsletter von BRANDI

Das Datenschutz-Team von BRANDI veröffentlicht in Form eines monatlichen Newsletters per E-Mail über alle relevanten Entwicklungen und aktuelle Entscheidungen. Der Newsletter erscheint immer am ersten Dienstag im Monat und umfasst zahlreiche kurze Einzelbeiträge sowie ein Schwerpunktthema, bei dem ein Themenkomplex umfassender dargestellt wird.

In der Newsletter-Ausgabe für März 2020 hat Johanna Schmale beispielsweise näher erläutert, was unter der Rechenschaftspflicht gem. Art. 5 Abs. 2 DSGVO zu verstehen ist und wieso eine ausreichende datenschutzrechtliche Dokumentation zur Erfüllung der Rechenschaftspflicht notwendig ist. Zuletzt haben wir im Rahmen des Newsletters auch darüber berichtet, welche Abmahnungen in der Vergangenheit wegen vermeintlicher Datenschutzverstöße erfolgt sind und zu welchen Themen sich die Aufsichtsbehörden mit Stellungnahmen äußern. In jedem Newsletter stellen wir außerdem einzelne Entscheidungen der deutschen Gerichte vor, ordnen diese in den passenden Gesamtkontext ein und nehmen auch eine Bewertung der praktischen Auswirkungen vor.

Der Datenschutz-Newsletter kann unverbindlich durch eine Nachricht an datenschutz@brandi.net bestellt werden; alternativ stehen alle Ausgaben nach dem Versand auch auf der Homepage von BRANDI in der Mediathek zur Verfügung.



Dr. Kevin Kruse

Markenverletzung durch Verwendung einer Modellbezeichnung?

In vielen Branchen ist es üblich, Produkte, die unter einer gemeinsamen Herstellermarke vertrieben werden, mit Modell- oder Typenbezeichnungen zu versehen. Das gilt für Möbel und Textilien ebenso wie für Haushaltsgeräte, Fliesen, Geschirr, Gartengeräte und vieles mehr. In einigen Branchen hat es sich eingebürgert, ganz bestimmte Modellbezeichnungen zu verwenden, z. B. die Namen von Städten oder Ländern, Tiernamen oder ganz einfach geläufige Vornamen.

In zwei Fällen, die der Bundesgerichtshof im Jahr 2019 zu entscheiden hatte (BGH, Urteil vom 07.03.2019 – I ZR 195/17 und Urteil vom 11.04.2019) ging es solche Modellbezeichnungen für Hosen, nämlich die männlichen Vornamen „SAM“ und „MO“. Die beklagten Unternehmen hatten Hosen unter den bekannten Marken der jeweiligen Hersteller angeboten und dazu als Modellbezeichnung „SAM“ bzw. „MO“ angegeben. Diese Begriffe waren allerdings für Bekleidungsstücke als Marken für die Kläger geschützt. Auf den ersten Blick erscheint der Fall klar zu sein: die beklagten Unternehmen hatten die Marken der Kläger als Bezeichnung für Produkte, die mit den geschützten Waren identisch waren, benutzt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes liegt in einem solchen Fall eine Markenverletzung aber nur dann vor, wenn der angesprochene Verkehr die Modellbezeichnung als Marke und damit als Herkunftshinweis erkennt. Dafür genüge es nach Auffassung des Gerichts nicht, dass das Zeichen als solches unterscheidungskräftig sei und die konkrete Verwendung im Hinblick auf die in Rede stehenden Waren nicht glatt beschreibend erfolge. Vielmehr sei anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob der Verkehr die Modellbezeichnung zugleich als Herkunftshinweis auffasst. Das war hier zweifelhaft, weil es nach den Feststellungen des Gerichts in der Bekleidungsbranche üblich ist, Vornamen als Modellbezeichnungen zu verwenden. Im Ergebnis hat das Oberlandesgericht Frankfurt a. M., an das beide Sachen zurückverwiesen worden waren, unter Anwendung der vom BGH aufgestellten Grundsätze das Vorliegen einer Markenverletzung in seinem Urteil vom 01.10.2019 (Az. 6 U 111/16) bezüglich der Marke „SAM“ inzwischen verneint.

Diese Entscheidungen des Bundesgerichtshofes können auf die Praxis erhebliche Auswirkungen haben. So können Anbieter, die ihre Produkte mit Modellbezeichnungen kennzeichnen, die für Dritte als Marken geschützt sind, künftig argumentieren, dass sie das Zeichen gar nicht als Marke verwenden. Das gilt aber nur dann, wenn die Modellbezeichnung nicht ohnehin bereits als Marke bekannt ist. Auch die Art der Verwendung der Modellbezeichnung ist wichtig. Nach Auffassung des BGH spricht für die Nutzung als Marke, wenn das Zeichen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hersteller- oder Dachmarke verwendet wird. Dagegen wird der angesprochene Verkehr in der Verwendung einer nicht als Marke bekannten Modellbezeichnung an einer unauffälligen Stelle in der Angebotsbeschreibung regelmäßig keine markenmäßige Verwendung sehen.

Umgekehrt führen die Urteile dazu, dass Markeninhaber ihre Rechte gegen Wettbewerber, die die Marke lediglich als Modellbezeichnung verwenden, u. U. nicht mehr durchsetzen können. Hersteller, die Modellbezeichnungen verwenden und diese für sich als Marke schützen lassen, sollten daher darauf achten, keine Begriffe zu nutzen, deren Verwendung branchenüblich ist.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller

Die Handlungspflichten des Unterlassungsschuldners

Wer nach einem gerichtlichen Gebot oder nach einer abgegebenen Unterlassungsverpflichtungserklärung etwas zu unterlassen hat, dem ist Vorsicht anzuraten. Denn entgegen seinem Wortlaut kann die Unterlassungsverpflichtung durchaus ein Handeln erfordern, so dass der Unterlassungsschuldner gegen die Unterlassungsverpflichtung verstößt, wenn er die geforderte Handlung nicht vornimmt, womit er dann eine Vertragsstrafe oder ein Ordnungsgeld verwirkt.

Hierzu gilt allgemein der Grundsatz, dass die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die ein fortdauernder Störungszustand durch den Unterlassungsschuldner geschaffen wurde, dahingehend auszulegen ist, dass sie neben der Unterlassung der beanstandeten Handlung auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung des Störungszustandes umfasst. Zu den häufigsten und bedeutsamsten Fallkonstellationen, bei denen die Rechtsprechung eine Handlungspflicht des Unterlassungsschuldners angenommen hat, gehören die Folgenden:

Wer im Rahmen seines Internetauftrittes mit unzulässigen Angaben geworben hatte, muss damit rechnen, dass sich diese Werbung im Internet verbreitet weil sie von Suchmaschinen oder Portalen gefunden und wiedergegeben wird. Derjenige, der die Möglichkeiten des Internets für eine einfache, massenhafte und weitreichende Verbreitung seiner Werbung als Vorteil nutzen will, muss umgekehrt auch die damit verbundenen Nachteile in Kauf nehmen und sicherstellen, dass er die sich daraus ergebenden Gefahren beherrscht. Er muss daher die gängigsten Suchmaschinen und Portale daraufhin durchsuchen, ob sich das, was er zu unterlassen hat, dort noch wiederfindet. Bei Auffinden entsprechender Eintragungen hat er denjenigen, der die Veröffentlichung vorgenommen hat, zur Löschung aufzufordern und Sanktionen anzudrohen für den Fall, dass die Löschung nicht vorgenommen wird. Die Überprüfungen der gängigsten und einschlägigen Suchmaschinen und Portale hat der Unterlassungsschuldner jedenfalls noch mehrere Monate nach Entstehen der Unterlassungsverpflichtungserklärung in regelmäßigen Abständen vorzunehmen.

Hat der Unterlassungsschuldner auf seine Unterlassungsverpflichtung hin den Inhalt seiner Website geändert, kann es sein, dass die ursprüngliche unzulässige Fassung wie beim Google-Cash über den Zwischenspeicher einer Suchmaschine noch aufgerufen werden kann. Auch in diesem Fall muss er die einschlägigen und gängigsten Suchmaschinen sofort nachdem seine Unterlassungsverpflichtung greift auf Aufrufbarkeit der ursprünglichen Fassung überprüfen und wenn er feststellt, dass noch aufgerufen werden kann, diese zur Löschung im Zwischenspeicher auffordern.

Grundsätzlich hat der Unterlassungsschuldner zwar nicht für selbstständiges Handeln Dritter einzustehen. Er ist jedoch gehalten, auf Dritte, deren Handeln ihm wirtschaftlich zu Gute kommt, einzuwirken, wenn er mit einem Verstoß durch den Dritten ernstlich rechnen muss und zudem rechtliche oder auch nur tatsächliche Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten des Dritten hat. Für den Fall einer gerichtlichen Untersagungsanordnung ist demgemäß entschieden worden, dass der Schuldner, dem der Vertrieb eines Produktes untersagt worden ist, ein von ihm beauftragtes

Vertriebsunternehmen über das Unterlassungsverbot informieren muss. Weiter muss durch Belehrungen und Anordnungen auf das Unternehmen eingewirkt werden. Es ist auf die Nachteile aus einem Verstoß sowohl hinsichtlich des Auftragsverhältnisses als auch der Zwangsvollstreckung deutlich hinzuweisen. Rückmeldungen sind anzuordnen und zu kontrollieren sowie Sanktionen für die Nichteinhaltung der Anordnung anzudrohen. Darüber hinaus muss die Anordnung auch streng überwacht und gegebenenfalls angedrohte Sanktionen wie Kündigungen auch verhängt werden, um die Durchsetzung von Anordnungen sicherzustellen. Die Verpflichtungen wie gegenüber einem Beauftragten obliegen dem Unterlassungsschuldner auch und erst recht gegenüber eigenen Mitarbeitern.

Ist dem Unterlassungsschuldner der Vertrieb eines bestimmten Produktes oder in einer bestimmten Aufmachung verboten, hat er Abnehmer, an die solche Produkte schon ausgeliefert sind, über das ihm auferlegte Vertriebsverbot zu unterrichten und die Produkte zurückzurufen oder im Fall, dass das Vertriebsverbot durch einstweilige Verfügung ausgesprochen wurde, aufzufordern, die Produkte vorläufig nicht weiter zu veräußern. Der Schuldner ist nämlich auch gegenüber Abnehmern verpflichtet, im Rahmen es ihm Möglichen und Zumutbaren auf diese einzuwirken um einen fortdauernden Störungszustand zu beenden. Es kommt dabei nicht darauf an, ob er rechtlich durchsetzbare Ansprüche gegen den Abnehmer hat. Schon wenn die Möglichkeit tatsächlicher Einwirkung besteht, was praktisch wohl immer der Fall sein dürfte, liegt ein Verstoß gegen die Unterlassungspflicht vor, wenn der Schuldner diese nicht wahrnimmt.

Letztlich sind für die Frage, welche Handlungspflichten aus einem Unterlassungsgebot erwachsen, sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu würdigen. Die Ergebnisfindung ist häufig sachlich und auch rechtlich schwierig. Eine exakte Aufarbeitung des Sachverhalts und fundierte rechtliche Bewertung ist da unverzichtbar.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller

Zur Haftung für Kundenbewertungen bei Amazon

Mit Urteil vom 20.02.2020 zum Aktenzeichen I ZR 193/18 hat der Bundesgerichtshof erkannt, dass der Anbieter eines auf der Online-Handelsplattform Amazon grundsätzlich wettbewerbsrechtlich nicht dafür haftet, wenn sein Produkt durch Kunden mit irreführenden Aussagen bewertet wird. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagte vertreibt Kinesiologie-Tapes. Kinesiologie ist ein parawissenschaftliches, alternativmedizinisches Diagnose- und Behandlungskonzept aus dem Bereich der Körpertherapie und der Chiropraktik. Die Beklagte bietet diese Produkte auch über die Online-Handelsplattform Amazon an. Amazon bietet Käufern die Möglichkeit, die Produkte zu bewerten. Die Bewertungen werden dann zu dem jeweiligen Produkt angezeigt. Beim Angebot der Kinesiologie-Tapes der Beklagten erschienen Bewertungen mit Aussagen wie „Schmerzlinderndes Tape!“, „This product ist perfect for pain...“, „Schnell lässt der Schmerz nach“, „Linderung der Schmerzen ist spürbar“, „Die Schmerzen gehen durch das Bekleben weg“ und „Schmerzen lindern“. Diese Aussagen in den Kundenbewertungen waren zur Irreführung geeignet, denn die behauptete Eignung zur Schmerzlinderung durch die Kinesiologie-Tapes ist medizinisch nicht gesichert nachweisbar.

Der Kläger, ein eingetragener Wettbewerbsverein, hat einen Verstoß gegen § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 und S. 2 des Heilmittelwerbegesetzes gerügt, der die Werbung für Medizinprodukte mit irreführenden Äußerungen Dritter untersagt. Weiter hat er die Verletzung von § 5 Abs. 1 S. 1 und 2 Fall 2 Nr. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb geltend gemacht, der unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben u. a. zu Vorteilen, Zwecktauglichkeit oder von der Verwendung einer Ware zu erwartende Ergebnisse verbietet. Er hat die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen und dazu gemeint, die Beklagte habe sich die Kundenbewertungen zu Eigen gemacht. Sie hätte auf deren Löschung durch Amazon hinwirken müssen. Die Unterlassungsklage war schon in den Vorinstanzen erfolglos. Die Revision des Klägers hat der Bundesgerichtshof zurückgewiesen.

Die Beklagte habe mit den durchaus irreführenden Kundenbewertungen nicht geworben, diese nicht veranlasst und sie sich auch nicht irgendwie zu Eigen gemacht. Die Kundenbewertungen hatte Amazon getrennt vom Angebot der Beklagten dargestellt und sie auch deutlich als solche gekennzeichnet. Der Nutzer der Verkaufsplattform habe daher klar erkennen müssen, dass sie nicht irgendwie von der Beklagten herrührten. Die Beklagte sei auch nicht verpflichtet gewesen, zur Vermeidung einer Irreführung der Nutzer und Verbraucher bei Amazon auf eine Löschung der Bewertungen hinzuwirken. Allein das Angebot der Kinesiologie-Tapes habe eine solche Rechtspflicht nicht begründen können. Dazu hat der Bundesgerichtshof betont, dass Kundenbewertungssysteme auf Online-Marktplätzen grundsätzlich erwünscht sind und sogar verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Es gehöre zur Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit im Sinne von Artikel 5 Abs. 1 S. 1 Grundgesetz, wenn Kunden sich zu Produkten äußern oder sich anhand von Bewertungen anderer Kunden über Eigenschaften, Vorzüge und Nachteile eines Produktes auch durch Bewertungen anderer Kunden informieren.

Dr. Carsten Hoppmann

Wer sucht, der findet?!? - Was es bei Google Ad-Anzeigen zu beachten gilt.

1. Einleitung

Ortlieb vs. Amazon. Amazon kennt jeder. Ortlieb ist ein bekannter Hersteller von wasserdichten Fahrradtaschen und hat schon mehrmals gegen Amazon bis vor den Bundesgerichtshof (BGH) gekämpft. Gegenstand der sog. Ortlieb II Entscheidung des BGH vom 25. Juli 2019 (AZ I ZR 29/18) ist die Darstellung der Treffer bei von Amazon gebuchten Google-Anzeigen. Gab man in der Google-Suchmaschine die Begriffe „Ortlieb Outlet“ oder „Ortlieb Fahrradtasche“ ein, so erschien unter anderem eine von Amazon gesponserte Google-Ad Anzeige. Klickte man auf diese Anzeige, so gelangte man zur Angebotsliste bei Amazon, welche neben den Produkten von Ortlieb auch noch die Produkte anderer Hersteller zeigte (z. B. Vaude). Die Internetnutzer haben also Ortlieb gesucht, bei der Suche aber nicht nur Ortlieb-Produkte gefunden.

Ortlieb, die selbst ihre Produkte nicht bei Amazon vertreiben, sah in der Verknüpfung der Ad-Anzeige mit einer Angebotsliste, die auch Fremdprodukte enthalten, eine Verletzung ihrer Marke „Ortlieb“. Sie nahm Amazon u. a. auf Unterlassung in Anspruch. In den ersten beiden Instanzen war Ortlieb bereits erfolgreich gewesen.

2. Entscheidung

Der BGH schloss sich den Vorinstanzen an und führte aus, dass die konkrete Gestaltung irreführend ist und somit eine Markenverletzung begründet. Die herkunftshinweisende Funktion der Marke Ortlieb wird durch die gemischten Angebotslisten, die neben den Produkten von Ortlieb auch noch die Produkte anderer Hersteller enthalten, beeinträchtigt. Die konkrete Gestaltung der Ad-Anzeige gibt dem Verkehr ohne besondere Kenntlichmachung keine Veranlassung anzunehmen, dass neben den Produkten von Ortlieb auch noch die Produkte anderer Hersteller gezeigt werden. Dies gilt insbesondere deshalb, da sich unter der Anzeige die verkürzte URL www.Amazon.de/Ortlieb+fahrradtasche befunden hat. Der Verkehr geht deshalb davon aus, dass ihm ausschließlich Ortlieb Produkte gezeigt werden.

Amazon könne sich zudem nicht darauf berufen, die Ortlieb Fahrradtaschen von anderen Anbietern rechtmäßig erworben zu haben, da sie die Klagemarke Ortlieb irreführend verwende, um deren Werbewirkung auszunutzen.

3. Praxishinweis

Die Ortlieb II Entscheidung des BGH ist für alle Online-Händler von großer Relevanz und ist bei der Schaltung von Google Ad-Anzeigen zu beachten. Der BGH hat aber klargestellt, dass nur die konkrete Gestaltung unzulässig ist. So ist es auch weiterhin möglich, fremde Marken als Keyword in der eigenen Online-Anzeigenschaltung einzusetzen. Der Werbende muss seine Anzeige somit einer Testfrage unterziehen: Erwartet der normal aufmerksame Internetnutzer unter der konkreten Gestaltung der Werbung ausschließlich Produkte des Markeninhabers zu finden? Wird diese Testfrage mit ja beantwortet, so ist die Gestaltung der Anzeige zwingend zu ändern. Hier dürfte schon ein entsprechender Hinweis in der Anzeige oder der Angebotsliste reichen, dass auch Fremdware angezeigt wird.

Rebecca Vakilzadeh

Werbung mit Gütesiegeln

Seit jeher war die Werbung mit Testergebnissen und insbesondere -siegeln ein beliebtes Mittel für Unternehmen, um die Qualität ihrer Waren bzw. Dienstleistungen hervorzuheben. Im Fokus dieses Artikels soll insbesondere das in Verbraucherkreisen bekannte von bestimmten Unternehmern für die Kennzeichnung ihrer Produkte verwendete Siegel „ÖKO-TEST“ stehen.

Hintergrund für die Erlaubnis, dieses Logo auf den angebotenen Waren anbringen zu dürfen, ist ein mit der ÖKO-TEST Verlag GmbH abzuschließender Lizenzvertrag. Mit diesem werden den jeweiligen Anbietern die Nutzungsrechte an der seit dem Jahr 2012 eingetragenen Unionsmarke, die das ÖKO-TEST-Siegel wiedergibt, gegen Zahlung einer Lizenzgebühr eingeräumt.

Gegenstand zweier vom BGH entschiedener Verfahren (Urteile vom 12. Dezember 2019, I ZR – 173/16 – ÖKOTEST I, I ZR 174/16 und I ZR 117/17 – ÖKOTEST II) waren jeweils ein über einen Online-Shop mit der Abbildung des ÖKO-TEST-Siegels beworbener Baby-Beißring und eine Baby-Trinkflasche sowie ein Lattenrost und ein Fahrradhelm. Beklagte waren die Versandhändler Otto und Baur sowie der Discounter Matratzen Concord. Dieser Werbung lagen von der Markenrechtsinhaberin zuvor durchgeführte Produkttests zu Grunde. Einen entsprechenden Lizenzvertrag hatten die Internetanbieter mit der ÖKO-TEST Verlag GmbH gerade nicht abgeschlossen.

Das Gericht hat in dieser Verwendung des geschützten Zeichens eine Markenrechtsverletzung bejaht. Die Kennzeichnung mit dem Testsiegel suggeriert den angesprochenen Verbrauchern eine bestimmte Qualität der beworbenen Produkte. Zwar gilt der Markenschutz nur für die angemeldeten Waren bzw. Dienstleistungen, in diesem Fall u. a. Verbraucherberatung und -information, wobei die beklagten Online-Händler selber keine solchen Dienstleistungen anbieten. Eine rechtsverletzende Benutzung der Marke wurde vom BGH dennoch angenommen, da deren Wertschätzung ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt worden wäre. Die Anbieter hatten sich ohne Erbringung einer finanziellen Gegenleistung in die Sogwirkung der Marke begeben mit dem Zweck, deren guten Ruf, erworben durch zuvor unternommenen erheblichen finanziellen Aufwand, auszunutzen. Bei der vorgenommenen Abwägung wurde daher das Interesse der Markenrechtsinhaberin, eine Nutzung nur nach ausdrücklicher Rechteeinräumung zu gestatten, als überwiegend angesehen gegenüber dem Interesse der Beklagten, deren Kunden auf den positiv durchgeführten Test ihrer Produkte hinzuweisen.

Der BGH bestätigt damit, dass die Erlaubnis zur Verwendung der dem eigenen Produkt bei einem entsprechenden Test verliehenen Siegel von der Zahlung einer Lizenzgebühr abhängig gemacht werden darf.

Nach den auf der Homepage von ÖKO-TEST abrufbaren Lizenzbedingungen (Fassung vom 15. Februar 2019) wird die Nutzung des gegenständlichen Logos für die Dauer von grundsätzlich zwei Jahren – soweit in dieser Zeit kein neuer Test veröffentlicht wurde oder sich produktrelevante gesetzliche Bestimmungen bzw. die Beschaffenheit des Produkts nicht verändert haben – gegen Zahlung einer Gebühr von 5.000,00 € gestattet. Das Label darf dabei jedoch nur für das „testidentische Produkt“ verwendet werden. Selbst für den Fall, dass sich lediglich die Größe, Farbe oder Verpackung ändert, ist eine Verwendung des geschützten Zeichens „ÖKO-TEST“ nicht mehr erlaubt.

Festzustellen ist, dass die genannten Urteile die Rechte der Anbieter von Testsiegeln stärken und neben der Klägerin dieser Verfahren auch anderen Unternehmen, wie z. B. der Zeitschrift „FOCUS“ aus dem Burda-Verlag oder der Stiftung Warentest, zu Gute kommen.

Die relevante Problematik kann von Anbietern bestimmter Waren bzw. Dienstleistungen jedoch umgangen werden, indem diese mit einem positiven Testergebnis werben, ohne das geschützte Logo dabei zu verwenden.

Frank Schembecker

Anforderungen an die Werbung mit Gütesiegeln und Prüfzeichen

Die Werbung mit Gütesiegeln und Prüfzeichen ist sehr beliebt, insbesondere wenn sie „offiziell“ aussehen. Man verbindet mit ihnen besondere Produktqualitäten sowie Neutralität und Sachkunde bei deren Überprüfung. Solche Gütesiegel bzw. Prüfzeichen kann allerdings jedermann „erfinden“ und manchmal wird mehr versprochen als gehalten. Dann kann ein Fall irreführender Werbung vorliegen. Der BGH hat sich in einer aktuellen Entscheidung mit den Anforderungen befasset:

Dr. Christoph Remppe

Neues zum Influencer-Marketing

Ein Gütesiegel oder Prüfzeichen wird von den Werbeadressaten dahingehend verstanden, dass ein neutraler Dritter mit entsprechender Kompetenz die damit versehene Ware nach objektiven und aussagekräftigen Kriterien auf die Erfüllung von Mindestanforderungen geprüft hat. Ein solches Zeichen bietet aus der Sicht des Verkehrs die Gewähr, dass ein mit ihm gekennzeichnetes Produkt bestimmte, für seine Güte und Brauchbarkeit als wesentlich angesehene Eigenschaften aufweist. Um der mit dem Siegel verbundenen Güteerwartung des Verkehrs gerecht zu werden, die regelmäßig nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der Prüfung beschränkt ist, sondern von der Fortdauer der bescheinigten Produkteigenschaften ausgeht, ist eine kontinuierliche Überwachung der Verwendung des Gütesiegels durch die verleihende Stelle erforderlich.

Eine Irreführung kommt danach in Betracht, wenn die Prüfeinrichtung nicht über eine hinreichende Neutralität verfügt. Bezugspunkte der Neutralität sind zum einen die Vornahme der Qualitätsprüfung und zum anderen die Vergabe- und Überwachungspraxis.

Soweit die das Siegel verleihende Stelle die Qualitätsprüfung von einer externen Einrichtung durchführen lässt, kommt es auf deren Neutralität bzw. diejenige der Durchführung des Prüfungsprogramms an. Auch die Vergabe des Siegels durch die verleihende Stelle und die fortdauernde Überwachung der Siegelnutzung müssen neutral erfolgen. Dass ein Industrieverband ein Gütesiegel ausschließlich an seine Mitglieder vergibt, kommt in diesem Zusammenhang keine ausschlaggebende Bedeutung zu, ist also nicht zu beanstanden. Auch die Zahlung einer angemessenen Gebühr für die Durchführung der Prüfung oder die Verleihung des Siegels steht der Neutralität der Prüfeinrichtung nicht entgegen.

Irreführend ist die Verwendung eines Gütesiegels dagegen, wenn dessen Verleihung keine oder keine kompetente und an objektiven und aussagekräftigen Kriterien orientierte Prüfung vorausgegangen ist. Die Bestimmung des Verfahrens und der Prüfkriterien liegt grundsätzlich in der autonomen Entscheidung der vergebenden Stelle. Dabei begünstigt es die Findung geeigneter Verfahren und Prüfkriterien, wenn bei der Aufstellung des Prüfkonzepts die von der Gütesicherung betroffenen Verbände der anbietenden Wirtschaft und der Verbraucher oder Anwender sowie Verbände des Prüfwesens, betroffene staatliche Stellen und gegebenenfalls sonstige fachkundige Institutionen beteiligt werden. Hier wird auf die Grundsätze für Gütezeichen des RAL Deutschen Instituts für Gütesicherung und Kennzeichnung e.V. hingewiesen. Zwingende Voraussetzung für die Festlegung geeigneter Kriterien ist dies jedoch nicht. Es können auch auf andere Weise – etwa unter Bezugnahme auf anerkannte technische Standards oder Normierungen der betreffenden Produktsparte – im Einzelfall sachgerechte Kriterien festgelegt werden. In früheren Entscheidungen hatte der BGH dagegen noch eine strenge Orientierung an den RAL-Grundsätzen gefordert.

Die Beurteilung der Frage, ob der Verleihung eines Gütesiegels eine kompetente und an objektiven und aussagekräftigen Kriterien orientierte Prüfung vorausgegangen ist, erfordert die Publizität des Prüfprogramms. Die angewandten Verfahren und Maßstäbe müssen allgemein zugänglich sein.

Influencer-Marketing richtet sich im Unterschied zu sonstigen Marketing-Maßnahmen weniger an den gesamten Markt und alle potentiellen Konsumenten am Markt, sondern zielgerichtet an eine bestimmte Zielgruppe, die zum Beispiel einem bestimmten Star bei Instagram oder einem Blogger zu einem bestimmten Thema (meist Beauty, Lifestyle, Gesundheit, Essen) folgt. Der Vorteil von Influencer Marketing aus Sicht der Unternehmen ist, dass die beiläufig eingestreute Werbung authentisch, ehrlich und damit überzeugend wirkt, weshalb der Verbraucher vor diese Art der „Schleichwerbung“ besonders geschützt werden muss. So gibt § 6 TMG vor, dass kommerzielle Kommunikation in Telemedien klar erkennbar sein muss. Entsprechende Regelungen zur Kennzeichnung kommerzieller Kommunikation finden sich auch in § 58 RStV und § 5a Abs. 6 UWG. Darüber hinaus handelt ein Unternehmen, das Werbung als Information tarnt, wettbewerbswidrig, wenn es redaktionelle Inhalte zu Zwecken der Verkaufsförderung finanziert, ohne dass sich dieser Zusammenhang aus dem Inhalt oder aus der Art der Darstellung eindeutig ergibt. Wann und wie Werbung aber konkret zu kennzeichnen ist, ist derzeit höchst umstritten.

Umstritten ist insbesondere, ob auch die Verlinkung auf Angebote der Marken Dritter (sog. Tagging) eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sein kann, auch wenn keine Gegenleistung vom Unternehmen dafür an den Influencer fließt. Nach der gesetzlichen Definition ist eine geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, 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 Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Nach dieser gesetzlichen Definition ist ein Entgelt somit gerade nicht erforderlich.

Das OLG Braunschweig (Urt. v. 8.1.2019 – 2 U 89/18) stellt darauf ab, ob es einen publizistischen Anlass oder ein Informationsbedürfnis der angesprochenen Verkehrskreise gebe. Im Übrigen sei Instagram per se eine Plattform für Marken-PR.

Differenzierter ist das Kammergericht (Urt. v. 8.1.2019 – 5 U 83/18, CR 2019, 170), das prüft, ob es einen inhaltlichen Bezug der Verlinkung zum Text oder Status gibt und insoweit auf die grundrechtlich geschützte Medienfreiheit des Bloggers oder Instagram-Nutzers einerseits und der Adressaten des Beitrags andererseits abstellt.

Das LG München I (29.04.2019 – 4 HK O 14312/18), das medienwirksam über die Instagram-Aktivitäten einer bekannten Fußballer-Gattin entscheiden musste, ist der Auffassung, dass die kommerziellen Zwecke bei Instagram bereits aus den Umständen ersichtlich seien. Der Verbraucher sei bei professionellen Influencern (zu erkennen am blauen Haken) daran gewöhnt, dass diese nicht privat handelten.

Inzwischen gibt es eine Gesetzesinitiative, wonach für die Kennzeichnungspflicht stärker danach differenziert werden soll, ob der Influencer ein Entgelt erhalten hat oder nicht und außerdem die Medienfreiheit berücksichtigt werden soll.

Wie Werbung in Social Media zu kennzeichnen ist, hat früh bereits das OLG Celle mit Urteil vom 08.06.2017 (Az. 13 U 53/17) entschieden. Der Hashtag „#ad“ (für „Advertising“) jedenfalls kann dann nicht zur Kennzeichnung des kommerziellen Zweckes eines Beitrags genügen, wenn es sich am Ende des Beitrags und dort an zweiter Stelle von insgesamt sechs Hashtags befindet. Letztlich empfiehlt es sich, die Vorgaben der Landesmedienanstalten einzuhalten, wonach Werbung im Zweifel mit eindeutigen deutschen Begriffen gekennzeichnet werden sollte.

Dr. Jörg König

Sorgfaltsanforderungen bei der Einhaltung eines Unterlassungsgebots

Man kann nicht sorgfältig genug sein, wenn es darum geht, ein Unterlassungsgebot einzuhalten. Die Anforderungen bei einem Unterlassungsvertrag, also wenn auf eine Abmahnung hin eine Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben wird, sind ohnehin schon hoch, weil das Unternehmen dann für schuldhafte Verstöße seiner Mitarbeiter wie für eigenes Verschulden, also vollumfänglich haftet.

Geht es um die Einhaltung eines gerichtlichen Unterlassungsgebots, also einer einstweiligen Verfügung oder eines Unterlassungsurteils, sind die Sorgfaltsanforderungen äußerst streng, die die Geschäftsleitung den Mitarbeitern erteilen muss, damit das gerichtliche Gebot beachtet wird.

Zur Unterbindung von Wettbewerbsverstößen durch Mitarbeiter kann es gehören, dass auf sie durch Belehrungen und Anordnungen entsprechend einzuwirken und deren Beachtung zu überwachen ist. Die Belehrung hat schriftlich zu erfolgen und muss auf die Nachteile aus einem Verstoß sowohl hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses (bis hin zur Kündigung) als auch die sonst dem Unternehmen drohende Zwangsvollstreckung (Ordnungsgelder, unter Umständen sogar Ordnungshaft, abzusetzen vom Geschäftsführer) hinweisen.

Die Begründung besteht darin, dass das Unternehmen für ein sogenanntes Organisationsverschulden einzustehen hat, wenn also nicht alles Mögliche und Zumutbare zur Unterbindung von Verstößen gegen das Unterlassungsgebot unternommen wird. Es reicht insbesondere nicht aus, Mitarbeiter oder Beauftragte – auch für deren Handeln hat das Unternehmen einzustehen (z. B. eine Werbeagentur) – lediglich über den Inhalt des gerichtlichen Titels zu informieren und sie zu einem entsprechenden Verhalten aufzufordern. Und es müssen angedrohte Sanktionen, z. B. arbeitsrechtlicher Natur, auch verhängt werden, um die Durchsetzung von Anordnungen sicherzustellen.



Autoren

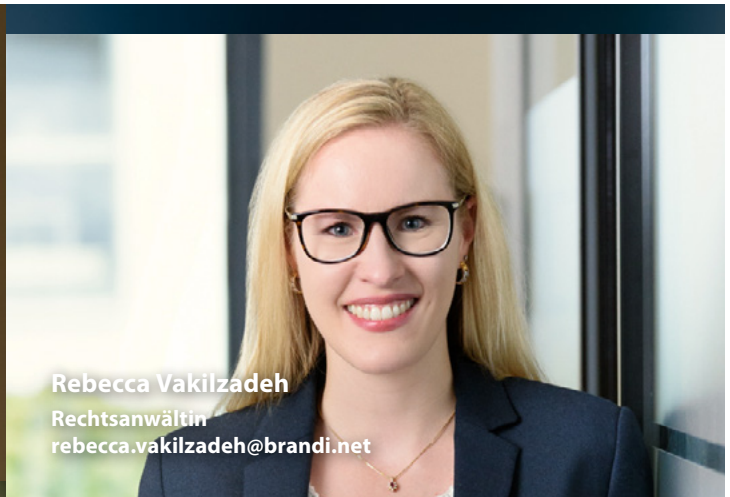


Hendrik Verst
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
hendrik.verst@brandi.net

Christina Prowald
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
christina.prowald@brandi.net



Dr. Kevin Kruse
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
kevin.kruse@brandi.net



Rebecca Vakilzadeh
Rechtsanwältin
rebecca.vakilzadeh@brandi.net



Dr. Hans-Jürgen Buchmüller
Rechtsanwalt
hans-juergen.buchmueller@brandi.net



Dr. Sandra Vyas
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
sandra.vyas@brandi.net



Dr. Helmut Dröge
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
helmut.droege@brandi.net



Dr. Christoph Worms
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
E christoph.worms@brandi.net



Dr. Carsten Hoppmann
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
carsten.hoppmann@brandi.net



Victoria Wessel
Rechtsanwältin
victoria.wessel@brandi.net

BRANDI

RECHTSANWÄLTE

Bielefeld

Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld
Tel.: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 0
Fax: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 99
E-Mail: bielefeld@brandi.net

Detmold

Lindenweg 2
32756 Detmold
Tel.: +49 (0) 5231 / 98 57 - 0
Fax: +49 (0) 5231 / 98 57 - 50
E-Mail: detmold@brandi.net

Gütersloh

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
Tel.: +49 (0) 5241 / 53 58 - 0
Fax: +49 (0) 5241 / 53 58 - 40
E-Mail: guetersloh@brandi.net

Paderborn

Rathenaustraße 96
33102 Paderborn
Tel.: +49 (0) 5251 / 77 35 - 0
Fax: +49 (0) 5251 / 77 35 - 99
E-Mail: paderborn@brandi.net

Minden

Königswall 47-49
32423 Minden
Tel.: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 0
Fax: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 66
E-Mail: minden@brandi.net

Hannover

Adenauerallee 12
30175 Hannover
Tel.: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 0
Fax: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 77
E-Mail: Hannover@brandi.net

Paris

70, boulevard de Courcelles
F-75017 Paris
Tel.: 0033 / 1 42 66 89 00
Fax: 0033 / 1 42 66 89 01
E-Mail: info@wenner.eu

Beijing

Grandall Law Firm
9th Floor Taikang Financial Tower
No. 38 North Road East Third Ring
Choayang
Beijing (Peking) 100026
Tel.: +86 10 65 89 06 99
Fax: +86 10 58 13 77 88
E-Mail: peking@brandi.net

www.brandi.net

Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion (patrizia.ferrara@brandi.net) gern zur Verfügung.